

Sygn. akt: KIO 410/19

WYROK
z dnia 20 marca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Członkowie: Anna Chudzik

Danuta Dziubińska

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 marca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 marca 2019 r. przez wykonawcę **S. S., prowadzącą w Boguchwale działalność gospodarczą pod nazwą S. S., Matbud**

w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, Oddział w Rzeszowie**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w części I postępowania,**
2. **kosztami postępowania obciąża Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie Oddział w Rzeszowie i:**
 - 2.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę S. S., prowadzącą w Boguchwale działalność gospodarczą pod nazwą S. S., Matbud tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. **zasądza od Generalnej Dyрекcji Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie Oddział w Rzeszowie na rzecz wykonawcy S. S., prowadzącej w Boguchwale działalność gospodarczą pod nazwą S. S., Matbud kwotę 23.600 zł 00 gr (słownie: dwudziestu trzech tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 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 **Rzeszowie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „remont sieci drogowej na terenie administrowanym przez Oddział Rzeszów GDDKiA.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 18 sierpnia 2018 r., nr 2018/S 158-361080.

5 marca 2019 r. zamawiający przesłał wykonawcy S. S., prowadzącej w Boguchwale działalność gospodarczą pod nazwą S. S., Matbud, zwanej dalej „odwołującym”, zawiadomienie o wykluczeniu jej z udziału w części I postępowania.

Wobec czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu w zakresie części I zamówienia odwołujący wniósł 8 marca 2019 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp przez błędne zastosowanie i uznanie, że istnieją przesłanki ku wykluczeniu odwołującego w sytuacji, kiedy zamawiający w uzasadnieniu informacji z dnia 5 marca 2019 r. nie wykazał zajścia którejkolwiek z przesłanek, o których mowa w naruszonym przepisie, co implikuje, że wykluczenie odwołującego odbyło się z naruszeniem przepisów prawa i bezpodstawnie.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu,
- 2) dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że nie zgadza się z czynnością wykluczenia go z udziału w części I zamówienia. Argumentował, że wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp jest dopuszczalne jedynie w przypadku kumulatywnego spełnienia wszystkich przesłanek określonych w tym przepisie, a przesłanki te nie mogą być rozumiane dowolnie. Wykluczając wykonawcę zamawiający nie może 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. 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.

Odwołujący wskazał, że zamawiający, wykluczając wykonawcę na podstawie przepisu, który zastosował wobec odwołującego, miał obowiązek wykazania każdej z przesłanek, o których mowa w przepisie. Uzasadnienie powinno więc zawierać co najmniej informacje o:

- fakcie rozwiązania wcześniejszej umowy zawartej z wykonawcą;
- fakcie, że do rozwiązania umowy (zasądzenia odszkodowania) doszło z powodu niewykonania lub niewłaściwego wykonania umowy przez wykonawcę;
- konkretnych uchybieniach, jakich miał się dopuścić wykonawca;
- konkretnych okolicznościach, które przesądzałyby o tym, że niewykonane świadczenie miało charakter istotny bądź uporczywy.

Odwołujący argumentował, że aby mogło dojść do skutecznego zastosowania przywołanego przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, konieczne jest łączne wystąpienie każdej z powyższych okoliczności i szczegółowe opisanie ich przez zamawiającego w uzasadnieniu informacji. Powołując się na orzecznictwo Izby podniósł, że brak wykazania chociażby jednej z przesłanek uregulowanych przez ustawodawcę w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp wyłącza możliwość wykluczenia wykonawcy na tej podstawie. Sam fakt rozwiązania umowy (rozwiązanie umowy obejmuje wypowiedzenie lub odstąpienie, na podstawie postanowień umownych lub z przyczyn ustawowych) należy uznać za niewystarczający. Przy badaniu ww. przestanki wykluczenia należy rozważyć czy odstąpienie od umowy było spowodowane przyczynami leżącymi wyłącznie po stronie wykonawcy, czy też nie oraz czy niewykonanie lub nienależyte wykonanie było istotne.

Odwołujący wskazywał, że zamawiający powinni dochowywać szczególnej staranności przy sporządzaniu uzasadnienia wykluczenia wykonawcy na tej podstawie. Uzasadnienie wykluczenia wykonawcy, w oderwaniu od przesłanek wynikających z umowy będącej podstawą tej czynności jest niewystarczające. Samo wypowiedzenie umowy jest jednym z elementów konstrukcji tego przepisu i to elementem wtórnym oraz wynikowym. Najistotniejsze i konieczne do wykazania przez zamawiającego jest niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w cywilistycznym rozumieniu tych pojęć oraz jednoczesne wykazanie, że odnosi się ono do istotnej części umowy i że odpowiedzialność za taki stan rzeczy ponosi wykonawca.

Odwołujący podniósł, że już z powyższego wynika, że postępowanie zamawiającego w tej sprawie było nieprawidłowe, niemniej, z ostrożności procesowej, odwołujący wskazał, że brak było podstaw do wykluczenia go z udziału w postępowaniu.

Odwołujący podniósł, że sytuacja, na którą prawdopodobnie powołuje się zamawiający (gdyż nie jest to nigdzie wyartykułowane), dotyczy umowy zawartej między odwołującym a kieleckim (a nie rzeszowskim - jak to ma miejsce w przedmiotowej sprawie) oddziałem Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad. Odwołujący wskazał, że odstąpił od łączącej go ze zleceniodawcą umowy w dniu 18 lipca 2018 r. Złożył swe pismo skierowane do GDDKiA Oddział w Kielcach z 18.07.2018 r. wraz z załącznikami.

Odwołujący argumentował, że art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp stanowi, że przepis można stosować w przypadku doprowadzenia do rozwiązania umowy. Zdaniem odwołującego nie jest to to samo, co odstąpienie od umowy. Zgodnie z utrwaloną i ugruntowaną linią orzecniczą, umowa może ulec rozwiązaniu, jeżeli została ona wykonana i upłynął termin jej obowiązywania (jeśli przedmiot umowy na to pozwala). Umowa może być również rozwiązana za porozumieniem stron, a także po upływie terminu wypowiedzenia. Z kolei, odstąpienie od umowy stanowi co do zasady jednostronne oświadczenie strony umowy, nie wymagające zgody drugiej strony. W odróżnieniu od wypowiedzenia, odstąpienie wywołuje skutki prawne również wstecz, to jest od daty zawarcia umowy. Co za tym idzie, w momencie skutecznego złożenia oświadczenia o odstąpieniu, umowa uznawana jest za niezawartą, a więc traktuje się ją tak, jakby nigdy nie istniała.

Odwołujący podkreślał, że zamawiający nie zbadał w ogóle formy, z jaką umowa pomiędzy stronami przestała obowiązywać - a ma to kolosalne znaczenie w kontekście możliwości zastosowania wskazanego powyżej przepisu. Wskazywał, że w polskim prawie obowiązuje zasada domniemania racjonalności ustawodawcy. Co za tym idzie, gdyby uznał on, że art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp powinien być stosowany również co do wykonawców, którzy odstąpili od umowy łączącej ich z zamawiającym, zostałyby to wyraźnie wskazane w przepisie. Wobec braku takiego sformułowania należy uznać, że nie ma podstaw do wykluczania wykonawców, którzy odstąpili od umowy.

Odwołujący argumentował, że badając okoliczności odstąpienia od umowy, należy mieć na względzie fakt, że wykonawca nie był w stanie zrealizować umowy m. in. z powodu przesunięcia realizacji inwestycji przez zamawiającego z powodu:

- nieuregulowanego stanu prawnego nieruchomości, na których miały być prowadzone prace budowlane;
- rozbieżności w mapach zasadniczych;
- utrudnieniach na etapie podziału działek w związku ze wstrzymaniem podziału działek przez gminę Radoszyce;

- wydania decyzji przez Nadleśnictwo Radoszyce o możliwości wycinki prawie 2 lata po podpisaniu umowy.

Zdaniem odwołującego powyższe okoliczności stanowiły jedynie najpoważniejsze przeszkody w terminowej realizacji inwestycji, o których Dyrekcja Oddziału była wielokrotnie informowana. Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy, wskazywał, że oprócz tego, że umowa nie została rozwiązana, a odstąpiono od niej, to jej niewykonanie nie nastąpiło w wyniku niewykonania jej w części istotnej z winy wykonawcy. Tym samym, również i z tego powodu fakt zastosowania art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp był niewłaściwy.

Odwołujący podniósł ponadto, że w dniu 30 stycznia 2019 r. u zamawiającego doszło do podpisania umowy z odwołującym na zamówienie publiczne pod nazwą „zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla zadania pn. rozbudowa drogi krajowej nr 9 na odcinku Rudna Mała w km 188+450-189+300". W powyższym postępowaniu ogłoszenie o przetargu pojawiło się w dniu 27 listopada 2018 r., a więc już po ogłoszeniu przetargu w przedmiotowej sprawie. Wszelkie oświadczenia, jakie zostały tam złożone, pokrywają się z tymi złożonymi w przedmiotowej sprawie. Nie stanęło to na przeszkodzie zamawiającemu, aby wybrać ofertę odwołującego jako najkorzystniejszą. Niezrozumiała jest więc niekonsekwencja zamawiającego w tym przypadku - nic nie stało na przeszkodzie, aby i w tym postępowaniu dopuścić ofertę odwołującego do oceny.

Odwołujący argumentował ponadto, że opisał środki, poczynione celem wykazania rzetelności („samooczyszczenie"). Wedle oświadczenia odwołującego, przy przygotowaniu oferty zastosowano środki bezpieczeństwa uwzględniające dynamiczne zmiany cen na rynku budowlanym, w tym materiałów budowlanych, kosztów pracowniczych oraz podwykonawczych. Odwołujący wskazał, że jako przedsiębiorca działający na rynku robót budowlanych, jest świadomy inflacji cen oraz stawek na rynku. Dodatkowo, doświadczenie związane z zamówieniem „Poprawa bezpieczeństwa ruchu drogowego w województwie świętokrzyskim na DK 42 w m. Ruda Maleniecka w ramach PBDK - Programu Likwidacji Miejsc Niebezpiecznych", w tym w szczególności fakt drastycznego wzrostu cen materiałów budowlanych, jakie miały być zastosowane przy wykonywaniu wskazanego zadania, bez wątplenia wpłynęło na wycenę oferty. Wywiódł, że żaden racjonalny przedsiębiorca nie powtórzy błędu, który spowodował u niego szkodę, a za taką należy traktować brak zarobku pomimo wygranego przetargu.

Odwołujący podkreślał, że nie złożył jedynie oświadczenia o procedurze „samooczyszczenia", ale wskazał też, jakie dokładnie kroki poczynił, aby powtórnie nie być zmuszonym do odstąpienia od zawartej umowy, bądź jej rozwiązania. Przedstawił dowody na to, że podjęte środki są wystarczające do wykazania rzetelności odwołującego - przepis art. 24 ust. 8 ustawy Pzp nie precyzuje przecież, o jakie dowody chodzi, a zatem, należy stwierdzić (na etapie oceny ofert), czy oferowana kwota jest porównywalna z pozostałymi i

na tej podstawie ocenić, czy odwołujący zachował odpowiednie środki ostrożnościowe i wycenił swoje prace w sposób, który pozwoli na zrealizowanie inwestycji. Racjonalnym jest bowiem założenie, że jeżeli oferta złożona przez odwołującego jest porównywalna do innych, to zostały uwzględnione czynniki inflacyjne przy wycenie materiałów budowlanych i prac.

Odwołujący podkreślał również, że zamówienie, z którego zamawiający prawdopodobnie wyciąga negatywne dla odwołującego (bo nigdzie nie jest o tym wprost napisane) realizowane było na rzecz kieleckiego oddziału Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, zaś w przedmiotowym postępowaniu zamawiającym jest GDDKiA oddział w Rzeszowie. Tym samym, zdaniem odwołującego, nie ma tożsamości co do zamawiającego, a zatem wykonawca został wykluczony bezpodstawnie.

Konkludując odwołujący wskazał, że działanie zamawiającego nie odpowiada prawu. W uzasadnieniu Informacji o wykluczeniu, powinna być wykazana dokładnie każda z przesłanek, na podstawie których wykonawca miałby zostać wykluczony. Z informacji nie można nawet dowiedzieć się, jaka umowa nie została zrealizowana, a co za tym idzie, jest ono sporządzone wadliwie i w kontekście aktualnego i ugruntowanego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, odwołujący nie powinien zostać wykluczony z udziału w przetargu.

Według odwołującego zamawiający błędnie interpretuje przesłankę „rozwiązania umowy”. To odwołujący odstąpił od wykonania umowy z uwagi na niemożność realizacji zadania z przyczyn obiektywnych i od niego niezależnych. Brak jest tożsamości pomiędzy pojęciem „odstąpienia od umowy” a „rozwiązania umowy” - podstawowe różnice pomiędzy oboma terminami i instytucjami prawa zostały omówione powyżej. Tym samym, nie wystąpiła również kolejna z przesłanek wykluczenia wykonawcy na zasadzie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący oświadczył, że nie płacił odszkodowania w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego z tytułu odstąpienia od umowy, a więc również i ta przesłanka nie występuje w tej sprawie. Odwołujący oświadczył, że niewykonanie bądź nienależyte wykonanie umowy przez odwołującego zostało spowodowane czynnikami obiektywnymi, w tym nieprawidłowo sporządzoną dokumentacją przez zamawiającego, brakiem dostępu do konkretnych terenów, brakiem wymaganych decyzji. Tym samym, od umowy odstąpiono nie z winy odwołującego.

Odwołujący oświadczył, że zamawiającym w postępowaniu, które zakończyło się odstąpieniem od umowy, była Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad oddział Kielce, zaś w przedmiotowej sprawie zamawiającym jest Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad oddział Rzeszów. Nie występuje więc zbieżność zamawiających, co również wyklucza zastosowanie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp do wykonawcy w przedmiotowej sprawie.

Odwołujący wskazał ponadto, że udowodnił przygotowanie do wykonania robót i dokonał w sposób prawidłowy procedury „samooczyszczenia”. Kwestia ta znalazłaby potwierdzenie na etapie oceny ofert przy porównaniu z cenami innych wykonawców.

W końcowej części odwołania odwołujący na marginesie wskazał, że zamawiający, w punkcie 22.5.1. SIWZ, wprowadza wykonawców w błąd co do terminów wnoszenia odwołań w przedmiotowym postępowaniu. Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jasno wskazuje, że w przypadku, kiedy w SIWZ znajdują się postanowienia sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, zastosowanie mają przepisy ustawy. Tym samym, ewentualne zastosowanie się przez odwołującego do pouczeń z SIWZ skutkowałoby negatywnymi dla niej konsekwencjami prawnymi. Zamawiający wskazał, że odwołanie można wnieść w terminie 10 lub 15 dni - w zależności od trybu postępowania i sposobu poinformowania o fakcie, który może być zaskarżony, co stoi w sprzeczności z przepisami Prawa zamówień publicznych.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi, jak również w trakcie rozprawy, przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), ofertę złożoną przez odwołującego, zawiadomienie o wykluczeniu odwołującego z udziału w części 1 zamówienia z 5 marca 2019 r., odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie z załącznikami, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący został wykluczony z udziału w części I zamówienia, zaś jego oferta może być w tej części wybrana jako najkorzystniejsza. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia go z udziału w części I zamówienia. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów

ustawy Pzp wykluczył odwołującego z udziału w części I zamówienia skutkowałoby koniecznością nakazania zamawiającemu unieważnienia takiej czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej, w części I zamówienia. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest remont sieci drogowej na terenie administrowanym przez Oddział Rzeszów GDDKiA. W tomie I, w rozdziale I w pkt 5.1. SIWZ zamawiający wskazał, że przedmiot zamówienia jest podzielony na 3 części, przy czym część 1 dotyczyła remontu drogi krajowej nr 77 w miejscowości Raclawice od km 58+892 do km 60+300.

W tomie I, rozdziale I (IDW), w pkt 8.2.3. SIWZ zamawiający wskazał, że *Zamawiający wykluczy 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 ustawy Pzp, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.*

W tomie I, rozdziale I, w pkt 8.4. SIWZ zamawiający wskazał, że *Wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16-20 lub na podstawie okoliczności wymienionych w pkt 8.2 IDW, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu Wykonawcy.*

W tomie I, rozdziale I, pkt 8.5. SIWZ zamawiający wskazał, że *Wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli Zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu Wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie pkt 8.4.*

Ustalono ponadto, że zamawiający w tomie I, rozdziale I pkt 9.1. SIWZ wskazał, że *wykonawca zobowiązany jest złożyć aktualne na dzień składania ofert oświadczenie stanowiące wstępne potwierdzenie, że Wykonawca: a) nie podlega wykluczeniu (...).*

W tomie I, rozdziale I, w pkt 9.2. SIWZ wskazano, że *oświadczenie, o którym mowa w pkt 9.1. IDW (w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia sporządzonego zgodnie ze wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji Europejskiej wydanym na podstawie art. 59 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE, zwanego dalej „jednolitym dokumentem” lub „JEDZ”), Wykonawca zobowiązany*

jest przesłać zamawiającemu w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

W dalszej kolejności ustalono, że do upływu terminu składania ofert swą ofertę w części I złożył odwołujący.

Ustalono także, że odwołujący w określonym terminie przesłał zamawiającemu m.in. oświadczenie w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ). W części III JEDZ (podstawy wykluczenia), w pkt C w wierszu 3 wykonawca ten na pytanie „*czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?*” zaznaczył odpowiedź „TAK”. Na pytanie „*Proszę je opisać*” odwołujący oświadczył: „*Rozwiązanie umowy przed czasem z GDDKiA Kielce z powodów dynamicznego wzrostu cen materiałów i usług co spowodowało brak rentowności kontraktu.*”. Na pytanie „*Czy przedsięwzięto środki w celu wykazania Państwa rzetelności (samooczyszczenie)?*” odwołujący zaznaczył odpowiedź „TAK”. Na pytanie „*Proszę je opisać*” odwołujący oświadczył: „*W procedurze przygotowywania wyceny ofert zastosowano środki bezpieczeństwa uwzględniające (ponad inflacyjne) zmiany cen na rynku budowlanym w tym m.in.: materiałów budowlanych, kosztów pracowniczych oraz podwykonawczych*”.

Ustalono również, że 5 marca 2019 r. zamawiający przesłał odwołującemu zawiadomienie o wykluczeniu go z udziału w części I zamówienia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu faktycznym czynności wykluczenia zamawiający wskazał, że *Wykonawca wraz z ofertą złożył Oświadczenie wymagane postanowieniami pkt 9.1. Instrukcji dla Wykonawców, zwanej dalej IDW, w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, zwanego dalej JEDZ.*

W Części III: Podstawy wykluczenia, w sekcji C: Podstawy związane z niewypłacalnością konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi JEDZ Wykonawca wskazał, iż znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową, z powodu rozwiązania umowy przed czasem z GDDKiA Kielce. Jako środki, które przedsięwzięto w celu wykazania rzetelności Wykonawca wskazał jedynie: „W procedurze przygotowywania. wyceny ofert zastosowano środki bezpieczeństwa uwzględniające

dynamiczne (ponad inflacyjne) zmiany cen na rynku budowlanym w tym m. in. materiałów budowlanych, kosztów pracowniczych oraz podwykonawczych”.

Zgodnie z wyrokiem KIO 2106/17 z dnia 23.10.2017 r. kluczowe dla uznania przez Zamawiającego, że samooczyszczenie, przewidziane w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, zostało przeprowadzone skutecznie jest wykazanie tego faktu, a więc jednoznaczne udowodnienie przez Wykonawcę. To na Wykonawcy spoczywa ciężar dowodu w tym zakresie i to w jego interesie jest wyczerpujące i jasne przedstawienie argumentów, pozwalających Zamawiającemu na uznanie go za podmiot rzetelny i godny zaufania.

Wykonawca złożył oświadczenie, że podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust.5 pkt 4) ustawy Pzp.

Środki, które Wykonawca wskazał jako przedsięwzięte w celu wykazania rzetelności są jedynie deklaracją nieopartą żadnymi konkretnymi dowodami. Wykonawca nie dołączył żadnych dokumentów mających potwierdzać fakt wdrożenia procedury samooczyszczenia, nie wskazał jakie środki bezpieczeństwa zastosowano w procedurze przygotowywania wyceny ofert.

To w interesie Wykonawcy jest wykazanie Zamawiającemu, że jest podmiotem na tyle wiarygodnym, by wynikający z art. 24 ust. 7 pkt 3) ustawy PZP nakaz wykluczania go z postępowań o udzielenie zamówień publicznych przez kolejne 3 lata od dnia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia był sankcją nieznajdującą zastosowania.

Przedstawione przez Wykonawcę środki podjęte w ramach procedury samooczyszczenia są niewystarczające, a Zamawiający nie miał obowiązku wzywania Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w zakresie niepodlegania wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4) ustawy Pzp. W związku w powyższym, zgodnie z łączną interpretacją art. 24 ust. 5 pkt 4) i art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, oferta Wykonawcy podlega wykluczeniu. Jednocześnie Informujemy, iż zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp ofertę Wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

Przepis art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, że *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.*

Art. 24 ust. 8 ustawy Pzp stanowi, że *Wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16-20 lub ust. 5, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy.*

Stosownie do art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, *zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni (...)*
- podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Zgodnie z art. 92 ust. 1a ustawy Pzp, *w przypadkach, o których mowa w art. 24 ust. 8, informacja, o której mowa w ust. 1 pkt 2, zawiera wyjaśnienie powodów, dla których dowody przedstawione przez wykonawcę, zamawiający uznał za niewystarczające.*

Izba stwierdziła, że czynność zamawiającego, polegająca na wykluczeniu odwołującego z udziału w części I postępowania, została podjęta z naruszeniem art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp.

Zgodnie z przywołanym wcześniej art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający informując wykonawcę o wykluczeniu z udziału w postępowaniu ma obowiązek podać uzasadnienie faktyczne i prawne tej czynności. Ponieważ zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu odwołującego z udziału w części I postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, powinien zawrzeć w uzasadnieniu faktycznym swej czynności odniesienie się do wszystkich przesłanek wynikających z tego przepisu, które powinny być spełnione łącznie. Uzasadnienie to powinno przedstawiać fakty, jakie zdaniem zamawiającego przemawiają za wypełnieniem dyspozycji wszystkich przesłanek tego przepisu. Zamawiający w analizowanej sprawie powinien zatem odnieść się w swym uzasadnieniu faktycznym do następujących okoliczności:

- a) wykonawca zawarł wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę w sprawie koncesji,
- b) umowa ta została zawarta z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4 ustawy Pzp,
- c) umowa ta została niewykonana lub wykonana nienależycie w stopniu istotnym,

- d) niewykonanie lub nienależyte wykonanie ww. umowy w stopniu istotnym nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy,
- e) niewykonanie lub nienależyte wykonanie ww. umowy w stopniu istotnym doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania,
- f) nie upłynęły 3 lata od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Dodatkowo, z mocy art. 92 ust. 1a ustawy Pzp, zamawiający powinien wyjaśnić powody, dla których uznał za niewystarczające dowody przedstawione przez wykonawcę w ramach tzw. „procedury samooczyszczenia”.

Na doniosłość instytucji uzasadnienia czynności odrzucenia oferty i wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia zwrócił uwagę Trybunał Sprawiedliwości UE w wyroku z 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-406/08 Uniplex (UK) Ltd przeciwko NHS Business Services Authority. W orzeczeniu tym wskazano, że *fakt, że kandydat lub oferent dowiaduje się, że jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone, nie pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania. Takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić kandydatowi lub oferentowi wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania. Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do wystąpienia ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania.*

Izba podzieliła w całości swe dotychczasowe orzecznictwo co do konieczności szczegółowego i wyczerpującego uzasadnienia przez zamawiającego każdej z przesłanek wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, trafnie przywołane przez odwołującego w odwołaniu (por. m.in. wyroki KIO wydane w sprawach o sygn. akt KIO 70/18 i KIO 434/18).

Odnosząc przedstawione powyżej rozważania do uzasadnienia czynności wykluczenia odwołującego z 5 marca 2019 r. Izba stwierdziła, że zamawiający nie sprostął ww. wymaganiom. Podkreślenia wymagało, że w uzasadnieniu faktycznym czynności wykluczenia zamawiający skupił się jedynie na ocenie skuteczności procedury samooczyszczenia (art. 92 ust. 1a ustawy Pzp). Natomiast w odniesieniu do kwestii podlegania wykluczeniu (art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp), zamawiający ograniczył się wyłącznie do stwierdzenia, że *„odwołujący miał złożyć w dokumencie JEDZ oświadczenie, że podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp”*.

Zdaniem Izby zamawiający nie może zwolnić się z obowiązku przedstawienia uzasadnienia faktycznego i prawnego swej czynności wykluczenia powołując się na fakt wypełnienia przez wykonawcę odpowiedniej części dokumentu JEDZ. Uszło uwadze zamawiającego, że wykonawca wypowiada się w dokumencie JEDZ jedynie o pewnych

faktach. Natomiast ustalenie czy, a jeżeli tak, to jakie fakty przemawiają za spełnieniem przesłanek wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp jest obowiązkiem zamawiającego, od którego nie może się zwolnić, w świetle art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i przywołanego orzecznictwa TS UE. Interpretacja tych faktów i towarzyszący jej wywód prawny musi znaleźć się w uzasadnieniu czynności wykluczenia, sporządzonym przez zamawiającego. Na marginesie należało wskazać, że oświadczenia złożone przez odwołującego w dokumencie JEDZ odnosiły się jedynie do niektórych przesłanek wykluczenia, a mianowicie wcześniejszego rozwiązania jakiejś bliżej niesprecyzowanej umowy zawartej z GDDKiA Oddział Kielce. Sam ten fakt nie wypełnia jeszcze dyspozycji wszystkich przesłanek wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający nie może zatem utrzymywać, że „*odwołujący miał złożyć w dokumencie JEDZ oświadczenie, że podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp*”.

Izba stwierdziła, że czynność wykluczenia odwołującego z 5 marca 2019 r., nie odnosiła się do żadnej z przesłanek tego przepisu. Po pierwsze, należało przyznać rację odwołującemu, że zamawiający nie podał w uzasadnieniu, jaka konkretnie umowa miała zostać niewykonana lub niewykonana należycie. Zamawiający ograniczył się zaledwie do stwierdzenia, że chodzi o jakąś umowę z GDDKiA Oddział Kielce. Odwołujący trafnie również zarzucił, że zamawiający nie wskazał, czy ta bliżej niesprecyzowana umowa została niewykonana lub nienależycie wykonana z przyczyn leżących po stronie odwołującego. W konsekwencji, nie wiadomo zatem było, dlaczego zamawiający uważa, że odpowiedzialność za wcześniejsze rozwiązanie umowy ponosi wykonawca, a nie np. GDDKiA Oddział Kielce. Ma także rację odwołujący gdy twierdzi, że nie wiadomo dlaczego zamawiający uważa, że nienależyte wykonanie umowy miało charakter istotny. Wywodów na ten temat próżno było szukać w uzasadnieniu sporządzonym przez zamawiającego.

W dalszej kolejności dostrzeżenia wymagało, że zamawiający nie może rozszerzać uzasadnienia faktycznego swej czynności wykluczenia w trakcie postępowania odwoławczego. W tym kontekście Izba podzieliła w całej rozciągłości stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 r., sygn. akt sygn. akt XXIII Ga 416/11, który wskazał, iż z powodu związania odwołującego zarzutami odwołania (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp), sprzeczne z zasadą równouprawnienia stron byłoby dopuszczenie rozszerzania przez zamawiającego podstawy faktycznej czynności wykluczenia.

W tym kontekście na uwagę zasługiwał fakt, że zamawiający dopiero w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że pisząc o rozwiązaniu umowy miał na myśli umowę nr 12.41.RZ/50.2016 z 13 grudnia 2016 r. zawartą między GDDKiA Oddział Kielce a odwołującym. Dopiero w odpowiedzi na odwołanie zamawiający uargumentował, że ww. umowa została niewykonana należycie w stopniu znacznym, gdyż nie zrealizowano 80% jej zakresu. Także dopiero w odpowiedzi na odwołanie zamawiający wskazał, że uważa

odstąpienie od ww. umowy dokonane przez odwołującego za nieskuteczne i że przyczyny odstąpienia obciążają odwołującego. Jednakże, z powodów wskazanych wcześniej, powyższe działania zamawiającego musiały zostać uznane za spóźnione. Kierując się przedstawionymi rozważaniami Izba uznała za zbyteczne odnoszenie się do okoliczności towarzyszących realizacji umowy nr 12.41.RZ/50.2016. r. z 13 grudnia 2016 r. zawartej między GDDKiA Oddział Kielce a odwołującym. Okoliczności te pozostawały bowiem bez związku z uzasadnieniem faktycznym zaskarżonej czynności wykluczenia z dnia 5 marca 2019 r.

Reasumując Izba stwierdziła, że czynność wykluczenia odwołującego została niedostatecznie uzasadniona w piśmie z dnia 5 marca 2019 r. i musi zostać wyeliminowana z obrotu prawnego jako rażąco naruszająca przepis art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Zamawiający z naruszeniem art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp wykluczył odwołującego z udziału w części I zamówienia. Naruszenie to może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia w części I, gdyż oferta odwołującego może być wybrana jako najkorzystniejsza w tej części.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego.* W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w części I zamówienia.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI*. W analizowanej sprawie odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił w całości zamawiający, dlatego to tę stronę Izba obciążyła całością kosztów postępowania.

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w wysokości 20.000 zł oraz koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w maksymalnie dopuszczalnej wysokości 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy (łącznie 23.600 zł).

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 4 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Wobec powyższego, o kosztach postępowania orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....