Sygn. akt: KIO 589/19

WYROK
z dnia 18 kwietnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Aleksandra Patyk
Protokolant:Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 kwietnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 kwietnia 2019 r. przez wykonawcę **GMSYNERGY Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Rzgowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Lubuskie - Urząd Marszałkowski Województwa Lubuskiego w Zielonej Górze**,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu – **Województwu Lubuskiemu - Urzędowi Marszałkowskiemu Województwa Lubuskiego w Zielonej Górze** unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego - GMSYNERGY Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Rzgowie,
   a w konsekwencji uznania oferty ww. wykonawcy za odrzuconą oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.
   Za niezasadny uznaje zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – **Województwo Lubuskie - Urząd Marszałkowski Województwa Lubuskiego w Zielonej Górze** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – wykonawcę **GMSYNERGY Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Rzgowie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego - **Województwa Lubuskiego - Urzędu Marszałkowskiego Województwa Lubuskiego w Zielonej Górze** na rzecz Odwołującego – **GMSYNERGY Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Rzgowie** kwotę 11 443 zł 75 gr (słownie: jedenaście tysięcy czterysta czterdzieści trzy złote siedemdziesiąt pięć groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione
z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztu dojazdu pełnomocników na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Zielonej Górze.**

Przewodniczący:……..

Sygn. akt: KIO 589/19

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Województwo Lubuskie - Urząd Marszałkowski Województwa Lubuskiego w Zielonej Górze [dalej „Zamawiający"] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *kompleksową organizację wyjazdowej misji gospodarczej lubuskich MŚP i samorządu do Chin połączonej z wizytą na targach Guangzhou Electrical Building Technology* (znak postępowania: DA.III.2721.2.12.2019).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznychw dniu 5 marca 2019 r. pod numerem 521424-N-2019.

W dniu 1 kwietnia 2019 r. wykonawca GMSYNERGY Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Rzgowie [dalej „Odwołujący"] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 57 ust. 4 lit. g dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. U. UE. L. z 2014 r. Nr 94, str. 65 z późn. zm.) poprzez przyjęcie, że Odwołujący się wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy z Zamawiającym;
2. art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że Odwołujący w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość;
3. art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że Odwołujący podlega wykluczeniu,
4. art. 24 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, że nie było do tego podstaw,
5. art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór przez Zamawiającego, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Polsko-Chińską Radę Biznesu pomimo, że ta nie była najkorzystniejsza.

Wobec ww. zarzutów odwołania Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego;

2.unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

3.ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego;

4.wybrania oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;

5.zasądzenie od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu według rachunków, przedłożonych na rozprawie.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania wskazał, że Zamawiający w „Zawiadomieniu o wyniku postępowania" z 25.03.2019 r. naliczył Odwołującemu kary umowne za nienależyte wykonanie umowy nr DA.III.272.2.66.2017 z 30.01.2018 r., która dotyczyła kompleksowej organizacji jednej dwudniowej wizyty studyjnej dla dziennikarzy ogólnopolskich w województwie lubuskim pt. „Gospodarcze Lubuskie". Zamawiający wskazał na przepis art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp jako podstawę prawną wykluczenia Odwołującego się. Oprócz wskazania podstawy prawnej i umowy, która w ocenie Zamawiającego została nienależycie wykonana przez Odwołującego się, Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił, że przesłanki wykluczenia wskazane w art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp zostały spełnione. Odwołujący na potwierdzenie prezentowanego stanowiska przywołał wyrok KIO z dnia 19 czerwca 2018 r. sygn. akt: KIO 1126/18. Ponadto wskazał, iż w sprawie objętej odwołaniem Zamawiający albo w ogóle nie dokonał takiej oceny, a jeżeli jej dokonał – to zapomniał wskazać Odwołującemu powody wykluczenia. Odwołujący ustosunkuje się do zarzutów, jeżeli Zamawiający je przedstawi.

Dalej Odwołujący dokonał wykładni prawnej przesłanki wykluczenia wykonawcy określonej w art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, wskazując przy tym, że Zamawiający nie udowodnił istnienia podstaw do wykluczenia Odwołującego.

Odnosząc się do poszczególnych przesłanek wskazanych w podstawie wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp podniósł, iż Zamawiający bezpodstawnie twierdzi, że Odwołujący nienależycie wykonał umowę nr DA.III.272.2.66.2017 z 30.01.2018 r. Zawiadomienie o wyniku postępowania z 25.03.2019 r. nie zawiera jednak żadnego uzasadnienia, na czym to nienależyte wykonanie umowy miało polegać. Wobec tego Odwołujący nie jest w stanie polemizować z zarzutami, których nie zna. Odwołujący odniesie się do konkretnych zarzutów jeżeli Zamawiający je przedstawi.

Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę na niekonsekwentne postępowanie Zamawiającego polegające na tym, iż w dniu 19.02.2019 r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o kompleksową organizację wyjazdowej misji gospodarczej do Hanoweru w Niemczech połączonej z udziałem w targach przemysłowych Hannover Messe 2019. W tym postępowaniu Odwołujący był drugi (96,9 pkt) i nie został wykluczony. W dniu 01.03.2019 r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o kompleksową zabudowę stoiska wystawienniczego na targach Hannover Messe 2019. W tym postępowaniu Odwołujący był drugi (96,16 pkt) i nie został wykluczony.

Gdyby Odwołujący rzeczywiście dopuścił się nienależytego wykonania umowy nr DA.III.272.2.66.2017 z 30.01.2018 r. na organizację jednej dwudniowej wizyty studyjnej dla dziennikarzy ogólnopolskich w województwie lubuskim pt. „Gospodarcze Lubuskie", to Zamawiający powinien konsekwentnie wykluczać Odwołującego z wszystkich postępowań. Tymczasem Zamawiający nie wykluczył Odwołującego się z dwóch postępowań związanych z misją do Hanoweru, których Odwołujący tak czy owak by nie wygrał, wykluczając go z niniejszego postępowania, w którym oferta Odwołującego była najkorzystniejsza. Takie niekonsekwentne postępowanie Zamawiającego rodzi podejrzenia o naruszenie uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp).

Dalej Odwołujący wskazał, że dla wykluczenia wykonawcy z art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp nie jest wystarczające uznanie, iż doszło do jakiegokolwiek naruszenia. Przywołał brzmienie art. 57 ust. 4 lit. g dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. U. UE. L. z 2014 r. Nr 94, str. 65 z późn. zm.) dokonując jego wykładni prawnej. Odwołujący przywołał również fragment wyroku TSUE z 13 grudnia 2012 r. sygn. akt: C -465/11 oraz wyroku KIO z 3 lutego 2017 r. sygn. akt: KIO 139/17.

Kolejno Odwołujący wskazał, iż należy odrzucić możliwość, że Odwołujący umyślnie miał zamiar nienależycie wykonać jakąkolwiek wcześniejszą umowę.

Następnie Odwołujący argumentował, iż użyte w przepisie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp pojęcie rażącego niedbalstwa związane jest z pojęciem winy. Wskazał, iż rażące niedbalstwo to postać winy nieumyślnej, z którą mamy do czynienia w sytuacji, gdy dojdzie do znacznego odchylenia od wzorca należytej staranności, a w konsekwencji stopień naganności postępowania będzie szczególnie wysoki, gdyż znacznie odbiega od modelu należnego zachowania się wykonawcy (niezachowanie minimalnych, elementarnych zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji). Rażące niedbalstwo jest elementem winy nieumyślnej, a ta podlega stopniowaniu - mamy do czynienia z lekkomyślnością, niedbalstwem i rażącym niedbalstwem. W przypadku art. 24 ust. 5 pkt 2 p.z.p. dopiero wystąpienie rażącego niedbalstwa

wiąże się z możliwością wykluczenia wykonawcy
z postępowania (tak Kołecki Mikołaj i Nowicki Józef Edmund. Wykluczenie nierzetelnego wykonawcy. Monitor Zamówień Publicznych, 2018, nr 7 s. 40 - 45).

Ponadto za wyrokiem C-465/11 z 13 grudnia 2012 r. Odwołujący wskazał, że „poważne wykroczenie zawodowe", to naruszenie norm zawodowych i etycznych, w zakresie których orzekają m.in. sądy dyscyplinarne. Dodał, że adw. Julia Jarnicka w Komentarzu do art. 24 Nb 47 Prawa zamówień publicznych pod red. M. Jaworskiej wyd. przez Wydawnictwo C.H. Beck Warszawa 2018 pisze, że*„wykluczenie nie może mieć charakteru automatycznego. Zawsze należy ocenić rozmiar i powagę naruszenia oraz stopień zawinienia. W przepisie podkreślono, że naruszenie powinno wynikać z zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Nie każde więc nienależyte wykonanie umowy o zamówienie publiczne, nawet w przypadku naliczenia kar umownych czy odstąpienia od umowy, będzie podstawą do wykluczenia wykonawcy".*

W końcu Odwołujący wskazał, że okoliczności związane z wykonywaniem przez Odwołującego umowy nr DA.III.272.2.66.2017 z 30.01.2018 r., która dotyczyła kompleksowej organizacji jednej dwudniowej wizyty studyjnej dla dziennikarzy ogólnopolskich
w województwie lubuskim pt. „Gospodarcze Lubuskie" były następujące: a) GMSYNERGY sp. z o. o. sp. k. w całości i należycie wykonał umowę nr DA.III.272.2.66.2017 z 30.01.2018 r., lecz mimo tego bezzasadnie i bez jakiegokolwiek wyjaśnienia został obciążony karą umowną, b) GMSYNERGY sp. z o. o. sp. k. nie kwestionował kary umownej nie chcąc psuć dobrych relacji z Zamawiającym.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 5 kwietnia 2019 r. wniósł
o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający poinformował, że w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp w związku
z nienależytym wykonaniem umowy nr DA.III.272.2.66.2017 z dn. 30 stycznia 2018 r. Zamawiający posiada dowody potwierdzające nienależyte wykonanie powyższej umowy zatem zarzuty stawiane Zamawiającemu w zakresie naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 2, art. 22 ust. 1 pkt 1, art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp są bezpodstawne.

Wobec zarzutu braku szczegółowego uzasadnienia wykluczenia Odwołującego przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu Zamawiający wyjaśnia, że w „Zawiadomieniu
o wyniku postępowania" z dnia 25 marca 2019 r., w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego wskazał faktycznie nr i przedmiot nienależycie wykonanej umowy oraz fakt naliczenia kar umownych. Było to uzasadnione tym, iż Odwołujący we wcześniejszych dwóch postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego w marcu br. (nr spraw: DA.III.2721.2.9.2019, DA.III.2721.2.10.2019), po powzięciu informacji o jego wykluczeniu (zawiadomienie o wyniku z dn. 7 i 8 marca 2019 r.), przesłał e-maile o następującej treści: *„(…) bierzemy i brać będziemy udział, pozwiemy Państwa do sądu i poza zniesławieniem, którego się Państwo dopuścili, publikując takie ogłoszenie (dot. wyniku postępowania), będziemy się domagać utraconych korzyści z powodu bezprawnego wykluczenia
z postępowania." oraz: „Widzę, że linia utrzymania… Do zobaczenia więc w sądzie".* Biorąc powyższą reakcję Odwołującego pod uwagę, Zamawiający wskazał w sposób ogólny uzasadnienie wykluczenia wykonawcy.

Dalej Zamawiający zauważył, że w przywołanych postępowaniach dotyczących misji gospodarczych do Hanoweru w Niemczech połączonej z udziałem w targach przemysłowych Hannover Messe 2019 oraz kompleksową zabudowę stoiska wystawienniczego na targach Hannover Messe 2019, procedura postępowań prowadzona była zgodnie z art. 138o ustawy Pzp. W rozdziale IX ogłoszeń o ww. zamówieniach Zamawiający określił, iż najpierw dokona oceny ofert, a następnie zbada, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.
W wymienionych postępowaniach oferta Odwołującego nie była najkorzystniejsza, zatem nie podlegała ocenie i badaniu pod względem wykluczenia i dlatego też Odwołujący nie został
w nich wykluczony.

Wobec stanowiska Odwołującego, iż umowa, na którą się powołuje Zamawiający
w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego, została należycie wykonana, Zamawiający wyjaśnił, iż w zamówieniu pn. „Kompleksowa organizacja (przygotowanie i obsługa)
1 dwudniowej wizyty studyjnej (Study Tour) dla dziennikarzy ogólnopolskich w województwie lubuskim pt.: „Gospodarcze lubuskie" została wybrana firma GMSYNERGY Sp. z o.o. Sp. k. Zawarcie umowy z ww. firmą nastąpiło 30 stycznia 2018 r. Zgodnie z zapisami SOPZ, wykonawca miał obowiązek zapewnienia:
1. udziału minimum 10 dziennikarzy ogólnopolskich (w tym maksymalnie 2 z regionu lubuskiego) – w Media Tripie uczestniczyło 9 dziennikarzy. Mimo zapewnień wykonawcy, że pan K. T. (reprezentujący Blog Wino+), który nie pojawił się w miejscu zbiórki

w dniu rozpoczęcia Media Trip, tj. 19.04.2018 r. dojedzie do jednego z miejsc na trasie, nie pojawił się podczas całego 2–dniowego wydarzenia.

2. w ciągu 10 dni od dnia podpisania umowy wykonawca miał obowiązek opracowania i przedstawienia do akceptacji Zamawiającemu listy dziennikarzy ogólnopolskich mediów gospodarczych, rekomendowanych do udziału w wizycie studyjnej – zadanie nie zostało zrealizowane w określonym w SOPZ terminie.

W dniu 9 lutego 2019 r. pani A. G.-K. przesłała na adres mailowy Pana N. U. listę jedynie 7 mediów wymienionych z nazwy. W dniu 5 kwietnia 2018 r. pan S. M. przesłał na adres mailowy pana N. U. listę 10 redakcji, które potwierdziły uczestnictwo. Sylwetki samych dziennikarzy były ustalane do dnia 17.04.2018 r. – tj. na 2 dni przed rozpoczęciem wydarzenia. Zamawiający nie miał wiedzy co do personaliów wszystkich dziennikarzy podczas Media Tripu. Ostateczną listę dziennikarzy Zamawiający otrzymał po wielokrotnej interwencji telefonicznej z-cy dyrektora departamentu tj. dnia 17.04.2018 r. o godz. 13:36 (przypominam, że Media Trip rozpoczynał się w dniu 19.04.2018 r. w godzinach porannych).

3. w ciągu 10 dni od podpisania umowy wykonawca miał obowiązek opracowania i przedstawienia do akceptacji Zamawiającemu listy miejsc i obiektów wizyty studyjnej – zadanie nie zostało zrealizowane w określonym w SOPZ terminie.

Zaproponowane przez wykonawcę miejsca były skopiowane wprost z listy laureatów Lubuskiej Nagrody Innowacji za rok 2017. Wcześniej znalazły się one w zaproponowanej przez wykonawcę koncepcji (w ramach przetargu), która została oceniona na 0 pkt. W tym momencie zmiana koncepcji, a co za tym idzie programu (w tym odwiedzanych miejsc) była nieodzowna. W dniu 12.02.2018 r. na adres mailowy pani A. G.-K., Zamawiający przesłał proponowaną listę firm na Media Trip, jednocześnie inicjując z nimi kontakt. Lista potwierdzonych przez Zamawiającego 6 firm została przesłana mailem na adres pani K. M. w dniu 7.03.2018 r. Pierwsze uzgodnienia z firmami prowadził sam Zamawiający. Zadaniem wykonawcy było tylko ustalenie szczegółów dotyczących samej wizyty tj. dnia i godziny. Zamawiający otrzymał wiadomości z firm (Ikea Industry Poland Sp. z o.o.) przewidzianych do odwiedzin podczas Media Tripu dot. braku kontaktu ze strony wykonawcy dot. wizyty w ich przedsiębiorstwach, cyt. E-mail przedstawiciela IKEA z dnia 4.04.2018: *„Dzień dobry pani Katarzyno! Chciałabym zapytać czy wizyta jest aktualna, ponieważ jak dotąd nie skontaktowała się Pani ze mną w sprawie szczegółów, proszę o kontakt”.*

4. wykonawca zobowiązany był do uwzględnienia preferencji żywieniowych uczestników Media Tripu – zadanie nie zostało zrealizowane. Wykonawca nie uwzględnił preferencji żywieniowych 2 uczestników wydarzenia: weganina i wegetarianki.

5. wykonawca zobowiązany był do wykonania i dostarczenia do siedziby Zamawiającego materiałów informacyjno – promocyjnych, m.in. 30 pakietów produktów regionalnych (zestawu upominkowego) – zadanie nie zostało zrealizowane należycie.

Na dzień rozpoczęcia Media Tripu tj. 19.04.2018 r. wykonawca nie przekazał przygotowanych 30 sztuk zestawów upominkowych, składających się z produktów regionalnych. Wykonawca na dzień zakończenia wydarzenia, tj. w dniu 20.04.2018 r. przekazał 10 zestawów upominkowych. Pozostałe produkty zostały przekazane w kartonach zbiorczych. Sytuacja ta skutkowała tym, iż zaplanowany moment wręczenia zestawów dziennikarzom podczas uroczystej kolacji w winnicy w Górzykowie był nierealny.

6. wykonawca miał obowiązek dostarczenia po zakończeniu wizyty studyjnej raportu końcowego, który będzie dokumentem stanowiącym podsumowanie wydarzenia; raport końcowy winien być dostarczony w ciągu 7 dni po zakończeniu realizacji wizyty studyjnej – zadanie nie zostało zrealizowane, wykonawca do dnia dzisiejszego nie dostarczył raportu końcowego.

Zgodnie z zapisami SOPZ, dostarczony przez wykonawcę raport końcowy będzie podzielony na dwie części: pierwsza część raportu końcowego winna zawierać informacje dotyczące wizyty studyjnej: termin realizacji, założenia i cel, program, minimum 40 zdjęć dokumentujących realizację wizyty studyjnej zrealizowanej zgodnie z programem zaakceptowanym przez Zamawiającego. Druga część raportu końcowego będzie zawierać informacje o planowanych publikacjach/efektach i/lub powstałych publikacjach z wizyty studyjnej objętej przedmiotowym zamówieniem. Raport końcowy miał być podstawą do podpisania protokołu zdawczo – odbiorczego przez Zamawiającego. Ostatecznie protokół z uwagami przesłany do firmy GM Synergy w dniu 14 maja 2018 r. (za dowodem doręczenia) nie został podpisany i odesłany do Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe, na podstawie § 6 ust. 1 lit. a przedmiotowej umowy, Zamawiający naliczył wykonawcy karę umowną w wysokości 3890,00 zł, a następnie potrącił tę karę z wynagrodzenia wykonawcy.

Zdaniem Zamawiającego wykluczenie Odwołującego nastąpiło zatem na podstawie powyższych zaniedbań w realizacji umowy. Zgodnie z zapisami ustawy Pzp Zamawiający może wykluczyć z postępowania wykonawcę, który naruszył obowiązku zawodowe. Analizując przesłankę określoną w dyrektywie 2014/24/UE, w art. 57 ust. 4 lit. C, należy rozumieć,

że wykonawca jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, a za wykroczenie zawodowe należy rozumieć obowiązki wykonawcy wynikające z zawartych umów. Komentarz BECKA do PZP opracowany przez Pawła Graneckiego określa, że istotne wykroczenie np.: niezrealizowanie umowy na poziomie 5% wartości przedmiotu umowy, wskazuje już na brak uczciwości wykonawcy z punktu widzenia doświadczenia życiowego.
W omawianej sprawie Zamawiający nałożył na wykonawcę 10% kary umownej za nienależyte wykonanie zapisów umownych co kwalifikuje ten czyn jako wykroczenie zawodowe a tym samym jest przesłanką do stwierdzenia, że w wyniku rażącego niedbalstwa nienależycie wykonał zamówienie. Zamawiający miał zatem podstawy, aby stwierdzić, iż wykonawca naruszył swoje obowiązki.
Dalej Zamawiający wskazał, iż w doktrynie i orzecznictwie powszechnie przyjmuje się, że choć odpowiedzialność dłużnika z tytułu kary umownej za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nie jest uwarunkowana poniesieniem przez wierzyciela szkody, to jest uwarunkowana pozostałymi przesłankami odpowiedzialności kontraktowej przewidzianej w art. 471 k.c. Kara umowna stanowi odszkodowanie umowne i przysługuje wierzycielowi jedynie wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy jest następstwem okoliczności za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Innymi słowy, zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się z zakresem ogólnej odpowiedzialności kontraktowej dłużnika, który zwolniony jest od obowiązku zapłaty kary, gdy wykaże, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. Oznacza, to że przesłanką dochodzenia zapłaty kary umownej jest wina dłużnika w postaci co najmniej niedbalstwa. Dalej Zamawiający przywołał wyroki SN na poparcie ww. argumentacji. Zdaniem Zamawiającego, skoro wykonawca nie odwołał się od naliczonej kary to uznał swoją odpowiedzialność. To zaś potwierdza jego zawinione nienależyte wykonanie kontraktu.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

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

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania,
#x200eo której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 3 kwietnia 2019 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego nie przystąpił w terminie, o którym mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp żaden wykonawca.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia, ofertę Odwołującego oraz zawiadomienie o wyniku postępowania z dnia 25 marca 2019 r. Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron
postępowania odwoławczego złożone w pismach procesowych oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 15 kwietnia 2019 r.

Nadto Izba dopuściła dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującego
i Zamawiającego w toku rozprawy.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ, przewidział że o udzielenie przedmiotowego zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu m.in. na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp.

Zamawiający w zawiadomieniu o wyniku postępowania z dnia 25 marca 2019 r. poinformował o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp. Jako uzasadnienie ww. czynności podał, że: *„naliczył ww. wykonawcy kary umowne za nienależyte wykonanie umowy nr DA.III.272.2.66.2017 z dn. 30 stycznia 2018 r. Umowa dotyczyła kompleksowej organizacji (przygotowanie i obsługa) jednej dwudniowej wizyty studyjnej (Study Tour) dla dziennikarzy ogólnopolskich w województwie lubuskim pt. Gospodarcze Lubuskie."*

Jednocześnie za najkorzystniejszą Zamawiający uznał ofertę wykonawcy Polsko – Chińskiej Rady Biznesu z siedzibą w Warszawie.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.
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.
Z kolei w świetle art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.
Analiza ww. przepisów prowadzi zatem do wniosku, iż to zamawiający musi udowodnić istnienie podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, podając przy tym
w uzasadnieniu faktycznym czynności wykluczenia wykonawcy argumentację odnoszącą się do każdej z przesłanek określonych w art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp i przedstawiając powody, dla których uznał, iż zostały one kumulatywnie spełnione. Podkreślić należy, iż przedmiotem oceny Izby jest zasadność czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania w świetle okoliczności faktycznych i prawnych przedstawionych przez zamawiającego
w uzasadnieniu tej czynności. Wynikający z art. 92 ust. 1 ustawy Pzp obowiązek zamawiającego polegający na konieczności uzasadnienia dokonanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego czynności, stanowi wyraz realizacji naczelnych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, tj. zasady jawności postępowania oraz równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Zważyć bowiem należy, iż to na podstawie zawiadomienia, o którym mowa w art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wykonawca podejmuje decyzję w przedmiocie zasadności skorzystania z przysługujących mu środków ochrony prawnej, a następnie, w przypadku pozytywnej decyzji o potrzebie wniesienia odwołania, podejmuje decyzję jakie zarzuty należy sformułować w odwołaniu oraz w jaki sposób zamierza polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Z powyższego wynika zatem, iż uzasadnienie faktyczne czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania winno w sposób szeroki, wyczerpujący prezentować jakie okoliczności stanowiły podstawę decyzji zamawiającego, po to aby wykonawca niepodzielający dokonanej przez zamawiającego oceny mógł ustosunkować się do zarzutów zamawiającego.
Ponadto dodać należy, iż przepis art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp zawierający szereg ocennych i niedookreślonych pojęć obliguje zamawiającego do szczególnej staranności przy konstrukcji uzasadnienia czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania.
Podkreślić również należy, iż odstąpienia przez Zamawiającego od realizacji obowiązku informacyjnego, o którym mowa w art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie uzasadniają kierowane przez wykonawcę do zamawiającego zapowiedzi skierowania sprawy na drogę postępowania cywilnego, czy karnego.
W świetle powyższego 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 zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i polegać na samodzielnym badaniu istnienia wszystkich przesłanek określonych w przepisie, na podstawie którego Zamawiający dokonał wykluczenia wykonawcy (tak KIO w wyroku z dnia 19 czerwca 2018 r. sygn. akt: KIO 1126/18). Inaczej rzecz biorąc przedmiotem oceny Izby nie mogą być okoliczność uzasadniające wykluczenie wykonawcy, które zostały wskazane przez Zamawiającego dopiero w odpowiedzi na odwołanie.
Przechodząc na grunt niniejszej sprawy Izba wskazuje, iż Zamawiający
w zawiadomieniu o wykluczeniu Odwołującego z postępowania podał lakoniczne uzasadnienie podjętej czynności, składające się w istocie z trzech zdań. Zamawiający wskazał bowiem, że naliczył Odwołującemu kary umowne za nienależyte wykonanie umowy nr DA.III.272.2.66.2017 z dnia 30 stycznia 2018 r., która dotyczyła kompleksowej organizacji (przygotowanie i obsługa) jednej dwudniowej wizyty studyjnej (Study Tour) dla dziennikarzy ogólnopolskich w województwie lubuskim pt. Gospodarcze Lubuskie, co stanowiło podstawę do wykluczenia wykonawcy określoną w art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp.
Mając na uwadze zatem treść uzasadnienia faktycznego czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania zważyć należy, iż Zamawiający nie odniósł się w piśmie
z dnia 25 marca 2019 r. do żadnej z okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, których dopiero łączne spełnienie i szczegółowa analiza pozwalają na wyeliminowanie wykonawcy z postępowania. I tak w uzasadnieniu ww. czynności Zamawiający nie zawarł informacji na czym polegało nienależyte wykonanie umowy przez wykonawcę, czy miało ono charakter poważny, dlaczego podważa ono uczciwość wykonawcy, jak również jakie okoliczności wskazywały na winę wykonawcy oraz jaki był jej stopień.

Uzasadnienie faktyczne czynności wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia sprowadzało się w istocie do przyjęcia z góry założenia, iż skoro na wykonawcę odwołującego się została nałożona kara umowna, której nałożenia wykonawca nie zakwestionował, to winien jest nienależytego wykonania umowy. Izba nie podziela powyższego poglądu, jakoby każde naliczenie kary umownej winno być kwalifikowane niejako automatycznie jako działanie zamierzone czy też rażące niedbalstwo wykonawcy, które skutkowało niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy.

Z uwagi na powyższe wykluczenie wykonawcy GMSYNERGY Sp. z o.o. Sp.k. z przedmiotowego postępowania było niezasadne.

W konsekwencji powyższego za zasadny Izba uznała również zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp polegający na wadliwym wyborze przez Zamawiającego jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Polsko – Chińską Radę Biznesu.

Za niezasadny Izba uznała natomiast zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, a to z uwagi na okoliczność, iż ww. przepis nie stanowił podstawy prawnej ani faktycznej czynności Zamawiającego dokonanej w toku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba wskazuje, iż przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert, nie znajduje zastosowania w jednoetapowych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Ww. regulacja prawna określa bowiem skutki prawne złożenia oferty przez wykonawcę uprzednio wykluczonego z postępowania, co ma miejsce, przykładowo, w przetargu ograniczonym, którego pierwszym etapem jest wyłonienie wykonawców, którzy zostaną następnie zaproszeni do składania ofert (tak KIO w wyroku z dnia 4 maja 2017 r. sygn. akt: KIO 705/17). W trybie jednoetapowym, jakim jest przetarg nieograniczony, w przypadku wykluczenia wykonawcy z postępowania, właściwym jest przepis art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, który stanowi, że ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba orzekła w formie wyroku, uwzględniając odwołanie. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku. Zgodnie zaś z § 3 pkt 1 i 2 lit. a i 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972 ze zm.), Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3597,75 zł oraz kosztów dojazdu pełnomocników na rozprawę w kwocie 346 zł stanowiące łącznie kwotę 11 443,75 zł.

Przewodniczący:……...