

WYROK
z dnia 9 maja 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 maja 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 kwietnia 2016 r. przez wykonawcę **Kieleckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. w Kielcach, ul. Przęsłowa 21, 25-670 Kielce** w postępowaniu prowadzonym przez **Świętokrzyski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Kielcach, ul. Jagiellońska 72, 25-602 Kielce**

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty odwołującego w następstwie wykluczenia odwołującego oraz ponowienie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Świętokrzyski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Kielcach, ul. Jagiellońska 72, 25-602 Kielce i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Kieleckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. w Kielcach, ul. Przęsłowa 21 tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. zasądza od Świętokrzyskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Kielcach, ul. Jagiellońska 72, 25-602 Kielce kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (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 Kielcach.

Przewodniczący

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Przebudowę drogi wojewódzkiej nr 756 na odcinku od km 60+700 do km 67+300 wraz z przebudową zespołu obiektów inżynierskich w miejscowości Brzozówka i Jastrzębiec”, prowadzonym przez Świętokrzyski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Kielcach (dalej „zamawiający”) w trybie przetargu nieograniczonego wykonawca Kieleckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o. o. z Kielc (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec czynności zamawiającego, polegających na wykluczeniu odwołującego oraz odrzuceniu jego oferty.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2a, art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 5 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) [dalej „ustawa Pzp”], poprzez:

1. wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz w konsekwencji uznanie jego oferty za odrzuconą, podczas gdy zamawiający w informacji o wykluczeniu nie wskazał odwołującemu, na czym polegało zawinione poważne naruszenie przez odwołującego obowiązków zawodowych, a w szczególności zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo przy realizacji zamówienia pn. *„Opracowanie projektu budowlanego i wykonawczego oraz realizacja budowy Ponadregionalnej trasy rowerowej w Polsce Wschodniej na terenie Województwa Świętokrzyskiego wzdłuż drogi wojewódzkiej nr 758 dla odcinków tj.: Iwaniska – Ujazd; Ujazd – Konary; m. Pokrzywianka; Klimontów – Jachimowice; w ramach „Prasy Rowerowe w Polsce Wschodniej – Województwo Świętokrzyskie”* na podstawie umowy nr 6/35/12/A/2014 z dnia 5 czerwca 2014 r., a w szczególności nie przedstawił żadnych dowodów wskazujących na zawinione w stopniu poważnym naruszenie obowiązków zawodowych przez odwołującego,
2. wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz w konsekwencji uznanie jego oferty za odrzuconą, podczas gdy odwołującemu nie można przypisać zawinionego poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, w związku z realizacją ww. zamówienia, a w szczególności brak jest podstaw do uznania, że odwołujący nie wykonał powyższego zamówienia w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania oraz uznania oferty odwołującego za odrzuconą,

3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego

Odwołujący podał, że zamawiający wykluczył go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy Pzp w zw. z pkt. 7.2.1.2 SIWZ (Instrukcji dla Wykonawców), wskazując, że:

- wykonawca – konsorcjum firm: Kieleckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. jako lider oraz Biuro Projektowe „DROGINF” Sp. z o.o. jako partner nie zrealizował umowy o zamówienie publiczne nr 6/35/12/A/2014 z dnia 5 czerwca 2014 r. (wraz z późniejszymi aneksami), a zamawiający odstąpił od umowy z winy wykonawcy w części niezrealizowanego zamówienia,
- wykonawca, nie realizując tego zamówienia przyczynił się do powstania szkody po stronie zamawiającego m.in. związanej z utratą dofinansowania projektu w wysokości 4.772.582,72 zł oraz w związku z poszukiwaniem alternatywnej metody zapewnienia ciągłości trasy rowerowej (w kwocie nieokreślonej).

a w konsekwencji odrzucił jego ofertę na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Odwołujący przyznał, że w ramach ww. konsorcjum realizował umowę o zamówienie publiczne nr 6/35/12/A/2014 z dnia 5 czerwca 2014 r. oraz, że zamawiający w dniu 26 lutego 2016 r. złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy w zakresie niezrealizowanym.

Jako dowody załączył umowę nr 6/35/12/A/2014 z dnia 5 czerwca 2014 r. wraz z aneksami oraz pismo zamawiającego z dnia 26 lutego 2016 r.

Stanął na stanowisku, że oświadczenie zamawiającego o odstąpieniu od umowy zostało sformułowane w ten sposób, że należy je uznać za bezskuteczne, a co najmniej za nieuzasadnione, ponieważ zamawiający nie wskazał skonkretyzowanej przyczyny odstąpienia od umowy oraz jego podstawy faktycznej i prawnej. Uzupełnił, że zamawiający jako podstawę swojego oświadczenia o odstąpieniu od umowy wskazał §10 Umowy, „tj. z przyczyn leżących po Państwa stronie za które ponosicie odpowiedzialność”, co oznacza, że pismo w swej treści nie zawiera żadnej konkretnej podstawy i przyczyny odstąpienia, a wymienia szereg potencjalnych okoliczności, które mogą stanowić przesłankę do złożenia stosownego oświadczenia z uwzględnieniem okoliczności wymienionych w tytule XV k.c., jak również wskazanych wprost w umowie.

Przyznał, że co prawda zamawiający wskazał na niewykonanie zobowiązań w terminie, co miało być spowodowane brakiem zaangażowania i niepodejmowanie właściwych działań, ale nie podał w czym przejawiał się brak zaangażowania i jakie „właściwe” działania powinny być podjęte w zaistniałych okolicznościach sprawy, tj. w sytuacji kiedy w celu wykonania dokumentacji projektowej należało najpierw dokonać

zaktualizowania zasobów ewidencji gruntów w obszarze objętym przedmiotem umowy.

Uznał, że z uwagi na wadliwość złożonego oświadczenia o odstąpieniu, może być ono traktowane co najwyżej jako odstąpienie na podstawie art. 644 k.c. w zw. z art. 656 k.c. – zgodnie z art. 644 k.c. dopóki dzieło nie zostanie ukończone, zamawiający może w każdej chwili od umowy odstąpić, płacąc umówione wynagrodzenie.

Odwołujący podał, że konsorcjum wykonawcze zwracało uwagę zamawiającemu na te okoliczności, a nadto wskazywało faktyczne przyczyny opóźnień w realizacji umowy, jednak zamawiający nie przyjmował do wiadomości wadliwości swojego oświadczenia o odstąpieniu od umowy ani też nie uwzględniał obiektywnych przyczyn opóźnień w realizacji umowy.

Jako dowody załączył:

- *pismo Odwołującego z dnia 9 marca 2016 r.;*
- *pismo SZDW z dnia 16 marca 2016 r.;*
- *pismo Odwołującego z dnia 23 marca 2016 r.;*
- *pismo Odwołującego z dnia 22 kwietnia 2016 r. wraz z inwentaryzacją powykonawczą wykonanych robót;*

Odwołujący podniósł, że przesłanką pozwalających na wykluczenie wykonawcy z postępowania, w oparciu o art. 24 ust. 2a ustawy Pzp, jest konieczność ustalenia, czy analizowane zachowanie wykonawcy nosi znamiona „zawinionego poważnego naruszenia obowiązków zawodowych”.

Powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok KIO z dnia 9 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 145/15 oraz wyrok KIO z dnia 11 maja 2015 r., sygn. akt KIO 885/15) i poglądy doktryny (m.in. J. Pieróg, „*Fakultatywne wykluczenie wykonawcy z ubiegania się o zamówienia publiczne na podstawie art. 24 ust. 2a ZamPublU*”, PZP 2015, nr 4 oraz R. Szostak, „*Wykluczenie nierzetelnego wykonawcy z ubiegania się, o zamówienie publiczne w nowym ujęciu*”, PZP 2015, nr 1) wskazał, że w celu ustalenia znaczenia tego pojęcia należy posiłkować się przepisem dyrektywy nr 89/665 oraz wskazówkami wynikającymi z wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 (Forposta S.A. i ABC Direct Contact sp. z o.o. przeciwko Poczta Polska S.A.), a nie literalnym znaczeniem tego sformułowania w języku polskim sugerującym, że chodzi jedynie o przewinienia na gruncie wykonywania zawodu przez określoną osobę. Podkreślił, że w świetle przytoczonego wyroku, pojęcie „poważnego wykroczenia zawodowego” obejmuje wszelkie zawinione uchybienia, które wpływają na wiarygodność zawodową danego wykonawcy, a nie tylko naruszenia wąsko rozumianych norm deontologicznych obowiązujących w zawodzie wykonywanym przez wykonawcę, które

stwierdzone są przez organ dyscyplinarny ustanowiony dla tego zawodu lub w prawomocnym orzeczeniu sądowym.

Dodatkowo wskazał, że dla wykluczenia wykonawcy w świetle art. 24 ust. 2a ustawy Pzp nie jest wystarczające zaistnienie jakiegokolwiek wykroczenia zawodowego, a wykroczenia poważnego – jak wskazał Trybunał, za poważne można uznać jedynie takie naruszenie, które odnosi się zwykle do zachowania danego wykonawcy wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony, co oznacza, że jakiegokolwiek nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części może ewentualnie wykazać niższe kompetencje zawodowe danego wykonawcy, lecz nie jest automatycznie równoważne z poważnym wykroczeniem.; ponadto stwierdzenie istnienia „poważnego wykroczenia” wymaga, co do zasady, przeprowadzenia konkretnej i zindywidualizowanej oceny postawy danego wykonawcy.

Stwierdził, że choć za jedną z postaci wykroczenia zawodowego ustawodawca uznał niewykonanie zamówienia lub nienależyte wykonanie zamówienia to literalna wykładnia powołanego przepisu prowadzi do wniosku, że nie pozwala on zamawiającemu na automatyczne wykluczenie z postępowania wykonawcy, który nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie publiczne – musi to być bowiem efektem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, które można przypisać wykonawcy.

Uzupełnił, że z przepisu wynika również, że ciężar wykazania spełnienia się powyższych przesłanek spoczywa na zamawiającym, na co wskazuje użyte przez ustawodawcę sformułowanie: „co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych”.

Podniósł, że zamawiający, poza złożeniem stosownego oświadczenia w treści zawiadomienia z dnia 21 kwietnia 2016 r., nie wskazał żadnego dowodu na okoliczność, że odwołujący dopuścił się jakiegokolwiek naruszenia obowiązków zawodowych, a tym bardziej naruszenia poważnego i zawinionego, podczas gdy z treści art. 24 ust. 2a ustawy Pzp wynika natomiast, że zamawiający nie może wyłącznie domniemywać poważnego naruszenia obowiązków zawodowych na podstawie określonych faktów, a tym bardziej własnego przeświadczenia, ale musi owo naruszenie wprost udowodnić.

Stanął na stanowisku, że zamawiający powinien udowodnić, w kolejności:

- zawinione naruszenie przez wykonawcę obowiązków zawodowych
- powagę naruszenia obowiązków zawodowych,

a w szczególności: zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo prowadzące do nie wykonania lub nienależytego wykonania zamówienia.

Podał, że zamawiający nie przedłożył jednak żadnego dowodu na powyższe okoliczności, ograniczając się wyłącznie do poinformowania odwołującego o wykluczeniu,

powołując się jedynie na odstąpienie od umowy z winy Odwołującego – w szczególności zamawiający nie wskazał nawet, na czym opiera zarzut poważnego naruszenia przez odwołującego obowiązków zawodowych;

Staął na stanowisku, że wyłącznie z powyższych okoliczności, zaskarżone czynności zamawiającego powinny zostać unieważnione z uwagi na naruszenie art. 24 ust. 2a ustawy Pzp

Skonkludował, że w niniejszym postępowaniu nie została wykazana przez zamawiającego przesłanka zawinionego poważnego naruszenia obowiązków zawodowych przez odwołującego, wyrażająca się – w szczególności – niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa.

Podniósł, że wina nieумыślna, utożsamiana z niedbalstwem wiąże się z niezachowaniem staranności wymaganej w stosunkach danego rodzaju; rażące niedbalstwo odnoszone jest do naruszenia elementarnych reguł prawidłowego zachowania się w danej sytuacji lub nieprzestrzegania podstawowych zasad ostrożności, ma to być szczególnie negatywna, naganna ocena postępowania dłużnika, stopień naganności postępowania, które drastycznie odbiega od modelu właściwego w danych warunkach (wyrok SN z 22 kwietnia 2004 r. w spr. II CK 142/03).

Za wyrokiem SN z 10 marca 2004 r. w spr. IV CK 151/03 wskazał, że *„Przypisanie określonej osobie niedbalstwa uznaje się za uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Przez rażące niedbalstwo rozumie się natomiast niezachowanie minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji. O przypisaniu pewnej osobie winy w tej postaci decyduje więc zachowanie się przez nią w określonej sytuacji w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej”*.

Odwołujący zakwestionował, aby po jego stronie doszło do jakiegokolwiek naruszenia obowiązków zawodowych podczas wykonywania umowy nr 6/35/12/A/2014, a w szczególności, aby dopuścił się naruszenia obowiązków zawodowych w stopniu zawinionym i poważnym.

Oświadczył, że praktycznie od momentu przystąpienia do czynności przygotowawczych niezbędnych do realizacji umowy w zakresie opracowania projektu budowlanego informował zamawiającego, że z uwagi na poważne zaniedbania w aktualizowaniu danych w ewidencji gruntów prowadzonej przez właściwe organy w rejonie zamierzonych robót, mogą wystąpić poważne opóźnienia w realizacji przedmiotu umowy.

Podniósł, że na etapie składania oferty, nie mógł wiedzieć, jaki jest rzeczywisty stan zasobów ewidencji gruntów i zakładać, że realizację przedmiotu umowy będzie musiał rozpocząć od porządkowania zasobów i aktualizowania danych w ewidencji gruntów.

Dodał, że porządkowanie, aktualizacja danych w ewidencji gruntów, czy usuwanie

skutków sięgających wielu lat zaniedbań związanych z prowadzeniem ewidencji gruntów, nie było w ogóle przedmiotem Umowy.

Ocecił, że dane do opracowania projektu budowlanego uzyskane z zasobów ewidencji gruntów prowadzonej przez Starostwo Powiatowe w Sandomierzu i Opatowie miały niewiele wspólnego z rzeczywistością, a liczne błędy z niej wynikające uniemożliwiały wykonanie mapy niezbędnej do celów projektowych, co zablokowało na wiele miesięcy możliwość przystąpienia do wykonawstwa robót budowlanych.

Uzupełnił, że cała inwestycja została niedbale przygotowana przez zamawiającego, który nie sprawdził nawet tego, czy treść ewidencji gruntów w poszczególnych starostwach powiatowych odpowiada jego zamierzeniom inwestycyjnym, a mieszkańcy miejscowości, w których miała przebiegać inwestycja, najczęściej od geodetów odwołującego dowiadywali się o przebiegu ścieżki rowerowej na ich nieruchomościach, co budziło u nich zdumienie i agresję; lokalne społeczności przejawiały często wręcz wrogą postawę wobec geodetów i mieszkańcy odmawiali jakiegokolwiek współpracy.

Wskazał, że o przyczynach opóźnienia związanych z koniecznością wykonywania za właściwe organy operatów geodezyjno-prawnych w celu zaktualizowania danych w ewidencji gruntów zamawiający był na bieżąco informowany; odwołujący wielokrotnie zwracał się do zamawiającego o zawarcie kolejnego aneksu do umowy, jednakże prośby to pozostały bez rezultatu.

Podał, że zaproponował poddanie zaistniałego sporu pod rozstrzygnięcie komisji arbitrażowej, do której zaproponował przedstawiciela zespołu ekspertów Stowarzyszenia Geodetów Polskich w Warszawie, na co zamawiający wyraził zgodę, wskazując, że: *„Opinia taka umożliwi dalszą procedurę rozwiązania ewentualnego sporu dotyczącego stwierdzenia ewentualnych okresów, które wpłynęły na realizację przedmiotu umowy w zakresie dokumentacji projektowej”*.

Jako dowód załączył pismo odwołującego z dnia 30 czerwca 2015 r. oraz pismo zamawiającego z dnia 7 sierpnia 2015 r.

Wyjaśnił, że 4 stycznia 2016 r. przełożył zamawiającemu opinię Rzecznawcy Stowarzyszenia Geodetów Polskich mgr inż. M.J., rzeczoznawcy ds. geodezji inżyniersko-przemysłowej i miejskiej, a następnie wraz z pismem z dnia 15 stycznia 2016 r. przedstawił również Ekspertyzę prawno-geodezyjną dotyczących faktycznych i prawnych możliwości wykonania dodatkowych robót geodezyjnych w ramach realizowanej umowy.

Jako dowód załączył pismo odwołującego z dnia 4 stycznia 2016 r., z dnia 15 stycznia 2016 r. oraz ekspertyzę prawno-geodezyjną.

Podał, że wnioski wskazywały na to, że:

- Program funkcjonalno-użytkowy był nieprecyzyjny i nie pozwalał na ustalenie prawidłowego zakresu prac koniecznych do sporządzenia dokumentacji projektowej,

jak również na prawidłową kalkulację kosztów i sporządzenie oferty adekwatnej do zakresu koniecznych do wykonania prac,

- zamawiający nie poinformował starostów prowadzących ewidencje gruntów o przewidywanej inwestycji, a także nie przeprowadził konsultacji z mieszkańcami przed rozpoczęciem inwestycji, co wpłynęło na konieczność wykonywania dodatkowych prac i rozmów z mieszkańcami, a co za tym idzie, na powstanie opóźnień,
- żądane przez zamawiającego ustalenie granic w oparciu o tzw. zasadę spokojnego użytkowania, a także prace dotyczące zmiany pasa zajętości gruntu w ogóle nie były przedmiotem umowy,
- zaistniałe przyczyny opóźnienia były nie do przewidzenia na etapie zawarcia umowy,
- zaistniały przesłanki do objęcia niemożliwych wcześniej do przewidzenia prac geodezyjnych zamówieniem dodatkowym,
- terminy realizacji dokumentacji projektowej nie uwzględniały nadzwyczajnych okoliczności związanych z ogromną skalą nieprawidłowości w zasobie geodezyjnym i ewidencji gruntów Starostwa Powiatowego w Sandomierzu i Opatowie, jak również minimalnych terminów przewidzianych przepisami prawa.

Wskazał, że konkluzja ekspertyzy była taka, że zgodnie z treścią umowy, na zamawiającym spoczywał obowiązek przedłużenia terminu realizacji umowy o czas wynikły z nieprzewidzianych okoliczności, a opóźnienie powstało w trakcie realizacji prac nastąpiło z przyczyn niezależnych od odwołującego.

Jako dowód załączył ekspertyzę prawno-geodezyjną.

Zwrócił uwagę, że zamawiający, pomimo uprzedniej akceptacji rozwiązania sporu poprzez poddanie go rozstrzygnięciu arbitrażu w oparciu o sporządzoną ekspertyzę, po otrzymaniu negatywnej dla siebie treści, wycofał się ze swoich poprzednich deklaracji i złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy.

Zaznaczył, że w ostatnim okresie czasu, w ramach zamówień publicznych, zrealizował na rzecz zamawiającego, bez zastrzeżeń, wiele zadań o różnym stopniu trudności, wobec czego wynik badania rzetelności odwołującego na podstawie wcześniejszej historii kontraktowej mógł dać zamawiającemu przekonanie, że odwołujący nie daje gwarancji należytego wykonania zamówienia publicznego.

Podsumował, że opisane okoliczności wskazują, że zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia z naruszeniem art. 24 ust. 2a ustawy

Pzp – zamawiający nie przywołał żadnych dowodów w celu wykazania, że po stronie odwołującego doszło do spełnienia przesłanek wykluczenia, o których mowa w przytoczonym przepisie.

Dodał, że obiektywnie brak jest również podstaw do przypisania odwołującemu jakiegokolwiek naruszenia obowiązków zawodowych, w tym w stopniu kwalifikowanym, tj. w stopniu zawinionym i poważnym.

Podniósł, że opisane w art. 24 ust. 2a ustawy Pzp przesłanki wykluczenia wykonawcy, a więc „zawinione poważne naruszenie obowiązków zawodowych”, muszą zostać spełnione łącznie, co oznacza, że najpierw zamawiający powinien wykazać, czy w ogóle doszło do naruszenia obowiązków zawodowych, następnie udowodnić, że naruszenie to było poważne, a do tego jeszcze zawinione.

Stwierdził, że analiza opisanego stanu faktycznego wskazuje na to, że zamawiający w niniejszym postępowaniu nie wskazał nawet (a tym bardziej nie udowodnił), aby po stronie odwołującego doszło do spełnienia powyższych przesłanek.

Uznał, że uzasadnienie czynności zamawiającego w zakresie wykluczenia wykonawcy sprowadza się praktycznie do stwierdzenia, że skoro zamawiający odstąpił od ww. umowy ze wskazaniem, że czyni to z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, to już sama ta okoliczność jest wystarczająca do wykluczenia odwołującego z postępowania, co nie jest trafne zważywszy na to, że do zakończenia realizacji umowy doszło na skutek nieuzasadnionego odstąpienia od niej przez zamawiającego.

Dodał, odwołując się do załączonych dokumentów oraz treści ekspertyzy prawno-geodezyjnej, że nie może ponosić żadnej winy za to, że nie wykonał w terminie przewidzianych prac, opóźnienie w ich realizacji powstało bowiem z przyczyn nie leżących po jego stronie, których dodatkowo nie dało się przewidzieć na etapie zawarcia umowy.

Podsumował, że zamawiający naruszył art. 24 ust. 2a ustawy Pzp albowiem bez podstawy faktycznej i prawnej wykluczył odwołującego z postępowania, a w konsekwencji brak było podstaw do uznania oferty odwołującego za odrzuconą w oparciu o art. 24 ust. 4 ustawy Pzp oraz do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Dodał, że w każdym przypadku doszło również do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ przedmiotowe postępowanie zostało przeprowadzone bez zachowania uczciwej konkurencji oraz w sytuacji nierównego traktowania odwołującego w stosunku do pozostałych wykonawców.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 29 kwietnia 2016 r., *Odpowiedzi na odwołanie* (pismo zamawiającego z dnia 4 maja 2016 r. wraz z załącznikami), a także stanowisk stron, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Zarzuty:

- bezpodstawnego wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz w konsekwencji uznania jego oferty za odrzuconą, podczas gdy zamawiający w informacji o wykluczeniu nie wskazał odwołującemu, na czym polegało zawinione poważne naruszenie przez odwołującego obowiązków zawodowych, a w szczególności zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo przy realizacji zamówienia pn. „Opracowanie projektu budowlanego i wykonawczego oraz realizacja budowy Ponadregionalnej trasy rowerowej w Polsce Wschodniej na terenie Województwa Świętokrzyskiego wzdłuż drogi wojewódzkiej nr 758 dla odcinków tj.: Iwaniska – Ujazd; Ujazd – Konary; m. Pokrzywianka; Klimontów – Jachimowice; w ramach „Prasy Rowerowe w Polsce Wschodniej – Województwo Świętokrzyskie” na podstawie umowy nr 6/35/12/A/2014 z dnia 5 czerwca 2014 r., a w szczególności nie przedstawił żadnych dowodów wskazujących na zawinione w stopniu poważnym naruszenie obowiązków zawodowych przez odwołującego,
- bezpodstawnego wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz w konsekwencji uznania jego oferty za odrzuconą, podczas gdy odwołującemu nie można przypisać zawinonego poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, w związku z realizacją ww. zamówienia, a w szczególności brak jest podstaw do uznania, że odwołujący nie wykonał powyższego zamówienia w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa

potwierdziły się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Pismem z dnia 21 kwietnia 2016 r. zamawiający poinformował odwołującego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy Pzp.

Zamawiający podał, że:

- odwołujący w ramach konsorcjum z udziałem Biura Projektowego „DROGINF” Sp. z o.o. nie zrealizował umowy z dnia 5 czerwca 2014 r., jaką zawarł z zamawiającym, której przedmiotem było opracowanie projektu budowlanego i wykonawczego wraz z uzyskaniem niezbędnych decyzji oraz wykonanie robót budowlanych dotyczących budowy ponadregionalnej trasy rowerowej w Polsce wschodniej na terenie Województwa Świętokrzyskiego wzdłuż drogi wojewódzkiej nr 758 dla wskazanych odcinków – zamówienie było współfinansowane z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Programu Operacyjnego Rozwój Polski Wschodniej 2007-2013,
- w dniu 26 lutego 2016 r. odstąpił od umowy z winy odwołującego w części niezrealizowanego zamówienia – w oświadczeniu o odstąpieniu zamawiający wskazał: *„Do chwili obecnej Wykonawca mimo znacznego upływu terminów realizacji przedmiotu umowy nie wykonał swoich zobowiązań (...). Uchybienie terminom było spowodowane Państwa brakiem zaangażowania, niepodejmowania właściwych działań i nienależytym wykonywaniem umowy”*.
- nie realizując zamówienia w terminie określonym w aneksie nr 4 do ww. umowy, tj. do dnia 15.12.2015 r. odwołujący przyczynił się do powstania szkody po stronie zamawiającego,
- w wyniku opóźnienia wykonania zamówienia utracił dofinansowanie w wysokości ponad 4,7 mln złotych oraz był zmuszony do poszukiwania alternatywnej metody zapewnienia ciągłości trasy rowerowej, wymagającej wszczęcia odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
- do 31 grudnia 2015 r. odwołujący zrealizował 35% wartości zamówienia.

Zamawiający stwierdził, że odwołujący składając ofertę w postępowaniu i podpisując umowę przyjął na siebie określone zobowiązania i na nim spoczywała taka organizacja procesu realizacji umowy, by sprostać zobowiązaniom kontraktowym. Nadto wskazał, że w zamówieniach publicznych po stronie wykonawcy wymaga jest staranność uwzględniająca zawodowy charakter działania – w sprawie należało uwzględnić *„fakt wyjątkowo dużego opóźnienia w realizacji zadań wykonanych i to mimo przedłużenia, zgodnie z życzeniem Wykonawcy, terminów wykonania zarówno dokumentacji projektowej jak i robót budowlanych”*.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Bezsporne było to, że zamawiający w przedmiotowym postępowaniu przewidział możliwość wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2a ustawy Pzp.

Sporne było natomiast to, czy wykluczenie odwołującego – w świetle zawiadomienia z dnia 21 kwietnia 2016 r. – na podstawie wskazanego przepisu, było uzasadnione.

Odwołujący utrzymywał, że wskazane przez zamawiającego – w zawiadomieniu z dnia 21 kwietnia 2016 r. – przyczyny wykluczenia go z udziału w postępowaniu nie uzasadniają podjętej czynności.

Zamawiający stanął na stanowisku przeciwnym.

Przypominając, że granice rozpoznania wyznaczają zarzuty odwołania odnoszące się do czynności o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu opartej na podstawie faktycznej wskazanej w zawiadomieniu zamawiającego z dnia 21 kwietnia 2016 r., skład orzekający Izby uznał, że stanowisko odwołującego jest prawidłowe, tj. podane przez zamawiającego w piśmie z dnia 21 kwietnia 2016 r. powody wykluczenia odwołującego nie uzasadniały zastosowania wobec odwołującego przepisu art. 24 ust. 2a ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 24 ust. 3 ustawy Pzp *„Zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne, z zastrzeżeniem art. 92 ust. 1 pkt 3”*.

Zgodnie zaś z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp *„Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o: (...) 3) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne – jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia albo zapytania o cenę*.

Do obowiązków zamawiającego, aktualizujących się niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty, należy zatem zawiadomienie danego wykonawcy, że został wykluczony z postępowania oraz podanie wykonawcy podstaw wykluczenia, które winno obejmować zarówno uzasadnienie prawne, jak i faktyczne dokonanej czynności – stosując dana podstawę prawną wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, zamawiający winien wskazać w sposób precyzyjny i wyczerpujący okoliczności faktyczne, które uzasadniają zastosowanie wskazanej podstawy.

W rozpoznawanej przez skład orzekający Izby sprawie jako podstawę wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu zamawiający podał przepis art. 24 ust. 2a ustawy Pzp, zgodnie z którym *„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 przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia”.*

Podając uzasadnienie faktyczne czynności wykluczenia odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy Pzp, zamawiający winien odnieść się do przesłanek wykluczenia, o których mowa we wskazanym przepisie, w szczególności winien wykazać, że odwołujący dopuścił się poważnego naruszenia obowiązków zawodowych oraz, że było to przez odwołującego zawinione.

Tymczasem zamawiający, pomimo że skuteczność odstąpienia od umowy, jak i przyczyny tego odstąpienia (leżące po stronie odwołującego) były przez odwołującego się wykonawcę kwestionowane (pisma z dnia 9 marca 2016 r. oraz 23 marca 2016 r.), ograniczył się do jedynie do wskazania, że odwołujący (jako członek konsorcjum) nie zrealizował umowy, ponieważ zamawiający od umowy odstąpił z winy wykonawcy.

W tej sytuacji tym bardziej, wobec spoczywającego na zamawiającym obowiązku wykazania istnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy, winien on wykazać, że odstąpienie nastąpiło z winy wykonawcy

Zamawiający *„fakt wyjątkowo dużego opóźnienia”* (w piśmie z dnia 16 marca 2016 r. skierowanym, do odwołującego zamawiający użył innego jeszcze sformułowania – *„rażące opóźnienie”*) uznał za wystarczające do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu ze względu poważne naruszenie obowiązków zawodowych w sposób zawiniony przez wykonawcę, ignorując fakt, że opóźnienie ma miejsce, gdy niewykonanie zobowiązania w terminie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik (wykonawca) nie ponosi odpowiedzialności. W istocie zamawiający w ogóle nie wskazał, na czym polegało zawinione działanie odwołującego, które zdecydowało o złożeniu przez zamawiającego oświadczenia

o odstąpieniu od umowy (w samym oświadczeniu o odstąpieniu zamawiający nie wskazał, że miało miejsce „*uchybiecie terminom*”).

Zamawiający nie zaprezentował żadnej argumentacji przemawiającej za tym, że niewykonanie umowy z dnia 5 czerwca 2014 r. w terminie winno zostać zakwalifikowane nie tylko jako poważne, ale także jako zawinione przez odwołującego naruszenie obowiązków zawodowych – zamawiający tym samym nie odniósł się do przesłanek przewidzianych w przepisie art. 24 ust. 2a ustawy Pzp, uzasadniających jego zastosowanie.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający rozbudował jego uzasadnienie faktyczne i załączył szereg dokumentów, które miały potwierdzać zasadność wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2a ustawy Pzp, jednak skład orzekający Izby, badając zgodność z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego, polegającej na wykluczeniu odwołującego z przyczyn wskazanych w zawiadomieniu z dnia 21 kwietnia 2016 r., nie mógł ich uwzględnić.

Biorąc powyższe pod uwagę, skład orzekający Izby uznał, że podane przez zamawiającego w zawiadomieniu z dnia 21 kwietnia 2016 r. uzasadnienie faktyczne nie dawało zamawiającemu podstaw do wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy Pzp, w konsekwencji czego nakazał zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty odwołującego w następstwie wykluczenia odwołującego, a także nakazał zamawiającemu ponowienie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty odwołującego.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1 lit. a) 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).

Przewodniczący: