

**Sygn. akt: KIO 1126/18**

**WYROK**  
**z dnia 19 czerwca 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Chudzik**

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 czerwca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 czerwca 2018 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Robót Drogowych S.A. z siedzibą w Białej Podlaskiej,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Stara Kornica,**

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Stara Kornica i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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 w **Siedlcach**.

**Przewodniczący: .....**

## Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Stara Kornica – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Modernizacja drogi gminnej w miejscowości Wólka Nosowska*.

W dniu 6 czerwca 2018 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowych S.A. wniósł odwołanie wobec czynności wykluczenia go z postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 24 ust. 5 pkt 2 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że z pisma informującego o wyborze najkorzystniejszej oferty wynika, że Zamawiający wykluczył go z niniejszego postępowania, gdyż *Wykonawca w 2016 roku po wyborze jego oferty na wykonanie zadania odstąpił od zawarcia umowy, co stwarzało zagrożenie niewykonania inwestycji w terminach określonych z jednostką dofinansowującą*. Jako podstawę prawną wykluczenia Zamawiający wskazał *art 22 ust 5 pkt 2* ustawy Pzp, przy czym Odwołujący może się jedynie domyślać, że Zamawiającemu chodziło o przepis art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że mając na uwadze treść powszechnie obowiązujących przepisów, a w szczególności art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, naruszenie obowiązków zawodowych można wiązać jedynie z umowami zawartymi i niewykonanymi albo wykonanymi nienależyci., a nie z zachowaniami na etapie poprzedzającym zawarcie umowy, w tym zachowaniami, które mają miejsce w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zdaniem Odwołującego, z art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp nie sposób wywodzić, że innego rodzaju zachowania niż związane z zawartą i wykonywaną nienależycie albo niewykonywaną umową można kwalifikować jako wyczerpujące znamiona naruszenia obowiązków zawodowych. W przedmiotowej sprawie zastrzeżenia Zamawiającego dotyczą etapu przedkontraktowego – rzekome uchybienia wykonawcy dotyczą zawarcia, a nie sfery wykonania (niewykonania) umowy. Odwołujący podkreślił, że sankcjonowane zachowania wykonawców dotyczą stanów faktycznych, w których uchybiający powinnościami zawodowym wykonawca jest strona zawartej umowy, a nie umowy, która dopiero ma być zawarta. Można tu zastosować schemat wnioskowania *a fortiori* – skoro prawodawca przewidział, że naruszeniem obowiązków zawodowych jest w szczególności niewykonanie bądź nienależyte wykonanie umowy, to zachowanie o mniejszej wadze, takie jak mające miejsce na etapie przedkontraktowym, w intencji prawodawcy nie wypełniają znamion naruszenia ciężkiego obowiązków zawodowych. Co więcej, dochodziłoby w takim przypadku

do podwójnego karania wykonawcy, gdyż w przypadku niepodpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie przez wykonawcę, którego oferta została wybrana, Zamawiający – na podstawie art. 46 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp – zatrzymuje wniesione przez wykonawcę wadium.

Zdaniem Odwołującego, pomocny w prawidłowym rozumieniu przedmiotowej przesłanki wykluczenia jest motyw 101 preambuły dyrektywy klasycznej, który stanowi, że instytucje zamawiające powinny mieć możliwość wykluczania wykonawców, którzy okazali się nierzetelni z powodu poważnych wykroczeń zawodowych. Jak dalej wskazuje dyrektywa klasyczna, poważne wykroczenie zawodowe może podać w wątpliwość uczciwość wykonawcy, a tym samym sprawić, że nie będzie on odpowiedni, by uzyskać zamówienie publiczne, niezależnie od tego, czy dany wykonawca posiadałby techniczną i ekonomiczną zdolność do realizacji zamówienia. Co jednak istotne, w ww. motywie jednocześnie zwraca się uwagę, że stosując fakultatywne podstawy wykluczenia, instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności. Oznacza to, że naruszenie obowiązków przez wykonawcę winno mieć charakter poważny i zawiniony. Na gruncie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający zobowiązany był wskazać i wykazać okoliczności dające podstawę do zakwalifikowania działania Odwołującego jako zawinionego i mającego charakter poważnego naruszenia obowiązków zawodowych. Podstawę wykluczenia stanowi bowiem nie samo naruszenie obowiązków zawodowych, a naruszenie poważne i zawinione. Niewystarczające jest więc uznanie, że doszło do jakiegokolwiek naruszenia. Na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp konieczne jest wykazanie kwalifikowanej postaci naruszenia, czyli zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. W dyspozycji tego przepisu nie mieszczą się zatem przypadki wszystkich uchybień. Zamawiający ma obowiązek udowodnienia, że wykonawca swoim działaniem tak dalece naruszył obowiązki zawodowe, że nie można spodziewać się po nim uczciwej realizacji zamówienia, czego w niniejszej sprawie Zamawiający całkowicie zaniechał.

Odwołujący podniósł, że całkowicie bezpodstawne są również twierdzenia Zamawiającego, że doszło w 2016 r. do jakiegokolwiek *zagrożenie niewykonania inwestycji w terminach określonych z jednostką dofinansującą*. Odwołujący wskazał, że przed terminem podpisania umowy zawiadomił Zamawiającego o odmowie jej podpisania, wyrażając skruchę z tego powodu, a tego samego dnia Zamawiający dokonał wyboru następnej najkorzystniejszej oferty. Zdaniem Skarżącego, jakieś bliżej nieokreślone *zagrożenia* nie mogą być podstawą do stosowania przez Zamawiającego art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp.

Na marginesie Odwołujący wskazał, że jeżeli Zamawiający uważał, że wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego, powinien dać temu wyraźnie wyraz,

wzywając Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do poprawienia oświadczenia JEDZ lub oferty, a także do uzupełnienia rubryki tego oświadczenia dotyczącej samooczyszczenia, umożliwiając wykonawcy przedstawienie ewentualnych dowodów w ramach procedury samooczyszczenia. Z treści wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień powinno w sposób jednoznaczny wynikać, że Zamawiający wzywa wykonawcę do poprawienia lub uzupełnienia oświadczenia JEDZ lub oferty i że uznaje, że jego zdaniem wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego w rozumieniu art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający nie dał jednak jakiegokolwiek szansy Odwołującemu na ewentualne skorzystanie z instytucji tzw. samooczyszczenia na podstawie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp. Inaczej sytuacja miałaby się, gdyby do wykluczenia miało dojść na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1, 3-8 ustawy, w tych przepisach bowiem wskazano jasne przesłanki wykluczenia, np. dokumenty dotyczące likwidacji czy upadłości, określone powiązania osobowe, rozwiązania umowy lub wyroki sądowe w zakresie odszkodowań, skazania za określone przestępstwa lub wykroczenia, a także zaświadczenia o zaleganiu bądź nie w przypadku danin publicznych. W ocenie Odwołującego, tolerowanie braku stosowania przez Zamawiających art. 26 ust 3 ustawy Pzp w przypadku zamiaru wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 powoduje nieuzasadnione uprzywilejowanie Zamawiającego i bardzo duże pole do nadużyć, stojących w sprzeczności z treścią art. 7 ustawy, a ponadto powoduje, że instytucja zawarta w art. 24 ust 8 staje się *martwą* literą prawa.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty oraz powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:***

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że w punkcie III.2.2 ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający poinformował, że przewiduje następujące m.in. fakultatywną podstawę wykluczenia wykonawcy określoną w art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp. Analogiczne postanowienie zostało zamieszczone w punkcie Va.2.2 SIWZ.

Pismem z 30 maja 2018 r., przekazany Odwołującemu 1 czerwca 2018 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający przedstawił następujące uzasadnienie faktyczne wykluczenia: *Wykonawca w 2016 roku po wyborze jego oferty na wykonanie zadania odstąpił od zawarcia umowy, co stwarzało zagrożenie niewykonania inwestycji w terminach określonych z jednostką dofinansującą. Zgodnie z art. 22 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp ww. wykonawca został wykluczony, ponieważ uprzednio nie zrealizował zamówienia. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę nr 3 złożoną przez ww. Wykonawcę.*

Zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, 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 stosownych środków dowodowych. Przesłanki określone w tym przepisie muszą zostać spełnione kumulatywnie, a niewykazanie chociażby jednej z nich oznacza brak podstaw do wykluczenia wykonawcy.

W pierwszej kolejności podkreślić należy, że ciężar wykazania istnienia podstaw do wykluczenia spoczywa na zamawiającym, który w uzasadnieniu faktycznym podjętej czynności powinien odnieść się do każdej z przesłanek określonych w przywołanym wyżej przepisie i przedstawić powody, dla których uznał, że zostały one kumulatywnie spełnione. Ocenie Izby podlega natomiast zasadność czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania w kontekście okoliczności faktycznych i prawnych przedstawionych przez zamawiającego w uzasadnieniu tej czynności. 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. Przywołany przepis, stanowiący realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na zamawiającego obowiązek zakomunikowania wykonawcom, dlaczego uznał, że dany wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania, a po stronie wykonawcy kształtuje

prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn wykluczenia. To na podstawie informacji przekazanej zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie – jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o wykluczeniu powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować. W związku z powyższym zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność wykluczenia może być oceniana wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przez zamawiającego przedstawione jako uzasadniające tę czynność. Ocena dokonywana przez Izbę w tym zakresie nie może więc wykraczać poza uzasadnienie przedstawione przez zamawiającego i polegać na samodzielnym badaniu istnienia wszystkich przesłanek określonych w przepisie, na podstawie którego Zamawiający dokonał wykluczenia wykonawcy.

Szczególnej staranności w uzasadnieniu czynności wykluczenia należy oczekiwać od zamawiającego w przypadku, gdy określone w przepisach ustawy przesłanki mają charakter niedookreślony lub ocenny, jak to ma miejsce w przypadku art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp. Przepis ten posługuje się takimi sformułowaniami, jak *zawinienie*, *poważne naruszenie obowiązków zawodowych*, *uczciwość*, *zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo*. Każdy z tych elementów powinien być przez Zamawiającego oceniony, z odniesieniem do konkretnego stanu faktycznego, a wynik tej oceny musi być zakomunikowany wykonawcy.

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający podał bardzo lakoniczne, zaledwie dwuzdaniowe uzasadnienie wykluczenia Odwołującego z postępowania, wskazując, że *wykonawca w 2016 roku po wyborze jego oferty na wykonanie zadania odstąpił od zawarcia umowy* (jest to okoliczność bezsporna) oraz że stwarzało to zagrożenie niewykonania inwestycji w terminach określonych z jednostką dofinansującą. Zamawiający stwierdził, że *wykonawca został wykluczony, ponieważ uprzednio nie zrealizował zamówienia*. Już samo to, że Zamawiający – uzasadniając wykluczenie na tak złożonej i wymagającej indywidualizowanej oceny podstawie prawnej – ogranicza się do stwierdzenia faktu niezawarcia umowy, wskazania na bliżej nieokreślone zagrożenie dla terminowości realizacji umowy (mimo wynikającej z art. 94 ust. 3 ustawy Pzp możliwości wyboru kolejnej oferty bez ich ponownego badania i oceny) i podsumowania, że wykonawca uprzednio nie zrealizował zamówienia, może uprawniać do stwierdzenia, że odwołanie jest zasadne. W uzasadnieniu wykluczenia nie ma informacji, z jakich powodów Zamawiający uznał uchylenie się od zawarcia umowy za wykroczenie zawodowe, dlaczego miało ono charakter poważny, z czego wynika, że podważa ono uczciwość wykonawcy oraz jakie okoliczności wskazują na

winę wykonawcy i jaki był stopień tej winy. Dodatkowo Zamawiający w sposób nieuprawniony utożsamia odmowę zawarcia umowy z niezrealizowaniem zamówienia, podczas gdy o zaistnieniu tej przesłanki można mówić w przypadku, gdy umowa o zamówienie publiczne została zawarta, lecz nie została wykonana, nie zaś w sytuacji, gdy do zawarcia umowy w ogóle nie doszło. Co prawda art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp nie określa zamkniętego katalogu wykroczeń zawodowych, a niezrealizowanie zamówienia jest wskazane jako przykład takiego wykroczenia, tym niemniej Zamawiający w żadnej mierze nie wykazał, aby uchylenie się od zawarcia umowy stanowiło inny rodzaj wykroczenia zawodowego, któremu jednocześnie można przypisać charakter poważny, zawiniony i podważający uczciwość wykonawcy.

W ocenie Izby – chociaż określone rodzaje zachowań wykonawcy trudno oceniać generalnie, wymagają one bowiem indywidualnej oceny – wątpliwa wydaje się możliwość wykazania, że odmowa podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego stanowi poważne wykroczenie zawodowe w rozumieniu art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp. Takie zachowanie wykonawcy może wynikać z różnych przyczyn, a sankcją za podjęcie decyzji o niezawarciu umowy jest zatrzymanie wadium (art. 46 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp), nie sposób natomiast obronić poglądu, że uchylenie się zawarcia umowy miałyby za sobą automatycznie pociągać sankcje w postaci wykluczenia wykonawcy z kolejnych postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Drugorzędne znaczenie ma przy tym okoliczność, że w postępowaniu przetargowym z 2016 r., w którym oferta Odwołującego została wybrana, Zamawiający nie żądał wniesienia wadium, zgodnie bowiem z art. 45 ust. 2 ustawy miał on taką możliwość. Niezależnie jednak od teoretycznych rozważań, czy odmowa podpisania umowy może być uznana za poważne wykroczenie zawodowe, podkreślić należy, że w niniejszej sprawie Zamawiający z całą pewnością zasadności takiej oceny nie wykazał i nie uzasadnił.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania była niezasadna, a Zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp przez jego bezpodstawne zastosowanie. Ponieważ naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania, odwołanie – stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp – podlegało uwzględnieniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 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, poz. 972). Izba nie zasądziła na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów zastępstwa prawnego, pełnomocnik Odwołującego nie przedstawił bowiem rachunku na tę okoliczność. Zgodnie z § 3 pkt 2 wskazanego wyżej rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się koszty stron w wysokości określonej rachunkiem przedłożonym do akt sprawy.

**Przewodniczący:** .....