

**WYROK**

**z dnia 12 maja 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Przemysław Dzierzędzki**

**Emil Kawa**

**Protokolant: Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 maja 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 kwietnia 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia L. K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą L. K. „O.-S.” Z. K. Z. w K. oraz Z. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P. W. Z. W. w K. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zarząd Zieleni Miejskiej w K.

przy udziale B. U. K. Sp. z o.o. w P. zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zarządowi Zieleni Miejskiej w K. unieważnienie czynności wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 oraz art. 24 ust. 2 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia L. K. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą L. K. „O.-S.” Z. K. Z. w K. oraz Z. W.

prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P. W. Z. W. w K. oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

2. kosztami postępowania obciąża Zarząd Zieleni Miejskiej w K. i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia L. K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą L. K. „O.-S.” Z. K. Z. w K. oraz Z. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P. W. Z. W. w K. tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od Zarządu Zieleni Miejskiej w K. na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia L. K. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą L. K. „O.-S.” Z. K. Z. w K. oraz Z. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P. W. Z. W. w K. kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 Krakowie.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

### Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Zieleni Miejskiej w K. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest wyłonienie wykonawcy w zakresie usług utrzymania zieleni wysokiej na terenie Gminy Miejskiej K. w latach 2017-2019, z podziałem na zadania w odniesieniu od jednej do sześciu części zamówienia, dla Zarządu Zieleni Miejskiej w K. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2017/S 025-043967 w dniu 4 lutego 2017 r. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego informacji o wyniku postępowania wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia L. K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą L. K. „O.-S.” Z. K. Z. w K. oraz Z. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P. W. Z. W. w K. wnieśli odwołanie w zakresie części nr 2 zamówienia. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez bezzasadne wykluczenie odwołującego z postępowania z powołaniem się na okoliczność przedstawienia przez niego w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
2. art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp przez bezzasadne wykluczenie odwołującego z postępowania z powołaniem się na okoliczność poważnego naruszenia przez niego, w sposób zawiniony, obowiązków zawodowych;
3. art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp przez bezzasadne wykluczenie odwołującego z postępowania z powołaniem się na okoliczność zawinionego niewykonania albo nienależytego wykonania w istotnym stopniu wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołujący stwierdził, iż brak jest w przesłanym uzasadnieniu wykluczenia odwołującego z postępowania odrębnego (niezależnego) odniesienia się do przesłanek wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 2 oraz art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp. Zamawiający potraktował te przesłanki łącznie, co utrudnia odwołującemu merytoryczne odniesienie się do przyjętych podstaw wykluczenia. Podstawa faktyczna wykluczenia odwołującego z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Pzp przedstawiona została m.in. w części tego pisma obejmującej uzasadnienie wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. W tej części pisma zamawiający wskazał, że:

- w grudniu 2016 r., a więc niecałe cztery miesiące przed upływem terminu składania ofert rozwiązał umowy z wykonawcą z przyczyn leżących wyłącznie po jego stronie i naliczył stosowne kary umowne;
- zarówno zamawiający, jak i wykonawca dysponują dowodami potwierdzającymi opisane okoliczności i fakt naruszenia obowiązków zawodowych oraz niewykonania zamówień przez wykonawcę nie budzi żadnych wątpliwości.

Odwołujący podniósł, że zamawiający skupił się głównie na okoliczności braku wykazania przez odwołującego możliwości zastosowania w stosunku do niego instytucji samooczyszczenia uregulowanej w art. 24 ust. 8 Pzp. Wskazał, że zamawiający zaznaczył, iż podobnie jak wykonawca dysponuje tymi samymi dowodami potwierdzającymi konieczność wykluczenia wykonawcy w postaci umów (nr ZZM/U/II/30/ZZ/198/2016 i nr ZZM/U/I/22/267/2016), wezwań kierowanych do wykonawcy w związku z ich nienależytą realizacją oraz wypowiedzeniem lub odstąpieniem od ich realizacji i naliczeniem kar umownych.

Odwołujący wskazał, że wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp zamawiający uzasadnił:

- okolicznością rozwiązania przez zamawiającego z winy odwołującego umowy nr ZZM/U/II/30/ZZ/198/2016 z dnia 26.07.2016 r. oraz umowy nr ZZM/U/I/22/267/2016 z dnia 28.09.2016 r. zawartej z zamawiającym;
- okolicznością naliczenie kar umownych z tytułu realizacji ww. umów;
- okolicznością kierowania do odwołującego wezwań w związku z nienależytą realizacją ww. umów;
- okolicznością, w której zamawiający i odwołujący dysponują dowodami potwierdzającymi fakt naruszenia obowiązków zawodowych przy realizacji ww. umów.

Odwołujący stwierdził, że w związku z realizacją na rzecz zamawiającego umów nr ZZM/U/II/30/ZZ/198/2016 z dnia 26.07.2016 r. oraz nr ZZM/U/I/22/267/2016 z dnia

28.09.2016 r. nie zaistniały w stosunku do niego przesłanki wykluczenia z postępowania, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp.

Wskazał, że przedmiotem umowy nr ZZM/U/II/30/ZZ/198/2016 z dnia 26.07.2016 r. (wykonawcą zamówienia byli obaj członkowie konsorcjum Odwołującego) była realizacja zadania pn. „Usługa polegająca na wykonaniu prac pielęgnacyjnych drzew, wycinaniu drzew, na terenach Gminy Miejskiej K. (parki, zieleńce, pasy drogowe, zieleń osiedlowa, place zabaw), dla Zarządu Zieleni Miejskiej w K. w odniesieniu do 3 części zamówienia, tj. odpowiadającej obszarowi 3 tj. P.”. Termin realizacji tej części umowy został określony w następujący sposób: od dnia zawarcia umowy (26.07.2016 r.) do dnia 30.11.2016 r.

Pismem z dnia 06.12.2016 r. zamawiający poinformował odwołującego o wypowiedzeniu ww. umowy i naliczeniu kar umownych. Jako podstawę prawną natychmiastowego wypowiedzenia umowy zamawiający wskazał § 7 ust. 2 lit. b) umowy dotyczący „zwłoki Wykonawcy w wykonaniu usług będących przedmiotem niniejszej umowy dłuższej niż 14 dni roboczych licząc od terminów określonych niniejszą umową”. Zamawiający wskazał: „Uzasadnieniem natychmiastowego wypowiedzenia umowy jest zwłoka Wykonawcy w wykonaniu zlecenia trwająca dłużej niż 14 dni, a dotycząca zlecenia nr 2/II/ZZ/198/3/2016/MBH z dnia 22.09.2016 r., w którym wyznaczono termin jego realizacji na dzień 25.10.2016 r., a które do dnia dzisiejszego nie zostało wykonane”. Ponadto, zamawiający poinformował o naliczeniu kary umownej z tytułu wypowiedzenia umowy w wysokości 10% wynagrodzenia tj. 11.969,50 zł.

