

WYROK
z dnia 8 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala
Danuta Dziubińska
Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 stycznia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 grudnia 2017 r. przez wykonawcę **Dalin Sp. z o.o., ul. Stalowa 17, 41-500 Chorzów**, w postępowaniu pn. „Dostawa osprzętu wiertniczego: żerdzi i łączników oraz pozostałych elementów przewodu wiertniczego dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej Sp. z o.o. w 2018 r. – dla grupy 295-6”,

prowadzonym przez zamawiającego: **Polska Grupa Górnicza S.A, ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice**

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących naruszenia przez zamawiającego następujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017, poz. 1579):
 - 1.1. art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25a ust. 1 pkt 1 w związku z ich niezastosowaniem i w konsekwencji zaniechaniem wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentu JEDZ i załączonych oświadczeń w części dotyczącej samooczyszczenia,
 - 1.2. art. 92 ust. 1a w związku z jego niezastosowaniem i w konsekwencji zaniechaniem

wskazania powodów, dla których wyjaśnienia odwołującego złożone w trybie samooczyszczenia nie zostały uznane za wystarczające,

- 1.3. art. 92 ust. 1 pkt 2 w związku z zaniechaniem wskazania okoliczności świadczących o zasadności odstąpienia przez zamawiającego od umowy nr 701604090, przez Kompanię Węglową S.A. od umowy nr e-Ru 331600945 oraz przez Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. od umów nr 061500481 i 061600623 w związku z istotnym niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy z przyczyn leżących po stronie odwołującego,
- 1.4. art. 91b ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z ich bezpodstawnym zastosowaniem i w konsekwencji zaniechaniem zaproszenia odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej, podczas gdy oferta odwołującego nie podlegała odrzuceniu, gdyż odwołujący nie podlegał wykluczeniu.

2. **Uwzględnia odwołanie** i nakazuje zamawiającemu:

- 2.1. unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania w części 1, 2 i 4 wykonawcy Dalin Sp. z o.o., ul. Stalowa 17, 41-500 Chorzów, na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017, poz. 1579), i w konsekwencji – uznania jego oferty za odrzuconą,
 - 2.2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Polską Grupę Górniczą S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice, i:
- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Dalin Sp. z o.o., ul. Stalowa 17, 41-500 Chorzów, tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od zamawiającego: Polska Grupa Górnicza S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice, na rzecz odwołującego Dalin Sp. z o.o., ul. Stalowa 17, 41-500 Chorzów, kwotę 19 036,71 zł (dziewiętnaście tysięcy trzydzieści sześć złotych, siedemdziesiąt jeden groszy) tytułem zwrotu kosztu uiszczonego wpisu od odwołania oraz zwrotu kosztów poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i z tytułu dojazdu na rozprawę.

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 Katowicach.

Przewodniczący:

.....

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Polska Grupa Górnicza Sp. z o.o., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa osprzętu wiertniczego: żerdzi i łączników oraz pozostałych elementów przewodu wiertniczego dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej Sp. z o.o. w 2018 r. – dla grupy 295-6”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 listopada 2017 r., nr 2017/S 224-466883. Zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych w ramach siedmiu części. Niniejsze postępowanie odwoławcze dotyczy części nr 1, 2 i 4. W częściach tych ofertę złożył m.in. wykonawca Dalin Sp. z o.o., ul. Stalowa 17, 41-500 Chorzów (dalej: „Dalin” lub „odwołujący”). Zamawiający przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz”) dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem jednoetapowej aukcji elektronicznej. W dniu 15 grudnia 2017 r. zamawiający zaprosił wykonawców do aukcji elektronicznej oraz poinformował, że wykonawcą niezaproszonym do aukcji jest wykonawca Dalin, który podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, zaś jego oferta zostaje uznana za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

W dniu 22 grudnia 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę Dalin, w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 5 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579), zwanej dalej „ustawą Pzp”, w związku z niezasadnym wykluczeniem odwołującego w części zamówienia nr 1, 2 i 4 oraz uznaniem jego oferty za odrzuconą, podczas gdy nie doszło do sytuacji, w której odwołujący z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę, co skutkowałoby rozwiązaniem umowy,
2. art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp w związku z jego niezastosowaniem i w konsekwencji uniemożliwieniem odwołującemu skorzystania z procedury tzw. samooczyszczenia,
3. art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25a ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w związku z ich niezastosowaniem i w konsekwencji zaniechaniem wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentu JEDZ i załączonych oświadczeń, w części dotyczącej tzw. „samooczyszczenia”,
4. art. 92 ust. 1a ustawy Pzp w związku z jego niezastosowaniem i w konsekwencji zaniechaniem wskazania powodów, dla których wyjaśnienia odwołującego złożone w trybie samooczyszczenia nie zostały uznane za wystarczające,

5. art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z zaniechaniem wskazania okoliczności świadczących o zasadności odstąpienia przez zamawiającego od umowy nr 701604090, przez Kompanię Węglową S.A. od umowy nr e-Ru 331600945 oraz przez Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. od umów nr 061500481 i 061600623 w związku z istotnym niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy z przyczyn leżących po stronie odwołującego,
6. art. 91b ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w związku z ich bezpodstawnym zastosowaniem i w konsekwencji zaniechaniem zaproszenia odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej, podczas gdy oferta odwołującego nie podlegała odrzuceniu, gdyż odwołujący nie podlegał wykluczeniu.

W szczególności odwołujący wskazał, że w stosunku do żadnej z czterech umów wymienionych przez zamawiającego w piśmie z dnia 15 grudnia 2017 r., nie zaszły okoliczności określone w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp.

W przypadku pierwszej umowy nr 701604090 z dnia 23 listopada 2016 r. zawartej z zamawiającym, odwołujący wskazał, że dokonane przez zamawiającego wypowiedzenie ww. umowy było nieskuteczne, ponieważ zostało złożone w dniu 20 czerwca 2017 r., kiedy to strony nie były już związane przedmiotową umową, bowiem wcześniej - pismem z dnia 28 kwietnia 2017 r. wykonawca Dalin odstąpił od tej umowy z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Podstawą faktyczną złożonego przez odwołującego oświadczenia o odstąpieniu od ww. umowy była zwłoka w spełnieniu przez zamawiającego świadczenia wzajemnego w postaci zapłaty wynagrodzenia za dostarczone zgodnie z umową noże kombajnowe. Zatem w dniu 20 czerwca 2017 r., tj. w dniu złożenia przez zamawiającego oświadczenia o wypowiedzeniu umowy, brak było, zdaniem odwołującego, substratu w postaci umowy do złożenia tego typu oświadczenia. Jednocześnie w związku z w pełni uprawnionym wstrzymaniem przez wykonawcę Dalin dalszych dostaw w oparciu o art. 552 i art. 490 § 1 Kodeksu cywilnego zamawiający nie miał podstaw faktycznych do wypowiedzenia umowy z powodu zwłoki w wykonaniu tych dostaw. Wskazane w treści decyzji o wykluczeniu rzekome niedotrzymanie terminu realizacji zamówienia oraz brak reakcji w sprawie realizacji zamówień, nie jest więc przejawem nienależytego wykonania przez wykonawcę Dalin umowy, skoro skutecznie odstąpił on od umowy z zamawiającym. Odwołujący załączył także do odwołania kopie korespondencji pomiędzy nim a zamawiającym w sprawie zaległości w zapłacie wynagrodzenia wynikającego z ww. umowy.

W przypadku drugiej umowy nr e-Ru 331600945 zawartej z Kompanią Węglową S.A. odwołujący zakwestionował przede wszystkim zachowanie warunków formalnych oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Przedmiotowe oświadczenie zostało złożone przez osoby opisane jako pełnomocnicy Kompanii Węglowej, jednakże odwołujący otrzymał je

w przesyłce listowej nadanej przez zamawiającego (Polską Grupę Górniczą). Do oświadczenia nie został dołączony dokument pełnomocnictwa, na podstawie którego można byłoby stwierdzić, czy w dacie złożenia tego oświadczenia, tj. 29 kwietnia 2016 r., osoby podpisane pod oświadczeniem były umocowane do jego złożenia w imieniu i na rzecz Kompanii Węglowej. Powyższa okoliczność, jak również fakt, że osoby podpisane pod tym oświadczeniem były już w tym czasie pracownikami PGG Sp. z o.o., wzbudziła u odwołującego wątpliwości co do skuteczności złożenia ww. oświadczenia. W tych okolicznościach, zdaniem odwołującego, zamawiający nie wykazał, by Kompania Węglowa skutecznie odstąpiła od umowy numer e-Ru 331600945, jak też nie wykazał, by do złożenia tego oświadczenia doszło na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w istotnym stopniu, z przyczyn leżących po stronie wykonawcy Dalin.

W przypadku trzeciej umowy nr 061500481 z dnia 26 marca 2015 r. zawartej z Jastrzębską Spółką Węglową S.A. odwołujący podniósł, że spór w zakresie istnienia podstaw do odstąpienia od tej umowy, jak również odpowiedzialności za ten stan rzeczy, został poddany pod rozstrzygnięcie Sądu Rejonowego w Rybniku (sygn. akt. VI GC 252/16). Biorąc powyższe pod uwagę, zarówno JSW S.A, jak i tym bardziej zamawiający - PGG Sp. z o.o., nie miał żadnych podstaw do twierdzenia, iż odstąpienie od umowy nr 061500481 nastąpiło z przyczyn zależnych od spółki Dalin, a co za tym idzie - sprawa odstąpienia przez JSW S.A. od tej umowy nie może stanowić podstawy faktycznej wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Odwołujący podniósł także, że wyjaśnienia w sprawie ww. umowy przedstawił w dokumencie JEDZ w ramach procedury samooczyszczenia, co obligowało zamawiającego na podstawie art. 92 ust. 1a ustawy Pzp do uzasadnienia uznania tych wyjaśnień za niewystarczające. Zamawiający nie wykazał ponadto, by do odstąpienia od ww. umowy doszło na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w istotnym stopniu, z przyczyn leżących po stronie wykonawcy Dalin. Odwołujący załączył także do odwołania kopię wyroku Sądu Rejonowego w Rybniku z dnia 12 maja 2017 r. sygn. akt: VI GC 1514/16 oraz kopię wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 12 września 2017 r. sygn. akt. X Ga 304/17 oddalającego apelację JSW S.A. na ww. wyrok o sygn. akt: VI GC 1514/16, które to wyroki dotyczyły innej sprawy niż umowa nr 061500481 powołana przez zamawiającego w piśmie informującym odwołującego o wykluczeniu. Ponadto odwołujący dołączył do odwołania kopię sprzeciwu JSW S.A. od nakazu zapłaty w sprawie o sygn. akt. VI GC 252/16.

W przypadku czwartej umowy nr 061600623 zawartej także z Jastrzębską Spółką Węglową S.A. odwołujący podniósł, że podstawą złożonego przez JSW S.A. oświadczenia o odstąpieniu od tej umowy były rzekome wady dostarczonych przez wykonawcę Dalin noży kombajnowych. JSW SA. powołała się na wyniki badań przeprowadzonych przez podmiot jednostronnie przez nią wybrany. Odwołujący zakwestionował poprawność

i rzetelność wykonanych badań oraz dokonane przez JSW S.A. odstąpienie od umowy na tej podstawie. Również w tej sprawie toczy się postępowanie przed sądem powszechnym. Odwołujący uzyskał nakaz zapłaty Sądu Rejonowego w Rybniku z dnia 2 października 2017 r. sygn. akt: VI GNc 2234/17, który dotyczy bezpośrednio umowy numer 061600623. Jak dotąd odwołujący nie otrzymał żadnego sprzeciwu do ww. nakazu zapłaty, w tym sprzeciwu kwestionującego zasadność wynagrodzenia za wykonanie umowy nr 061600623. W przypadku złożenia takiego sprzeciwu przedmiotem postępowania sądowego będzie ocena zasadności dokonanego przez JSW S.A. odstąpienia od umowy, jak również ocena, czy odwołujący dopuścił się niewykonania lub nienależytego wykonania tej umowy. Odwołujący podniósł także, że wyjaśnienia w sprawie ww. umowy przedstawił w dokumencie JEDZ w ramach procedury samooczyszczenia, co obligowało zamawiającego na podstawie art. 92 ust. 1a ustawy Pzp do uzasadnienia uznania tych wyjaśnień za niewystarczające. Ponadto, zdaniem odwołującego, skoro zamawiający uznał, że wyjaśnienia te są niewystarczające dla oceny nieistnienia podstawy do wykluczenia z postępowania, powinien wezwać odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 w zw. z art 25a ust. 1 pkt 1 lub też art. 24 ust. 8 ustawy Pzp do przedstawienia dodatkowych twierdzeń, czy też dowodów, celem uzupełnienia dokumentu JEDZ i zawartych w nim oświadczeń dotyczących braku podstaw do wykluczenia.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o:

1. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania w części nr 1, 2 i 4 i czynności odrzucenia jego oferty,
2. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej pozostałych wykonawców z wyłączeniem odwołującego, w części zamówienia nr 1, 2 i 4,
3. nakazanie zamawiającemu wezwania odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień i dokumentów w trybie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp,
4. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania oferty, dokumentu JEDZ i złożonych dodatkowo oświadczeń w trybie tzw. „samooczyszczenia”, pod kątem istnienia podstaw do wykluczenia w części zamówienia nr 1, 2 i 4,
5. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej w części zamówienia nr 1, 2 i 4.
6. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

W trakcie posiedzenia zamawiający oświadczył, że uwzględni zarzuty nr 3, 4, 5 i 6, tj. zarzuty dotyczące naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25a ust. 1 pkt 1, art. 92 ust. 1a, art. 92 ust. 1 pkt 2 i art. 91b ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zamawiający oświadczył także, że unieważni czynność wykluczenia odwołującego z postępowania,

wezwie go na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów w celu samooczyszczenia w zakresie wszystkich czterech kwestionowanych umów, jak też oświadczył, że nie przeprowadził dotąd aukcji elektronicznej i nie przeprowadzi jej do czasu dokonania czynności związanych z wezwaniem odwołującego do uzupełnienia dokumentów. W związku z uwzględnieniem ww. zarzutów przez zamawiającego, odwołanie w tym zakresie podlegało umorzeniu.

Pozostałe zarzuty nr 1 i 2, tj. zarzuty dotyczące naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 oraz art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp, nie zostały uwzględnione przez zamawiającego, jak też nie zostały cofnięte przez odwołującego, dlatego też podlegają rozpoznaniu przez Izbę.

W zakresie zarzutów podlegających rozpoznaniu strony na rozprawie zajęły następujące stanowiska.

Odwołujący wskazał w szczególności w odniesieniu do umowy zawartej z zamawiającym, że w związku z zaległościami zamawiającego w wypłacie wynagrodzenia, wyznaczył dodatkowy 7-dniowy termin zapłaty, który również nie został przez zamawiającego dochowany, mimo że wystarczająco długi był już termin wynikający z umowy, tj. 120 dni. Podkreślił też, że harmonogram zapłaty zaległych faktur został narzucony przez zamawiającego, zaś odwołujący nie wyrażał na to zgody. Nie zgodził się też z zamawiającym, że oświadczenie z dnia 28 kwietnia 2017 r. o odstąpieniu przez wykonawcę Dalin od umowy, było obarczone brakiem formalnym, ponieważ w ocenie odwołującego, wskazanie części umowy, od której strona odstępuje, nie warunkuje skuteczności odstąpienia. Ponadto zakwestionował wiarygodność wyników badań noży kombajnowych będących przedmiotem tej umowy, ponieważ wbrew postanowieniom umowy, wszystkie trzy badania, były wykonane na zlecenie Instytutu Techniki Górniczej KOMAG przez inne jednostki niż sam Instytut.

Odnosząc się do umów zawartych z JSW S.A. odwołujący zauważył, że dostawy uznane za wadliwe miały wartość około kilku tysięcy złotych, wobec kilkumilionowej wartości tych umów. W ramach każdej umowy (061500481 i 061600623), jedna dostawa była uznawana za wadliwą, po czym nie następował odbiór kolejnych dostaw.

Zamawiający wskazał w szczególności w odniesieniu do zawartej z nim umowy, że odstąpił od niej z powodu nienależytego wykonywania dostaw, przy czym ze względu na istotność tych dostaw dla pracy zamawiającego oraz ilość opóźnień, zamawiający uznał, że umowa nie była wykonywana w stopniu istotnym. Zamawiający wyjaśnił też, że zgodnie z art. 491 § 2 KC, nie uznał odstąpienia z dnia 28.04.2017 r. od ww. umowy, ponieważ odwołujący w oświadczeniu o odstąpieniu nie wskazał, w jakiej części odstępuje od umowy, co powoduje bezskuteczność tego odstąpienia.

Odnosząc się do umowy zawartej z Kompanią Węglową zamawiający wskazał, że to skąd pismo zostało nadane, nie ma znaczenia dla skuteczności czynności prawnej, a tym samym nie znaczenia dla skuteczności odstąpienia od umowy. Przedstawił ponadto pełnomocnictwa dla pełnomocników Kompanii Węglowej, które nie były odwołane w dniu odstąpienia od umowy zawartej z odwołującym i z których wynika, że pełnomocnicy ci byli umocowani do odstąpienia od umowy. Wskazał także, że odstąpienie od umowy przez Kompanię Węglową nastąpiło z powodu niezrealizowania dostawy 1600 noży.

Odnosząc się do umów zawartych z JSW S.A. zamawiający stwierdził, że w sprawie tych umów nie toczą się spory sądowe o to, czy odstąpienia od tych umów są zasadne, a same nakazy zapłaty nie dowodzą, że sąd będzie się zajmował oceną skuteczności tych umów.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechanie zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W pkt XI.2.3) specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz”) zamawiający przewidział, że wykluczy z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z Zamawiającym, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

Odwołujący złożył ofertę, do której załączył m.in. jednolity europejski dokument zamówienia (dalej: „JEDZ”), w którym na pytanie: Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne

porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?, zaznaczył odpowiedź „Tak”. Poniżej odwołujący wskazał:

„JSW S.A. bez żadnych merytorycznych podstaw odstąpiła od umowy o nr 061500481 z dnia 26 marca 2015r. W związku z tym Spółka Dalin wstąpiła na drogę postępowania sądowego (sygnatura akt VI GC 252/16) w wyniku której otrzymała nakaz zapłaty przeciw JSW S.A. Ponieważ jednak JSW S.A. złożyła sprzeciw od w/w wyroku sprawa nie jest do dnia dzisiejszego prawomocnie rozstrzygnięta, w związku z czym nie można uznać, iż Wykonawca jest winien nienależytego wykonania umowy. W przypadku bezpodstawnego odstąpienia przez JSW S.A. od umowy o nr 061600623 z dnia 09.08.2016r. spółka Dalin wstąpiła na drogę prawną jednak do dnia dzisiejszego sprawa powyższa nie została przez sąd prawomocnie rozstrzygnięta. Niemniej jednak w przedmiocie niniejszej umowy w sądzie Rejonowym w Rybniku zapadł już pierwszy pozytywny wyrok (sygnatura akt. VI GC 1514/16) oddalający roszczenia JSW S.A. a tym samym potwierdzający stanowisko Wykonawcy o należyтым wykonaniu przez niego umowy. Ponadto JSW S.A. z umów o nr 061600510 z dnia 21.06.2016r., 061600511 z dnia 21.06.2016 r. oraz 061600812 z dnia 13.10.2016 r., zgłosiła roszczenia finansowe, które to roszczenia zostały oddalone przez Sąd Rejonowy w Rybniku (sygnatura akt. VI GC 1514/16) natomiast pozostałe są przedmiotem postępowania prawnego”.

Na pytanie w JEDZ: Czy przedsięwzięto środki w celu wykazania Państwa rzetelności / („samooczyszczenie”)?, odwołujący zaznaczył odpowiedź „Tak”, po czym poniżej wskazał:

„Sprawy bezpodstawnych wypowiedzeń umów oraz wysuwania bezpodstawnych roszczeń przez JSW S.A. zostały skierowane na drogę postępowania sądowego w ramach których zapadło wiele korzystnych dla Wykonawcy wyroków m. in. VI GC 1514/16 oraz VI GC 252/16 rozstrzygnięte przez Sąd Rejonowy w Rybniku. W kolejnych sprawach wydane zostały nakazy, zaś Wykonawca skierował do rozstrzygnięcia przed sądem kolejne pozwy. Wykonawca podjął również stosowne kroki w celu windykacji należności z tytułu niesłusznie potrąconych kar i odszkodowań”.

Ponadto odwołujący dołączył do oferty odrębne oświadczenie o następującej treści: „Niniejszym oświadczamy, iż brak jest podstaw aby uznać Wykonawcę winnym poważnego wykroczenia zawodowego. Przypadki rozwiązania umów przez JSW S.A. nie były związane z rażącym naruszeniem obowiązków umownych przez Wykonawcę, czy też innych zawinionych i celowych działań, które uzasadniałyby twierdzenie, iż doszło do poważnego wykroczenia zawodowego zawinionego przez Wykonawcę. JSW S.A. bez żadnych merytorycznych podstaw odstąpiła od umowy o nr 061500481 z dnia 26 marca 2015r. W związku z tym Spółka Dalin wstąpiła na drogę postępowania sądowego (sygnatura akt VI GC 252/16) w wyniku której otrzymała nakaz zapłaty przeciw JSW S.A. Ponieważ jednak JSW S.A. złożyła sprzeciw od ww. wyroku sprawa nie jest do dnia dzisiejszego prawomocnie

rozstrzygnięta, w związku z czym nie można uznać, iż Wykonawca jest winien nienależytego wykonania umowy.

W przypadku bezpodstawnego odstąpienia przez JSW S.A. od umowy o nr 061600623 z dnia 09.08.2016r. spółka Dalin wstąpiła na drogę prawną jednak do dnia dzisiejszego sprawa powyższa nie została przez sąd prawomocnie rozstrzygnięta. Niemniej jednak w przedmiocie niniejszej umowy w sądzie Rejonowym w Rybniku zapadł już pierwszy pozytywny wyrok (sygnatura akt. VI GC 1514/16) oddalający roszczenia JSW S.A. a tym samym potwierdzający stanowisko Wykonawcy o należywym wykonaniu przez niego umowy.

Ponadto JSW S.A. z umów o nr 061600510 z dnia 21.06.2016r., 061600511 z dnia 21.06.2016r. oraz 061600812 z dnia 13.10.2016r., zgłosiła roszczenia finansowe, które to roszczenia zostały prawomocnie oddalone przez Sąd Rejonowy w Rybniku (sygnatura akt. VI GC 1514/16), natomiast pozostałe są przedmiotem postępowania prawnego.

Wszelkie roszczenia JSW S.A. nie znalazły potwierdzenia w sądzie o czym świadczą pozytywne dla Wykonawcy rozstrzygnięcia spraw przed Sądem Rejonowym w Rybniku o sygnaturach VI GC 1514/16 oraz VI GC 252/16. Pozostałe bezpodstawne roszczenia JSW S.A. zostały jednocześnie skierowane przez Wykonawcę na drogę postępowania prawnego”.

Pismem z dnia 15 grudnia 2017 r. zamawiający zaprosił wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej oraz poinformował o wykluczeniu wykonawcy Dalin na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, jak też o tym, że odrzuci jego ofertę na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Jako uzasadnienie faktyczne wykluczenia zamawiający wskazał:

„Polska Grupa Górnicza sp. z o.o. była stroną umowy 701604090 z dnia 23 listopada 2016 r. na dostawy noży kombajnowych. Dnia 20.06.2017 r. Polska Grupa Górnicza sp. z o.o. oświadczyła, że na podstawie §6 ust. 4 pkt 3) Umowy w związku z nienależyтым wykonywaniem zamówienia z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy (Dalin) wypowiada Umowę Nr 701604090 z zachowaniem 30 dniowego okresu wypowiedzenia. Wykonawca DALIN Spółka z o.o. w trakcie realizacji umowy nie dotrzymywał terminu realizacji zamówień, występował brak reakcji na monity w sprawie realizacji zamówień, nie wykonywał dostaw w dodatkowym terminie wyznaczonym w trybie art. 491 k.c. Dodatkowo Polska Grupa Górnicza sp. z o.o. zakwestionowała jakość wyrobów Dalin co potwierdzono wynikami trzech badań przeprowadzonych w Instytucie Techniki Górniczej KOMAG w Gliwicach.

Ponadto Polska Grupa Górnicza sp. z o.o. posiada informację, iż z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy zostały z Dalin Sp. z o.o. rozwiązano następujące umowy:

- Kompania Węglowa S.A. odstąpiła od umowy nr e-Ru 331600945 zawartej w dniu 4 marca 2016 r. na „Dostawy noży kombajnowych do organów urabiających dla Oddziałów KW S.A. w latach 2015-2016 na podstawie art. 491 KC z winy Wykonawcy (Dalin), który nie realizował umowy zgodnie z jej zapisami.

- Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. pismem z dnia 19.04.2017 r. udzieliła informacji Polskiej Grupie Górniczej sp. z o.o., że oświadczeniem z dnia 02.06.2015 r. odstąpiła od umowy nr 061500481 zawartej z wykonawcą Dalin sp. z o.o. na dostawy noży do kombajnów ścianowych i chodnikowych. Ponadto oświadczeniem z dnia 27.03.2017 r. odstąpiła od umowy nr 061600623 z Dalin sp. z o.o. na dostawy noży do kombajnów ścianowych. Na powyższe decyzją z dnia 07.04.2017 r. z postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawy dla kopalń JSW S.A. noży do kombajnów chodnikowych oraz ścianowych wykluczono wykonawcę Dalin na podstawie art. 24 ust. 5 pkt. 2 i 4 ustawy Pzp”.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. Przepis przewiduje zatem możliwość wykluczenia wykonawcy z postępowania, jeżeli zajdą m.in. następujące przesłanki:

- wykonawca nie wykonał lub nienależycie wykonał wcześniejszą umowę,
- niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy miało charakter istotny,
- niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy,
- doszło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

Wszystkie określone w przepisie przesłanki muszą wystąpić łącznie, aby dopuszczalne było wykluczenie wykonawcy z postępowania. Dodatkowo, określona w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp podstawa wykluczenia musi być przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu, siwz lub w zaproszeniu do negocjacji (art. 24 ust. 6 ustawy Pzp), zaś wykluczenie może nastąpić, jeżeli nie upłynęły 3 lata od dnia zaistnienia zdarzenia będącego jego podstawą (art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp).

Należy ponadto zauważyć, że w niniejszej sprawie, z uwagi na charakter działalności zamawiającego, zastosowanie ma dyrektywa sektorowa, tj. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE. Dyrektywa ta, w zakresie podstaw wykluczania wykonawców, w art. 80 odsyła do przepisów dyrektywy klasycznej, tj. Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień

publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE.

W art. 57 ust. 4 lit. g dyrektywy klasycznej Ustawodawca unijny wskazał, że instytucja zamawiająca może wykluczyć wykonawcę, jeżeli wykonawca wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym lub wcześniejszą umową w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej wcześniejszej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji. Również w przypadku art. 57 ust. 4 lit. g dyrektywy klasycznej, wykluczenie wykonawcy może nastąpić jedynie w sytuacji zaistnienia wszystkich przesłanek łącznie.

Należy także zwrócić uwagę, że w motywie 101 preambuły do dyrektywy klasycznej Ustawodawca unijny zawarł wskazówki dotyczące stosowania ww. podstawy wykluczenia. W preambule wskazano, że instytucje zamawiające „powinny także mieć możliwość wykluczenia kandydatów lub oferentów, którzy przy wykonywaniu wcześniejszych zamówień publicznych wykazali poważne braki w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów; było to np. niedostarczenie produktu lub niewykonanie zamówienia, znaczące wady dostarczonego produktu lub świadczonej usługi, które spowodowały ich niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem, lub niewłaściwe zachowanie poddające w poważną wątpliwość wiarygodność wykonawcy. Przepisy krajowe powinny określać maksymalny czas trwania takich wykluczeń. Stosując fakultatywne podstawy wykluczenia, instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności. Drobne nieprawidłowości powinny jedynie w wyjątkowych okolicznościach prowadzić do wykluczenia wykonawcy. Powtarzające się przypadki drobnych nieprawidłowości mogą jednak wzbudzić wątpliwości co do wiarygodności wykonawcy, co może uzasadniać jego wykluczenie”.

Niezależnie od powyższego, zgodnie z art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp, wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16–20 lub ust. 5, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8.

Przepis stanowi implementację do porządku krajowego art. 57 ust. 6 dyrektywy

klasycznej o treści analogicznej do treści art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp. Wskazówki co do stosowania ww. przepisu dyrektywy Ustawodawca unijny zawarł w motywie 102 preambuły, w którym wskazano, że należy „uwzględnić możliwość przyjęcia przez wykonawców środków dostosowawczych mających na celu naprawę skutków wszelkich przestępstw lub naruszeń oraz skuteczne zapobieganie dalszym przypadkom niewłaściwego zachowania. Środki takie mogą w szczególności obejmować działania personalne i organizacyjne, takie jak zerwanie wszelkich powiązań z osobami lub organizacjami odpowiedzialnymi za niewłaściwe zachowania, odpowiednie środki służące reorganizacji personelu, wdrożenie systemów sprawozdawczości i kontroli, utworzenie struktury audytu wewnętrznego monitorującego przestrzeganie i przyjęcie wewnętrznych zasad odpowiedzialności i odszkodowań. W przypadku, gdy działania te oferują wystarczające gwarancje, dany wykonawca nie powinien być już wykluczany jedynie ze wspomnianych względów”.

Z przytoczonych powyżej przepisów wynika, że wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp jest dopuszczalne jedynie w przypadku zajścia wszystkich określonych w tym przepisie przesłanek łącznie, a ponadto przesłanki te nie mogą być rozumiane dowolnie. Wykluczając wykonawcę zamawiający nie może zatem opierać się wyłącznie na fakcie, że doszło do rozwiązania wcześniejszej umowy zawartej z wykonawcą. Zamawiający musi także wykazać, że do rozwiązania umowy (lub zasądzenia odszkodowania) doszło z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę. Oznacza to, że zamawiający musi wykazać, czego konkretnie wykonawca nie zrobił lub jakiego obowiązku wynikającego z wcześniejszej umowy nie wykonał. Ponadto zobowiązany jest wykazać, że określone we wcześniejszej umowie zobowiązanie, którego wykonawca nie wykonał lub wykonał nienależycie, było dla tej umowy istotne. W świetle dyrektywy klasycznej oznacza to, że zamawiający musi wykazać, że wykonawca albo nie wykonał umowy w ogóle albo wykonał ją nienależycie w stopniu znaczącym lub nienależyte wykonywanie miało charakter uporczywy, nawet jeśli niedociągnięcia nie były znaczące. Jako przykład nienależytego wykonywania umowy Ustawodawca unijny podaje znaczące wady dostarczonego produktu, które spowodowały jego niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem, niemniej jednak zamawiający w zakresie każdej konkretnej umowy zobowiązany jest każdorazowo sprecyzować, co zostało niewykonane lub nienależycie wykonane i jakie okoliczności przesądzają o tym, że to niewykonanie lub nienależyte wykonanie miało charakter znaczący lub uporczywy, a zatem było istotne dla realizacji umowy. Ponadto niezależnie od wykazania istotności zachowania wykonawcy, zamawiający musi jeszcze wykazać, że wskazane niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w ogóle nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Należy bowiem podkreślić, że powody, dla których wykonawca nie wykonuje lub nienależycie

wykonuje umowę, mogą wynikać z różnych okoliczności, w tym również okoliczności leżących po stronie zamawiającego, z którym była zawarta wcześniejsza umowa lub okoliczności niezależnych od żadnej ze stron tej umowy.

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

W niniejszej sprawie zamawiający wykluczając wykonawcę, odniósł się do czterech umów zawartych przez odwołującego z samym zamawiającym, z Kompanią Węglową oraz z Jastrzębską Spółką Węglową. Dokonując czynności wykluczenia:

- 1) w przypadku umowy nr 701604090 zawartej w dniu 23 listopada 2016 r. z zamawiającym, zamawiający nie wykazał, że skutecznie wypowiedział ww. umowę, że nienależyte wykonanie umowy przez odwołującego miało miejsce w stopniu istotnym oraz że nastąpiło z przyczyn leżących po stronie odwołującego,
- 2) w przypadku umowy nr e-Ru 331600945 zawartej w dniu 4 marca 2016 r. z Kompanią Węglową, zamawiający nie wykazał, że odwołujący nie wykonał lub nienależycie wykonał umowę, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy miało miejsce w stopniu istotnym oraz że nastąpiło z przyczyn leżących po stronie odwołującego,
- 3) w przypadku umów nr 061500481 z dnia 26 marca 2015 r. oraz nr 061600623 z dnia 9 sierpnia 2016 r. zawartych z Jastrzębską Spółką Węglową, zamawiający nie wykazał, że odwołujący nie wykonał lub nienależycie wykonał umowę, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy miało miejsce w stopniu istotnym oraz że nastąpiło z przyczyn leżących po stronie odwołującego.

Ww. okoliczności nie zostały przez zamawiającego wykazane w piśmie informującym o wykluczeniu odwołującego. Argumentacja podniesiona zaś przez zamawiającego na rozprawie nie może zastąpić czynności, które zamawiający winien był podjąć wobec wykonawcy w trakcie postępowania. Tym samym, dokonując czynności wykluczenia zamawiający nie wykazał, że wobec odwołującego zachodzą przesłanki, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp.

W konsekwencji zamawiający nie umożliwił także odwołującemu wykazania, że ten - w przypadku, gdyby zgadzał się z argumentacją zamawiającego, że zachodzą wobec niego przesłanki, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp i skorzystał z procedury samooczyszczenia - nie podlega wykluczeniu, gdyż podjął działania pozwalające uznać go za wykonawcę rzetelnego i „oczyszczonego”. Zamawiający nie umożliwił również odwołującemu wykazania, że dokonana przez niego ocena okoliczności rozwiązania wcześniejszych umów w świetle przesłanek określonych w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, jest wadliwa i odwołujący nie podlega wykluczeniu, nawet nie podejmując procedury samooczyszczenia.

W szczególności, odnosząc się do procedury samooczyszczenia, nie można przyjąć, że zamawiający poprzez dopuszczenie w siwz możliwości złożenia wyjaśnień w dokumencie JEDZ, w wystarczający sposób umożliwił odwołującemu skorzystanie z tej procedury. Rolą zamawiającego jest bowiem także wezwanie wykonawcy do uzupełnienia oświadczenia lub dokumentu, który jest niekompletny lub budzi wątpliwości (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp). Wezwanie zawierające wyspecyfikowanie zastrzeżeń zamawiającego, tak aby wykonawca mógł skutecznie skorzystać z procedury samooczyszczenia, tj. by wiedział, do jakich konkretnych zarzutów zamawiającego musi się odnieść, aby udowodnić, że jest wykonawcą rzetelnym, winno być wystosowane do wykonawcy przed podjęciem czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania. W przedmiotowej sprawie takie wezwanie nie zostało skierowane do odwołującego. W związku z tym czynność wykluczenia odwołującego z postępowania należało uznać za wadliwą.

Reasumując, Izba stwierdziła, że zamawiający wykluczając odwołującego z postępowania bez umożliwienia odwołującemu przedstawienia dowodów, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności i nie wykazując zaistnienia wobec odwołującego przesłanek wykluczenia z postępowania, dopuścił się naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp oraz naruszenia art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7, art. 191 ust. 2 i art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 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 ze zm.).

Przewodniczący

.....

.....