

Sygn. akt: KIO 2522/17

WYROK
z dnia 11 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Paweł Trojan
Członkowie:	Justyna Tomkowska
	Agnieszka Trojanowska
Protokolant:	Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 grudnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 listopada 2017 r. przez wykonawcę **LubCom Spółka z o.o., ul. Powojowa 3, 20-442 Lublin** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Gmina Jabłonna, Jabłonna Majątek 22, 23-114 Jabłonna** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Opracowanie dokumentacji projektowo – kosztorysowej rewitalizacji centrum miejscowości Jabłonna – Majątek wraz z infrastruktura towarzyszącą” – (postępowanie znak IRO.271.8.2017.DS)

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

2. kosztami postępowania w wysokości **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych i zero groszy) obciąża Zamawiającego - **Gmina Jabłonna, Jabłonna Majątek 22, 23-114 Jabłonna** i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **LubCom Spółka z o.o., ul. Powojowa 3, 20-442 Lublin** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od zamawiającego **Gmina Jabłonna, Jabłonna Majątek 22, 23-114 Jabłonna** na rzecz wykonawcy **LubCom Spółka z o.o., ul. Powojowa 3, 20-442 Lublin** kwotę w wysokości **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania i zastępstwa przed Izbą.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 22 grudnia 2015 r., poz. 2164 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 Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

U z a s a d n i e

do wyroku z dnia 11 grudnia 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2522/17

Zamawiający – Gmina Jabłonna - Urząd Gminy w Jabłonie, Jabłonna-Majątek 22, 23-114 Jabłonna prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej dla rewitalizacji centrum miejscowości Jabłonna-Majątek wraz z infrastrukturą towarzyszącą” (znak IRO.271.8.2017.DS).

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 23.10.2017 r. Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 605884-N-2017.

Powyższe oznacza, iż do przedmiotowego postępowania mają zastosowanie przepisy znowelizowanej ustawy Prawo zamówień publicznych tj. ustawy zmienionej w związku z wejściem w życie z dniem 28.07.2016 r. nowelizacji zawartej w ustawie z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020).

W dniu **22.11.2017 r.** Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp wskazując, że LubCom Spółka z o.o. z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał wcześniejszej umowy nr 53/2017 zawartej w dniu 22.05.2017 r., co doprowadziło do rozwiązania umowy przez Zamawiającego z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca.

Odwołanie zostało wniesione w dniu 27 listopada 2017 r. przez wykonawcę **LubCom Spółka z o.o., ul. Powojowa 3, 20-442 Lublin** w zakresie części II postępowania prowadzonego przez Zamawiającego – **Gmina Jabłonna, Jabłonna Majątek 22, 23-114 Jabłonna** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Opracowanie dokumentacji projektowo – kosztorysowej rewitalizacji centrum miejscowości Jabłonna – Majątek wraz z infrastrukturą towarzyszącą” – (postępowanie znak IRO.271.8.2017.DS)

Odwołujący zaskarżonym czynnościom zarzucił:

1. naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych tj. art. 7 ust. 1 PZP oraz art. 92 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego decyzji o wykluczeniu Wykonawcy zawierającego wyszczególnienie faktycznych podstaw do rozwiązania poprzedniej umowy z Wykonawcą oraz wskazanie, które z nich leżały po stronie Wykonawcy. ewentualnie
2. naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych tj. art. 24 ust. 5 pkt 4 PZP poprzez jego niezasadne zastosowanie i wykluczenie Wykonawcy LubCom sp. z o.o. oraz uznaniu oferty jako odrzuconej,

W konsekwencji postawionych zarzutów Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie zaskarżonej czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu spółki LubCom sp. z o.o. z postępowania pn. „Opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej dla rewitalizacji centrum miejscowości Jabłonna - Majątek wraz z infrastrukturą towarzyszącą” i uznaniu jej oferty za odrzuconą;
2. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Wykonawcy LubCom sp. z o.o. zwrotu kosztów postępowania odwoławczego w tym wpisu oraz kosztów zastępstwa procesowego.

UZASADNIENIE

W dniu 22 listopada 2017 r. Zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu Wykonawcy z postępowania o zamówienie publiczne pn. „Opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej dla rewitalizacji centrum miejscowości Jabłonna - Majątek wraz z infrastrukturą towarzyszącą”. Należy podkreślić, że Wykonawca złożył ofertę jedynie na wykonanie II części w/w zamówienia, więc tylko tej części ta decyzja może dotyczyć.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ jej oferta na wykonanie II części zamówienia na pn. „Opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej dla rewitalizacji centrum miejscowości Jabłonna - Majątek wraz z infrastrukturą towarzyszącą” jest najkorzystniejsza. Parametry oferty Odwołującego w kryterium cenowym i pozacenowym wskazują, że w przypadku uwzględnienia argumentacji Odwołującego jego oferta będzie najkorzystniejsza. Dlatego Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i zgodnie z art. 179 ust. 1 PZP jest uprawniony do wniesienia odwołania.

Odnosząc się merytorycznie do przedstawionych zarzutów Odwołujący podniósł, że w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji w sposób wadliwy i niepełny opisano jej podstawę

faktyczną i prawną. W ocenie odwołującego uniemożliwia to sporządzenie merytorycznego odwołania oraz dokonanie merytorycznej kontroli zasadności wykluczenia Wykonawcy.

Uzasadnienie podstawy prawnej sprowadza się do przytoczenia treści przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. W uzasadnieniu faktycznym wskazano, że: „wyżej wymieniony Wykonawca z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał wcześniejszej umowy nr 53/2017 zawartej w dniu 22 maja 2017 r. pomiędzy: Gminą Jabłonna z siedzibą Jabłonna - Majątek 22, 23-114 Jabłonna - Majątek, reprezentowaną przez: Pełniącego funkcję Wójta Gminy – M. P. przy kontrasygnacie Skarbnika Gminy - Jolanty Góry a LubCom Sp. z o. o. z siedzibą ul. Powojowa 3, 20-442 Lublin, NIP 718-172-03-44, Regon 450003369, którego reprezentował R. B., co doprowadziło do rozwiązania umowy przez Zamawiającego z przyczyn} za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca”.

Jak widać, zdaniem Odwołującego, podane uzasadnienie nie zawiera żadnych informacji na temat tego kiedy, w jakiej formie i z jakich powodów doszło do rozwiązania umowy przez Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego warto zwrócić uwagę, że przepis art. 24 ust. 5 pkt 4 uPZP przewiduje w swojej hipotezie dwie możliwości uzasadniające wykluczenie wykonawcy - niewykonanie lub nienależyte wykonanie uprzedniej umowy. Uzasadniając swoją decyzję Zamawiający wskazuje, że doszło do niewykonania umowy w całości. Może to rodzić wrażenie, że Wykonawca w ogóle nie przystąpił do wykonania umowy, co jest oczywistą nieprawdą.

Opierając się na najnowszym orzecznictwie KIO i sądów powszechnych Odwołujący wskazał, że wykluczenie Wykonawcy na podstawie fakultatywnych przesłanek przewidzianych w art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 uPZP powinno być poparte szczegółowym uzasadnieniem odnoszącym się do wszystkich przesłanek wskazanych w tym przepisie.

/tak zob. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lutego 2017 r. KIO 163/17/

Powołany wyżej wyrok odnosi się do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 25 ust. 5 pkt 2 uPZP. W jego uzasadnieniu wskazano, że pomimo lektury uzasadnienia nie wiadomo, jakie obowiązki zawodowe miał naruszyć p. D. G. i jakie fakty za tym przemawiają. Po drugie, jeżeli rzeczywiście takie naruszenie obowiązków miało miejsce, to nie wiadomo, dlaczego zamawiający uznał, że ma ono charakter kwalifikowany, który można określić mianem „poważnego”. Po trzecie, w ocenie Odwołującego, zamawiający nie wskazał, jakie fakty przemawiają za tym, że owo poważne naruszenie jest tego rodzaju, że podważa uczciwość wykonawcy. Zamawiający nie odniósł się także do przesłanek odnoszącego się do zawinienia wykonawcy. Analiza uzasadnienia nie pozwala stwierdzić, na czym miało polegać

niedbalstwo wykonawcy. Nie wiadomo także, jak zamawiający ustalił, że niedbalstwo jest tego rodzaju, że można je określić mianem „rażącego”. W efekcie Izba stwierdziła, że brak tych informacji uniemożliwia kontrolę prawidłowości decyzji zamawiającego i unieważniła czynność wykluczenia odwołującego z postępowania. Te same wady uzasadnienia występują, zdaniem Odwołującego, w rozpoznawanej sprawie.

Można byłoby zastanawiać się, czy te same zasady dotyczące uzasadnienia decyzji Zamawiającego można stosować do obydwu w/w przepisów. Wszakże art. 25 ust. 5 pkt 2 uPZP różni się od art. 25 ust. 5 pkt 4 uPZP tym, że nakłada na Zamawiającego ciężar dowodzenia spełnienia wszystkich przesłanek tego przepisu.

W ocenie Odwołującego obydwa przepisy są do siebie bardzo podobne. Przez przedstawicieli doktryny są zwykle komentowane łącznie. Wynika to z podobieństwa ich hipotez przewidujących, że po stronie Wykonawcy doszło albo do zawinionego naruszenia obowiązków zawodowych, albo do zaistnienia przyczyn uzasadniających rozwiązanie umowy lub zasądzenie odszkodowania. W jednym i drugim przypadku mamy więc do czynienia z wystąpieniem okoliczności, które nie zostały precyzyjnie określone w przepisie (w przeciwieństwie do np. wszczęcia postępowania upadłościowego). Za każdym razem mogą one podlegać ocenie np. co do istotności uchybień Wykonawcy. Zwykle sądowa ocena tych kwestii trwa tak długo, że nie można posłużyć się nią na etapie kolejnego przetargu. Z tego względu, moim zdaniem, w obydwu przypadkach wymagane jest precyzyjne uzasadnienie decyzji o wykluczeniu.

Wskazanie w treści art. 24 ust. 5 pkt 2 uPZP, że „Zamawiający powinien udowodnić za pomocą stosownych środków dowodowych, że wykonawca w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe...” oznacza, że, oprócz należytego uzasadnienia swojego stanowiska, Zamawiający winien jeszcze dysponować dowodami na jego poparcie. Nie oznacza to jednak, że w przypadku zastosowania podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 4 uPZP Zamawiający może odstąpić od prawidłowego uzasadnienia swojej decyzji, ponieważ nie został na niego nałożony ciężar dowodu. Przyjmując, że ciężar dowodu spoczywa na Wykonawcy, to umożliwienie mu obrony swoich praw wymaga, aby miał on podaną jednoznaczną i wyczerpującą argumentację Zamawiającego dlaczego został wykluczony.

Na kanwie przedmiotowej sprawy można byłoby próbować podważyć powyższe założenie, wskazując, że rozwiązana umowa obowiązywała pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą. W konsekwencji Wykonawca powinien wiedzieć jakie były przyczyny jej rozwiązania i podjąć w postępowaniu odwoławczym obronę poprzez wykazanie, że w rzeczywistości nie leżały one po jego stronie, nie zaistniały lub nie uzasadniały rozwiązania umowy.

Niestety w przedmiotowej sprawie do rozwiązania umowy doszło w sposób kuriozalny. Absolutnie nie polega na prawdzie stwierdzenie, że umowa nie została wykonana z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. Rozwiązanie umowy nastąpiło na bardzo zaawansowanym etapie jej wykonania, po tym jak Wykonawca dokonał szeregu bardzo kosztownych czynności, takich jak np. zaprojektowanie podziału działek. Nie zaistniała żadna okoliczność, która pozwalałaby stwierdzić, że umowa nie zostanie wykonana. Przygotowywana dokumentacja była konsultowana z personelem Zamawiającego na każdym etapie wykonania. Wykonawca ukończył lub prowadził szereg postępowań administracyjnych zmierzających do uzgodnienia dokumentacji. Po prostu w pewnym momencie Zamawiający dokonał jednostronnego rozwiązania umowy.

Zdaniem Odwołującego uzasadnienie tej czynności było miałkie i niejednoznaczne, pomimo że umowa wymagała pisemnego uzasadnienia jej jednostronnego rozwiązania. Dla uzasadnienia swojej decyzji Zamawiający powołał szereg nieprecyzyjnych lub błahych pretekstów (nie można ich nazwać podstawami), takich jak np. „zmiana nazwy zadania w dokumentacji projektowej”. Na etapie składania odwołania Odwołujący nie będzie precyzyjnie odnosił się do każdej z powołanych „przesłanek” ponieważ było ich kilkadziesiąt. Zważywszy na zasadę równouprawnienia stron w postępowaniu odwoławczym Odwołujący stoi na stanowisku, że Zamawiający nie może już zmieniać ani rozszerzać podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania po wniesieniu przez niego odwołania.

/tak zob.: wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 r., XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy, sygn. akt sygn. akt XXIII Ga 416/11/

W ocenie Odwołującego sprawa powinna zostać rozpoznana w oparciu o to, co Zamawiający zawarł w uzasadnieniu swojej decyzji o wykluczeniu Wykonawcy. Ponieważ to uzasadnienie jest lapidarne, czynność Zamawiającego zasługuje jedynie na unieważnienie bez badania meritum sprawy.

Jedynie z ostrożności procesowej, na poparcie zarzutu ewentualnego postawionego w pkt 2 petitum odwołania, wskazuję, że rozwiązanie przez Zamawiającego umowy nr 53/2017 nie zostało należycie uzasadnione oraz było sprzeczne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych i zawartej umowy. Nie można więc stwierdzić, że nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.

Po pierwsze Zamawiający nie wskazał w sposób precyzyjny i jednoznaczny podstawy kontraktowej pozwalającej na rozwiązanie umowy. Zamiast tego w treści pisma

Zamawiającego powołano szereg rzekomych niedociągnięć istniejących po stronie projektanta, a następnie przepisano fragment jednej z klauzul umownych stwierdzający, że „Wykonawca realizuje prace projektowe niezgodnie z umową, przepisami prawa, wymogami technicznymi i normami (...)” po czym dodano „przy czym na chwilę obecną nie jest możliwe prawidłowe zrealizowanie umowy w terminach i zakresie w niej wskazanym”.

Nie wskazano przy tym ani jednego zapisu umowy, który miałby zostać przez wykonawcę naruszony. Nie sprecyzowano ani jednego przepisu prawa, normy technicznej czy zawodowej, której naruszenie miałyby uzasadniać rozwiązanie umowy. Nie wiadomo co oznacza stwierdzenie „na chwilę obecną”. Umowa przewidywała możliwość rozwiązania gdyby stało się nieprawdopodobne, że wykonawca zdoła dotrzymać terminu końcowego, a nie innych terminów. Nadto, umowa ograniczała czasowo możliwość jej rozwiązania poprzez wskazanie, że może to nastąpić w terminie 14 dni od dnia powzięcia przez Zamawiającego wiadomości o zaistnieniu przesłanki. Ponieważ żadnej konkretnej przesłanki nie wskazano, nie można stwierdzić, czy ten termin został dochowany.

Oprócz tego w podanym przez Zamawiającego uzasadnieniu decyzji znalazło się szereg tak błahych pretekstów, że aż trudno odnosić się do nich jako do przesłanek zerwania umowy o zamówienie publiczne. Dla przykładu można wskazać powołany wyżej przypadek zmiany nazwy zadania. W swoim oświadczeniu Zamawiający nie sprecyzował problemu i można jedynie domyślać się, że chodzi mu o zastąpienie w dokumentacji projektowej jednego z zadań słowa „modernizacja” słowem „przebudowa”. Wynikało to jednak z przepisów prawa budowlanego, w których pojęcie modernizacji nie występuje. Nadto, zakres projektowanych prac uzasadniał użycie terminu „przebudowa”. Należy jednak podkreślić, że odwołujący nie ma pewności, że to właśnie to zagadnienie stało się jedną z przesłanek odstąpienia, ponieważ Zamawiający nie sprecyzował tego w swoim piśmie o rozwiązaniu umowy. Mogę więc jedynie argumentować „w ciemno”, opierając się wyłącznie na poglądach personelu Wykonawcy.

Wykonawca nigdy się nie zgodził z podanymi mu przesłankami rozwiązania umowy i odpowiedział pismami wskazującymi, że zamierza ubiegać się o wypłatę całego wynagrodzenia, skorygowanego jedynie o te koszty, które oszczędził z powodu braku możliwości ukończenia zamówienia. Warto w tym miejscu zauważyć, że wraz z rozwiązaniem umowy Zamawiający odwołał pełnomocnictwa Wykonawcy i doprowadził do umorzenia toczących się postępowań administracyjnych. Uniemożliwił w ten sposób dalsze wykonywanie zamówienia.

W opisanej sytuacji Wykonawca nie może w sposób sensowny walczyć z decyzją Zamawiającego o wykluczeniu Wykonawcy, opierając się na uzasadnieniu oświadczenia o rozwiązaniu umowy. Jeśli chodzi o kwestię poprzedniej umowy, sprawa o zapłatę wynagrodzenia Wykonawcy niewątpliwie zostanie skierowana do sądu powszechnego, szczególnie że Wykonawca nie uznaje roszczenia o zapłatę kary umownej wystosowanego przez Zamawiającego. Należy się jednak liczyć z tym, że rozpoznawanie tej sprawy będzie długotrwałe.

W ocenie Odwołującego powyższa argumentacja jest przekonująca, że w opisanej sytuacji niedostatki uzasadnienia decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Wykonawcy przesądzą o wadliwości jego decyzji. Natomiast jeśli Zamawiający przedstawi Izbie rzetelne i precyzyjnie określone fakty, które uzasadniają jego decyzję o rozwiązaniu poprzedniej umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, a Izba pozwoli na takie rozszerzenie podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu Wykonawcy, wówczas Wykonawca obali twierdzenia Zamawiającego na rozprawie. Nie mamy wątpliwości, że zerwanie poprzedniej umowy było dokonane w złej wierze i było całkowicie nieuzasadnione.

Reasumując powyższe rozważania Odwołujący wniósł jak na wstępie.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą złożoną w postępowaniu przez Odwołującego oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w

odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie złożył w przedmiotowym postępowaniu najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę. W przypadku zaś uwzględnienia odwołania ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Zawnioskowane przez Zamawiającego dowody (dowody z dokumentów oraz z opinii biegłego), jak również dowód z przesłuchania świadka zawnioskowany przez Odwołującego i dowód z dokumentu w postaci pisma z dnia 15.11.2017 r. zatytułowanego „Odpowiedź na wezwanie do zapłaty” zostały powołane, w ocenie Izby, na okoliczność pozostającą poza zakresem zaskarżenia.

Odwołujący podniósł w treści odwołania, iż *doszło do naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych tj. art. 7 ust. 1 PZP oraz art. 92 ust. 1 PZP przez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego decyzji o wykluczeniu Wykonawcy zawierającego wyszczególnienie faktycznych podstaw do rozwiązania poprzedniej umowy z Wykonawcą oraz wskazanie, które z nich leżały po stronie Wykonawcy, zaś zarzut naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp został sformułowany przez Odwołującego jako ewentualny.*

O ile kwestia odstąpienia przez Zamawiającego od umowy nr 53/2017 była bezsporna to przesłanki tego odstąpienia oraz okoliczności realizacji zobowiązań umowy stanowią pomiędzy Stronami kwestię sporną. Jak wyżej zostało wskazane ustalona przez Izbę okoliczność braku przedstawienia przez Zamawiającego w ramach dokonanej czynności wykluczenia uzasadnienia prawnego i faktycznego tej czynności powoduje, że prowadzenie postępowania dowodowego w tym zakresie pozostawałoby poza substratem zaskarżenia. Wynika to z faktu, iż prawidłowo sformułowany zarzut obejmuje nie tylko wzorzec kontroli w postaci wskazania naruszonego przepisu, lecz przede wszystkim jego podstawy faktyczne, w ramach których ująć należy elementy przedmiotowo istotne zaskarżonej czynności. Mając na uwadze powyższe oraz treść art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie tylko nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, lecz nie może w tym zakresie prowadzić postępowania dowodowego.

Z istoty instytucji uregulowanej w treści art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp wynika, że nie wszystkie przesłanki, które mogą stanowić podstawę do odstąpienia od umowy (czy to na podstawie jej treści, czy też ustawy Kodeks cywilny), jednocześnie mogą stanowić podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Gdyby tak było ustawodawca w ramach hipotezy normy prawnej ujętej w treści art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp ograniczyłby się do dwóch okoliczności faktycznych, tj. samego faktu odstąpienia od umowy lub zasądzenia kar umownych. Jednakże ustawodawca wprowadził w treści tego przepisu element wartościujący (w postaci zwrotu „(...) w istotnym stopniu (...)”) oraz wymusił wykazanie, że do okoliczności wskazanych w tym przepisie doszło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Tym samym treść tego przepisu determinuje realizację obowiązku ujętego w treści art. 92 ust. 1 ustawy Pzp przez szczegółowe wskazanie i wykazanie w ramach uzasadnienia prawnego i faktycznego przesłanek, które swoim zakresem wpisują się w treść hipotezy normy prawnej ujętej w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Mając na uwadze powyższe Izba odmówiła przeprowadzenia postępowania dowodowego we wskazanym powyżej zakresie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego, jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego, a w szczególności z treści pisma z dnia 22.11.2017 r. zawierającego oświadczenie woli Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Zamawiający w dokumentacji postępowania (Rozdział 4 SIWZ) zatytułowany „Warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia z postępowania” wskazał w pkt 4.1., że: O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu.

4.1.1. Wykonawca zobowiązany jest wykazać brak podstaw do wykluczenia w oparciu o:

- przesłanki określone w art. 24 ust. 1 pkt 12 – 23 ustawy.
- przesłanki określone w art. 24 ust. 5 pkt 2) i 4) ustawy.

W przedmiotowym postępowaniu w dniu 10.11.2017 r. nastąpiło otwarcie oferty. W zakresie części II postępowania w zamach zadania 4 i 5 ofertę złożył m.in. Odwołujący – LubCom Spółka z o.o.

W dniu **22.11.2017 r.** Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp wskazując, że LubCom Spółka z o.o. z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał wcześniejszej umowy nr 53/2017 zawartej w dniu 22.05.2017 r., co doprowadziło do rozwiązania umowy przez Zamawiającego z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca. Zamawiający w powyższej informacji wskazał również, że ofertę wykonawcy wykluczonego z postępowania uznaje się za odrzuconą.

Na powyższą czynność Odwołujący wniósł odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne, w tym podstawę prawną i faktyczną zaskarżonej czynności, Izba uznała, iż doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 PZP oraz art. 92 ust. 1 PZP przez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, tj. zaniechania sporządzenia uzasadnienia czynności zawierającego wyszczególnienie faktycznych podstaw do rozwiązania poprzedniej umowy z Wykonawcą oraz wskazanie, które z nich leżały po stronie tego Wykonawcy.

Przedmiot zaskarżenia w ramach środków ochrony prawnej stanowią, co do zasady, oświadczenia woli podmiotu zamawiającego (przy zaskarżeniu czynności w znaczeniu pozytywnym) lub zaniechanie dokonania określonych czynności, które powinny zostać uzewnętrznione przez podmiot zamawiający.

Zaskarżeniu podlegają co do zasady czynności prawne podmiotu zamawiającego – jego oświadczenia woli w klasycznym ujęciu. Wśród nich można wymienić: postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i treść SIWZ (będące *de facto* cywilistycznym zaproszeniem do negocjacji, do składania ofert); zaproszenie do złożenia oferty (np. przetarg ograniczony), zapytanie o cenę (element wszczynający jeden z trybów przewidzianych w Pzp), wezwania do uzupełnienia dokumentów, wezwania do złożenia wyjaśnień w przedmiocie złożonych

dokumentów lub treści oferty (w tym również co do ceny rażąco niskiej), ocena wyjaśnień, ocena uzupełnionych dokumentów, odrzucenie oferty, wykluczenie wykonawcy, wybór oferty najkorzystniejszej, respektowanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, unieważnienie postępowania. Jak wyżej wskazano przedmiotem zaskarżenia może także być zaniechanie każdej z tych czynności – o ile w danych okolicznościach faktycznych ustawa Pzp nakazuje jej dokonanie.

Wyjątkowo zaskarżeniu mogą podlegać czynności faktyczne – zaniechania otwarcia oferty, otwarcie oferty wbrew przepisom Pzp (przedwcześnie, otwarcie oferty złożonej po terminie), powtórzenie czynności otwarcia ofert, zagubienie oryginału gwarancji wadialnej, zagubienie oferty – co skutkuje w następstwie dokonaniem czynności w klasycznym ujęciu, np. odrzuceniem oferty lub zaniechaniem jej otwarcia itp.

Izba wskazuje, że przedmiotem zarzutów jest czynność w nadanym jej przez Zamawiającego kształcie i tylko ona może stanowić przedmiot zaskarżenia. W niniejszym przypadku czynność tą stanowi oświadczenie woli o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp z jednoczesnym przywołaniem w jej uzasadnieniu podstaw faktycznych dla tej czynności. Przedmiotem odwołania Odwołujący uczynił zaś zaniechanie Zamawiającego polegające na braku uzasadnienia faktycznego dla dokonanej czynności ze wskazaniem, że doszło do zaniechania podania uzasadnienia faktycznego decyzji o wykluczeniu Wykonawcy zawierającego wyszczególnienie faktycznych podstaw do rozwiązania poprzedniej umowy z Wykonawcą oraz wskazanie, które z nich leżały po stronie Wykonawcy.

Zgodnie z treścią 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.* Analiza tego przepisu wskazuje, że rozwiązanie umowy jest w tym wypadku jedynie skutkiem niewykonania lub nienależytego wykonania wcześniejszej umowy. Do tego elementem warunkującym zastosowanie tej fakultatywnej przesłanki jest niewykonane lub nienależyte wykonanie umowy i to w stopniu istotnym. Tym samym oprócz wskazania na okoliczność rozwiązania umowy, jak w niniejszym wypadku, podmiot zamawiający winien wskazać, które elementy nienależytego wykonania umowy uważa za tyle istotne, że stanowiły one podstawę do zniesienia istniejącego pomiędzy danym wykonawcą a podmiotem zamawiającym stosunku zobowiązaniowego, mającego swoje źródło we wcześniejszej umowie. Brak tych elementów stanowi o wadliwości dokonanej przez

Zamawiającego czynności, gdyż jak zostanie wskazane w dalszej części uzasadnienia, pozbawia wykonawcy możliwości skutecznej obrony swych praw. Nie można bowiem zakładać, że każde naruszenie obowiązków kontraktowych będzie stanowiło przesłankę do odstąpienia od umowy i w konsekwencji do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Tym samym te istotne, z punktu widzenia podmiotu zamawiającego, elementy powinny zostać wskazane w uzasadnieniu podjętej czynności. Przesłanka wykluczenia ujęta w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp stanowi szczególny przypadek nierzetelnego działania wykonawców, objęty sankcją wykluczenia, wpisujący się w bardziej pojemną przesłankę ujętą w treści art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, gdzie mowa jest nie tylko o zawinionym ale również poważnym naruszeniu obowiązków zawodowych.

W ocenie Izby podstawa uzasadnienia wykluczenia wykonawcy, wskazująca jedynie na fakt odstąpienia od umowy, była na tyle ogólna i nieprecyzyjna, że nie odnosiła się – wbrew temu co twierdził Zamawiający – do przyczyn uzasadniających wykluczenie Odwołującego. W ocenie Izby twierdzenia Zamawiającego, że wykonawca miał świadomość z rozwiązaniem jakiej umowy związane jest wykluczenie oraz czym kierował się Zamawiający składając oświadczenie woli o odstąpieniu od umowy są niewystarczające przy obecnym brzmieniu przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp – regulującym fakultatywną przesłankę wykluczenia tzw. nierzetelnego wykonawcy. Zgodnie z tym przepisem, w brzmieniu nadanym ostatnią nowelizacją wprowadzoną z dniem 28.07.2016 r. na mocy przepisów ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020) w pierwszej kolejności winno zostać wykazane przez Zamawiającego – w ramach podjętej w toku postępowania o udzielenie zamówienia czynności, że doszło do niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, i że mają one charakter zawiniony (leżący po stronie wykonawcy) i odnoszą się do istotnych elementów zobowiązania. Zgodnie z treścią art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp przesłanką wykluczenia jest leżące po stronie wykonawcy nie wykonanie lub nienależyte wykonanie w istotnym stopniu wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co dopiero w konsekwencji powinno skutkować rozwiązaniem umowy lub zasądzeniem odszkodowania. Tym samym samo odstąpienie od umowy jest jednym z elementów konstrukcji tego przepisu i to elementem wtórnym oraz wynikowym. Najistotniejsze i konieczne do wykazania przez Zamawiającego jest nie wykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w cywilistycznym rozumieniu tych pojęć oraz jednoczesne wykazanie, że odnosi się ono do istotnej części umowy i, że odpowiedzialność za taki stan rzeczy ponosi wykonawca. Choć odstąpienie od umowy jest oświadczeniem woli o charakterze prawno-kształtującym nie oznacza, że nie może ono być wadliwe lub bezskuteczne. Jak każde oświadczenie woli, którego skuteczność zależy od spełnienia określonych warunków w znaczeniu klasycznym, może być skutecznie

kwestionowane przez jego adresata. Zrealizowane przez Zamawiającego odstąpienie od umowy ma charakter sankcyjny i trudno wyobrazić sobie w praktyce sytuację aby jego adresat zgodził się z takim stanem rzeczy.

Nadto jak wskazuje się w orzecznictwie odstąpienie od umowy nie tworzy żadnych domniemań związanych z kwestią niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Jak zostało wskazane w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 lutego 2007 r. (sygn. akt III CSK 288/06) *Odstąpienie od umowy stanowi realizację uprawnień związanych z określonymi wypadkami niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań z umów wzajemnych (art. 491-493 k.c.) i skuteczne odstąpienie od umowy stanowi w pewnym sensie potwierdzenie, że istotnie miał miejsce przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez drugą stronę.* Sąd Najwyższy nie przez przypadek w uzasadnieniu odstąpił od kategorycznego stwierdzenia, że odstąpienie od umowy stanowi potwierdzenie nienależytego wykonania umowy, gdyż takiego skutku oświadczenie to nie wywołuje.

Tym samym wszystkie, istotne z punktu widzenia Zamawiającego, powody niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, powinny znaleźć swoje wyraźne odzwierciedlenie w podstawie wykluczenia wykonawcy, tak aby wnosząc środek ochrony prawnej wykonawca posiadał pełną wiedzę, co do podstaw jego wykluczenia, tak aby przede wszystkim mógł do tych podstaw odnieść się składając odwołanie. Choć Zamawiający wskazywał, że pismo o odstąpieniu wymieniało około 50 przesłanek, które skłoniły Zamawiającego do tej decyzji, to trudno wyobrazić sobie, aby każdy z tych powodów był na tyle ważki, by spowodował tak restrykcyjne zachowanie Zamawiającego. Niewątpliwie powody, które doprowadziły do odstąpienia od umowy podlegały ze strony Zamawiającego pewnej gradacji.

Izba w niniejszym składzie podzieliła w całej rozciągłości argumentację zawartą w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 marca 2014 r. wydanego w sprawie rozpoznawanej pod sygn. akt KIO 340/14. W orzeczeniu tym zostało m.in. wskazane, że: *Izba wskazuje, że uzasadnienie wykluczenia wykonawcy warunkuje zakres składanych przez wykonawcę środków ochrony prawnej. W oparciu o jego treść wykonawca formułuje zarzuty i wskazuje ich uzasadnienie. Lakoniczność uzasadnienia, utrudnia wykonawcy prawidłowe sformułowanie zarzutów, a tym samym w sposób istotny ogranicza jego ustawowe prawo do obrony swoich praw jako wykonawcy. Należy wskazać, że sformułowane na etapie składania odwołania zarzuty są jedynymi jakie mogą być rozstrzygane przez Izbę, związane 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 wykluczając go z postępowania. 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.

Izba w niniejszym składzie podzieliła także stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 r., XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy, sygn. akt XXIII Ga 416/11, które zostało przytoczone w orzeczeniu KIO 340/14, iż „(...) Z punktu widzenia Zamawiającego, oznacza to że nie może on zmienić ani rozszerzać podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania po wniesieniu przez tego drugiego odwołania. W świetle związania KIO, Sądu Okręgowego i Odwołującego zarzutami podniesionymi w odwołaniu, sprzeczne z naczelną zasadą postępowania cywilnego, jaką jest zasada równouprawnienia stron, byłoby dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu Odwołującego. Wobec związania swoimi zarzutami, Odwołujący nie mógłby bowiem odnieść się do nowych okoliczności przedstawionych przez Zamawiającego, po wniesieniu odwołania. Z tych względów postępowanie Zamawiającego, polegające na przedstawieniu nowych dowodów w odpowiedzi na odwołanie i skardze, nie można traktować jedynie jako rozszerzenia argumentacji zawartej w decyzji o wykluczeniu. Powyższej wykładni nie podważa zasada ekonomiki procesowej ani zasada dyspozycyjności formalnej czyli rozporządzania przez stronę czynnościami procesowymi. Zasady te aczkolwiek ważne, nie mogą mieć charakteru dominującego. Z punktu widzenia naczelnych zasad postępowania cywilnego z pewnością ważniejszą rolę odgrywa zasada równouprawnienia stron a dokładniej zasada równości środków procesowych. Podsumowując, skoro Odwołujący – wykonawca był związany swoimi zarzutami zawartymi w odwołaniu to również Zamawiający był związany podstawą faktyczną decyzji od której to odwołanie wniesiono. Dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji przez Zamawiającego uniemożliwiłoby jednocześnie Odwołującemu – wykonawcy przedstawienie zarzutów, co do tych nowych okoliczności. Wobec tego dowody zgłoszone przez Zamawiającego jako dotyczące okoliczności związanych z rozszerzoną podstawą faktyczną decyzji o wykluczeniu, nie mogły zostać uwzględnione (...)”.

Zatem Izba dokonała oceny czynności Zamawiającego, co do wykluczenia wykonawcy, wyłącznie w oparciu o uzasadnienie i podstawę wskazaną przez Zamawiającego w piśmie z dnia 22 listopada 2017 r., nie odnosząc się do podstaw podniesionych w odpowiedzi na odwołanie oraz przywołanych przez Zamawiającego na rozprawie.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że Zamawiający dokonując czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania nie sprostął obowiązkowi wynikającemu z treści art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, który w przypadku wykluczenia wykonawcy obliguje podmiot zamawiający do podania uzasadnienia prawnego oraz faktycznego. Powyższe wynika w szczególności powiązania tego przepisu z treścią normy prawnej ujętej w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, która w swojej hipotezie sankcję w postaci wykluczenia wiąże nie tylko z faktem odstąpienia od umowy, ale przede wszystkim z koniecznością wykazania, że doszło do niewykonania umowy lub, że doszło do jej nienależytego wykonania, i że mają one charakter zawiniony (leżący po stronie wykonawcy) a także odnoszą się do istotnych elementów zobowiązania. Zamawiający być może dokonał pewnych ustaleń w tym zakresie, jednak nie dopełnił obowiązku przedstawienia ich w ramach uzasadnienia prawnego i faktycznego czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Uwzględniając zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 92 ust. 1 ustawy Pzp Izba nie poddała analizie zarzutu z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp – zgłoszonego, jak wskazał Odwołujący na etapie rozprawy i co wynika z treści odwołania, z ostrożności jako alternatywnego. Analiza tego przepisu może być przeprowadzona wówczas, kiedy obie Strony sporu będą miały równe szanse wypowiedzenia się odnośnie powodów odstąpienia od umowy.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego

rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

