

WYROK
z dnia 26 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 sierpnia 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 lipca 2020 r. przez wykonawcę **S.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą WAN-BUS S.W., Tylkovo 44; 12-130 Tylkovo**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zespół Ekonomiczno-Administracyjny Szkół w Stęszewie, ul. Poznańska 11; 62-060 Stęszew**, przy udziale wykonawcy **D.D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą D.D. „DAL-TRANS”, ul. Atletyczna 9; 62-065 Grodzisk Wielkopolski**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.**
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Zespół Ekonomiczno-Administracyjny Szkół w Stęszewie, ul. Poznańska 11; 62-060 Stęszew** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **S.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą WAN-BUS S.W., Tylkovo 44; 12-130 Tylkovo**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego **Zespół Ekonomiczno-Administracyjny Szkół w Stęszewie, ul. Poznańska 11; 62-060 Stęszew** na rzecz odwołującego wykonawcy **S.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą WAN-BUS S.W., Tylkovo 44; 12-130 Tylkovo** kwotę

10 944 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy dziewięćset czterdzieści cztery złote, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Zespół Ekonomiczno-Administracyjny Szkół w Stęszewie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „*Dowożenie dzieci do szkół i przedszkoli na terenie gminy Stęszew w roku szkolnym 2020/2021*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP z dnia 22 czerwca 2020 r., pod nr 552831-N-2020.

Dnia 24 lipca 2020 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 28 lipca 2020 roku, wykonawca S.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą WAN-BUS S.W. (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności dokonanej przez zamawiającego polegającej na wykluczeniu z postępowania i odrzucenia oferty odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 5 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne wykluczenie odwołującego z postępowania, podczas gdy nie zaistniały przesłanki do wykluczenia, a także poprzez błędną wykładnię przepisu art. 24 ust. 7 pkt 3 i błędne przyjęcie, że w niniejszej sprawie za zdarzenie będące podstawą wykluczenia, od którego zaistnienia liczony jest upływ terminu 3-letniego należy uznać wydanie orzeczenia zasądzającego karę umowną, podczas gdy bieg ww. terminu należy liczyć od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, tj. dnia wskazanego w wypowiedzeniu umowy, w którym to odwołujący zaprzestał wykonywania umowy, ewentualnie od dnia rozwiązania umowy z powodu niewykonania umowy przez odwołującego,
2. art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego, bowiem zgodnie z zarzutem opisanym w pkt. 1 odwołujący nie podlega wykluczeniu, a zatem nie powinno się odrzucać oferty odwołującego jako wykonawcy wykluczonego.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o:

- 1) unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenie oferty odwołującego,
- 2) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty dokonanej przez zamawiającego,
- 3) dokonanie ponownej oceny ofert uwzględniając złożoną przez odwołującego ofertę w sposób zgodny z zasadami Prawa zamówień publicznych,

- 4) uznanie oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Ponadto odwołujący wniósł o:

- 1) przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego,
- 2) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, że w wyniku wskazanych wyżej naruszeń dokonanych przez zamawiającego, poprzez wykluczenie z postępowania oraz odrzucenie oferty odwołującego, zamawiający uniemożliwił odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Odwołujący podkreślił, iż oferta odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą, zatem czynności zamawiającego dokonane z naruszeniem Prawa zamówień publicznych, pozbawiają odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego, co ma bezpośredni wpływ na wynik tego postępowania. Gdyby zamawiający prawidłowo zastosował się do przepisów ustawy Pzp, odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie.

Odwołujący podniósł, iż zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w sprawie domniemania istnienia podstaw wykluczenia z postępowania. Mimo, że dochowując wyznaczonego terminu odwołujący złożył wyjaśnienia, z których wynikał brak podstaw do wykluczenia. Odwołujący został powiadomiony przez zamawiającego o wykluczeniu z postępowania i odrzuceniu oferty na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 4 i ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp. W uzasadnieniu zamawiający wskazał, iż odwołującego należało wykluczyć na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż w ocenie zamawiającego nie budzi wątpliwości, że odwołujący nie wykonał zawartej z gminą Rakoniewice umowy o zamówienie publiczne i to w istotnym stopniu, z własnej winy. Odwołujący wskazał, iż niewykonanie tej umowy stanowi fakt bezsporny, natomiast spór wynika z interpretacji terminu, o którym mowa w art. 24 ust. 7 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, iż prawdą jest, że odwołujący realizował na terenie gminy Rakoniewice umowę, dotyczącą przewozu dzieci niepełnosprawnych. Dnia 7 października 2016 r., złożył wypowiedzenie umowy ze skutkiem na dzień 15 listopada 2016 r., na podstawie art. 746 § 2 k.c., tj. z ważnych powodów. Mianowicie zamawiający po rozpoczęciu realizacji zamówienia, znacząco zmniejszył ilość kilometrów przewozu, tygodniowa różnica kilometrowa wyniosła ok. 204 km mniej od pierwotnie zaplanowanej, na podstawie której dokonano kalkulacji kosztów, dających podstawę wyliczenia ceny ofertowej. Dodatkowo nałożono na odwołującego obowiązki, dotyczące każdorazowego montażu i demontażu siedzeń autobusowych, które nie były zawarte w s.i.w.z., z czym odwołujący nie mógł się

