

Sygn. akt KIO 2487/19

WYROK
z dnia 19 grudnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu w Warszawie na rozprawie w dniu 18 grudnia 2019 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 grudnia 2019r. przez odwołującego: **Plus Inwest P. Ż. sp. j.** (ul. Kolejowa 11a, 55-010 Żerniki Wrocławskie) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta** (ul. Długa 49, 53-633 Wrocław),

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnić: (1) czynność wykluczenia wykonawcy Plus Inwest P. Ż. sp. j. (ul. Kolejowa 11a, 55-010 Żerniki Wrocławskie) na podstawie art. 24 ust.5 pkt 2 oraz art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz (2) czynność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp; W pozostałym zakresie odwołanie oddala;
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta** (ul. Długa 49, 53-633 Wrocław) i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza na rzecz odwołującego: **Plus Inwest P. Ż. sp. j.** (ul. Kolejowa 11a, 55-010 Żerniki Wrocławskie) od zamawiającego: **Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta** (ul. Długa 49, 53-633 Wrocław) kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie trzy tysiące sześćset złotych, 00 groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **we Wrocławiu**.

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843.), [ustawa Pzp lub Pzp] przez zamawiającego: Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta we Wrocławiu, którego przedmiotem jest „Wykonanie bieżącej konserwacji i utrzymanie w należyłym stanie technicznym elementów wyposażenia obiektów inżynierskich na terenie miasta Wrocławia z podziałem na dwie części”. Numer referencyjny: TXU/EEDI/244/2019. Odwołujący podał, że przedmiotem zaskarżenia jest czynność Zamawiającego dokonana w dniu 4.12.2019 r. i zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 24 ust. 5 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - błędne zastosowanie ww. przepisu w nn. postępowaniu w sytuacji, gdy okoliczność, na którą powołuje się Zamawiający w swojej czynności nie miała w ogóle miejsca, a uzasadnienie wykluczenia w ogóle nie ma związku z tym przepisem wskazaną przesłanką wykluczenia z postępowania, ponadto Odwołujący nie naruszył żadnego obowiązku zawodowego, a Zamawiający nawet nie stara się wskazać, jakiego zamówienia w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa Odwołujący nie wykonał lub nienależycie wykonał, a także bezsprzecznie Zamawiający nie wskazał w jakiego dokładnie obowiązku zawodowego Odwołujący umyślnie bądź na skutek rażącego niedbalstwa nie wykonał i kiedy,
- 2) art. 24 ust. 7 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - błędną jego wykładnię i błędne zastosowania tego przepisu w przedmiotowym postępowaniu a nadto uznanie nieprawidłowe, że wykluczenie Odwołującego z innego postępowania przetargowego pozwala na generalne i bez ograniczenia czasowego wykluczenie Odwołującego z niektórych postępowań przetargowych, w których Odwołujący się złożył oferty, choć w innych postępowaniach Zamawiający nie wykluczył Odwołującego;
- 3) art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp - uznanie, że na podstawie tego przepisu Zamawiający może wykluczyć Odwołującego z kolejnych postępowań w celu realizacji zamówienia publicznego innych niż postępowanie, w którym wykonawca został wykluczony w oparciu o tę przesłankę, przy czym Odwołujący w dalszej części odwołania wykaże, że Zamawiający nieprawidłowo ustalił podstawę do wykluczenia Odwołującego w postępowaniu na „Utrzymanie czystości na obiektach budowlanych przez bieżące usuwanie graffiti oraz innych zanieczyszczeń na terenie Wrocławia”;
- 4) art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp - bezpodstawne unieważnienie postępowania wobec bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu, co było konsekwencją błędnej czynności Zamawiającego wykluczenia Odwołującego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego się z postępowania, co w konsekwencji stanowić będzie też podstawę do zmiany przez Zamawiającego decyzji o unieważnieniu postępowania. W uzasadnieniu w szczególności podał:

(1) Zamawiający wobec Odwołującego zastosował wykluczenie z postępowania bez podstawy prawnej oraz bez poczynienia ustaleń koniecznych dla przypisania Odwołującemu sankcji wskazanej w piśmie z 4.12.2019 r. Ponadto Zamawiający nie umożliwił, mimo istniejącego w tym zakresie obowiązku, złożenia wyjaśnień przez Odwołującego w zakresie przesłanki wykluczenia jaką jest art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp.

(2) W piśmie z dnia 4.12.2019 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o swojej czynności polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania oraz unieważnieniu postępowania. Unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania spowodować winno unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania, gdyż w tej sytuacji jego ofertę Zamawiający zobowiązany będzie ocenić zgodnie z postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ).

(3) Zamawiający dokonał wykluczenia Odwołującego podając podstawę prawną z art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym to przepisem 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 stosownych środków dowodowych. Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp 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. Przy tak wskazanej podstawie do wykluczenia z postępowania Odwołujący zarzuca, że nie jest możliwe zastosowanie wobec Odwołującego sankcji w postaci wykluczenia z postępowania wskazanej w 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż Odwołujący nie naruszył obowiązków zawodowych, co podważałoby jego uczciwość, w szczególności, Zamawiający nie wskazał na żaden przypadek, w którym Odwołujący w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie. Z treści uzasadnienia wykluczenia nie można w żadnym razie wyczytać na czym polegałoby naruszenie obowiązków zawodowych przez Odwołującego.

Przepis art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp normuje fakultatywną przesłankę wykluczenia z postępowania związaną z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem innego wcześniejszego zobowiązania przez wykonawcę. Zgodnie z tą przesłanką wykluczenia niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania musiałyby nastąpić wcześniej, tj. przed oceną ofert wykonawcy w danym postępowaniu, w którym nastąpiłoby wykluczenie tego

wykonawcy. Zamawiający w nn. postępowaniu nie wskazuje na żadne inne zamówienie, którego Odwołujący się nie wykonał. Przyjęta podstawa prawna wykluczenia jaką zastosował Zamawiający wobec Odwołującego w nn. Postępowaniu jest zupełnie błędna i bezpodstawną oraz ponadto nie mającą najmniejszego związku z uzasadnieniem dla wykluczenia zawartym w piśmie Zamawiającego z dnia 4.12.2019 r. Powyższe wyraźnie dowodzi, że Zamawiający bezpodstawnie chce wykluczyć Odwołującego z rynku zamówień publicznych i zupełnie bezpodstawnie szkodzi Odwołującemu, powołując się przy tym na nie zweryfikowane zarzuty, jak np. wszczęcie postępowania karnego wobec Odwołującego, co nie jest prawdą, a Zamawiający nie posiada żadnego dowodu, żeby tę okoliczność ustalić. Odwołujący zarzuca w tym miejscu, że nie jest prowadzone przeciwko Odwołującemu się postępowanie karne mające związek z wyjaśnieniami, jakie Odwołujący złożył w postępowaniu przetargowym. Powyższe działanie Zamawiającego, w sposób oczywisty nie mające podstawy prawnej, dowodzi nieznanomości przepisów ustawy PZP po stronie pracowników Zamawiającego, którzy podjęli w imieniu Zamawiającego czynność z 4.12.2019 r. Ponadto Odwołujący zarzuca, że Zamawiający nie przeprowadził żadnej procedury wyjaśniającej i nie umożliwił Odwołującemu złożenia wyjaśnień w nn. postępowaniu; co w przedmiotowej sytuacji Zamawiający winien przeprowadzić zgodnie z normą art 24 ust. 8 ustawy PZP. Zamawiający zaś nawet nie wskazał w wykluczeniu, jaki dokładnie obowiązek zawodowy naruszył Odwołujący, jakiego zobowiązania nie wykonał. Zamawiający, gdyby wezwał Odwołującego się do przedstawienia wyjaśnień odnośnie kwestii wskazanych w piśmie z dnia 4.12.2019 r., zgodnie z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, uzyskałby od Odwołującego wyczerpujące wyjaśnienia dla wątpliwości Zamawiającego. Nie sposób więc nie uznać, że Zamawiający celowo uniemożliwił Odwołującemu złożenie wyjaśnień w postępowaniu, a więc Zamawiający zaniechał realizacji swojego oczywistego obowiązku, wynikającego przecież *expressis verbis* z przepisu ustawy PZP. Dalej Odwołujący wskazuje, że przeciwko osobom działającym w imieniu Odwołującego nie toczy się żadne postępowanie karne z zawiadomienia GDDKiA, jak błędnie wskazuje Zamawiający w piśmie z dnia 4.12.2019 r., a fakt, iż Odwołujący nie złożył odwołania na jego wykluczenie z postępowania pn. „Utrzymanie czystości na obiektach budowlanych przez bieżące usuwanie graffiti oraz innych zanieczyszczeń na terenie Wrocławia” wynikał tylko i wyłącznie z tego, że Odwołujący się nie był po prostu dalej zainteresowany zawarciem umowy w tymże postępowaniu z uwagi na niedokładnie oszacowanie kosztów w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ sporządzonym dla tegoż postępowania oraz przerzuceniem w umowie wszelkich ryzyk związanych z niedoszacowaniem kosztów realizacji zamówienia na wykonawcę zamówienia i brakiem u Odwołującego się woli ponoszenia kosztów postępowania odwoławczego dla realizacji zamówienia, przy tak źle przygotowanym postępowaniu przetargowym nie prezentującym

rzetelnie wszystkich kosztów realizacji prac. Odnosząc się do uzasadnienia czynności z 4.12.2019 r. wskazał:

Ad. pkt I.

W uzasadnieniu wykluczenia w pkt I. Zamawiający wskazał, że wykluczył z postępowania Odwołującego się z tego powodu, że Odwołujący został wykluczony z postępowania pn. „Utrzymanie czystości na obiektach budowlanych przez bieżące usuwanie graffiti oraz innych zanieczyszczeń na terenie Wrocławia” z uwagi na to, że Zamawiający w tamtym postępowaniu ustalił - błędnie zresztą - że Odwołujący wprowadził w błąd Zamawiającego przedstawiając nieprawdziwe trzy pisemne zlecenia i protokoły ich odbioru, sporządzane w czasie realizacji umowy zawartej przez Odwołującego z Generalną Dyрекcją Dróg Krajowych i Autostrad. Z uwagi na zbyt krótki czas (5 dni) na złożenie odwołania Odwołujący załącza do nn. odwołanie kopię protokołu odbioru dla zlecenia numer O.WR.Z-18.421.594.2018.sg z dnia 23.05.2018 r. oraz zlecenie z tejże daty nr O.WR.Z-18.421.594.2018.sg, które są dokumentami wytworzonymi w czasie realizacji ww. umowy, podpisanymi przez obie strony ww. umowy i nie zostały przerobione. Fakt zaś, iż GDDKiA w kwietniu 2019 r. odpowiedziała na pytanie Zamawiającego, że nie posiada takiego dokumentu wynikać mógł np. z metodyki gromadzenia przez GDDKiA dokumentacji rozliczeniowej w sposób pokazujący tylko finalne treści dokumentów (zleceń i protokołów), co nie zmienia faktu, że dokument, który załączył Odwołujący do nn. odwołania jest dokumentem autentycznym z podpisami osób reprezentujących GDDKiA oraz Odwołującego (nie jest to dokument przerobiony). Zamawiający w żaden sposób nawet nie uprawdopodobnił, że dokument ten nie jest autentyczny. Zamawiający oparł się tylko na informacji GDDKiA, zgodnie z którą dokumenty, tj. protokół odbioru dla zlecenia numer O.WR.Z-18.421.594.2018.sg z dnia 23.05.2018 r. oraz zlecenie z tejże daty nr O.WR.Z-18.421.594.2018.sg. nie znajdują się w dokumentacji GDDKiA, co nie oznacza to, że Odwołujący posłużył się w tamtym postępowaniu przerobionymi dokumentami, a usługi w nich wymienione nie były zrealizowane. Pozostałe dwa dokumenty Odwołujący przedstawi na posiedzeniu w KIO lub w kolejnym piśmie w nn. sprawie, aktualnie zaś Odwołujący wyjaśnia z GDDKiA kwestie ww. dokumentów. Zarzut jakoby Odwołujący w postępowaniu na posłużył się przerobionymi dokumentami zleceń i protokołów odbioru jest niezgodny z prawdą, a usługi wymienione w tych protokołach były zlecone przez GDDKiA i wykonane, co potwierdzają zlecenia i protokoły ich odbioru.

Ad. pkt II.

Zamawiający wykluczając Odwołującego z postępowania wskazał, że Odwołujący w postępowaniu pn. „Utrzymanie czystości na obiektach budowlanych przez bieżące usuwanie graffiti oraz innych zanieczyszczeń na terenie Wrocławia” w celu wykazania posiadania doświadczenia posłużył się referencjami wystawionymi przez spółkę Spectare sp. z o.o., która była wykonawcą dla GDDKiA Oddział Białystok. W ocenie Zamawiającego, na podstawie

odpowiedzi udzielonej przez GDDKiA Oddział Białystok, ustalić można było, że przedmiotem zamówienia nie było usuwanie graffiti. Niemniej Odwołujący zarzuca, że w ramach swojego zlecenia dla Spectare sp. z o.o. wykonywał też usługi usuwania graffiti, ale z uwagi na to, że czynności te nie były wymienione w szczegółowym kosztorysie zamówienia zostały rozliczone w ramach ceny ryczałtowej pod innymi pozycjami kosztowymi, ale same usługi czyszczenia graffiti były realizowane w ramach zlecenia od Spectare sp. z o.o. przez Odwołującego. Odwołujący zarzuca, że referencje w przedmiotowym zakresie otrzymał od Spectare sp. z o.o., a nie od GDDKiA, więc nie można zarzucić Odwołującemu, iż nie wykonywał na rzecz Spectare sp. z o.o. usług czyszczenia graffiti tylko dla tego, że GDDKiA lakonicznie odpowiedziała Zamawiającemu w ramach ww. postępowania, że czyszczenie graffiti nie było przewidziane w ramach zamówienia. Usługi takie były wykonywane przez Odwołującego, ale okoliczności tych Zamawiający już nie ustalał, bazując jedynie za odpowiedzi GDDKiA, że przedmiotem zamówienia nie było usuwanie graffiti. Ponadto Odwołujący zarzuca, że doświadczenie, jakie wykazywał referencjami od Spectare sp. z o.o. nie było niezbędne żeby wykazać, iż wymagane w postępowaniu doświadczenie posiada, zatem Odwołujący nie posługiwał się tamtymi referencjami w celu wykazania spełnienia warunków udziału.

Ad. pkt III.

Odwołujący zarzuca, że bezpodstawne jest wykluczenie go z nn. postępowania z uwagi na to, że w innym wcześniejszym postępowaniu nie uzyskał Zamawiający bardzo szczegółowych informacji od wystawcy referencji, mimo ponawianych wniosków o ich udzielenie do tego wystawcy referencji, jakie Zamawiający skierował. Sam Odwołujący odpowiedział w terminach na wezwania Zamawiającego, ale nie może ponosić konsekwencji tego, że podmiot nie biorący udziału w tamtym postępowaniu, jako wykonawca, nie złożył kolejnych wyjaśnień wymaganych przez Zamawiającego. W ocenie Odwołującego wystawiająca referencje firma - ASO Auto-Plus A. Ż. przedstawiła wyczerpujące wyjaśnienia w zakresie usług, ich rodzaju, czasu realizacji, miejsca realizacji. To, że do chwili obecnej ww. firma nie odpowiedziała na prośbę Zamawiającego nie jest żadnym argumentem merytorycznym. Skoro bowiem Odwołujący zrezygnował z dalszego udziału w ww. postępowaniu, logiczne jest, że Zamawiający nie może w nieskończoność czekać na pismo z dalszymi i kolejnymi wyjaśnieniami od firmy, która udzieliła referencji Odwołującemu, ale nie brała udziału w tamtym postępowaniu. Nie jest to żaden argument aby uzasadnić wykluczenie Odwołującego się z wszystkich postępowań przetargowych prowadzonych w ZDiUM we Wrocławiu. Ponadto nie można Odwołującemu zarzucić celowego zatajenia informacji, skoro Zamawiający tych informacji poszukiwał u innej osoby niż Odwołujący się. Odwołujący się może zgodzić się z tym, że brak informacji uniemożliwił Zamawiającemu ocenę, czy Odwołujący spełnił warunki udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia, ale powyższe nie może być powodem nieograniczonego w czasie wykluczenia Odwołującego z postępowań prowadzonych u

Zamawiającego - ZDiUM We Wrocławiu, brak jest podstawy prawnej do takiego działania. Odwołujący się zarzuca ponadto, że przede wszystkim (pomijając już błędne ustalenia w zakresie stanu faktycznego) przepis, na który powołuje się Zamawiający w decyzji o wykluczeniu Odwołującego z przedmiotowego postępowania nie daje podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania innego niż to, w którym ewentualnie wykonawca dopuściłby się działań wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Przyjęcie innego rozwiązania, a więc takiego, że za działania podjęte we wcześniejszym postępowaniu można wykluczać wykonawcę w kolejnych postępowaniach lub nawet we wszystkich postępowaniach w trybie zamówień publicznych (tj. podlegających pod reżim ustawy PZP), w jakich ten wykonawca złoży ofertę stanowiłby rażące naruszenie zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający błędnie zastosował przepis art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp dla wykluczenia Odwołującego w nn. postępowaniu. Zamawiający tylko na potrzeby uzasadnienia błędnej decyzji o wykluczeniu Odwołującego twierdzi, że utracił zaufanie do Odwołującego. Odwołujący tylko tytułem przykładu załącza do nn. odwołania kopie umów, jakie zawarł w ramach przetargów, do których stosuje się przepisy ustawy Pzp umowy z Zamawiającym (umowa z: 31.10.2019 r., z 6.09.2019 r., z 29.07.2019 r.). Zawierając ww. umowy Zamawiający nie miał wątpliwości w zakresie oceny rzetelności Odwołującego i zaufania do niego. Zupełnie bezpodstawnie jest w świetle powyższego twierdzenie Zamawiającego, że właśnie w czasie przeprowadzenia nn. postępowania Zamawiający utracił zaufanie oraz przestał wierzyć w rzetelność i uczciwość Odwołującego się. Powyższe potwierdza, że Zamawiający bezpodstawnie wykluczył Odwołującego z nn. postępowania w oparciu o przesłankę wskazaną w art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp. Nadto Odwołujący wskazuje, że zgodnie z przepisem art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp zamawiający wyklucza 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, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. W przepisie tym mowa jest tylko i wyłącznie o postępowaniu, w którym wykonawca podejmuje tego typu działania. Generalne wykluczenia z każdego postępowania przewidziane jest enumeratywnie w przepisach art. 24 ustawy Pzp. Z generalnym wykluczeniem z każdego postępowania przetargowego mamy do czynienia np. w przypadku wskazanym w pkt 22, 21,15,14,13 ust. 1 art. 24 ustawy Pzp, a stwierdzenie zaistnienia przesłanek wykluczenia musi być poparte wyrokiem sądu lub decyzją stosownego organu władzy państwowej upoważnionych do orzekania sankcji wobec wykonawców lub osób ich reprezentujących. Taki skutek bezsprzecznie nie może następować w przypadku naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Ustawodawca bowiem uznaje za wystarczająco dotkliwą sankcję za naruszenie tychże przepisów wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w którym stwierdzono podjęcie przez wykonawcę

określonych niedozwolonych działań. W ocenie Odwołującego nie pozostaje w orzecznictwie i doktrynie prawa spornym, iż powołana w uzasadnieniu przez Zamawiającego przesłanka wykluczenia z postępowania z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp pozwala na jednorazowe wykluczenie wykonawcy tylko z tego postępowania, w którym to postępowaniu wykonawca podjął działanie niezgodne z ww. przepisem. W innych (kolejnych) postępowaniach przetargowych wykonawca za to samo działanie nie może być już ukarany wykluczeniem z postępowania. „Przepisy art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p. stanowią sankcję dla nieuczciwych bądź niedbałych wykonawców. Celem tej regulacji jest zmuszanie wykonawców do zachowywania należytej staranności i uczciwego postępowania wobec zamawiającego pod rygorem wykluczenia z postępowania (wyrok KIO 113/18). Artykuł 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p. wymagają zaistnienia po stronie wykonawcy zawinionego działania lub rażącego niedbalstwa albo chociaż lekkomyślności w działaniu, których celem ma być wprowadzenie zamawiającego w błąd, aby uzyskać dane zamówienie. Celem tych regulacji nie jest natomiast pozbawienie możliwości uzyskania zamówienia wykonawców, co do których w toku realizacji wcześniejszych umów wykonywanych w ramach uzyskania zamówienia publicznego zachodziły jakiegokolwiek zastrzeżenia, niezależnie od ich rodzaju i skali (wyrok KIO 1132/17). W stosunku do tej przesłanki wykluczenia zastosowanie ma uregulowana w art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp procedura naprawcza, która pozwala wykonawcy udowodnić, że mimo zaistnienia jednej lub kilku przesłanek wykluczenia podjęte przez niego działania są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Zatem w przypadku stwierdzenia naruszeń Zamawiający nie był uprawniony do wykluczenia wykonawcy, jeżeli ten ostatni udowodniłby, iż podjął w nn. postępowaniu środki zaradcze w celu wyeliminowania powstania takich naruszeń w przyszłości, jak też w celu naprawienia szkody. Powyższy wskazuje też, że Zamawiający błędnie ustalił, iż jest uprawniony do wykluczenia Odwołującego się z nn. postępowania na skutek swoich nieprawidłowych ustaleń poczynionych pół roku wcześniej w innym postępowaniu.

Odwołujący podał, że posiada interes we wniesieniu nn. odwołania, wymagany art. 179 ust.1 ustawy Pzp, albowiem nieprawidłowa czynność Zamawiającego polegająca na wykluczeniu Odwołującego się z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pozbawia Odwołującego się możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, co skutkuje możliwością poniesienia szkody, o której stanowi także wskazany przepis.

Izba mając na uwadze ustalony stan faktyczny zważyła, co następuje:

W odwołaniu wykonawca Plus Inwest P. Ż. Sp. j. wskazał na naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp: (1) art. 24 ust. 5 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, (2) art. 24 ust.

7 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, (3) art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp (4) art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w piśmie z dnia 4 grudnia 2019 r. poinformował Odwołującego, że wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2) ustawy Pzp oraz zgodnie z jej art. 24 ust. 7 pkt 3), ponieważ w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, a Zamawiający jest w stanie wykazać to za pomocą stosownych środków dowodowych. Podał także, że ofertę Wykonawcy wykluczonego, zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, uznaje się za odrzuconą. W uzasadnieniu decyzji dotyczącej zastosowania wobec Odwołującego jako podstawy wykluczenia art. 24 ust. 5 pkt 2) ustawy Pzp wskazał w szczególności, że wykonawca Plus Inwest P. Ż. Sp. j. (...) w dniu 6 maja 2019 r. został wykluczony z postępowania prowadzonego przez tut. Zarząd w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Utrzymanie czystości na obiektach budowlanych przez bieżące usuwanie graffiti oraz innych zanieczyszczeń na terenie Wrocławia”. Wykluczenie nastąpiło stosownie do art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, ponieważ w wyniku zamierzonego działania Wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu”. Podał także, że (...) Wykonawca, 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. Czynność taka stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp”. W konkluzji decyzji z dnia 4 grudnia 2019 r. podał, że: „Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności podważające uczciwość Wykonawcy, na udowodnienie czego Zamawiający posiada stosowne dokumenty oraz zważywszy na fakt poinformowania Zamawiającego przez Prokuraturę Rejonową Wrocław Krzyki Zachód o dochodzeniu w sprawie zawiadomienia GDDKiA o czyn z art. 297 § 1 kk, Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta we Wrocławiu ze względu na poważne naruszenie obowiązków zawodowych Wykonawcy Plus Inwest P. Ż. Sp. J., co znacząco podważa jego uczciwość wyklucza Wykonawcę z niniejszego postępowania zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 2) ustawy Pzp. Stosownie do art. 24 ust. 7 pkt 3) ustawy wykluczenie może nastąpić w ciągu 3 lat od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia tj. od dnia 6 maja 2019 r.”

Zamawiający wykluczając Odwołującego z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (uwzględniając argumentację z decyzji z dnia 4 grudnia 2019 r., która dotyczyła zdarzeń w przetargu, którego przedmiotem było „Utrzymanie czystości na obiektach budowlanych przez bieżące usuwanie graffiti oraz innych zanieczyszczeń na terenie Wrocławia”) dokonał tej czynności niezgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp albowiem (tak jak wskazał wykonawca) uzasadnienie wykluczenia nie ma związku

ze wskazanymi w tym przepisie przesłankami wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Stosownie do art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp: *„5. Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: (...) 2) 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 stosownych środków dowodowych;”*.

Zamawiający, zdaniem Izby, przede wszystkim błędnie interpretuje pojęcie „obowiązku zawodowego” powołując się (w toku rozprawy) na ustawę Prawo przedsiębiorców, oraz przetarg, którego przedmiot zamówienia dotyczył „Utrzymania czystości na obiektach budowlanych przez bieżące usuwanie graffiti oraz innych zanieczyszczeń na terenie Wrocławia”). Wskazana ustawa, a właściwie jej art. 9 odnosi się do szeroko (*sensu largo*) rozumianego wykonywania działalności gospodarczej stanowiąc, że *„Przedsiębiorca wykonuje działalność gospodarczą zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji, poszanowania dobrych obyczajów oraz słuszych interesów innych przedsiębiorców i konsumentów, a także poszanowania oraz ochrony praw i wolności człowieka”*. Z kolei wskazany art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp zastosowanie sankcji wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odnosi do obowiązków zawodowych (poważnego ich naruszenia) związanych *sensu stricte* z wykonywaną działalnością gospodarczą, polegającą na niewykonywaniu lub nienależytym wykonywaniu zadań gospodarczych, dla których firma została utworzona, wskazując w szczególności na naruszenie związane z konkretnie wykonywanym zamówieniem (zleceniem publicznym czy też prywatnym). Tym samym uczestnictwo w danym przetargu (postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego) i wykluczenie wykonawcy z tego przetargu nawet na podstawie tak surowych przesłanek jak art. 24 ust.1 pkt 16 czy pkt 17 nie może powodować a priori wykluczenia wykonawcy z innego przetargu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp przez okres 3 lat wskazany w art. 24 ust. 7 pkt 3) Pzp (*„7. Wykluczenie wykonawcy następuje: (...) jeżeli nie upłynęły 3 lata od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia;”*).

Tym samym wykluczenie Odwołującego z postępowania na „Utrzymanie czystości na obiektach budowlanych przez bieżące usuwanie graffiti oraz innych zanieczyszczeń na terenie Wrocławia” na podstawie art. 24 ust.1 pkt 16 i pkt 17 nie mogło stanowić podstawy do wykluczenia Odwołującego z postępowania na: „Wykonanie bieżącej konserwacji i utrzymanie w należyłym stanie technicznym elementów wyposażenia obiektów inżynierskich na terenie

miasta Wrocławia z podziałem na dwie części” m.in. z tego powodu, że wykonawca nie podjął próby wyjaśnienia wskazywanych w podstawie wykluczenia okoliczności, przykładowo korzystając ze środków prawnych przewidzianych w ustawie Pzp, w tym środków ochrony prawnej. Izba zauważa również, że wskazana w decyzji z dnia 4 grudnia 2019 r. informacja z Prokuratury Rejonowej (także powoływana jako dowód na rozprawie przez Zamawiającego) o prowadzonym dochodzeniu to Postanowienie z dnia 7 listopada 2019 r. sygn. PR 1Ds.2594.2019 o *żądaniu wydania rzeczy i zwolnieniu z tajemnicy służbowej*. W jego uzasadnieniu Prokuratura podaje, że nadzoruje dochodzenie (jak podano: „o sygn. PR I Ds. 2594.2019 w sprawie z zawiadomienia GDDKiA o czyn z art. 297 § 1 kk), które dotyczy przetargu na: „Utrzymanie czystości na obiektach budowlanych przez bieżące usuwanie graffiti oraz innych zanieczyszczeń na terenie Wrocławia”. W uzasadnieniu także wskazano, że: „Na obecnym etapie postępowania zachodzi konieczność uzyskania dokumentów oraz informacji wskazanych w sentencji postanowienia, co jest niezbędne dla wyjaśnienia okoliczności niniejszej sprawy”. Tym samym to Postanowienie nie może być uznane za środek dowodowy na okoliczność zawnionego poważnego naruszenia przez Plus Inwest P. Ż. Sp. J. obowiązków zawodowych, o których stanowi art. 24 ust.5 pkt 2) ustawy Pzp.

Izba zwraca uwagę, że przepis art 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp jest jedną z fakultatywnych podstaw wykluczenia wykonawcy, i tylko tego wykonawcy, który w sposób zawniony 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 stosownych środków dowodowych. Zatem podstawa wykluczenia aktualizuje się dopiero w przypadku naruszenia obowiązków zawodowych z winy wykonawcy i to poważnego naruszenia. Nie można zatem tej przesłanki (nawet gdy nie jest ona wprost zdefiniowana), interpretować rozszerzająco. Niewątpliwie poważne naruszenie obowiązków zawodowych to takie, które realnie podważa uczciwość danego wykonawcy, czyniąc go niewiarygodnym partnerem. Izba zwraca również uwagę, że w tym przypadku okoliczności z przetargu na „Utrzymanie czystości na obiektach budowlanych przez bieżące usuwanie graffiti oraz innych zanieczyszczeń na terenie Wrocławia” nie przeszkodziły Zamawiającemu na kontynuowanie w 2019 roku współpracy z tym wykonawcą (zlecenie zamówień uzupełniających w trybie zamówienia z wolnej ręki, zlecenie usunięcia awarii na podstawie art. 4 pkt 8 ustawy Pzp). Te okoliczności mają o tyle znaczenie dla rozpatrywanej sprawy, albowiem zastosowanie wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp, wymaga od zamawiającego wykazania na czym polegało naruszenie obowiązków zawodowych przez wykonawcę (wskazanie konkretnego zachowania), dlaczego uznał je za poważne (na jakiej podstawie uznał, że waga naruszenia powoduje utratę wiarygodności wykonawcy) i także wykazania, że to naruszenie obowiązków zawodowych było

zawinione przez wykonawcę (wynikające z winy wykonawcy). Powyższe okoliczności należy wykazać stosownymi środkami dowodowymi. W doktrynie i orzecznictwie wskazuje się, że środki dowodowe mogą obejmować np. wyrok sądu, dokumentację postępowania itp.

Reasumując, Izba za uzasadniony uznała zarzut, że czynność Zamawiającego dokonana w dniu 4.12.2019 r. polegająca na wykluczeniu z postępowania Odwołującego została dokonana z naruszeniem art. 24 ust. 5 pkt 2) ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 7 pkt 3) ustawy Pzp, a w konsekwencji także postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało unieważnione z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Także za zasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 7 ust.1 Pzp, albowiem podjęte czynności z naruszeniem wskazanych przepisów naruszyły także kluczową zasadę Prawa zamówień publicznych związaną z prowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności. Nie uwzględniony został natomiast podnoszony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, albowiem w decyzji z dnia 4 grudnia 2019 r. przepis ten nie został wskazany jako przesłanka wykluczenia Odwołującego z tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do wyniku sprawy uwzględniając także przepisy 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. z 2018 r, poz. 972).

.....