

Sygn. akt KIO 1736/18

WYROK

z dnia 14 września 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Dominik Haczykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **11 września 2018 r.** w Warszawie odwołania wniesionego

do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 sierpnia 2018 r. przez wykonawcę **Tamex Obiekty Sportowe S.A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Miasto Częstochowa**

przy udziale wykonawcy **Sport-Track Sp. z o.o. z siedzibą w Wysokiej**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Tamex Obiekty Sportowe S.A. z siedzibą w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Tamex Obiekty Sportowe S.A. z siedzibą w Warszawie**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Tamex Obiekty Sportowe S.A. z siedzibą w Warszawie** na rzecz wykonawcy **Sport-Track Sp. z o.o. z siedzibą w Wysokiej** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego we Częstochowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gmina Miasto Częstochowa, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *modernizację boiska treningowego Miejskiego Stadionu Piłkarskiego „Raków”*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 17 lipca 2018 r. pod nr 589994-N-2018.

W dniu 28 sierpnia 2018 r. wykonawca Tamex Obiekty Sportowe S.A. z siedzibą w Warszawie, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 oraz art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Sport-Track Sp. z o.o. z siedzibą w Wysokiej, dalej „Sport-Track,” wykluczenia z postępowania Sport-Track, nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny pozostałych ofert; obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami związanymi z dojazdem na wyznaczoną rozprawę oraz kosztami wynagrodzenia pełnomocnika.

Odwołujący wskazywał że wbrew twierdzeniom zawartym w oświadczeniu Sport-Track, dołączonym do oferty, o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania wykonawca ten podlega wykluczeniu. Sport-Track będąc wykonawcą, o którym mowa w art. 23 ust. 1 ustawy Pzp, a przez to ponoszącym solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego, zawartej w dniu 27 marca 2017 r. z Gminą Twardogóra na roboty budowlane obejmujące budowę krytej pływalni w Twardogórze w ramach programu Dolnośląski Delfinek, z przyczyn leżących po jego stronie, nienależycie wykonywał, a ostatecznie nie wykonał w istotnym stopniu tejże umowy, co doprowadziło do jej rozwiązania przez Gminę Twardogóra w drodze oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Jako zasadnicze powody odstąpienia Gmina Twardogóra wskazała niewykonywanie jej przedmiotu w terminie, w tym popadnięcie w opóźnienie powyżej 30 dni, nieprzedłożenie zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz nienależyte wykonywanie obowiązków przez kadrą kierowniczą ustanowioną przez wykonawcę.

Powyższe działania i zaniechania wykonawcy Sport-Track świadczą, zdaniem Odwołującego, także o zawinionym poważnym naruszeniu jego obowiązków zawodowych,

co podważa jego uczciwość (art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp). Jednocześnie wykonawca nie przedstawił dowodów na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Następnie Odwołujący przywołał treść art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp oraz wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 644/17, wskazując że Sport-Track świadomie i celowo wprowadził zamawiającego w błąd, co do niepodlegania wykluczeniu z postępowania. W konsekwencji Zamawiający, na podstawie z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 oraz art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Pzp, winien wykluczyć Sport-Track, a nie dokonywać wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Sport-Track Sp. z o.o. z siedzibą w Wysokiej, dalej również „Przystępujący”, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Na posiedzeniu Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, oświadczając że uwzględni odwołanie w zakresie zaniechania wykluczenia z postępowania Sport-Track na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 oraz art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający po złożeniu odwołania podjął kroki zmierzające do wyjaśnienia zarzutu naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Z otrzymanych drogą mailową z Gminy Twardogóra kopii dokumentów wynika zdaniem Zamawiającego, że ww. zarzut jest zasadny.

Zamawiający wskazywał, że w oświadczeniu o odstąpieniu od umowy Gmina Twardogóra stwierdziła, że podstawą odstąpienia są przyczyny leżące po stronie konsorcjum, w skład którego wchodził Przystępujący. Podnosił także, że przeanalizował inne pisma otrzymane od Gminy Twardogóra, a ich analiza wskazuje, że odstąpienie od umowy przez Gminę Twardogóra, czyli rozwiązanie umowy, nastąpiło z przyczyn leżących po stronie konsorcjum firm Saltex Europa Sp. z o.o. oraz Sport Track Sp. z o.o. Gmina Twardogóra w piśmie z dnia 17 stycznia 2018 r. stwierdza m.in., że zaawansowanie robót na ten dzień wynosi ok. 40%, część robót nie została w ogóle rozpoczęta, a wysokość kar umownych wynikająca z przekroczenia terminów określonych w harmonogramie wynosi 688 649,12 zł. Z danych zawartych w BIP-ie Gminy Twardogóra wynika, że aby dokończyć realizację przedmiotowej inwestycji obiekt podzielono na 8 części (oferty częściowe) i przeprowadzono 3 postępowania o udzielenie zamówień publicznych. Termin zakończenia tych robót został określony na 13 tygodni od daty zawarcia umowy. Ogólna wartość wybranych ofert wyniosła 9.295.833,55 zł, była więc niższa jedynie o 10.235,82 zł od ceny oferty konsorcjum, która dotyczyła całej inwestycji. Nie jest znana Zamawiającemu kwota, jaką Gmina Twardogóra zapłaciła konsorcjum, ale zakładając, że było to zgodne z zakresem wykonanych robót, czyli 40 %, to szkoda finansowa Gminy Twardogóra wynosi ok. 3,7 mln zł ($9\ 306\ 069,37 \times 40\% = 3\ 722\ 427,75$ zł).

Argumenty podniesione w piśmie o odstąpieniu od umowy złożonym w imieniu konsorcjum przez Saltex Europa Sp. z o.o., zdaniem Zamawiającego, nie zasługują na uznanie. Zgodnie z art. 141 ustawy Pzp uczestnicy konsorcjum ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy. Złożenie wniosku o upadłość jednego ze współników nie zwalnia pozostałych od realizacji umowy. Obowiązującym wynagrodzeniem w zawartej umowie było wynagrodzenie ryczałtowe, które z zasady nie może ulec podwyższeniu nawet w sytuacji gdy w trakcie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiarów lub kosztów prac. Wzrost cen materiałów mieści się w ryzyku wzrostu kosztów. O zmianie wynagrodzenia na podstawie art. 632§2 kc, jak również o nadzwyczajnej zmianie stosunków zgodnie z art. 475§1 kc musi zdecydować sąd, a nie wykonawca, w którego interesie jest wzrost wynagrodzenia. Każdy zamawiający realizując umowę zawartą zgodnie z przepisami musi przestrzegać także ustawy Pzp, w tym art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, który określa dopuszczalne przesłanki zmiany umowy. Analiza ww. przepisu i treści zawartej umowy wskazuje, że Gmina Twardogóra musiała odstąpić od umowy, ponieważ żądania Konsorcjum podwyższenia wynagrodzenia oraz dalszego wydłużenia terminu zakończenia robót stanowiłoby naruszenie art. 144 ust. 1 ustawy Pzp.

Zatem przyczyny odstąpienia od umowy leżały po stronie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Saltex Europa Sp. z o.o. oraz Sport Track Sp. z o.o. W przedmiotowym postępowaniu znajduje zastosowanie także art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Sport Track składając nieprawdziwe oświadczenie stwierdzające, że nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, podlega także wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Przystępujący złożył na posiedzeniu pismo procesowe wraz ze sprzeciwem w związku z uwzględnieniem odwołania w części. W jego ocenie Odwołujący nie sprecyzował żadnych konkretnych zarzutów w odniesieniu do art. 24 ust. 5 pkt 2 oraz 4 ustawy Pzp. W zakresie przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp przywoływał jedynie orzecznictwo, konkludując, że nie istnieją żadne okoliczności mogące wskazywać na jakiegokolwiek prawdopodobieństwo zaistnienia ww. przesłanki wykluczenia. Następnie podkreślał, że przyczyny rozwiązania umowy nie leżały po jego stronie. Odnosząc się do przesłanek wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp po przywołaniu przepisów oraz orzecznictwo skonstatował, że nie doszło do wprowadzenia w błąd Zamawiającego oraz że złożył prawdziwe oświadczenie, zarówno ze swoim przekonaniem, jak i stanem faktycznym oraz prawnym.

Odwołujący podtrzymał na posiedzeniu wszystkie zarzuty, składając równocześnie pismo procesowe.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty złożonej przez Przystępującego. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Odwołującego i Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 11 września 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp, postanowiła oddalić wniosek dowodowy Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków na okoliczności wskazywane piśmie procesowym z dnia 10 września 2018 r., uznając że dowody te zostały powołane jedynie dla zwłoki, a fakty będące ich przedmiotem mogą zostać stwierdzone innymi dowodami, załączonymi przez Odwołującego.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia są roboty budowlane polegające na modernizacji boiska treningowego Miejskiego Stadionu Piłkarskiego „Raków”.

Zamawiający przewidział zgodnie z pkt 5.4. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej: „SIWZ”, fakultatywne przesłanki wykluczenia, w tym na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Pzp. W celu potwierdzenia, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający żądał złożenia przez wykonawcę oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu (pkt 6.1 SIWZ).

W wyznaczonym terminie złożono 3 oferty: wykonawcy BELLSPORT G. L. z siedzibą w Bytomiu na kwotę 2.478.999,99 zł, wykonawcy Tamex Obiekty Sportowe S.A. z siedzibą w Warszawie na kwotę 2.284.477,27 zł oraz wykonawcy Sport-Track Sp. z o.o. z siedzibą w Wysokiej na kwotę 2.235.461,63 zł

Wykonawca Sport Track wraz z ofertą złożył oświadczenie, że nie podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia m.in. na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Pzp (pkt 5 oferty).

W dniu 23 sierpnia 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Sport-Track Sp. z o.o. z siedzibą w Wysokiej.

Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 - 4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. Wykluczenie wykonawcy na ww. podstawie prawnej dopuszczalne jest jedynie w sytuacji, gdy wszystkie określone w przepisie przesłanki wystąpią łącznie. Nadto ww. podstawa wykluczenia wykonawcy musi zostać wskazana w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji (art. 24 ust. 6 ustawy Pzp), natomiast wykluczenie wykonawcy jest możliwe, jeśli nie upłynęły 3 lata od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia (art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp).

Ponadto wskazać należy, iż zgodnie z 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.U. L 94 z 28.3.2014, s. 65), dalej „dyrektywa”, instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy, 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 wcześniejszej umowy w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej wcześniejszej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji.

W tym miejscu należy również zwrócić uwagę na motyw 101 dyrektywy, w którym

ustawodawca unijny wskazał, iż *Instytucje te 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.*

Z ww. przepisów wynika zatem, że wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp jest dopuszczalne jedynie w sytuacji, gdy wszystkie określone w ww. przepisie okoliczności zostaną spełnione łącznie, a ponadto nie mogą być one rozumiane dowolnie. Powyższe rodzi doniosłe obowiązki po stronie zamawiającego, który wykluczając wykonawcę na ww. podstawie prawnej obowiązany jest wykazać kumulatywne spełnienie okoliczności określonych w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, jak i uzasadnić każdą z nich, co też jest istotne dla zachowania zasady proporcjonalności i przejrzystości postępowania oraz uczciwej konkurencji.

Na potrzebę indywidualnej oceny możliwości wykluczenia wykonawców zwrócił uwagę Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 29.10.2012 r., sygn. akt V Co 2015/12, gdzie przy zmianie podmiotowej wykonawcy Sąd stwierdził, że mechanizm wykluczania wykonawców z postępowania ma charakter wyjątkowy i nie powinien być przedmiotem żadnych kontrowersji, skoro skutkiem zastosowania tego przepisu jest wykluczenie z powszechnie dostępnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podmiotów, które nie spełniają oczekiwań ustawodawcy. Przepis ten stanowi zatem wyjątek od zasady powszechnej dostępności w procedurze zamówień publicznych, wyrastającej z zasad swobody działalności gospodarczej i równości wobec prawa.

Przechodząc do oceny okoliczności wskazanych w treści art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, których kumulatywne spełnienie warunkuje możliwość wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na ww. podstawie prawnej, z zastrzeżeniem art. 24 ust. 6 i art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp, zważyć należy co następuje.

W dniu 27 marca 2017 r. została zawarta pomiędzy Gminą Twardogóra a wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia Saltex Europa Sp. z o.o. z

siedzibą we Wrocławiu oraz Sport Track Sp. z o.o. z siedzibą w Bolesławcu umowa na budowę krytej pływalni w miejscowości Twardogóra. Obowiązującym wynagrodzeniem było wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 9 306 069,37 zł. Następnie w dniu 28 grudnia 2017 r. zawarto aneks nr 1 przedłużający termin wykonania z 40 tygodni od dnia zawarcia umowy do 44 tygodni, tj. z dnia 1 stycznia 2018 r. do 29 stycznia 2018 r.

Pismem z dnia 30 stycznia 2018 r. Gmina Twardogóra złożyła oświadczenie o odstąpieniu od umowy stwierdzając, że podstawą odstąpienia są następujące przyczyny leżące po stronie konsorcjum, w skład którego wchodził Przystępujący: niewykonanie przedmiotu umowy w terminie wynikającym z umowy; nieprzedłożenie w wyznaczonym terminie aktualnego harmonogramu rzeczowo-finansowo-terminowego; nieprzedłożenie w wyznaczonym terminie zabezpieczenia należytego wykonania umowy w pełnej wysokości, tj. 930 606,94 zł obejmującego pełny okres obowiązywania umowy; niespełnienie od dnia 10 stycznia 2018 r. warunku dotyczącego skierowania do realizacji zamówienia osoby pełniącej funkcję kierownika robót sanitarnych; opóźnienie w rozpoczęciu lub zaawansowaniu powyżej 30 dni w stosunku do harmonogramu szeregu wymienionych w piśmie elementów lub etapów robót.

Pismem, z tego samego dnia, tj. 30 stycznia 2018 r., wykonawca Saltex Europa Sp. z o.o. także złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy, wskazując że *Zamawiający, m.in. pismem z dnia 19.01.2018 r. został poinformowany o wystąpieniu okoliczności nieprzewidywalnych w chwili zawarcia umowy. Taką okolicznością jest złożenie wniosku o upadłość jednego z konsorcjantów, istotne podwyżki cen materiałów budowlanych, niewyrażenie zgody na zwiększenie wynagrodzenia o kwotę 1.950, 000,00 zł, oraz naliczenie kar umownych za nieterminowe wykonanie zamówienia pomimo ustaleń pomiędzy stronami i wyrażenie zgody na zawarcie aneksu nr 1 zmieniającego termin zakończenia robót. Tym samym dalsza realizacja umowy groziłaby rażącą stratą dla wykonawcy. Zaistniała nadzwyczajna zmiana stosunków, a także działania Zamawiającego polegające na braku współdziałania przy realizacji zamówienia, rażąco krzywdzące, jednostronnie korzystne dla Zamawiającego postanowienia umowy, oraz opisane wyżej okoliczności zaistniałe po dacie podpisania umowy zniweczyły kalkulację dokonywaną przez wykonawcę, która uwzględniała zwykle ryzyko kontraktowe, nie uwzględniała jednak nadzwyczajnej zmiany stosunków, która powoduje, że kontynuacja realizacji umowy grozi rażącą stratą.*

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że po przeanalizowaniu wyżej wskazanych okoliczności oraz innych pism otrzymanych od Gminy Twardogóra uznał, iż odstąpienie od umowy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie konsorcjum, w skład którego wchodził Przystępujący. Dlatego też uwzględnił odwołanie w zakresie zaniechania wykluczenia Sport-Track na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 oraz art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy

Pzp.

Jedną z przesłanek zastosowania art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp jest niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy, które musi doprowadzić do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. Rozwiązanie umowy obejmuje wypowiedzenie lub odstąpienie, na podstawie postanowień umownych, lub z przyczyn ustawowych. Zwrot „zasądzenie odszkodowania” sugeruje, że nie chodzi o wymierzenie kar umownych przez zamawiającego, ale orzeczenie niezależnego organu właściwego do orzekania w sprawie odszkodowawcze. Z uwagi na fakt, że w niniejszym stanie faktycznym nie doszło do zasądzenia odszkodowania osi ą sporu była okoliczność, czy nienależyte wykonanie umowy w sprawie ww. zamówienia publicznego przez Przystępującego na rzecz Gminy Twardogóra miało charakter istotny w świetle skali nieprawidłowości przy wykonaniu przedmiotowej umowy oraz czy leżało jedynie po stronie konsorcjum, w skład którego wchodził Przystępujący.

Odnosząc się do oceny stopnia nienależytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego Izba podziela pogląd, że nie może być ona dokonywana wyłącznie przez pryzmat wartości, czy też zakresu przedmiotu zamówienia, który został niewykonany albo nienależycie wykonany. Niewątpliwie dokonując oceny w ww. zakresie należy wziąć pod uwagę także okoliczności, na które wskazuje ustawodawca unijny, w tym wystąpienie poważnych braków w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów określonych w umowie, które mogą wystąpić w postaci niedostarczenia produktu, znaczących wad dostarczonego produktu, powodujących ich niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem. W kontekście powyższego Izba wzięła pod uwagę okoliczność, iż cel umowy, który zamierzała osiągnąć Gmina Twardogóra został zrealizowany, ponieważ przeprowadzono kolejne postępowania częściowe na dokończenie budowy obiektu. Na uwagę zasługuje również informacja od samej gminy, przekazana drogą elektroniczną, z której wynika, że na dzień 30 sierpnia 2018 r. gmina nie poniosła strat z tytułu konieczności podpisania dodatkowych umów.

Następnie, zarówno Odwołujący, jak i Zamawiający, podkreślali solidarną odpowiedzialność za wykonanie zamówienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o jego udzielenie. Izba wskazuje jednak, że z uwagi na wyjątkowy charakter regulacji kształtującej odpowiedzialność solidarną wykonawców, przesłanek solidarności oraz jej konsekwencji dla wykonawców biorących udział w realizacji zamówienia nie należy interpretować rozszerzająco. Jedną z przyczyn odstąpienia konsorcjum od umowy z Gminą Twardogóra był zgłoszony wniosek o upadłość konsorcjanta. Nie sposób więc uznać, że złożenie takiego wniosku o upadłość stanowi przyczynę leżącą po stronie drugiego konsorcjanta. Nadto, Strony nie przeprowadziły indywidualnej oceny, który z członków konsorcjum ewentualnie nie wykonał albo nienależycie wykonał umowę. W ocenie Izby

przyjmowanie, że wszyscy członkowie konsorcjum są tak samo winni niewykonania zamówienia jest nieakceptowalne. Konsekwencje odpowiedzialności konsorcjum przy realizacji danego zamówienia, a właściwie nieprawidłowego jego wykonywania, nie powinny automatycznie rozciągać się na inne późniejsze zamówienia, gdzie członkowie tego konsorcjum zamierzają ubiegać się o ich realizację. Tym bardziej, że w niniejszym stanie faktycznym nie występuje tożsamość podmiotowa, bowiem mamy do czynienia z innym podmiotem ubiegającym się o udzielenie zamówienia (wykonawcą w przedmiotowym postępowaniu jest Przystępującym, a wykonawcą realizującym umowę z Gminą Twardogóra było konsorcjum). Potrzebę indywidualnej oceny działania każdego z członków konsorcjum podkreślał również Trybunał Sprawiedliwości w orzeczeniu C-387/14, w którym stwierdził, że dla oceny nabytego doświadczenia przy realizacji robót w ramach konsorcjum należy brać pod uwagę indywidualne doświadczenie wykonawcy wynikające tylko z zakresu realizowanych przez niego zadań, a nie całości konsorcjum. Tym samym niezbędna jest zindywidualizowana ocena działań wykonawcy, który miałby podlegać wykluczeniu w innym postępowaniu, w sytuacji kiedy poprzednie zamówienie było realizowane w ramach konsorcjum, a nie przez tego wykonawcę samodzielnie (vide: wyrok KIO z dnia 9 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1331/18).

Przechodząc do oceny zdarzeń, które – według Odwołującego i Zamawiającego – stanowiły podstawę do odstąpienia od realizacji umowy z Gminą Twardogóra, zdaniem Izby stwierdzić należy, że przedstawiane naruszenia są pokazywane w sposób ogólny, bez ich uszczegółowienia w zakresie niezbędnym, aby możliwe było jednoznaczne stwierdzenie, że jedynie przyczyny leżące po stronie wykonawcy skutkowały odstąpieniem. Tytułem przykładu, jednym z powodów odstąpienia przez Gminę Twardogóra od umowy było niespełnienie od dnia 10 stycznia 2018 r. warunku dysponowania kierownikiem robót sanitarnych. Niemniej umowa została zawarta w marcu 2017 r. Takie uchybienie, które stanowiło podstawę do odstąpienia od umowy, w ocenie Izby nie świadczy o nienależytym wykonaniu umowy przez Przystępującego w istotnym stopniu, skoro Odwołujący nie udowodnił, że wcześniej wykonawca kierownikiem nie dysponował. Pojęcie istotności należy oceniać też przez pryzmat, czy owe nienależyte wykonanie albo niewykonanie istotnego wymogu umowy było uporczywe. Nie sposób więc uznać, że brak dysponowania personelem przez 20 dni na przestrzeni całego kontraktu, który trwał po zawarciu aneksu 44 tygodnie, było uporczywe. Izba zwraca też uwagę na pewną niekonsekwencję w argumentacji Gminy Twardogóra, która wprawdzie nie podziela stanowiska konsorcjum odnośnie warunków pogodowych dla obszaru objętego inwestycją, a następnie wydłużając termin realizacji zamówienia w preambule do aneksu do umowy podkreśla istnienie przeszkód atmosferycznych, stanowiących anomalie pogodowe, które uniemożliwiły

wykonanie robót w pierwotnym terminie.

Odnosząc się do naruszeń w zakresie nieterminowego wykonywania kontraktu wskazać należy, iż nie zostało wykazane, że powstałe naruszenia były wynikiem działania leżącego jedynie po stronie Przystępującego. Izba analizując powyższe ustalenia stwierdza, że Odwołujący wskazał na cały szereg naruszeń, tworzących negatywną ocenę prawidłowości realizacji kontraktu, ale nie wykazał przez udowodnienie faktu zaistnienia chociażby jednej sytuacji, która w sposób kategoriyczny pozwalałaby uznać, że cała wina leżała po stronie Przystępującego. Nie jest wystarczające powoływanie się na szereg różnego rodzaju nieprawidłowości, ale niezbędnym jest wykazanie i udowodnienie zaistnienia zdarzenia, które bez wątpienia leży jedynie pod stronie wykonawcy. Zgromadzony materiał dowodowy jest wybiórczy, brak bowiem stanowisk Przystępującego, na które powołuje się Gmina Twardogóra w poszczególnych pismach. Odwołujący nie wykazał więc dostatecznie dowodowo, że winnym zaniedbań i naruszeń jest wyłącznie Przystępujący.

Wymaga również podkreślenia, że nie każda zaistniała cywilistyczna podstawa do rozwiązania umowy z wykonawcą może skutkować automatycznie wykluczeniem go z zupełnie innego postępowania, w którym ten wykonawca bierze udział. Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 23 czerwca 2017 r., sygn. akt XII Ga 219/17, samo „poważne naruszenia obowiązków zawodowych” wynikające z nienależytego wykonania zobowiązania może wywołać skutki na gruncie prawa cywilnego w celu rozwiązania kontraktu i jednocześnie może nie stanowić przesłanki wykluczenia w reżimie prawa zamówień publicznych.

Izba w tym postępowaniu uznała, że Odwołujący w sposób jednoznaczny nie wykazał, że Zamawiający ma dostateczne podstawy, odpowiednio uzasadnione, by uznać, że wykonawca nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie w istotnym stopniu, z przyczyn leżących po jego stronie. Tym bardziej, że zgodnie z oświadczeniem Przystępującego sprawa dotycząca umowy z Gminą Twardogóra jest na etapie ukończenia inwentaryzacji, prawomocnym postanowieniem Sądu Okręgowego we Wrocławiu został uwzględniony wniosek o zabezpieczenie roszczenia w postaci niewypłacania na rzecz Gminy Twardogóra kwoty wynikające z gwarancji należytego wykonania umowy oraz złożono pozew o ustalenie. Nadto Gmina Twardogóra pismem z dnia 5 kwietnia 2018 r. odstąpiła od żądania kar umownych za nienależyte wykonanie umowy, a kara związana z odstąpieniem od umowy jest sporna pomiędzy stronami.

Następnie Izba stwierdziła, że wyspecyfikowane przez Odwołującego na wstępie odwołania naruszenie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp nie znajduje uzasadnienia w treści

odwołania. Izba wskazuje, że w ramach środków ochrony prawnej następuje - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania - kontrola poprawności działania Zamawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań), pod względem zgodności z przepisami ustawy. Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zakres rozstrzygnięcia wyznacza treść odwołania - kwestionowana w nim czynność oraz podniesione zarzuty. Zaniechanie pełnego przedstawienia zarzutu uniemożliwia Zamawiającemu analizę jego zasadności i podjęcie ewentualnej decyzji o jego uwzględnieniu.

Stosownie do art. 180 ust. 3 ustawy Pzp (analogicznie stanowi § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań), odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Tym samym określone w ww. przepisie wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum), a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez odwołującego argumentacji. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, czyli obowiązek zaprezentowania przez odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się do postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych zamawiającemu (vide: wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 17/18).

Izba wskazuje, że w części odwołania zawierającej uzasadnienie faktyczne Odwołującego, brak jest jakiegokolwiek argumentacji, stanowiska faktycznego uzasadniającego podnoszone przez Odwołującego naruszenie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący nie wskazał na czym miałyby polegać naruszenie wymienionego wyżej przepisu ustawy Pzp. W rozpoznawanej sprawie nie wiadomym jest z czym nie zgadza się Odwołujący, poza tym że wskazuje na naruszenie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp. Brak określenia zarzutów w odwołaniu czyli poza podstawą prawną wskazania stanu faktycznego, a także stopień lakoniczności twierdzeń, uniemożliwia merytoryczne odniesienie się, a w konsekwencji rozpoznanie zarzutu.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu wykluczeniu Przystępującego z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia,

w ocenie Izby, nie potwierdził się. Skoro, jak stwierdzono, Przystępujący nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, to tym samym nie ziszczyły się przesłanki do wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. Wykonawca, który nie podlega wykluczeniu nie mógł bowiem w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadzić Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu lub zataić informację, że podlega wykluczeniu z postępowania. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp okazał się więc bezzasadny. Wykonawca, który nie podlega wykluczeniu nie mógł również w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawić informację, że nie podlega wykluczeniu lub zataić informację, że podlega wykluczeniu z postępowania. Zatem zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp również okazał się nieuprawniony.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 3 i § 5 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).

Przewodniczący:

.....