zgodzić. Powyższe spowodowało, iż realizacja umowy stała się nieopłacalna i generowała straty. W związku z tym zaistniały ważne powody, ze względu na które odwołujący odstąpił od wykonywania umowy, zgodnie z datą wskazaną w oświadczeniu o wypowiedzeniu umowy, tj. z dniem 15 listopada 2016 r. Odwołujący zaprzestał wykonywania umowy od dnia 15 listopada 2016 r. Nadto, mimo złożonego przez odwołującego wypowiedzenia umowy, zamawiający, tj. gmina Rakoniewice w dniu 21 listopada 2016 r. odstąpiła od umowy. Odwołujący potwierdził, iż pomiędzy odwołującym a gminą Rakoniewice toczył się proces, jednakże o zasądzenie kary umownej, stąd też nie ma on znaczenia przy dokonywaniu oceny zaistnienia ewentualnej przesłanki wykluczenia wobec odwołującego.

Odnosząc opisaną wyżej sytuację z gminą Rakoniewice do przedmiotowego postępowania odwołujący wskazał, iż nawet jeśli zgodnie z s.i.w.z. i art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, wykluczeniu podlega wykonawca, 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, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania, to przesłanka ta nie będzie miała zastosowania wobec odwołującego. Bowiem nawet jeśli przyjąć, iż odwołujący nie wykonał umowy i doszło do rozwiązania umowy to należy mieć na względzie art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp. Stanowi on, iż wykluczenie wykonawcy w wyżej opisanym przypadku następuje jeśli nie upłynęły 3 lata od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, a więc w ocenie odwołującego zdarzeniem tym jest przede wszystkim dzień zaprzestania wykonywania umowy, bądź dzień rozwiązania umowy.

Odwołujący nie zgodził się z analizą i przedstawioną przez zamawiającego argumentacją, iż datą początkową trzyletniego terminu, o którym mowa w art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp, powinna być data zasądzenia od wykonawcy odszkodowania, tj. data wydania wyroku zasądającego karę umowną od odwołującego na rzecz gminy Rakoniewice. Przyjęcie powyższego powoduje, iż 3-letni termin wskazany w art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp, jeszcze nie upłynął, wobec czego zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania. Odwołujący wskazał, iż pod pojęciem "zdarzenia będącego podstawą wykluczenia", o którym mowa w art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp, w odniesieniu do podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 4, należy rozumieć datę zaistnienia niewykonania lub nienależytego wykonania wcześniejszej umowy. Ewentualnie zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 sierpnia 2018 r., KIO 1428/18 zdarzeniem tym jest data wystąpienia skutku niewykonania wcześniejszej umowy o zamówienie publiczne rozumianego jako rozwiązanie umowy lub zasądzenie odszkodowania. W niniejszej sprawie doszło do rozwiązania umowy, a zatem istotny jest właśnie ten termin rozwiązania umowy. Jednocześnie, należy wyjaśnić, że „(...) pod pojęciem "rozwiązanie" należy rozumieć wypowiedzenie umowy lub odstąpienie od niej" (por. Skubiszak-Kalinowska Irena, Wiktorowska Ewa, Prawo zamówień publicznych.

Komentarz aktualizowany). Tym samym, 3-letni termin, o którym mowa wyżej, biegnie od dnia niewykonania umowy, czyli zaprzestania wykonywania umowy, tj. od dnia 15 listopada 2016 r., ewentualnie najpóźniej od dnia odstąpienia od umowy przez zamawiającego, tj. od dnia 21 listopada 2016 r. który to dzień stanowi datę rozwiązania umowy. Bez względu na to, który z powyższych terminów należy przyjąć, bezsprzecznym jest, iż 3-letni termin upłynął. Zatem nie można zastosować wobec odwołującego przesłanki wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, jako że w przedmiotowym przypadku wyłącza stosowanie tego przepisu art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp.

Przyjęcie dnia wydania wyroku w sprawie zasądzenia kary umownej jako dnia rozpoczęcia biegu terminu zgodnie z tezą zamawiającego jest nie do przyjęcia, bowiem spowoduje to znaczne przedłużenie 3-letniego terminu, powodującego wykluczenie z postępowań. Należy bowiem mieć na względzie, że sprawy sądowe, biorąc pod uwagę zarówno pierwszą, jak i drugą instancję trwają nawet kilka lat. Wobec tego powyższe doprowadzić mogłoby do kuriozalnej sytuacji, w której to wykonawca, który nie zrealizował umowy, byłby wykluczony od dnia niezrealizowania umowy przez kolejne trzy lata, a następnie po wydaniu wyroku sądu, przez kolejne 3 lata zgodnie z tezą zamawiającego. Niestusznym byłoby więc przyjęcie terminu za zamawiającym, bowiem wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji za prowadzenie długotrwałych czy przewlekłych postępowań przez sądy. Nielogiczne jest zatem przyjęcie za zamawiającym, że zdarzeniem będącym podstawą wykluczenia jest dzień wydania orzeczenia o zasądzeniu kary umownej. Przede wszystkim mieć na względzie należy, iż sąd w niniejszej sprawie w wyroku jedynie zasądził zapłatę kary umownej. Sąd nie stwierdził więc, że od dnia wydania orzeczenia zaistniało zdarzenie w postaci niewykonywania umowy przez wykonawcę. Natomiast orzekł, że w momencie gdy gmina odstąpiła od umowy zrobiła to zgodnie z prawem, zatem miała możliwość naliczenia kary umownej. Data zasądzenia kary umownej nie pokrywa się w żadnym stopniu z datą niewykonania umowy przez wykonawcę. Nadto nie ma jakiegokolwiek sensu liczenie przedmiotowego 3-letniego terminu od dnia zasądzenia kary umownej, ponieważ przede wszystkim dochodzenie kary umownej przez zamawiającego nie jest obligatoryjne. Nadto kara umowna jest tylko pochodną związaną z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy. Zatem idąc tokiem rozumowania zamawiającego należałoby przyjąć, iż w przypadku niedochodzenia kary umownej od wykonawcy, nie doszło do niewykonania umowy, mimo że faktycznie zaprzestano jej wykonania. Należy również pamiętać, iż w sporach sądowych o karę umowną można nie tylko kwestionować naliczenie kary umownej co do zasady, ale również wykonawcy mogą zgadzać się z naliczeniem tej kary, a kwestionować np. jej wysokość bądź sposób naliczenia. Nadto sądy mogą nie zasądzić kary umownej z różnych przyczyn, np. mimo, iż zasadne było jej naliczenie, to jednak błędy proceduralne czy też naliczenie kary umownej po terminie, może powodować,

iż sąd oddali powództwo zamawiającego o zasądzenie kary umownej. Podążając tokiem rozumowania zamawiającego również w takiej sytuacji doszłoby do tego, iż do wykonawcy mimo niewykonania zobowiązania nie miałyby zastosowania przesłanka wykluczenia, bowiem wyrokiem nie zasądzone wobec niego kary umownej. Dzień wydania orzeczenia o zasądzeniu kary umownej nie może być zatem wyznacznikiem potwierdzenia winy wykonawcy przy braku należytego realizowania umowy bądź jej niewykonania.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne.

Przepis art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, stanowi fakultatywną przesłankę do wykluczenia wykonawcy z postępowania, która winna znaleźć swoje odzwierciedlenie w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający przewidział taką podstawę do wykluczenia wykonawcy. Przepis ten stanowi, iż zamawiający może wykluczyć 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. Ścisłe powiązanie z przedmiotowym przepisem ma również przepis art. 24

ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp, który stanowi, iż 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.

Krajowa Izba Odwoławcza analizując stan faktyczny sprawy oraz biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności mające wpływ na wydanie orzeczenia stwierdziła, iż zamawiający nieprawidłowo zastosował przepisy art. 24 ust. 5 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp, bezzasadnie wykluczając odwołującego z przedmiotowego postępowania, jednocześnie uznając ofertę odwołującego za odrzuconą.

Argumentując prezentowane wyżej stanowisko, Izba stwierdziła, co następuje.

Z przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, wynika, że zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego. Okolicznością wynikającą z przedmiotowego postępowania jest fakt, iż odwołujący, z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał wcześniejszej umowy w istotnym stopniu albowiem ją wypowiedział ze skutkiem na dzień 15 listopada 2016 roku, przy uwzględnieniu okoliczności, że miała być realizowana od 1 września 2016 roku do 25 czerwca 2017 roku. Powyższa czynność odwołującego miała wpływ na dalsze postępowanie zamawiającego (Gmina Rakoniewice), który w związku z niewykonaniem umowy przez odwołującego, w dniu 21 listopada 2016 roku, odstąpił od umowy z odwołującym. Obydwie czynności, zarówno ta dokonana przez odwołującego (wypowiedzenie umowy) oraz ta dokonana przez zamawiającego (odstąpienie od umowy) wpisują się w treść omawianej normy prawnej, albowiem stanowią ostateczny skutek, o którym mowa w tym przepisie, tj. czynności te doprowadziły do rozwiązania umowy.

Przepis art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, przewiduje trzy możliwości jego interpretacji z uwagi na użyty w tym przepisie łącznik (alternatywę łączną) „lub”. Zdaniem Izby takie brzmienie omawianego przepisu dopuszcza następujące rozwiązania, związane z sankcją wykluczenia wykonawcy z postępowania, tj.:

- wykluczenie wykonawcy, który z przyczyn leżących po jego stronie (...), co doprowadziło do rozwiązania umowy,
- wykluczenie wykonawcy, który z przyczyn leżących po jego stronie (...), co doprowadziło do zasądzenia odszkodowania,
- wykluczenie wykonawcy, który z przyczyn leżących po jego stronie (...), co doprowadziło do rozwiązania umowy i zasądzenia odszkodowania.

Powiązany z tym przepisem art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp, precyzuje datę (dzień), od której należy liczyć sankcję wykluczenia wykonawcy precyzując, że są to maksymalnie 3 lata od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Skoro tak, to należy przyjąć, że termin 3 lat należy liczyć od pierwszego zdarzenia będącego podstawą wykluczenia w ramach trzech z ww. zdarzeń (rozwiązania umowy,

zasądzenia odszkodowania, rozwiązania umowy i zasądzenia odszkodowania). Odmienny sposób liczenia terminu może spowodować niepewność po stronie wykonawcy, co do terminu w jakim będzie mógł być wykluczony z postępowań.

Zdaniem Izby, w przedmiotowym postępowaniu zdarzeniem, o którym mowa w art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp, jest odstąpienie od umowy, albowiem świadczy o tym wyrok Sądu Rejonowego w Grodzisku Wielkopolskim z dnia 19 grudnia 2018 roku, sygn. akt I C 571/18, który potwierdził skuteczność odstąpienia od umowy przez zamawiającego, zasądając jednocześnie karę umowną za odstąpienie od umowy. Tym samym, odwołujący mógł być wykluczony z postępowań w okresie 3 lat licząc od dnia odstąpienia od umowy przez zamawiającego, tj. od 21 listopada 2016 roku.

Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego, że termin ten należy liczyć od dnia wydania prawomocnego wyroku w sprawie zapłaty kary umownej, albowiem nie jest to pierwsze zdarzenie, które dawało podstawę do wykluczenia odwołującego z postępowania. Izba zwraca uwagę, iż sankcja wykluczenia wykonawcy z postępowania jest jedną z najbardziej dotkliwych, jakich może doznać wykonawca w postępowaniu, dlatego też winna być interpretowana ściśle, nie dając możliwości nadinterpretacji. W sytuacji bowiem, gdy zamawiający wyklucza wykonawcę za „rozwiązanie umowy”, a następnie występuje do Sądu z pozwem o odszkodowanie powodować może sytuację, w której wykonawca ponosi odpowiedzialność skutkującą wykluczeniem z postępowania na okres dłuższy niż 3 lata, np. z uwagi na długo toczące się postępowania przed sądem powszechnym, a takiej sankcji ustawa - Prawo zamówień publicznych nie przewiduje. Niestety taką sankcję, niezgodną z przepisami, zastosował zamawiający w tym postępowaniu względem odwołującego.

Nadto wskazać należy, iż może np. zachodzić sytuacja, w której wykonawca nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę, jednakże do rozwiązania umowy nie doszło, a zamawiający dopiero po zakończeniu jej realizacji zdecyduje się na obciążenie wykonawcy odszkodowaniem. W takim przypadku będziemy mieli do czynienia z sytuacją, w której zaistniałym zdarzeniem będzie prawomocny wyrok Sądu.

Rekapitulując Izba stwierdziła, iż zamawiający dokonał błędnej wykładni przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp, co w konsekwencji skutkowało błędną czynnością wykluczenia odwołującego z przedmiotowego postępowania. Konsekwentnie, za błędną należało uznać czynność zamawiającego o uznaniu oferty odwołującego za odrzuconą (art. 24 ust. 4 ustawy Pzp).

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust.

1 pkt 2, § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972), uwzględniając koszty poniesione przez odwołującego związane z wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

Przewodniczący: