

WYROK

z dnia 2 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: **Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 marca 2023 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lutego 2023 r. przez wykonawcę **"DELUX" Przewozy Turystyczno-Pasażerskie Handel-Uslugi D. K. sp. j., ul. Andrzeja Witolda Wajdy 61; 11-200 Bartoszyce**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie, ul. Oczapowskiego 2; 10-719 Olsztyn,**

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego wykonawcy "DELUX" Przewozy Turystyczno-Pasażerskie Handel-Uslugi D. K. sp. j., ul. Andrzeja Witolda Wajdy 61; 11-200 Bartoszyce, powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie, ul. Oczapowskiego 2; 10-719 Olsztyn** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **"DELUX" Przewozy Turystyczno-Pasażerskie Handel-Uslugi D. K. sp. j., ul. Andrzeja Witolda Wajdy 61; 11-200 Bartoszyce**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego **Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie, ul. Oczapowskiego 2; 10-719 Olsztyn** na rzecz odwołującego **"DELUX" Przewozy Turystyczno-Pasażerskie Handel-Uslugi D. K. sp. j., ul. Andrzeja Witolda Wajdy 61; 11-200 Bartoszyce** kwotę **12 203 zł 56 gr** (słownie: dwanaście tysięcy dwieście trzy złote, pięćdziesiąt sześć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu: wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów dojazdu oraz noclegu.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Sukcesywne świadczenie usług transportowych na autokary do 21 osób na potrzeby jednostek organizacyjnych Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP z dnia 22 listopada 2022 r., pod nr 2022/BZP 00451659.

Dnia 10 lutego 2023 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 15 lutego 2023 roku, wykonawca "DELUX" Przewozy Turystyczno-Pasażerskie Handel-Usługi D. K. sp. j., ul. Andrzeja Witolda Wajdy 61; 11-200 Bartoszyce (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności zamawiającego polegających na:

- 1) odrzuceniu oferty odwołującego,
- 2) wyborze oferty Przedsiębiorstwa Usług Transportowych s.c. J.-E. E., J. J., J. M., jako najkorzystniejszej w sytuacji, gdy to oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą tj. ofertą z najniższą ceną,
- 3) zastosowaniu w stosunku do odwołującego podstawy wykluczenia przewidzianej w art. 109 ust. 1 pkt 7 pzp, w sytuacji braku przesłanek do zastosowania wskazanej normy prawnej,
- 4) niewystarczającym uzasadnieniu prawnym i faktycznym podjętej przez zamawiającego czynności,
- 5) z ostrożności na wypadek uznania, że w postępowaniu wystąpiły przesłanki do zastosowania fakultatywnej przesłanki wykluczenia wskazanej w art. 109 ust. 1 pkt 7 pzp odwołujący zaskarżył zaniechanie przez zamawiającego odstąpienia od wykluczenia odwołującego wobec oczywistej nieproporcjonalności wykluczenia w stosunku do wagi zarzucanych naruszeń umowy.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania w sytuacji, gdy odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania,
2. art. 239 ust. 1 i ust. 2 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 2 pzp, poprzez wybór oferty Przedsiębiorstwa Usług Transportowych s.c. J.-E. E., J. J., J. M., jako najkorzystniejszej w sytuacji, gdy to oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą tj. ofertą z najniższą ceną,

3. art. 109 ust. 1 pkt 7 pzp, poprzez uznanie odwołującego za wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania w sytuacji, gdy odwołujący nie dopuścił się niewykonania lub nienależytego wykonania istotnego zobowiązania wynikającego z zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego z przyczyn leżących po jego stronie,
4. art. 253 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 16 pkt 2 pzp poprzez przedstawienie niewystarczającego uzasadnienia prawnego i faktycznego dokonanej czynności,
5. art. 109 ust. 3 pzp, poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, gdy wykluczenie odwołującego jest oczywiście nieproporcjonalne w stosunku do wagi zarzucanych naruszeń umowy.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty Przedsiębiorstwa Usług Transportowych s.c. J.-E. E., J. J., J. M. jako najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 3) dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Ponadto odwołujący wniósł o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, ewentualnie innych niezbędnych kosztów, jeśli takie się pojawią.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ złożył ofertę w niniejszym postępowaniu. Oferta odwołującego zawiera najniższą cenę, która jest jedynym kryterium oceny ofert w postępowaniu. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem przedmiotowego zamówienia. Wybór innego wykonawcy powoduje po stronie odwołującego utratę korzyści związanych z realizacją zamówienia.

Odwołujący wskazał, co następuje.

W dniu 22 listopada 2022 r. zamawiający ogłosił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym pn.: *„Sukcesywne świadczenie usług transportowych na autokary do 21 osób na potrzeby jednostek organizacyjnych UWM, nr postępowania 433/2022/TP/DZP”*. W zakresie zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu polegający na dysponowaniu co najmniej dwoma autokarami umożliwiającymi przewiezienie jednorazowo do 20 osób (+/- jedna osoba). W oparciu o art. 95 ust. 2 pzp zamawiający sformułował wymóg zatrudnienia w oparciu o umowę o pracę co najmniej jednego kierowcy.

Zgodnie z pkt V ppkt 1.2 SWZ o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania w przypadku zaistnienia okoliczności przewidzianych w art. 108 ust. 1 pzp oraz art. 109 ust. 1 pkt 5 - 10 pzp. Wykonawca może zostać wykluczony przez zamawiającego na każdym etapie postępowania o udzielenie

zamówienia. W SWZ przed pkt VI zawarto postanowienie o następującej treści: *„Uwaga! Liczba autokarów stanowi jedynie warunek do oceny ofert. Zamawiający w Opisie Przedmiotu Zamówienia szczegółowo opisał, że zapotrzebowanie na ilość autokarów może być większa”*.

Ponadto w Zał. Nr 1 do SWZ - Opisie Przedmiotu Zamówienia w pkt 13 zawarto tabelę wskazującą średnie możliwe zapotrzebowanie na pojazdy w danym okresie w trakcie jednego dnia wahające się od 0 do 5 pojazdów na dzień.

10 lutego 2023 r. zamawiający opublikował i przestał odwołującemu informację o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu jego oferty. W uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego zamawiający wskazał, że *„(...) Wykonawca w znacznym stopniu nie wykonał i nienależycie wykonywał zobowiązanie wynikające z zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego co doprowadziło do odszkodowania i wykonania zastępczego umowy”*. Jako uzasadnienie faktyczne zamawiający wskazał, że *„Wykonawca realizował umowę na usługi transportowe na autokary do 21 osób na potrzeby jednostek organizacyjnych UW-M w Olsztynie. W trakcie trwania umowy Wykonawca wielokrotnie odmawiał wykonywania usługi transportu dla pracowników UW-M, narażając tym Zamawiającego na niemożliwość prowadzenia zajęć ze studentami i dodatkowe koszty zlecenia wspomnianych usług podmiotowi trzeciemu. Wykonawcy zostały również wielokrotnie naliczone kary umowne za niewykonywanie zamówienia mająca charakter odszkodowawczy. W wyniku odmowy wykonywania umowy Zamawiający wielokrotnie zmuszony był do korzystania z usług transportowych innych Wykonawców by móc realizować zajęcia ze studentami, prowadzenia badań naukowych i realizacji spotkań badawczych. Odmowa wykonywania usług transportowych powodowała konieczność ponownego umawiania spotkań z jednostki by dani studenci mogli przyjechać na zajęcia dydaktyczne, konieczność przekładania zajęć i szukania nowych terminów zajęć, spotkań badawczych i naukowych. Na potwierdzenie powyższych naruszeń w załączeniu przekazujemy zawiadomienia o naliczeniu kar umownych, korespondencję z Wykonawcą DELUX(...), w której Wykonawca odmawia wykonania realizacji umowy, skargi pracowników UWM na Wykonawcę DELUX oraz informacje o zleceniu usług transportowych innym Wykonawcom”*.

II. Zarzuty

Odwołujący wskazał, że jego oferta w świetle ustalonych przez zamawiającego w postępowaniu kryteriów oceny ofert (cena 100%) jest ofertą najkorzystniejszą (259.200,00 zł). Czynność odrzucenia oferty jako oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania opiera się na błędnym założeniu, że w ustalonym w sprawie stanie faktycznym możliwe było zastosowanie dyspozycji przepisu art. 109 ust. 1 pkt 7 pzp. Dla zaistnienia podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, o której mowa w art. 109

ust. 1 pkt 7 ustawy pzp niezbędne jest ziszczenie się kumulatywnie wszystkich przesłanek wskazanych w tym przepisie, tj.:

- 1) musi mieć miejsce niewykonanie, nienależyte wykonanie lub długotrwałe nienależyte wykonywanie istotnego zobowiązania wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego (lub umowy koncesji),
- 2) powyższe musi nastąpić z przyczyn leżących po stronie wykonawcy,
- 3) uchybienie wykonawcy musi doprowadzić do określonego skutku: wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Z uzasadnienia czynności zamawiającego odwołujący nie jest w stanie dowiedzieć się, dlaczego zdaniem zamawiającego opisana tam sytuacja została przez zamawiającego zakwalifikowana jako wypełniająca dyspozycję przepisu art. 109 ust. pkt 7 pzp. Podobnie w uzasadnieniu zamawiający powołał się na „*dodatkowe koszty zlecenia wspomnianych usług podmiotowi trzeciemu*” oraz załączył wnioski o udzielenie zamówienia publicznego, jednak odwołujący nie ma żadnej wiedzy by takie zlecenia ostatecznie miały miejsce i kwestionuje to twierdzenie zamawiającego.

Odwołujący konsekwentnie podtrzymuje stanowisko prezentowane zamawiającemu jeszcze w trakcie realizacji umowy nr 50/2022/TP/DZP z 21 lutego 2022 r., o zbliżonym zakresie z niniejszym postępowaniem. Mianowicie wszelkie przypadki niezasadnie interpretowane przez zamawiającego jako odmowa wykonania przewozu były to przypadki gdy zamawiający żądał od odwołującego świadczenia w sposób przekraczający zobowiązanie jakie odwołujący przyjął na siebie poprzez złożenie oferty w postępowaniu 21/2022/TP/DZP na „*Sukcesywne świadczenie usług transportowych na autokary do 21 osób na potrzeby jednostek organizacyjnych Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie*” i podpisanie umowy nr 50/2022/TP/DZP z 21 lutego 2022 r. Postawione przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu ograniczały się do dysponowania dwoma autokarami i wszelkie zlecenia pochodzące od zamawiającego na przewozy w zakresie jaki był możliwy do zrealizowania w tym samym czasie przy użyciu dwóch pojazdów były realizowane zgodnie z umową. Nigdy nie doszło ze strony odwołującego do odmowy wykonania transportu. Nigdy też nie doszło do niewykonania lub nienależytego wykonania istotnego zobowiązania odwołującego z umowy nr 50/2022/TP/DZP z przyczyn leżących po stronie odwołującego. Odwołujący kwestionuje też, by niezasadnie naliczane przez zamawiającego kary umowne miały charakter odszkodowawczy. Podkreślić bowiem należy, że nie każda kara umowna automatycznie będzie mieścić się w katalogu sankcji wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, lecz jedynie kara mająca charakter odszkodowawczy. Określane w umowach kary mogą bowiem pełnić różne funkcje, w zależności od sposobu ukształtowania postanowień umownych, nie tylko funkcję kompensacyjną. Odstąpienie od

umowy czy naliczenie kar umownych są jednymi z elementów konstrukcji przepisu art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp i to elementami wtórnymi oraz wynikowymi, Najistotniejsze i konieczne do wykazania przez zamawiającego jest niewykonanie lub nienależyte wykonanie w znacznym stopniu lub zakresie umowy albo jej długotrwałe nienależyte wykonywanie 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 (wyrok KIO z dnia 23 lipca 2021 r., KIO 1482/21).

Zamawiający formułując uzasadnienie w cytowany sposób, naruszył przepis art. 253 ust. 1 pkt 2 pzp w zw. z art. 16 pkt 2 pzp. Z uzasadnienia odwołujący nie dowiedział się jakie zachowania odwołującego zostały uznane przez zamawiającego za niewykonanie w znacznym stopniu zobowiązania, a jakie zachowania miałyby stanowić nienależyte wykonanie zobowiązania. Sam zamawiający formułując powyższe zarzuty nie ocenia ich jako niewykonania i nienależytego wykonania istotnego zobowiązania, referując tylko do zobowiązania, co nie jest wystarczające do zastosowania dyspozycji przepisu art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W przypadku wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie przepisów art. 109 ust. 1 pkt 5 lub pkt 7 ustawy Pzp, zamawiający obowiązany jest do przedstawienia wyczerpującego uzasadnienia ww. czynności i tym samym umożliwienia wykonawcy podjęcia obrony w postępowaniu odwoławczym (wyrok KIO z dnia 8 czerwca 2021 r., KIO 1067/21).

Jedynie z ostrożności odwołujący zarzuca zamawiającemu niezastosowanie w sprawie dyspozycji przepisu art. 109 ust. 3 ustawy Pzp, a tym samym nie odstąpienie od wykluczenia odwołującego. Sankcja w postaci wykluczenia z postępowań, w których wprowadzona zostanie fakultatywna przesłanka wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, jawi się bowiem jako oczywiście nieproporcjonalna do skali zarzucanych odwołującemu nieprawidłowości. Odwołujący bowiem miał pełne prawo, w świetle postanowień dokumentacji przetargowej z postępowania nr 21/2022/TP/DZP zakładać, że jego zobowiązanie nie będzie wykraczać poza przewozy możliwe do zrealizowania przy wykorzystaniu wymaganych przez zamawiającego dwóch pojazdów. Swoje zobowiązanie w zakresie przewozów możliwych do zrealizowania przy wykorzystaniu dwóch pojazdów odwołujący wykonał w sposób należyty, bez zastrzeżeń ze strony zamawiającego.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 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. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

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

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne.

Izba w całości podziela stanowisko prezentowane przez odwołującego, dodatkowo wskazując, co następuje.

Dla ustalenia prawidłowego stanu faktycznego sprawy, koniecznym jest odniesienie się do dokumentacji postępowania dotyczącej poprzedniego zamówienia, w wyniku którego została zawarta umowa nr 50/2022/TP/DZP z 21 lutego 2022 roku (dowody złożone przez odwołującego, tj. ww. umowa oraz SWZ).

Jak wynika z ww. dokumentacji postępowania zamawiający, poza opisaniem warunku udziału w postępowaniu dotyczącym zdolności technicznych i zawodowych (obowiązek wykazania się minimum dwoma pojazdami o określonych parametrach) nie określił w sposób jednoznacznie precyzyjny zakresu świadczenia, jakiego będzie wymagał od wykonawcy. Zamawiający nie określił zatem maksymalnego wykorzystania pojazdów (autokarów) wykonawcy, które mogą być wykorzystane do świadczenia usługi jednego dnia. Zasadnym zatem było przyjęcie przez wykonawcę, iż zgodnie z opisanym przez zamawiającego warunkiem, przyjmując za wiążącą zasadę proporcjonalności wyrażoną przepisem art. 16 pkt 3 ustawy Pzp, usługę transportową w danym dniu należało wykonywać maksymalnie dwoma pojazdami (autokarami) – odpowiednio do wielkości opisanej przez zamawiającego. Okoliczność, iż odwołujący w poszczególnych dniach (niektórych) świadczył usługę nawet pięcioma autokarami (dowód: zestawienie własne odwołującego) pozostaje irrelevantna z punktu widzenia możliwości wykonawcy, gdyż zasadą był obowiązek świadczenia usługi maksymalnie dwoma autokarami. Fakt, iż odwołujący świadczył usługę w konkretnych dniach większą liczbą pojazdów świadczy jedynie o dobrej woli współpracy wykonawcy z zamawiającym.

Skoro zatem zamawiający w dokumentacji postępowania nr 21/2022/TP/DZP nie opisał warunków realizacji umowy przez określenie i opisanie zakresu świadczenia jakie będzie wymagane od wykonawcy, konsekwentnie postanowienia takie nie znalazły się również w umowie zawartej z odwołującym, nie było możliwe nakładanie przez zamawiającego na wykonawcę zobowiązania przekraczającego zakres czynności wynikających z zawartej umowy (choć zdaniem Izby, w umowie nie ma żadnego maksymalnego wymaganego zakresu).

Krajowa Izba Odwoławcza zwraca również uwagę na niekonsekwencje zamawiającego związane z realizacją rzeczowej umowy. W § 5 ust. 2 umowy strony zgodnie ustaliły osoby, które będą skierowane do realizowania postanowień zawartej umowy. Skoro tak, to po stronie zamawiającego spoczywał obowiązek zagwarantowania takiej organizacji pracy, która wykluczyłaby dowolne i swobodne kontaktowanie się poszczególnych pracowników uczelni z wykonawcą. Zaistniała sytuacja spowodowała bowiem chaos komunikacyjny z negatywnymi konsekwencjami dla wykonawcy. Trzeba bowiem stwierdzić, że odwołujący prawidłowo odmawiał zrealizowania zleceń ponad dwa na jeden dzień (jeżeli miał wolne moce to realizował takie zlecenia), gdyż obowiązek taki nie wynikał z umowy. Ze strony zamawiającego, odpowiednia logistyka dotycząca realizacji umowy powinna doprowadzić do takiego skoordynowania działań, które z jednej strony umożliwiały realizację założonych działań dydaktycznych i naukowych, a z drugiej strony pozwoliłaby na taką organizację pracy po stronie wykonawcy, aby mógł zrealizować wszystkie zlecenia zgodnie z umową. Nie dziwi bowiem sytuacja, w której poszczególne osoby ze strony zamawiającego bezpośrednio zlecają wyjazdy u wykonawcy, a ten w przypadku zagwarantowania minimum umownego odmawia wykonywania kolejnych zleceń. To po stronie zamawiającego spoczywał obowiązek takiej organizacji pracy, która będzie na równi traktowała strony umowy, dając pewność prawidłowej realizacji zamówienia.

Wynikiem błędnego działania zamawiającego, była czynność odrzucenia oferty odwołującego przez uznanie, że wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania.

Izba wskazuje, że na tle zobowiązań kontraktowych mogą pojawić się spory co do interpretacji zapisów umownych czy dokumentacji stanowiącej podstawę realizacji umowy. Strony mogą dokonywać odmiennej oceny zaistniałych okoliczności faktycznych czy prawnych. Z kolei wykluczenie może mieć miejsce wyłącznie w przypadku obiektywnego stwierdzenia, że wszystkie przesłanki wykluczenia miały miejsce. Mogłoby to mieć miejsce po dogłębnej analizie stanowisk obu stron sporu, analizie materiału dowodowego, ocenie mocy dowodowej poszczególnych dowodów, w tym dokumentów, jak i stanowisk stron (vide: wyrok z 21 marca 2018 roku, sygn. akt KIO 422/18 „*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. (...). 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”).

Odnosnie zarzutu dotyczącego naruszenia przepisu art. 253 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 16 pkt 2 pzp poprzez przedstawienie niewystarczającego uzasadnienia prawnego i faktycznego dokonanej czynności Izba wskazuje, że zarzut odwołującego jest zasadny. Zamawiający, poza ogólnymi twierdzeniami odnoszącymi się do niewłaściwej realizacji zamówienia, nie sprecyzował, które konkretnie zlecenia nie były wykonane przez wykonawcę, dlaczego nie zostały wykonane i w oparciu, o które konkretne postanowienia umowne zamawiający uznał nieprawidłową realizację zamówienia przez wykonawcę. Daleko idące konsekwencje prawne i faktyczne wpływające na status wykonawcy, winny znaleźć szczegółowe odzwierciedlenie w czynnościach zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: