

Sygn. akt: KIO 1725/21

WYROK

z dnia 16 sierpnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Aneta Mlącka**

Protokolant: **Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 sierpnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 07.06.2021 r. przez Odwołującego **ECM Group Polska S.A. (ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa)**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa)**

przy udziale:

- A. Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Multiconsult Polska Sp. z o.o., Biuro Realizacji Inwestycji KOLTECH INWESTOR Sp. z o.o. (ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa)**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,
- B. Wykonawcy **MGGP S.A. (ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów)**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,
- C. Wykonawcy **SAFEGE S.A.S. (Parc de l'Île rue du Port 15-27, 92022 Nanterre)**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa)** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **ECM Group Polska S.A. (ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa)** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3600 złotych (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego

2.2. zasądza od Zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa)** na rzecz Odwołującego **ECM Group Polska S.A. (ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa)** kwotę **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania w postaci wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „Zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadania inwestycyjnego opracowanie projektów wykonawczych i wykonanie robót budowlanych dla fazy I projektu pn. „Prace na linii E 75 na odcinku Białystok - Suwałki - Trakiszki (granica państwa), etap I odcinek Białystok - Ełk.”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 242-599832.

Odwołujący ECM Group Polska S.A. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 24 ust. 5 pkt 4 i art. 24 ust. 4 w związku z art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych, poprzez niezgodne z ustawą wykluczenie Wykonawcy, a w konsekwencji odrzucenie jego oferty w zakresie rozwiązania umowy na realizację usługi dla Miasta Gliwice polegające na wykluczeniu Wykonawcy po upływie 3 - letniego terminu zawitego od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia;

- art. 24 ust. 5 pkt 4 i art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez bezpodstawne przyjęcie, że Odwołujący podlega wykluczeniu, a jego oferta podlega odrzuceniu z uwagi na fakt, że Odwołujący wykonał nienależycie lub nie wykonał zamówienia realizowanego na rzecz Zamawiającego - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w związku z realizacją Umowy nr 90/101/0044/16/Z/I na zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadania inwestycyjnego w ramach projektu „Prace na linii obwodowej w Warszawie (odc. Warszawa Gołębki/Warszawa Zachodnia - Warszawa Gdańska)”, co doprowadziło do rozwiązania umowy, podczas gdy to Odwołujący wypowiedział przedmiotową umowę z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego,

- z ostrożności procesowej, w razie nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt. 1 powyżej, Odwołujący zarzucił również naruszenie art. 24 ust. 5 pkt 4 i art. 24 ust. 4 w związku z art. 24 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez błędną ocenę wyjaśnień i dowodów złożonych przez Odwołującego w ramach self-cleaningu, która to ocena doprowadziła do przyjęcia przez Zamawiającego, że podjęte działania w związku z rozwiązaniem umowy na realizację usługi dla Miasta Gliwice nie są wystarczające, a tym samym zachodzi podstawa wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty, podczas gdy właściwa ocena winna prowadzić do wniosku, że procedura self-cleaningu została przeprowadzona prawidłowo, a tym samym pomimo nie wykonania uprzednio umowy z Zamawiającym, brak jest podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia

Odwołującego i odrzucenia jego oferty; przeprowadzenie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Zamawiający przewidział w niniejszym postępowaniu fakultatywną przesłankę wykluczenia, określoną w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym z postępowania wyklucza się Wykonawcę: „który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust 1 pkt 1-4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.” Odwołujący w dokumencie JEDZ i załącznikach wskazał na wcześniejsze rozwiązanie z nim umowy realizowanej z Miastem Gliwice, załączając jednocześnie wyjaśnienia w tym zakresie i dowody potwierdzające wdrożenie odpowiednich środków wystarczających do wykazania jego rzetelności oraz tego, że nie dojdzie do podobnych nieprawidłowości w przyszłości.

Ponadto Odwołujący wskazał również w dokumencie JEDZ na umowę nr 90/101/0044/16/Z/I na zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadania inwestycyjnego w ramach projektu „Prace na linii obwodowej w Warszawie (odc. Warszawa Gołąbki/Warszawa Zachodnia — Warszawa Gdańska)”, podnosząc, że umowa ta również została zakończona bez realizacji całego przedmiotu zamówienia, jednak wypowiedzenie umowy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego.

Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, a w konsekwencji odrzucił jego ofertę na podstawie art. 24 ust. 4 tej ustawy.

Zamawiający uznał, że przeprowadzona procedura self-cleaningu w odniesieniu do umowy realizowanej z Miastem Gliwice jest niewystarczająca, a w odniesieniu do umowy 90/101/0044/16/Z/I, Zamawiający stwierdził, że została ona rozwiązana z przyczyn leżących po stronie Odwołującego, a nie z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Z ustaleń Izby wynika, że nie był kwestionowany fakt rozwiązania umowy pomiędzy Odwołującym a Miastem Gliwice, które nastąpiło 11.05.2018r. Powyższe zostało wskazane w treści self-cleaningu, a także wynika z pisma Miasta Gliwice o odstąpieniu od umowy.

Zgodnie z artykułem 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykluczenie wykonawcy następuje: „w przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 18 i 20 lub ust. 5 pkt 2 i 4, jeżeli nie upłynęły 3 lata od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia”. Wskazany termin należy zaliczyć do terminów zawitych, w związku z czym po upływie wskazanego okresu, Zamawiający nie może wykluczyć wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Trafnie wskazał Odwołujący, że nawet gdyby przyjąć, że termin powinien być liczony od daty odstąpienia od umowy, to 3 - letni okres wskazany w ustawie upłynął 18 maja 2021r.

Decyzja Zamawiającego z 26 maja 2021r. o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, została podjęta z naruszeniem wskazanego przepisu, gdyż została podjęta po upływie zawitego terminu wskazanego w zacytowanym artykule.

W konsekwencji należało stwierdzić, że decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do okoliczności związanych z umową zawartą z Miastem Gliwice, została podjęta z naruszeniem art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Bez znaczenia pozostają wywody Zamawiającego, iż Odwołujący powinien spełniać warunek przez cały czas od chwili złożenia oferty. Istotne znaczenie ma wskazane przez ustawodawcę określenie „wykluczenie”, co oznacza, że czynność Zamawiającego w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania nie może nastąpić z uchybieniem terminu wskazanego w ustawie. Jakikolwiek „przedłużanie” przez Zamawiającego terminu i nadinterpretacje w tym zakresie są nieuprawnione.

Odwołujący w dokumencie JEDZ przedstawił informacje dotyczące umowy nr 90/101/0044/16/Z/I na zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadania inwestycyjnego w ramach projektu „Prace na linii obwodowej w Warszawie (odc. Warszawa Gołębki/Warszawa Zachodnia - Warszawa Gdańska)”.

Kwestia tej umowy i podstawy do wykluczenia (na jaką powołuje się Zamawiający) stanowiła przedmiot orzeczenia w sprawie o sygn. akt KIO 535/21.

W opinii Odwołującego, nie ziszcila się przesłanka do wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Podobnie jak w uprzednio prowadzonym postępowaniu, tak i tutaj Odwołujący potwierdził, że realizował na rzecz Zamawiającego umowę nr 90/101/0044/16/Z/I na zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadania inwestycyjnego w ramach projektu „Prace na linii obwodowej w Warszawie (odc. Warszawa Gołębki/Warszawa Zachodnia - Warszawa Gdańska)”. Wskazał, że to Odwołujący wypowiedział przedmiotową umowę w dniu 15.07.2019r. z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego. Podstawę wypowiedzenia stanowił fakt, że Zamawiający nie dokonywał płatności należnego wynagrodzenia na rzecz Odwołującego przez trzy kolejne okresy rozliczeniowe i pomimo dwukrotnego wezwania do spełnienia świadczenia nie spełnił go, co w świetle postanowień umownych, upoważniało Odwołującego do wypowiedzenia umowy, co nastąpiło w dniu 15.07.2019r. Tym samym, Zamawiający nie mógł odstąpić, czy też wypowiedzieć umowy w lutym 2020r., która już od ponad pół roku była rozwiązana.

Jest bezsporne między Stronami, że Odwołującemu przysługiwało wynagrodzenie z tytułu

realizacji Umowy wynikające z faktur nr 12/04/2019, 13/04/2019, 21/05/2019 i 37/06/2019. Zamawiający nie dokonał w formie pieniężnej spełnienia tego świadczenia. Sporne jest, czy doszło do faktycznego potrącenia tych kwot przez Zamawiającego.

Zdaniem Zamawiającego, nie musiał on składać żadnego oświadczenia o dokonaniu potrącenia, gdyż dokonał potrącenia umownego na podstawie § 13 ust. 6 zdanie pierwsze Umowy.

Zdaniem zaś Odwołującego, twierdzenia Zamawiającego są sprzeczne z czynnościami Zamawiającego podejmowanymi w związku z realizacją Umowy. Notą nr 1200023951 z 04.04.2019r. Zamawiający wezwał Odwołującego do zapłaty kary umownej na kwotę 2.139.135,17 zł. Odwołujący nie zapłacił przedmiotowej kwoty, ponieważ kwestionował zasadność naliczenia kary umownej. Sam fakt skierowania wezwania do zapłaty zdaniem Odwołującego potwierdza, że Zamawiający wbrew swoim twierdzeniom nie dokonał żadnego potrącenia. W przeciwnym razie, gdyby Zamawiający dokonał potrącenia, nie kierowałby do Odwołującego wezwania do zapłaty.

Ponadto Przypomnieniem z dnia 16.07.2019r. (data nadania pisma 22.07.2019r., a data wpływu do Odwołującego 24.07.2019r.), Zamawiający ponownie wezwał Odwołującego do zapłaty wskazanej powyżej noty na pełną kwotę 2.139.135,17 zł, wskazując, że Odwołujący ma 94 dni zwłoki w zapłacie tej kary.

Odwołujący wskazał, że pisma Zamawiającego z 8 lipca 2019r. i 15 lipca 2019r. zostały doręczone Odwołującemu bezpośrednio dopiero w dniu 02.08.2019r., o czym świadczy prezentata z datą na tych dokumentach, a więc już po złożonym oświadczeniu o wypowiedzeniu, które stało się skuteczne z chwilą doręczenia. Skoro Zamawiający konsekwentnie twierdzi, że nie korzystał z potrącenia ustawowego, a jedynie z potrącenia umownego, to takie potrącenie umowne wywołuje skutki dopiero na przyszłość, od momentu złożenia oświadczenia, a więc od daty 02.08.2019r. Powyższe potwierdza, że Zamawiający był w opóźnieniu z zapłatą w stosunku do trzech kolejnych płatności wynagrodzenia, nie zapłacił wynagrodzenia zgodnie z wezwaniem Odwołującego, a tym samym, że ziszczyły się przesłanki do wypowiedzenia umowy, a w konsekwencji przesłanki do naliczenia i uzyskania kary umownej za wypowiedzenie umowy z winy Zamawiającego.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że osoba składająca oświadczenie o potrąceniu z dnia 8 lipca 2019r. i 15 lipca 2019r. nie posiadała żadnego umocowania do działania w imieniu Zamawiającego w zakresie zobowiązań finansowych. Pan C. był jedynie upoważniony, zgodnie z postanowieniami § 20 ust. 3 umowy, do kontaktów z Wykonawcą oraz nadzorowania wykonywania umowy. Tym samym do chwili obecnej, żadna osoba uprawniona do reprezentacji Zamawiającego nie złożyła oświadczenia o potrąceniu.

Odwołujący zakwestionował stanowisko Zamawiającego, że w umowie uregulowano umowne prawo do kompensaty. W jego ocenie, w umowie wskazano jedynie możliwość

dokonywania potrąceń, nie precyzując żadnych postanowień w tym zakresie.

Jak wskazał Odwołujący, w § 13 ust. 8 umowy przewidziano jedynie alternatywne uprawnienie (możliwość dokonania potrącenia lub skorzystania z gwarancji należytego wykonania umowy), przy czym w kontekście dyspozycji art. 65 kc, nie sposób nie uznać, że postanowienie to miało nie charakter umownego prawa kompensaty, a jedynie zwrócenia uwagi, że Zamawiający będzie uprawniony do skorzystania z ustawowego prawa do potrącenia w razie zaistnienia okoliczności wskazanej tym postanowieniem. Za powyższym przemawia przede wszystkim treść noty księgowej 1200023951, w której Zamawiający wzywa do zapłaty kary umownej. Gdyby Zamawiający faktycznie rozumiał postanowienia § 13 ust. 8 umowy w taki sposób, jak próbuje to wywodzić, iż postanowienie to zawierało umowne prawo kompensaty i że ta kompensata dokonuje się bez potrzeby składania jakichkolwiek dodatkowych oświadczeń, to wskazałby, że wystawiona przez Zamawiającego nota księgowa została zapłacona poprzez dokonanie kompensaty z odpowiednimi fakturami, które zostały już wystawione i dostarczone Zamawiającemu. Nota została podpisana przez inne osoby niż p. C., co potwierdza tezę, że p. C. nie miał żadnego upoważnienia do działania w imieniu Zamawiającego w zakresie zobowiązań finansowych. W opinii Odwołującego, przywoływane przez Zamawiającego wyroki w zakresie potrącenia umownego nie mogą mieć zastosowania w niniejszej sprawie.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

W odniesieniu do powyższego zarzutu należy stwierdzić, że istotne znaczenie ma okoliczność, że kwestia tej umowy i podstawy do wykluczenia (na jaką powołuje się Zamawiający) stanowiła przedmiot orzeczenia w sprawie o sygn. akt KIO 535/21.

W przedmiotowym postępowaniu, odnosząc się do podstawy wykluczenia Odwołującego z postępowania - okoliczności rozwiązania umowy z dnia 1 lipca 2016 r. na zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadania inwestycyjnego w ramach projektu „Prace na linii obwodowej w Warszawie (odc. Warszawa Gołębki/Warszawa Zachodnia – Warszawa Gdańska)”, zawartej z PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., Izba stwierdziła, że okoliczności przedstawione przez strony nie pozwalają na ustalenie, iż zachodzą okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W niniejszym postępowaniu Izba podziela stanowisko wyrażone w postępowaniu o sygnaturze akt KIO 535/21. Należy dodać, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający nie przedstawił żadnych nowych okoliczności, które pozwalałyby na zmianę powyżej wyrażonego stanowiska.

15 lipca 2019 roku Odwołujący złożył Zamawiającemu oświadczenie o wypowiedzeniu umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, co stanowi okoliczność bezsporną.

Jak wskazał Odwołujący, podstawę wypowiedzenia stanowił fakt, że Zamawiający nie dokonywał płatności należnego wynagrodzenia na rzecz Odwołującego przez trzy kolejne okresy rozliczeniowe i pomimo dwukrotnego wezwania do spełnienia świadczenia nie spełnił go, co w świetle postanowień umownych upoważniało Odwołującego do wypowiedzenia umowy, co nastąpiło w dniu 15.07.2019 r.

Pomiędzy stronami w dalszym ciągu (pomimo rozstrzygnięcia dokonanego przez skład orzekający w wyroku KIO 535/21) pozostaje kwestia, czy Zamawiający na wcześniejszym etapie dokonał potrącenia, pomimo braku złożenia Odwołującemu oświadczenia w tym zakresie.

Zamawiający uznaje, że był uprawniony do dokonania potrącenia bez konieczności składania oświadczenia Odwołującemu w tym zakresie, gdyż potrącenie umowne, dla swej skuteczności, nie wymaga składania takich oświadczeń.

Odwołujący przeczy takiemu stanowisku. W trakcie rozprawy złożył wyciąg z przedmiotowej umowy (w tym: § 13 ust. 6), który w zdaniu pierwszym wskazuje, że w przypadku, gdy Zamawiający jest uprawniony do obciążenia wykonawcy karą umowną, należną mu kwotę może potrącić z dowolnej płatności należnej wykonawcy lub żądać wypłaty z zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Z artykułu tego wynika jedynie możliwość potrącenia, nie zaś obowiązek wystąpienia takiej czynności. Ze wskazanego paragrafu umowy nie sposób wywieść, że zachodzi automatyzm dokonania potrącenia. Przeciwnie, jest to tylko wskazanie możliwości, a zatem samego uprawnienia.

Tym bardziej, że jak wskazała Izba w przywołanym wyroku, „wątpliwości Izby co do możliwości potrącenia kar umownych z wynagrodzenia wykonawcy wyłącznie poprzez naliczenie kar oraz niedokonanie płatności budzi również samo postanowienie § 13 ust. 6 umowy, z którego wynika, że strony, w przypadku naliczenia odwołującemu kar umownych, przewidziały dla zamawiającego alternatywne uprawnienie: bądź potrącenia kary umownej z dowolnej płatności, bądź też żądania wypłaty wynagrodzenia należytego wykonania umowy. Wydaje się, że zamawiający, dokonując wyboru jednej z dwóch możliwości zaspokojenia żądania z tytułu naliczonych kar, winien powiadomić odwołującego o sposobie, w jaki będzie te kary egzekwował. Takie postanowienie umowne rodzi wątpliwości co do tego, czy istotnie zgodnym zamiarem obydwu stron było, by zamawiający realizował swe uprawnienie bez przekazania odpowiedniej informacji i wyłącznie poprzez dokonanie operacji rachunkowej i wstrzymanie świadczenia na rzecz wykonawcy.”

Dowodem na okoliczność, że Zamawiający nie dokonał żadnego potrącenia (na które się powołuje) jest nie tylko fakt, że Odwołujący nie został w żaden sposób poinformowany o takiej czynności do dnia, w którym Odwołujący odstąpił od umowy, ale także złożony przez

Odwołującego jako dowód dokument w postaci Przypomnienia z 16 lipca 2019 roku. Gdyby Zamawiający – tak jak twierdzi - dokonał wcześniejszego potrącenia, w późniejszym czasie nie wzywałby Odwołującego do zapłaty tych kwot, które uznał wcześniej za potrącone.

W ocenie Izby powyższa okoliczność jednoznacznie przesądza, że Zamawiający nie dokonał żadnego potrącenia, co w konsekwencji oznacza, że Zamawiający nie wykazał, że skutecznie rozwiązał umowę z Odwołującym.

Jak trafnie wskazane zostało w wyroku 535/21: „Instytucja potrącenia umownego nie jest uregulowana w prawie polskim, ale jej dopuszczalności należy upatrywać w zasadzie swobody umów, która na gruncie prawa polskiego została wyrażona w art. 353¹ Kodeksu cywilnego. Pogląd ten został wyrażony również przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 26 stycznia 2005 r., w którego tezie zauważono, że „Pojęcie »kompensaty« (w istocie odpowiednika potrącenia) jest wykorzystywane do odróżnienia potrącenia umownego od potrącenia ustawowego (art. 498 i następane k.c.) i urzeczywistnia się w porozumieniu kompensacyjnym, będącym pozakodeksową umową, której podstawę prawną stanowi art. 353¹ k.c.” Należy również podkreślić, że do konstrukcji tej nie stosuje się przepisów Kodeksu cywilnego dotyczących potrącenia ustawowego. Strony umowy mają dużą dowolność w ustalaniu warunków potrącenia, w tym również co do czasu i sposobu jego dokonywania. Dopuszczalne jest także porozumienie, zgodnie z którym potrącenie jest skuteczne bez konieczności składania dodatkowych oświadczeń woli. Skuteczność dokonanego potrącenia musi być zatem oceniona na podstawie wszystkich postanowień umownych i wszystkich okoliczności faktycznych. Tymczasem z przekazanego Izbie wyciągu z umowy z dnia 1 lipca 2016 roku, obejmującego ustalenia stron co do samej możliwości potrącenia kar umownych, wynika, że zamawiający może potrącić karę umowną, jeżeli jest uprawniony do obciążenia nią wykonawcy. Jednakże kwestia uprawnienia zamawiającego do naliczenia kar umownych jest pomiędzy stronami sporna i jest przedmiotem rozpoznania przez sąd powszechny”.

Odwołujący odstąpił od umowy z Zamawiającym, a zatem odstąpienie od umowy przez Zamawiającego (już po terminie odstąpienia przez Odwołującego) pozostaje bez znaczenia, gdyż nie wywołało skutków prawnych.

W celu skorzystania z przesłanki wskazanej w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający winien wykazać zaistnienie wszystkich podstaw wskazanych w tym przepisie, a w szczególności, że w konsekwencji niewykonania bądź nienależytego wykonania istotnej części zamówienia, nastąpiło rozwiązanie umowy w sprawie zamówienia publicznego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy lub doszło do zasądzenia odszkodowania od wykonawcy.

Zamawiający nie wykazał, że miało miejsce niewykonanie bądź nienależyte wykonanie istotnej części zamówienia, co doprowadziło do rozwiązania umowy w sprawie zamówienia publicznego z przyczyn leżących po stronie Odwołującego. Zamawiający nie wykazał także, aby doszło do zasądzenia odszkodowania od Odwołującego, a zatem ta przesłanka nie została spełniona.

Powyższe oznacza, że nie zaistniała podstawa do wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Oznacza to, że uzasadniony jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego artykułu 24 ust. 5 pkt 4 i art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez bezpodstawne przyjęcie, że Odwołujący podlega wykluczeniu, a jego oferta podlega odrzuceniu z uwagi na fakt, że Odwołujący wykonał nienależycie lub nie wykonał zamówienia realizowanego na rzecz Zamawiającego - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w związku z realizacją Umowy nr 90/101/0044/16/Z/I na zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadania inwestycyjnego w ramach projektu „Prace na linii obwodowej w Warszawie (odc. Warszawa Gołębki/Warszawa Zachodnia - Warszawa Gdańska)”, co doprowadziło do rozwiązania umowy, podczas gdy to Odwołujący wypowiedział przedmiotową umowę z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego.

Izba podziela także stanowisko wyrażone uprzednio w wyroku KIO 535/21, zgodnie z którym: „Przywołane przez zamawiającego orzecznictwo sądów powszechnych, w tym: wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 29 czerwca 2018 roku (sygn. akt: VACa 261/18) oraz wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 25 kwietnia 2014 roku (sygn. akt: I ACa 971/13), nie może mieć bezpośredniego przełożenia na rozpoznawaną sprawę. Ustalenie, czy stanowisko wyrażone w tych orzeczeniach jest adekwatne do niniejszego sporu, wymagałoby porównania stanu faktycznego w rozpoznawanych sprawach, w tym w szczególności postanowień umownych wiążących strony”.

Odwołujący jedynie z ostrożności sformułował zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 5 pkt 4 i art. 24 ust. 4 w związku z art. 24 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez błędną ocenę wyjaśnień i dowodów złożonych przez Odwołującego w ramach self-cleaningu, która to ocena doprowadziła do przyjęcia przez Zamawiającego, że podjęte działania w związku z rozwiązaniem umowy na realizację usługi dla Miasta Gliwice nie są wystarczające, a tym samym zachodzi podstawa wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty, podczas gdy właściwa ocena winna prowadzić do wniosku, że procedura self-cleaningu została przeprowadzona prawidłowo, a tym samym pomimo nie wykonania uprzednio umowy z Zamawiającym, brak jest podstaw do wykluczenia Odwołującego z

postępowania i odrzucenia jego oferty.

Z uwagi na rozpoznanie i uwzględnienie zarzutów poprzedzających, rozpoznawanie tego zarzutu jest bezprzedmiotowe.

Mając powyższe a uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574, 575 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy §5 pkt 1 oraz §5 pkt 2b), §7 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437), zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania oraz koszty z tytułu zastępstwa procesowego pełnomocnika Odwołującego.

Przewodniczący: