

WYROK
z dnia 26 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala
Danuta Dziubińska
Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 stycznia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2020 r. przez wykonawcę **Firma Handlowo-Uslugowa INSTBUD S. B. sp. j., Nieznanowice 50, 32-420 Gdów,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A., Pl. Starynkiewicz 5, 02-015 Warszawa,**

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie** i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia wykonawcy Firma Handlowo-Uslugowa INSTBUD S. B. sp. j. z postępowania oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A., Pl. Starynkiewicz 5, 02-015 Warszawa,** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Firma Handlowo-Uslugowa INSTBUD S. B. sp. j., Nieznanowice 50, 32-420 Gdów,** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A., Pl. Starynkiewicz 5, 02-015 Warszawa**, na rzecz odwołującego **Firma Handlowo-Usługowa INSTBUD S. B. sp. j., Nieznanowice 50, 32-420 Gdów**, kwotę **20 000 zł 00 gr** (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów poniesionych z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) oraz art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz.2020) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A., PI. Starynkiewicz 5, 02-015 Warszawa, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Bezwykopowa renowacja sieci kanalizacyjnej na terenie m.st. Warszawy w zakresie średnic DN 0,20 m - DN 0,40 oraz długości Lca = 4 517 mb”, numer referencyjny: 00819/WS/PW/PZP-DRZ-WRI/B/2020. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18.06.2020 r., nr 2020/S 117-284877.

Pismem z dnia 17.12.2020 r. zamawiający poinformował o wykluczeniu z postępowania wykonawcy Firma Handlowo-Usługowa INSTBUD S. B. sp. j., Nieznanowice 50, 32-420 Gdów (dalej: „odwołujący”) na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”.

W dniu 28.12.2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 5 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 oraz art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez powołanie się na fakt wypowiedzenia przez zamawiającego umowy zawartej z odwołującym w sprawie zamówienia publicznego oraz nieuzasadnioną ocenę, że rozwiązanie umowy spowodowane było jej nienależytym wykonaniem w istotnym stopniu z przyczyn leżących po stronie odwołującego, a w konsekwencji zastosowanie sankcji wykluczenia z naruszeniem zasady proporcjonalności,
2. art. 92 ust. 1a ustawy Pzp, poprzez brak jakiegokolwiek wyjaśnienia powodów, dla których zamawiający uznał dowody i wyjaśnienia przedstawione przez odwołującego za niewystarczające w kontekście zastosowania art. 24 ust. 8 w zw. z ust. 9 ustawy Pzp,
3. art. 24 ust. 9 w zw. z ust. 8 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że dowody i wyjaśnienia przedstawione przez odwołującego nie są wystarczające do ustalenia, że daje on rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia i podjął działania wystarczające do zapobiegnięcia nieprawidłowemu postępowaniu odwołującego,
4. art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego, bowiem zgodnie z zarzutem opisanym w pkt 1 odwołujący nie podlega wykluczeniu, a zatem nie powinno się odrzucać oferty odwołującego jako wykonawcy wykluczonego.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje:

„1. 17 grudnia 2020 r. Zamawiający przesłał Odwołującemu zawiadomienie o wykluczeniu go z udziału w Postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp („Zawiadomienie o wykluczeniu”). W treści wskazanego dokumentu Zamawiający całkowicie zignorował swoje

obowiązki w zakresie należytego ustalenia i udowodnienia zaistniałych podstaw wykluczenia Odwołującego z postępowania. (...)

4. (...) Podkreślenia wymaga, że w uzasadnieniu faktycznym czynności wykluczenia Zamawiający skupił się jedynie na pobieżnej ocenie skuteczności procedury samooczyszczenia (art. 92 ust. 1a Pzp). Natomiast w odniesieniu do kwestii podlegania wykluczeniu (art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp), zamawiający ograniczył się wyłącznie do stwierdzenia, że:

„W Części III: Podstawy Wykluczenia C: Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi w JEDZ Wykonawca wskazał, że znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego (...) została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą Umową. Wykonawca w sposób ogólny opisał przedmiotową sytuację, jak również w ograniczony sposób opisał jakie przedsięwziął środki w celu samooczyszczenia.” (Zawiadomienie o wykluczeniu).

5. Tylko i wyłącznie na podstawie powyżej wskazanego ustalenia, Zamawiający doszedł do niczym nie uzasadnionych wniosków, zgodnie z którymi:

„w aktualnym stanie faktycznym doszło do odstąpienia przez Zamawiającego od umowy, a roboty nieprawidłowo zrealizowane przed ww. odstąpieniem dotyczyły istotnej części powyższej umowy. Ponadto podnieść należy, iż do odstąpienia od umowy doszło z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, ponieważ Wykonawca jako profesjonalny uczestnik rynku zamówień odpowiada również za nienależytą realizację zamówienia przez podwykonawcę, któremu powierzył wykonanie określonej części zamówienia. Fakt, że w sprawie toczy się postępowanie sądowe w zakresie skuteczności odstąpienia od umowy przez Zamawiającego nie będzie miał wpływu na ewentualne ziszczenie się przesłanki wykluczenia określonej w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp.” (Zawiadomienie o wykluczeniu).

6. Podsumowując, z samego faktu złożenia przez Spółkę w JEDZ oświadczenia o rozwiązaniu z nią w przeszłości umowy w sprawie zamówienia publicznego, Zamawiający doszedł do wniosku, że doszło do ziszczenia się wszystkich przesłanek wykluczenia określonych w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. (...)

9. Podkreślenia przy tym wymaga, na co Zamawiający najwyraźniej nie zwrócił uwagi, że w formularzu JEDZ Odwołujący wyraźnie podkreślił, że:

„Pismem z dnia 08.10.2018 r. GPW [tj. zamawiający z rozwiązywanej umowy - przyp. wł. Odwołującego] złożyła bezskuteczne oświadczenie o odstąpieniu od Umowy. Wskazane oświadczenie zostało złożone bez wyczerpania procedury odstąpienia przewidzianego w Umowie oraz bez istnienia podstaw do jego złożenia (powołanie się przez GPW na żądanie zmiany sposobu realizacji prac, które już w całości zostały już wykonane) (...)

Instbud stoi na stanowisku że wobec skutecznego odstąpienia od Umowy z przyczyn

leżących po stronie GPW, oraz wobec bezskuteczności oświadczenia złożonego przez GPW, nie ma on obowiązku wykazywania okoliczności przewidzianych w art. 24 ust. 8 i 9 PZP (samooczyszczenie). Niezależnie od tego Instbud podjął szereg czynności o charakterze organizacyjnym, zmierzającym do zapobiegnięcia w przyszłości powstaniu sporów analogicznych do tego powstałego z GPW”.

10. Tym samym Odwołujący wyraźnie zakwestionował jakoby:

- a) sporna wcześniejsza umowa w sprawie wykonania zamówienia publicznego została przez Odwołującego niewykonana lub wykonana nienależycie w stopniu istotnym,
- b) niewykonanie lub nienależyte wykonanie ww. umowy w stopniu istotnym nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy,
- c) niewykonanie lub nienależyte wykonanie ww. umowy w stopniu istotnym doprowadziło do rozwiązania umowy (Odwołujący zakwestionował fakt skuteczności rozwiązania przez zamawiającego wskazanej umowy).

11. Oświadczenia złożone przez Odwołującego w dokumencie JEDZ odnosiły się więc jedynie do niektórych przesłanek wykluczenia, a mianowicie wcześniejszego rozwiązania jakiejś bliżej niesprecyzowanej umowy. Sam ten fakt nie wypełnia jeszcze dyspozycji wszystkich przesłanek wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający nie może zatem z powołaniem się na wskazane oświadczenie Spółki zawarte w JEDZ utrzymywać, że spełnione zostały wszystkie konieczne przesłanki do wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp.

12. Czynność wykluczenia odwołującego z 17 grudnia 2020 r., nie odnosi się do żadnej z przesłanek tego przepisu. Po pierwsze, Zamawiający nie podał w uzasadnieniu, jaka konkretnie umowa miała zostać niewykonana lub niewykonana należycie. W dalszej kolejności Zamawiający nie wskazał, czy ta bliżej niesprecyzowana umowa została niewykonana lub nienależycie wykonana z przyczyn leżących po stronie Odwołującego. Z Zawiadomienia o wykluczeniu nie wynika ani na czym miałyby polegać nienależyte wykonanie umowy przez Spółkę, ani na bazie jakich dowodów Zamawiający czyni takie ustalenie. W konsekwencji, nie wiadomo zatem, dlaczego Zamawiający uważa, że odpowiedzialność za wcześniejsze rozwiązanie umowy ponosi Wykonawca, a nie np. zamawiający będący stroną opisywanej umowy.

13. Z treści Zawiadomienia o wykluczeniu nie wynika także, dlaczego Zamawiający uważa, że nienależyte wykonanie umowy miało charakter istotny. Wywodów na ten temat próżno szukać w uzasadnieniu sporządzonym przez Zamawiającego. (...)

15. W tym miejscu podkreślić i przypomnieć należy, że w formularzu JEDZ Spółka wyraźnie wskazała, że wykonała całość przedmiotu opisywanego zamówienia. Natomiast z pisma o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu jednoznacznie wynika, że Zamawiający nie analizował w ogóle przesłanki dotyczącej stopnia niewykonania lub

nienależytego wykonania umowy. (...)

19. Podkreślić przy tym należy, że niezależnie od całkowitej bierności Zamawiającego w zakresie wykazania ziszczenia się przewidzianych w art. 24 ust. 5 pkt 4 p.z.p. przesłanek ewentualnego wykluczenia Odwołującego, Spółka kwestionuje skuteczność spornego odstąpienia. Celem wykazania swoich racji wystąpiła przy tym na drogę sądową. (...)

22. W toku prowadzonego postępowania Zamawiający zainicjował wobec Spółki procedurę self cleaning (art. 24 ust. 8 Pzp). W jej trakcie Odwołujący przedstawił szereg dowodów i wyjaśnień, które ostatecznie zostały przez Zamawiającego całkowicie zignorowane. Przy czym zgodnie z treścią art. 92 ust. 1a Pzp, na Zamawiającym spoczywa prawny obowiązek wyjaśnienia w decyzji w przedmiocie wykluczenia danego wykonawcy, powodów dla których dowody przedstawione przez wykonawcę w ramach procedury z art. 24 ust. 8 Pzp, uznał za niewystarczające.

23. Tytułem przykładu Odwołujący przedstawił m.in. dowody: (i) zakończenia współpracy z problematycznym podwykonawcą, oraz (ii) pracownikiem niespełniającym określonych wymogów (iii) przeprowadzenia wewnętrznych szkoleń z zakresu zarządzania jakością ISO-9001 w dniu 29 marca 2019 r., (iv) rezygnacji z realizacji kontraktów polegających na uszczelnieniu zbiorników wodnych technologią Hydroclick.

24. Zamawiający tymczasem wszystkie te dowody zignorował, nie wyjaśniając Spółce dlaczego i w jakim zakresie dowody te i wyjaśnienia były niewystarczające zdaniem Zamawiającego do wykazania tzw. samooczyszczenia, oczywiście na wypadek, gdyby w ogóle zachodziły podstawy do wykluczenia Spółki z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp. (...)

28. Z najdalej posuniętej ostrożności procesowej Odwołujący pragnie dodatkowo wskazać, że w przypadku odrzucenia przez Krajową Izbę Odwoławczą całości przedstawianej powyżej argumentacji, i tak nie istniały uzasadnione podstawy do wykluczenia Odwołującego z Postępowania. Spółka przedstawiła bowiem w toku Postępowania wystarczające dowody i wyjaśnienia, podważające możliwość powzięcia przez Zamawiającego jakichkolwiek wątpliwości odnośnie rzetelności i wiarygodności Spółki. (...)

31. W tym miejscu przede wszystkim należy przypomnieć, że przedmiot wcześniejszego problematycznego zamówienia całkowicie odbiegał od przedmiotu niniejszego Postępowania. We wcześniejszym wygranym przez Spółkę postępowaniu jej przedmiotem było uszczelnienie zbiornika wodnego technologią Hydroclick. Natomiast przedmiotem Postępowania jest bezwykopowa renowacji sieci kanalizacyjnej. W tym kontekście przypomnieć należy, że Odwołujący: (i) całkowicie zrezygnował ze współpracy z podwykonawcą odpowiedzialny m za wykonanie wskazanego uszczelnienia, (ii) odstąpił także od realizacji w przyszłości tego typu przedmiotu zamówień. Z drugiej strony, wskazując na swoją rzetelność, Odwołujący wskazał na 205 wygranych i należyście wykonanych umów

w przedmiocie realizacji zamówień publicznych z okresu dwóch ostatnich lat. (...)

34. W tym kontekście, poza przedstawioną już argumentacją, wskazać należy, że Odwołujący w ostatnim czasie realizował z sukcesem zamówienie zlecane bezpośrednio przez Zamawiającego, który osobiście dysponuje empiryczną (pozytywną) wiedzą na temat jakości pracy kompetencji Odwołującego.”

Wobec powyższego odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

W trakcie rozprawy strony podtrzymały swoje stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest bezwykopowa renowacja sieci kanalizacyjnej na terenie m.st. Warszawy w zakresie średnic DN 0,20 m – DN 0,40 m oraz o długości Lca = 4 517 mb.

W pkt 5.1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz”) zamawiający przewidział wykluczenie wykonawców m.in. na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący złożył wraz z ofertą jednolity europejski dokument zamówienia (dalej: „JEDZ”), w którym w części III.C, 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? Jeżeli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat”*, zaznaczył odpowiedź „TAK” i dodał:

„[1. W dniu 30.08.2017r Firma Handlowo Usługowa INSTBUD S. B. Spółka Jawna (Instbud) zawarł z Górnośląskim Przedsiębiorstwem Wodociągów S.A (GPW) umowę na wykonanie wewnętrznej wykładziny uszczelniającej ściany i dno zbiornika nr 1 w Katowicach-Murckach (Umowa). W dniu 15 maja 2018r Instbud wykonał całość prac przewidzianych Umową. W toku odbioru końcowego i badania szczelności wykonanej powłoki pomiędzy stronami powstał spór odnośnie prawidłowości wykonania prac. Pismem z dnia 08.10.2018r. GPW złożyła bezskuteczne oświadczenie o odstąpieniu od Umowy. Wskazane oświadczenie zostało złożone bez wyczerpania procedury odstąpienia przewidzianego w Umowie oraz bez istnienia podstaw do jego złożenia (powołanie się przez GPW na żądanie zmiany sposobu realizacji prac, które już w całości zostały już wykonane). Pismem z dnia 27.12.2018r Instbud złożył skuteczne oświadczenie o odstąpieniu od Umowy, z powołaniem się m.in. na brak

zapłaty za wykonane prace oraz uniemożliwienie końcowej weryfikacji wad, na których istnienie powoływała się GPW. Aktualnie Instbud i GPW są w toku negocjacji ugodowych, zmierzających m.in. do sporządzenia opinii biegłego, weryfikującego poprawność prac wykonanych przez Instbud.]”

Odpowiadając w JEDZ na pytanie: „czy wykonawca przedsięwziął środki w celu samooczyszczenia?”, odwołujący zaznaczył: „TAK” i dodał:

„[Instbud stoi na stanowisku że wobec skutecznego odstąpienia od Umowy z przyczyn leżących po stronie GPW, oraz wobec bezskuteczności oświadczenia złożonego przez GPW, nie ma on obowiązku wykazywania okoliczności przewidzianych w art. 24 ust. 8 i 9 PZP (samooczyszczenie). Niezależnie od tego Instbud podjął szereg czynności o charakterze organizacyjnym, zmierzającym do zapobiegnięcia w przyszłości powstaniu sporów analogicznych do tego powstałego z GPW

- Instbud pomimo złożonego oświadczenia o odstąpieniu od umowy z GPW – pozostaje w bliskiej współpracy z GPW celem weryfikacji poprawności prac. W sytuacji, jeśli weryfikacja ta wykaże jakiegokolwiek nieprawidłowości skutkujące szkodą po stronie GWP, Instbud pokryje tą szkodę

- Instbud zakończył współpracę z podwykonawcą realizującym Umowę zawartą z GPW i nie zamierza w przyszłości korzystać z jego usług (wszelka weryfikacja prawidłowości prac realizowanych w ramach Umowy przeprowadzana była już bezpośrednio przez GPW)

- Instbud zrezygnował z realizacji w przyszłości kontraktów polegających na uszczelnieniu zbiorników wodnych technologią Hydroclick, a więc technologią przyjętą przez podwykonawcę Instbud].”

Pismem z dnia 12.11.2020 r. zamawiający, na podstawie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, wezwał odwołującego „do złożenia wyczerpujących wyjaśnień wraz z dowodami, w kontekście wskazanych w JEDZ okoliczności, dotyczących zastosowanego środka naprawczego, mającego na celu samooczyszczenie”.

Pismem z dnia 16.11.2020 r. odwołujący udzielił wyjaśnień, w których opisał: problemy z podwykonawcą przy pracach polegających na renowacji zbiornika, zakończenie ostatecznie tych prac przez odwołującego, bezskuteczne odstąpienie od umowy przez zamawiającego – GPW, odstąpienie od umowy przez odwołującego, próby ugodowego zakończenia sprawy z GPW. Odwołujący podtrzymał stanowisko o tym, że nie zachodzi wobec niego potrzeba dokonywania samooczyszczenia, niemniej jednak wskazał następujące podjęte przez niego środki:

- Instbud pomimo złożonego oświadczenia o odstąpieniu od umowy z GPW – pozostaje w bliskiej współpracy z GPW celem weryfikacji poprawności prac. W sytuacji, jeśli weryfikacja ta wykaże jakiegokolwiek nieprawidłowości skutkujące szkodą po stronie GWP,

Instbud pokryje tą szkodę,

- Instbud zakończył współpracę z podwykonawcą realizującym Umowę zawartą z GPW i nie zamierza w przyszłości korzystać z jego usług (wszelka weryfikacja prawidłowości prac realizowanych w ramach Umowy przeprowadzana była już bezpośrednio przez GPW),
- Instbud zrezygnował z realizacji w przyszłości kontraktów polegających na uszczelnieniu zbiorników wodnych technologią Hydroclick, a więc technologią przyjętą przez podwykonawcę Instbud,
- Instbud podjął szereg czynności o charakterze organizacyjnym, zmierzających do zapobiegania w przyszłości zagrożeniem nie należytego wykonywania kontraktów oraz niewykonania ich w terminie,
- Instbud dodatkowo zawęził listę akceptowalnych podwykonawców i bardziej szczegółowo sprawdzał i kontrolował ich pracę na innych kontraktach, by nie dopuścić do podobnej sytuacji,
- Instbud poprawił relacje na linii zarząd firmy – kierownicy budowy / robót starając się kłaść nacisk na częstsze narady koordynacyjne budów,
- Instbud przeprowadził dodatkowe wewnętrzne szkolenie z zakresu zarządzania jakością ISO-9001 w dniu 04.03.2019r (załącznik nr 10). Szkolenie miało na celu przypomnienie i omówienie polityki jakości firmy, celów jakościowych i priorytetowych. Omówiono kwestię odpowiedzialności za procesy związane z klientem, prowadzeniem dokumentacji oraz kwestię procedowania umów z podwykonawcami.

Do wyjaśnień odwołujący dołączył załączniki: umowę o podwykonawstwo, korespondencję z podwykonawcą i zamawiającym GPW, notatki dotyczące robót, pismo dotyczące szkolenia.

W piśmie z dnia 02.12.2020 r. zamawiający poinformował, że „przedstawione wyjaśnienia są zbyt ogólne i niekonkretne. Nie wykazaliście Państwo, że podjęte przez wykonawcę środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności nie udowodniliście Państwo naprawienia szkody. Brak jest także informacji o podjęciu konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp ponownie wzywa do złożenia wyczerpujących wyjaśnień wraz z dowodami, w kontekście wskazanych w JEDZ okoliczności, dotyczących zastosowanego środka naprawczego, mającego na celu samooczyszczenie”.

Pismem z dnia 07.12.2020 r. odwołujący udzielił wyjaśnień, w których dokonał oceny prawnej możliwości wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, rozwinął swoje stanowisko co do podjętych środków zaradczych, dodał, że zrealizował należycie 205 umów

z zakresu zamówień publicznych, a jedynie w trzech przypadkach wystąpiły problemy. Do wyjaśnień odwołujący dołączył oświadczenia współników dotyczące: zakończenia współpracy z podwykonawcą, listy akceptowalnych podwykonawców, stosowania metody „Hydroclick” oraz należytego i terminowego wykonania projektów realizowanych w trybie przepisów ustawy Pzp.

Pismem z dnia 17.12.2020 r. zamawiający poinformował o wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. W uzasadnieniu zamawiający wskazał:

„(...) W dniu 07.12.2020 r. Wykonawca złożył odpowiedź na wezwanie Zamawiającego i na ich podstawie Zamawiający uznał j.n.: W zakresie zamówienia wskazanego w punkcie nr 1 Części III lit. C JEDZ Wykonawca przedstawił dowody wskazujące, że w sprawie toczy się postępowania sądowe m.in. w zakresie wynagrodzenia należnego z tytułu realizacji zamówienia, okoliczności należytej realizacji zamówienia oraz skuteczności rozwiązania umowy przez jej poszczególne strony. Powyższe nie zmienia jednak faktu, że w aktualnym stanie faktycznym doszło do odstąpienia przez Zamawiającego od umowy, a roboty nieprawidłowo zrealizowane przed ww. odstąpieniem dotyczyły istotnej części powyższej umowy. Ponadto podnieść należy, iż do odstąpienia od umowy doszło z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, ponieważ Wykonawca jako profesjonalny uczestnik rynku zamówień odpowiada również za nienależytą realizację zamówienia przez podwykonawcę, któremu powierzył wykonanie określonej części zamówienia. Fakt, że w sprawie toczy się postępowanie sądowe w zakresie skuteczności odstąpienia od umowy przez Zamawiającego nie będzie miał wpływu na ewentualne ziszczenie się przesłanki wykluczenia określonej w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. (...)

Należy ponadto podkreślić, że w przypadku zamówienia wskazanego w punkcie nr 1 Części III lit. C JEDZ Wykonawca przedłożył niewielką część dowodów, które w sposób ogólny i niewystarczający odnoszą się do środków podjętych przez Wykonawcę w celu rozwiązania sporu z Zamawiającym oraz na podjęcie środków w celu uniknięcia podobnych sytuacji w przyszłości. W związku z powyższym Zamawiający uznał, że w powyższym zakresie nie doszło do skutecznego przeprowadzenia procedury samooczyszczenia.

Jedynie na marginesie Zamawiający wskazuje, że pomimo zaznaczenia w wezwaniu z dnia 02.12.2020 r., iż poprzednie wyjaśnienia i dowody były ogólne i nie pozwalały na skuteczne przeprowadzenie procedury samooczyszczenia, Wykonawca w odpowiedzi z dnia 07.12.2020 r. w większości powołał się na te same wyjaśnienia i dowody, które zostały przedstawione na poprzednie wezwanie, co również wskazuje na brak uczynienia zadość wezwaniu z dnia 02.12.2020 r., a w konsekwencji nieodpowiednie zastosowanie procedury samooczyszczenia. Przedstawione przez Wykonawcę wyjaśnienia oraz dowody wskazują

na dokonanie procedury samooczyszczenia w sposób niepozwalający na uniknięcie wykluczenia z postępowania, w szczególności na podstawie przesłanek z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp.”

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, 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 kwestionowaną czynność zamawiającego.

W przedmiotowej sprawie rozstrzygnięciu podlegają trzy kwestie:

- ziszczenia się przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp,
- w przypadku uznania, że ww. przesłanki ziściły się – oceny środków podjętych przez odwołującego w ramach samooczyszczenia,
- prawidłowości uzasadnienia zawartego w piśmie informującym o wykluczeniu.

Odnosząc się do pierwszej z ww. kwestii, należy wskazać, że 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, przy czym 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.

Odwołujący został wykluczony z postępowania z powodu okoliczności związanych

z umową zawartą z GPW, której przedmiotem było wykonanie wewnętrznej wykładziny uszczelniającej ściany i dno zbiornika nr 1 w Katowicach–Murckach. Zaprojektowanie robót i ich wykonanie odwołujący powierzył podwykonawcy, sam zaś miał jedynie dostarczyć materiał. Jak wynika ze złożonej przez odwołującego korespondencji z GPW, w tym zwłaszcza z notatki z dnia 11.01.2019 r., od maja do października 2018 r. odbyło się łącznie dziewięć prób szczelności zbiornika i każda z nich wykazywała jego nieszczelność. Po ostatniej z tych prób w dniu 08.10.2018 r. zamawiający GPW złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy.

Po pierwsze zatem, z przytoczonego stanu faktycznego wynika, że miało miejsce nienależyte wykonanie umowy, ponieważ po zakończeniu robót i dziewięciu próbach zbiornik pozostał nieszczelny. Jednocześnie należy zauważyć, że przedmiotem umowy zawartej z GPW było właśnie uszczelnienie tego zbiornika poprzez montaż płyt Hydroclick na ścianach zbiornika, zatem nienależyte wykonanie dotyczyło głównych, podstawowych prac, jakie były do wykonania w ramach umowy. Tym samym nienależyte wykonanie ww. umowy miało miejsce w stopniu istotnym, skoro dotyczyło głównych robót i skutkowało nieosiągnięciem podstawowego celu, dla którego roboty te były wykonywane (tj. nieosiągnięciem szczelności zbiornika).

Nie można przy tym zgodzić się z zamawiającym, że w przedmiotowej sprawie miało miejsce niewykonanie umowy. Przede wszystkim przeczy temu treść pisma z dnia 17.12.2020 r. informującego o wykluczeniu odwołującego, w którym sam zamawiający napisał, że roboty były „nieprawidłowo zrealizowane” i że odwołujący odpowiada za „nienależytą realizację”, zatem sam zamawiający uznał w ww. piśmie, że zachodzi nienależyte wykonanie umowy, nie zaś jej niewykonanie. Nie można ponadto zgodzić się z zamawiającym, że samo złożenie oświadczenia o odstąpieniu od umowy przesądza o jej niewykonaniu. Zgodnie z art. 395 § 2 kc, w razie wykonania prawa odstąpienia umowa uważana jest za niezawartą, a to, co strony już świadczyły, ulega zwrotowi w stanie niezmienionym, chyba że zmiana była konieczna w granicach zwykłego zarządu, zaś za świadczone usługi oraz za korzystanie z rzeczy należy się drugiej stronie odpowiednie wynagrodzenie. Pomijając fakt, że nie wiadomo, czy GPW odstąpiła od umowy w oparciu o ww. przepis (podstawą mógł być też art. 491 kc), przede wszystkim należy zauważyć, że to, że w przypadku odstąpienia umowę uważa się za niezawartą, nie oznacza, że nie została ona w ogóle wykonana. Wręcz przeciwnie, ustawodawca przewidział, że przed odstąpieniem umowa mogła zostać w jakimś stopniu wykonana i z tego tytułu strony zobowiązane są do zwrotu tego, co sobie wzajemnie świadczyły. Treść art. 395 § 2 kc nie daje zatem podstaw do uznania, że złożenie oświadczenia o odstąpieniu od umowy jest tożsame z niewykonaniem tej umowy.

Należy także zauważyć, że niewykonanie umowy ma miejsce wtedy, gdy nie została

ona całkowicie zrealizowana, natomiast nienależyte wykonanie umowy ma miejsce wtedy, gdy świadczenie zostało wykonane, ale niezgodnie z umową np. co do jakości, ilości, czy terminu wykonania (tak też Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 15 lutego 2002 r., sygn. akt III CZP 86/01). W przedmiotowej sprawie roboty zostały wykonane, ale nieprawidłowo, ponieważ zbiornik pozostał nieszczelny. Tym samym miało miejsce nienależyte wykonanie w istotnym stopniu umowy zawartej przez odwołującego z GPW.

Po drugie, należy stwierdzić, że nienależyte wykonanie ww. umowy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie odwołującego. Wprawdzie odwołujący powierzył wykonanie robót podwykonawcy, ale za wykonanie zobowiązania w tym zakresie ponosił odpowiedzialność (art. 474 kc). Tym samym nienależyte wykonanie umowy w istotnym stopniu przez podwykonawcę, obciąża wykonawcę, który powierzył mu wykonanie prac, co oznacza, że zachodzi przesłanka nienależytego wykonania umowy przez odwołującego.

Po trzecie, należy stwierdzić, że w niniejszej sprawie ziściła się przesłanka rozwiązania wcześniejszej umowy. Jak wynika bowiem ze stanu faktycznego sprawy, pismem z dnia 08.10.2018 r. zamawiający GPW odstąpił od umowy zawartej z odwołującym. Odwołujący złożył wprawdzie w Sądzie Okręgowym w Katowicach pozew o zapłatę, niemniej jednak rozstrzygnięcie Sądu w tej sprawie jeszcze nie zapadło, co oznacza, że na dzień podjęcia przez zamawiającego czynności wykluczenia odwołującego, stan faktyczny był taki (i jest nadal), że odstąpienie miało miejsce.

Jedynie na marginesie należy dodać, że nie byłaby zasadna, w ocenie Izby, interpretacja art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp w taki sposób, że w każdym przypadku, gdy rozwiązanie umowy staje się przedmiotem sporu sądowego pomiędzy stronami, nie można stwierdzić ziszczenia się tejże przesłanki. Przy takiej interpretacji omawiany przepis stałby się w dużej mierze martwy, gdyż w wielu przypadkach spory dotyczące realizacji i rozwiązania umów w sprawie zamówień publicznych kierowane są na drogę sądową, a czasochłonność ich rozstrzygnięcia w sądzie powoduje, że zastosowanie art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp, przewidującego 3-letni okres możliwości wykluczenia wykonawcy od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, byłoby niemożliwe.

Izba przyjęła zatem w przedmiotowej sprawie istniejący stan faktyczny i stwierdziła, że odstąpienie od ww. umowy miało miejsce.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła, że w przedmiotowej sprawie ziściły się przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. W konsekwencji powyższego zamawiający zobowiązany był zbadać środki i dowody złożone przez odwołującego w ramach samooczyszczenia.

Odnosząc się zatem do drugiej z kwestii podlegających rozstrzygnięciu w niniejszej

sprawie, należy przytoczyć treść art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp:

8. 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. (...)

9. Wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że środki służące wykazaniu rzetelności wykonawcy zostały przez ustawodawcę wskazane w formie katalogu otwartego. Tym samym środki te w praktyce muszą być każdorazowo dostosowane do danej sytuacji, w której miało miejsce niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy.

W przedmiotowej sprawie odwołujący wskazał na szereg podjętych przez niego środków, z których dwa, w ocenie Izby, są wystarczające do wykazania rzetelności wykonawcy, tj.:

- fakt, że odwołujący zaprzestał współpracy z podwykonawcą bezpośrednio odpowiedzialnym za nienależyte wykonanie robót w stopniu istotnym,
- fakt, że odwołujący zrezygnował z realizacji kontraktów z zakresu uszczelniania zbiorników wodnych i stosowania technologii Hydroclick.

Ww. podjęte przez odwołującego środki są odpowiednie, w ocenie Izby, do zapewnienia, że nie powtórzy się sytuacja, jaka miała miejsce w przypadku umowy zawartej z GPW. Środki te bowiem służą zapobieżeniu sytuacji, w której brak doświadczenia wykonawcy (odwołujący przyznał w piśmie z dnia 07.12.2020 r., że nigdy wcześniej nie realizował podobnych prac) i nieprawidłowe działania jego podwykonawcy doprowadziły do nienależytego wykonania umowy. Skoro zatem odwołujący przede wszystkim zrezygnował z realizacji kontraktów z zakresu uszczelniania zbiorników wodnych i nie kontynuuje współpracy z podwykonawcą, któremu powierzył wykonanie umowy zawartej z GPW, to uzasadnione jest stwierdzenie, że podjęte przez niego środki w ramach samooczyszczenia są wystarczające.

W konsekwencji powyższego stwierdzenia, w świetle art. 24 ust. 9 ustawy Pzp, nie

można przyjąć, że odwołujący podlega wykluczeniu w oparciu o art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Właściwe wykazanie swojej rzetelności w ramach procedury samooczyszczenia, powoduje bowiem, że nie zachodzi podstawa do wykluczenia wykonawcy.

Dlatego też Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem jego oferty.

Jedynie na marginesie, odnosząc się do powołanego przez zamawiającego wyroku Sądu Okręgowego w Nowym Sączu, należy zauważyć, że orzecznictwo odwołuje się do różnych sytuacji, w których wykonawca może zaznaczyć w JEDZ opcję: „TAK”, mimo że nie uważa, że podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. W tym zakresie Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 23 sierpnia 2019 r., sygn. akt XXIII Ga 469/19 i zauważa, że treść pytania zawartego w formularzu JEDZ nie odnosi się do tego, po czyjej stronie leżały przyczyny odstąpienia od umowy lub czy nienależyte wykonanie umowy miało charakter istotny. Pytanie zawarte w JEDZ odnosi się jedynie do samego faktu rozwiązania umowy lub nałożenia odszkodowania/innych sankcji. Tym samym wypełniając dokument JEDZ wykonawca ma obowiązek zgodnie ze stanem faktycznym podać informacje dotyczące tego, czy doszło do rozwiązania umowy lub nałożenia odszkodowania/innych sankcji. Jeżeli okoliczność taka miała miejsce, należy wpisać „TAK”. Dodatkowo, zgodnie z formularzem JEDZ, w sytuacji wpisania „TAK” należy podać szczegółowe informacje, czyli opisać okoliczności rozwiązania umowy/nałożenia sankcji. Powyższe nie stoi na przeszkodzie, aby wykonawca przedstawił swoje stanowisko w sprawie. Tym samym nawet uznając rozwiązanie umowy za bezpodstawne, obowiązkiem wykonawcy jest podać w dokumencie JEDZ informację prawdziwą co do faktu rozwiązania umowy lub nałożenia sankcji choćby po to, by uniknąć sankcji w postaci wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp. Obowiązkiem zamawiającego jest natomiast zbadać podane w tej sytuacji informacje, ocenić je w świetle art. 24 ust. 5 pkt 4, ust. 8 i ust. 9 ustawy Pzp, a następnie dokonać stosownych do tej oceny czynności. W konsekwencji nie można uznać, że w każdym przypadku samooczyszczenie wykonawcy może być skuteczne tylko pod warunkiem, że przyzna się on do deliktu. Jak wskazano wyżej, fakt zaznaczenia przez wykonawcę w JEDZ opcji: „TAK” może wynikać z różnych okoliczności faktycznych i nie można ich wszystkich oceniać w sposób schematyczny.

Odnosząc się do trzeciej kwestii podniesionej w odwołaniu, należy zauważyć, że stwierdzenie przez Izbę, że odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania, czyni bezprzedmiotowym zarzut nieprawidłowego uzasadnienia informacji o jego wykluczeniu,

niemniej jednak Izba odniesie się również do tej kwestii. Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni, podając uzasadnienie faktyczne i prawne, zaś zgodnie z art. 92 ust. 1a ustawy Pzp, w przypadkach, o których mowa w art. 24 ust. 8, informacja, o której mowa w ust. 1 pkt 2, zawiera wyjaśnienie powodów, dla których dowody przedstawione przez wykonawcę, zamawiający uznał za niewystarczające. Należy zauważyć, że pełne i szczegółowe podanie uzasadnienia wykluczenia wykonawcy z postępowania i uznania jego samooczyszczenia za niewystarczające, jest nie tylko obowiązkiem zamawiającego wynikającym z ww. przepisów, ale jest też niezbędne do tego, aby wykonawca mógł skutecznie kwestionować swoje wykluczenie korzystając ze środków ochrony prawnej i niezbędne do zapewnienia w postępowania zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Tymczasem w przedmiotowej sprawie:

- zamawiający stwierdził, że doszło do nienależytego wykonania umowy, ale w żaden sposób nie wskazał, dlaczego uważa je za nienależyte wykonanie w stopniu istotnym,
- zamawiający nie odniósł się do argumentacji odwołującego dotyczącej tego, że w jego ocenie, odstąpienie od umowy przez GPW było bezskuteczne,
- zamawiający ograniczył się do dokonania oceny, że wskazane przez odwołującego środki w ramach samooczyszczenia są ogólne, niewystarczające i powtarzane w kolejnych wyjaśnieniach, natomiast nie wskazał konkretnie, dlaczego każdy z tych środków uważa za zbyt ogólny i niewystarczający.

Oznacza to, że uzasadnienie faktyczne zawarte w informacji o wykluczeniu odwołującego z postępowania, nie może zostać uznane za wyczerpujące i tym samym za zgodne z art. 92 ust. 1 pkt 2 i ust. 1a ustawy Pzp. Niepełne uzasadnienie faktyczne i prawne informacji o wykluczeniu wykonawcy stanowi naruszenie nie tylko ww. przepisów, ale także zasady przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Z uwagi jednak na stwierdzenie w niniejszym wyroku, że odwołujący nie podlega wykluczeniu, Izba nie nakazała zamawiającemu powtórzenia czynności uzasadnienia czynności wykluczenia.

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

Orzekając o kosztach Izba uwzględniła treść § 3 pkt 2 rozporządzenia w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), zgodnie z którym wysokość uzasadnionych kosztów stron postępowania odwoławczego musi być określona na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

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 w zw. z § 3 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący

.....

.....