

Sygn. akt KIO 434/18

**WYROK**

**z dnia 23 marca 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Anna Osiecka**

**Protokolant: Zuzanna Idźkowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **20 marca 2018 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 marca 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie oraz Ł. Z. prowadzącego działalność gospodarczą BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. z siedzibą w Żyrardowie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Urząd Miasta Skierniewice z siedzibą w Skierniewicach**

przy udziale wykonawcy **Znak Gdańsk Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie oraz Ł. Z. prowadzącego działalność gospodarczą BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. z siedzibą w Żyrardowie** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie oraz Ł. Z. prowadzącego działalność gospodarczą BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. z siedzibą w Żyrardowie**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie oraz Ł. Z. prowadzącego działalność gospodarczą BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. z siedzibą w Żyrardowie** na rzecz zamawiającego **Urząd Miasta Skierniewice z siedzibą w Skierniewicach** kwotę 2 500 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące pięćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Gmina Miasto Skierniewice, dalej: „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Opracowanie koncepcji i dokumentacji projektowej dla zadania pn. Budowa wiaduktu nad torami PKP w ciągu ulic Piłsudskiego i Zwierzynieckiej w Skierniewicach*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), dalej: „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 6 lutego 2018 r. pod numerem 514324 –N -2018.

W dniu 5 marca 2018 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie oraz Ł. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. z siedzibą w Żyrardowie, dalej: „Odwołujący”, wnieśli odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ZNAK Gdańsk Sp. z o.o., pomimo iż wykonawca nie wykazał spełniania warunku zdolności technicznej lub zawodowej, odnoszącej się do doświadczenia wymaganego od wykonawcy;
2. art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia ZNAK Gdańsk Sp. z o.o. z uwagi na niezgodność treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, dalej: „SIWZ”;
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty ZNAK Gdańsk Sp. z o.o. z uwagi na niezgodność treści oferty z SIWZ;
4. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ZNAK Gdańsk Sp. z o.o., pomimo iż wykonawca złożył informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia wykonawcy ZNAK Gdańsk Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12, pkt 16 i 17 oraz art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp; odrzucenia oferty ZNAK Gdańsk Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp; dokonania ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert; w konsekwencji dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazywał, że wykonawca ZNAK Gdańsk Sp. z o. o. nie potwierdził warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej, bowiem przedstawił trzy usługi, z czego dwie nie spełniały wymagań określonych w SIWZ, a trzecia dotyczyła jednej umowy na wykonanie dwóch zadań. W jego ocenie wykonawcy winni wykazać się doświadczeniem przy realizacji dwóch usług, utożsamianych z dwiema umowami. W związku z powyższym Przystępujący podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Odwołujący podnosił również, iż z ogólnodostępnych informacji wynika, że wykonawca ZNAK Gdańsk Sp. z o. o. realizował umowę dla Dyrekcji Rozbudowy Miasta Gdańska na przygotowanie dokumentacji ul. Nowa Jabłoniowa, od której to umowy zamawiający odstąpił z uwagi na niedotrzymanie pierwotnego i przedłużonego terminu, a więc zdaniem Odwołującego z winy w całości leżącej po stronie wykonawcy. Zatem, Przystępujący winien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Z uwagi na powyższe wykonawca ZNAK Gdańsk Sp. z o. o. winien podlegać wykluczeniu także na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, bowiem przedłożył oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, co zdaniem Odwołującego powoduje, że Przystępujący oświadczył nieprawdę, tym samym wprowadzając Zamawiającego w błąd.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca ZNAK Gdańsk Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, dalej również: „Przystępujący”, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Pismem z dnia 20 marca 2018 r. do Izby wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, który wniósł o jego oddalenie w całości.

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

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty złożonej przez Przystępującego, informacji Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 20 marca 2018 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Zgodnie z pkt III.1.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej: „SIWZ”, Zamawiający postawił następujący wymóg: *Wykonawcy ubiegający się o zamówienie spełnią warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, jeżeli wykażą, że wykonali w ciągu ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie co najmniej dwie usługi projektowe polegające na opracowaniu dokumentacji podobnej z rodzaju do przedmiotu zamówienia, każda o wartości minimum 150 000 zł brutto - przez usługi projektowe podobne z rodzaju i zakresu do przedmiotu zamówienia rozumie się opracowania projektowe dwóch obiektów inżynierskich (dróg, ulic wraz z sieciami) w tym jeden obiekt mostowy – za obiekt mostowy uznaje się most, wiadukt, estakadę, na które Wykonawca w imieniu inwestora lub inwestor, pozyskał ostateczną decyzję o pozwoleniu na budowę. - wg wzoru stanowiącego załącznik 4 do SIWZ.*

Ponadto, Zamawiający przewidział zgodnie z pkt III.1.9 SIWZ fakultatywne przesłanki wykluczenia, w tym na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp.

W wyznaczonym terminie złożono 4 oferty:

- wykonawcy ZNAK Gdańsk Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku na kwotę 568.260 zł,
- wykonawcy CertusVia Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na kwotę 1.476.000 zł,
- wykonawcy Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu na kwotę 877.113 zł,
- wykonawcy ARKAS-PROJEKT Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Olsztynie na kwotę 889.290 zł,
- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie oraz Ł. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. z siedzibą w Żyrardowie na kwotę 588.764,10 zł.

Pismem z dnia 20 lutego 2018 r. Przystępujący, w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, złożył dokumenty, w tym wykaz wykonanych opracowań projektowych.

W dniu 28 lutego 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy ZNAK Gdańsk Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku.

Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi 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 kwoty określonej 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.

Na wstępie należy zaznaczyć, iż Odwołujący zarzucił Zamawiającemu m.in. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, niemniej nie wskazał żadnych okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających ową niezgodność. Podnoszone przez Odwołującego pozostałe zarzuty dotyczą m.in. niespełniania przez Przystępującego warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, co uzasadniałoby wniosek o wykluczenie Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i uznania jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Wobec powyższego Izba rozpoznała postawione zarzuty na podstawie ich opisu zawartego w uzasadnieniu odwołania, nie zaś kwalifikacji prawnej dokonanej przez Odwołującego, zgodnie ze stanowiskiem Sądu Okręgowego w Gliwicach w wyroku z 29 czerwca 2009 r., sygn. akt X Ga 110/09, który stwierdził, iż o tym, jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu, nie przesądza proponowana przez nią kwalifikacja prawna, ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę.

Izba uznała za bezzasadny zarzut dotyczący niespełniania przez Przystępującego warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Izba ustaliła, że Przystępujący przedłożył w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp „Wykaz opracowań projektowych”, w którym zawarł trzy pozycje:

1. Wykonanie wielobranżowej dokumentacji projektowej dla zadań: 1. Budowa wiaduktu leżącego nad linią kolejową w ciągu ulicy Lotniczej i Skrzydlatej w Elblągu 2. Budowa dróg dojazdowych do wiaduktu w ciągu ulicy Lotniczej i Skrzydlatej w Elblągu
2. Wykonanie wielobranżowej dokumentacji projektowej przebudowy skrzyżowania Al. Grunwaldzkiej z ul. A. Mickiewicza w Elblągu - zapewnienie dostępności terenów dworca autobusowego do dróg publicznych w związku z budową wiaduktu w ciągu ulicy Lotniczej i Skrzydlatej

3. Wykonanie wielobranżowej dokumentacji projektowej budowy drogi rowerowej wraz z obiektem mostowym nad Kanalem Śledziowym na terenie Gminy Cedry Wielkie.

Na potwierdzenie należytego wykonania usługi wskazanej pod pozycją 1 wykazu wykonawca przedłożył referencje od Prezydenta Miasta Elbląga. Poświadczenie wykonania tejże usługi wskazywało, że Przystępujący wykonał od 24 maja 2016 r. do 23 stycznia 2017 r. dokumentację projektową pn. *Budowa wiaduktu leżącego nad linią kolejową w ciągu ulicy Lotniczej i Skrzydlatej w Elblągu wraz z budową dróg dojazdowych w Elblągu*, a zakres prac obejmował m.in. opracowanie projektów budowlanych i wykonawczych oraz uzyskanie ostatecznej decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej. Wartość dokumentacji projektowej wynosiła 875.550,90 zł brutto. Pomiędzy Stronami nie było sporne, iż usługi wskazane pod pozycją 2 i 3 wykazu nie spełniały wymagań Zamawiającego.

W odniesieniu do ww. zarzutu Izba stwierdziła, że Zamawiający nie wprowadził postanowienia SIWZ, które by pozwalało przyjąć konkretną definicję usługi na użytek tego postępowania, nawiązującą do jednej umowy. Z brzmienia warunku nie wynika, aby Zamawiający wymagał wykazania, wbrew stanowisku Odwołującego, że umowa musi obejmować tylko jedną usługę. Rzeczywiście w praktyce najczęściej uznaje się, że jedno zamówienie czy jedna usługa to jedna umowa, jednak jest to wyłącznie pewna przyjęta konwencja. Zdarzają się okoliczności, do których ta prosta zależność nie odnosi się, bowiem zamawiający często zawierają bardziej skomplikowane i nietypowe umowy. Każdy przypadek więc należy rozpatrywać indywidualnie, z uwzględnieniem charakteru i przebiegu realizacji inwestycji.

W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający w żadnym miejscu SIWZ nie wymagał określonej formy prawnej, w jakiej powinna być zrealizowana usługa. Interpretacji „usługi” jako wskazania przez Odwołującego pojedynczej umowy nie można też wywodzić z użytych we wzorze wykazu wykonanych opracowań projektowych nazw kolumn, gdzie należało podać: nazwę zamówienia, nazwę i adres zamawiającego, dla którego zamówienie wykonano, czas realizacji oraz kwotę. Skoro więc takiego zastrzeżenia nie było, Zamawiający nie może na etapie badania i oceny ofert zastrzyć wymagań, a wszelkie nieprecyzyjne postanowienia w specyfikacji nie mogą wywoływać negatywnych skutków względem wykonawcy i jego oferty.

Ponadto, pojęcie usługi wyrażone w ustawie Prawo zamówień publicznych nie odnosi się także do jednej umowy, bowiem w art. 2 pkt 10) ustawy Pzp wskazuje na aspekt przedmiotowy. W świetle tego przepisu przez usługi należy rozumieć wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy. Na uwagę zasługuje również

fakt, że zasadą jest, że warunek udziału w postępowaniu winien abstrahować od okoliczności, które są następstwem przypadku, a powinien odnosić się do obiektywnych walorów wykonawcy, potwierdzających jego zdolność do realizacji zamówienia. To zamawiający, będąc gospodarzem postępowania, formułuje warunki udziału w postępowaniu, celem wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania umowy.

W przypadku usług projektowych Przystępującego, zamówienie wskazane pod pozycją 1 wykazu, jak najbardziej można zakwalifikować jako dwie usługi projektowe, gdyż dokumentacje projektowe dotyczyły dwóch zadań: budowy wiaduktu oraz budowy dróg dojazdowych, a każde z tych zadań można wybudować odrębnie. Oba obiekty inżynierskie stanowią odrębną funkcjonalną całość, nawet jeżeli zostały zrealizowane na podstawie jednej umowy, przewidującej wspólne wynagrodzenia. W ocenie Izby wykonanie spornego zamówienia nie różniło się w rzeczywistości od zrealizowania dwóch inwestycji, które zostałyby wykonane na podstawie dwóch umów. Nadto, ograniczenie jednej usługi do jednej umowy nie wydaje się właściwe, skoro celem żądania wykazania się doświadczeniem jest chęć sprawdzenia, co wykonawca wykonywał i w jaki sposób sobie z powierzonymi pracami poradził. W związku z powyższym Izba uznała, iż przedstawione w wykazie sporne zadanie można było przedłożyć na potwierdzenie wykonania dwóch usług projektowych. Z tej też przyczyny Izba nie badała i nie oceniała dodatkowej usługi przedstawionej przez Przystępującego w wyjaśnieniach z dnia 28 lutego 2018 r.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, pomimo że Izba nie podzieliła argumentacji Zamawiającego, zaprezentowanej w odpowiedzi na odwołanie, jakoby Zamawiający, przewidując fakultatywną przesłankę wykluczenia, nie był zobowiązany do jej zastosowania. Zgodnie z art. 24 ust. 6 ustawy Pzp jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 5, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji. Po wskazaniu określonej przesłanki zamawiający nie może odstąpić od wykluczenia wykonawcy, w stosunku do którego dana podstawa zaistniała, bez zmiany ogłoszenia. Zatem, w momencie wpisania danej przesłanki fakultatywnej do ogłoszenia staje się ona w danym postępowaniu przesłanką obligatoryjną.

Zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia 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 Pzp, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. Brak wykazania chociażby jednej z przesłanek uregulowanych przez ustawodawcę w ww. przepisie wyłącza możliwość wykluczenia wykonawcy na tej



podstawie. Ponadto, sam fakt rozwiązania umowy (rozwiązanie umowy obejmuje wypowiedzenie lub odstąpienie, na podstawie postanowień umownych, lub z przyczyn ustawowych) należy uznać za niewystarczający. Przy badaniu ww. przesłanki wykluczenia należy rozważyć czy odstąpienie od umowy było spowodowane przyczynami leżącymi wyłącznie po stronie wykonawcy, czy też nie oraz czy niewykonanie lub nienależyte wykonanie było istotne. Przy ocenie okoliczności danego przypadku Izba może badać też ewentualne przyczynienie się zamawiającego, który powinien współdziałać przy realizacji zobowiązania, do niewykonania umowy przez wykonawcę.

Wymaga także podkreślenia, że ciężar dowodu okoliczności uzasadniających dane twierdzenia spoczywa na twierdzącym (art. 190 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 6 Kodeksu cywilnego). Zdaniem Izby ocena zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego nie uzasadnia wykluczenia Przystępującego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Odwołujący nie sprostął ciężarowi dowodu i nie wykazał przede wszystkim, że odstąpienie nastąpiło, z przyczyn leżących po stronie wykonawcy oraz że nienależyte wykonanie wcześniejszej umowy nastąpiło w istotnym stopniu. Zamawiający nie może podejmować decyzji o zastosowaniu art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp wyłącznie na podstawie informacji, że z danym wykonawcą inny zamawiający rozwiązał umowę w sprawie zamówienia publicznego, odstępując od ustalania pozostałych przesłanek składających się na tę podstawę wykluczenia. Zamawiający nie może więc opierać się jedynie na informacji od innego zamawiającego, lecz musi dokonać własnej oceny pod kątem ziszczenia się wszystkich przesłanek wskazanych przez ustawodawcę w ww. przepisie.

Izba ustaliła, że Dyrekcja Rozbudowy Miasta Gdańska zawarła z Przystępującym (będącym liderem konsorcjum) umowę na przygotowanie dokumentacji ul. Nowa Jabłoniowa, od której to umowy w dniu 1 października 2015 r. odstąpiła. Zgodnie z informacją przedłożoną na rozprawie przez Odwołującego (pismo Dyrektora Rozbudowy Miasta Gdańska) wykonawca wykonał część zamówienia, a zamawiający odstąpił od umowy w związku ze zwłoką wykonawcy w wykonaniu całości umowy. Fakt, że Przystępujący nie spełnił swego świadczenia w terminie, oznacza że umowa nie została wykonana należycie, jednak Odwołujący nie wykazał, ani w odwołaniu, ani w toku rozprawy, by nienależyte wykonanie nastąpiło w istotnym stopniu. Ponadto, wskazane wyżej pismo stanowi jedynie stanowisko strony sporu. Nie wiadomo także jakie były dokładnie okoliczności odstąpienia od umowy. Całokształt materiału dowodowego nie wskazuje czy zamawiający współdziałał przy wykonywaniu umowy, czy wywiązywał się z ciążących na nim powinności, ani czy Przystępujący zaniechał działań zmierzających do wykonania zamówienia, tak aby osiągnąć cel umowy. Zgodnie zaś ze stanowiskiem Przystępującego, zaprezentowanym w toku postępowania odwoławczego, odstąpienie od umowy było

poprzedzone jej aneksowaniem oraz licznymi działaniami Przystępującego mającymi prowadzić do jej wykonania. W ocenie Przystępującego odstępianie od umowy nie było wynikiem okoliczności, za które ponosił odpowiedzialność, a jedynie przejawem woli zamawiającego. Dodatkowo, wskazywał że pismem z dnia 17 lutego 2017 r. złożył zażalenie do próby ugodowej.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności Izba uznała zarzut Odwołującego w powyższym zakresie za bezzasadny.

Odnosnie zaś zarzutu dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ZNAK Gdańsk Sp. z o.o., pomimo iż wykonawca złożył informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, Izba uznała go również za bezzasadny. Art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp stanowią, iż z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: (16) wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów, (17) wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W ocenie Izby, Przystępujący nie może podlegać wykluczeniu na podstawie ww. przepisów, albowiem wykonawca ten nie wprowadził, zamawiającego w błąd, czy to w wyniku zamierzonego działania czy też lekkomyślności lub niedbalstwa. Nadto, złożył oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia, a Odwołujący nie wykazał, że przesłanka wykluczenia istniała, nie podał też, ani w odwołaniu, ani w toku rozprawy, które dokładnie informacje rzekomo wprowadziły w błąd Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 7 500,00 zł oraz kwotę 2 500 zł, stanowiącą koszty wynagrodzenia pełnomocnika.

**Przewodniczący:** .....