

WYROK
z dnia 14 listopada 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 listopada 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 października 2019 r. przez **Odwołującego – Kujawsko-Pomorski Transport Samochodowy Spółka Akcyjna** z siedzibą we Włocławku przy ul. Wienieckiej 39 (87-800 Włocławek)

w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Gminę Gniewkowo**, ul. 17 stycznia 11 (88-140 Gniewkowo)

orzeka:

- 1 Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu – Gminie Gniewkowo unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 25.10.2019 r. oraz nakazuje wykluczyć z postępowania Wykonawcę Tourmatbud Sp. z o.o. z siedzibą w Pakości na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.**
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego – Gminę Gniewkowo i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Kujawsko-Pomorski Transport Samochodowy S.A. z siedzibą we Włocławku tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2 Zasądza od Zamawiającego – Gminy Gniewkowo na rzecz Odwołującego – Kujawsko-Pomorski Transport Samochodowy S.A z siedzibą we Włocławku kwotę 7.500,00 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wpisem od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Bydgoszczy.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Gminę Gniewkowo na *dowożenie uczniów do placówek oświatowych na terenie gminy Gniewkowo w roku szkolnym 2019/2020* (nr postępowania: RZp.271.1.5.2019), ogłoszonym w Biuletynie zamówień Publicznych w dniu 02.08.2019 r., nr 582238-N-2019, wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechania wykluczenia z postępowania Tourmatbud Sp. z o.o., Wykonawca - Kujawsko-Pomorski Transport Samochodowy S.A z siedzibą we Włocławku (dalej jako Odwołujący), wniósł w dniu 30 października 2019r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2200/19).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp, tj.:

- 1) art. 24 ust. 5 pkt 4) Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy Tourmatbud Sp. z o.o. z postępowania, w sytuacji polegającej na niewykonaniu albo nienależytym wykonaniu w istotnym stopniu wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, zawartej z podmiotem zamawiającym Gminą Złotniki Kujawski – Wydział Oświaty w Złotnikach Kujawskich co doprowadziło do rozwiązania umowy;
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp – poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy Tourmatbud Sp. z o.o. z uwagi na przedstawienie informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego i mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu udzielenie zamówienia publicznego, tj. przez złożenie oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp pomimo tego, że zachodziła podstawa do wykluczenia z postępowania;
- 3) art. 91 ust. 1 Pzp poprzez wybór oferty najkorzystniejszej Wykonawcy Tourmatbud Sp. z o.o. podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie wykluczenia Wykonawcy Tourmatbud Sp. z o.o. z postępowania, powtórzenia czynności badania i oceny ofert i uznania oferty Odwołującego za najkorzystniejszą.

Uzasadnienie faktyczne i prawne.

Zamawiający przewidział zastosowanie fakultatywnej przesłanki do wykluczenia wykonawcy z postępowania przewidzianej w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp. Wykonawca Tourmatbud Sp. z o.o. złożył oświadczenie, że nie podlega z tej przyczyny wykluczeniu z postępowania, chociaż był stroną umowy z dnia 27.12.2018 r. zawartą z Gminą Złotniki Kujawski. W dniu 10.01.2019 r. zamawiający ten złożył oświadczenie o rozwiązaniu umowy ze skutkiem natychmiastowym

wskazując, że Wykonawca w sposób rażąco naruszył w sposób rażąco zapisy Umowy, obowiązujące przepisy prawa oraz nie zachował należytej staranności podczas realizacji zadań. Wśród przyczyn wskazano:

- brak wydania biletów miesięcznych;
- brak podstawienia zgodnie z warunkami umowy w ciągu 30 minut pojazdu zastępczego w przypadku awarii co miało miejsce 3.01.2019 r., 7.01.2019r., oraz 8.1.2019 r. Czas podstawienia pojazdu zastępczego stanowił obok ceny kryterium oceny ofert;
- brak realizacji trasy Złotniki Kujawskie – Jordanowo -Złotniki Kujawskie, co spowodowało bardzo duże opóźnienie w dowozie uczniów;
- bardzo duża ilość skarg rodziców w zakresie punktualności autobusów w stosunku do przedstawionych rozkładów jazdy, jakości pracy kierowców oraz niestosownego odzywania się do uczniów.

Zamawiający szczegółowo uzasadnił, jakie negatywne skutki miał brak wywiązania się z zapisów umowy – braku pojazdu zastępczego w razie awarii, wskazując na dezorganizację pracy szkoły, bezpieczeństwa uczniów.

W świetle tych okoliczności Wykonawca Tourmatbud Sp. z o.o. składając oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia go z postępowania wprowadził Zamawiającego w błąd przedstawiając informację mogącą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu, co wypełnia przesłankę z art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy. Z art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy wynika, że dla ustalenia, czy niewykonanie albo nienależyte wykonanie było w istotnym stopniu, ma znaczenie także spełnianie przez wykonawcę świadczenia nieodpowiadającego istotnym dla zamawiającego wymaganiom, które były zapisane w umowie oraz powtarzające się nagminnie takie same wady świadczenia wykonawcy, w tym w szczególności powtarzające się awarie autobusów i brak podstawienia pojazdów zastępczych. Uzasadnienie oświadczenia o rozwiązaniu umowy niewątpliwie wskazuje na znaczące i uporczywe naruszenie wcześniejszej umowy, które w ocenie Odwołującego wypełnia dyspozycję przepisu. Wykonawca nie skorzystał z instytucji *self-cleaningu* na podstawie art. 24 ust. 8 Ustawy, co wymagałoby uprzedniego przyznania się do deliktu.

Naruszenie art. 91 ust. 1 Ustawy jest konsekwencją zaniechania wykluczenia wykonawcy Tourmatbud Sp. z o.o. z postępowania, a w konsekwencji zaniechania uznania oferty Odwołującego za najkorzystniejszą.

W terminie na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawca wybrany nie zgłosił swojego udziału w charakterze uczestnika.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do weryfikacji spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku kwestionowanej czynności Zamawiającego, jaką było wskazanie, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy mającego podlegać wykluczeniu z postępowania. Oceny tej należało dokonać z uwzględnieniem sytuacji faktycznej, jaka istniała w momencie składania odwołania, a która wynikała z czynności oceny oferty Tourmatbud Sp. z o.o. Nie przesądzając o zasadności zarzutów Izba zobowiązana była przyjąć stan hipotetyczny wynikający z wniosków Odwołującego - o udzieleniu zamówienia podmiotowi podlegającemu wykluczeniu z postępowania. Uwzględniając powyższe Izba uznała, iż odwołanie służyć ma ochronie interesów Wykonawcy w postępowaniu, przez uchYLENIE czynności pozbawiającej Odwołującego szansy na uzyskanie i realizację zamówienia.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, iż spełnione zostały przesłanki z art. 179 ust. 1 Ustawy.

W świetle przedstawionych stanowisk oraz złożonych dowodów – oświadczenia z dnia 10.01.2019 r. o rozwiązaniu umowy Nr WO.261.2.8.2018 oraz porozumienia z dnia 20.02.2019 r. Izba uznała, iż odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Zamawiający przewidział w postępowaniu zastosowanie przesłanki fakultatywnej wykluczenia wykonawcy z postępowania określonej w art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy, *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.*

Oświadczeniem Zamawiającego – Gminy Złotniki Kujawskie z dnia 10.01.2019 r. doszło do rozwiązania umowy nr WO.261.2.8.2018 z dnia 27.12.2018 r. na usługę „Dowożenie uczniów na podstawie zakupionych biletów miesięcznych w roku szkolnym 2018/2019 uczęszczających do szkół prowadzonych przez Gminę Złotniki Kujawskie”, której stroną był Wykonawca Tourmatbud Sp. z o.o. z siedzibą w Pakości. Z uzasadnienia wynika, iż usługa

świadczona była od dnia 2.01.2019 r., czemu towarzyszyły uchybienia polegające na braku wydania biletów miesięcznych, o których mowa w § 3 Umowy, awariach autobusów i braku podstawienia pojazdu zastępczego w ciągu 30 minut (zgodnie z umową i ofertą). Sytuacje dotyczące braku sprawnego pojazdu zaistniały w dniach 3, 7 i 8 stycznia 2019 r. Czas podstawienia pojazdu zastępczego w przypadku awarii, oprócz ceny, stanowił kryterium oceniające ofertę. Zgodnie z zobowiązaniem, za które otrzymał maksymalną ilość punktów, Wykonawca zadeklarował najkrótszy czas – 30 minut. W dniu 8.01.2019 r. trasa Złotniki Kujawskie – Jordanowo – Złotniki Kujawskie nie została zrealizowana, co wywołało duże opóźnienie w dowozie uczniów i falę krytyki i oburzenia wśród rodziców. W okresie wykonywania usługi Gmina zanotowała bardzo dużo skarg rodziców co do punktualności autobusów w stosunku do przedstawionych rozkładów jazdy, jakości pracy kierowców oraz niestosownego odzywania się do uczniów. Do dnia 9.01.2019 r. Wykonawca nie przedstawił wykazu pracowników realizujących usługę. Zamawiający opisał skutki, jakie wiążą się z nienależytym wykonywaniem usługi, które dotyczą organizacji pracy szkoły, bezpieczeństwa uczniów oczekujących na autobus często bez opieki i w różnych warunkach atmosferycznych. Gmina uznała, iż Wykonawca nie jest gwarantem wykonania usługi dowozu uczniów do szkół z zachowaniem należytej staranności i jednocześnie nie liczyła się, że nałożenie kar spowoduje poprawę jakości świadczenia usługi. W tej sytuacji zdecydowała się na rozwiązanie umowy w trybie natychmiastowym.

Na rozprawie Zamawiający przedłożył porozumienie zawarte w dniu 20 lutego 2019 r. pomiędzy Gminą Złotniki Kujawskie oraz Tourmatbud Sp. z o.o., które obejmowało kwestie wynagrodzenia za wykonaną usługę w dniach od 02.01.2019 r. do 11.01.2019 r. oraz wzajemnych roszczeń. W § 3 porozumienia zawarto zapis o treści: *Z uwagi na istniejący spór między stronami, co do przyczyn rozwiązania Umowy, strony ustalają, że w celu uniknięcia rozstrzygnięcia sporu w Sądzie Cywilnym oraz związanych z tym kosztów, Gmina Złotniki Kujawskie – Wydział Oświaty w Złotnikach Kujawskich odstąpi od naliczenia kar umownych, o których mowa w § 8 Umowy Nr WO.268.2.8.2018 z dnia 27.12.2018 r., a firma Tourmatbud Sp. z o.o. nie będzie rościł żadnych roszczeń wynikających z rozwiązania wyżej wymienionej Umowy.*

Tourmatbud Sp. z o.o. w ofercie złożyła oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z postępowania – załącznik nr 5. Wykonawca poświadczył, iż *przystępując do postępowania i udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z art. 25a ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych: 1) oświadczam, że nie podlegam wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12-23 ustawy Pzp. 2) oświadczam, że nie podlegam wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1, 4 ustawy Pzp.*

Wezwany do złożenia dokumentów przedstawił wykaz usług, w którym przedstawił dwie usługi dowozu uczniów do szkół z terenu gminy Osiem Mały i Dąbie, dla których termin świadczenia upłyne w dniu 31.12.2019 r.

W świetle przedstawionych stanowisk oraz analizy dokumentacji postępowania Izba uznała, iż odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Przedmiotem rozpoznania stała się kwestia oceny, czy w świetle okoliczności rozwiązania umowy na świadczenie usług dowozu uczniów w roku 2019 r. Wykonawca Tourmatbud Sp. z o.o. złożył oświadczenie wprowadzające Zamawiającego w błąd co do braku podstaw do wykluczenia z postępowania. Nie budziło sportu, to iż umowa w sprawie zamówienia publicznego, której stroną był Tourmatbud Sp. z o.o. oraz Gmina Złotniki Kujawskie nie została wykonana, gdyż na skutek oświadczenia zamawiającego doszło do jej rozwiązania z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Strony prezentowały odmienne oceny zaistniałej sytuacji mając na uwadze zakres porozumienia zawartego pomiędzy stronami po rozwiązaniu umowy – tj. w dniu 20.02.2019 r. W ocenie Zamawiającego porozumienie to wskazywało, iż rozwiązanie umowy nastąpiło za porozumieniem stron, Odwołujący natomiast utrzymywał, iż porozumienie dotyczyło wyłącznie wzajemnych roszczeń i nie zmieniało faktycznej podstawy rozwiązania umowy, wskazanej w oświadczeniu zamawiającego o rozwiązaniu umowy.

Rozstrzygając ten spór Izba zobowiązana było odnieść się do dowodów przedłożonych na rozprawie, tj. oświadczenia o rozwiązaniu umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy oraz porozumienia z dnia 20.02.2019 r., które miały decydujące znaczenie z punktu widzenia badania podstaw do wykluczenia Wykonawcy Tourmatbud Sp. z o.o.

Ponieważ Zamawiający nadał wiążącego charakteru przesłance określonej w ustawie, jako fakultatywna, okoliczności dotyczące rozwiązanej umowy w sprawie zamówienia publicznego nabierały znaczenia, a Wykonawca zobowiązany był w treści oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z postępowania uwzględnić ten fakt. Tymczasem z załącznika nr 5 do oferty wynika, iż Wykonawca nie przedstawił Zamawiającemu pełnej informacji dotyczącej rozwiązania umowy z przyczyn leżących po jego stronie. Izba nie miała podstaw do przyjęcia, iż przyczyny rozwiązania umowy były odmienne od tych wskazanych w oświadczeniu Gminy Złotniki Kujawskie, które odnosiły się wprost do braku realizacji obowiązków umownych. Porozumienie wskazane przez Zamawiającego nie uzasadniało wniosku, iż do rozwiązania umowy miało dojść na drodze zgodnych oświadczeń stron, czyli za porozumieniem. Przedstawiony dokument dotyczył wyłącznie wzajemnych roszczeń stron z tytułu wynagrodzenia za wykonaną część usługi oraz ewentualnych dalszych roszczeń,

jakie strony miałyby dochodzić w związku z oświadczeniem o rozwiązaniu umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Wprawdzie w porozumieniu wskazano na istniejący spór pomiędzy stronami co do przyczyn rozwiązania umowy, to z postanowień zawartego porozumienia nie wynika ani to, że zamawiający wycofał się ze złożonego oświadczenia, ani że wykonawca zaprzecza konkretnych okolicznościom wskazanym w oświadczeniu o rozwiązaniu umowy. Z pewnością na podstawie porozumienia nie doszło do uchylecia skutku oświadczenia zamawiającego. Tym samym Wykonawca zobowiązany był fakt ten obecnemu Zamawiającemu opisać, co pozwalałoby na zastosowanie procedury samooczyszczenia w ramach której mógłby wykazać podjęte środki, które mają uwiarygodnić go jako przyszłego wykonawcę usługi. Tymczasem, Wykonawca przemilczał to zdarzenie przedstawiając w oświadczeniu stan niezgodny z rzeczywistością. Izba nie dopatrzyła się obiektywnych okoliczności, które pozwalałyby przyjąć, iż Wykonawca działał w błędnym przekonaniu co do skutków braku wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tym samym złożone w załączniku nr 5 oświadczenie należało ocenić, jako wprowadzające Zamawiającego w błąd, co do braku istnienia przyczyn do wykluczenia Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem, w sytuacji złożenia oświadczenia wprowadzającego zamawiającego w błąd, nie ma podstaw do zastosowania trybu z art. 26 ust. 3 Ustawy i wezwania Wykonawcy do zmiany oświadczenia złożonego ze świadomością działania mającego na celu wywołanie błędnego wyobrażenia o sytuacji podmiotowej.

W świetle powyższego Izba uznała, iż oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z postępowania wprowadzało Zamawiającego w błąd, gdyż stwarzało obraz sytuacji, w którym nie miało miejsca rozwiązanie umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 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. z 2018 r. poz. 972). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 7.500,00 zł. i obciążyła nimi Zamawiającego.

Przewodniczący: