

**WYROK**  
**z dnia 3 grudnia 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Anna Kuszel - Kowalczyk**

**Protokolant: Marta Słoma**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 listopada 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 listopada 2018 r. przez wykonawcę **PROKOM Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zarząd Dróg Miasta Krakowa w Krakowie**

przy udziale wykonawców **TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** oraz **SGS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu **Zarządowi Dróg Miasta Krakowa w Krakowie** unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego **PROKOM Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu** z postępowania oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Zarząd Dróg Miasta Krakowa w Krakowie**:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **PROKOM Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu** tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od zamawiającego **Zarząd Dróg Miasta Krakowa w Krakowie** na rzecz odwołującego **PROKOM Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy)

stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania i 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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Krakowie**.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający zarząd Dróg Miasta Krakowa (dawniej: Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest Świadczenie usługi Inżyniera Kontraktu w projekcie pn. „Budowa linii tramwajowej KST etap III (os. Krowodrza Górka – Górka Narodowa) wraz z budową dwupoziomowego skrzyżowania w ciągu ul. Opolskiej w Krakowie” w formule „zaprojektuj i wybuduj”, znak sprawy 16/V/2018 (dalej Postępowanie).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 1 czerwca 2018 r. pod numerem 2018/S 103-235671. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm., dalej „Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 19 listopada 2018 r. wykonawca PROKOM Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp poprzez niezasadne wykluczenie Odwołującego z postępowania w związku z przyjęciem, że Odwołujący z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego, zawartą z Zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 Pzp, co doprowadziło do rozwiązania umowy,
- 2) art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie wskazania w uzasadnieniu informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 07 listopada 2018 r. (dalej jako: Informacja) podstawy faktycznej oraz prawnej wykluczenia Odwołującego.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wykluczenia Odwołującego z postępowania;
- 2) dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
- 3) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

**1. Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący przedstawił stan faktyczny i** wskazał, że Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie pn. Świadczenie usługi Inżyniera Kontraktu w projekcie pn.: „Budowa linii tramwajowej KST etap III (os. Krowodrza Górka - Górka Narodowa) wraz z budową dwupoziomowego skrzyżowania w ciągu ul. Opolskiej w Krakowie” w formule „zaprojektuj i wybuduj”.

W pkt 1.3.3. (strona 19) SIWZ Zamawiający wskazał, że: „Zamawiający przewiduje wykluczenia wykonawcy w zakresie podstaw określonych w art. 24 ust. 1 pkt 12-23 oraz w art. 24 ust. 5 pkt. 1,2, 4, 8 ustawy Pzp.”

W postępowaniu oferty złożyło pięciu wykonawców, w tym Odwołujący, którego oferta uplasowała się na pierwszym miejscu w rankingu ofert.

Zamawiający w dniu 08.10.2018 r. wystosował do Odwołującego pismo (brak wskazania w piśmie podstawy prawnej), w którym wskazał, że pozyskał informację, że wcześniejsza umowa z Zamawiającym nr 1269/ZIKiT/2016 z dnia 24.10.2016 r. pn. Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu w projekcie pn. Rozbudowa ulicy Igołomskiej, drogi krajowej nr 79 - Etap 2, na odcinku od km 339+359,37 wraz z budową, rozbudową, przebudową obiektów inżynierskich oraz infrastruktury (odwodnienia, oświetlenia, sygnalizacji świetlnej) oraz kolidującego uzbrojenia (kanalizacji sanitarnej, wodociągowej, gazociągowej, sieci elektroenergetycznych, teletechnicznej oraz sieci przemysłowych związanych z sąsiedztwem kombinatu hutniczego) w Krakowie wraz z infrastrukturą w Krakowie została rozwiązana w trybie natychmiastowym, z uwagi na wystąpienie ważnych powodów leżących po stronie Wykonawcy (art. 746 ustawy Kodeks cywilny) - powodujących zagrożenie dla prawidłowej realizacji Kontraktu głównego w ramach którego wykonawca pełni funkcję Inżyniera Kontraktu. W świetle powyższego Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia stosownych wyjaśnień i przedstawienia dowodów na to, że podjęte przez Odwołującego środki są wystarczające do wykazania rzetelności, w szczególności udowodniające naprawienie szkody wyrządzonej Zamawiającemu, podanie informacji o podjęciu konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie do zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy.

W odpowiedzi na powyższe Odwołujący przedłożył wyjaśnienia, w których wskazał, że „okoliczności podane przez Zamawiającego jako podstawy rozwiązania umowy są niezgodne ze stanem faktycznym oraz postanowieniami zawartej umowy, zaś sposób jej rozwiązania jest obciążony wadami formalnymi i merytorycznymi, przez co nie może budzić wątpliwości, że rozwiązanie umowy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego. (...)”

W przedmiotowej sprawie efektem zaniedbań popełnionych przez Zamawiającego było obciążenie wykonawcy nowymi obowiązkami, które to nie zostały przewidziane w treści umowy, zatem w zasadzie Prokom Construction sp. z o.o. nie był zobowiązany do ich wykonywania, jednak pomimo rażącego naruszenie przez Zamawiającego ww. przepisów

Pzp, Prokom Construction sp. z o.o. realizował umowę nr 1269/ZIKiT/2016 przy dochowaniu staranności właściwej dla profesjonalistów.

Następnie, zgodnie z § 8 ust. 1 lit. a umowy nr 1269/ZIKiT/2016 Zamawiający był uprawniony do wypowiedzenia umowy w sytuacji nienależytego wykonywania usług przez Prokom Construction sp. z o.o. - po uprzednim wystosowaniu wezwania do zmiany sposobu wykonywania umowy. (...) Zamawiający nie wystosował do wykonawcy przedmiotowego wezwania, (...) do wypowiedzenia umowy nr 1269/ZIKiT/2016 doszło z przyczyn dotyczących Zamawiającego. To Zamawiający podjął decyzję o zakończeniu współpracy z Prokom Construction sp. z o.o., zatem jeżeli poniósł z tego tytułu jakiegokolwiek szkody, to stanowią one efekt jego własnych działań. (....)"

W dniu 07 listopada 2018 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania:

„W związku z rozwiązaniem z dniem 01.10.2018 roku umowy z Wykonawcą PROKOM Construction Sp. z o.o., ul. Władysława Reymonta 30/1 (z jego winy) Zamawiający zwrócił się pismem w dniu 08.10.2018 roku do Wykonawcy wzywając go do złożenia stosownych wyjaśnień i przedstawienia dowodów na to, że podjęte przez Firmę środki są wystarczające do wykazania rzetelności, w szczególności udowodniającego naprawienie szkody wyrządzonej Zamawiającemu oraz podanie informacji o podjęciu konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie do zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy dając mu możliwość tzw. samooczyszczenia. W odpowiedzi na przedmiotowe pismo-wezwanie Wykonawca nie przedstawił żadnych wiarygodnych wyjaśnień i dowodów, które Zamawiający mógł uznać za wystarczające.

W związku z powyższym Zamawiający wyklucza z postępowania Wykonawcę zgodnie z art. 24 ust 5 pkt 4 ustawy Pzp."

Odwołujący nie zgodził się z ww. decyzją Zamawiającego wskazując, że została podjęta z rażącym naruszeniem przepisów prawa.

## **2. Ad zarzut naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp**

Zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 4 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, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

Podobnie brzmi również przepis art. 57 ust. 4 lit. g dyrektywy klasycznej 24/UE/2014: Instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia jeżeli wykonawca wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem

zamawiającym lub wcześniejszą umową w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej wcześniejszej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji.

Mając na względzie treść ww. przepisów istnieje możliwość przyjęcia, że wykluczenie wykonawcy w oparciu o powyższą przesłankę jest uzależnione od:

- a) Skutecznego rozwiązania umowy z zamawiającym,
- b) Rozwiązanie umowy musi być skutkiem zwinionych działań Wykonawcy, w związku z niewykonaniem / nienależytym wykonaniem w istotnym stopniu wcześniejszej umowy z Zamawiającym,
- c) Możliwości wykazania / udowodnienia przez Zamawiającego ww. okoliczności.

Wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp jest dopuszczalne jedynie w przypadku kumulatywnego spełnienia wszystkich określonych w tym przepisie przesłanek, a przesłanki te nie mogą być rozumiane dowolnie.

Wykluczając wykonawcę zamawiający nie może zatem opierać się wyłącznie na fakcie, że doszło do rozwiązania wcześniejszej umowy zawartej z wykonawcą. Zamawiający musi ponadto wykazać, że do rozwiązania umowy doszło z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę, a zatem musi wykazać, czego konkretnie wykonawca nie zrobił lub jakiego obowiązku wynikającego z wcześniejszej umowy nie wykonał (KIO 454/18).

W niniejszym stanie faktycznym nie ziszcili się żaden z powyższych warunków.

#### **Ad pkt a)**

Odwołujący w pierwszej kolejności wskazał, że kwestia sporu na linii Odwołujący - Zamawiający, wzajemne roszczenia i rozliczenia pomiędzy stronami pozostają poza kognicją Krajowej Izby Odwoławczej, a rozstrzygnięcie w tych sprawach zostanie wydane przez sąd powszechny. Odwołujący podjął działania przygotowawcze w celu skierowania powództwa cywilnego przeciwko Zamawiającemu w związku z zaistniałą sytuacją, o której szerzej w dalszej części odwołania.

Niemniej jednak Odwołujący dysponuje szeregiem dokumentów świadczących o tym, że Zamawiający nie miał podstaw prawnych do wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp.

Odwołujący w pierwszej kolejności wskazuje, że złożone przez Zamawiającego oświadczenie o wypowiedzeniu zostało złożone z naruszeniem § 8 ust. 1 pkt a Umowy nr 1264/ZIKIT/2016 (dalej jako: Umowa), a więc winno zostać uznane za bezskuteczne.

Zgodnie z dyspozycją ww. paragrafu: „Zamawiającemu przysługuje uprawnienie do natychmiastowego wypowiedzenia umowy, w przypadku gdy Wykonawca wykonuje usługi w sposób nienależyty, pomimo wezwania wystosowanego przez Zamawiającego do zmiany sposobu wykonywania niniejszej umowy w terminie 7 dni od daty otrzymania przez

Wykonawcę przedmiotowego wezwania."

Zamawiający w dniu 21 sierpnia 2018 r. wezwał Wykonawcę do należytego wykonania usługi powołując się na ww. zapis w zakresie - w wezwaniu Zamawiający powołał się na okoliczności związane z odmową zatwierdzenia przez Odwołującego materiałów związanych z robotami objętymi aneksem nr 3 do umowy z wykonawcą robót budowlanych.

Odwołujący w dniu 24 sierpnia 2018 r. udzielił odpowiedzi na ww. wezwanie wskazując, że odmowa zatwierdzenia materiałów była związana z nieprzekazaniem przez Zamawiającego kompletnej dokumentacji umożliwiającej ich weryfikację. Odwołujący jako podmiot nadzorujący cały proces inwestycyjny nie może automatycznie, bez dokonania niezbędnej oceny zatwierdzać wszystkich materiałów zgłaszanych przez Wykonawców.

Odwołujący dokonał zatwierdzenia ww. materiałów.

W dniu 27 września 2018 r. Zamawiający złożył oświadczenie o wypowiedzeniu umowy powołując się na treść art. 746 kodeksu cywilnego oraz § 8 ust. 1 pkt a Umowy. Niemniej jednak przyczyną wypowiedzenia nie był fakt odmowy zatwierdzenia materiałów, ale inne okoliczności, które nie były wcześniej komunikowane Odwołującemu jako poczytywane przez Zamawiającego jako nienależyte wykonanie Umowy, tj.:

- oświadczenie złożone rzekomo przez Odwołującego, że będzie dokonywał odbiorów robót, ale w terminach maksymalnych przewidzianych w umowie (sic!), co w ocenie Zamawiającego mogłoby wpłynąć negatywnie na postęp robót,
- uznanie niesumiennego i nierzetelnego przygotowywania przez Odwołującego Przejściowych Świadectw Płatności,
- uznanie nierzetelnego przygotowywania raportów miesięcznych i kwartalnych;
- zarzucanie, że Inżynier Rezydent nie jest codziennie obecny na budowie, nie udziela niezwłocznie odpowiedzi na pytania Zamawiającego, nie angażuje się w bieżące problemy na budowie zgłaszane przez wykonawcę, dopiero po interwencjach Zamawiającego zgłaszanych mailowo lub telefonicznie etc.,
- zarzucanie, że Odwołujący nie zapewnia wystarczającego personelu do realizacji kontraktu;
- zarzucanie, że Odwołujący nie przeprowadził badań kontrolnych pomimo, że zawarł z podmiotem zewnętrznym umowę na wykonanie tych badań;

Zarówno Umowa, jak i Opis Przedmiotu Zamówienia (dalej: OPZ), określały sankcje związane uchybieniem poszczególnych obowiązków w postaci naliczenia kar umownych. Zamawiający w toku realizacji Umowy nie korzystał z ww. uprawnień, co stwarza domniemanie, że uznawał, że sposób jej wykonywania przez Wykonawcę jest właściwy.

Odwołujący uznał ww. wypowiedzenie jako bezskuteczne oraz kontynuował realizację usługi. Zamawiający w dniu 01 października 2018 r. wezwał Odwołującego do zaprzestania realizacji zamówienia (niemniej jednak w dniu 09 października 2018 r. kontynuował korespondencję z

Odwołującym, m.in. wystosował pismo informujące o niemożliwości zmiany terminu realizacji Umowy).

Odwołujący na marginesie wskazuje - ubiegając ewentualną kontrargumentację Zamawiającego - że korespondencja prowadzona pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym na przełomie lipca i sierpnia 2017 r. również nie dotyczyła ww. aspektów realizacji inwestycji - wystosowane przez strony pisma dot. zatwierdzenia Programu, braku ujęcia w strukturze wykazu personelu wszystkich członków personelu kluczowego, biura inżyniera (rzekome niespełnienie wymogów lokalowych etc.), kwestie związane z prowadzeniem dziennika budowy, używania tytułów przez poszczególnych członków personelu. Odwołujący na każde pismo Zamawiającego odpowiadał niezwłocznie, prezentując rzeczowe oraz konkretne argumenty przemawiające za tym, że wykonuje usługę świadczenia nadzoru w sposób prawidłowy.

Żadne z ww. okoliczności nie zostało wskazane jako podstawa wypowiedzenia umowy.

Odnosząc się do powyższego Odwołujący stoi na stanowisku, że złożone oświadczenie o rozwiązaniu umowy jest bezskuteczne, gdyż Zamawiający wcześniej nie informował Odwołującego o zastrzeżeniach co do nieprawidłowej realizacji umowy w zakresie jaki następnie stał się powodem rozwiązania stosunku prawnego (co Odwołujący kwestionuje), zaniechując jednocześnie wyznaczenia terminu, w którym Odwołujący winien zaprzestać rzekomych naruszeń. Wyznaczenie terminu na podjęcie działań naprawczych stanowiło warunek niezbędny do wypowiedzenia umowy zgodnie z jej postanowieniami.

Paragraf 11 ust. 4 Umowy stanowi bowiem, że przepisy kodeksu cywilnego mają zastosowanie jedynie wtedy, gdy dana kwestia nie została uregulowana w Umowie.

Podobne stanowisko prezentowane jest doktrynie, gdzie wskazuje się, że:

„Wypowiedzenie zlecenia może być dokonane w każdym czasie przez dającego i przyjmującego zlecenie do momentu wykonania zlecenia (art. 746 § 1 zd. 1 i § 2 zd. 1 k.c.). Wypowiedzenie może być jednak uzależnione od warunków określonych w umowie zlecenia, *np. skutkować po upływie terminu wypowiedzenia.*” (M. Fras (red.), Komentarz do art. 746 kodeksu cywilnego, LEX 2018).

Analogicznie: wyrok SN z dnia 11 września 2002 r., V CKN 1152/00, LEX nr 56060; wyrok SA w Krakowie z dnia 31 maja 2016 r., I ACa 235/16, LEX nr 2061973; wyrok SA w Warszawie z dnia 25 marca 2010 r., 1 ACa 4/10, LEX nr 1120129.

Dlatego nie jest również możliwym uznanie, że podstawą wypowiedzenia Umowy mogły być przepisy kodeksu cywilnego. Zatem uznać należy, że Umowa nie została prawnie skutecznie wypowiedziana. W konsekwencji w niniejszym stanie faktycznym odpada kluczowa przesłanka uprawniająca Zamawiającego do wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp.

### **Ad pkt b) i c)**

Kolejną przesłanką uprawniającą Zamawiającego do wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp jest możliwość przypisania mu odpowiedzialności („z przyczyn leżących po jego stronie”) za wypowiedzenie umowy.

Ustalenie, że brak jest dowodu na to, że do rozwiązania umowy doszło z winy wykonawcy, powoduje samo w sobie bezzasadność czynności wykluczenia, warunkiem koniecznym do dokonania tej czynności - zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp - jest bowiem ustalenie, że wykonawca z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał lub nienależycie wykonał umowę, co doprowadziło do jej rozwiązania lub zasądzenia odszkodowania. Dopiero przy zaistnieniu takiej sytuacji konieczna staje się ocena, czy niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy było istotne.

W ocenie Odwołującego przywołane w oświadczeniu o wypowiedzeniu okoliczności podjęcia przez Zamawiającego decyzji w tym zakresie zostały sformułowane w sposób ogólnikowy i lakoniczny, co uniemożliwia dokonanie polemiki z przyjętymi przez Zamawiającego okolicznościami. Przykładowo Zamawiający powołuje się na błędy w Przejściowych Świadczeniach Płatności, tym niemniej jednak Zamawiający nie wskazuje, w których dokumentach zostały zidentyfikowane nieprawidłowości oraz jakie konkretnie błędy zostały popełnione.

Podobna sytuacja ma miejsce w przypadku rzekomej nieobecności Inżyniera na Radach Budowy - Zamawiający nie wskazał dat, w których zidentyfikował absencję Inżyniera etc. Takie rozwiązanie uniemożliwia ustosunkowanie się do decyzji Zamawiającego czy też usprawiedliwienie takiego działania - nie da się bowiem wykluczyć, że personel Odwołującego nie uczestniczył w radach z uzasadnionych przyczyn.

Odwołujący niniejszym informuje, że posiada szereg dokumentów świadczących o tym, że zarzuty Zamawiającego względem sposobu świadczenia usługi przez Odwołującego były całkowicie nieuzasadnione. Dokumenty zostaną złożone bezpośrednio na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Co więcej Zamawiający, zarówno w oświadczeniu o wypowiedzeniu, jak i w Informacji nie wskazał, że rzekome naruszenia Umowy przez Odwołującego miały charakter istotny.

Powyższe dowodzi, że wykluczenie Odwołującego z postępowania było bezpodstawne.

### **Ad pkt c)**

Wszystkie, istotne z punktu widzenia Zamawiającego, powody niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, powinny znaleźć swoje wyraźne odzwierciedlenie w podstawie wykluczenia wykonawcy, tak aby wnosząc środek ochrony prawnej wykonawca posiadał pełną wiedzę, co do podstaw jego wykluczenia i mógł odnieść się do nich, składając odwołanie.

W niniejszym stanie faktycznym z uzasadnienia odwołania nie sposób wyczytać na podstawie

jakich okoliczności Zamawiający podjął decyzje o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Uzasadnienie ma charakter enigmatyczny i ogólnikowy, o czym szerzej w dalszej części niniejszego odwołania.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że:

„To zadaniem Zamawiającego jest uzasadnienie ziszczenia się każdej z przesłanek określonych w art. 24 ust. 5 pkt 4 p.z.p. i zgromadzenie dowodów umożliwiających wykazanie podnoszonych okoliczności, tylko takie działanie gwarantuje bowiem zachowanie zasady proporcjonalności i przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.” (KIO 335/18)

„Rola Zamawiającego jest zebranie dowodów świadczących o wystąpieniu wszystkich, określonych w art. 24 ust. 5 pkt 4 p.z.p. przesłanek łącznie i uzasadnienie zaistnienia każdej z nich, jest to istotne dla zachowania zasady proporcjonalności i przejrzystości postępowania oraz zachowania uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 p.z.p.), a także dla możliwości skorzystania przez wykonawcę z procedury tzw. samooczyszczenia, o której mowa w art. 24 ust. 8 p.z.p. lub skorzystania przez niego ze środków ochrony prawnej. Należy bowiem podkreślić, że instytucja samooczyszczenia ma zastosowanie wtedy, gdy wobec Wykonawcy zachodzi podstawa wykluczenia, ale Wykonawca zamierza wykazać, że mimo to jest podmiotem rzetelnym i wiarygodnym. Instytucja ta natomiast nie ma zastosowania w sytuacji, gdy wobec wykonawcy w ogóle nie zachodzi podstawa wykluczenia. Innymi słowy, jedynie w przypadku wykazania istnienia wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 p.z.p., zasadne jest skorzystanie przez wykonawcę z uprawnienia do przedstawienia dowodów na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do uznania jego rzetelności. Jeżeli natomiast przesłanki te nie zachodzą, wykonawca jest uprawniony do kwestionowania czynności wykluczenia, przykładowo - wykazując, że niewykonanie umowy miało wymiar nieistotny lub nastąpiło z przyczyn nie leżących po jego stronie.” (KIO 422/18)

„Zgodnie z treścią art. 24 ust. 5 pkt 4 p.z.p. 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, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. Analiza tego przepisu wskazuje, że rozwiązanie umowy jest w tym wypadku jedynie skutkiem niewykonania lub nienależytego wykonania wcześniejszej umowy. Do tego elementem warunkującym zastosowanie tej fakultatywnej przesłanki jest niewykonane lub nienależyte wykonanie umowy i to w stopniu istotnym. Tym samym oprócz wskazania na okoliczność rozwiązania umowy, jak w niniejszym wypadku, podmiot zamawiający winien wskazać, które elementy nienależytego wykonania umowy uważa za tyle istotne, że stanowiły one podstawę do zniesienia istniejącego pomiędzy danym wykonawcą a podmiotem zamawiającym stosunku

zobowiązaniowego, mającego swoje źródło we wcześniejszej umowie. Brak tych elementów stanowi o wadliwości dokonanej przez Zamawiającego czynności, gdyż jak zostanie wskazane w dalszej części uzasadnienia, pozbawia wykonawcy możliwości skutecznej obrony swych praw.) Nie można bowiem zakładać, że każde naruszenie obowiązków kontraktowych będzie stanowiło przesłankę do odstąpienia od umowy i w konsekwencji do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Tym samym te istotne, z punktu widzenia podmiotu zamawiającego, elementy powinny zostać wskazane w uzasadnieniu podjętej czynności." (KIO 2522/17)

„Wykluczenie Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 p.z.p. jest dopuszczalne jedynie w przypadku zajścia wszystkich określonych w tym przepisie przesłanek łącznie, a ponadto przesłanki te nie mogą być rozumiane dowolnie. Wykluczając Wykonawcę, Zamawiający nie może zatem opierać się wyłącznie na fakcie, że doszło do rozwiązania wcześniejszej umowy zawartej z wykonawcą. Zamawiający musi także wykazać, że do rozwiązania umowy (lub zasądzenia odszkodowania) doszło z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę. Oznacza to, że Zamawiający musi wykazać, czego konkretnie Wykonawca nie zrobił lub jakiego obowiązku wynikającego z wcześniejszej umowy nie wykonał. Ponadto zobowiązany jest wykazać, że określone we wcześniejszej umowie zobowiązanie, którego Wykonawca nie wykonał lub wykonał nienależycie, było dla tej umowy istotne. W świetle dyrektywy klasycznej oznacza to, że Zamawiający musi wykazać, że Wykonawca albo nie wykonał umowy w ogóle albo wykonał ją nienależycie w stopniu znaczącym lub nienależyte wykonywanie miało charakter uporczywy, nawet jeśli niedociągnięcia nie były znaczące.” (KIO 422/18)

Odwołujący niniejszym wskazuje, że Zamawiający nie podjął próby chociażby pośredniego wykazania czy i w jakim stopniu zidentyfikowane uchybienia wpłynęły na realizację przedmiotowej inwestycji. To na Zamawiającym, jako podmiocie wywodzącym określone skutki prawne spoczywa obowiązek podejmowania środków prawnych w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami prawa, w tym art. 6 kodeksu cywilnego.

Zamawiający nie podjął próby udowodnienia, że wina za zaistniałą sytuację jest po stronie Odwołującego. Z uzasadnienia oświadczenia o wypowiedzeniu umowy, jak i z Informacji nie wynika w zasadzie jakimi przesłankami kierował się Zamawiający. Wyprezyfikowane uchybienia mają charakter blankietowy i nie odnoszą się do konkretnych okoliczności.

Ubiegając ewentualne działanie Zamawiającego polegające na przytaczaniu ww. okoliczności już na etapie postępowania odwoławczego Odwołujący wskazuje, że będzie ono miało charakter spóźniony, gdyż Zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji o wypowiedzeniu umowy/ wykluczeniu wykonawcy z postępowania jest zobowiązany przytoczyć wszystkie okoliczności stanowiące podstawę jej podjęcia.

Zaniechanie działań w ww. zakresie pozbawia Odwołującego możliwości skutecznej obrony swoich praw.

W świetle powyższego odwołanie winno zostać uwzględnione.

### **3. Ad zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp**

Odwołujący wskazuje, że w jego ocenie sporządzone przez Zamawiającego uzasadnienie wykluczenia go z postępowania uniemożliwia ustalenie właściwej intencji jakimi kierował się Zamawiający podejmując decyzję ww. zakresie z uwagi na fakt, że w przedmiotowym uzasadnieniu Zamawiający nie odniósł się do argumentów przywołanych w treści pisma z dnia 10 października 2018 r., a sama treść uzasadnienia nie przystaje do realiów stanu faktycznego jaki miał miejsce w omawianym stanie faktycznym.

Zamawiający w uzasadnieniu wskazał bowiem, że przyczyną wykluczenia Odwołującego z postępowania było „niewykonanie lub nienależyte wykonanie” w istotnym stopniu poprzedniej umowy przez Odwołującego (pkt 2 zdanie pierwsze, strona 4 Informacji), co doprowadziło do jej rozwiązania.

Odnosząc się do powyższego Odwołujący w pierwszej kolejności wskazuje, że z uzasadnienia nie wynika czy podstawą rozwiązania umowy był fakt niewykonania czy też nienależytego wykonania zamówienia. Zamawiający nie wskazał w sposób precyzyjny i jasny przesłanek, którymi się kierował wykluczając Odwołującego.

Na kanwie orzeczeń wydawanych przez Krajową Izbę Odwoławczą tego rodzaju działanie jest niedopuszczalne. Zdaniem Izby „podstawa uzasadnienia wykluczenia wykonawcy, wskazująca jedynie na fakt odstąpienia od umowy, była na tyle ogólna i nieprecyzyjna, że nie odnosiła się - wbrew temu co twierdził zamawiający - do przyczyn uzasadniających wykluczenie odwołującego. Zdaniem KIO twierdzenia zamawiającego, że wykonawca miał świadomość, z rozwiązaniem jakiej umowy jest związane wykluczenie oraz czym kierował się zamawiający, składając oświadczenie woli o odstąpieniu od umowy, są niewystarczające przy obecnym brzmieniu art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp - regulującym fakultatywną przesłankę wykluczenia tzw. nierzetelnego wykonawcy” (wyrok KIO z 11 grudnia 2017 r., sygn. akt KIO 2522/17).

Krajowa Izba Odwoławcza, wyrokiem z 1.02.2017 r., KIO 87/17 uznała, iż decyzja o wykluczeniu z postępowania musi zostać poparta konkretnymi dowodami, a także musi jasno precyzować powody tego wykluczenia wraz ze wskazaniem odpowiedniej podstawy prawnej. Wykonawca nie może domyślać się przesłanek, z powodu których został wykluczony z postępowania.

Izba zaznaczyła, iż zamawiający w sposób precyzyjny, rzeczowy i bezpośredni powinien w uzasadnieniu wskazać przyczyny wykluczenia wykonawcy. W ten sam sposób należy sformułować wezwanie do uzupełnienia dokumentów. Ogólnikowe oraz enigmatyczne wskazanie uniemożliwia wykonawcy skuteczną obronę na drodze postępowania odwoławczego.

Dalej, Odwołujący zauważył, że w treści uzasadnienia wykluczenia Zamawiający wskazał, że

„Wykonawca nie przedstawił żadnych wiarygodnych wyjaśnień i dowodów, które Zamawiający mógł uznać za wystarczające." co może sugerować, że przedstawiona przez Odwołującego argumentacja wykazująca skorzystanie z procedury samooczyszczenia okazała się nieskuteczna. Odwołujący jednakże pragnie podkreślić, iż w wyjaśnieniach nie podjął próby dokonania samooczyszczenia wskazując, że do rozwiązania wcześniejszej umowy doszło nie z jego winy (!). Powyższe dowodzi, że sporządzone uzasadnienie wykluczenia ma się nijak do zaistniałego stanu faktycznego, a Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie niedostatecznie dokładnie ustalonych okoliczności niniejszej sprawy.

W orzecznictwie wskazuje się, że:

- 1) „Wykonawca ma pełne prawo, aby posiadać pełną wiedzę, jakimi przesłankami kierował się zamawiający wykluczając go z postępowania. Ustalenie zarzucanych przez zamawiającego uchybień złożonej oferty nie może być uzależnione od aktywności wykonawcy. Obowiązek wskazania precyzyjnych i wyczerpujących podstaw faktycznych i prawnych wykluczenia wykonawcy z postępowania spoczywa w całości na zamawiającym" (wyrok KIO z dnia 25 maja 2015; KIO 946/15, KIO 947/15),
- 2) „Uzasadnienie faktyczne wykluczenia wykonawcy musi przedstawiać wszystkie przyczyny, jakie legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca miał możliwość ustosunkowania się do wskazanych przez zamawiającego uchybień. Stanowczego podkreślenia wymaga, że wykonawcy nie mogą domyślać się podstaw decyzji zamawiającego ani domniemywać zakresu stwierdzonych przez niego nieprawidłowości w złożonych dokumentach" (wyrok z dnia 20 lipca 2015 r. KIO 1429/15),

„Przyczyny podane w informacji o wykluczeniu wykonawcy, odrzuceniu oferty i unieważnieniu postępowania - warunkują zakres składanych środków ochrony prawnej i ich uzasadnienie. Treść zawiadomienia, z uwagi na zawity charakter terminów wnoszenia środków ochrony prawnej mają bezpośrednie znaczenie dla umożliwienia wykonawcom realizacji swoich praw w postępowaniu. Zamawiający jest zobowiązany podać uzasadnienie podejmowanych czynności tak, aby zagwarantować wykonawcom możliwość ich weryfikacji w toku procedury odwoławczej. W szczególności uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o wykluczeniu wykonawcy i odrzuceniu jego oferty - powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela - mógł do wskazanych przez zamawiającego okoliczności w pełni ustosunkować się wnosząc odwołanie. Wyłącznie wykonawca mający wyczerpujące informacje o przyczynach podejmowanych czynności zamawiającego, może się do nich odnieść - decydując o ewentualnym wniesieniu środka ochrony prawnej" (wyrok z dnia 19 maja 2014 r., KIO 866/14),

- 4) „Niedopuszczalnym jest, aby wykonawca kwestionujący zasadność podjętych wobec jego oferty przez zamawiającego czynności, samodzielnie zidentyfikował przyczyny wykluczenia go z postępowania, a następnie w oparciu o poczynione założenia, przedstawiał w odwołaniu argumenty przemawiające za nietrafnością domniemanych przyczyn decyzji zamawiającego. Zamawiający jest zobowiązany podać uzasadnienie podejmowanych czynności, tak aby zagwarantować wykonawcom możliwość ich weryfikacji w toku procedury odwoławczej. W szczególności uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o wykluczeniu wykonawcy i odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela mógł do wskazanych przez zamawiającego okoliczności w pełni ustosunkować się wnosząc odwołanie” (wyrok z dnia 30 kwietnia 2013 r., KIO 918/13),
- 5) „Czynność odrzucenia oferty Odwołującego jest niezgodna z przepisami p.z.p. przez sam fakt nieprzedstawienia uzasadnienia faktycznego tej czynności. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o wykluczeniu wykonawcy powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować się, wnosząc odwołanie. Wykonawcy nie mogą domyślać się podstaw decyzji zamawiającego ani domniemywać zakresu stwierdzonych przez niego nieprawidłowości w ofertach” (wyrok z dnia 5 grudnia 2011 r., KIO 2503/11),

W wyroku z dnia 6 marca 2017 r., KIO 351/17, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „Uzasadnienie faktyczne i prawne winno w sposób jasny i jednoznaczny ukazywać sposób rozumowania zamawiającego tak, aby umożliwić zainteresowanym wykonawcom poznanie podstaw podjętego przez niego środka oraz ewentualne ustosunkowanie się do niego w odwołaniu”.

Niezależnie od powyższego, uzasadnienie decyzji, jest po to, aby umożliwić składowi orzekającemu Krajowej Izby Odwoławczej, a następnie Sądowi wykonanie przezeń kontroli nad czynnościami zamawiającego. Powyższe potwierdza orzecznictwo: „Tylko bowiem czytelnie zaprezentowana czynność, wskazująca okoliczności, które zamawiający wziął pod uwagę, postanowienia dokumentacji postępowania, które przyświecały określonej ocenie dokumentów i oświadczeń składających się na ofertę, daje wykonawcy szansę na zrozumienie działań zamawiającego. Chodzi tu więc nie tylko o poinformowanie wykonawcy o losach jego oferty, ale wytłumaczenie przyczyn takiej a nie innej jej oceny.” (tak w wyroku KIO z dnia 17 czerwca 2015 r. sygn. akt 1117/15; podobnie w wyrokach KIO z dnia 11 maja 2015 r. sygn. akt: KIO 885/15, z dnia 10 lipca 2014 r. sygn. akt: KIO 1316/14, z dnia 9 września 2014 r. sygn. akt: KIO 1745/14, z dnia 17 października 2014 r. sygn. akt KIO 2028/14, wyrok KIO z dnia 17

października 2014r.).

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Izba uznała, iż Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 Pzp. Izba stwierdza, iż Odwołujący jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp i legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Odwołujący złożył ofertę, która według przyjętych w SIWZ kryteriów oceny ofert, mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą. Wykluczenie Odwołującego z postępowania, skutkuje pozbawieniem Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia, a w konsekwencji możliwością poniesienia szkody. W ocenie Izby okoliczność, iż w dniu złożenia odwołania, Odwołujący nie był już związany ofertą, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, nie wpływa na powyższą ocenę.

Na posiedzeniu w dniu 29 listopada 2018 r. Izba stwierdziła skuteczność zgłoszenia przystąpienia przez wykonawców TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz SGS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania przekazaną przez Zamawiającego i potwierdzoną za zgodność z oryginałem, wraz z jej uzupełnieniem przesłanym w dniu 28 listopada 2018 r. Skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy z dnia 29 listopada 2018 roku, jak również dowody z dokumentów załączonych do odwołania oraz złożonych podczas rozprawy.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Przedstawiony przez Odwołującego, w petitum odwołania, stan faktyczny jest zgodny z dokumentacją Postępowania. Tym samym, brak jest podstaw do jego ponownego przytaczania. Uzupełniając Izba ustaliła, co następuje:

W dniu 28 listopada 2018 r. Zamawiający dokonał uzupełnienia informacji dotyczącej wyboru najkorzystniejszej oferty przesłanej Wykonawcom w dniu 7 listopada 2018 r., w zakresie pkt 2 „DODATKOWE INFORMACJE” dot. wykluczenia Wykonawcy zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 4

Pzp – PROKOM Construction Sp. z o.o., ul. Władysława Reymonta 30/1, 41-200 Sosnowiec (tj. oferty nr 4) oraz Protokołu postępowania w tożsamym zakresie. Informację tę przekazał wykonawcom, którzy złożyli oferty w Postępowaniu oraz w ramach uzupełnienia dokumentacji Krajowej Izbie Odwoławczej.

Treść ww. dokumentów nie jest sporna pomiędzy Stronami i nie była przez nie kwestionowana.

**Izba zważyła, co następuje:**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba dokonała oceny zaistniałej w postępowaniu sytuacji prawnej wynikającej z dokonanego po wniesieniu odwołania uzupełnienia informacji dotyczącej wyboru najkorzystniejszej oferty przesłanej Wykonawcom w dniu 7 listopada 2018 r., w zakresie pkt 2 „DODATKOWE INFORMACJE” dot. wykluczenia Wykonawcy zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp odnośnie Odwołującego. W ocenie Izby, ww. uzupełnienie dokonane przez Zamawiającego nie może być przez Izbę pominięte przy orzekaniu, bowiem stanowi dowód na to, że pierwotna informacja z dnia 7 listopada 2018 r. wymagała zmiany i szerszego przedstawienia podstaw wykluczenia. Uzupełnienie to może mieć wpływ na ocenę podstaw uwzględnienia lub oddalenia odwołania, gdyż wydając wyrok Izba, zgodnie z art. 191 ust. 2 Pzp, bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, i bada czy stwierdzone przez Izbę naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania, zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp.

Izba stwierdziła, że dokonane przez Zamawiającego uzupełnienie uzasadnienia wykluczenia Odwołującego z postępowania, którego dotyczył zarzuty oznaczony w odwołaniu pkt 2, czynią ww. zarzut pozostającym bez wpływu na wynik postępowania. Pomimo potwierdzenia w tej części zasadności zarzutów, zarzucane naruszenia przepisów ustawy pozostają bez wpływu na wynik postępowania, co wynika z uwzględnienia okoliczności, iż na moment orzekania sporne uzasadnienie informacji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania zostało przez Zamawiającego zmodyfikowane.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba dokonała oceny pozostałego zarzutu podniesionego przez Odwołującego.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp przez jego bezpodstawne zastosowanie z powołaniem się na fakt wypowiedzenia przez Zamawiającego wcześniejszej umowy z Odwołującym oraz nieuzasadnioną ocenę, że rozwiązanie umowy spowodowane było jej nienależytym wykonaniem w istotnym stopniu z przyczyn leżących po stronie

Odwołującego, a w konsekwencji zastosowanie sankcji wykluczenia z naruszeniem zasady proporcjonalności.

Zgodnie z treścią 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, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. Powyższa podstawa wykluczenia ma charakter fakultatywny, co oznacza, że jeżeli Zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na tej podstawie, to musi ją wskazać w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ lub zaproszeniu do negocjacji (art. 24 ust. 6 Pzp). W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający ww. podstawę wykluczenia przewidział w punkcie 1.3.3. SIWZ. Aby jednak dopuszczalne było wykluczenie wykonawcy z postępowania na tej podstawie wszystkie określone w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp przesłanki, tak jak podkreślał to Odwołujący, muszą zaistnieć łącznie. Przesłankami tymi są: niewykonanie lub nienależyte wykonanie wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, zawartej z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4), które nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, istotny stopień niewykonania lub nienależytego wykonania tej umowy, a także będące tego skutkiem rozwiązanie umowy lub zasądzenie odszkodowania. Stosując art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy Pzp należy mieć na uwadze, iż przepis ten stanowi implementację do polskiego porządku prawnego art. 57 ust. 4 lit. g Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE („Dyrektywa klasyczna”), w którym wskazano, że instytucja zamawiająca może wykluczyć wykonawcę, jeżeli wykonawca wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym lub wcześniejszą umową w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji. Mieć należy także na względzie wskazówki przedstawione w preambule do Dyrektywy klasycznej (motyw 101), gdzie wyjaśniono, iż instytucje zamawiające powinny mieć możliwość wykluczenia tych oferentów, którzy przy wykonywaniu wcześniejszych zamówień publicznych wykazali poważne braki w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów, jak również zaznaczono, że drobne nieprawidłowości mogą prowadzić do wykluczenia wykonawcy jedynie w wyjątkowych okolicznościach. Wskazano także, że stosując fakultatywne podstawy wykluczenia, instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności.

Skład orzekający popiera stanowisko Izby wyrażone w wyroku z dn. 26 marca 2018 r., o sygn. akt KIO 458/18 i uznaje je za własne wskazując za nim, iż „mając na uwadze powyższe

w ocenie Izby wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp jest dopuszczalne jedynie w przypadku kumulatywnego spełnienia wszystkich określonych w tym przepisie przesłanek, a przesłanki te nie mogą być rozumiane dowolnie. Wykluczając wykonawcę zamawiający nie może zatem opierać się wyłącznie na fakcie, że doszło do rozwiązania wcześniejszej umowy zawartej z wykonawcą. Zamawiający musi ponadto wykazać, że do rozwiązania umowy (zasądzenia odszkodowania) doszło z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę, a zatem musi wykazać, czego konkretnie wykonawca nie zrobił lub jakiego obowiązku wynikającego z wcześniejszej umowy nie wykonał. Ponadto zobowiązany jest wykazać, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie miało miejsce w istotnym stopniu, co oznacza, że Zamawiający zobligowany jest wykazać, iż wykonawca albo nie wykonał umowy w ogóle albo wykonał ją nienależycie w stopniu znaczącym lub nienależyte wykonywanie miało charakter uporczywy, nawet jeśli niedociągnięcia nie były znaczące. Treść art. 57 ust. 4 lit. g Dyrektywy klasycznej, którego implementację stanowi art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, przesądza, że chodzi tu nie tylko o istotny wartościowo lub rzeczowo zakres nienależytego lub niewykonania świadczenia wykonawcy w stosunku do zakresu przewidzianego umową, ale również o niespełnienie przez wykonawcę świadczenia, w sposób odpowiadający istotnym dla Zamawiającego wymogom wynikającym z tej umowy. Dlatego w ocenie Izby użyte w art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy Pzp sformułowanie „w istotnym stopniu” należy odnosić zarówno do zakresu umowy, jak i do wykonania umowy ze znaczącym naruszeniem jej postanowień, np. do znaczących wad produktu, które spowodowały jego niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem (por. m.in. wyrok KIO z dnia 3 lutego 2017 r. sygn. akt KIO 139/17, wyrok KIO z dnia 9 maja 2017 r. sygn. akt KIO 706/17, wyrok KIO z dnia 4 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1166/17). Ponadto niezależnie od wykazania istotności zachowania wykonawcy, zamawiający musi jeszcze wykazać, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w ogóle nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Należy bowiem podkreślić, że powody, dla których wykonawca nie wykonuje lub nienależycie wykonuje umowę, mogą wynikać z różnych okoliczności, w tym również okoliczności leżących po stronie Zamawiającego, z którym była zawarta wcześniejsza umowa lub okoliczności niezależnych od żadnej ze stron tej umowy.

Skład orzekający Izby w pełni podziela pogląd przedstawiony w wyroku KIO z dnia 8 stycznia 2018 r. sygn. akt KIO 2711/17, iż to rolą Zamawiającego jest zebranie dowodów świadczących o wystąpieniu wszystkich, określonych w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, przesłanek łącznie i uzasadnienie zaistnienia każdej z nich. Jest to istotne dla zachowania zasady proporcjonalności i przejrzystości postępowania oraz zachowania uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp), a także dla możliwości skorzystania przez wykonawcę z procedury tzw. samooczyszczenia, o której mowa w art. 24 ust. 8 Pzp, lub skorzystania przez niego ze środków ochrony prawnej. Należy bowiem podkreślić, że instytucja samooczyszczenia ma

zastosowanie wtedy, gdy wobec wykonawcy zachodzi podstawa wykluczenia, ale wykonawca zamierza wykazać, że mimo to jest podmiotem rzetelnym i wiarygodnym. Instytucja ta natomiast nie ma zastosowania w sytuacji, gdy wobec wykonawcy w ogóle nie zachodzi podstawa wykluczenia. Innymi słowy, jedynie w przypadku wykazania istnienia wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, zasadne jest skorzystanie przez wykonawcę z uprawnienia do przedstawienia dowodów na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do uznania jego rzetelności. Jeżeli natomiast przesłanki te nie zachodzą, wykonawca jest uprawniony do kwestionowania czynności wykluczenia, przykładowo – wykazując, że niewykonanie umowy miało wymiar nieistotny lub nastąpiło z przyczyn nie leżących po jego stronie”.

W sprawie będącej przedmiotem rozpoznania Izby, Zamawiający wykluczając Odwołującego z postępowania w nie wykazał, że ziszczyły się wszystkie przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp. Uzasadnienie w tym zakresie (uwzględniając jego uzupełnienie) Zamawiający ograniczył do powtórzenia treści wypowiedzenia Odwołującemu umowy nr 1269/ZIKiT/2016, zawartej w dn. 24.10.2016 r. pn. „Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu w projekcie pn. „Rozbudowa ulicy Igołomskiej, drogi krajowej nr 79 - ETAP 2, na odcinku od km 331+944,85 do skrzyżowania z ulicą Giedroycia (Jeżynową) w km 339+359,37 wraz z budową, rozbudową, przebudową obiektów inżynierskich oraz infrastruktury (odwodnienia, oświetlenia, sygnalizacji świetlnej) oraz kolidującego uzbrojenia (kanalizacji sanitarnej, wodociągowej, gazociągowej, sieci elektroenergetycznych, teletechnicznej oraz sieci przemysłowych związanych z sąsiedztwem kombinatu hutniczego) w Krakowie (dalej Umowa 1269/ZIKiT/2016), jednakże nie odniósł tych okoliczności do przesłanek wykluczenia określonych w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp. W pierwszej kolejności winno zostać wykazane przez Zamawiającego – w ramach podjętej w toku postępowania o udzielenie zamówienia czynności, że doszło do niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, i że mają one charakter zawiniony (leżący po stronie wykonawcy) i odnoszą się do istotnych elementów zobowiązania. Tym samym, oprócz wskazania na okoliczność rozwiązania umowy, jak w niniejszym wypadku, Zamawiający winien wskazać, które elementy nienależytego wykonania umowy uważa za tyle istotne, że stanowiły one podstawę do zniesienia istniejącego pomiędzy nim a danym wykonawcą stosunku zobowiązaniowego, mającego swoje źródło we wcześniejszej umowie, tzn. podane powody powinien poddać gradacji. Zamawiający poinformował w uzasadnieniu wykluczenia o różnych naruszeniach Umowy 1269/ZIKiT/2016, jednakże w ocenie Izby nie wykazał on niezbędnego do wykluczenia poziomu istotności tych naruszeń. Zamawiający nie wykazał jak niedociągnięcia wykonawcy wpłynęły na realizację kontraktu oraz jakie negatywne konsekwencje dla realizacji Umowy 1269/ZIKiT/2016 z nich wynikały. Najistotniejsze i konieczne do stwierdzenia istnienia podstaw wykluczenia jest wykazanie przez Zamawiającego nie wykonania lub nienależytego wykonania umowy w cywilistycznym

rozumieniu tych pojęć oraz jednocześnie wykazanie, że odnosi się ono do istotnej części umowy i, że odpowiedzialność za taki stan rzeczy ponosi wykonawca. Zamawiający, w uzupełnieniu uzasadnienia informacji o wykluczenia z dn. 28.11.2018 r. wskazał, że podstawę wypowiedzenia oprócz wystąpienia ważnych powodów leżących po stronie Wykonawcy tj. art. 746 KC stanowi również podstawa kontraktowa określona w § 8 ust. 1 lit. a ponieważ pomimo wezwania Inżyniera kontraktu do należytego wykonywania umowy pismem z dnia 22.08.2018 r. do należytego wykonywania umowy, Inżynier nie rozpoczął świadczenia usługi w należyty sposób, zgodnie z umową. W tym zakresie Odwołujący przedstawił pismo z dn. 24.08.2018 r. odrzucające przedmiotowe wezwanie Zamawiającego, jednocześnie informując o nieleżących po jego stronie przyczynach opóźnień w zatwierdzaniu wniosków materiałowych przedkładanych przez wykonawcę robót budowlanych oraz przedstawił kopie takich wniosków potwierdzających, że realizował to zobowiązanie umowne – czemu Zamawiający nie zaprzeczył. Jednocześnie pismem tym, w związku z wysoce skomplikowanym pod względem technicznym i formalnym zakresem robót objętych aneksem nr 3 do umowy o roboty budowlane, zastrzegł sobie prawo do wykorzystywania na analizę przysługującego mu na podstawie Umowy 1269/ZIKiT/2016 czasu. Ponadto Zamawiający powołał się na powtarzające się sytuacje w ramach których Odwołujący wykonywał swoje kontraktowe obowiązki zapisane w § 5 ust. 2 Umowy 1269/ZIKiT/2016, co do sprawowania nadzoru w imieniu Zamawiającego w ścisłej z nim współpracy oraz co do współpracy z Kierownikiem Projektu i wspierania Zamawiającego we wszelkich czynnościach technicznych, administracyjnych i finansowych, a także w zakresach szczegółowo opisanych poniżej, w tym także w zakresie naruszenia obowiązku co do pełnej dyspozycyjności (§ 5 ust. 4 pkt 2 ww. Umowy). Uchybienie to nie zostało przez Zamawiającego skonkretyzowane w uzasadnieniu wykluczenia (nie wskazano konkretnych okoliczności w których wykonawca nie wypełnił swoich obowiązków). Ponadto jako przyczynę wypowiedzenia Zamawiający przywołał utratę zaufania do Odwołującego spowodowaną m.in. faktem roszczenia o zwiększenie jego wynagrodzenia umownego, chociaż brak ku temu było podstaw kontraktowych. Działanie takie, jak również pismo Odwołującego z wnioskiem o skrócenie terminu obowiązywania Umowy 1269/ZIKiT/2016 do dnia 31.12.2018 r. Zamawiający odczytał jako brak woli należytego wykonania tej umowy. W ocenie Izby okoliczności te nie przesądzają o nienależytym wykonywaniu Umowy 1269/ZIKiT/2016 przez Odwołującego. Tym bardziej, że jak wyjaśniał Odwołujący podjął starania o zwiększenie wynagrodzenia w związku ze znaczącym wzrostem zakresu robót budowlanych podlegających nadzorowi w wyniku zawarcia przez Zamawiającego Aneksu nr 3 z wykonawcą tychże robót. Aneks ten zwiększał zakres i wartość zleconych robót budowlanych o ok. 40% tj. ok. 60 mln. zł., co wymagało również znacząco większego zaangażowania Inżyniera kontraktu.

Ponadto, Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia wskazał szereg uchybień jakich miał się

dopuszczyć Odwołującego w realizacji Umowy 1269/ZIKiT/2016, przy czym duża ich część wystąpiła w okresie znacznie poprzedzającym wypowiedzenie umowy. Odwołujący, współpracował z Zamawiającym i usuwał zgłaszane wady (tak np. w przypadku Przejściowych Świadectw Płatności czy też raportów) co skutkowało ostateczną akceptacją tych dokumentów przez Zamawiającego. Zamawiający w toku realizacji Umowy 1269/ZIKiT/2016 nie korzystał ze swoich uprawnień kontraktowych w ramach których np. mógł naliczać kary umowne z tytułu nienależytej realizacji obowiązków wynikających z Umowy 1269/ZIKiT/2016 przez Odwołującego.

Wobec powyższego, w ocenie Izby, Zamawiający nie wykazał, iż zarzucane Odwołującemu uchybienia stanowiły nienależyte wykonanie umowy w istotnym stopniu i były to poważne braki w spełnieniu istotnych wymogów umownych.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła zasadność zarzutu naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, a w konsekwencji uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Mając na uwadze wszystko powyższe, Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie i na podstawie art. 192 ust. 1 Ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Ustawy oraz na podstawie § 3 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; zm.: Dz. U. z 2017 r. poz. 47).

**Przewodniczący:** .....