

**WYROK**

**z dnia 16 sierpnia 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 sierpnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lipca 2016 r. przez **wykonawcę M.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą TRANS BRUK M.B.** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Gminę Swarzędz z siedzibą w Swarzędzu**

przy udziale wykonawcy: **SKANSKA S. A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie czynności oceny ofert a także unieważnienie wykluczenia Odwołującego i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego;**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego: Gminę Swarzędz z siedzibą w Swarzędzu i:**
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr.** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę: M.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą TRANS BRUK M.B.** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2) zasądza od **Zamawiającego: Gminy Swarzędz z siedzibą w Swarzędzu** na rzecz **wykonawcy: M.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą TRANS BRUK M.B.** kwotę **13 600 zł 00 gr.** (słownie: trzynaście sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu oraz 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 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Swarzędz z siedzibą w Swarzędzu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „*Remont ulicy Sokolnickiej w Paczkowie i Sokolnikach Gwiazdowskich, gmina Swarzędz*”.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 31 maja 2016 r. nr 1 poz. 60913-2016.

Wykonawca M.B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą TRANS BRUK M.B. (zwany dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 26 lipca 2016 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy Pzp, z uwagi iż w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania popełnił czyn polegający na tym, że w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, zarzucając Zamawiającemu m. in. naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, art. 2 pkt 5 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, art. 24 ust. 2a ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert.

Zamawiający pismem z dnia 21 lipca 2016 r. zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wykluczeniu Odwołującego z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy Pzp, gdyż Zamawiający zawarł z ww. wykonawcą w dniu 28 maja 2014 r. umowę, której przedmiotem była modernizacja skrzyżowania ulicy Przybylskiego – 3 maja wraz z remontem nawierzchni w ulicy Granicznej w Swarzędzu. Umowa została zawarta w trybie przetargu nieograniczonego, zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Zgodnie z umową wykonawca zobowiązał się do zrealizowania obowiązków wynikających z umowy w terminie do dnia 28 listopada 2014 r. Natomiast termin wykonania przedmiotu umowy (§ 3 ust. 9 Umowy) został ostatecznie potwierdzony przez obie strony dopiero na dzień 10 marca 2015 r. Wobec powyższego Zamawiający naliczył karę umowną z tytułu niedotrzymania terminu wykonania przedmiotu umowy na podstawie § 16 ust. 1 lit. b

ww. umowy w maksymalnej wysokości 337.481,76 zł, bowiem zgodnie z umową nawet przy znacznym opóźnieniu wykonawcy w wykonaniu przedmiotu umowy ograniczono karę umowną z tego tytułu do 15% wynagrodzenia brutto. Wykonawca nie zapłacił dobrowolnie ww. kary umownej. Nadto Zamawiający wskazał, iż wykonawca nie udowodnił, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz nie naprawił szkody powstałej w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych jak również nie zobowiązał się do jej naprawienia.

Czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania stała się przedmiotem odwołania, wniesionego przez wykonawcę M.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą TRANS BRUK M.B..

Izba ustaliła również że Zamawiający pismem z dnia 10 sierpnia 2016 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy: M.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą TRANS BRUK M.B. jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 26 lipca 2016 r.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29

lipca 2016 r.) wykonawcy: SKANSKA S. A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego (zwanego dalej również: „Przystępującym”).

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Zamawiający – Gmina Swarzędz z siedzibą w Swarzędzu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „*Remont ulicy Sokolnickiej w Paczkowie i Sokolnikach Gwiazdowskich, gmina Swarzędz*”.

*/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 1/32/*

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również: „SIWZ”) zawierała m. in. następujące postanowienia:

Pkt 5 – Zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych, Zamawiający nie wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia, wykonawcy który udowodni że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinonemu i poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przeszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia.

*/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 5/32/*

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że w niniejszym postępowaniu oferty złożyli m. in. następujący wykonawcy:

1. Wykonawca: SKANSKA S. A. z siedzibą w Warszawie – 695.521,74 zł, ilość uzyskanych punktów: 80 pkt, termin gwarancji – 60 m-cy, ilość uzyskanych punktów: 20 pkt, suma: 100 pkt;
2. Wykonawca: M.B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą TRANS BRUK M.B. - 691.109,23 zł, termin gwarancji – 60 m-cy, (wykonawca wykluczony).

*/dokumentacja postępowania: Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 21 lipca 2016 r., Oferta Odwołującego, str. 1./*

Zamawiający pismem z dnia 21 lipca 2016 r. zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wykluczeniu Odwołującego z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy Pzp. Zamawiający uzasadniając swoje stanowisko wskazał, iż zawarł z ww. wykonawcą w dniu 28 maja 2014 r. umowę, której przedmiotem była modernizacja skrzyżowania ulicy Przybylskiego – 3 maja wraz z remontem nawierzchni w ulicy Granicznej w Swarzędzu. Umowa została zawarta w trybie przetargu nieograniczonego, zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Zgodnie z umową wykonawca zobowiązał się do zrealizowania obowiązków wynikających z umowy w terminie do dnia 28 listopada 2014 r. Natomiast termin wykonania przedmiotu umowy (§ 3 ust. 9 Umowy) został ostatecznie potwierdzony przez obie strony dopiero na dzień 10 marca 2015 r. Wobec powyższego Zamawiający naliczył karę umowną z tytułu niedotrzymania terminu wykonania przedmiotu umowy na podstawie § 16 ust. 1 lit. b ww. umowy w maksymalnej wysokości 337.481,76 zł, bowiem zgodnie z umową nawet przy znacznym opóźnieniu wykonawcy w wykonaniu przedmiotu umowy ograniczono karę umowną z tego tytułu do 15% wynagrodzenia brutto. Wykonawca nie zapłacił dobrowolnie ww. kary umownej. Nadto Zamawiający wskazał, iż wykonawca nie udowodnił, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinieniu i poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz nie naprawił szkody powstałej w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych jak również nie zobowiązał się do jej naprawienia.

*/dokumentacja postępowania: Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wykluczeniu Odwołującego z dnia 21 lipca 2016 r./*

Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawca M.B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą TRANS BRUK M.B. wniósł odwołanie w dniu 26 lipca 2016 r.

*/dokumentacja postępowania: Odwołanie wykonawcy M.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą TRANS BRUK M.B. z dnia 21 lipca 2016 r. /.*

Izba ustaliła również że Zamawiający pismem z dnia 10 sierpnia 2016 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

*/dokumentacja postępowania: Odpowiedź na odwołanie z dnia 10 sierpnia 2016 r./.*

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Izba oceniając zarzut bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z ww. postępowania - wzięła pod uwagę następujące okoliczności:

Zgodnie z art. 24 ust. 2a ustawy Pzp Zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych, jeżeli zamawiający przewidział taką możliwość wykluczenia wykonawcy w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji. Zamawiający nie wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia, wykonawcy który udowodni że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przeszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia.

W przedmiotowej sprawie sporne jest to, czy Zamawiający mógł - a wręcz powinien – wykluczyć Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy Pzp. Zgodzić należy się z Odwołującym, że przepis art. 24 ust. 2a ustawy Pzp skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania, wobec tego wymaga aby Zamawiający uzasadnił w sposób wyczerpujący swoje stanowisko i na okoliczność wykluczenia wykonawcy na tej podstawie prawnej przedstawił stosowne dowody, na co wskazuje treść art. 24 ust. 2a ustawy Pzp „co Zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych”. W ocenie Izby Zamawiający nie wykazał w niniejszym postępowaniu, że zaistniały podstawy do wykluczenia go z postępowania. Niewystarczające w ocenie Izby było uznanie, że doszło jakiegokolwiek naruszenia, na podstawie tego przepisu konieczne jest wykazanie kwalifikowanej postaci naruszenia, t.j. zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Zatem w dyspozycji tego przepisu nie mieszczą się przypadki wszystkich uchybień, naruszeń terminów. Zamawiający powinien wykazać wykonawcy zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo – co nie miało miejsca w niniejszym stanie faktycznym. W postaci zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie mieści się opisana sytuacja. Logicznym jest, że w toku realizacji zamówienia może dojść do przesunięć w terminach wykonania, może dojść do nałożenia kar umownych. Jednak jakiegokolwiek uchybienie terminowi – i ewentualne naliczenie kar umownych – nie kwalifikuje się z automatu jako zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo skutkujące niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia. Niezależnie od powyższego Izba uwzględniła argumentację Odwołującego, iż zgodnie z postanowieniami umownymi umowy nr – CRU.2314.2014/BZP.272.25.2014-1/BZP.271-

14/2014 ustalono termin zakończenia prac budowlanych polegających na modernizacji skrzyżowania ulic Przybylskiego – 3 Maja do dnia 28 listopada 2014 r. Ponadto ustalono termin ostatecznego odbioru robót całkowitej realizacji przedmiotu umowy polegających na modernizacji skrzyżowania ulic Przybyszewskiego – 3 Maja do 45 dni od terminu 28 listopada 2014 r., lecz nie wcześniej niż 2 stycznia 2015 r. stanowisko Odwołującego potwierdza również notatka sporządzona na piśmie z dnia 23 grudnia 2014 r., z której wynika że wyraża się zasadność do przeprowadzenia odbioru końcowego, zatem stanowisko Zamawiającego przedstawione w toku rozprawy wydaje się być nieuzasadnione. Nie ulega również wątpliwości, że zgodnie z protokołem odbioru końcowego robót z dnia 10 marca 2015 r. termin wykonania robót został określony na dzień 28 listopada 2014 r. Zatem powyższe argumenty przemawiają za stanowiskiem wyrażonym przez Odwołującego na rozprawie, że nie istniały podstawy do wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy Pzp, a w szczególności przedstawionymi argumentami i środkami dowodowymi Zamawiający nie wykazał zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa skutkującego niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia. Ponadto w ocenie Izby uzasadnienie podstawy wykluczenia było ogólnikowe i nie wskazywało kwalifikowanych postaci naruszenia, wykazując to przedstawionymi dowodami.

Ponadto Izba nie mogła uwzględnić dodatkowych podstaw wykluczenia wykonawcy – mieszczących się w ocenie Zamawiającego i Przystępującego w dyspozycji art. 24 ust. 2a ustawy Pzp, gdyż nie były one przedmiotem wykluczenia i nie znalazły się w informacji z dnia 21 lipca 2016 r. Po raz kolejny należy podzielić zapatrywanie – niejednokrotnie wyrażane w orzecznictwie KIO oraz sądów okręgowych - że, Izba nie może orzekać, co do nowych okoliczności stanowiących dodatkową podstawę do wykluczenia wykonawcy, gdyż uzasadnienie wykluczenia Odwołującego warunkuje zakres składanych przez wykonawcę środków ochrony prawnej. W oparciu o jego treść wykonawca formułuje zarzuty odwołania i wskazuje ich uzasadnienie. Należy wskazać, że sformułowane na etapie składania odwołania zarzuty są jedynymi jakie mogą być rozstrzygane przez Izbę, gdyż Krajowa Izba Odwoławcza związana jest wyłącznie zarzutami odwołania, nie mogąc wychodzić poza jego zakres (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp). Zatem wiązanie Izby granicami zarzutów odwołania ma bezpośrednie znaczenie dla umożliwienia wykonawcom zachowania swoich praw w postępowaniu. Tym samym wykonawca ma pełne prawo aby posiadać pełną wiedzę jakimi przesłankami kierował się Zamawiający odrzucając jego ofertę z postępowania – co powinno być przez Zamawiającego wyartykułowane w uzasadnieniu wykluczenia wykonawcy. Ustalenie zarzucanych przez Zamawiającego uchybień złożonej oferty nie może być uzależnione od aktywności wykonawcy. Obowiązek wskazania precyzyjnych i wyczerpujących podstaw faktycznych i prawnych wykluczenia wykonawcy z postępowania



spoczywa w całości na Zamawiającym. Zatem oczywistym jest, iż Izba nie może rozpatrywać nowe podstawy faktyczne wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy, niezawarte w podstawie wykluczenia wykonawcy z dnia 21 lipca 2016 r.

W konsekwencji Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie czynności oceny ofert a także unieważnienie wykluczenia Odwołującego i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Wobec powyższego na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba w punkcie 1 sentencji orzekła w formie wyroku, nakazując Zamawiającemu unieważnienie wykonanych czynności w postępowaniu. W punkcie 2 sentencji Izba orzekła o kosztach na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, zaś zgodnie § 3 pkt 1 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (dz. U. Nr 41, poz. 238), Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

**Przewodniczący:**

.....