

Sygn. akt: KIO 2095/17

**WYROK**

**z dnia 19 października 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Chudzik**

**Protokolant: Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 października 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 października 2017 r. przez wykonawcę **J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pn. Z. U. K. T. Z. J. W.**, w postępowaniu prowadzonym przez **Miejski Zarząd Dróg i Infrastruktury Informatycznej w Z.**,

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz powtórzenie czynności badania i oceny oferty;
2. Kosztami postępowania obciąża Miejski Zarząd Dróg i Infrastruktury Informatycznej w Z.
  - i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście 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 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Gliwicach**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Miejski Zarząd Dróg i Infrastruktury Informatycznej w Z. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Letnie mechaniczne utrzymanie czystości dróg i placów na terenie miasta Z.*

W dniu 6 października 2017 r. wykonawca J. W. prowadzący działalność gospodarczą pn. Z. U. K. T. Z. J. W. wniósł odwołanie wobec czynności wykluczenia go z postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 5 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 8 i 9 oraz art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp w związku z art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp. Wcześniej, w dniu 30 maja 2017 r. Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania w oparciu o identyczne okoliczności faktyczne i prawne, a Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 4 lipca 2017 r. uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnić czynność wykluczenia. W uzasadnieniu wyroku Izba stwierdziła: (...) *w analizowanej sprawie nie wykazano przede wszystkim, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy wynika z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Przeciwnie, jak wynika z wyjaśnień Odwołującego oraz samego pisma Miasta R., sprawa naliczenia kar umownych za nienależyte wykonanie lub niewykonanie umowy oraz z tytułu rozwiązania umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy jest kwestią sporną zawisła przed Sądem Okręgowym w Gliwicach I wydział Cywilny. Odwołujący sprzeciwił się rozwiązaniu umowy przez Zamawiającego i nałożeniu kary umownej, wskazując, że nie doszło do naruszenia umowy przez wykonawcę, a brak możliwości realizacji umowy leżał po stronie Zamawiającego, który nie określił granic poszczególnych lokalizacji i nie dostarczył informacji i dokumentów pozwalających na identyfikację obszaru świadczenia usługi. Zatem sprawa rozwiązania umowy jest sprawą sporną i brak jednoznacznego dowodu na to, że rozwiązanie umowy nastąpiło z przyczyn leżących wyłącznie po stronie wykonawcy. Odwołujący podniósł, że w sprawie, co do której Izba zbadała stan faktyczny, nie zaistniały żadne dodatkowe ani nowe okoliczności. Nadal nie został wydany wyrok, a Izba jednoznacznie orzekła, że brak jest dowodu na to, że rozwiązanie umowy wynikało jedynie z okoliczności, za które odpowiada Odwołujący, zaś naliczenie kar umownych nie jest przesłanką do wykluczenia z postępowania. Prawdą jest, że zasadniczą przesłanką dla uwzględnienia odwołania był przepis art 92 ust. 1a ustawy Pzp, jednakże przeprowadzenie rozprawy miało charakter merytoryczny, a nie formalny. Izba nie uwzględniła odwołania po stwierdzeniu, że uzasadnienie wykluczenia nie zawiera*

odniesienia się do przedstawionych dowodów, przeprowadziła dwugodzinną rozprawę, na której strony składały oświadczenia i dowody na okoliczności braku zaistnienia przesłanki o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Izba zweryfikowała zarówno okoliczność rozwiązania umowy, okoliczność braku zaskarżenia samego rozwiązania umowy, okoliczności naliczania kar umownych, w tym również fakt naliczania kar umownych w Gminie Z., a także okoliczność, że wytoczone spory sądowe przez Odwołującego się w tej sprawie są powództwami o zapłatę, a nie o ustalenie stosunku zobowiązaniowego, czyli wydając orzeczenie Izba wzięła pod uwagę wszystkie argumenty, jakie w chwili obecnej podnosi Zamawiający w informacji o wykluczeniu. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że brak jest postaw do wykluczenia w związku z rozwiązaniem umowy z Odwołującym przez Miasto R. Zatem ani KIO, ani Zamawiający, u którego doszło do rozwiązania umowy nie przesądzi o winie Odwołującego. Zamawiający w wcześniejszym postępowaniu zwrócił się bowiem do Miasta R. o przedstawienie Ich stanowiska w odniesieniu do okoliczności rozwiązania umowy i okoliczności przedstawionych przez Odwołującego w JEDZ. W piśmie z dnia 28 kwietnia 2017 r. Zastępca Prezydenta opisał stan faktyczny i wskazał, że między stronami toczy się postępowanie, którego przedmiotem jest między innymi zasadność nałożenia kar umownych a więc ustalenie, czy umowa była realizowana należycie. Zastępca Prezydenta Miasta R. w powołanym piśmie wskazał, że: *aktualnie toczy się postępowanie sądowe z powództwa Pana J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Z. U. K. T. Z. J. W. przed Sądem Okręgowym w Gliwicach 1 Wydział Cywilny. Przedmiotem tego postępowania jest żądanie przez Pana J. W. od Miasta R. zapłaty kwoty 104.972,90 zł. tytułem wykonanych przez niego usług w ramach powyższej umowy, bowiem Pan W. nie akceptuje nałożonych na niego przez Miasto R. kar umownych.* Takie same informacje przekazał Odwołujący w treści JEDZ oraz składając dokumenty w ramach self-cleaning. Przedstawił wyczerpujące stanowisko i dowody, że skierował sprawę na drogę sądową, w związku z zakwestionowaniem naliczonych przez Miasto R. kar umownych, nie zgadzając się w całości z decyzją o rzekomym, nienależytym wykonywaniu umowy oraz kwestionując przedterminowe rozwiązanie umowy. Sprawa sądowa jest w toku, powództwo zostało złożone 31 października 2016 r. w Sądzie Okręgowym w Gliwicach i jest prowadzone pod sygn. akt I C 61/17. Obecnie, po wydaniu nakazu zapłaty w postępowaniu upominawczym i sprzecznie pozwanej odbyła się jedna rozprawa, a kolejna jest wyznaczona na 7 listopada 2017 r.

Odwołujący podniósł, że Miasto R. w sposób nieuprawniony rozwiązało umowę, w tym w szczególności nie przedstawiając okoliczności uprawniających do takiego działania, umowa była realizowana w sposób należyty, tj. zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia i w terminie. To Zamawiający w trakcie realizacji umowy zmierzał do zlecenia robót w większym

zakresie, niż wynikało to z postanowień SIWZ, dokonywał zmian w umowie. Wynikało to z niewłaściwego opisu przedmiotu zamówienia i braku dostarczenia dokumentów w sposób szczegółowy określających granice poszczególnych lokalizacji wykonywanej usługi. Umowa nie określała terminu świadczenia poszczególnych usług, co powoduje, że nie można twierdzić, że ich nie dotrzymano. W związku z powyższym na tym etapie nie jest możliwe stwierdzenie, po czyjej stronie leży racja, dopóki stanowiska w sprawie nie zajmie Sąd w prawomocnym wyroku. Co więcej, w stosunku do pracowników Zamawiającego w R. sporządzających protokoły odbioru mające rzekomo potwierdzać nienależyte wykonywanie umów przez Odwołującego, zostało wszczęte postępowanie karne toczące się przez Prokuraturę Rejonową w T. w kierunku przekroczenia uprawnień oraz potwierdzenia nieprawdy w dokumentach urzędowych (protokołach odbioru). Odwołujący z ostrożności, kwestionując fakt rozwiązania z nim umowy z powodu nienależytego jej wykonywania, przedstawił wszystkie okoliczności sprawy, wykazał, że Zamawiający – R. nie poniósł szkody ani nie rościł żadnych żądań z tytułu ewentualnej szkody, nałożył jedynie kary umowne i je potrafił. Kara umowna nie jest równoznaczna ze szkodą, jej wysokość nie jest równa wysokości ewentualnej szkody, co więcej nie musi w ogóle oznaczać wyrządzenia szkody. Odwołujący podniósł ponadto, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego wykazał on w złożonych wyjaśnieniach i przedłożonych dowodach, że w sposób ciągły dąży do ulepszenia świadczonych usług (pismo z 16 maja 2017 r. wraz z dowodami).

Odwołujący podkreślił, że sam Zamawiający w dniu 28 grudnia 2016 r., posiadając wiedzę o sytuacji w R. (Odwołujący zamieścił stosowną informację w treści oświadczenia załączonego do oferty) dokonał wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, uznając, że okoliczności tam wskazane, nie stanowią podstawy do wykluczenia z postępowania. Ponadto Odwołujący w każdym postępowaniu, w którym określone są fakultatywne przesłanki wykluczenia, informuje zamawiających o sytuacji zaistniałej w R. i z żadnego postępowania nie został wykluczony (na dowód czego Odwołujący załączył zestawienie postępowań, w których ujawniono informację o rozwiązaniu umowy) i na bieżąco realizuje zawarte umowy, uzyskuje kolejne zamówienia publiczne realizuje je w sposób należyty. W dniu 23 maja 2016 r. otrzymał również referencje od samego Zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że wszystkie powyższe okoliczności były badane i wzięte pod uwagę przy wydawaniu orzeczenia o sygn. akt. KIO 1166/17, a mimo to Zamawiający w informacji o wykluczeniu w dalszym ciągu utrzymuje, że działania ZUKTZ noszą znamiona „uporczywego nienależytego wykonywania usług”. Sam fakt odniesienia się w uzasadnieniu wykluczenia do stanu faktycznego (poprzednio bowiem Zamawiający wskazał, że podstawą wykluczenia była informacja z Miasta R.) nie zmienia faktu, że okoliczności wykluczenia są

identyczne, na co wskazuje pismo procesowe Zamawiającego złożone na rozprawie w dniu 30 czerwca 2017 r., które jest niemalże kopią obecnej informacji o wykluczeniu.

Dalej Odwołujący podniósł, że Zamawiający wykluczając z postępowania wykonawcę w oparciu o ww. przepis musi udowodnić, że przyczyny rozwiązania umowy leżały po stronie wykonawcy, a stan faktyczny przedstawiony Zamawiającemu i potwierdzony przez Miasto R. nie pozwala na takie stwierdzenie. Działania Miasta R. zostały zaskarżone przez Odwołującego, co również potwierdza Zastępca Prezydenta i Krajowa Izba Odwoławcza, tak więc brak jest możliwości stwierdzenia, że przyczyna rozwiązania umowy leża wyłącznie po stronie wykonawcy. Po drugie przepis zobowiązuje do wykazania przez podmiot wykluczający „istotności” niezrealizowania lub nienależytego zrealizowania rozwiązanej umowy. Również w tym zakresie brak jest spełnienia przesłanki udowodnienia przy podejmowaniu czynności o wykluczeniu. Nie można bowiem „istotności” nienależytego lub niewykonania umowy, o której mowa w hipotezie normy art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp utożsamiać wyłącznie z określonym stopniem wykonania tej umowy pod względem wartościowym czy rzeczowym. Przepis w żaden sposób nie konkretyzuje takiego punktu odniesienia. Zdaniem Odwołującego w przedmiotowym stanie faktycznym brak jest czynnika „istotności”, spór dotyczy bowiem właśnie tego, czy obowiązki narzucane przez Miasto R. wynikały z postanowień zawartej umowy. Umowa ta przewidywała rozliczenie kosztorysowe i nie gwarantowała zakresu prac, który został wyszczególniony w uzasadnieniu wykluczenia wykonawcy. Zakres prac wskazany w SIWZ był jedynie hipotetyczny, służył do wyboru wykonawcy i nie był gwarantowany. Rozwiązanie umowy z woli Zamawiającego powoduje, że zamówienie zostało wykonane zgodnie z jego wolą i o określonej wielkości. Nieprawdziwe są zatem twierdzenia zawarte w treści informacji o wykluczeniu i podane obmiary, na które powołuje się Zamawiający. Zamawiający bowiem nie udowodnił, że w takim zakresie, o jakim pisze, umowa w ogóle miała być wykonywana.

Odwołujący podniósł, że brak jest również udowodnienia jego winy i wskazał, że Miasto R. posiadając największą wiedzę w sprawie nie przesądza o winie, mówiąc jedynie o naruszeniu zapisów umowy, zaś KIO oceniając ten sam stan faktyczny i materiał dowodowy ocenia go całkowicie odmiennie od Zamawiającego. Wbrew temu, co twierdzi Zamawiający dowodu winy nie stanowią pisma numer KK.7021.1.007.2016 z 30 czerwca 2016r. oraz SP.1431.262.2017 z 28 kwietnia .2017r. Są to jedynie stanowisko jednej ze stron sporu. Dowodu winy nie stanowi również treść umowy, na którą powołuje się Zamawiający. Zgodnie z § 9 ust. 5 umowy z Gminą R. z 11 kwietnia 2016 r. „Zamawiający jest uprawniony do rozwiązania umowy ze skutkiem natychmiastowym w przypadku: nierozpoczęcie lub opóźnienie wykonania przedmiotu umowy, ogłoszenie upadłości przez Wykonawcę, otwarcie procedury likwidacyjnej wykonawcy, zawieszenia lub zakończenia działalności przez

Wykonawcę, wszczęcie postępowania układowego w stosunku do Wykonawcy, w innych przypadkach przewidzianych w niniejszej umowie". Jak zatem wynika z treści umowy, do jej rozwiązania ze skutkiem natychmiastowym może dojść z różnych przyczyn, bez ustalenia zawinienia stron. Opóźnienie w wykonaniu prac czy też niewykonanie prac nie musi być spowodowane winą wykonawcy, a czynnikami obiektywnymi lub wynikać z winy Zamawiającego. Sam zapis umowny nie przesądza o winie i nie jest dowodem winy Wykonawcy. Nie może również o winie przesądzić treść pozwu o zapłatę w postępowaniu upominawczym, ponieważ zdaniem Zamawiającego „nie podjął żadnych kroków prawnych aby sąd zweryfikował poprawność tej czynności”. Stanowisko takie jest nieprawdziwe. Wykonawca po rozwiązaniu umowy podjął kroki prawne składając powództwo sądowe przed Sądem Okręgowym w Gliwicach i w tej sprawie złożył zawiadomienie o możliwości popełnienia przestępstwa. Samo oponowanie przeciwko rozwiązaniu nie miało sensu, gdyż niemożliwa była współpraca z Zamawiającym, a bez niej nie można było umowy wykonać, ponadto ewentualny proces zakończyłby się po dacie obowiązywania umowy. Nie ma zatem racji Zamawiający twierdząc, że Odwołujący winien wystąpić do sądu z pozwem o ustalenie istnienia stosunku prawnego (art. 189 k.c.). Po pierwsze Odwołujący nie negocjował, że stosunek ustał. Po drugie, aby można było wystąpić z takim pozwem należy wykazać interes prawny, a takiego nie ma. Po trzecie, zgodnie z orzecznictwem nie ma interesu prawnego osoba, która może inną drogą osiągnąć w pełni ochronę swych praw (wyrok SA Katowice I ACa 767/16), a taką ochronę daje powództwo o zapłatę, co też Odwołujący uczynił. To w procesie sąd będzie musiał ustalić, czy kary umowne zostały naliczone zasadnie, bo od tego zależy skuteczność potrącenia, zaś od skuteczności potrącenia zależy zasadność powództwa. Jeśli sąd ustali, że kary umowne nie zostały nałożone zasadnie, to zasądzi dochodzoną należność powoda za wykonane prace. W ten sposób ochrona interesów wykonawcy zostanie zapewniona. Będzie to jednocześnie oznaczało, że nie było podstaw do rozwiązania umowy. To z kolei daje podstawę do domagania się od Gminy odszkodowania za nieosiągnięty z powodu rozwiązania umowy dochód.

Odwołujący podniósł, że w uzasadnieniu wykluczenia Zamawiający posługuje się nieprawdziwymi stwierdzeniami. Nieprawdziwym stwierdzeniem i próbą zdyskredytowania wykonawcy jest: „Ponadto wątpliwym dla Zamawiającego jest fakt zgłaszania zastrzeżeń dotyczących: nieprawidłowości i zaniechania przy odbiorze prac; niedopełniania obowiązku spisania wszelkich ustaleń w protokole obioru; brak kompetencji po stronie przedstawicieli zamawiającego; złej woli i permanentnego braku współpracy w realizacji umowy; dopiero po dacie rozwiązania umowy Miasto R. (można tym samym przyjąć, że do dnia poprzedzającego rozwiązanie umowy Wykonawca nie miał jakichkolwiek zastrzeżeń do drugiej strony umowy).” Odnoszący się do powyższego Odwołujący wskazał, że w trakcie

wykonania umowy, w trakcie odbiorów, po odbiorach, w wyjaśnieniach wielokrotnie podnosił te wszystkie zastrzeżenia i jest w posiadaniu blisko 100 dokumentów potwierdzających zgłaszanie na bieżąco wszelkich uwag związanych z przebiegiem sprawy.

Zdaniem Odwołującego nieprawdą jest również stwierdzenie zawarte w uzasadnieniu: „wobec skali zaniedbań, których nie jest już w stanie „nadrobić”, „usunąć” dąży do rozwiązania umowy za porozumieniem stron”. Pismo z dnia 4 lipca 2016 r. zostało złożone po rozwiązaniu umowy przez Gminę R. i jego celem było wyjaśnienie i polubowne rozwiązanie sprawy pomiędzy stronami. Pismo to zostało złożone jako dowód na tzw. self-cleaning.

Odwołujący wskazał, że zdaniem Zamawiającego o winie wykonawcy przesądziły następujące dowody: pismo nr KK.7021.1.007.2016 z 30 czerwca 2016 r. (rozwiązanie umowy przez Gminę R.), *pismo nr SP.1431.2.62.2017 z 28 kwietnia 2017 r. (wyjaśnienie R. złożone do postępowania przetargowego pn. „Zadanie nr 3: Konserwacja terenów zieleni przyulicznej oraz letnie i zimowe utrzymanie chodników w Z.: (...) w kierunku miasta G.” i bierność wykonawcy w zakresie nie podjęcia działań polegających na wytoczeniu Miastu R. powództwa o ustaleniu stosunku prawnego.* Zdaniem Odwołującego, z powodów wskazanych powyżej przywołane dokumenty nie mogą być uznane za dowodzące winy wykonawcy. Nieprawdą natomiast jest zarzut prawnej bierności Odwołującego, który podjął wszystkie niezbędne kroki w celu obrony swojego interesu. Sposób tej obrony, przyjęta strategia jest jego niezależnym prawem i nie może to być kwestionowane w toczącym się postępowaniu przetargowym przez członków komisji przetargowej.

W ocenie Odwołującego całkowicie nieuzasadnione jest stanowisko o rzekomym braku możliwości czy umiejętności realizacji zamówień publicznych charakteryzujących się znacznym obszarem w tym w szczególności obszarem koszenia. Znaczenie ma tutaj również fakt, że prace związane z koszeniem, które zostały nieodebrane przez Urząd Miasta R. w porównaniu z pracami wykonanymi i odebranymi bez zastrzeżeń przez trzech przykładowych Zamawiających, z którymi współpracuje Odwołujący stanowi jedynie 2,34%. Prace związane ze zbieraniem zanieczyszczeń, a nieodebrane przez R. w porównaniu z umową zawartą z Miejskim Zarządem Zieleni i Gospodarki Komunalnej w B. stanowi jedynie 0,05%, co również w sposób bardzo obrazowy pokazuje małe znaczenie tych usług w porównaniu z innymi realizowanymi umowami. Powyższe jest zbieżne z wyjaśnieniami złożonymi w ramach self-cleaning w zakresie wdrożenia procedur naprawczych oraz środków technicznych i organizacyjnych mających na celu polepszenie jakości pracy w taki sposób, który powoduje, że zdarzenie mające miejsce w R. nie jest zjawiskiem powtarzającym się.



Odnosząc się do twierdzenia Zamawiającego, że Odwołujący nie udowodnił, że podjął środki naprawcze celem poprawy funkcjonowania przedsiębiorstwa, Odwołujący zacytował słowa dyrektora K. Ł. z artykułu prasowego: „Najważniejsze jednak, że w firmie tej nastąpiło otrzeźwienie i pewne trzęsienie ziemi. Widać, przykład R. uświadomił im, że żarty się skończyły. Dlatego też na terenie Z. firma przywróciła na stanowisko dyrektorskie i kierownicze człowieka, który we wcześniejszych latach doskonale zarządzał pracami i dobrze się z nami porozumiewał. (...) Widzimy ewidentną zamianę na lepsze, rzucono też do działań więcej pracowników. Chcemy więc dać jeszcze ostatnią szansę na polubowne rozwiązanie problemu - mówi Ł.”.

Ponadto Odwołujący podniósł, że sam fakt uzyskiwania kolejnych zamówień, kolejnych pozytywnych protokołów odbiorów i referencji jest dowodem wykazania rzetelności świadczonych usług. Odwołujący wskazał, że realizuje liczne umowy, które swoim zakresem przekraczają lub dorównują zakresowi prac, który był przewidziany do realizacji na podstawie umowy z R. Przykładem jest tu umowa zawarta z Miejskim Zarządem Zieleni i Gospodarki Komunalnej w B. Prace realizowane na podstawie zwartej umowy w okresie od lipca 2016 r. do czerwca 2017 r. obejmowały 967,27 ha, zaś cały zakres prac, który był przewidziany dla realizacji umowy z R. to 251,78 ha. W tym samym okresie dla umów realizowanych dla Urzędu Miejskiego w Ś. zakres prac obejmował 139,34 ha, a dla Urzędu Miejskiego w C. 235,06 ha. Umowy z MZZiGK w B., UM w Ś. oraz UM w C. są to tylko przykładowe umowy realizowane w określonym czasie, a wskazani zamawiający nie mieli i nie mają żadnych uwag do prowadzonych prac. Inne obecnie realizowane umowy również realizowane są bez zastrzeżeń zamawiających, co potwierdzone jest w protokołach odbioru przedkładanych w ramach comiesięcznych rozliczeń prac.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w dalszym ciągu (pomimo wyroku KIO) nie uznaje jako środka naprawczego dowodu w postaci „pozytywne przejście auditu” i w tym zakresie wnosi dwie uwagi, które jego zdaniem podważają prawidłowość auditu: zakłada, że audytorzy rozmawiali tylko z pracownikami wykonawcy oraz że audytorzy przeprowadzili audit realizacji zadania „koszenie trawy” w terenie na ul. (...) – podjazd do ul. (...). Zdaniem Odwołującego powyższe stanowisko jest nieprawdziwe, gdyż w trakcie przeprowadzanego auditu auditor otrzymał wszelkie informacje, dokumenty, zapisy, wyjaśnienia, a także wykonał próby, które pozwoliły mu na wydanie pozytywnej oceny. Wykonanie badania potwierdza Raport, w którym w ppkt. d m.in. potwierdzono, że badano dokumentację, w tym realizowanych umów, tj. raporty pracy, protokoły odbioru, karty, notatki, zestawienia i inne. Zamawiający nie posiada wiedzy na temat przebiegu audytu, a stawiając zarzuty podważa uprawnienia audytorów. Zamawiający również nie ma wiedzy na temat obowiązujących u Odwołującego procedur, dokumentów, zapisów w zakresie systemu zarządzania, wynika to z

faktu, że są one objęte klauzulą tajności, stanowią własność intelektualną Odwołującego i nie są udostępniane osobom trzecim. Bez zapoznania się z tą dokumentacją nie można prawidłowo ocenić systemu, a tym bardziej twierdzić w sposób odpowiedzialny, że system działa nieprawidłowo. Ponadto wszelkiego rodzaju funkcjonowanie systemów zarządzania opisują określone normy, których przestrzeganie zapewnia uzyskanie stosownych certyfikatów. „Audit” to niezależna ocena danej organizacji, systemu, procesu, projektu lub produktu, której dokonuje niezależna jednostka i winien być przeprowadzany wyłącznie przez osoby posiadające odpowiednie do tego kwalifikacje, w tym znajomość powiązania normy z dokumentacją organizacji danej firmy. Zamawiający nie ma żadnych kompetencji do podważenia prawidłowości, skuteczności czy wiarygodności przeprowadzonego audytu. Ponadto w odniesieniu do zarzutów Zamawiającego, że audyt został przeprowadzony w miejscu realizacji zadania „koszenie trawy” ul. (...) – dojazd do ul. (...) Odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z przyjętą procedurą audyt zawsze jest wykonywany metodą próbkowania. Zamawiający wskazał jako dowód zdjęcia z serwisu Google Maps wykonane w sierpniu 2014 r. i zaznaczył, że wskazany „cały odcinek ma „aż” 100 metrów długości i zlokalizowane są przy nim trzy małe skwerki, w większości zadrzewione. Odwołujący stwierdził, że nie obsługuje wskazanego na zdjęciach „odcinka” i tym samym nie ten odcinek został skontrolowany podczas audytu. W zakresie stawianego zarzutu wadliwości audytu w kontekście zapisu Raportu z audytu „Ppkt b) Reklamacje dotyczące stosowanego Systemu Zarządzania: NIE OTRZYMANO” Odwołujący podniósł, że zgodnie z procedurą w firmie obowiązuje dokument pn. „Rejestr reklamacji”, a do dnia przeprowadzenia audytu nie otrzymaliśmy żadnej informacji nazwanej „Reklamacja” w zakresie stosowanego Systemu Zarządzania, co potwierdza odpowiednia adnotacja wykwalifikowanego audytora. Ten wskazany rejestr odnotowuje wady systemu zarządzania, uchybienia, a nie skargi konsumentów. W złożonych wyjaśnieniach Odwołujący wskazał, że poza przeprowadzonym audytem, ponadto wprowadził inne działania mające na celu poprawienie jakości świadczonych usług:

- wprowadzono cotygodniowe spotkania kadry kierowniczej, gdzie koordynowane są prace;
- wprowadzono zmiany w sposobie raportowania wykonanej pracy przez pracowników wykonawczych, by wyprzedzić możliwość ujawnienia ewentualnych błędów w trakcie procesu wykonawczego;
- dokonano szkolenia pracowników działu marketingu i rozliczeń w zakresie obowiązującej procedury przetargowej, co ma usprawnić proces ustalenia szczegółowego zakresu świadczonych usług;

- wprowadzono zmiany dokumentacji związanej z normą jakości PN-EN ISO 9001:2009, PN-EN ISO 14001-2005 uwzględniając modyfikacje w zakresie raportowania ujawnionych błędów i procedury przez umownej uzgadniania prac;
- przeszkolono audytorów systemów jakości PN-EN ISO 9001:2009, PN-EN ISO 14001-2005 w zakresie kontroli wprowadzonych zmian;
- wykonano badanie zadowolenia klientów po wprowadzonych zmianach.

Odwołujący podniósł, że wskazany przez niego w piśmie z 16 maja 2017 r. potencjał poprawy nie został przez Zamawiającego oceniony. Zamawiający odniósł się w sposób lakoniczny do mechanizmu cotygodniowego koordynowania prac na spotkaniach kadry oraz do badania zadowolenia klienta po przeprowadzonych zmianach. Ocena ta jest jednak całkowicie błędna. Wbrew temu co twierdzi Zamawiający, po rozwiązaniu umowy z Miastem R. spotkania kadry zostały bardziej skoncentrowane na omówienie realizacji poszczególnych umów, raportowaniu wykonanej pracy przez pracowników wykonawczych i technicznych. Nieprawdą również jest, że nie prowadzono procedury „Badanie zadowolenia klientów po wprowadzonych zmianach”. Twierdzenia Zamawiającego są gołosłowne. Odwołujący wykonuje takie badanie m.in. poprzez comiesięczną ocenę jakości prac wykonywaną przez upoważnionych przedstawicieli Zamawiającego, co własnoręcznie potwierdzają na protokołach odbioru robót. Wobec powyższego oświadczenie Zamawiającego, że „w przypadku Miasta Zabrze i Zamawiającego nie wykonano badania zadowolenia klientów po wprowadzonych zmianach” jest gołosłowne i nie ma odzwierciedlenia w stanie faktycznym. Jako dowód Odwołujący przywołał:

- protokoły częściowego odbioru robót za październik 2016 r. podpisane przez przedstawiciela UM Z. pana M. G. z własnoręczną adnotacją w miejscu „Uwagi” – „brak” – dla umów nr CRU/931/2015 i CRU/855/2015;
- protokoły częściowego odbioru robót za grudzień 2016 r. podpisane przez przedstawiciela Zamawiającego pana M. G.(2) z własnoręcznym przekreśleniem w miejscu „Uwagi” – dla umów nr RU/22/2016, RU/28/2016, RU/29/2016.

Innym sposobem na potwierdzenie, że badanie zadowolenia klientów po wprowadzonych zmianach było realizowane jest fakt, że do końca 2016 r. i nadal w 2017 r. Odwołujący realizuje na rzecz Zamawiającego usługi, gdzie przedstawiciele wykonawcy i Zamawiającego są w stałym kontakcie, na bieżąco monitorują i oceniają jakość prac w terenie. W pozostałym zakresie wprowadzonych zmian Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do ich realizacji.

Na potwierdzenie, że nałożone kary umowne nie są dowodem nienależytego wykonywania umowy Odwołujący przedstawił wykaz spraw, w których uznano bezzasadność naliczenia kar umownych:

- wygrane sprawy sądowe: Sąd Rejonowy w Gliwicach, sygn. akt VIIGC 1231/15, Sąd Rejonowy w Gliwicach, sygn. akt VII GC 3309/16, Sąd Rejonowy w Gliwicach, sygn. akt VII GC 210/17 Sąd Rejonowy w Gliwicach, sygn. akt VII GC 3256/16, Sąd Rejonowy w Gliwicach, sygn. akt VII GC 1338/15,
- decyzje Samorządowego Kolegium Odwoławczego uchylające decyzje pana Dyrektora Kazimierza Ładzińskiego: decyzja z 24.08.2017r., SKO-IP/430/120/12660/2017/MP, decyzja z 24.08.2017r., SKO-IP/430/121/12661/2017/MP, decyzja z 24.08.2017r., SKO-IP/430/119/12655/2017/MP, decyzja z 10.08.2017r., SKCMP/430/113/12180/2017/MP, decyzja z 10.08.2017r. SKO-IP/430/115/12187/2017/MP, decyzja z 16.08.2017r., SKO-IP/430/114/12184/2017/MP, decyzja z 02.08.2017r., SKO-IP/430/106/11812/2017/MN.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:***

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Postępowanie zostało wszczęte w dniu 17 lutego 2017 r., zatem do przedmiotowego postępowania stosuje się przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem zmian wprowadzonych ustawą z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że prawidłowość wykluczenia Odwołującego z postępowania była przedmiotem oceny Krajowej Izby Odwoławczej w postępowaniu o sygn. akt KIO 1166/17. W odwołaniu z 8 czerwca 2017 r. Odwołujący zakwestionował m.in. czynność wykluczenia go z postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez naruszenie zasady dotyczącej przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, w tym w szczególności w związku z dokonaniem wyboru oferty wykonawcy, który podlega wykluczeniu oraz bezpodstawnym wykluczeniem Odwołującego,
2. art 92 ust. 1a ustawy Pzp przez zaniechanie podania jakichkolwiek powodów nieuznania przedłożonych dowodów, o których mowa w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp,
3. art. 24 ust. 5 pkt. 4 w zw. z art. 24 ust. 8 i ust. 9 Pzp, przez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania, w tym również przez uznanie, że przesłanką do stwierdzenia wykluczenia jest udzielona przez Miasto R. odpowiedź,
4. art. 24 ust 1 pkt 16 i pkt. 17, art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia oferty wykonawcy Z. R. D. O. Sp. z o.o. Sp.k.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego, dokonania ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz wkluczenia wykonawcy Orfin.

Wyrokiem z 4 lipca 2017 r. (sygn. akt KIO 1166/17) Izba uwzględniła odwołanie w całości i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu Odwołującego oraz dokonanie ponownego badania i oceny oferty, a także wezwanie wykonawcy Z. R. D. O. Sp. z o.o. sp.k. do udzielenia wyjaśnień co do okoliczności i przyczyn rozwiązania umowy z Miejskim Zarządem Ulic i Mostów w T. ewentualnie do zastosowania instytucji przewidzianej w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp.

W przywołanym wyżej postępowaniu odwoławczym Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

*W złożonym wraz z ofertą dokumencie JEDZ, Odwołujący zaznaczył TAK w odpowiedzi 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?” Wykonawca zaznaczył również TAK podając, że przedsięwziął środki w celu samooczyszczenia. Odwołujący w dokumencie JEDZ wskazał, że w doszło do rozwiązania umowy w sprawie zamówienia publicznego, ale stoi na stanowisku, że okoliczność ta nie stanowi podstawy do wykluczenia z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp. Wyjaśnił, że informację tę podaje jedynie z ostrożności mając na uwadze przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Przedstawiając stan faktyczny związany*

*z rozwiązaniem umowy, Odwołujący wyjaśnił, że pismem z dnia 30 czerwca 2016r. Prezydent Miasta R., powołując się na § 9 ust. 5 umowy dotyczącej „Utrzymania zieleni w pasach drogowych w mieście R.” poinformował Odwołującego o rozwiązaniu umowy wskazując, że okolicznością powodującą podjęcie takiej decyzji jest „naruszenie zapisów umowy oraz znaczące opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy”. W wyniku podjętej decyzji Prezydent Miasta R. wskazał, że zamierza potrącić z wynagrodzenia za ostatni okres rozliczeniowy karę umowną w wysokości 20 000 zł. Odwołujący wyjaśnił także, iż nie zgadzając się z decyzją Zamawiającego – Miasta R. – wniósł pismem z dnia 4 lipca 2016 r. odpowiedź wskazując, że nie zaszły jakiegokolwiek okoliczności uzasadniające rozwiązanie umowy. Odwołujący wskazał także, iż nie doszło do naruszenia umowy przez wykonawcę. To Zamawiający na etapie realizacji umowy zobowiązany do szczegółowego określenia zakresu przedmiotu umowy przez określenia konkretnych granic poszczególnych lokalizacji, dostarczenia informacji pozwalających na identyfikację obszaru świadczenia usługi, nie dostarczył dokumentów pozwalających na realizację umowy. Wykonawca otrzymywał wynagrodzenie nieadekwatne do rzeczywistych nakładów poniesionej pracy. Wykonawca wielokrotnie zwracał się do Miasta R. o przekazanie prawidłowej dokumentacji. Ponadto w trakcie realizacji umowy zwracał uwagę na fakt, że mimo obowiązku zamawiającego do dokonywania odbiorów wspólnie z przedstawicielem wykonawcy i podpisywania protokołów odbioru przez obie strony, rzekome odbiory odbywały się bez udziału wykonawcy lub faktycznie nie dochodziło do żadnych odbiorów a jedynie sporządzania pisemnej informacji przez samego zamawiającego.*

*W dniu 12 maja 2017r. Zamawiający wezwał Odwołującego w oparciu o art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 8 Pzp do przedstawienia wszelkich dowodów związanych z instytucją samooczyszczenia. W odpowiedzi, wniesionej do Zamawiającego dnia 17 maja 2017r. (pismo z dnia 16 maja), Odwołujący wskazał, że wyjaśnienia i dowody tam przedstawione stanowią tajemnicę handlową przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wskazać należy, że Zamawiający ocenił, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest zasadne i tajemnica ta nie została uchylona. Stąd Izba może odnieść się do powołanych tam twierdzeń jedynie w ogólności, tak aby nie naruszyć prawnie chronionej tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący w treści pisma wyjaśnił także, że konsekwencją uznania, że działanie Zamawiającego sprowadzające się do braku zapłaty za wykonane usługi było złożenie pismem z dnia 31.10.2016 pozwu o zapłatę. Podkreślił, że nie doszło do naruszenia umowy przez wykonawcę, a brak możliwości realizacji umowy leżał po stronie Zamawiającego, który nie określił granic poszczególnych lokalizacji i nie dostarczył informacji i dokumentów pozwalających na identyfikację obszaru świadczenia usługi. Wykonawca uznając, że jest stroną poszkodowaną w omawianej*

sprawie złożył zawiadomienie o podejrzeniu popełnienia przestępstwa. Podkreślił, że w art. 24 ust. 8 Pzp mówi się o instytucji naprawienia szkody, zadośćuczynienia, w przedmiotowym stanie faktycznym nie doszło do wyrządzenia szkody Zamawiającemu. Ponadto w piśmie wskazał na wprowadzone środki zaradcze dotyczące zasad organizacji i poprawy komunikacji pomiędzy pracownikami wykonawcy a kadrą zarządczą, których celem jest wyeliminowanie sytuacji, które mogłyby rzutować na solidność wykonawcy. Do pisma Odwołujący załączył: pismo z dnia 30 czerwca 2016r. Prezydenta R. o rozwiązaniu umowy, pismo z dnia 14 lipca 2016r. Z. U. K. T. Z. J. W., zawierające zastrzeżenia co do rozwiązania umowy, pozew o zapłatę z dnia 31 października 2016r, raport z audytu przeprowadzonego w dniach 12-13 września 2016r.

Z treści pisma z dnia 30 czerwca 2016 r. Prezydenta Miasta R., stanowiącego dowód w sprawie, wynika, że rozwiązanie umowy na „Utrzymanie zieleni w pasach drogowych w mieście R.” nastąpiło w winy wykonawcy ze skutkiem natychmiastowym z powodu rażącego naruszenia przez wykonawcę – Z. U. K. T. Z. J. W. – zapisów umowy oraz znaczącego opóźnienia w wykonywaniu przedmiotu umowy. Wobec rozwiązania umowy ze skutkiem natychmiastowym z przyczyn, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, powołując się na § 8 ust. 1 lit a umowy nałożona została na wykonawcę kara umowna w wysokości 20 000 zł. W załączniku do pisma Zamawiający Miasto R. – wymienił prace, które uległy opóźnieniu, podając nazwy ulic oraz opóźnienia wynoszące odpowiednio min. 14 dni, 12 dni i 2 dni.

W dniu 30 maja 2017 r. Zamawiający poinformował o wykluczeniu Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający wskazał, że badając ofertę pod kątem wykluczenia wziął pod uwagę wyjaśnienia udzielone przez Miasto R. odnośnie równoległe prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na konserwację terenów zieleni, letnie i zimowe utrzymanie chodników w Zabrze. Zamawiający wziął pod uwagę to, że treść złożonego w formularzu JEDZ oświadczenia, jak również złożone dowody były takie same jak dla równoległe toczącego się postępowania. Zamawiający wskazał, że „bezpośrednią przesłanką do stwierdzenia, że wykonawca podlega wykluczeniu z niniejszego postępowania jest udzielona przez Miasto R. odpowiedź – pismo nr SP. 1431.262.2017 z dnia 28.04.2017r.(..). Wynika z niej, że całkowitą winę za rozwiązanie umowy ponosi Wykonawca. Przywołując treść pisma Rudy Śląskiej, Zamawiający wskazał, że zawiera ono ważne dla Zamawiającego informacje – po pierwsze tylko część naliczonych kar umownych została uregulowana a oświadczenie wykonawcy w tym zakresie było odmienne. Po drugie, pismo to wskazuje na rażące naruszenie zapisów umowy oraz znaczące opóźnienie w wykonywaniu przedmiotu umowy, co zdaniem Zamawiającego jest równoznaczne z rażącym niedbalstwem. Wskazał, że w świetle przedstawionych przez Miasto R. faktów, wykonawca, przedstawiając dowody w oparciu o

*art. 24 ust. 8 Pzp nie udowodnił naprawienia szkody, tym samym Zamawiający nie mógł skorzystać z art. 24 ust. 9 Pzp i uznać, że wykonawca nie podlega wykluczeniu.*

*Izba ustaliła, że w aktach sprawy znajduje się pismo z dnia 28 kwietnia 2017 r. skierowane do Miejskiego Zarządu Dróg i Infrastruktury Informatycznej, w którym Miasto R., w odpowiedzi na wniosek z dnia 19 kwietnia, wskazuje, iż umowa na „utrzymanie zieleni w pasach drogowych w mieście R.” zawarta w dniu 11 kwietnia 2016 r na okres od 1.04.2016 do 31.03.2017r. pomiędzy Miastem R. a przedsiębiorcą J. W. została zawarta na kwotę 664 389, 55 zł brutto. Do czasu rozwiązania umowy została wydatkowana kwota 11 253,67 zł brutto. Pismem z dnia 30 czerwca 2016r., powołując się na § 9 ust. 5 umowy, z dniem 1 lipca 2016 r. umowa została wypowiedziana ze skutkiem natychmiastowym z powodu rażącego naruszenia przez wykonawcę zapisów przedmiotowej umowy oraz znaczącego opóźnienia w wykonywaniu przedmiotu umowy. Pomimo zlecenia wykonawcy zakresu prac do wykonania oraz wskazania stosownego terminu do ich wykonania, większość z tych prac w ocenie Zamawiającego została wykonana nieprawidłowo, częściowo, bądź też nie została wykonana w żadnym zakresie. Co więcej prace nie zostały poprawnie wykonane nawet po wyznaczeniu dodatkowego terminu na usunięcie wad ujawnionych w trakcie odbiorów/kontroli. Miasto R. wskazało także, że aktualnie przed Sądem Okręgowym w Gliwicach I Wydział Cywilny toczy się postępowanie sądowe z powództwa Pana J. W.. Przedmiotem postępowania jest żądanie przez Pana J. W. od Miasta R. zapłaty kwoty 104 972,90 zł tytułem wykonanych przez niego usług w ramach umowy, bowiem Pan J. W. nie akceptuje nałożonych na niego przez Miasto R. kar umownych.*

Oceniając przedstawiony powyżej stan faktyczny, Izba wskazała w uzasadnieniu wyroku z 4 lipca 2017 r., że uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 8 i ust. 9 Pzp polegający na bezpodstawnym wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu. Izba uznała, że w zaistniałych okolicznościach sporu nie zachodzi przesłanka z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, skutkująca wykluczeniem Odwołującego z udziału w postępowaniu i wskazała następującą argumentację:

*(...) Dla zaistnienia tej przesłanki niezbędne jest wykazanie przez Zamawiającego, że zachodzą łącznie następujące okoliczności:*

- wykonawca z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał albo nienależycie wykonał wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji (w okresie 3 lat),*
- niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy dotyczyło „istotnego stopnia” tej umowy,*



- niewykonanie lub nienależyte wykonanie doprowadziło do rozwiązania tej umowy albo zasądzenia odszkodowania,

*Dokonując wykładni wskazanego wyżej przepisu ustawy Pzp, należy mieć na uwadze, że stanowi on implementację do porządku prawnego art. 57 ust. 4 lit. g Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE. Nr 94, str. 65), zgodnie z treścią którego wykluczeniu może podlegać wykonawca, który wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji. Zauważyć należy, że ustawodawca unijny wskazuje na „znaczące i uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu” wcześniejszej umowy, co w polskim ustawodawstwie zostało określone jako „niewykonanie lub nienależyte wykonanie w istotnym stopniu umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”. Pojęcie istotności należy zatem odnosić nie tylko do wartości czy zakresu przedmiotu zamówienia, który został niewykonany lub nienależycie wykonany, ale także za ustawodawstwem unijnym należy oceniać czy owe nienależyte wykonanie albo niewykonanie istotnego wymogu umowy było uporczywe i znaczące.*

*Podkreślić należy, że ciężar wykazania zaistnienia wyżej wskazanych okoliczności spoczywa, zgodnie z art. 6kc, w całości na Zamawiającym, który podejmuje decyzję o wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu. Przepis art. 6 kc, statuujący ciężar udowodnienia faktu, należy rozumieć nie tylko jako obarczenie strony postępowania obowiązkiem przekonania Izby dowodami o słuszności swoich twierdzeń, ale przede wszystkim jako nakaz obciążenia jej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności. Tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania odwoławczego (podobnie SN w uzasadnieniu wyroku z 7 listopada 2007 roku wydanego w sprawie o sygn. akt II CSK 293/07). Nie ulega zatem wątpliwości, że uzasadnienie faktyczne czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu powinno zawierać wskazanie faktów, które Zamawiający uznał za udowodnione, mające jednoznacznie potwierdzać, że rozwiązanie umowy było zasadne i wynikało wyłącznie z przyczyn leżących po stronie wykonawcy a ponadto winno wskazywać, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie dotyczyło istotnego stopnia umowy. Brak wykazania choćby jednej z tych przesłanek wyłącza możliwość zastosowania przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp.*

*W analizowanym stanie faktycznym, nie ulega wątpliwości, co przyznał sam Odwołujący, że doszło do rozwiązania umowy z Miastem R. Jak wynika z pisma z dnia 30*

maja 2017 r. Zamawiający jednak nie odniósł się do pozostałych przesłanek, określonych w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp. Wskazał jedynie, że bezpośrednią przesłanką do stwierdzenia, że wykonawca podlega wykluczeniu z niniejszego postępowania jest udzielona przez Miasto R. odpowiedź, z której wynika, że całkowitą winę za rozwiązanie umowy ponosi Wykonawca.

Izba wskazuje, że w analizowanej sprawie nie wykazano przede wszystkim, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy wynika z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Przeciwnie, jak wynika z wyjaśnień Odwołującego oraz samego pisma Miasta R., sprawa naliczenia kar umownych za nienależyte wykonanie lub niewykonanie umowy oraz z tytułu rozwiązania umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy jest kwestią sporną, zawisłą przed Sądem Okręgowym w Gliwicach I Wydział Cywilny. Odwołujący sprzeciwił się rozwiązaniu umowy przez Zamawiającego i nałożeniu kary umownej, wskazując, że nie doszło do naruszenia umowy przez wykonawcę, a brak możliwości realizacji umowy leżał po stronie Zamawiającego, który nie określił granic poszczególnych lokalizacji i nie dostarczył informacji i dokumentów pozwalających na identyfikację obszaru świadczenia usługi. Zatem, sprawa rozwiązania umowy jest sprawą sporną i brak jednoznacznego dowodu na to, że rozwiązanie umowy nastąpiło w przyczyn leżących wyłącznie po stronie wykonawcy. Z pisma o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu wynika także, że Zamawiający nie analizował w ogóle przesłanki dotyczącej stopnia niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Argumentacja Zamawiającego podniesiona w toku rozprawy odnosząca się do istotnego stopnia niewykonania bądź nienależytego wykonania umowy jest na tym etapie spóźniona. Podzielić jednak należy przywołane przez Zamawiającego pojęcie „istotności” zdefiniowane w orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3.02.2017r. Sygn. akt KIO 139/17, że pod pojęciem istotny, należy rozumieć nie tylko istotny wartościowo lub rzeczowo zakres nienależytego wykonania lub niewykonania, ale także spełnienie przez wykonawcę świadczenia nieodpowiadającego istotnym dla zamawiającego wymaganiom, wynikającym z umowy a także powtarzające się nagminnie te same wady świadczenia, notoryczne niedochowanie terminów. Jednak, w ocenie Izby w tym postępowaniu Zamawiający nie wykazał, że owa istotność zachodzi. Przywołane w piśmie procesowym Zamawiającego z dnia 29 czerwca 2017r. umowy zawarte przez Odwołującego z Miastem Z. lub Zamawiającym, w trakcie realizacji których naliczono wykonawcy kary umowne za niewykonanie lub nienależyte wykonanie usług albo nie zostały rozwiązane przed upływem okresu ich obowiązywania albo zasadność naliczenia kar umownych jest poddana ocenie sądów powszechnych. Kwestie naliczenia kar umownych z tytułu nienależytego wykonania innych umów, wskazanych przez Zamawiającego nie ma znaczenia dla oceny zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp. Ze złożonych jako dowód w sprawie dokumentów uzyskanych w drodze dostępu do informacji

*publicznej z Zarządu Dróg Miejskich w G. wynika, że na wykonawcę zostały nałożone kary umowne z tytułu nienależytego wykonania umowy, jednak żadna z umów zawartych z Odwołującym nie została rozwiązana przed terminem jej zakończenia. Zauważyć należy, że kary umowne ze swej istoty wynikają z treści samych umów i są one naliczane niezależnie od winy wykonawcy w nienależytym wykonaniu bądź niewykonaniu umowy. Fakt naliczenia kar umownych nie można utożsamiać z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, a tylko takie działanie mogłoby stanowić skuteczną przesłankę do zastosowania art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp. Okoliczność naliczenia kar umownych z tytułu realizacji różnych umów, nie może też świadczyć o uporczywym i nagminnym braku wywiązywania się z obowiązków umownych. Przepis art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp odnosi się do niewykonania lub nienależytego wykonania konkretnej danej umowy a nie szeregu innych umów.*

*Izba uznała także za zasadny zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 a Pzp polegający na zaniechaniu podania przez Zamawiającego powodów, dla których uznał, że dowody przedstawione przez wykonawcę są niewystarczające. (...) W przekazanym Odwołującemu piśmie z dnia 30 maja 2017 r. informującym o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu, Zamawiający w ogóle nie poddał ocenie dokumenty i wyjaśnienia złożone przez wykonawcę w dniu 16 maja 2017 r. w wyniku zastosowania przez Zamawiającego procedury self cleaning. (...) z pisma informującego o wykluczeniu nie wynika, aby Zamawiający podjął jakąkolwiek próbę oceny złożonych przez Odwołującego dowodów (...).*

Izba w niniejszej sprawie dopuściła jako dowód akta postępowania o sygn. akt KIO 1166/17 i przyjęła za własne dokonane wówczas przez Izbę ustalenia.

Ponadto Izba ustaliła, że pismem z 22 września 2017 r. Zamawiający ponownie dokonał wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp. Zamawiający w treści pisma wskazał, że odnosi się ono do dowodów skutecznie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, wobec czego uzasadnienie wykluczenia podane przez Zamawiającego Izba może przedstawić na takim poziomie ogólności, który nie naruszy tajemnicy przedsiębiorstwa oraz w takim zakresie, jaki został ujawniony przez samego Odwołującego w treści odwołania.

Uzasadniając wykluczenie Odwołującego, Zamawiający wskazał, że podejmując decyzję oparł się na następujących dokumentach: pismo z 30 czerwca 2016 r. Prezydenta Rudy Śląskiej o rozwiązaniu umowy wraz z załącznikiem (zestawienie prac, które nie zostały wykonane lub zostały wykonane nieprawidłowo (tajemnica przedsiębiorstwa), pismo Odwołującego z 14 lipca 2016 r. zawierające zastrzeżenia co do rozwiązania umowy (tajemnica przedsiębiorstwa), pozew o zapłatę z 31 października 2016 r. (tajemnica

przedsiębiorstwa), raport z audytu przeprowadzonego w dniach 12-13 września 2016 r. (tajemnica przedsiębiorstwa), kopia umowy zawartej przez Odwołującego z Miastem R., kopia certyfikatu wydanego przez T. N. P. Sp. z o.o., kopia certyfikatu wydanego przez P. A. J. C. Sp. z o.o., kopia listu gratulacyjnego wydanego przez R.W.T.U.V. P. Sp. z o.o., pismo Zamawiającego do I Zastępcy Prezydenta Miasta R., odpowiedź Miasta R. z 28 kwietnia 2017 r., pisma zawierające informacje o naliczonych karach umownych przez Zarząd Dróg Miejskich w G. i Miejski Zarząd Ulic i Mostów w C., Opis przedmiotu zamówienia dotyczący utrzymania zieleni w pasach drogowych w mieście R. oraz zawiadomienie o wyniku postępowania dotyczącego ww. zadania.

Zamawiający stwierdził, że doszło do rozwiązania umowy z winy wykonawcy, na poparcie czego przywołał treść pism z Miasta R. z 30 czerwca 2017 r. i z 28 kwietnia 2017 r. Odnosząc się do przedłożonego przez Odwołującego pozwu o zapłatę Zamawiający stwierdził, że pozew ten nie neguje faktu rozwiązania umowy, a z dokumentu tego nie wynika, że rozwiązanie umowy jest kwestią sporną i że nie nastąpiło z winy wykonawcy, a jedynie że wykonawca domaga się zapłaty należności z tytułu faktur wystawionych w związku z realizacją umowy. Ponadto Zamawiający stwierdził, że w piśmie z 4 lipca 2016 r. Odwołujący nie odniósł się merytorycznie do kwestii niewykonania bądź nienależytego wykonania umowy i nie przedstawił uzasadnienia dla wskazanych przez Miasto R. opóźnień. Zamawiający wskazał, że wątpliwy dla niego jest fakt zgłaszania zastrzeżeń dotyczących odbiorów prac dopiero po rozwiązaniu umowy. Podkreślił bierność wykonawcy w zakresie działań zmierzających do ustalenia istnienia stosunku prawnego. Stwierdził, że przyczyną rozwiązania umowy było nienależyte wykonanie kluczowego elementu przedmiotu zamówienia, co miało charakter uporczywy i znaczący, o czym świadczy zestawienie prac niewykonanych lub wykonanych nienależycie, załączone do pisma z Urzędu Miasta R. z 30 czerwca 2016 r. Zamawiający wskazał na rozbieżności między oświadczeniem wykonawcy a informacją z Urzędu Miasta R. w zakresie wysokości oraz faktu uregulowania kar umownych. Odnosząc się do wskazanych przez Odwołującego działań naprawczych Zamawiający zakwestionował wartość przeprowadzonego audytu oraz stwierdził m.in., że mechanizmy wprowadzone dopiero po rozwiązaniu umowy z R. są powszechnie znane i stosowane przez przedsiębiorców, natomiast posiadane certyfikaty nie przekładają się na jakość i fachowość prowadzonych prac.

Oceniając czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania w pierwszej kolejności należy wskazać, że w wyroku z 4 lipca 2017 r. Izba jednoznacznie wskazała, że nie zaistniały przesłanki do dokonania tej czynności i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania. Podkreślenia wymaga również, że nie jest prawdą, jakoby uwzględnienie odwołania było wynikiem jedynie

formalnych braków w uzasadnieniu wykluczenia, Izba bowiem uwzględniła odwołanie z 8 czerwca 2017 r. w całości, a w uzasadnieniu wprost wskazała, że zarzut dotyczący wykluczenia był zasadny, nie jest więc tak, że zasadny okazał się tylko zarzut dotyczący naruszenia art. 92 ust. 1 a ustawy Pzp.

Stwierdzić należy, że wykluczenie Odwołującego z postępowania oceniane w obecnym postępowaniu odwoławczym – choć formalnie było nową czynnością Zamawiającego – to pod względem merytorycznym było ono czynnością taką samą, jak objęta wcześniejszym orzeczeniem Izby, opartą na stanie faktycznym ustalonym już przed pierwszym wykluczeniem Odwołującego. Zamawiający oparł się na tych samych okolicznościach i dokumentach, które podlegały ocenie w poprzednim postępowaniu odwoławczym, nie przeprowadził żadnych dodatkowych czynności skutkujących dokonaniem nowych ustaleń ani nie pozyskał nowych dowodów, które potwierdzałyby zasadność wykluczenia. Skład orzekający w niniejszej sprawie nie dopatrył się w związku z tym żadnych podstaw do dokonania odmiennej oceny, niż ocena wyrażona w wyroku z 4 lipca 2017 r., gdyż nie zaistniały żadne nowe okoliczności uprawniające do odmiennego stanowiska. W związku z tym Izba podziela wyrażone w uzasadnieniu ww. wyroku poglądy dotyczące kwestii zaistnienia przesłanek z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp i przyjmuje je za własne, stwierdzając, że z przyczyn wskazanych wówczas przez Izbę, które pozostają aktualne w tym postępowaniu odwoławczym, brak było podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Szczególnego podkreślenia wymaga, że w uzasadnieniu wyroku z 4 lipca 2017 r. Izba wyraźnie stwierdziła, że nie ma jednoznacznego dowodu na to, że rozwiązanie umowy nastąpiło w przyczyn leżących wyłącznie po stronie wykonawcy. Ocenę taką Izba oparła na ustaleniu, że sprawa naliczenia kar umownych za nienależyte wykonanie lub niewykonanie umowy oraz z tytułu rozwiązania umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy jest kwestią sporną, zawisłą przed Sądem Okręgowym w Gliwicach I Wydział Cywilny. Mimo że wskazana wyżej okoliczność, która legła u podstaw ww. orzeczenia Izby, nie uległa żadnej zmianie do dnia wydania wyroku w niniejszej sprawie (Odwołujący przedstawił dowód potwierdzający, że sprawa jest nadal jest w toku, a Zamawiający nie przedstawił żadnego dowodu przeciwnego), Zamawiający – zdając się nie dostrzegać oceny dokonanej przez Izbę – raz jeszcze dokonał wykluczenia Odwołującego z postępowania, wskazując ponownie, że do rozwiązania umowy doszło z winy wykonawcy, na poparcie czego przywołał treść pism z Miasta R. z 30 czerwca 2017 r. i z 28 kwietnia 2017 r., tj. tych samych pism, na podstawie których stwierdził już wcześniej istnienie podstaw do wykluczenia, co jednak zanegowała Krajowa Izba Odwoławcza. Przytoczone wyżej twierdzenie Zamawiającego, przy braku nowych ustaleń i dowodów, stoi w oczywistej sprzeczności z wcześniejszym stanowiskiem

Izby, a argumentacja jaką Zamawiający przywołuje na poparcie swoich tez jest wyrazem jego własnej interpretacji stanu faktycznego, odmiennej od interpretacji przedstawionej przez Izbę, która jednoznacznie stwierdziła, że fakt prowadzenia sporu sądowego w sprawie naliczenia kar umownych za nienależyte wykonanie lub niewykonanie umowy oraz z tytułu rozwiązania umowy nie pozwala przyjąć, że rozwiązanie umowy nastąpiło z winy Odwołującego. Niezrozumiałe i stojące w sprzeczności ze stanowiskiem Izby jest twierdzenie Zamawiającego, jakoby wytoczenie powództwa o zapłatę było niewystarczające, a konieczne było wytoczenie powództwa o ustalenie istnienia stosunku prawnego. W tym zakresie Izba podziela stanowisko przedstawione w odwołaniu, że fakt ustania stosunku prawnego nie jest negowany (co jednak nie oznacza przyznania, że do rozwiązania umowy nastąpiło z winy wykonawcy), a do wystąpienia z powództwem o ustalenie konieczne jest wykazanie interesu prawnego, którego nie ma osoba mogąca inną drogą osiągnąć w pełni ochronę swych praw. Nie sposób również podzielić wątpliwości Zamawiającego w zakresie zgłaszania nieprawidłowości przy odbiorze prac wykonanych na rzecz Miasta R. Fakt zgłaszania tych zastrzeżeń został przez Odwołującego wykazany, Odwołujący złożył kopię uwag zgłoszonych do protokołu odbioru prac, wykazał również, że posiada status pokrzywdzonego w postępowaniu prowadzonym przez prokuraturę rejonową w Tarnowskich Górach w sprawie przekroczenia uprawnień przez pracowników Urzędu Miasta R..

Ustalenie, że brak jest dowodu na to, że do rozwiązania umowy doszło z winy wykonawcy, powoduje samo w sobie bezzasadność czynności wykluczenia, warunkiem koniecznym do dokonania tej czynności – zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp – jest bowiem ustalenie, że wykonawca z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał lub nienależyte wykonał umowę, co doprowadziło do jej rozwiązania lub zasądzenia odszkodowania. Dopiero przy zaistnieniu takiej sytuacji konieczna staje się ocena, czy niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy było istotne. W niniejszej sprawie Zamawiający w uzasadnieniu czynności wykluczenia przedstawił wywód mający potwierdzać, że Odwołujący nienależyte wykonał umowę z Miastem R. w stopniu istotnym, jednak istotne jest to, że Zamawiający nie posiadał (i po wyroku z 4 lipca 2017 r. nie pozyskał) dowodu na to, że rozwiązanie umowy wynikało z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Następnie stwierdzić należy, że ustalenie, że Odwołujący nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, jest wystarczającą podstawą do uwzględnienia odwołania. Należy bowiem wziąć pod uwagę, że przepisy art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp określające zasady tzw. self-cleaning, odnoszą się do wykonawcy, który podlega wykluczeniu m.in. na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy. Zatem w sytuacji, gdy określona w tym przepisie przesłanka wykluczenia nie zachodzi, zbędne jest ocenianie procedury

samooczyszczenia wykonawcy. W związku z powyższym dowody złożone przez Odwołującego na okoliczność skuteczności self-cleaning (dokumenty dotyczące realizacji innych umów zarządzenie nr 2/13, certyfikat z audytu, dowód udziału w finale konkursu Modernizacja Roku 2016), nie były niezbędne dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy, tym niemniej na marginesie należy stwierdzić, że chociaż Zamawiający – w przeciwieństwie do pierwszego wykluczenia – przedstawił uzasadnienie uznania procedury self-cleaning za nieskuteczną, to z przyczyn podniesionych i wykazanych przez Odwołującego nie sposób uznać tego uzasadnienia za merytorycznie poprawne.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że Zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust. 1 i art. 24 ust. 5 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp poprzez niezasadne wykluczenie Odwołującego z postępowania. W związku z tym, że naruszenie wskazanych przepisów miało wpływ na wynik postępowania, skutkując jego unieważnieniem na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, odwołanie – stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy – podlegało uwzględnieniu.

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

**Przewodniczący:** .....