

WYROK
z dnia 19 czerwca 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 czerwca 2015 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 czerwca 2015 roku przez wykonawcę: „S.” Sp. z o. o. z siedzibą w Szówsko, Szówsko, ul. Ks. Czartoryskich 29, 37-500 Jarosław,

w postępowaniu prowadzonym przez: Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Jarosław, Koniaczków 1L, 37-500 Jarosław,

przy udziale - wykonawcy: Zakład Drogowy T. P. Spółka Jawna z siedzibą w Rozbórze Długim, Rozbórz Długi 57A, 37-560 Pruchnik, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego w następstwie wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu oraz nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności w zakresie badania istnienia podstaw do wykluczenia wykonawców z udziału w postępowaniu oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego, i;
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2013 r., poz. 907, 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 Przemyślu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Jarosław [zwany dalej: „Zamawiającym”] prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na realizację zadania pn.: *Budowa odcinka drogi leśnej D1 w km 1+ 040 – 2 + 847 w Leśnictwie Kobylnica*, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 7 maja 2015 r. pod pozycją 65315.

W dniu 3 czerwca 2015 roku Zamawiający – za pośrednictwem poczty elektronicznej i faksem - przekazał wykonawcy: „S.” Sp. z o. o. z siedzibą w Szówsko zawiadomienie o wykluczeniu go z postępowania oraz o odrzuceniu jego oferty, jak również informację o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W dniu 8 czerwca 2015 roku wykonawca „S.” Sp. z o. o. z siedzibą w Szówsko [zwany dalej: „Odwołującym”] wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej – w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu - odwołanie od czynności Zamawiającego, polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co było podstawą do odrzucenia jego oferty. Ponadto, w dniu 9 czerwca 2015 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od Odwołującego wpłynęło pismo zatytułowane „odwołanie” o tożsamej treści, co odwołanie wniesione w dniu 8 czerwca 2015 roku.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

- 1) art 24 ust. 1 pkt 2a ustawy Pzp (Odwołujący omyłkowo podał: „*art 24 ust. 1 pkt 2a*” zamiast „*art. 24 ust. 2a*”) przez wykluczenie Odwołującego się, z uwagi na bliżej nie wskazane zdarzenie, które miało nastąpić w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, polegające na tym, iż wykonawca w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych. Odwołujący zarzucił jednocześnie, iż twierdzenia Zamawiającego o rzekomym nie naprawieniu szkody są nieprawdziwe, wskazując, iż odliczanie kar umownych

i potrącanie z wynagrodzenia lub z gwarancji jest równoznaczne z naprawieniem szkody;

- 2) art. 24 ust. 1 pkt 2a zd. 2 ustawy Pzp (Odwołujący omyłkowo podał: „art 24 ust 1 pkt 2a” zamiast „art. 24 ust. 2a”) przez wykluczenie Spółki S., podczas, gdy Zamawiający nie może wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, który udowodni, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinieniu i poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia;
- 3) art. 26 ust. 2 ustawy Pzp przez nie wystąpienie do Wykonawcy o złożenie wyjaśnień, na okoliczność, iż nie zachodzą podstawy wykluczenia z art 24 ust 1 pkt 2a ustawy lub wykazania dowodami okoliczności, o których mowa w art 24 ust 1 pkt 2a zd. 2 ustawy, co uniemożliwiło mu obronę swoich praw (uwaga co do wskazania: „24 ust. 1 pkt 2a”j.w.);
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wnosił o unieważnienie czynności Zamawiającego i o nałożenie na niego kary finansowej, jak również o zwrot kosztów postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący w pierwszej kolejności podnosił, iż zawiadomienie o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie zawiera wskazania konkretnych zdarzeń, na których Zamawiający opiera swoje rozstrzygnięcie. Stwierdził, że w piśmie tym zacytowano jedynie treść art. 24 ust. 2a ustawy Pzp oraz, że w takim stanie rzeczy nie może podjąć polemiki z faktami wskazanymi przez Zamawiającego, gdyż takie nie zostały wskazane. Odwołujący powołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 marca 2014 r., sygn. akt: KIO 340/14 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 r., sygn. akt: XXIII Ga 416/11, z których, zdaniem Odwołującego, wynika, że Zamawiający zobowiązany jest wyczerpująco przedstawić uzasadnienie faktyczne oraz prawne stanowiące podstawę wykluczenia wykonawcy. Podniósł też, że, jeżeli Zamawiający nie uzasadni należycie podstawy wykluczenia, to w przypadku złożenia przez wykonawcę odwołania od takiej czynności, Zamawiający nie będzie mógł uzupełnić podstawy tego wykluczenia, przedstawiając nowe dowody lub nową argumentację nieznaną wykonawcy w momencie sporządzania odwołania. Zauważył, że odwołanie jest sporządzane w oparciu o taki stan faktyczny oraz prawny, jaki jest wskazany w zawiadomieniu o wykluczeniu, zaś zarzuty, które podnoszone są w odwołaniu są wiążące dla organu rozpoznającego odwołanie.

Według Odwołującego, w przypadku przyjęcia możliwości uzupełnienia lub zmiany podstaw wykluczenia, wykonawca zostałby postawiony w znacznie gorszej pozycji niż Zamawiający, albowiem nie mógłby sporządzić nowych zarzutów, które odnosiłyby się do zmienionych lub uzupełnionych podstaw stanowiących podstawę wykluczenia.

Następnie, Odwołujący odnosząc się do rozstrzygnięcia o wykluczeniu go z postępowania, wskazywał na brak przesłanek do dokonania takiej czynności przez Zamawiającego. Odwołujący powołał się na wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 13 grudnia 2012 r. wydany w sprawie C-465/11 Forposta S.A. i ABC Direct Contact Sp. z o. o. v. Poczta Polska S.A., w którym Trybunał orzekł o niezgodności przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp (przepis obecnie już uchylony) z art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d dyrektywy 2004/18/WE, jako, że przepis ten zakładał automatyzm wykluczenia wykonawcy z postępowania. W konsekwencji przedmiotowego wyroku uchylono przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp oraz nowelizacją z dnia 29 sierpnia 2014 roku do ustawy Pzp wprowadzono nowy przepis art. 24 ust. 2a, określający fakultatywną przesłankę wykluczenia wykonawców z udziału w postępowaniu. Odwołujący podkreślił, że redakcja nowego przepisu art. 24 ust. 2a ustawy Pzp nawiązuje do brzmienia art. 45 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE oraz interpretacji tej regulacji przez TSUE. Wskazał, że przesłanka wykluczenia ze względu na poważne naruszenie obowiązków zawodowych jest przesłanką fakultatywną, a jej zastosowanie pozostaje w zakresie decyzji Zamawiającego pod warunkiem, że przewidział on zastosowanie tej podstawy wykluczenia w danym postępowaniu oraz zawarł odpowiednią informację w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do negocjacji. Odwołujący podniósł, że podstawą do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu jest stwierdzenie przez Zamawiającego, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia w określonym czasie przed wszczęciem postępowania naruszył w sposób zawiniony obowiązki zawodowe. Następnie stwierdził, że pojęcie obowiązków zawodowych, o których mowa w powołanym przepisie, należy odnosić do podmiotu - wykonawcy – a nie osoby fizycznej wykonującej pracę. Ponadto, Odwołujący wskazał, iż w powołanym orzeczeniu TSUE C-465/11 Trybunał wskazał, iż pojęcie to obejmuje uchybienia, które wpływają na wiarygodność zawodową danego wykonawcy, a nie tylko dotyczą naruszenia wąsko rozumianych norm deontologicznych, obowiązujących w zawodzie wykonywanym przez wykonawcę, które stwierdzane są przez organ dyscyplinarny ustanowiony dla tego zawodu lub w prawomocnym orzeczeniu sądowym. Z orzeczenia tego wynika też, że użycie sformułowania "poważne naruszenie" wskazuje na konieczność wykazania naruszenia, które ma większe znaczenie niż niedbałość w wykonywaniu obowiązków lub niska jakość ich wykonywania, a "pojęcie "poważnego

wykroczenia" należy rozumieć w ten sposób, że odnosi się ono do zachowania wykonawcy wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony. Jakikolwiek nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części może ewentualnie wykazać niższe kompetencje zawodowe danego wykonawcy, lecz nie jest automatycznie równoważne z poważnym wykroczeniem.

Odwołujący podkreślił, że ustawodawca podał jako jeden z przypadków wypełniających przesłankę wykluczenia ze względu na zawinione poważne naruszenie obowiązków zawodowych sytuację, w której wykonawca nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie w wyniku działania zamierzonego lub rażącego niedbalstwa.

Dalej podniósł, że nawet w przypadku stwierdzenia poważnego naruszenia obowiązków zawodowych Zamawiający nie będzie uprawniony do wykluczenia wykonawcy, jeżeli wykonawca udowodni, że podjął środki zaradcze w celu wyeliminowania powstania takich naruszeń w przyszłości, jak też w celu naprawienia szkody, przy czym wykonawca powinien wykazać, że podjął konkretne środki, a więc takie działania, które mają przełożenie na rzeczywistą sytuację wykonawcy. Środki te powinny dotyczyć działania w zakresie technicznym, organizacyjnym oraz kadrowym, jednak zdaniem Odwołującego, za wystarczające należy uznać działania w takim zakresie, w jakim są one niezbędne dla wyeliminowania przyszłych naruszeń. Odwołujący stwierdził, że jeżeli przy wykonywaniu umowy naruszenia pojawiły się ze względu na zaniedbania organizacyjne, a nie np. techniczne, to środki zaradcze powinny być podjęte w tym zakresie. W jego ocenie zmiana kierownika budowy powinna być uznana za podjęcie takich kroków zaradczych.

Ponadto, Odwołujący podniósł, że gdyby uznać, iż miało miejsce jakiegokolwiek naruszenie przez niego obowiązków zawodowych, to jego zdaniem nie ma dowodu, że Zamawiający poniósł jakąkolwiek szkodę, gdyż ewentualne kary umowne to zysk, a nie szkoda. Powołał się na przepis 473 § 1 k.c., jak również na przepis 484 § 1 k.c. Wskazał, że Sąd Najwyższy w wyroku z 16 stycznia 2013 r. (sygn. akt II CSK 331/12) stwierdził, iż strony mogą umownie ukształtować zakres odpowiedzialności, kompensacji i rozkład ryzyka ponoszenia skutków niewykonania zobowiązania. Odwołujący, zauważył, że powołany wyrok Sądu Najwyższego w sposób klarowny dokonuje rozróżnienia przypadków odpowiedzialności dłużnika opartej na art. 473 k.c. (umowa o odpowiedzialność) od odpowiedzialności opartej na ryzyku kontraktowym zastrzeżenia kary umownej, gdzie odpowiedzialność związana z zastrzeżoną karą umowną odrywa się od wystąpienia szkody związanej z niewykonaniem (nienależytym wykonaniem) zobowiązania, jednakże zachowuje związek z odpowiedzialnością cywilnoprawną za to niewykonanie (nienależyte wykonanie) zobowiązania.

