

WYROK
z dnia 4 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek
Ewa Kisiel
Marek Koleśnikow

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **30 czerwca 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 czerwca 2017 r. przez **J. W., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Z U. K. T. Z J. W., (...)**, w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Zabrze - Miejski Zarząd Dróg i Infrastruktury Informatycznej, (...)**,

przy udziale **Z R. D. O. Sp. z o. o. Sp. k., (...)**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu - Miastu Zabrze - Miejskiemu Zarządowi Dróg i Infrastruktury Informatycznej, unieważnienie czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu Odwołującego - J. W., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Z U. K. T. Z J. W., oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny oferty i wezwanie wykonawcy Z R. D. O. Sp. z o.o. sp.k. do udzielenia wyjaśnień co do okoliczności i przyczyn rozwiązania umowy z Miejskim Zarządem Ulic i Mostów w T. ewentualnie do zastosowania instytucji przewidzianej w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp.

2. kosztami postępowania obciąża Miasto Zabrze - Miejski Zarząd Dróg i Infrastruktury Informatycznej, (...), i:

1

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **J. W., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Z U. K. T. Z J. W.** tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od **Miasta Zabrze - Miejskiego Zarządu Dróg i Infrastruktury Informatycznej, (...)** na rzecz **J. W., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Z U. K. T. Z J. W.** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie ze złożoną do akt sprawę fakturą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

.....

2

Uzasadnienie

Zamawiający - Miasto Zabrze - Miejski Zarząd Dróg i Infrastruktury Informatycznej prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia

publicznego na letnie utrzymanie czystości dróg i placów na terenie miasta Zabrze.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 17 lutego 2017r. poz. 2017/S 036-065253.

Odwołujący - J. W., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Z. U. K. T. Z. J. W. – wniósł w dniu 8 czerwca 2017r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na czynności Zamawiającego polegającą na sprzecznym z prawem wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu oraz dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy- Z. R. D. O. Sp. z o.o. sp.k.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art 7 ust 1 i 3 Pzp ustawy przez naruszenie zasady dotyczącej przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, w tym w szczególności w związku z dokonaniem wyboru oferty wykonawcy, który podlega wykluczeniu oraz bezpodstawnym wykluczeniem Odwołującego,
2. art 92 ust 1 a Pzp w związku z brakiem podania jakichkolwiek powodów nie uznania przedłożonych dowodów o których mowa w art. 24 ust. 8 Pzp.
3. art. 24 ust. 5 pkt. 4 w związku z art. 24 ust. 8 i ust. 9 Pzp, w związku z bezpodstawnym wykluczeniem Odwołującego z postępowania w tym również poprzez uznanie, że przesłanką do stwierdzenia wykluczenia jest udzielona przez Miasto R. odpowiedź,
4. art. 24 ust 1 pkt. 16 i pkt. 17, art. 24 ust. 5 pkt. 4 w związku z zaniechaniem wykluczenia oferty wykonawcy Z. R. D. O. Sp. z o.o. sp.k., (dalej „O.”),

Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego,
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego się,
4. nakazanie Zamawiającemu wkluczenia wykonawcy O.,
5. zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego według faktury przedstawionej na rozprawie Odnośnie zaniechania wykluczenia wykonawcy O., Odwołujący podniósł, że wybrany

wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16, pkt 17 w związku z art.

24 ust. 5 pkt 4 w związku z art. 24 ust. 8 Pzp. Wykonawca O. w złożonym dokumencie JEDZ nie poinformował Zamawiającego o fakcie, iż w dniu 25 lipca 2014r. Zamawiający – Miejski Zarząd Ulic i Mostów w T. rozwiązał umowę z tym wykonawcą z powodu braku realizacji zamówienia w terminie określonym przez Zamawiającego.

Miejski Zarząd Ulic i Mostów w T. jest zamawiającym w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt. 1-4 ustawy Pzp w związku z czym rozwiązanie umowy z winy wykonawcy winno być weryfikowane z punktu widzenia brzmienia art. 24 ust. 5 pkt. 2 i pkt. 4 Pzp. Tym bardziej, że właśnie ta przesłanka stanowiła podstawę wykluczenia z postępowania Odwołującego, co w tej sytuacji powoduje naruszenie zasad udzielania zamówienia publicznego określonej w art. 7 ust 1 Pzp.

Brak podania istotnych dla oceny wykonawcy informacji powoduje, że wykonawca ten winien zostać wykluczony z ww. postępowania na podstawie 24 ust. 1 pkt. 16) i pkt. 17) Pzp w oraz art. 24 ust 5 pkt. 2) i pkt. 4) Pzp w związku z postanowieniami siwz, w której zamawiający określił, że wykluczeniu podlegają również Ci wykonawcy, co do których zachodzą tzw. fakultatywne przesłanki wykluczenia. Wykonawca O. złożył nieprawdziwe oświadczenia w zakresie zagadnień dotyczących: 1. Czy wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego?, czyli okoliczności wskazanych w art. 24 ust 5 pkt. 2), 2.Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?. Odwołujący podniósł, że wykonawca O. zataił okoliczność, że w stosunku do niego zachodzą przesłanki wykluczenia określone w ww. przepisach. Działanie wykonawcy jest działaniem celowym, posiadał bowiem pełną wiedzę w zakresie należytego wykonania zamówienia w okresie 3 lat

od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Instytucja obligatoryjnego wykluczenia na podstawie art. 24 ust 1 pkt 17 Pzp, dotyczy właśnie takich okoliczności, w których na skutek lekkomyślności czy niedbalstwa Wykonawca nie poinformuje Zamawiającego o okoliczności, jakie ten winien zbadać zanim podejmie decyzję, czy istnieją podstawy wykluczenia, czy też nie. W tym postępowaniu Zamawiający nie miał żadnych szans zweryfikować fakultatywnych podstaw wykluczenia na skutek zatajenia istotnych informacji. Zdaniem Odwołującego nie mamy już do czynienia jedynie z lekkomyślnością, ale celowym działaniem, co dodatkowo powinno skutkować wykluczeniem z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 16 Pzp. Bezsporna w tym zakresie jest okoliczność, że w stosunku do Wykonawcy O. zachodzą przesłanki wykluczenia na podstawie art. 24 ust 5 pkt 2 i 4, podmiot ten bowiem w sposób

4

zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności poprzez rażące niedbalstwo nie wykonał zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp zamawiający wyklucza wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

Okoliczność zatajenia jakichkolwiek informacji nt. sytuacji w której doszło do rozwiązania umowy, nie daje podstaw do konwalidowania złożonego oświadczenia i wzywania do uzupełnienia JEDZ lub dowodów na okoliczność podjęcia jakichkolwiek środków naprawczych które mogłyby podlegać ocenie przez Zamawiającego. Podkreślić należy, że ustawodawca krajowy, implementując do prawa krajowego art. 57 ust. 4 lit. h Dyrektywy 2014/24/UE (korespondujący z brzmieniem wcześniejszego art. 45 ust. 2 lit. g Dyrektywy 2004/18/WE) wprost wskazał, iż działanie wykonawcy w zakresie złożenie nieprawdziwych informacji nie musi mieć charakteru umyślnego, ale może być to również działanie nieumyślne, tj. działanie niedbałe. W ocenie odwołującego nie ulega wątpliwości, że wprowadzenie w błąd może nastąpić zarówno przez przekazanie informacji nieprawdziwej w podanym powyżej znaczeniu, jak i w następstwie zaniechania przekazania (ukrycia, zatajenia) informacji prawdziwej (zgodnej z rzeczywistością) - oba te przypadki należy odnosić do pojęcia złożenia nieprawdziwych informacji. Przy dokonywaniu oceny stanu faktycznego w odniesieniu do wykonawcy O. należy mieć na uwadze wykazanie niedbalstwa czyli niedołożenia należytej staranności przy podawaniu zamawiającemu wprowadzających w błąd informacji należy mieć na uwadze art. 355 § 1 k.c., zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Podkreślić również należy, że w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2k.c. precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności - za takiego profesjonalistę należy uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. W doktrynie i orzecznictwie jednolicie przyjmuje się, że ziszczenie się przesłanek opisanych art., 24 ust. 1 pkt. 16 pzp (poprzednio przed nowelizacją art. 24 ust. 2 pkt. 3 pzp) pozbawia wykonawcę możliwości udziału w postępowaniu i nie podlega konwalidacji np. poprzez uzupełnienie oświadczeń lub dokumentów, które zawierają nieprawdziwą informację na oświadczenia lub dokumenty wolne od takiej wady w trybie art. 26 ust 3 Pzp, ani przez wyjaśnienie treści złożonych dokumentów w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. W opinii Odwołującego

5

badać należy istotność wprowadzania zamawiającego w błąd w momencie przedstawiania informacji nieprawdziwych - jest to jedyny miarodajny moment oceny, który pozwala na pełne zrealizowanie celów tego przepisu, który ma stanowić swoistą ochronę zamawiającego przed wykonawcami, którzy bądź to w celowy sposób bądź też niedbale przygotowują dokumentację składaną w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Artykuł 26 ust. 3 ustawy Pzp nie pozwala natomiast wykonawcy sankcjonować w jakikolwiek sposób uchybienia w postaci wprowadzenia zamawiającego w błąd co do

pewnych okoliczności, które to mogłyby mieć wpływ na wynik postępowania. Jest kwestią nieistotną z punktu widzenia brzmienia przepisu, czy w wyniku wszystkich podjętych przez uczestników postępowania czynności miały finalnie wpływ na wynik postępowania. Ponadto wykładnia systemowa z punktu widzenia brzmienia Dyrektywy 2004/18/WE, nie tyle posługuje się przesłanką wpływu, co przesłanką "poważności" wprowadzenia w błąd. Wprowadzenie w błąd zamawiającego było poważne, skoro dotyczyło istotnych informacji (z punktu widzenia ewentualnego wyboru wykonawcy, czy też jego wykluczenia).

W zakresie naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp Odwołujący podniósł, że zamieścił w JEDZ informację o zdarzeniu wcześniejszym, w którym doszło do rozwiązania umowy z Zamawiającym - Prezydentem Miasta R. oraz że złożył pismo z dnia 16.05.2017 r. wraz z dowodami, co zdaniem Odwołującego stanowi wypełnienie przesłanki określonej w art. 24 ust. 4 pkt. 8 Pzp.

Podkreślił, że treść JEDZ w zakresie ujawnienia okoliczności o rozwiązaniu wcześniejszym umowy i zawarcie w nim informacji nie stanowi podstawy do wykluczenia z postępowania. Wykonawca wskazał na okoliczności skierowania sprawy na drogę sądową, w związku z zakwestionowaniem naliczonych przez Miasto R. kar umownych i nie zgodził się w całości z decyzją o rzekomym, nienależytym wykonywaniu umowy oraz kwestionując przedterminowe rozwiązanie umowy. Miasto R. potwierdziła, że odwołujący wystąpił przeciwko niej z powództwem o zapłatę potrąconych kwot, nie zgadzając się z nałożeniem kar umownych, a tym samym kwestionując niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Sprawa Sądowa jest w toku, powództwo zostało złożone 31 października 2016 r. w Sądzie Okręgowym w Gliwicach i jest prowadzone pod sygn. akt I C 61/17. Obecnie, po wydaniu nakazu zapłaty w postępowaniu upominawczym i sprzecznie pozwanej odbyła się jedna rozprawa, a kolejna jest wyznaczona na 07 listopada 2017r. Brak jest na dzień dzisiejszy dowodu, co do tego czy umowa była wykonywana należycie czy nienależycie. Każdej ze stron przysługuje prawo do sądu.

Zdaniem Odwołującego Miasto R. w sposób nieuprawniony rozwiązała umowę, w tym w szczególności nie przedstawiając okoliczności uprawniających do takiego działania, co

6

więcej Odwołujący stoi na stanowisku, że umowa była realizowana w sposób należyty tj. zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia i w terminie.

Odwołujący całkowitą winą za okoliczność odstąpienia obciąża Zamawiającego, który w trakcie realizacji umowy zmierzał do zlecenia robót w większym zakresie niż wynikało to z postanowień siwz, dokonywał zmian w umowie. Wynikało to z niewłaściwego opisu przedmiotu zamówienia i braku dostarczenia dokumentów w sposób szczegółowy określających granice poszczególnych lokalizacji wykonywanej usługi. Umowa nie określała terminu świadczenia poszczególnych usług, co powoduje, że nie można twierdzić, że ich nie dotrzymano.

W związku z powyższym na tym etapie nie jest możliwe stwierdzenie, po której stronie leży racja, dopóki stanowiska takiego nie zajmie Sąd w prawomocnym wyroku. Co więcej w stosunku do pracowników Zamawiającego w R. sporządzających protokoły odbioru mające rzekomo potwierdzać nienależyte wykonywanie umów przez Odwołującego zostało wszczęte postępowanie karne toczące się przez Prokuraturę Rejonową w T. w kierunku przekroczenia uprawnień oraz potwierdzenia nieprawdy w dokumentach urzędowych (protokołach odbioru), gdzie pan J. W. posiada status pokrzywdzonego. Zamawiający w niniejszym postępowaniu, nie znając stanu faktycznego w sprawie dotyczącej R. nie ma prawa podejmować decyzji za organ sądowy. Pismo Miasta R. z 28 kwietnia 2017 r. również nie dawało podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania- Prezydent prawidłowo w tym piśmie opisał stan faktyczny wskazując, że między stronami toczy się postępowanie, którego przedmiotem jest między innymi zasadność nałożenia kar umownych, a więc pośrednio ustalenie czy umowa była realizowana należycie. Ponadto, Odwołujący wskazał, że przepis art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp pozwala na wykluczenie wykonawcy, który nie wykonał w ogóle wcześniejszej umowy lub wykonał ją nienależycie w istotnym stopniu. Tymczasem Prezydent R. w powołanym już piśmie z dnia 28 kwietnia 2017 r. przyznał, że w kwietniu 2016 r. umowa została wykonana prawidłowo a za prace zapłacono w całości. Pierwsza z przesłanek przewidzianych w powołanym przepisie więc nie zachodzi. Prezydent przyznał też, że umowa została zawarta na kwotę 664 389,55 zł, a także z pisma tego wnika, że ewentualne nienależyte wykonanie umowy dotyczyło kwoty 4 961,87 zł za maj 2016 r., oraz

26 132,97 zł za czerwiec 2016 r., a więc łącznie kwoty 31 094,84 zł. Jest to niecałe 5% wartości całej umowy. Trudno więc twierdzić, że Odwołujący nie wykonał należycie umowy w istotnej części.

W zakresie naruszenia art. 92 ust. 1 a Pzp, Odwołujący podniósł, że przepis ten przewiduje dodatkowe obowiązki informacyjne Zamawiającego w sytuacji, gdy podejmuje on decyzję o

7

wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu. Zamawiający, wykluczając wykonawcę w przypadkach określonych w art. 24 ust. 8 Pzp zobowiązany jest podać wyjaśnienie powodów, dla których dowody przedstawione przez wykonawcę, uznał za niewystarczające. Tymczasem, w treści zawiadomienia z dnia 30.05.2017 r. Zamawiający poza przytoczeniem okoliczności faktycznych tj. wskazaniem treści siwz, w której cytuje podstawy wykluczenia jakie zawarł w specyfikacji, zacytowaniem treści JEDZ załączonym do oferty przez Odwołującego (w którym co należy podkreślić odwołujący kategorycznie zaprzecza, że fakt rozwiązania umowy w okolicznościach fatycznych opisywanej sprawy mógłby prowadzić do zastosowania przesłanki określonej w art. 24 ust. 5 pkt. 4) Pzp), poinformowaniem o wezwaniu Odwołującego do złożenia wyjaśnień i dowodów o których mowa w art. 24 ust. 8 pzp, poinformowaniem, że w niniejszym postępowaniu posłużył się dokumentacją z innego postępowania (co również stanowi istotne naruszenie prowadzenia postępowania, bowiem oznacza, że w ramach niniejszego postępowania nie prowadził samodzielnego badania i oceny wykonawcy pod względem wykluczenia z postępowania), oraz wskazaniem, że właśnie w innym postępowaniu Miasto R. udzieliło pismem odpowiedzi na temat swojego stanowiska co do realizacji umowy nr KK.272.16.2016 na „Utrzymanie zieleni w pasach drogowych w mieście R.”, oraz własnej oceny przedstawionego przez Zastępcę Prezydenta miasta R. stanowiska nie zawarł żadnych informacji na temat tego dlaczego nie uznał złożonych dowodów za wystarczające. Zdaniem Odwołującego, skoro wadliwie została sporządzona czynność wykluczenia, bowiem nie oparta na obowiązujących przepisach prawa, to okoliczność ta stanowi samodzielną przesłankę uwzględnienia odwołania. Podkreślił także, że Zamawiający w dniu 28.12.2016r. - posiadając wiedzę o sytuacji w R., bowiem została ona zamieszczona w treści oświadczenia załączonego do oferty, dokonał wyboru oferty Z. U. K. T. Z. jako najkorzystniejszej uznając, że okoliczności tam wskazane, mimo tego, że są to te same okoliczności jak przywołane w niniejszym postępowaniu, nie stanowią podstawy do wykluczenia z postępowania. Wskazał, że w każdym postępowaniu, w którym Zamawiający określa fakultatywne przesłanki wykluczenia, informuje Zamawiających o sytuacji zaistniałej w R. i żadnego postępowania nie został wykluczony. Co więcej, Odwołujący na bieżąco realizuje zawarte umowy, uzyskuje kolejne zamówienia publiczne realizuje je w sposób należyty. W dniu 23.05.2016 r. otrzymał również referencję od samego Zamawiającego.

Na poparcie swojego stanowiska Odwołujący powołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych.

8

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz mając na uwadze stanowiska stron i uczestnika postępowania zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przeszkody formalnoprawne do merytorycznego rozpoznania odwołania, a Odwołujący legitymuje się interesem, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp we wniesieniu odwołania, dodatkowo na skutek działań i zaniechań Zamawiającego może ponieść szkodę, polegającą na braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Zamawiający w dniu 19 czerwca 2017r. poinformował, że uwzględnia w części zarzuty przedstawione w odwołaniu w wyniku czego dokonuje unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzy czynności badania oferty złożonej przez Z. R. D.

O. Sp. z o.o. sp.k. Zamawiający wyjaśnił, że na obecnym etapie postępowania brak jest przesłanek do automatycznego wykluczenia wykonawcy O. a decyzja w tym zakresie winna być poprzedzona złożeniem wyjaśnień i weryfikacji przedstawionych twierdzeń przez stronę przeciwną, w tym Miejski Zarząd Ulic i Mostów w T. W zakresie dotyczącym wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu Zamawiający poinformował, że podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone w piśmie z dnia 30 maja 2017r.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 8 i ust. 9 Pzp polegający na bezpodstawnym wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu. Niespornym między stronami jest, że Zamawiający przewidział zarówno w ogłoszeniu jak i w specyfikacji istotnych warunków zamówienia fakultatywną przesłankę wykluczenia wykonawców, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp. Z przepisu tego wynika, że 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, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. Jednocześnie zgodnie z art. 24 ust. 8 Pzp wykonawca, który podlega wykluczeniu w oparciu o powyższą przesłankę, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania jego dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu (tzw. *self cleaning*).

9

W złożonym wraz z ofertą dokumencie JEDZ, Odwołujący zaznaczył TAK w odpowiedzi na pytanie „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?”. Wykonawca zaznaczył również TAK podając, że przedsięwziął środki w celu samooczyszczenia. Odwołujący w dokumencie JEDZ wskazał, że w doszło do rozwiązania umowy w sprawie zamówienia publicznego, ale stoi na stanowisku, że okoliczność ta nie stanowi podstawy do wykluczenia z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp. Wyjaśnił, że informację tę podaje jedynie z ostrożności mając na uwadze przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Przedstawiając stan faktyczny związany z rozwiązaniem umowy, Odwołujący wyjaśnił, że w piśmie z dnia 30 czerwca 2016r. Prezydent Miasta R., powołując się na § 9 ust. 5 umowy dotyczącej „Utrzymania zieleni w pasach drogowych w mieście R.” poinformował Odwołującego o rozwiązaniu umowy wskazując, że okolicznością powodującą podjęcie takiej decyzji jest „naruszenie zapisów umowy oraz znaczące opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy”. W wyniku podjętej decyzji Prezydent Miasta R. wskazał, że zamierza potrącić z wynagrodzenia za ostatni okres rozliczeniowy karę umowną w wysokości 20 000 zł. Odwołujący wyjaśnił także, iż nie zgadzając się z decyzją Zamawiającego - Miasta R. - wniósł pismem z dnia 4 lipca 2016 r. odpowiedź wskazując, że nie zaszyły jakiegokolwiek okoliczności uzasadniające rozwiązanie umowy. Odwołujący wskazał także, iż nie doszło do naruszenia umowy przez wykonawcę. To Zamawiający na etapie realizacji umowy zobowiązany do szczegółowego określenia zakresu przedmiotu umowy przez określenia konkretnych granic poszczególnych lokalizacji, dostarczenia informacji pozwalających na identyfikację obszaru świadczenia usługi, nie dostarczył dokumentów pozwalających na realizację umowy. Wykonawca otrzymywał wynagrodzenie nieadekwatne do rzeczywistych nakładów poniesionej pracy. Wykonawca wielokrotnie zwracał się do Miasta R. o przekazanie prawidłowej dokumentacji. Ponadto w trakcie realizacji umowy zwracał uwagę na fakt, że mimo obowiązku zamawiającego do dokonywania odbiorów wspólnie z przedstawicielem wykonawcy i podpisywania protokołów odbioru przez obie strony, rzekome odbiory odbywały się bez udziału wykonawcy lub faktycznie nie dochodziło do żadnych odbiorów a jedynie sporządzania pisemnej informacji przez samego zamawiającego.

W dniu 12 maja 2017r. Zamawiający wezwał Odwołującego w oparciu o art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 8 Pzp do przedstawienia wszelkich dowodów związanych z instytucją

samooczyszczenia. W odpowiedzi, wniesionej do Zamawiającego dnia 17 maja 2017r. (pismo z dnia 16 maja), Odwołujący wskazał, że wyjaśnienia i dowody tam przedstawione

10

stanowią tajemnicę handlową przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wskazać należy, że Zamawiający ocenił, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest zasadne i tajemnica ta nie została uchylona. Stąd Izba może odnieść się do powołanych tam twierdzeń jedynie w ogólności, tak aby nie naruszyć prawnie chronionej tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący w treści pisma wyjaśnił także, że konsekwencją uznania, że działanie Zamawiającego prowadzące się do braku zapłaty za wykonane usługi było złożenie pismem z dnia 31.10.2016 pozwu o zapłatę. Podkreślił, że nie doszło do naruszenia umowy przez wykonawcę, a brak możliwości realizacji umowy leżał po stronie Zamawiającego, który nie określił granic poszczególnych lokalizacji i nie dostarczył informacji i dokumentów pozwalających na identyfikację obszaru świadczenia usługi. Wykonawca uznając, że jest stroną poszkodowaną w omawianej sprawie złożył zawiadomienie o podejrzeniu popełnienia przestępstwa. Podkreślił, że w art. 24 ust. 8 Pzp mówi się o instytucji naprawienia szkody, zadośćuczynienia, w przedmiotowym stanie faktycznym nie doszło do wyrządzenia szkody Zamawiającemu. Ponadto w piśmie wskazał na wprowadzone środki zaradcze dotyczące zasad organizacji i poprawy komunikacji pomiędzy pracownikami wykonawcy a kadrami zarządczą, których celem jest wyeliminowanie sytuacji, które mogłyby rzutować na solidność wykonawcy. Do pisma Odwołujący załączył: pismo z dnia 30 czerwca 2016r. Prezydenta R. o rozwiązaniu umowy, pismo z dnia 14 lipca 2016r. Z. U. K. T. Z. J. W., zawierające zastrzeżenia co do rozwiązania umowy, pozew o zapłatę z dnia 31 października 2016r, raport z audytu przeprowadzonego w dniach 12-13 września 2016r.

Z treści pisma z dnia 30 czerwca 2016r. Prezydenta Miasta R., stanowiącego dowód w sprawie, wynika, że rozwiązanie umowy na „Utrzymanie zieleni w pasach drogowych w mieście R.” nastąpiło w winy wykonawcy ze skutkiem natychmiastowym z powodu rażącego naruszenia przez wykonawcę – Z. U. K. T. Z. J. W. – zapisów umowy oraz znaczącego opóźnienia w wykonywaniu przedmiotu umowy. Wobec rozwiązania umowy ze skutkiem natychmiastowym z przyczyn, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, powołując się na § 8 ust. 1 lit a umowy nałożona została na wykonawcę kara umowna w wysokości 20 000 zł. W załączniku do pisma Zamawiający Miasto R. – wymienił prace, które uległy opóźnieniu, podając nazwy ulic oraz opóźnienia wynoszące odpowiednio min. 14 dni, 12 dni i 2 dni.

W dniu 30 maja 2017r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej za jaką uznał ofertę wykonawcy Zakład Robót Drogowych O. sp. z o.o. sp. k. (dalej O.) z ceną 1 120 891, 54. Zamawiający poinformował także w pkt IV tego pisma o wykluczeniu Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający wskazał, że badając ofertę pod kątem wykluczenia wziął pod uwagę

11

wyjaśnienia udzielone przez Miasto R. odnośnie równolegle prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na konserwację terenów zieleni, letnie i zimowe utrzymanie chodników w Zabrze. Zamawiający wziął pod uwagę to, że treść złożonego w formularzu JEDZ oświadczenia, jako również złożone dowody były takie same jak dla równolegle toczącego się postępowania. Zamawiający wskazał, że „bezpośrednią przesłanką do stwierdzenia, że wykonawca podlega wykluczeniu z niniejszego postępowania jest udzielona przez Miasto R. odpowiedź – pismo nr SP. 1431.262.2017 z dnia 28.04.2017r.(...). Wynika z niej, że całkowitą winę za rozwiązanie umowy ponosi Wykonawca. Przywołując treść pisma R., Zamawiający wskazał, że zawiera ono ważne dla Zamawiającego informacje - po pierwsze tylko część naliczonych kar umownych została uregulowana a oświadczenie wykonawcy w tym zakresie było odmienne. Po drugie, pismo to wskazuje na rażące naruszenie zapisów umowy oraz znaczące opóźnienie w wykonywaniu przedmiotu umowy, co zdaniem Zamawiającego jest równoznaczne z rażącym niedbalstwem. Wskazał, że w świetle przedstawionych przez Miasto R. faktów, wykonawca, przedstawiając dowody w oparciu o art. 24 ust. 8 Pzp nie udowodnił naprawienia szkody, tym

samym Zamawiający nie mógł skorzystać z art. 24 ust. 9 Pzp i uznać, że wykonawca nie podlega wykluczeniu.

Izba ustaliła, że w aktach sprawy znajduje się pismo z dnia 28 kwietnia 2017r. skierowane do Miejskiego Zarządu Dróg i Infrastruktury Informatycznej, w którym Miasto R., w odpowiedzi na wniosek z dnia 19 kwietnia, wskazuje, iż umowa na „utrzymanie zieleni w pasach drogowych w mieście R.” zawarta w dniu 11 kwietnia 2016 r na okres od 1.04.2016 do 31.03.2017r. pomiędzy Miastem R. a przedsiębiorcą J. W. została zawarta na kwotę 664 389, 55 zł brutto. Do czasu rozwiązania umowy została wydatkowana kwota 11 253,67 zł brutto. Pismem z dnia 30 czerwca 2016r., powołując się na § 9 ust. 5 umowy, z dniem 1 lipca 2016r. umowa została wypowiedziana ze skutkiem natychmiastowym z powodu rażącego naruszenia przez wykonawcę zapisów przedmiotowej umowy oraz znaczącego opóźnienia w wykonywaniu przedmiotu umowy. Pomimo zlecenia wykonawcy zakresu prac do wykonania oraz wskazania stosownego terminu do ich wykonania, większość z tych prac w ocenie Zamawiającego została wykonana nieprawidłowo, częściowo, bądź też nie została wykonana w żadnym zakresie.

Co więcej prace nie zostały poprawnie wykonane nawet po wyznaczeniu dodatkowego terminu na usunięcie wad ujawnionych w trakcie odbiorów/ kontroli. Miasto R. wskazało także, że aktualnie przed Sądem Okręgowym w Gliwicach I Wydział Cywilny toczy się postępowanie sądowe z powództwa Pana J. W.. Przedmiotem postępowania jest żądanie przez Pana J. W. od Miasta R. zapłaty kwoty 104 972,90 zł tytułem wykonanych przez niego

12

usług w ramach umowy, bowiem Pan J. W. nie akceptuje nałożonych na niego przez Miasto R. kar umownych.

Uwzględniając powyższe ustalenia, Izba uznała, że w zaistniałych okolicznościach sporu nie zachodzi przesłanka z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, skutkująca wykluczeniem Odwołującego z udziału w postępowaniu. Dla zaistnienia tej przesłanki niezbędne jest wykazanie przez Zamawiającego, że zachodzą łącznie następujące okoliczności:

1. wykonawca z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał albo nienależycie wykonał wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji (w okresie 3 lat),
2. niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy dotyczyło „istotnego stopnia” tej umowy,
3. niewykonanie lub nienależyte wykonanie doprowadziło do rozwiązania tej umowy albo zasądzenia odszkodowania,

Dokonując wykładni wskazanego wyżej przepisu ustawy Pzp, należy mieć na uwadze, że stanowi on implementację do porządku prawnego 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. Urz. UE. Nr 94, str. 65), zgodnie z treścią którego wykluczeniu może podlegać wykonawca, który wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji. Zauważyć należy, że ustawodawca unijny wskazuje na „znaczące i uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu” wcześniejszej umowy, co w polskim ustawodawstwie zostało określone jako „niewykonanie lub nienależyte wykonanie w istotnym stopniu umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”. Pojęcie istotności należy zatem odnosić nie tylko do wartości czy zakresu przedmiotu zamówienia, który został niewykonany lub nienależycie wykonany, ale także za ustawodawstwem unijnym należy oceniać czy owe nienależyte wykonanie albo niewykonanie istotnego wymogu umowy było uporczywe i znaczące.

Podkreślić należy, że ciężar wykazania zaistnienia wyżej wskazanych okoliczności spoczywa, zgodnie z art. 6kc, w całości na Zamawiającym, który podejmuje decyzję o wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu. Przepis art. 6 kc, statuujący ciężar udowodnienia faktu, należy rozumieć nie tylko jako obarczenie strony postępowania obowiązkiem przekonania Izby dowodami o słuszności swoich twierdzeń, ale przede

lub jego nieskuteczności. Tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania odwoławczego (podobnie SN w uzasadnieniu wyroku z 7 listopada 2007 roku wydanego w sprawie o sygn. akt II CSK 293/07). Nie ulega zatem wątpliwości, że uzasadnienie faktyczne czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu powinno zawierać wskazanie faktów, które Zamawiający uznał za udowodnione, mające jednoznacznie potwierdzać, że rozwiązanie umowy było zasadne i wynikało wyłącznie z przyczyn leżących po stronie wykonawcy a ponadto winno wskazywać, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie dotyczyło istotnego stopnia umowy. Brak wykazania choćby jednej z tych przesłanek wyłącza możliwość zastosowania przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp.

W analizowanym stanie faktycznym, nie ulega wątpliwości, co przyznał sam Odwołujący, że doszło do rozwiązania umowy z Miastem R.. Jak wynika z pisma z dnia 30 maja 2017r.

Zamawiający jednak nie odniósł się do pozostałych przesłanek, określonych w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp. Wskazał jedynie, że bezpośrednią przesłanką do stwierdzenia, że wykonawca podlega wykluczeniu z niniejszego postępowania jest udzielona przez Miasto R. odpowiedź, z której wynika, że całkowitą winę za rozwiązanie umowy ponosi Wykonawca.

Izba wskazuje, że w analizowanej sprawie nie wykazano przede wszystkim, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy wynika z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Przeciwnie, jak wynika z wyjaśnień Odwołującego oraz samego pisma Miasta R., sprawa naliczenia kar umownych za nienależyte wykonanie lub niewykonanie umowy oraz z tytułu rozwiązania umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy jest kwestią sporną, zawisłą przed Sądem Okręgowym w Gliwicach I Wydział Cywilny. Odwołujący sprzeciwił się rozwiązaniu umowy przez Zamawiającego i nałożeniu kary umownej, wskazując, że nie doszło do naruszenia umowy przez wykonawcę, a brak możliwości realizacji umowy leżał po stronie Zamawiającego, który nie określił granic poszczególnych lokalizacji i nie dostarczył informacji i dokumentów pozwalających na identyfikację obszaru świadczenia usługi. Zatem, sprawa rozwiązania umowy jest sprawą sporną i brak jednoznacznego dowodu na to, że rozwiązanie umowy nastąpiło w przyczyn leżących wyłącznie po stronie wykonawcy. Z pisma o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu wynika także, że Zamawiający nie analizował w ogóle przesłanki dotyczącej stopnia niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Argumentacja Zamawiającego podniesiona w toku rozprawy odnosząca się do istotnego stopnia niewykonania bądź nienależytego wykonania umowy jest na tym etapie spóźniona. Podzielić jednak należy przywołane przez Zamawiającego pojęcie „istotności” zdefiniowane w orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3.02.2017r. Sygn. akt KIO 139/17, że po pojęciu istotny, należy rozumieć nie tylko istotny wartościowo lub rzeczowo zakres nienależytego wykonania lub niewykonania, ale także spełnienie przez wykonawcę świadczenia nieodpowiadającego istotnym dla zamawiającego wymaganiom, wynikającym z

umowy a także powtarzające się nagminnie te same wady świadczenia, notoryczne niedochowanie terminów. Jednak, w ocenie Izby w tym postępowaniu Zamawiający nie wykazał, że owa istotność zachodzi. Przywołane w piśmie procesowym Zamawiającego z dnia 29 czerwca 2017r. umowy zawarte przez Odwołującego z Miastem Zabrze lub Zamawiającym, w trakcie realizacji których naliczono wykonawcy kary umowne za niewykonanie lub nienależyte wykonanie usług albo nie zostały rozwiązane przed upływem okresu ich obowiązywania albo zasadność naliczenia kar umownych jest poddana ocenie sądów powszechnych. Kwestie naliczenia kar umownych z tytułu nienależytego wykonania innych umów, wskazanych przez Zamawiającego nie ma znaczenia dla oceny zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp. Ze złożonych jako dowód w sprawie dokumentów uzyskanych w drodze dostępu do informacji publicznej z Zarządu Dróg Miejskich w G. wynika, że na wykonawcę zostały nałożone kary umowne z tytułu nienależytego wykonania umowy, jednak żadna z umów zawartych z Odwołującym nie została rozwiązana przed terminem jej zakończenia. Zauważyć należy, że kary umowne ze swej istoty wynikają z treści samych umów i są one naliczane niezależnie od winy wykonawcy w nienależytym wykonaniu bądź niewykonaniu umowy. Fakt naliczenia kar umownych nie można utożsamiać z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy z

przyczyn leżących po stronie wykonawcy, a tylko takie działania mogłoby stanowić skuteczną przesłankę do zastosowania art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp. Okoliczność naliczenia kar umownych z tytułu realizacji różnych umów, nie może też świadczyć o uporczywym i nagminnym braku wywiązywania się z obowiązków umownych. Przepis art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp odnosi się do niewykonania lub nienależytego wykonania konkretnej danej umowy a nie szeregu innych umów.

Izba uznała także za zasadny zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 a Pzp polegający na zaniechaniu podania przez Zamawiającego powodów, dla których uznał, że dowody przedstawione przez wykonawcę są niewystarczające. Przywołany przepis nakłada na zamawiającego dodatkowy obowiązek informacyjny, zgodnie z którym w sytuacji zastosowania procedury *self cleaning* (art. 24 ust. 8 Pzp), zamawiający zobowiązany jest podać wyjaśnienie powodów, dla których dowody przedstawione przez wykonawcę uznał za niewystarczające. W analizowanym stanie faktycznym, Zamawiający wszczął procedurę *self cleaning* względem Odwołującego i wezwał go do przedłożenia dowodów na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych, kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym nieprawidłowemu postępowaniu

15

wykonawcy. Zgodnie z art. 24 ust. 9 Pzp zamawiający, oceniając złożone przez wykonawcę dowody uwzględnia wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy i w sytuacji, gdy uzna złożone dowody za wystarczające podejmuje decyzję o nie wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby, w rozpatrywanym stanie faktycznym Zamawiający nie sprostął obowiązkowi, wynikającemu z art. 92 ust. 1a Pzp. W przekazanym Odwołującemu piśmie z dnia 30 maja 2017r. informującym o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu, Zamawiający w ogóle nie poddał ocenie dokumenty i wyjaśnienia złożone przez wykonawcę w dniu 16 maja 2017r. w wyniku zastosowania przez Zamawiającego procedury *self cleaning*. Argumentacja w tym zakresie zawarta w piśmie procesowym Zamawiającego z dnia 29 czerwca 2017r oraz z w toku rozprawy jest argumentacją spóźnioną. Obowiązki informacyjne nałożone na zamawiających są przejawem zasady jawności i przejrzystości procedur o zamówienie publiczne, umożliwiają bowiem wykonawcom zapoznanie się z powodami i przesłankami jakimi kierował się zamawiający podejmując decyzje o ich wykluczeniu, odrzuceniu i wyborze oferty najkorzystniejszej. Informacja ta ma także istotne znaczenie dla podjęcia dalszych decyzji wykonawców co do skorzystania ze środków ochrony prawnej i zakresu zaskarżenia decyzji Zamawiających. Nieuzasadnione jest stanowisko Zamawiającego, który stwierdził, że brak odniesienia się w piśmie z dnia 30 maja 2017r. do dowodów złożonych w trybie art. 24 ust. 8 Pzp, wynikał z faktu zastrzeżenia przez Odwołującego tych dowodów jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający mógł bowiem, uznając skuteczność poczynionego przez Odwołującego zastrzeżenia, przekazać pełną informację o powodach, dla których uznał, że dowody przedstawione przez wykonawcę są niewystarczające wyłącznie Odwołującemu ze stosowną klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa”. Wówczas Odwołujący miałby pełną jasność co do oceny złożonych przez niego dowodów i mógłby skutecznie podjąć ewentualną polemikę z Zamawiającym. Tymczasem z pisma informującego o wykluczeniu nie wynika, aby Zamawiający podjął jakąkolwiek próbę oceny złożonych przez Odwołującego dowodów. Zamawiający wskazuje w tym piśmie jedynie, że oświadczenie wykonawcy złożone w JEDZ należało zweryfikować w maksymalnie szerokim zakresie przez wezwanie wykonawcy do przedstawienia wszelkich dowodów przemawiających za jego stanowiskiem, co Zamawiający uczynił. Wykonawca złożył pismo wraz z załącznikami, które zostało opatrzone klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa” i Zamawiający uznał, że część z przedłożonych dokumentów stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Poza stwierdzeniem tych faktów, Zamawiający nie odnosi się w treści pisma do złożonych dowodów, wskazując, że „bezpośrednią przesłanką do stwierdzenia, że wykonawca podlega wykluczeniu z niniejszego postępowania jest udzielona przez Miasto R. odpowiedź”. Oznacza to, że procedura *self cleaningu*, przeprowadzona przez Zamawiającego miała jedynie charakter pozorny.

16

W ocenie Izby stwierdzenie naruszenia art. 92 ust. 1 a Pzp stanowi samodzielną przesłankę do uwzględnienia odwołania.

Izba nie stwierdziła natomiast naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i pkt 17 Pzp polegającego na zaniechaniu wykluczenia wykonawcy O. z udziału w postępowaniu z uwagi na brak podania przez tego wykonawcę w dokumencie JEDZ, iż w dniu 25 lipca 2014r. Zamawiający - Miejski Zarząd Ulic i Mostów w T. rozwiązał z tym wykonawcą umowę z powodu braku realizacji zamówienia w terminie. Izba dopuściła jako dowody w sprawie złożone przez Odwołującego: pismo Miejskiego Zarządu Ulic i Mostów w T. z dnia 27.12.2016r oraz pismo z dnia 25.07.2014 r. o rozwiązaniu umowy z wykonawcą O.. Z dowodów tych wynika, że w Miejski Zarząd Ulic i Mostów w T. zawarł w dniu 17 marca 2014r. umowę z wykonawcą O., która została rozwiązana w dniu 25 lipca 2014r. z powodu „braku realizacji zamówienia (zlecenia) w terminie określonym przez Zamawiającego”. Fakt rozwiązania umowy z wykonawcą O. nie budzi zatem żadnych wątpliwości, z dokumentów tych nie wynika natomiast w sposób oczywisty, że rozwiązanie umowy nastąpiło w przyczyn leżących po stronie wykonawcy i dotyczyło istotnej części umowy. Z dokumentów tych nie wynika także, że wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego.

Odnosząc się do wskazanych przez Odwołującego przesłanek wykluczenia O., Izba wskazuje, że pierwsza z omawianych przesłanek (art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp) nakazuje wykluczenie wykonawcy, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub tzw. kryteria selekcji. Z punktu widzenia możliwości zastosowania tej przesłanki istotne jest to, że samemu faktowi podania informacji niezgodnych z rzeczywistością musi towarzyszyć zamiar wykonawcy, a jego wykazanie obciąża zamawiającego, podejmującego decyzję o wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu. W analizowanym stanie faktycznym wykazanie istnienia tej przesłanki, w tym w szczególności zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa na skutek którego doszło do wprowadzenia w błąd zamawiającego, zgodnie z art. 6kc, spoczywa na Odwołującym, który z takiego twierdzenia wywodzi korzystne dla siebie skutki prawne. W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, że brak podania przez wykonawcę O. w dokumencie JEDZ informacji o rozwiązaniu umowy przez Miejski Zarząd Ulic i Mostów w T. nastąpiło na skutek zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa tego wykonawcy. Stąd zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy O. jest zupełnie nieuzasadniony.

Z kolei, zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp zamawiający wyklucza wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności (jest świadomy, że może podawać informacje nieprawdziwe, ale bezpodstawnie sądzi, że do tego jednak nie dojdzie) lub niedbalstwa (podaje nieprawdziwe

17

informacje nie zdając sobie z tego sprawy) przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W tym zakresie również nie przeprowadzono żadnego dowodu wykazującego, że działanie wykonawcy było lekkomyślne lub niedbałe.

Izba wzięła pod uwagę okoliczność, że wiedzę o braku podania w dokumencie JEDZ, złożonym przez O. informacji o rozwiązaniu umowy przez Miejski Zarząd Ulic i Mostów w T., Zamawiający powziął z treści złożonego odwołania. Zatem bez uprzednich wyjaśnień ze strony wykonawcy O. nie można jednoznacznie stwierdzić, że działanie wykonawcy było zawinione, lekkomyślne czy niedbałe. Zasadnym jest stanowisko Zamawiającego, aby zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców, kwestię przyczyn i okoliczności rozwiązania umowy przez MZUiM w T. wyjaśnić z wykonawcą O.. Wskazać należy także, że zgodnie z art. 24 ust. 8 Pzp wobec wykonawcy, który podlega wykluczeniu na podstawie ust. 1 pkt 16-20, należy zastosować procedurę *self cleanig* i umożliwić takiemu wykonawcy złożenie dowodów na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające dla wykazania jego rzetelności (...). Dopiero po udzieleniu wyjaśnień przez wykonawcę o powodach i okolicznościach rozwiązania umowy oraz braku podania w dokumencie JEDZ informacji w tym zakresie oraz po ewentualnej negatywnej ocenie dowodów złożonych w trybie art. 24 ust. 8 Pzp, Zamawiający będzie mógł podjąć decyzję o wykluczeniu O. z udziału w postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....