W piśmie informującym o wypowiedzeniu umowy zamawiający poinformował również o naliczeniu kar umownych z tytułu realizacji następujących zleceń:

- nr 2/II/ZZ/198/3/2016/MBH z dnia 22.09.2016 r. (2.000 zł) na podstawie § 7 ust. 1 pkt 2) lit. c) umowy w związku ze stwierdzeniem niedopuszczalnego błędu tj. uchybienia wyznaczonego w zamówieniu standardu związanego z realizacją ww. zlecenia, co zostało potwierdzone w protokole z dnia 28.11.2016 r. w związku z nienależytym wykonaniem prac przy ul. (...);
- nr 5/II/ZZU/198/3/2016/DM z dnia 21.10.2016 r. (2.000 zł) na podstawie § 7 ust. 1 pkt 2) lit. c) umowy w związku ze stwierdzeniem niedopuszczalnego błędu tj. uchybienia wyznaczonego w zamówieniu standardu związanego z realizacją ww. zlecenia, co zostało potwierdzone w protokole z dnia 02.12.2016 r. w związku z nienależytym wykonaniem prac przy ul. (...);
- nr 2/II/ZZ/198/3/2016/MBH z dnia 22.09.2016 r. (1.000 zł) na podstawie §7 ust. 1 pkt 2) lit. d) umowy w związku niedotrzymaniem terminu wykonania ww. zlecenia.

W tym samym piśmie zamawiający wskazał również, że do dnia rozwiązania umowy nie zostały wykonane zlecenia, których w związku z rozwiązaniem umowy nie należy już realizować:

- nr 3/II/ZZ/198/3/2016/MBH z dnia 12.10.2016 r.
- nr 5/II/ZZU/198/3/2016/MBH z dnia 21.10.2016 r.
- nr 6/II/ZZP/198/3/2016/MG1 z dnia 03.11.2016 r.
- nr 7/II/ZZ/198/3/2016/MBH z dnia 16.11.2016 r.

W wskazane wyżej okoliczności odwołujący stwierdził, że niewykonanie oraz nienależyte wykonanie umowy nr ZZM/U/II/30/ZZ/198/2016 z dnia 26.07.2016 r. Zamawiający wiąże z realizacją następujących zleceń dotyczących ww. umowy:

- nr 2/II/ZZ/198/3/2016/MBH z dnia 22.09.2016 r.
- nr 5/II/ZZU/198/3/2016/DM z dnia 21.10.2016 r.
- nr 3/II/ZZ/198/3/2016/MBH z dnia 12.10.2016 r.
- nr 6/II/ZZP/198/3/2016/MG1 z dnia 03.11.2016 r.
- nr 7/II/ZZ/198/3/2016/MBH z dnia 16.11.2016 r.

Ad. Zlecenie nr 2/II/ZZ/198/3/2016/MBH z dnia 22.09.2016 r.

Odwołujący wskazał, że termin realizacji zlecenia został wyznaczony na dzień 25.10.2016 r. Odwołujący zaprzeczył, jakoby zlecenie to nie zostało wykonane na dzień odstąpienia od umowy tj. 06.12.2016 r. Za wszystkie elementy tego zlecenia zamawiający dokonał zapłaty, a z należnego wynagrodzenia potrącona została kwota 3.000 zł za nieterminowe wykonanie usługi oraz kwota 10% wynagrodzenia umownego z tytułu wypowiedzenia umowy. Zastosowana podstawa wypowiedzenia umowy jest wadliwa. Wypowiedzenie umowy na podstawie § 7 ust. 2 lit. b umowy możliwe jest wyłącznie w przypadku nie wykonania danego zlecenia, gdzie zwłoka wynosi ponadto 14 dni. Skoro zlecenie nr 2/II/ZZ/198/3/2016/MBH było wykonane na dzień wypowiedzenia umowy to brak było podstaw do jej wypowiedzenia w oparciu o § 7 ust. 2 lit. b umowy. W sytuacji, gdy zlecenie zostało wykonane i odebrane, to sankcja za jego niewykonanie w terminie mogły być co najwyżej kary umowne. Tymczasem zamawiający nie tylko naliczył karę umowną za nieterminowe wykonanie zlecenia, ale dodatkowo wypowiedział umowę w związku z jego realizacją oraz naliczył karę umowną za wypowiedzenie umowy.

Odwołujący dodał, że na dzień rozwiązania umowy tj. 06.12.2016 r. nie upłynął jeszcze termin wykonania całej umowy. Wskazać bowiem należy, że termin wykonania zlecenia nr 6/1 I/ZZP/198/3/2016/MG 1 z dnia 03.11.2016 r. został określony na dzień 15.12.2016 r. Okoliczność ta dodatkowo potwierdza brak możliwości kwalifikowania przyczyn rozwiązania umowy, jako będących wynikiem poważnego wykroczenia zawodowego odwołującego, czy też jego znaczącego lub uporczywego naruszenia istotnych obowiązków umownych.

Odwołujący wyjaśnił ponadto, iż uwagi zamawiającego w zakresie prawidłowości prac dotyczyły wyłącznie nie pozbierania zalegających pni drzew (kłody). Należy wyjaśnić, że brak zebrania pozostałości po wycince wynikał z przyczyn niezależnych od odwołującego. Panujące warunki atmosferyczne, w tym duże opady deszczu uniemożliwiały wjechanie na

teren prac ciężkiego sprzętu oraz wyfrezowanie pni. Należy dodatkowo podkreślić, że wszystkie usterki zostały usunięte, co zresztą wynika z protokołu odbioru. Jak widać, nie sposób przyjąć, że nie podjęcie pni drzew było wynikiem zamierzonego działania odwołującego, czy jego rażącego niedbalstwa.

Odwołujący podniósł ponadto, iż opóźnienie w wykonaniu przedmiotowego zlecenia nie wynikało z przyczyn leżących po stronie odwołującego. Umowa nie określała terminów wykonania poszczególnych zleceń i były one „z góry” narzucane przez Zamawiającego. Ponadto, w trakcie realizacji poszczególnych zleceń zamawiający określał priorytety dla poszczególnych z nich. Zamawiający nakazywał ponadto równoczesne realizowanie kilku zleceń. Tymczasem, jak wynika z treści SWIZ wymagał dysponowania tylko jedną ekipą do realizacji prac. Równoczesne zlecenie kilku zleceń wymuszało przyporządkowanie do wykonywania zlecenie większej ilości osób niż wymagana w warunkach zamówienia. Brak jest podstaw do przyjęcia, że w toku jego realizacji doszło do zamierzonego działania ukierunkowanego na niewykonanie/nienależyte wykonania zamówienia lub rażącego niedbalstwa ze strony odwołującego.

Ad. Zlecenie nr 5/II/ZZU/198/3/2016/DM z dnia 21.10.2016 r.

Odwołujący wskazał, że termin realizacji przedmiotowego zlecenia został wyznaczony na dzień 25.11.2016 r. Za wszystkie elementy tego zlecenia zamawiający dokonał zapłaty, a z należnego wynagrodzenia potrącona została kwota za nieterminowe wykonanie usługi. Zgłoszone uwagi nie miały charakteru istotnego i zostały niezwłocznie usunięte.

W zakresie terminu wykonania ww. zlecenia odwołujący powołał się na analogiczną argumentację jak przedstawiona w odniesieniu do zlecenia nr 2/II/ZZ/198/3/2016/MBH.

Ad. Zlecenie nr 3/1 I/ZZ/198/3/2016/MBH z dnia 12.10.2016 r.; nr 6/11/ZZP/198/3/2016/MG1 z dnia 03.11.2016 r. i nr 7/1 I/ZZ/198/3/2016/MBH z dnia 16.11.2016 r.

Przyczyną niewykonania ww. zleceń było rozwiązanie umowy przez zamawiającego uniemożliwiający kontynuowanie wykonywania zamówienia.

W zakresie terminu wykonania zleceń odwołujący powołuje się na analogiczną argumentację jak przedstawiona w odniesieniu do zlecenia nr 2/II/ZZ/198/3/2016/MBH. Szczególnego podkreślenia wymaga okoliczność, w której termin wykonania całości umowy został przesunięty na dzień 15.12.2016 r., o czym świadczy okoliczność wyznaczenia terminu wykonania zlecenia nr 6 na dzień 15.12.2016 r. W tej sytuacji, całkowicie nieuzasadnione było rozwiązanie umowy i uniemożliwienie odwołującemu dokończenie wykonania przedmiotowego zamówienia. Działanie to nie było sprzeczne z interesem Zamawiającego.

Odwołujący powołuje się ponadto na bardzo trudny teren wykonywania przedmiotowych usług oraz duży zakres zleceń, co w szczególności dotyczy zlecenia nr 3. Zakres tego

zlecenia oraz warunki jego realizacji przy uwzględnieniu narzuconego terminu jego wykonania wykluczają możliwość przyjęcia, że działania odwołującego stanowią podstawę do przyjęcia jego rażących, czy uporczywych uchybień.

W odniesieniu do wszystkich zleceń realizowanych w ramach przedmiotowej umowy odwołujący dodaje, iż twierdzeniu o nienależytej realizacji przez niego przedmiotowej umowy przeczy okoliczność zlecenia mu przez zamawiającego w dniu 21.10.2016 r. w trybie zamówienia z wolnej ręki uzupełniających usług dotyczących umowy nr ZZM/U/I/22/ZZ/267/2016 z dnia 28.09.2016 r. Zakres tego zamówienia obejmował zasadzenie około 12 tysięcy krzewów, a termin jego wykonania określony został na dzień 12.12.2016 r. Odwołujący podnosi, iż realizacja tego zamówienia traktowana była przez zamawiającego priorytetowo, również w stosunku do zakresu wynikającego z umowy z dnia 26.07.2016 r.

Ad. realizacji przez odwołującego umowy nr ZZM/U/I/22/ZZ/267/2016 z dnia 28.09.2016 r.

Przedmiotem umowy nr ZZM/U/I/22/267/2016 było: „sadzenie drzew, krzewów i bylin oraz ich pielęgnacja na terenach Gminy Miejskiej K. (parki, zieleńce, pasy drogowe, zieleń osiedlowa, place zabaw) odpowiednio części 4 zamówienia, odpowiadająca obszarowi – N. ” (wykonawcą zamówienia była firma P. W. Z. W. z siedzibą w K.). Zakres przedmiotowy umowy obejmował m.in. posadzenie 1039 sztuk drzew oraz 4236 sztuk krzewów. Termin realizacji umowy określony został: od dnia podpisania umowy do 30.11.2016 r. oraz od dnia odbioru przez Zamawiającego posadzonego materiału roślinnego do dnia 31.10.2017 r. (w części dotyczącej pielęgnacji).

Pismem z dnia 16.12.2016 r. zamawiający poinformował odwołującego o odstąpieniu od ww. umowy i naliczeniu kar umownych. Jako podstawę odstąpienia Zamawiający wskazał § 11 ust. 5 umowy w związku z art. 493 § 2 k.c. Z tytułu odstąpienia od umowy zamawiający naliczył karę umowną w wysokości 10% wynagrodzenia.

Jak wynika z pisma zamawiającego z dnia 16.12.2016 r. podstawą rozwiązania umowy była stwierdzona przez Zamawiającego niemożliwość świadczenia. Zamawiający nie informował jednak odwołującego, w oparciu o jakie okoliczności uznaje, że świadczenie to jest niemożliwe. Dopiero w piśmie z dnia 27.12.2016 r. Zamawiający wskazał:

- „[...] na dzień 30.11.2016 r., tj. datę zakończenia umowy i zgłoszenia do odbioru, zakres umowy w przeważającej części nie został zrealizowany, a tym samym nie mógł skutecznie zostać zgłoszony do odbioru. Również na dzień odstąpienia od umowy prace nie zostały wykonane i przedmiot umowy nie mógł zostać odebrany. Poza tym podkreślenia wymaga fakt, iż w trakcie realizacji umowy nie wystąpiły żadne obiektywne okoliczności, które uzasadniałyby niemożliwość jej wykonywania lub wpływałyby na przedłużenie terminu jej realizacji”;



W piśmie z dnia 27.12.2016 r. Zamawiający wskazał również na inne wadliwości w zakresie realizacji przedmiotowej umowy:

- „[...] sadzenie większości materiału odbyło się bez jego uprzedniego okazania i dopuszczenia materiału do sadzenia, co naruszyło wprost zapisy umowy”;
- „również prace nasadzeniowe były wykonywane niezgodnie z warunkami opisanymi w umowie i jej załącznikach, mimo, iż wielokrotnie zwracano wykonawcy uwagę na ich nienależytą realizację”.
- „Dokonany odbiór wskazuje, iż za należycie wykonane można uznać jedynie 380 szt. drzew i 815 szt. krzewów o wartości 204.262,70 zł brutto, natomiast za odebrane z wadami nieistotnymi 288 szt. drzew i 135 krzewów o wartości 131.070,00 zł brutto
- „Pozostały zakres umowy z uwagi na jego niewykonanie lub nienależyte wykonanie, tj. realizację z wadami istotnymi, które uniemożliwiają odbiór, nie może zostać odebrany i rozliczony”.

W pierwszej kolejności odwołujący wskazał, że kwestionuje zastosowaną przez zamawiającego podstawę odstąpienia od umowy. W przedmiotowym stanie faktycznym nie doszło do niemożliwości świadczenia zarówno o charakterze obiektywnym, jak i subiektywnym. Domniemywane przeszkody świadczenia nie mają cech trwałości, jak i zupełności. Zamawiający nie wykazał ponadto zaistnienia podstaw do odstąpienia od umowy. Odnosząc się do wskazanych niżej zastrzeżeń (pkt a-c) odwołujący wskazał odpowiednio:

- a) „[...] na dzień 30.11.2016 r., tj. datę zakończenia umowy i zgłoszenia do odbioru, zakres umowy w przeważającej części nie został zrealizowany, a tym samym nie mógł skutecznie zostać zgłoszony do odbioru. Również na dzień odstąpienia od umowy prace nie zostały wykonane i przedmiot umowy nie mógł zostać odebrany. Dokonany odbiór wskazuje, iż za należycie wykonane można uznać jedynie 380 szt. drzew i 815 szt. krzewów o wartości 204.262,70 zł brutto, natomiast za odebrane z wadami nieistotnymi 288 szt. drzew i 135 krzewów o wartości 131.070,00 zł brutto. Pozostały zakres umowy z uwagi na jego niewykonanie lub nienależyte wykonanie, tj. realizację z wadami istotnymi, które uniemożliwiają odbiór, nie może zostać odebrany i rozliczony”.

Odwołujący podniósł, że na dzień rozwiązania umowy tj. 16.12.2016 r. wykonany został następujący zakres prac:

- posadzono 1028 sztuk drzew z ogólnej liczby 1039 sztuk, z czego odebranych zostało 668 sztuk;
- posadzono 2.620 sztuk krzewów, z ogólnej liczby 4.236 sztuk, z czego odebranych zostało 950 sztuk.

Brak wykonania całego zakresu zamówienia nie był spowodowany zamierzonym działaniem czy rażącym niedbalstwem odwołującego, ale przede wszystkim wynikał z braku niezbędnego w przypadku przedmiotowego świadczenia współdziałania ze strony zamawiającego. W szczególności wskazać należy, że dopiero w dniu 27.10.2017 r. zamawiający przekazał odwołującemu zasadniczy zakres miejsc nasadzeń drzew oraz krzewów tj. szczegółowe mapy z naniesionymi na nich punktowo miejscami lokalizacji nasadzeń. W tych okolicznościach sadzenie mogło zostać rozpoczęte najwcześniej w dniu 07.11.2016 r. Wyjaśnić należy, że po przekazaniu map, a przed rozpoczęciem sadzenia odwołujący musiał dokonać wstępnej weryfikacji przekazanego materiału, wprowadzić przekazane lokalizacje do prowadzonego przez siebie systemu informatycznego, niezbędnego w celu zapewnienia prawidłowej organizacji sadzenia oraz przygotowania materiału roślinnego dedykowanego do miejsc wskazanych przez zamawiającego. Odwołujący podkreśla, że sadzenie dotyczyło ok. 340 lokalizacji, a obszar sadzenia był o rozpiętości ok. 20 km. Powołać się należy zatem na skomplikowany zakres zamówienia, gdzie konkurencja na rynku potencjalnych wykonawców jest niewielka.

Odwołujący podniósł, że na brak możliwości dotrzymania umownego terminu wykonania zamówienia dodatkowo wpłynęła okoliczność, w której po rozpoczęciu sadzenia nierzadko okazywało się, że przekazane mapki są błędne, niekompletne lub nieczytelne, przykładowo:

- wg mapy sadzenie przewidziane było na łące, a w rzeczywistości okazywało się, że na miejscu jest plac zabaw (wyznaczone drzewa były umieszczone na ogrodzeniu);
- wg mapy sadzenie przewidziane było między budynkami, a w rzeczywistości wychodziły miejsca takie jak istniejąca kanalizacja, stara fontanna, piaskownica lub dach podziemnego parkingu (w momencie wwiercania ujawniała się izolacja);
- w wielu lokalizacjach wspólnoty mieszkaniowe nie wyrażały zgody na sadzenie, więc lokalizacje były zmieniane, a drzewa przenoszone gdzie indziej jak np. (...).

Powyższe przypadki na miejscu stwierdzali pracownicy odwołującego skierowani do sadzenia, co powodowało konieczność poprawienia mapek przez zamawiającego oraz ponowne wysłanie ekipy. W takich okolicznościach dotrzymanie umownych terminów było niemożliwe.

Odwołujący powołuje się ponadto na błędy zamawiającego w ilościach danych gatunków materiału wynikających z przekazanych map do nasadzeń, a ilościami wynikającymi z umowy (SIWZ). Na braki te odwołujący zwracał uwagę zamawiającemu m.in. w treści maila z dnia

27.10.2016 r. W odniesieniu do części materiału roślinnego Zamawiający do dnia rozwiązania umowy nie przekazał informacji w sprawie miejsc nasadzeń (11 drzew i 309

krzewów). Ponadto, mapki dotyczące krzewów na ul. Lema były błędne, w praktyce zatem map brakowało w odniesieniu do ponad 1009 szt. krzewów.

W dniu 28.11.2016 r. odwołujący wzywał zamawiającego do przedłożenia blisko stu, w dalszym ciągu brakujących map. W reakcji na to wezwanie zamawiający w dniu 29.11.2016 r. dosyłał brakujące mapy. Dodatkowo pracownicy zamawiającego jeszcze w pierwszej połowie grudnia 2016 r. dosyłałi brakujące mapy oraz zmieniali decyzję na temat nasadzeń m. in. ze względu na brak zgody radnych czy mieszkańców (np. ul. Jeziorany). Odwołujący zwrócił ponadto uwagę na okoliczność, w której sprawne przekazywanie kompletnych map do nasadzeń było tym bardziej niezbędne, skoro z powodu okresu wegetacji roślin materiał ten mógł zostać wykopany przez jego dostawcę, celem posadzenia w miejscach wskazanych przez zamawiającego, najwcześniej w połowie października 2016 r. Gdyby zamawiający przekazał mapki do nasadzeń bez zbędnej zwłoki po podpisaniu umowy odwołujący dysponowałby wystarczającym czasem do przygotowania sadzenia, tak, aby od momentu rozpoczęcia dostaw materiału roślinnego następowało sprawne jego sadzenie.

Kolejną okolicznością, która uniemożliwiła dotrzymanie umownego terminu spełnienia świadczenie była sytuacją, w której w dniu 29.11.2016 r. Zamawiający zmienił gatunki 59 drzew. Przez błąd w SIWZ (zamawiający chciał Klon Tatarski Ginnali wielopniowy, a wpisał Klon Tatarski Ginnali jednopniowy) został zmieniony gatunek na 3 różne gatunki wielopniowe.

Odwołujący podniósł ponadto, iż na początku miesiąca grudnia sadzenie było utrudnione, a wręcz czasami niemożliwe ze względu na niskie temperatury (w nocy kilkakrotnie poniżej -5st. C). Mimo to w sposób nieprzerwany i ciągły trwały nasadzenia.

W odniesieniu do zgłaszanych nieprawidłowości w zakresie wykonania mis, obsypania ziemią i braku zatyczek przy (...) Odwołujący zwrócił uwagę, że wszelkie uchybienia w tym zakresie zostały usunięte na wezwanie zamawiającego. Zniszczenia w tym zakresie zostały natomiast spowodowane przez innego wykonawcę, którego zamawiający wprowadził na tym samym terenie w celu wykonania nasadzenia krzewów pomiędzy nasadzeniem drzew wykonanym przez odwołującego.

Twierdzeniu o nienależytej realizacji przez niego przedmiotowej umowy przeczy okoliczność zlecenia mu przez zamawiającego w dniu 21.10.2016 r. w trybie zamówienia z wolnej ręki uzupełniających usług. Zakres tego zamówienia obejmował zasadzenie około 12 tysięcy krzewów, a zatem był 3 krotnie większy od umowy z dnia 28.09.2016 r. Termin wykonania tej umowy określony został na dzień 12.12.2016 r. Realizacja tego zamówienia traktowana była przez zamawiającego priorytetowo, również w stosunku do zakresu wynikającego z umowy z dnia 28.09.2016 r., o czym zamawiający zapewniał odwołującego.

Należy podkreślić, że do wykonania ww. zamówienia uzupełniającego zamawiający nie zgłaszał żadnych zastrzeżeń. W przypadku tej umowy dokładna lokalizacja nasadzeń określona była już w treści umowy, a zatem odwołujący mógł niezwłocznie przystąpić do wykonania zamówienia.

Odwołujący wskazuje ponadto, iż wykonanie zamówienia uzupełniającego było ściśle powiązane z wykonaniem zamówienia podstawowego, co oznacza, że w pełni uzasadnione było ujednoczenie terminów wykonywania obu tych umów. Na przekazane pismo w tej sprawie zamawiający nie udzielił merytorycznej odpowiedzi.

Odwołujący podniósł, iż w stosunku do zakresu prac wykonanych przez niego, a który nie został przez zamawiającego odebrany (360 sztuk drzew oraz 1670 sztuk krzewów), brak było podstaw do odmowy dokonania odbioru. Stwierdzone wady nie miały charakteru istotnego. Drzewa te oraz krzewy nie zostały do dnia dzisiejszego usunięte przez zamawiającego. Zgłaszane przez zamawiającego uwagi do zakresu tych prac nie świadczą o poważnym naruszeniu obowiązków zawodowych, a tym bardziej o zamierzonym działaniu czy rażącym niedbalstwie odwołującego. Odwołujący każdorazowo reagował na zgłaszane uwagi dotyczące prawidłowości wykonanych prac, a stwierdzone braki nie uniemożliwiały dokonanie odbioru.

Drzewa nie zostały nasadzone jedynie w tych miejscach, w stosunku, do których zamawiający nie przekazał map do nasadzeń.

Przedstawione okoliczności nie dają podstaw do przyjęcia, że odwołujący w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe. W szczególności brak jest podstaw do przyjęcia, że w toku realizacji umowy doszło do zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa odwołującego. Zamawiający nie wykazał, iż mimo jego zaniechań w zakresie współdziałania z odwołującym możliwym było wykonanie zamówienia w terminie umownym.

b) „[...] sadzenie większości materiału odbyło się bez jego uprzedniego okazania i dopuszczenia materiału do sadzenia, co naruszyło wprost zapisy umowy”;

Odwołujący wskazał, że uprzednie okazanie dotyczyło około 556 sztuk drzew oraz 2005 sztuk krzewów. Brak uprzedniego okazania materiału roślinnego nie stanowiła przeszkody do dokonania odbioru prac. Odwołujący zwrócił uwagę na okoliczność, w której zamawiający był świadomy sytuacji, w której z uwagi na opóźnienia w przekazywaniu map do nasadzeń oraz w okolicznościach zwiększenia zakresu usług procedura uprzedniego okazania była znacząco utrudniona. Odwołujący dokładał wszelkiej staranności w celu należytej realizacji umowy. Dostawcą materiału roślinnego była powszechnie uznana firma A. Na terenie odwołującego została zorganizowana prezentacja materiału roślinnego oraz zorganizowane szkolenie dla pracowników zamawiającego. Ponadto, wskazać należy, iż w odniesieniu do zakresu uzupełniającego dotyczącego przedmiotowej umowy, gdzie materiał

roślinny również pochodził od firmy A. zamawiający nie zgłaszał żadnych uwag w zakresie okazania tego materiału.

Przedstawione okoliczności nie dają podstaw do przyjęcia, że odwołujący w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe. W szczególności brak jest podstaw do przyjęcia, że w toku realizacji umowy doszło do zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa odwołującego.

- c) „również prace nasadzeniowe były wykonywane niezgodnie z warunkami opisanymi w umowie i jej załącznikach, mimo, iż wielokrotnie zwracano wykonawcy uwagę na ich nienależytą realizację”.

Odwołujący zaprzeczył jakoby prace nasadzeniowe były wykonywane w sposób świadczący o poważnym naruszeniu obowiązków zawodowych. W każdym przypadku zgłoszenia uwag dotyczących realizowanych prac odwołujący podejmował stosowną interwencję. Ponadto w wielu przypadkach przyczyną uwag dotyczących wykonanych prac były błędy zamawiającego w zakresie przygotowania postępowania.

Odwołujący wskazał, że nawet po rozwiązaniu umowy, kontynuował on prace wykończeniowe, m.in. poprawianie mis, uzupełnianie kory, palików oraz osłonek pnia.

Uwzględniając lakoniczność wskazanych przez Zamawiającego przyczyn wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp w związku z realizacją umowy z dnia 28.09.2016 r.

Analiza dotycząca realizacji przez Odwołującego umowy nr ZZM/U/II/30/ZZ/198/2016 z dnia 26.07.2016 r.

Powołując się na tożsamą argumentację jak przedstawiona powyżej odwołujący stwierdził, że w świetle zawartej umowy brak było podstaw do wypowiedzenia umowy z powołaniem się na niewykonanie zlecenia nr 2/II/ZZ/198/3/2016/MBH z dnia 22.09.2016 r., gdzie zwłoka w jego realizacji wyniosła ponad 14 dni. Okoliczność ta ma istotne znaczenia dla ustalenia przesłanki wykluczenia z postępowania dotyczącej rozwiązania umowy.

Wykluczenie z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp jest ściśle związane z niewykonaniem albo nienależytym wykonaniem umowy, które to niewykonanie lub nienależyte wykonanie miało być bezpośrednią przyczyną rozwiązania umowy. Należy podkreślić, że przyczyna rozwiązania umowy związana jest wyłącznie z realizacją zlecenia nr 2/II/ZZ/198/3/2016/MBH tj. ze zwłoką w jego wykonaniu przekraczającą 14 dni. Jak wykazano zastosowana podstawa wypowiedzenia jest wadliwie z tej przyczyny, iż na dzień wypowiedzenia umowy zlecenie to zostało wykonane. Przyczyną rozwiązania umowy nie było zatem nieterminowe wykonanie ww. zlecenia, za mogła zostać naliczona jedynie kara umowna. Z ostrożności odwołujący wskazał, że opóźnienie w wykonaniu zlecenia nr 2/II/ZZ/198/3/2016/MBH przekraczające 14 dni nie może być kwalifikowane, jako nienależyte wykonanie umowy w istotnym stopniu. Wartość tego zlecenia wynosiła 15,9% wartości

umowy. Ponadto, termin wykonania całej umowy upływał w dniu 15.12.2016 r., a przede wszystkim zlecenie to zostało wykonane i odebrane przez zamawiającego.

Niezależnie od powyższej argumentacji przesadzającej o braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 5 pkt Pzp (przesłanka z art. 24 ust. 5 pkt 4 może być analizowana wyłącznie w odniesieniu do zlecenia nr 2/II/ZZ/198/3/2016/MBH, które jako jedyne było podstawą do rozwiązania umowy) powołując się ponownie na argumentację przedstawioną powyżej odwołujący zaprzeczył, aby wynikłe opóźnienia w zakresie realizacji poszczególnych zleceń spowodowane były przyczynami leżącymi po jego stronie.

Odwołujący zaprzeczył, że przedmiotowa umowa nie została wykonana, czy też nienależycie wykonana w istotnym stopniu. Łączna wartość zleconych prac (zlecenia nr 1 - 7) wynosiła 112.805 zł brutto, z czego zafakturowane i odebrane zostały prace na łączną wartość 71.390 zł brutto, co stanowi ponad 63% wartości. Dodatkowo należy wskazać, że termin wykonania zlecenia nr 6 upływał w dniu 15.12.2016 r. a zatem na dzień rozwiązania umowy termin jego wykonania jeszcze nie upłynął. Okoliczność ta potwierdza brak możliwości kwalifikowania przyczyn rozwiązania umowy, jako będących wynikiem poważnego wykroczenia zawodowego odwołującego, czy też jego znaczącego lub uporczywego naruszenia istotnych obowiązków umownych.

Niewykonanie umowy w pozostałym zakresie spowodowane zostało wypowiedzeniem umowy przez zamawiającego, za co odwołujący nie ponosi winy, a tym bardziej nie można mu przypisać działania o charakterze znaczącego i uporczywego niewywiązywania się z zobowiązania umownego. Odwołujący nie miał wpływu na wyznaczony mu termin wykonania poszczególnych zleceń.

Analiza dotycząca realizacji przez Odwołującego umowy nr ZZM/U/I/22/ZZ/267/2016 z dnia 28.09.2016 r.

Odwołujący stwierdził, że rozwiązanie umowy w trybie odstąpienia od niej było nieskuteczne. W przedmiotowym stanie faktycznym nie wystąpiła bowiem niemożliwość świadczenia. Okoliczność ta ma istotne znaczenia dla ustalenia zaistnienia przesłanki wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, a dotyczącej rozwiązania umowy. Ponownie należy wskazać, że przyczyną rozwiązania umowy nie było niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy, ale niemożliwość świadczenia. Okoliczność ta winna być uznana za wystarczającą do obalenia skuteczności wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp.

Wykonawca B. U. K. Sp. z o.o. w P., którego ofertę zamawiający uznał za najkorzystniejszą przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony i przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

**Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp.

Odwołanie jest zasadne.

W zakresie ustaleń faktycznych stwierdzono, że stanowiska stron co do treści pism i postanowień umownych są niesporne. Istotę sporu stanowi ocena, czy okoliczności związane z wykonywaniem przez odwołującego dwóch umów zawartych z odwołującym uzasadniają wykluczenie odwołującego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Pzp oraz czy odwołujący podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Odwołujący nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, zgodnie z którym zamawiający wyklucza z udziału w postępowaniu wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Kwalifikacja prawna pojęć lekkomyślności i niedbalstwa na gruncie Pzp stanowi złożone zagadnienie, z uwagi na fakt, że są one znane prawu karnemu, a prawo cywilne odwołuje się jedynie do pojęcia niedbalstwa. Ponieważ do czynności zamawiającego i wykonawców podjętych w postępowaniu stosuje się z mocy art. 14 Pzp przepisy kodeksu cywilnego, zachowanie wykonawcy polegające na przedstawieniu informacji wprowadzających w błąd zamawiającego i mogących mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego należy oceniać cywilistycznie, czyli pod kątem dochowania przez wykonawcę należytej staranności wymaganej od uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba uznała, że nie można mówić o przedstawieniu przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, jeśli informacje te dotyczą okoliczności znanych zamawiającemu. W takiej bowiem sytuacji trudno uznać, że są to informacje mające lub mogące mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Oświadczenie wykonawcy zamawiający zweryfikuje na podstawie posiadanych przez siebie danych, zatem to one są decydujące dla decyzji zamawiającego. Posiłkowo można wskazać, że w okolicznościach sporu rzeczywistą podstawą czynności wykluczenia odwołującego są normy zawarte w art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Pzp. Uznanie, że zamawiający nie miał podstaw do zastosowania ich w odniesieniu do odwołującego spowoduje, że i podstawa do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp nie znajdzie

zastosowania. Treść oświadczenia składanego przez wykonawcę w formularzu JEDZ nie może być wykładana w oderwaniu od przesłanek wykluczenia, którego dotyczy to oświadczenie. Oznacza to, że również dla oświadczenia zawartego w JEDZ znaczenie ma nie wyłącznie sam fakt odstąpienia od umowy z wykonawcą, ale również to, czy odstąpienie od umowy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy (art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp) lub czy niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy nastąpiło skutkiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wykonawcy (art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp). W tym kontekście można też wskazać, że normy zawarte w art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Pzp mają charakter ocenny z uwagi na użycie w nich pojęć niedookreślonych i podlegających konkretyzacji *ad casum* w okolicznościach danego przypadku. Dopiero te skonkretyzowane stany faktyczne należy zestawić z oświadczeniem zawartym w JEDZ w kontekście wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Izba nie podzieliła argumentacji zamawiającego zarówno co do interpretacji art. 24 ust. 5 pkt 2 i art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, jak i co do tego, że okoliczności związane z wykonaniem przez odwołującego umów zawartych z zamawiającym uzasadniają zastosowanie tych podstaw wykluczenia względem odwołującego.

Pierwszy z powołanych przepisów stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych. Z literalnego brzmienie tego przepisu wynika, że sam fakt niewykonania lub nienależytego wykonania umowy jest niewystarczający do dokonania wykluczenia. Konieczne jest bowiem, by nastąpiło to z przyczyn leżących po stronie wykonawcy kwalifikowanych jego umyślnym działaniem lub rażącym niedołożeniem należytej staranności i to w stopniu podważającym uczciwość wykonawcy. Oznacza to, że przyczyny niewykonania lub nienależytego wykonania umowy muszą być tego rodzaju, że podważają uczciwość wykonawcy, czyli rodzą uzasadnione obawy, że wykonawca ten nie wykona kolejnej umowy w przyszłości. Przesłanki zawinienia wykonawcy oraz niewykonania lub nienależytego wykonania umowy są zatem połączone normalnym, adekwatnym związkiem przyczynowo-skutkowym.

Natomiast zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał, albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. Izba nie zgadza się z poglądem jakoby dla wykluczenia na podstawie powołanego przepisu wystarczający był



sam fakt rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania oraz aby bez znaczenia było to, czy rozwiązanie umowy było spowodowane przyczynami leżącymi wyłącznie po stronie wykonawcy, czy też nie. Przyjęcie tego poglądu prowadziłoby do konstatacji, że sposób zachowania zamawiającego w związku z realizacją takiej umowy jest obojętny prawnie, co byłoby niezgodne z przepisami kodeksu cywilnego dotyczącego wykonania zobowiązań, które – w braku szczególnych uregulowań ustawy – zgodnie z art. 139 ust. 1 Pzp stosują się do umów w sprawie zamówień publicznych wprost.

Art. 354 § 1 k.c. stanowi, że dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje - także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. Natomiast zgodnie art. 354 § 2 k.c. w taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania wierzyciel. Na zastosowanie tych przepisów w odniesieniu do umowy w sprawie zamówienia publicznego wskazał również Sąd Najwyższy w wyroku w sprawie IV CSK 626/13.

Z powołanych przepisów wynika zatem, zdaniem Izby, że sam fakt rozwiązania umowy przez zamawiającego jest niewystarczający, gdyż dla wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp niewykonanie umowy powinno być istotne, a przy ocenie okoliczności danego przypadku Izba może badać ewentualne przyczynienie się zamawiającego, który powinien współdziałać przy realizacji zobowiązania, do niewykonania umowy przez wykonawcę.

Należy też podkreślić, że ciężar dowodu ziszczenia się przesłanek uzasadniających wykluczenie w odniesieniu do obu wskazanych podstaw prawnych spoczywa na zamawiającym. Sformułowanie użyte w art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp „co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych” którego źródłem jest prawo europejskie, nie zmienia zasady, że ciężar dowodu okoliczności uzasadniających dane twierdzenia spoczywa na twierdzącym (art. 190 ust. 1 Pzp w zw. z art. 6 k.c.).

Zdaniem Izby ocena zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego nie uzasadnia wykluczenia odwołującego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Pzp. Ponieważ zamawiający w informacji o wykluczeniu odwołującego oraz w odpowiedzi na odwołanie nie odniósł się odrębnie do przesłanek wykluczenia wskazanych w tych przepisach Izba również odniesie się do nich zbiorczo.

Co do umowy nr ZZM/U/II/30/ZZ/198/2016 z dnia 26.07.2016 r. dotyczącej pielęgnacji stwierdzić należy, że umowa ta została wykonana przez odwołującego, co potwierdzają protokoły odbioru. Fakt, że odwołujący nie spełnił swego świadczenia w terminie oznacza, że umowa nie została wykonana należyście, jednak zamawiający nie wykazał, ani w informacji o

wykluczeniu, ani w toku rozprawy, by opóźnienie to miało charakter zawiniony przez wykonawcę i to w stopniu podważającym jego uczciwość. Całokształt materiału dowodowego wskazuje w ocenie składu orzekającego, że nie można postawić odwołującemu zarzutu, że opóźnienie którego się dopuścił stanowi poważne naruszenie obowiązków zawodowych. Z protokołu odbioru wynika bowiem, że usterki zostały usunięte.

Nie można pominąć, że umowa nie określała terminów wykonania poszczególnych zleceń i były ustalane przez zamawiającego oraz, że to zamawiający określał priorytety dla poszczególnych z nich. Nie jest sporne, że zamawiający nakazywał ponadto równoczesne realizowanie kilku zleceń, równoczesne zlecenie kilku zleceń wymuszało z kolei przyporządkowanie do wykonywania zlecenie większej ilości osób niż wymagana w warunkach zamówienia.

Należy przyznać rację odwołującemu, że należy oczekiwać, iż potencjał osobowy wymagany przez zamawiającego pozwoli wykonać prawidłowo zamówienie i zamawiający powinien to uwzględnić przy przygotowania terminarza zleceń. Należałoby tego oczekiwać od zamawiającego w ramach współdziałania przy wykonywaniu umowy albo przy ocenie wywiązania się wykonawcy z ciężących na nim powinności.

Podobne stanowisko Izba prezentuje w odniesieniu do umowy nr ZZM/U/I/22/267/2016 dotyczącej nasadzeń. Brak jest podstaw do uznania, że niewykonanie tej umowy nastąpiło w sposób zamierzony lub z powodu rażącego niedbalstwa odwołującego. Ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wynika, że odwołujący podejmował działania zmierzające do wykonania zamówienia, w tym zmieniając rodzaj drzew albo lokalizację tak, aby osiągnąć cel umowy. Takiego współdziałania zabrakło ze strony zamawiającego, jako że zamawiający nie przekazywał odwołującemu map umożliwiających wykonanie umowy. Oczywistym jest, że dla należytego wykonania umowy niezbędna jest wiedza na temat precyzyjnej lokalizacji drzew i krzewów.

Stanowisko zamawiającego jest niekonsekwentne. Z jednej strony bowiem twierdzi, że skoro odwołujący zaakceptował SIWZ oznacza to, że zawiera ona wszystkie informacje niezbędne do poprawnego wykonania zamówienia, z drugiej strony przekazuje odwołującemu informacje, których SIWZ nie zawierała i na etapie wykonania umowy zmienia swoje wymagania opisane w SIWZ w zakresie rodzajów roślin.

Nie wiadomo też, w czym zamawiający upatruje niemożności świadczenia przez odwołującego.

Nie można pomijać, że w dniu 21.10.2016 r. odwołujący w trybie zamówienia z wolnej ręki zawarł z zamawiającym umowę uzupełniającą w stosunku do umowy nr ZZM/U/I/22/ZZ/267/2016 z dnia 28.09.2016 r. Zakres tego zamówienia obejmował zasadzenie około 12 tysięcy krzewów, a termin jego wykonania określony został na dzień

12.12.2016 r. Realizacja tego zamówienia traktowana była przez zamawiającego priorytetowo w stosunku do zakresu wynikającego z umowy z dnia 26.07.2016 r.

Oczywistym jest, że wykonanie tej umowy oddziaływało na wykonanie umowy pierwotnej i zamawiający, o ile współdziałałby z odwołującym w celu wykonania przez niego umów zgodnie z treścią zobowiązania, mógł i powinien był zgodzić się na przedłużenie terminu wykonania umowy ZZM/U/I/22/ZZ/267/2016, o co odwołujący wnosił. Tymczasem zamawiający tego nie uczynił, nie przekazywał odwołującemu niezbędnych informacji. Należyte wykonanie przez odwołującego zamówienia priorytetowego wskazuje, że nie można uznać, że jest on wykonawcą nierzetelnym.

Zdaniem Izby u podstaw uchybień odwołującego leżało przede wszystkim to, że pozostawał w przekonaniu, że wymagany przez zamawiającego potencjał kadrowy jest wystarczający oraz, że zamawiający zechce współdziałać z nim w związku z wykonaniem na swoją rzecz zamówienia o znaczeniu priorytetowym.

O braku woli współdziałania zamawiającego świadczy również sposób pozyskiwania przez niego informacji w zakresie działań samonaprawczych podjętych przez odwołującego. Zamawiający wyznaczył odwołującemu jednodniowy termin na ich udzielenie i odmówił przedłużenia tego terminu. Mając na uwadze ocenę całokształtu materiału dowodowego Izba uznała te wyjaśnienia zawarte w piśmie dotyczącym *self cleaningu* za wystarczające.

Ponieważ Izba zobligowana jest rozpoznać odwołanie w granicach podniesionych w nim zarzutów, końcowo należy wskazać, że w informacji o wykluczeniu zamawiający w sposób ogólny powołał się ponadto na dowody, które miałyby świadczyć o zaistnieniu przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp. Zamawiający stwierdził, iż: „Zarówno Zamawiający, jak i Wykonawca dysponują dowodami potwierdzającymi opisane okoliczności i fakt naruszenia obowiązków zawodowych oraz niewykonania zamówień przez Wykonawcę nie budzi żadnych wątpliwości.”

Takiemu sposobowi informowania o podstawach wykluczenia należy się stanowczo sprzeciwić. Jak Izba wskazała we wstępnej części rozważań przesądzające znaczenie ma wskazanie elementów uzasadniających ocenę wykonawcy i ich kwalifikacja pod kątem ocennych przesłanek wykluczenia. W badanej sprawie zaistniała sytuacja, w której odwołujący formułując zarzuty odwołania dokonywał subsumpcji znanych sobie okoliczności do poszczególnych przesłanek ustawowych, podczas gdy jest to powinność zamawiającego. Informacja o wykluczeniu przesyłana jest wszystkim wykonawcom, zatem zaistnienie przesłanek uzasadniających wykluczenie nie powinno być pozostawione ich domyślności. Sposób działania zamawiającego doprowadził do sytuacji, że okoliczności faktyczne sporu i

ich ocena uzasadniająca czynność wykluczenia zostały powołane przez zamawiającego po części w odpowiedzi na odwołania, po części na rozprawie, co jest nieprawidłowe.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm).

**Przewodniczący:** .....

.....

.....