Za wyrokiem Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 29 czerwca 2012 r. (sygn. akt: II Ca 420/12) podał, że wyrok zasądający kary umowne nie oznacza zaistnienia szkody, gdyż przesłanką powstania roszczenia wierzyciela o zapłatę kary umownej może być każda postać niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego przez dłużnika. Nie można zatem wykluczyć zaistnienia wypadków, w których wierzyciel na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie poniósł żadnej szkody ani nie doznał żadnego naruszenia jego sfery majątkowej, co jednak nie wyklucza możliwości skutecznego dochodzenia przez niego zapłaty kar umownych, a co najwyżej powinno być brane pod uwagę przy miarkowaniu należnej wysokości kary umownej. Powołał też uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 roku (sygn. akt: III CZP 61/03), w której stwierdzono, że zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody.

Odwołujący podkreślił, że powyższe okoliczności świadczą o tym, że Odwołujący nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy Pzp.

Następnie, Odwołujący podniósł, że twierdzenia Zamawiającego mają charakter pomówień i zmierzają jedynie do odmowy zapłaty wynagrodzenia za zrealizowane zamówienie. Zauważył, że na chwilę obecną brak jest jakichkolwiek obiektywnych przesłanek dotyczących rzekomego naruszenia w sposób zawiniony przez Odwołującego obowiązków zawodowych, w szczególności, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa oraz, że takim dowodem może być jedynie wyrok sądowy, którym Zamawiający nie dysponuje. Podniósł, że skoro obecnie Zamawiający, jako Inwestor, twierdzi, że jakikolwiek obiekt został wykonany niewłaściwie, to dlaczego nie znalazło to odzwierciedlenia w orzeczeniach sądowych. Jeśli zaś nawet miało miejsce jakiegokolwiek naruszenie obowiązków zawodowych, to nie ma dowodu, że Zamawiający poniósł jakąkolwiek szkodę.

Odwołujący ponadto, wyjaśnił, że główną przyczyną problemów w realizacji dotychczasowych inwestycji była postawa Zamawiającego, który od niemal roku opóźniał realizację inwestycji i nie wywiązywał się z obowiązku współpracy z wykonawcą. Dodał, że już na początku realizacji inwestycji okazało się, iż dostarczona dokumentacja jest niekompletna i trzeba było ją uzupełniać i wykonywać szereg prac dodatkowych, których nie można było wcześniej przewidzieć. Odwołujący powołał się przy tym na przepisy art. 647 k.c. i art. 18 ustawy Prawo budowlane, określające obowiązki stron umowy o roboty budowlane, w tym obowiązki Inwestora w procesie budowlanym. Wskazał również, że w doktrynie i w orzecznictwie podnosi się, iż z przepisów kodeksu cywilnego, a w szczególności z art. 651 k.c., który ustanawia obowiązek informowania Inwestora

o przeszkodach, nie można wywodzić dalej idącej konsekwencji w postaci obowiązku wykonawcy szczegółowego sprawdzania projektu, terenu budowy, maszyn oraz urządzeń ukierunkowanego na wykrycie ich niezdatności do prawidłowego wykonania robót budowlanych.

Odwołujący zwrócił uwagę, przytaczając przy tym odpowiednie sygnatury orzeczeń, że w orzecznictwie podkreśla się, iż Inwestor ma obowiązek odbioru obiektu budowlanego wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, a strony umowy o roboty budowlane nie mogą uzależnić wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy od braku jakichkolwiek usterek, nadto, iż ochrona zamawiającego na podstawie przepisów o rękojmi za wady realizuje się dopiero po odebraniu dzieła. Podkreślił, iż orzecznictwo sądowe wskazuje, że o niewykonaniu zobowiązania z reguły nie można mówić, jeżeli wykonawca wykonał roboty, lecz są one wadliwe, przy czym decydujące znaczenie ma charakter wad, ponieważ niewykonanie zobowiązania z umowy o roboty budowlane zachodzi wówczas, gdy roboty budowlane nie zostały wykonane w ogóle bądź gdy wada jest tego rodzaju, że uniemożliwia normalne wykorzystanie rezultatu robót lub odbiera im cechy wyraźnie oznaczone w umowie istotnie zmniejszając ich wartość. Natomiast, samo ujawnienie wad robót budowlanych nie wpływa na obowiązek inwestora dokonania odbioru robót.

Według Odwołującego niezasadne jest pomniejszanie kwoty należnej za realizację obiektu o kary umowne za opóźnienie lub odstąpienie od umowy. Podkreślił, że w zaistniałej sytuacji nie widzi innego wyjścia, jak skierować sprawę na drogę sądową o zapłatę całości wynagrodzenia z umowy oraz należności za roboty dodatkowe.

Następnie, Odwołujący odniósł się do zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wskazując, iż oznacza ona jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania bez stosowania przywilejów i środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Zauważył, że wszyscy wykonawcy powinni mieć zapewniony równy dostęp do istotnych dla postępowania informacji w jednakowym czasie, natomiast dokonywanie oceny warunków oraz oceny ofert powinno następować według wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom kryteriów, na podstawie dokumentów przedłożonych we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i ofercie, nie zaś na podstawie innej wiedzy zamawiającego. Powołał również orzeczenia sądów powszechnych odnoszących się do interpretacji zasady równego traktowania wykonawców, wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Reasumując, Odwołujący stwierdził, iż wnosi o powtórzenie czynności weryfikacji wykonawców, a następnie o powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W dniu 12 czerwca 2015 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w której wnosił on o odrzucenie odwołania w oparciu o przepis art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a ewentualnie o oddalenie odwołania w całości z uwagi na brak jakichkolwiek przesłanek do uznania stanowiska wyrażonego w nim przez Odwołującego się. W dalszej części odpowiedzi na odwołanie Zamawiający zawarł uzasadnienie swojego stanowiska.

Również w dniu 12 czerwca 2015 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło – w formie pisemnej – zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawcy: Zakład Drogowy T. P. Spółka Jawna z siedzibą w Rozbórze Długim, po stronie Zamawiającego.

Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 9 czerwca 2015 roku przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia zawiadomienie o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią za pośrednictwem poczty elektronicznej.

Pismo zawierające zgłoszenie przystąpienia, o którym mowa powyżej, doręczone zostało w formie pisemnej Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowo określonym terminie, przy czym zgłaszający przystąpienie wskazał Stronę, do której zgłosił przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść tej Strony oraz załączył do przystąpienia dowody przesłania Stronom kopii zgłoszenia przystąpienia. Ponadto, w piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia zawarł stanowisko merytoryczne w sprawie.

Wobec powyższego należało uznać, że ww. wykonawca skutecznie dokonał zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, a tym samym stał się uczestnikiem tego postępowania.

Następnie Izba ustaliła, że w ustalonym w przedmiotowej sprawie stanie faktycznym nie ma podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o przesłanki, określone w art.189 ust. 2 ustawy Pzp.

W szczególności Izba nie podzieliła, argumentacji przedstawionej przez Zamawiającego, iż odwołanie powinno podlegać odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp *Izba odrzuca*

odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Zgodnie zaś z art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Odwołanie wnosi się: w terminie 5 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2, albo w terminie 10 dni - jeżeli zostały przesłane w inny sposób - w przypadku gdy wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

W terminie ustawowo określonym, tj. w terminie 5 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wykluczeniu (informacja została przekazana Odwołującemu dnia 3 czerwca 2015 roku w sposób określony w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp, tj. zarówno faksem, jak i za pośrednictwem poczty elektronicznej, a odwołanie wniesiono 8 czerwca 2015 roku) Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołanie zostało wniesione w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a zatem w jednej z dopuszczalnych form, określonych w art. 180 ust. 4 ustawy Pzp. Ponadto, Odwołujący wniósł pismo zatytułowane „odwołanie” o tożsamej treści w formie pisemnej w dniu 9 czerwca 2015 roku, tj. dzień po upływie terminu na wniesienie odwołania. Jednak nie może to mieć jakiegokolwiek wpływu na ocenę skuteczności odwołania wniesionego w terminie ustawowym, w formie przewidzianej ustawowo. Odmiennej oceny nie powodują też twierdzenia samego Odwołującego, że wobec przesłania mu zawiadomienia o wykluczeniu w inny sposób aniżeli określony w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp, to przysługuje mu 10-dniowy termin na wniesienie odwołania, skoro odwołanie zostało wniesione prawidłowo – w terminie 5 dni.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiącego, że *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy, przysługiwało prawo do wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.*

Izba uwzględniła dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przesłaną Izbie przez Zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, tj. w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”), zawiadomienie o wykluczeniu Odwołującego z postępowania oraz informację o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Dodatkowo w trakcie rozprawy w dniu 19 czerwca 2015 roku Zamawiający przedłożył następujące dokumenty, wnosząc o ich zaliczenie w poczet materiału dowodowego.

I. w zakresie odnoszącym się do realizacji inwestycji: Budowa drogi leśnej w km 0 + 000 - 1 + 838 i 0 – 000 – 0 + 777 w Leśnictwie Korzenica:

- 1) Umowa nr 2710-0028-13 (+ gwarancja należytego wykonania umowy);
- 2) Pismo Inspektora nadzoru ws. nienależytej realizacji umowy – 6.08.2013r.;
- 3) Pisma dot. współpracy oraz zapewnień co do dotrzymania terminu - 6.09.2013 r.;
- 4) Pismo Inspektora nadzoru ws. nienależytej realizacji umowy- 15.10.2013r.;
- 5) Informacja o zakończeniu robót budowlanych – 30.10.2013 r.;
- 6) Pismo zaprzeczające wbudowaniu gruzu i brak zgody na badania - 27.11.2013 r.;
- 7) Pismo informujące o terminie badania firmy BARG – 02.12.2013 r.;
- 8) Odstąpienie wykonawcy od umowy – 2.12.2013 r.;
- 9) Notatka z przeprowadzonych badań BARG + fotografie – 3.12.2013 r.;
- 10) Wyniki badania BARG – 18.12.2013 r.;
- 11) Opinia techniczna opracowana przez A. M.;
- 12) Opinia techniczna opracowana przez S. S.;
- 13) Pismo informujące Wykonawcę o nienależytym wykonaniu – 24.12.2013 r.;
- 14) Protokół końcowego odbioru robót – 5.12.2013 r.;
- 15) Pozwolenie na użytkowanie drogi bez zjazdów – 23.04.2013 r.;
- 16) Wyrok sądowy z dnia 16.09.2014 r.

II. w zakresie odnoszącym się do realizacji inwestycji: Budowa budynku Leśniczówki w Leśnictwie Lichacze:

- 1) Umowa nr 2710-0029-13 (+ gwarancja należytego wykonania umowy);
- 2) Pismo informujące o opóźnieniach (+pismo Inspektora Nadzoru) – 11.12.2013 r.;
- 3) Odstąpienie Zamawiającego od umowy – 8.10.2014 r. (godz. 10.20);
- 4) Odstąpienie Wykonawcy od umowy – 8.10.2014 r. (godz. 13.10);
- 5) Pismo dotyczące naliczenia kar umownych – 9.10.2014 r.;

- 6) Odpowiedź Zamawiającego na odstąpienie od umowy przez Wykonawcę – 10.10.2014 r.;
- 7) Pismo w sprawie terminu odbioru robót – 14.10.2014 r.;
- 8) Potwierdzenie udziału w odbiorze – 14.10.2014 r.;
- 9) Protokół inwentaryzacji wykonania robót – 15.10.2014 r.;
- 10) Pismo Wykonawcy ws. przekazania Dziennika budowy oraz Oświadczenia Kierownika budowy – 15.10.2014 r.;
- 11) Pismo ws. przekazania treści protokołu z wezwaniem do jego podpisania – 16.10.2014 r.;
- 12) Pismo ws. uzupełnienia dokumentów zgodnie z protokołem – 21.10.2014r.;
- 13) Specyfikacja Inspektora Nadzoru dot. robót niewykonanych – 22.10.2014r.;
- 14) Dokument dot. rozliczenia kar umownych – 27.10.2014 r.;
- 15) Wniosek do WARTA S.A. o wypłatę gwarancji – 28.10.2014 r.;
- 16) Umowa dot. wykonania zastępczego robót niewykonanych – 17.11.2014 r.;
- 17) Potwierdzenie wypłaty gwarancji z tytułu niewykonania robót – 26.11.2014r.;
- 18) Pozew sądowy o zapłatę z tytułu kar umownych – 12.05.2014 r. wraz z wezwaniem przedsądowym z dnia 25.02.2015 r.

Nadto, Izba rozważyła stanowisko Zamawiającego przedstawione ustnie do protokołu rozprawy.

Rozpatrując odwołanie w granicach podnoszonych zarzutów – stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp - Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba uznała, że zarzuty odwołania częściowo się potwierdziły.

Zgodnie z art. 24 ust. 2a ustawy Pzp *Zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności, gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych, jeżeli zamawiający przewidział taką możliwość wykluczenia wykonawcy w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji. Zamawiający nie wyklucza z postępowania*

o udzielenie zamówienia wykonawcy, który udowodni, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia.

Przed wszystkim należy zaznaczyć, że wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie tego przepisu uzależnione jest od wcześniejszej decyzji Zamawiającego, który musi przewidzieć taką możliwość. W niniejszej sprawie Zamawiający przewidział możliwość wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy Pzp w pkt 6.7. specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W związku z dokonaniem czynności wykluczenia wykonawcy ustawa Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązki informacyjne z tym związane.

Otóż, zgodnie z art. 24 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne, z zastrzeżeniem art. 92 ust. 1 pkt 3.

Z kolei przepis art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, że: *Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o: wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne - jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia albo zapytania o cenę.*

Jak z powyższego wynika, zawiadomienie o wykluczeniu danego wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia winno obejmować zarówno uzasadnienie prawne, jak i faktyczne dokonanej czynności wykluczenia.

Izba w składzie rozpoznającym sprawę, podziela stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 marca 2014 roku (sygn. akt KIO 340/14), powołanym przez Odwołującego, iż: *„uzasadnienie wykluczenia wykonawcy warunkuje zakres składanych przez wykonawcę środków ochrony prawnej. W oparciu o jego treść wykonawca formułuje zarzuty i wskazuje ich uzasadnienie. Lakoniczność uzasadnienia, utrudnia wykonawcy prawidłowe sformułowanie zarzutów, a tym samym w sposób istotny ogranicza jego ustawowe prawo do obrony swoich praw jako wykonawcy. Należy wskazać, że sformułowane na etapie składania odwołania zarzuty są jedynymi jakie mogą być rozstrzygane przez Izbę, związanie Izby granicami zarzutów odwołania ma bezpośrednie znaczenie dla umożliwienia wykonawcom zachowania swoich praw w postępowaniu. Tym samym wykonawca ma pełne prawo aby posiadać pełną wiedzę jakimi przestankami 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”.

Izba podziela również pogląd wyrażony w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 r. (sygn. akt: XXIII Ga 416/11), przytoczonym przez Odwołującego, jak i w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, o którym mowa powyżej, iż: „zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania odnoszące się do decyzji o wykluczeniu opartej na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. (...) Z punktu widzenia zamawiającego oznacza to, że nie może on zmieniać ani rozszerzać podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania po wniesieniu przez tego drugiego odwołania. W świetle związania KIO, Sądu Okręgowego i odwołującego zarzutami podniesionymi w odwołaniu, sprzeczne z naczelną zasadą postępowania cywilnego, jaką jest zasada równouprawnienia stron, byłoby dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu odwołującego. Wobec związania swoimi zarzutami, odwołujący nie mógłby bowiem odnieść się do nowych okoliczności przedstawionych przez zamawiającego po wniesieniu odwołania. Z tych względów postępowania zamawiającego, polegającego na przedstawieniu nowych dowodów w odpowiedzi na odwołanie i skardze, nie można traktować jedynie jako rozszerzenia argumentacji zawartej w decyzji o wykluczeniu.”.

W tym miejscu należy przytoczyć również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lutego 2015 r. (sygn. akt KIO 145/15), w którym wskazano, iż: „W ocenie Izby cytowany przepis art. 24 ust. 2a Pzp stanowi o kwalifikowanej postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania i wymaga nie tylko spełnienia przez zamawiającego obowiązków nałożonych przepisem art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, tj. podania uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania, ale również wymaga przedstawienia wykonawcy dowodów, które tę czynność uzasadniały.”.

Należy zauważyć, że Zamawiający w uzasadnieniu zawiadomienia z dnia 3 czerwca 2015 roku o wykluczeniu Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazał, że: „Zgodnie z treścią art. 24 ust. 2a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907, z późn. zm.), o którym mowa w pkt 6.7. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Zamawiający wykluczy z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności, gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych. Zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą posiadanych środków dowodowych,

że Państwa firma, w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, w sposób zawiniony poważnie naruszyła obowiązki zawodowe - w wyniku zamierzonego działania wykonała zamówienie nienależycie oraz nie wykonała zleconego zamówienia w całości. Ponadto Państwa firma nie naprawiła szkód powstałych w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych ani nie zobowiązała się do ich naprawienia. Jednocześnie informujemy, iż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo Zamówień Publicznych oferta złożona przez Państwa Firmę została odrzucona”.

Dopiero w odpowiedzi na odwołanie i podczas rozprawy w dniu 19 czerwca 2015 roku Zamawiający podał, że w okresie 3 lat, o których mowa w uzasadnieniu wykluczenia, Odwołujący był zwycięzcą czterech postępowań w trybie przetargu nieograniczonego, przy czym ostatnie z nich to postępowanie składające się z dwóch zadań inwestycyjnych pn.: *Budowa drogi leśnej w km 0 + 000 - 1 + 838 i 0 – 000 – 0 + 777 w Leśnictwie Korzenica* oraz *Budowa budynku Leśniczówki w Leśnictwie Lichacze* oraz, że każde z nich zakończyło się przywołanym w wykluczeniu nienależytym wykonaniem oraz niewykonaniem w całości. Dodał też, że wcześniej realizowane zadania nie budziły zastrzeżeń Zamawiającego, a zatem Odwołujący doskonale wiedział, jakich inwestycji dotyczy zawiadomienie o jego wykluczeniu. Zamawiający podnosił, że na podstawie posiadanej dokumentacji jest w stanie wykazać stawiane Odwołującemu zarzuty, przy czym Zamawiający złożył w poczet materiału dowodowego liczne dokumenty, które miały potwierdzać zasadność wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy Pzp. Ponadto, Zamawiający stwierdził, że dokumentacja ta jest znana również Odwołującemu, gdyż obie Strony są w posiadaniu dokumentów w postaci protokołów odbiorów robót oraz dokumentów potwierdzających odstąpienie od zawartych umów z przyczyn będących wynikiem nienależytego wykonania zamówienia, jego niewykonania w całości oraz zwłoki wykonawcy, a zatem Odwołujący znał podstawy swojego wykluczenia w oparciu o przepis art. 24 ust. 2a ustawy Pzp, w związku z czym Zamawiający nie musiał ich szerzej przytaczać w zawiadomieniu o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Podczas rozprawy Zamawiający wskazywał również, że w zawiadomieniu o wykluczeniu wykonawcy posiłkował się wprawdzie treścią art. 24 ust. 2a Pzp, jednak nie przytoczył tego przepisu w dosłownym brzmieniu, z tego względu, iż właśnie odnosił się do faktycznych przesłanek, dotyczących wykluczenia Odwołującego, tj. wskazał, że w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, Odwołujący w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe i w wyniku zamierzonego działania wykonał zamówienie nienależycie oraz nie wykonał zadania w całości, jak również nie naprawił szkód z tego tytułu.

W ocenie Izby uzasadnienie podstawy wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu było ogólnikowe i w zasadzie sprowadzało się do przytoczenia brzmienia

przepisu art. 24 ust. 2a ustawy Pzp. Jak słusznie podnosił Odwołujący, Zamawiający w ogóle nie odniósł się do konkretnych zdarzeń na których oparł swoje rozstrzygnięcie. Zamawiający podał jedynie, że jest w stanie wykazać, że Odwołujący w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe – w wyniku zamierzonego działania wykonał zamówienie nienależycie oraz nie wykonał zleconego zamówienia w całości. Nie ulega jednak wątpliwości, że nie wskazał konkretnych okoliczności faktycznych uzasadniających jego twierdzenia. Nie podał choćby jakiego zamówienia realizowanego przez Odwołującego ma dotyczyć poważne naruszenie obowiązków zawodowych. A nawet, gdyby przyjąć, że dla Odwołującego powinno być oczywiste, że podstawa wykluczenia odnosi się do obu inwestycji realizowanych uprzednio przez Odwołującego na rzecz Zamawiającego, tj.: *Budowy drogi leśnej w km 0 + 000 - 1 + 838 i 0 – 000 – 0 + 777 w Leśnictwie Korzenica* oraz *Budowy budynku Leśniczówki w Leśnictwie Lichacze*, z tego względu, iż tylko do tych inwestycji Zamawiający miał zastrzeżenia w trakcie kilkuletniej współpracy Stron, to i tak nie można, na podstawie przedmiotowego zawiadomienia, w sposób jednoznaczny stwierdzić, czy Zamawiający podejmował decyzję o wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu z uwagi na nieprawidłowości występujące przy realizacji obu ww. zadań, czy też jednego z nich. Co istotne, Zamawiający w zawiadomieniu o wykluczeniu nie odniósł się konkretnie do sposobu naruszenia obowiązków zawodowych, wskazując jedynie, że wykonawca w wyniku zamierzonego działania wykonał nienależycie zamówienie oraz nie wykonał w całości zleconego zamówienia. Tym samym, oprócz ogólnikowego stwierdzenia, Zamawiający nie wskazał, w czym przejawiało się to zamierzone działanie, jak również nie podał, co stanowi o tym, iż zamówienie zostało wykonane nienależycie czy też, że nie zostało wykonane w całości. Nie odniósł się również do jakichkolwiek dokumentów, z których Odwołujący mógł ewentualnie powziąć takie informacje. Ponadto, Zamawiający nie uzasadnił, co pozwoliło mu uznać, że naruszenie przez Odwołującego obowiązków zawodowych było zawinione i poważne. Nie wskazał również na czym polega szkoda Zamawiającego, o której jest mowa w zawiadomieniu o wykluczeniu, stwierdzając jedynie ogólnikowo, że Odwołujący nie naprawił szkód powstałych w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych ani nie zobowiązał się do ich naprawienia.

Powyższe wskazuje, iż zawiadomienie o wykluczeniu Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia nie zawiera jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego podjętej przez Zamawiającego decyzji. W ocenie Izby nie przekonujące są również dowody z dokumentów przedstawione przez Zamawiającego na rozprawie, mające dowodzić tezy, że Odwołujący posiadał wiedzę co do faktycznych podstaw wykluczenia, jak i argumentacja przedstawiona przez Zamawiającego na rozprawie w tym zakresie. To Zamawiający

był zobowiązany do wyczerpującego podania motywów podjętej przez siebie decyzji w zawiadomieniu o wykluczeniu wykonawcy z postępowania, gdyż uzasadnienie tej decyzji, jak wskazano powyżej, warunkuje zakres składanych przez wykonawcę środków ochrony prawnej, w tym umożliwia prawidłowe sformułowanie zarzutów, którymi Izba jest związana – stosownie do dyspozycji art. 192 ust. 7 ustawy Pzp stanowiącego, iż: *Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu*. Stanowisko Zamawiającego przedstawione w ramach odpowiedzi na odwołanie, jak i w trakcie rozprawy w dniu 19 czerwca 2015 roku, wyjaśniające motywy podjętej decyzji w przedmiocie wykluczenia Odwołującego w oparciu o przepis art. 24 ust. 2a ustawy Pzp i odnoszące się do konkretnych okoliczności faktycznych, należało uznać za niedopuszczalne rozszerzenie podstawy faktycznej wykluczenia, a nie za dodatkową argumentację stanowiącą rozwinięcie przedstawionego uzasadnienia, ponieważ samo uzasadnienie wykluczenia wykonawcy z postępowania, nie zawierało odniesienia do jakichkolwiek konkretnych okoliczności faktycznych, uzasadniających zastosowanie tego przepisu. Być może, Odwołujący mógł domniemywać, na podstawie posiadanych dokumentów, w oparciu o jakie okoliczności faktyczne, Zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu go z postępowania. Jednak okoliczności te pozostawałyby jedynie w sferze domysłów. Z uwagi na konsekwencje jakie niosą ze sobą przepisy obowiązującego prawa – choćby w zakresie konieczności precyzyjnego formułowania zarzutów podnoszonych w odwołaniu wobec brzmienia art. 192 ust. 7 ustawy Pzp – podkreślić stanowczo należy, że podstawa zarówno faktyczna, jak i prawna powinna wynikać z zawiadomienia o wykluczeniu, a nie można przerzucać na wykonawcę, konieczności domyślania się, jakie motywy kierowały Zamawiającym przy podejmowaniu decyzji o wykluczeniu i w związku z tym konieczności formułowania zarzutów niejako „w ciemno”, opartych wyłącznie na domysłach.

Wobec powyższego Izba, dokonując oceny czynności Zamawiającego co do wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia wyłącznie w oparciu o treść zawiadomienia Zamawiającego z dnia 3 czerwca 2015 roku uznała, że Zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 2a ustawy Pzp w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp przez wykluczenie Odwołującego z postępowania, mimo braku wskazania podstawy faktycznej podjętej decyzji.

Co do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2a zd. 2 ustawy Pzp z uwagi na wykluczenie Odwołującego z postępowania, w sytuacji, gdy Zamawiający nie może wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, który udowodni, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku

naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia, Izba uznała zarzut w tym zakresie za przedwczesny.

Odwołujący negował czynność wykluczenia go z postępowania również w ten sposób, iż powoływał się okoliczności mające potwierdzać, że ziszczyły się okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 2a zd. 2 ustawy Pzp, stanowiące negatywną przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania, tj. wskazywał, że podjął środki, o których mowa w powołanym przepisie, przedstawiał twierdzenia o naprawieniu szkody oraz wskazywał na konieczność rozróżnienia obowiązku naprawienia szkody od obowiązku zapłaty kar umownych, jak i podnosił kwestie związane z ewentualnym wpływem Zamawiającego na sposób realizacji inwestycji budowlanych. Odwołujący podając te okoliczności, odnosił się do bardzo ogólnikowych i niejasnych podstaw jego wykluczenia. Jest to argumentacja przedwczesna (jak i sam zarzut oparty na tych okolicznościach). Nie można uznać, że stanowi ona odniesienie się do uzasadnienia Zamawiającego w zakresie podjętej decyzji, gdyż takiego uzasadnienia, jak już wskazano powyżej, Zamawiający po prostu nie podał.

Na marginesie Izba wskazuje, że nie podziela argumentacji Odwołującego, iż dowodem naruszenia w sposób zawiniony przez Odwołującego obowiązków zawodowych, w szczególności, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa może być jedynie wyrok sądowy. Brzmienie przepisu art. 24 ust. 2a ustawy Pzp przeczy twierdzeniom Odwołującego w tym zakresie określając, że Zamawiający może wykazać „za pomocą dowolnych środków dowodowych” okoliczności, o których mowa w tym przepisie.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 2 ustawy Pzp przez nie wystąpienie do Wykonawcy o złożenie wyjaśnień, na okoliczność, iż nie zachodzą podstawy wykluczenia z art 24 ust 1 pkt 2a ustawy lub wykazania dowodami okoliczności, o których mowa w art. 24 ust 1 pkt 2a zd. 2 ustawy, co uniemożliwiło mu obronę swoich praw, Izba stwierdziła, co następuje.

Podnieść należy, że przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest tzw. postępowaniem podprogowym, w którym wykonawcy mogą składać odwołania wobec zamkniętego katalogu czynności, określonych w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z powołanym przepisem: *Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:*

- 1) *wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;*
- 2) *opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;*
- 3) *wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;*

4) *odrzućenia oferty odwołującego.*

Zatem, odwołanie w niniejszej sprawie nie będzie przysługiwać wobec zaniechania Zamawiającego w przedmiocie wystąpienia do wykonawcy o złożenie wyjaśnień. Wobec powyższego, pozostawiła ten zarzut bez rozpoznania.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu stwierdzić należy, że całkowicie niezrozumiały jest zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zgodnie z którym *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.* Odwołujący nie zawarł jakiegokolwiek uzasadnienia tego zarzutu, a zatem nie wiadomo do jakiej oferty Odwołujący się odnosił, stawiając ten zarzut, i w czym przejawia się czyn nieuczciwej konkurencji. Nie sposób też w sposób jednoznaczny stwierdzić, że omyłkowo powołał ten przepis zamiast np. art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, na podstawie, którego została odrzucona jego oferta, skoro w uzasadnieniu odwołania w części odnoszącej się do zasady równego traktowania wykonawców, powoływał się jednocześnie na orzecznictwo „w zakresie czynów nieuczciwej konkurencji”. W związku z powyższym należało uznać, że Odwołujący nie sformułował w ogóle zarzutu w tym zakresie. Ponadto, jak już wskazano powyżej w postępowaniach podprogowych wykonawcy przysługują zarzuty wyłącznie w stosunku do czynności, określonych w przepisie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto, Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał na czym miałyby polegać naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w tym konkretnym postępowaniu, a jedynie ograniczył się do przytoczenia szerokiego orzecznictwa odnoszącego się do zasady równego traktowania wykonawców i zapewnienia uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Na marginesie Izba wskazuje, że Zamawiający błędnie podał jako podstawę odrzućenia oferty Odwołującego, przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, który może mieć zastosowanie w przypadku tzw. postępowań dwuetapowych, w których etap oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i etap składania ofert są odrębnymi etapami postępowania, co nie ma miejsca w przetargu nieograniczonym. W przypadku prowadzenia postępowania w trybie przetargu nieograniczonego podstawą odrzućenia oferty w następstwie wykluczenia jest przepis art. 24 ust. 4 ustawy Pzp (por.: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 marca 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 158/10; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 lutego 2015 r., sygn. akt: KIO 142/15).

Izba, nie uwzględniła wniosku Odwołującego o nałożenie kary finansowej jako nieuzasadnionego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 2 pkt 1, § 3 pkt 1 lit. a) oraz § 5 ust. 2 pkt 1 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).

W związku z powyższym Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł, uiszczoną przez Odwołującego, tytułem wpisu od odwołania oraz zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 10 000 zł, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego, poniesione tytułem wpisu od odwołania.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący: