WYROK
z dnia 21 sierpnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff
Członkowie: Małgorzata Rakowska
Marek Szafraniec

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **20 sierpnia 2015 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **12 sierpnia 2015 r.** przez wykonawcę **CZ. P.B. P. „Przemysłówka" S.A., ul. Pułaskiego 25, 42 - 200 Częstochowska** w prowadzonym przez postępowaniu **Gminę** Świerklany, **ul.** Świerklańska **54, 44 – 264 Jankowice**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Budowlane DOMBUD S.A., ul. Drzymały 15, 40-059 Katowice** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **CZ. P.B. P. „Przemysłówka" S.A., ul. Pułaskiego 25, 42 - 200 Częstochowska** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **CZ. P.B. P.**

„Przemysłówka" S.A., ul. Pułaskiego 25, 42 - 200 Częstochowska tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od wykonawcy **CZ. P.B. P. „Przemysłówka" S.A, ul. Pułaskiego 25, 42 - 200 Częstochowska** na rzecz **Gminy** Świerklany, **ul.** Świerklańska **54, 44 – 264 Jankowice** kwotę **4 348 zł 41 gr** (słownie: cztery tysiące trzysta czterdzieści osiem złotych czterdzieści jeden groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 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 Gliwicach.**

Przewodniczący:

……

Członkowie:

……

……

Sygn. akt: KIO 1726/15

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu ograniczonego na: *„Ukończenie budowy budynku użyteczności publicznej na potrzeby Urzędu Gminy* Świerklany *oraz niektórych jednostek organizacyjnych Gminy wraz z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na użytkowanie",* zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 159774 - 2015, data zamieszczenia 30.06.2014 r., przez Gminę Świerklany, ul. Świerklańska 54, 44 - 264 Jankowice zwaną dalej: *„Zamawiającym".*

W dniu 07.08.2015 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wynikach spełniania warunków udziału w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego oraz zaproszeniu do II etapu postępowania, tj. składnia ofert jedynie: Przedsiębiorstwo Budowlane DOMBUD S.A., ul. Drzymały 15, 40-059 Katowice zwane dalej: *„Przedsiębiorstwo Budowlane DOMBUD S.A."* albo *„Przystępującym".* Poinformował także o wykluczeniu CZ. P.B. P. „Przemysłówka" S.A., ul. Pułaskiego 25, 42 - 200 Częstochowska zwane dalej: *„Przedsiębiorstwo Budowlane DOMBUD S.A."* albo *„Odwołującym"* załączając dowody na potwierdzenie zasadności swojego działania w tym zakresie.

W dniu 12.08.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) CZ.P.B.P. „Przemysłówka" S.A. wniosło odwołanie na w/w czynności dotyczące jego wniosku. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 12.08.2015 r. (e-mailem).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:
1) art. 24 ust. 2a zd. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: *„Pzp"* poprzez jego błędną wykładnię i w konsekwencji błędne zastosowanie w postępowaniu przy braku spełnienia przesłanek do wykluczenia Odwołującego;
2) art. 24 ust. 2a zd. 2 Pzp poprzez jego niezastosowanie i nie wezwanie Odwołującego do złożenia oświadczenia, czy podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości;
3) art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez nie wskazanie jakich warunków udziału nie spełnia Odwołujący;
4) art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

---

5) art. 7 ust. 3 Pzp, poprzez nie dokonanie wyboru wykonawcy zgodnie z przepisami Pzp.

Odwołujący wnosił o:
1) unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2a Pzp;
2) uznanie, iż odmowa przez Odwołującego zawarcia umowy z Wojewódzkim Szpitalem Specjalistycznym nr 5 im. Św. Barbary w Sosnowcu w okolicznościach sprawy nie stanowi w sposób zawiniony poważnego naruszenia obowiązków zawodowych;
3) z ostrożności, gdyby jednak Izba nie uznała jak pkt 2, nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego do wyjaśnień w oparciu o art. 24 ust. 2a zd. 2 Pzp;
4) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z udziałem wniosku Odwołującego ;
5) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Zamawiający w pkt IV.4. 16) Ogłoszenia o zamówieniu zastrzegł, ze:
I. Zgodnie z art. 24 ust. 2a Pzp Zamawiający wykluczy z postępowania o udzielenie zamówienia Wykonawcę, który w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności, gdy:
a) Wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie,
b) Wykonawca uchylił się od zawarcia umowy z Zamawiającym Gmina Świerklany bądź z innym Zamawiającym w rozumieniu art. 2 pkt 12 Pzp,
c) Zamawiający - Gmina Świerklany; bądź inny zamawiający odstąpił od umowy z Wykonawcą,
- co Zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych, jeżeli Zamawiający przewidział taką możliwość wykluczenia wykonawcy w ogłoszeniu

o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia łub w zaproszeniu do negocjacji. Zamawiający nie wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia Wykonawcy który udowodni, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które maja zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał sie do ich naprawienia.

W piśmie z 07.08.2015 r., Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach spełniania warunków udziału w postępowaniu. Z pisma tego wynikało, iż Zamawiający wyklucza Odwołującego z powodu niespełniania warunków udziału w postępowaniu oraz w uzasadnieniu, iż wyklucza z postępowania Odwołującego na podstawie art. 24 ust 2a zd. 1 Pzp. W piśmie tym Zamawiający nie wskazał jakich warunków udziału w Postępowaniu nie spełnia Odwołujący. Natomiast wskazał, iż w jego ocenie udowodnił, iż Odwołujący

uchylając się od zawarcia umowy w postępowaniu pn.: Kompleksowa modernizacja oddziałów łóżkowych celem dostosowania pomieszczeń do obowiązujących przepisów i standardów w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym nr 5 im. św. Barbary w Sosnowcu - w ramach nadbudowy i przebudowy łącznika A1; rozbudowa oddziału rehabilitacji wraz z dobudową dwóch wind zewnętrznych na ścianie bloku łóżkowego (ogłoszenie o zamówieniu nr 2013/S 089-151095, nr sprawy: 54/PNE/DOT2013), poważnie naruszył obowiązki zawodowe. Jako uzasadnienie wskazał Ogłoszenie wyników postępowania z 07.10.2013 r., zawiadomienie o unieważnieniu postępowania z 29.10.2013 r. oraz pismo WSS nr 5 z 31.07.2015 r., które stanowią załączniki do pisma Zamawiającego z 07.08.2015. Ponadto wskazał, iż możliwość wykluczenia Wykonawcy na mocy art. 24 ust. 2a Pzp Zamawiający przewidział w pkt. IV.4.16) I. Ogłoszenia o zamówieniu nr 159774-2015. Nie zawarcie umowy dotyczyło postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jw. prowadzonego przez zamawiającego w rozumieniu art. 2 ust. 12 Pzp: Wojewódzki Szpital Specjalistyczny nr 5 im. Św. Barbary w Sosnowcu, zwany dalej *„innym zamawiającym”* w dniu 18.10.2013 r., tj. w terminie 3 lat przed wszczęciem niniejszego postępowania. Gmina Świerklany jako Zamawiający wykluczając Odwołującego z postępowania dokonała naruszenia prawa materialnego w postaci błędnego zastosowania i błędnej wykładni art. 24 ust. 2a Pzp zd. 1, a także niezastosowania art. 24 ust. 2a Pzp zd. 2. Ponadto Zamawiający poczynił ustalenia niezgodne ze stanem faktycznym, w których oparł się jedynie na stanowisku innego zamawiającego, co doprowadziło do nieudowodnienia zawinionego uchylenia się od zawarcia umowy przez Odwołującego. Zamawiający nie podjął jakichkolwiek czynności, które miałyby na celu zapoznanie się ze stanowiskiem Odwołującego w sprawie rzekomego poważnego naruszenia obowiązków zawodowych. Odwołujący podnosił, iż odmowy zawarcia umowy z innym zamawiającym, w żadnym wypadku nie można uznać za bezpodstawną, powody nie zawarcia umowy zostały przedstawione innemu zamawiającemu w przesłanym mu piśmie. W dniu 18.10.2013 r. Odwołujący wysłał pismo (znak: 836/136/DO/2013), w którym poinformował innego zamawiającego o odstąpieniu od zawarcia umowy. Powodem tej odmowy był brak możliwości wykonania zamówienia w terminie umownym, tj. do 31.12.2014 r. Niemożność dochowania terminu wynikała z faktu, iż inny zamawiający na planowany dzień zawarcia umowy nie posiadał spójnej koncepcji przeniesienia urządzeń stacji transformatorowo - rozdzielczych ST-1 i ST-2, na czas wykonywania fundamentów części wysokiej dobudowy oraz nadbudowy łącznika A1, co wynikło przed podpisaniem umowy podczas wizji lokalnej z udziałem przedstawicieli szpitala, projektanta i wykonawcy. Ponadto według opinii projektantów, uczestniczących w wizji lokalnej, uzgodniona dokumentacja zezwalająca na dokonanie przeniesienia stacji transformatorowo - rozdzielczych mogła być gotowa dopiero w styczniu 2014 r., a zakończenie zadania było ustalone na 31.12.2014 r. Odwołujący

odmówił zawarcia umowy. Przedstawiona argumentacja niewątpliwie podkreśla, że niezawarcie umowy nie było z jego strony bezpodstawne.

Art. 24 ust. 4a Pzp zd. 1 stanowi, że zamawiający wyklucza z postępowanie o udzielenie zamówienia wykonawcę, który w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności, gdy

wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych, jeżeli zamawiający przewidział taką możliwość wykluczenia wykonawcy w ogłoszeniu o zamówieniu, w SIWZ lub w zaproszeniu do negocjacji. *"Zamierzone działanie"* wykonawcy w rozumieniu tego przepisu należy identyfikować z winą umyślną. Natomiast *„rażące niedbalstwo"* to postać winy nieumyślnej. Trzeba podkreślić, że omawiany przepis jest rygorystyczną konstrukcją prawną, która powinna być stosowana z dużą dozą ostrożności i indywidualnie w każdym stanie faktycznym sprawy.

Aby uznać, że zachodzi okoliczność uprawniająca do wykluczenia z postępowania, Zamawiający powinien zatem wykazać, że odmowa podpisania umowy z innym zamawiającym wynikała z winy umyślnej lub rażącego niedbalstwa podmiotu stającego do przetargu. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, przy ocenie, czy wykonawcy można zarzucić winę umyślną lub rażące niedbalstwo, należy wziąć pod uwagę zarówno profesjonalny charakter wykonywanych przez niego czynności, typ stosunków łączących strony, jak też konkretne okoliczności (M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych - komentarz, LEX, W-wa 2014). Tymczasem Zamawiający nie udowodnił Odwołującemu ani winy umyślnej ani rażącego niedbalstwa. Odwołujący został wykluczony z przedmiotowego postępowania jedynie na podstawie wyjaśnień innego zamawiającego, w których ten ostatni wskazał, że odstąpiono od zawarcia umowy bez podania faktycznych przyczyn dokonania takiej czynności prawnej.

Odwołującemu zarzucono, że przez uchylenie się od zawarcia umowy poważnie naruszył obowiązki zawodowe, podczas gdy uchylenie od zawarcia umowy nie stanowiło poważnego naruszenia obowiązków zawodowych a po stronie wykonawcy nie zaistniała wina. Tym samym należy uznać, że Zamawiający nie przeanalizował wszystkich dostępnych środków dowodowych i podjął decyzję bez przeprowadzenia jakiegokolwiek postępowania wyjaśniającego, na podstawie swoich subiektywnych przekonań.

Zamawiający zastrzegł w ogłoszeniu o zamówienie, że zgodnie z art. 24 ust 2a Pzp wykluczy z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, a w szczególności uchylił się od zawarcia umowy z innym zamawiającym w rozumieniu art. 2 pkt 12 Pzp Trzeba podkreślić, że Zamawiający nie ma swobodnej możliwości kształtowania

podstaw, w wyniku których wykonawca miałby zostać wykluczony z przetargu. Koniecznie jest spełnienie podstawowych przesłanek przewidzianych w omawianym przepisie: przede wszystkim poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, zawinienia, bezpodstawności uchylenia się od zawarcia umowy. Nawiązując do wyroku KIO z 03.02.2015 r., sygn. akt KIO 142/15: *"tylko przesłanka ustawowa stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie przepisu art. 24 ust 2a p.z.p, nie zaś inna, wykreowana samodzielnie przez zamawiającego w szczególności poprzez modyfikację przesłanki ustawowej".*

Trzeba wskazać, że *"uchylenia się od zawarcia umowy"* nie można identyfikować z każdą odmową zawarcia umowy. Zdaniem Odwołującego, aby uznać, iż Zamawiający udowodnił, że wykonawca poważnie naruszył obowiązki zawodowe, konieczne jest udowodnienie winy umyślnej lub nieumyślnej w postaci rażącego niedbalstwa podmiotu stającego do przetargu. Poważne naruszenie obowiązków zawodowych musi być zatem przez wykonawcę zawinione. W niniejszym stanie faktycznym tego stwierdzić nie można, gdyż wykonawca właśnie postępując jako firma profesjonalną, po powzięciu informacji, która nie była znana przed złożeniem oferty musiał przeanalizować czy jest w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie na warunkach umowy i gdy ocena ta była negatywna nie mógł podjąć się wykonania świadczenia.

Chcąc zinterpretować pojęcie *"zawinienia"* należy odwołać się do przepisów prawa cywilnego. Podstawowym elementem winy jest bezprawność postępowania. Ma ona wpływ zarówno na określenie winy umyślnej jak i nieumyślnej, która stanowi o subiektywnym elemencie przypisywanym omawianemu pojęciu. Jeżeli danemu postępowaniu nie można przypisać bezprawności, nie zaistnieje ani umyślna ani nieumyślna postaci winy.

Ciężar wykazania, że wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania spoczywa na Zamawiającym. Gmina Świerklany w żaden sposób nie udowodniła, że zachodzą istotne

przesłanki, które umożliwiałyby zastosowanie art. 24 ust. 2a zd. 1 Pzp. W piśmie z dnia 07.08.2015 r. Zamawiający wskazał jedynie, że zwrócił się do innego zamawiającego o udzielenie pisemnej informacji, czy wykonawca podał przyczynę uchylenia się od zawarcia umowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W związku z tym Odwołujący podnosi, że decyzja Zamawiającego o wykluczeniu została podjęta bezpodstawnie i bez przeprowadzenia jakiegokolwiek postępowania wyjaśniającego. . Wykonawca tymczasem musi znać wszystkie przyczyny i pełną argumentację uzasadniającą podjętą przez zamawiającego decyzję (Wyrok KIO z 09.02.2015 r., sygn. akt KIO 145/15).

To, że Zamawiający jest w stanie wykazać podstawy wykluczenia wykonawcy za pomocą dowolnych środków dowodowych, nie oznacza w żadnym wypadku dowolności dowodzenia poważnego naruszenia obowiązków zawodowych. Należy zatem uznać, że

Zamawiający bezpodstawnie podnosi, iż udowodnił, że Odwołujący uchylając się od zawarcia umowy poważnie naruszył obowiązki zawodowe. Nawiązując do orzecznictwa, "ciężar *dowodu obciąża zamawiającego, a w ramach tego obowiązku zamawiający jest zobligowany przedstawić wykonawcy wszelkie dostępne* środki *dowodowe, które w ocenie zamawiającego potwierdzają podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Brak zaprezentowania dowodów przez zamawiającego stanowi naruszenie prawa wykonawcy do informacji, statuowanego zasadą przejrzystości postępowania. (Wyrok KIO z dnia 09 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 145/15)".*

Istotne jest także, iż wykluczenie wykonawcy z postępowania jest możliwe w przypadku, gdy wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia została wyrządzona szkoda, na co pośrednio wskazuje brzmienie przepisu art. 24 ust. 2a zd. 2 Pzp. W postępowaniu, w którym zamawiającym był Wojewódzki Szpitala Specjalistyczny nr 5 im. św. Barbary w Sosnowcu po stronie tego podmiotu szkoda nie wystąpiła. Trzeba nawet stwierdzić, iż uczciwe postępowanie Odwołującego polegające na nieprzystąpieniu do robót budowlanych i poinformowaniu o konieczności sporządzenia dokumentacji projektowej, której nie posiadał Zamawiający, celem przeniesienia stacji transformatorowo - rozdzielczych spowodowane było realną, uczciwą oceną możliwości wykonania zamówienia. Zgodnie z art. 24 ust. 2a Pzp zd.2 Zamawiający nie wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, który udowodni, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości lub naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia. Z ostrożności należy podnieść, iż nawet uznanie, że niezawarcie umowy przyrzeczonej prowadziło do poważnego naruszenia obowiązków zawodowych (z czym się Odwołujący nie zgadza), implikowało po stronie Zamawiającego obowiązek wezwania do złożenia wyjaśnień. Tymczasem Zamawiający tego nie uczynił, pomimo, że taka okoliczność zgodnie z Pzp przewidział w ogłoszeniu o zamówienie. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, Aleksandra Sołtysińska *„Nowe tendencje w zakresie podstaw wykluczenia wykonawców - stosowanie zasady proporcjonalności": „Wykonawca, który podlega wykluczeniu ze względu na zaistnienie jednej lub kilku przesłanek odnoszących się do jego wiarygodności i cech zawodowych, może przedstawić instytucji zamawiającej dowody wykazujące „poprawę Idea self-cleaning zakłada, że wykonawca może odzyskać uprawnienie do uczestnictwa w przetargu, dowodząc instytucji zamawiającej, że podjął* środki *skutecznie gwarantujące wyeliminowanie na przyszłość działań będących podstawą wykluczenia. Ustawodawca unijny proponuje, by wykonawca miał możliwość udowodnienia, że zrekompensował wszelkie szkody spowodowane przestępstwem lub wykroczeniem, wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności przez aktywną współpracę z organami* śledczymi *i podjął konkretne* środki *techniczne,*

organizacyjne i kadrowe odpowiednie w celu zapobiegania dalszym przestępstwom lub wykroczeniom. Koncepcja self-cleaning nie zakłada kwestionowania podstaw wykluczenia, lecz pozwala wykonawcy na udowodnienie, że mimo ich zaistnienia podjęte przez niego działania świadczą o jego wiarygodności. *Instytucja self-cleaning z jednej strony opiera się na zasadzie proporcjonalności, a z drugiej nie może naruszać zasady równego traktowania*

wykonawców.”. Odwołujący wskazał, iż zaistniała sytuacja doprowadziła do wielu zmian organizacyjnych w jego przedsiębiorstwie, w tym ukaraniu osób odpowiedzialnych, odsunięciu osób winnych, zwiększeniu nadzoru przy sporządzaniu ofert, a także wprowadzeniu dodatkowych wewnętrznych systemów kontroli.

Reasumując, z przytoczonych okoliczności bez wątpienia wynika, że wobec Odwołującego nie powinna być zastosowana sankcja przewidziana w art. 24 ust. 2a zd. 2 Pzp. Ten rygorystyczny przepis dotyczy wykonawców, którzy w szczególności nie wykonali lub nienależycie wykonali zamówienie z własnej winy lub z powodu rażącego niedbalstwa. Jedynie z ostrożności wskazujmy także , że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie zastosował art. 24 ust. 2a zd. 2 Pzp, nie wzywając Odwołującego do złożenia wyjaśnień i uniemożliwiając tym samym jakąkolwiek replikę na nieuzasadniony zarzut ciężkiego naruszenia obowiązków zawodowych.

Zamawiający w dniu 13.08.2015 r. (e-mailem) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 17.08.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Przedsiębiorstwo Budowlane DOMBUD S.A. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 19.08.2015 r. (e-mailem i faxem, oryginał na posiedzeniu 20.08.2015 r.) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu. Z rozstrzygnięciem Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący, podnosząc szereg zarzutów, z których na czoło wysuwają się następujące:

- zamawiający nie wystosował do odwołującego wezwania zawierającego żądanie udowodnią, że skarżący podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia,
- zamawiający nie wskazał, jakie warunki udziału nie zostały spełnione przez odwołującego,

- zamawiający nie dołożył należytej staranności w zakresie inicjatywy dowodowej zmierzającej do wykazania przesłanki z art. 24 ust. 2a Pzp. Na kanwie tych zarzutów odwołujący zbudował pięć uchybień prawnych, wyeksponowanych w akapicie drugim na stronie 2 odwołania z 12.08.2015 r. Zamawiający oświadczył, że nie podziela żadnego z tych zarzutów. W tym stanie rzeczy zamawiający przywołuje następującą argumentację. Należy zgodzić się z twierdzeniem, że dorobek orzeczniczy Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie dotyczącym art. 24 ust. 2a Pzp nie jest jeszcze nadmiernie rozbudowany, tym niemniej z już dotychczasowych orzeczeń wynika, że zamiarem ustawodawcy było stworzenie bariery prawnej dla wykonawców, nie posiadających wystarczającej wiarygodności do uczestniczenia w grze rynkowej o uzyskanie zleceń z sektora zamówień publicznych z uwagi na naruszenie przez nich obowiązków zawodowych. Dokonując rozbioru przepisu art. 24 ust. 2a Pzp na czynniki pierwsze wskazuje się, że zamawiający tylko wtedy może wykluczyć oferenta, jeśli łącznie spełnione są następujące warunki:
- trzyletni okres wstecz przed wszczęciem danego postępowania, w którym doszło do naruszenia obowiązków zawodowych,
- zawinione w stopniu poważnym naruszenie obowiązków zawodowych przez wykonawcę (przykładowo niewykonanie/nienależyte wykonanie zamówienia),
- zdolność zamawiającego do wykazania, za pomocą dowolnych środków dowodowych, zawinionego w stopniu poważnym naruszenia obowiązków zawodowych przez wykonawcę we wskazanym okresie (KIO w wyroku z 03.02.2015 r., sygn. akt: KIO 142/15),
- możliwość wykluczenia wykonawcy z postępowania przetargowego z przyczyny wskazanej w art. 24 ust. 2a Pzp została przewidziana w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia albo w SIWZ. Elementem bezspornym pozostaje (a przynajmniej nie zostało to zakwestionowane w odwołaniu), że zamawiający przewidział w SIWZ przesłankę do wykluczenia z art. 24 ust. 2a Pzp. Bez zbędnych rozważań podkreśla się, że ostatni warunek został zachowany. Nie powinno budzić wątpliwości, że czasokres badania materializacji przesłanki z art. 24 ust. 2a

Pzp nie przekroczył cezury czasowej wymaganej ustawą. Należy zważyć, że ogłoszenie o wynikach postępowania w przedmiocie *„Kompleksowa modernizacja oddziałów łóżkowych celem dostosowania pomieszczeń do obowiązujących przepisów i standardów w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym nr 5 im.* św. *Barbary w Sosnowcu - w ramach nadbudowy i przebudowy łącznika A1, rozbudowa oddziału rehabilitacji wraz z dobudową dwóch wind zewnętrznych na* ścianie *bloku łóżkowego"* zostało zamieszczone w dniu 7 października 2013 r., zaś zawiadomienie o unieważnieniu postępowania zostało opublikowane w dniu 29 października 2013 r., zaś ogłoszenie o wszczęciu postępowania przetargowego w przedmiocie *„Ukończenie budowy budynku użyteczności publicznej na potrzeby Urzędu Gminy* Świerklany *oraz niektórych innych jednostek organizacyjnych*

Gminy wraz z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na użytkowanie" zostało upublicznione w dniu 30.06.2015 r.

Z osnowy odwołania wynika, że skarżący przede wszystkim upatruje niedostatków w motywacji stanowiska Zamawiającego z 07.08.2015 r. co do braku realizacji drugiej i trzeciej przesłanki. Podejmując polemikę ze stanowiskiem skarżącego należy podkreślić, że zwrot *„zawinione w stopniu poważnym naruszenie obowiązków zawodowych przez wykonawcę"* zawiera pojęcia niedookreślone, wieloznaczne, ocenne. Z tego powodu metoda wykładni literalnej jest zawodna i trzeba stosować inne metody wykładni, w tym wykładnię celowościową i historyczną.

Korzystając z tych wskazówek zamawiający przedstawił:

1) założenia ustawodawcy, jakie legły u podstaw wprowadzenia do obrotu prawnego art. 24 ust. 2a Pzp, z jednoczesnym usunięciem przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp i art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp (na podstawie ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych, Dz. U. z 2014 r., poz. 1232),

2) trendy orzecznicze, wskazujące na sposób rozumienia zwrotu *„zawinione, poważne naruszenie obowiązków zawodowych",*

3) ujęcie prawno-porównawcze, odwołujące się do ustawodawstwa europejskiego.

W projekcie ustawy z 10.07.2013 r. (druk sejmowy nr Vll. 1653) o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych m.in. czytamy, że *„(...) Przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a został wprowadzony do ustawy PZP nowelizacją z dnia 25 lutego 2011 r. Zgodnie z ww. przepisem, zamawiający jest zobowiązany do wykluczenia wykonawców, z którymi ten zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, jeżeli rozwiązanie (wypowiedzenie, odstąpienie) nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy. Wprowadzenie tego przepisu, zgodnie z uzasadnieniem w druku sejmowym nr 3677 z dnia 1 grudnia 2010 r. było podyktowane tym, że "niewykonanie zamówienia publicznego przez wykonawcę albo nienależyte jego wykonanie prowadzące do rozwiązania umowy bez uzyskania przez zamawiającego zakładanego* świadczenia, *tj. realizacji zamówienia publicznego zgodnie z umową zawartą po przeprowadzeniu postępowania w sprawie jego udzielenia, stanowi poważne naruszenie obowiązków wykonawcy wobec zamawiającego".*

Przepis był szeroko krytykowany przez środowiska związane z systemem zamówień publicznych. Przede wszystkim, zarzucano mu sprzeczność z prawem Unii Europejskiej, tj. art. 45 ust. 2 lit. d dyrektywy 2004/18/WE (tzw. dyrektywa klasyczna). Nie sposób bowiem uznać, że w każdym przypadku przyczyny wypowiedzenia umowy oznaczają że wykonawca *"jest winny poważnego wykroczenia zawodowego".* ETS w wyroku z dnia 13 grudnia 2012 r.

w sprawie C-465/11 Forposta orzekł, że przepis dyrektywy 2004/18/WE (tzw. dyrektywa klasyczna) nie pozwala na automatyczne wykluczanie z powodów przewidzianych w art. 24 ust.1 pkt 1a Pzp. ETS podkreślił przy tym, że *"uregulowania będące przedmiotem postępowania głównego nie ograniczają się do wytyczenia ogólnych ram stosowania art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18/WE (tzw. dyrektywa klasyczna), lecz nakładają w tym względzie na instytucje zamawiające wiążące warunki i konieczność automatycznego wyciągnięcia konsekwencji z określonych okoliczności, przekraczając tym*

samym zakres uznania, który przysługuje państwom członkowskim na mocy art. 45 ust. 2 akapit drugi omawianej dyrektywy2004/18/WE (tzw. dyrektywa klasyczna) w zakresie określania szczegółowych zasad stosowania podstawy wykluczenia przewidzianej w art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d), przy poszanowaniu prawa Unii". Dodatkowo ETS wskazał, że Artykuł 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18 upoważnia instytucje zamawiające do udowodnienia dowolnymi środkami wykroczenia zawodowego. Ponadto w odróżnieniu od art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lik c), prawomocny wyrok nie jest wymagalny do stwierdzenia wykroczenia zawodowego rozumieniu przepisu art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d).

Na niezgodność przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp z prawem unijnym zwrócił uwagę także SO w Warszawie w wyroku z 29.10.2012 r., sygn. akt: V Ca 2015/12. Sąd Okręgowy rozpatrywał odwołanie od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej dotyczącego wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp. Sąd Okręgowy podniósł, że użyte w dyrektywie pojęcie "poważnego wykroczenia zawodowego" trzeba wiązać z brakiem oczekiwanego profesjonalizmu, nie zaś z niesolidnością kontrahenta. Co więcej, wykroczenie powinno być zawinione. To zmusza do wykładni zawężającej przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp.

W świetle powyższego, przepis art. 24 ust. 1 pkt 1 a jest przepisem, który w szerokim zakresie pozwala zamawiającym na zachowania (tj. wykluczanie wykonawców) sprzeczne z prawem Unii Europejskiej.

Proponowana zmiana polega na zawężeniu wykluczenia tylko do przypadków, gdy zakończenie współpracy przy wykonywaniu zamówienia było spowodowane niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia "z winy umyślnej" lub wskutek "rażącego niedbalstwa" wykonawcy. Dzięki proponowanej zmianie, wykluczeniu podlegaliby tyko wykonawcy, którzy dopuścili się działań cechujących się co najmniej rażącym niedbalstwem. Z rażącym niedbalstwem mamy do czynienia, w sytuacji gdy wykonawca nie zachowuje podstawowych standardów przewidzianych dla danej branży. Za rażące niedbalstwo częstokroć uznaje się zachowanie graniczące z działaniem umyślnym. W wyroku SN z 10.03.2004 r., sygn. akt: IV CK 151/03, wskazano, że: *„przez rażące niedbalstwo rozumie się niezachowanie minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji. W ten sposób proponowany przepis lepiej niż obowiązujący będzie*

wpisywał się w system prawa polskiego. Weryfikacja zasadności wykluczenie dokonywana byłaby w postępowaniu wszczętym wskutek odwołania od wykluczenia wykonawcy - art. 180 ust. 1 i 2 PZP (...)".

Wychodząc z założenia o racjonalności ustawodawcy wykładnia art. 24 ust. 2a Pzp zmierza więc w tym kierunku zdefiniowania podstawy do wykluczenia wykonawcy, który w sposób poważny naruszył obowiązki zawodowe, jako podmiotu, któremu można przypisać brak profesjonalizmu, a nie tylko niesolidność w realizacji przedmiotu zamówienia.

Przenosząc te rozważania na grunt niniejszej sprawy zamawiający akcentuje, że skarżący był podmiotem uczestniczącym w postępowaniu przetargowym (prowadzonym w formule przetargu nieograniczonego) polegającego na wyłonieniu wykonawcy zadania pn.: *Kompleksowa modernizacja oddziałów łóżkowych celem dostosowania pomieszczeń do obowiązujących przepisów i standardów w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym nr 5 im.* Św. *Barbary w Sosnowcu - w ramach nadbudowy i przebudowy łącznika A1, rozbudowa oddziału rehabilitacji wraz z dobudową dwóch wind zewnętrznych na* ścianie *bloku łóżkowego".* Korzystając z art. 82 ust. 3 Pzp mówiącego o tym, że treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (w tym co do opisu przedmiot zamówienia) zamawiający wywodzi, że skarżący, w chwili składania oferty znał wszystkie niuanse związane z realizacją przedmiotu w/w zadania, a następnie posiadając w ten sposób zdobytą wiedzę podjął decyzję o odmowie zawarcia umowy przetargowej, czyli de facto uchylił się od zawarcia umowy.

Udział w wyżej opisanym postępowaniu przetargowym skarżącego był możliwy dzięki spełnieniu dwóch podstawowych wymogów:
1) wykonawca składa wraz z ofertą oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli zamawiający żąda dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków, również te dokumenty (art. 44 Pzp),
2) zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie (art. 140 Pzp).

Nie dość tego. Mianowicie, SIWZ dla zadania pn.: *Kompleksowa modernizacja oddziałów łóżkowych celem dostosowania pomieszczeń do obowiązujących przepisów i standardów w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym nr 5 im.* św. *Barbary w Sosnowcu - w ramach nadbudowy i przebudowy łącznika A1, rozbudowa oddziału rehabilitacji wraz z dobudową dwóch wind zewnętrznych na* ścianie *bloku łóżkowego"* w rozdziale II zawierała wzór formularza cenowego, gdzie potencjalny wykonawca był zobowiązany złożyć oświadczenie, że uzyskał on informacje niezbędne do przygotowania oferty i właściwego wykonania zamówienia oraz zapoznał się z SIWZ oraz wzorami umów stanowiących załącznik nr 2 do SIWZ w związku z czyn nie wnosi zastrzeżeń i wyraża gotowość do przystąpienia do zgodnej z nimi realizacji przedmiotu zamówienia. Załącznik kolejny, tj. wzór

oświadczenia wykonawcy o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu także nie pozostawiał złudzeń co do tego, że potencjalny wykonawca powinien posiadać wystarczającą wiedzę i doświadczenie oraz odpowiednim potencjałem technicznym oraz wykwalifikowanym personelem do realizacji przedmiotu zamówienia. /Dowód: SIWZ dla zadania pn.: *Kompleksowa modernizacja oddziałów łóżkowych celem dostosowania pomieszczeń do obowiązujących przepisów i standardów w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym nr 5 im.* św. *Barbary w Sosnowcu - w ramach nadbudowy i przebudowy łącznika A1, rozbudowa oddziału rehabilitacji wraz z dobudową dwóch wind zewnętrznych na* ścianie *bloku łóżkowego" wraz z załącznikami./*

Zamawiający podnosi, że inny zamawiający - w wyniku uwzględnienia wniosków tak oczekiwań skarżącego, jak i drugiego wykonawcy, biorącego udział w w/w postępowaniu przetargowym - aż pięciokrotnie zmieniał (przedłużał) termin związania ofertą. /Dowód: zawiadomienia o zmianie terminu składania i otwarcia ofert./

Konfrontując te wymagania z innego postępowania z zachowaniem skarżącego, który najpierw złożył ofertę, a potem odmówił podpisania umowy przetargowej (na wezwanie innego zamawiającego) tłumacząc się w taki sposób, że zamawiający odniósł wrażenie, że powodem odmowy podpisania umowy było nieprofesjonalne zachowanie wykonawcy, polegającego na braku właściwej kalkulacji ryzyk prawnych, ekonomicznych, projektowych i warunków terenowych oraz stosując miernik staranności z art. 355 § 2 k.c. wobec Odwołującego Zamawiający uznał, że w istocie mamy do czynienia z poważnym naruszeniem obowiązków zawodowych.

Stwierdzenie, że wykonawca dopuścił się poważnego naruszenia obowiązków zawodowych nie wymaga potwierdzenia w drodze prawomocnego orzeczenia sądowego czy też decyzji właściwego dla wykonawcy organu dyscyplinarnego. Tu zamawiający popiera stanowisko KIO, zawarte w wyroku z 09.02.2015 r. sygn. akt: KIO 145/15 (z powołaniem m.in. dyrektywy nr 2004/18/WE w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi).

Dalej, miarą tego, czy odmowa podpisania umowy ma charakter naruszenia przeciętnego, czy też poważnego, jest ocena, czy przepisy prawa, w tym ustawa - Prawo zamówień publicznych, wprowadzają dodatkowe sankcje, które - przynajmniej w założeniu - mają przeciwdziałać niekorzystnej praktyce składania ofert w postępowaniu przetargowym, oraz późniejszego nie zawierania umów przetargowych. Taką sankcję przewiduje wprost art. 46 ust. 5 pkt 1 Pzp, który daje tamę dla tych wykonawców, którzy m.in. nie zawarli umowy na zakontraktowanych warunkach, pomimo wyboru ich oferty. Gdyby nie ta bariera finansowa to nietrudno o konstatację, że wiele oferentów mogłoby bezkarnie i bez żadnej represji prawnej składać oferty, a następnie - w racie wyboru ich oferty - odmawiać ich

zawarcia w różnych względów. Dodał, że przepis art. 46 ust. 5 pkt 1 Pzp ma charakter zobiektywizowany, tj. uwalnia się od pojęcia winy i jej rodzaju, stopnia jej nasilenia.

Skarżący, zgodnie z rozdziałem 8 SIWZ dla zadania pn.: *Kompleksowa modernizacja oddziałów łóżkowych celem dostosowania pomieszczeń do obowiązujących przepisów i standardów w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym nr 5 im.* św. *Barbary w Sosnowcu - w ramach nadbudowy i przebudowy łącznika A1, rozbudowa oddziału rehabilitacji wraz z dobudową dwóch wind zewnętrznych na* ścianie *bloku łóżkowego" wraz z załącznikami,* był zobowiązany wnieść wadium w wysokości 20.000 zł. Dla zamawiającego rzeczą

oczywistą jest, że odwołujący takowe wadium złożył. /Dowód: SIWZ dla w/w zadania./

Warto zastanowić się nad rolą wadium w razie ziszczenia się przesłanek do jego zatrzymania. Wadium jest niczym innym tylko zryczałtowaną formą odszkodowania (dla zamawiającego). Skoro wadium w postępowaniu pn.: *Kompleksowa modernizacja oddziałów łóżkowych celem dostosowania pomieszczeń do obowiązujących przepisów i standardów w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym nr 5 im.* św. *Barbary w Sosnowcu - w ramach nadbudowy i przebudowy łącznika A1, rozbudowa oddziału rehabilitacji wraz z dobudową dwóch wind zewnętrznych na* ścianie *bloku łóżkowego" wraz z załącznikami."* zostało zatrzymane, to odwołujący wyrządził innemu zamawiającemu szkodę w takiej właśnie wysokości. Reasumując, w ocenie Zamawiającego Odwołującemu można przypisać brak profesjonalizmu, co równoznaczne jest z poważnym naruszeniem obowiązków zawodowych.

Wykazanie (przynajmniej w wymiarze częściowym) tej przesłanki pozbawione byłoby jakiejkolwiek doniosłości prawnej, gdyby nie konieczność ustalenia stopnia zawinienia skarżącego. W powołanych orzeczeniach, ale i w przywołanym wcześniej uzasadnieniu projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych akcentuje się potrzebę imputowania wykonawcy winy nieumyślnej w stopniu wykraczającym poza nienależytą staranność (rażące niedbalstwo lub wina umyślna). Nie ma legalnej definicji rażącego niedbalstwa, wszakże w orzecznictwie sądowym powiada się, że przypisanie określonej osobie niedbalstwa uznaje się zaś za uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Przez rażące niedbalstwo rozumie się natomiast niezachowanie minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji. O przypisaniu pewnej osobie winy w tej postaci decyduje więc zachowanie się przez nią w określonej sytuacji w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej (wyrok SN z 10.03.2004 r., sygn. akt: IV CK 151/03).

Ocena należytej staranności ma charakter zobiektywizowany, a w odniesieniu do przedsiębiorcy, dodatkowo uwzględnia zawodowy charakter działalności. Od podmiotu takiego wymaga się posiadania niezbędnej wiedzy fachowej, która obejmuje nie tylko

formalne kwalifikacje, ale również ustalone standardy wymagań. Staranność musi zatem prowadzić do znajomości umów, które się zawiera oraz praw i obowiązków z nich wynikających, gdyż taki miernik dotyczy każdego w ramach staranności ogólnie wymaganej (wyrok SA w Łodzi z 07.05.2015 r., sygn. akt: I ACa 1666/14) Z kolei SA w Szczecinie w wyroku z 26.11.2014 r. sygn. akt: I ACa 770/14 wskazał, że wobec osób prowadzących działalność gospodarczą obowiązuje podwyższony miernik staranności. Jednocześnie dla uznania, że tak określony wymóg został spełniony nie jest wystarczające, że dłużnik zachowuje się odpowiednio do nakazów i zakazów wprost wyartykułowanych w powszechnie obowiązujących normach prawnych. Obowiązki dłużnika wyznaczają stosunki danego rodzaju, innymi słowy indywidualne okoliczności rozpatrywanego przypadku, które stanowią podstawę do ustalenia, jakie w danej sytuacji powinny być przedsięwzięte działania, aby obowiązek należytej staranności został spełniony.

Dla wyznaczenia miernika umyślności skarżącego istotne znaczenie mają następujące fakty: 1) z oświadczenia skarżącego, złożonego w postępowaniu przetargowym dla zadania pn.: *Kompleksowa modernizacja oddziałów łóżkowych celem dostosowania pomieszczeń do obowiązujących przepisów i standardów w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym nr 5 im.* św. *Barbary w Sosnowcu - w ramach nadbudowy i przebudowy łącznika A1, rozbudowa oddziału rehabilitacji wraz z dobudową dwóch wind zewnętrznych na* ścianie *bloku łóżkowego" wraz z załącznikami* niezaprzeczalnie wynika, że w chwili składania oferty posiadał wiedzę o przedmiocie zamówienia, dysponował stosowną wiedzę, doświadczeniem, środkami i personelem umożliwiającym realizację przedmiotu zamówienia,
2) z oświadczenia skarżącego wynika, że spełniał warunki udziału w w/w postępowaniu przetargowym,
3) termin otwarcia ofert w tamtym postępowaniu był pięciokrotnie zmieniany (wskutek uwzględnienia
zastrzeżeń obu wykonawców, w tym skarżącego),
4) odmienna (aniżeli w chwili składania ofert) ocena uwarunkowań przetargowych z chwili przewidzianej na zawarcie umowy przetargowej świadczy o braku profesjonalizmu

skarżącego, co jest równoznaczne z jego rażącym niedbalstwem.
Trudno za sytuację typową uznać taką w której ten sam wykonawca inaczej oszacował ryzyka przetargowe w chwili przystąpienia do postępowania przetargowego oraz w chwili finalizacji tego postępowania (przy niezmienności otoczenia przetargowego). Nie jest to jednak kryterium decydujące, albowiem należy - przy ocenie węzłowego zagadnienia - także brać pod uwagę wypowiedzi skarżącego.

Motywując decyzję o odstąpieniu od umowy z innym zamawiającym skarżący przytoczył dwa argumenty:
1) brak możliwości realizacji przedmiotu umowy w terminie do dnia 31 grudnia 2014 r., gdyż

inny zmawiający nie miał spójnej koncepcji przeniesienia urządzeń stacji transformatorowo - rozdzielczych ST-1 i ST-2, na czas wykonywania fundamentów części wysokiej dobudowy oraz nadbudowy łącznika A1, co zdanie odwołującego, miało wyniknąć przed podpisaniem umowy na spotkaniu na spotkaniu z udziałem przedstawicieli innego zamawiającego, projektanta i wykonawcy,
2) uzgodniona dokumentacja zezwalająca na dokonanie przeniesienia stacji transformatorowo-rozdzielczych mogła być gotowa dopiero w styczniu 2014 r., zaś termin realizacji przedmiotu umowy został określony na dzień 31 grudnia 2014 r.

Analogiczna argumentacja została przedstawiona w sprawozdaniu zarządu skarżącego za 2013 r. (i włączona do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zamawiającego).

Przywołane argumenty nie są przekonywujące. Mianowicie, w postępowaniu przetargowym dla zadania pn.: *Kompleksowa modernizacja oddziałów łóżkowych celem dostosowania pomieszczeń do obowiązujących przepisów i standardów w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym nr 5 im.* św. *Barbary w Sosnowcu - w ramach nadbudowy i przebudowy łącznika A1, rozbudowa oddziału rehabilitacji wraz z dobudową dwóch wind zewnętrznych na* ścianie *bloku łóżkowego"* inny zamawiający w odpowiedzi na wnioski wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ pismem z 26.08.2013 r. wskazał (w części nazwanej „Branża budowlana" zestaw 4.1.), że szczegółowe wytyczne m.in. co do sposobu zasilania stacji ST-1, specyfikacji prac związanych z remontem ST-2 i jej zasilaniem zostały określone w szczegółowych wytycznych dotyczących przebudowy istniejących stacji transformatorowo-rozdzielczych ST-1 i ST-2 w celu umożliwienia wykonania prac budowlanych nadbudowy łącznika A1 i dobudowy trzonu windowego. Te wytyczne zostały, w formie pliku, dołączone do pisma innego zamawiającego z 26.08.2013 r. /Dowód: wyjaśnienia SIWZ innego zamawiającego z 26.08.2013 r./

Co więcej, w zestawie 4.2. padła sugestia jednego z wykonawców o zorganizowanie spotkania z osobą posiadającą wiedzy w tym zakresie. Niewątpliwie chodziło o osobę posiadającą uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych. Inny zamawiający odrzucając tę sugestię wskazał sposób rozwiązania problemu, odsyłając do niezbędnej dokumentacji technicznej. W tej sytuacji za wysoce wątpliwe należy uznać stanowisko skarżącego, że w dacie odmowy podpisania umowy przetargowej nie istniała dokumentacja przeniesienia urządzeń stacji transformatorowo - rozdzielczych ST-1 i ST-2, co miało zostać poprzedzone spotkanie z udziałem skarżącego, projektanta oraz innego zamawiającego. /Dowód: wyjaśnienia SIWZ innego zamawiającego z 26.08.2013 r./

Jeśli skarżący posiadał zasób niezbędnej wiedzy o sposobie realizacji przedmiotu umowy dla innego zamawiającego, to nic nie stało na przeszkodzie cofnięciu oferty wobec

stwierdzenia trwałych barier uniemożliwiających jego realizację, gdyż taka możliwość istniała do dnia 18 września 2013 r., kiedy to upływał termin składania ofert. /Dowód: wyjaśnienia SIWZ innego zamawiającego z 26.08.2013 r./

Reasumując ten wątek rozważań należy wskazać, że wypowiedzi skarżącego dotyczące przyczyn odmowy podpisania umowy rozmijają się z przedłożoną dokumentacją i, w istocie, podważają wiarygodność skarżącego. Dodał, że odwołujący, decydując się na udział w postępowaniu przetargowym u innego zamawiającego miał świadomość, że wynagrodzenie wykonawcy ma charakter wynagrodzenia ryczałtowego. /Dowód: projekt

umowy przetargowej u innego zamawiającego./

W tych warunkach kwestionowanie przedmiarów robót budowlanych, w kontekście opisu przedmiotu zamówienia, gdzie - jak wiadomo - przedmiary mają znaczenie typowo pomocnicze, nie mogło odnieść skutku, w kontekście powinności samodzielnej wyceny prac budowlanych przez skarżącego (podobnie wyrok ZA z 01.09.2006 r. UZP/ZO/0-2407/06, wyrok KIO z 11.09.2008 r., KIO/UZP 899/08, wyrok KIO z dnia 20.10.2008 r., KIO/UZP 1077/08 Inny zamawiający, w wyjaśnieniach z 26.08.2013 r. wielokrotnie zwracał na to uwagę wykonawcom. /Dowód: wyjaśnienia SIWZ innego zamawiającego z 26.08.2013 r./.

Nawiasem mówiąc, zarzucane nieścisłości w przedmiarach, o których mowa m.in. w wyjaśnieniach innego zamawiającego z 26.08.2013 r., nie mogą odnieść skutku, gdyż dokumentem nadrzędnym była dokumentacja przetargowa, specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót, co zostało wprost zakomunikowane wykonawcom przez innego zamawiającego w odpowiedzi na pytanie 8 zestawu nr 2 pisma innego zamawiającego z 26.08.2013 r. /Dowód: wyjaśnienia SIWZ innego zamawiającego z 26.08.2013 r./

Streszczając dotychczasowe wywody należy wskazać, że - w opinii zamawiającego - skarżący nie zachował się profesjonalnie odmawiając podpisania umowy z innym zamawiającym. W momencie ogłoszenia zawiadomienia (ale także wcześniej) o wynikach postępowania dysponował pełną wiedzą o okolicznościach faktycznych postępowania przetargowego zorganizowanego przez innego zamawiającego, zaś odmowa zawarcia umowy przetargowej nie nosiła znamion nie zachowania zwykłej niestaranności, tylko była wyrazem rażącego niedbalstwa. Było to więc działanie zawinione, które wyczerpywało desygnaty zwrotu „poważne naruszenie obowiązków zawodowych". Dodać także należy, że względy rzekomo usprawiedliwiające decyzję odwołującego nie znalazły pokrycia w stanie faktycznym postępowania prowadzonego przez innego zamawiającego.

Rozprawa z kolejnym zarzutem wykonawcy, a mianowicie, z zarzutem niedosytu informacyjnego zaprezentowanego w uzasadnieniu decyzji zamawiającego o wykluczeniu skarżącego winna zostać poprzedzona refleksją odnoszącą się do stanów faktycznych opisanych w wyrokach KIO z 03.02.2014 r. KIO/UZP 142/2015 i z 09.02.2015 r. KIO/UZP 145/2015. W obu tych stanach faktycznych zamawiający popełnili dość oczywiste błędy.

W wyroku z 03.02.2014 r., sygn. akt: KIO/UZP 142/2015 wytknięto zamawiającemu, że zastosował przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania przetargowego, nie znaną ustawie - Prawo zamówień publicznych i dobrał takie środki dowodzenia, które pozbawiały wykonawcę szans do podjęcie jakiejkolwiek linii obrony. Z kolei, w pisemnych motywach orzeczenia z 09.02.2015 r., sygn. akt: KIO/UZP 145/2015 wytknięto zamawiającemu, że właściwą motywację własnej decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania wraz z doborem środków dowodzenia zamawiający zebrał i rozpatrzył dopiero na etapie postępowania przed KIO. Uzasadnienie decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania było lakoniczne i nietrafne, gdyż zamawiający, korzystając notabene z własnych doświadczeń, upatrywał przyczyn wykluczenia wykonawcy w niesolidności swojego kontrahenta (odnoszonej do sfery wykonawczej przedmiotu umowy), a nie do przesłanek z art. 24 ust. 2a Pzp. Nadto w obu przywołanych periodykach obaj zamawiający uważali, że ich partnerzy nie wykonali lub wykonali nienależycie przedmiot umowy.

W analizowanej sprawie występuje nieco inna podstawa do wykluczenia z postępowania, aczkolwiek ta odmienność ma wyrazisty charakter. Konstrukcja przepisu art. którego 24 ust. 2a Pzp nie zawiera katalogu taksatywnego zachowań wykonawców, mogą zostać uznane za zawinione, poważne naruszenie obowiązków zawodowych. Ustawodawca posłużył się zwrotem *„w szczególności",* co uprawnia do postawienia wniosku, że zamawiający może doprecyzować kolejne konkretne przyczyny zachowań wykonawców spełniających powyższą cechę, wszakże pod warunkiem, że postawiony warunek spełnia test adekwatności wyznaczony w następujących obszarach:

- trzyletni okres wstecz przed wszczęciem danego postępowania, w którym doszło do naruszenia obowiązków zawodowych,
- zawinione w stopniu poważnym naruszenie obowiązków zawodowych przez wykonawcę (przykładowo niewykonanie/nienależyte wykonanie zamówienia),
- zdolność zamawiającego do wykazania, za pomocą dowolnych środków dowodowych, zawinionego w stopniu poważnym naruszenia obowiązków zawodowych przez wykonawcę

we wskazanym okresie (tak KIO w wyroku z 03.02.2015 r., sygn. akt: KIO 142/15),
- możliwość wykluczenia wykonawcy z postępowania przetargowego z przyczyny wskazanej w art. 24 ust. 2a Pzp została przewidziana w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia albo w SIWZ.

W przekonaniu zamawiającego te wytyczne zostały zrealizowane poprzez sformułowanie zamieszczone w pkt IV.4.16 ogłoszenia o zamówieniu. Pośrednio potwierdzeniem tej konkluzji jest fakt, że ogłoszenie o zamówieniu nie zostało zakwestionowane przez żadnego z wykonawców, a zatem obecnie jest wiążące.

Ekspozycja źródeł dowodzenia winna zostać rozpoczęta od tego, że we wniosku o dopuszczenie do postępowania skarżący zamieścił fragment sprawozdania zarządu za

19

2013 r., gdzie samodzielnie wzmiankował o przyczynach nie zawarcia umowy z WSS w Sosnowcu. To oświadczenie własne odwołującego (niestety przemilczane w odwołaniu) było impulsem do podjęcia dalszych czynności dowodowych przez zamawiającego, w tym podjęciem komunikacji z innym zamawiającym i pozyskaniem kolejnych dowodów wzmacniających stanowisko zamawiającego o konieczności eliminacji skarżącego z dalszego etapu postępowania (w tym dowodów ze strony internetowej innego zamawiającego). Dla było, zebranie dowodów zamawiającego oczywistym że z dokumentów, począwszy od własnych oświadczeń skarżącego, a skończywszy na potwierdzeniu pewnych okoliczności u innego zamawiającego, jest równoznaczne z istnieniem podstawy z art. 24 ust. 2a Pzp w relacji do skarżącego. Zestaw środków dowodzenia był wystarczający dla zamawiającego.

Z drugiej strony, odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek dowodów na poparcie własnego stanowiska. Należy pamiętać, że nadal obowiązuje reguła kodeksowa z art. 6 k.c, w myśl której każdy, kto wywodzi określone skutki prawne, obowiązany jest je udowodnić. Wobec szczupłości podstawy dowodowej odwołania brak jest podstaw do zmiany stanowiska przez zamawiającego. Dalej, nie jest - w opinii zamawiającego - trafny zarzut, że zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu skarżącego jedynie na podstawie wyjaśnień innego zamawiającego, gdyż uszło uwadze, że w drodze własnych oświadczeń odwołujący dał jasny przekaz do zbadania rzetelności kwestii samodzielnie opisanej przez wykonawcę. Gdyby zamawiający poprzestał tylko na jedynym dowodzie, tj. oświadczeniu wykonawcy, to rzeczywiście należałoby się zgodzić z twierdzeniem, że zamawiający nie przedsięwziął wystarczającej inicjatywy dowodowej w kierunku dowodzenia podstaw do wykluczenia skarżącego.

Stopień szczegółowości decyzji zamawiającego o wykluczeniu oferenta z postępowania przetargowego został wyznaczony normą art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp, który stanowi, że niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. W rozwinięciu tej myśli powiada się, że zamawiający winien podać w informacji o odrzuceniu oferty, wszystkie podstawy, a zwłaszcza wszystkie okoliczności faktyczne, w związku z którymi odrzucenie oferty nastąpiło. Wykonawca może swoim odwołaniem objąć i zakwestionować tylko wskazane przez zamawiającego powody odrzucenia jego oferty. Wykonawcy nie mogą i nie powinni domyślać się innych podstaw faktycznych czynności zamawiającego, niż zostały im w pisemnej informacji o wyborze zakomunikowane, a w szczególności dowiadywać się powyższego dopiero na rozprawie przed Izbą (wyrok KIO z 05.11.2012 r., sygn. akt: KIO 2292/12).

20

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy, to uzasadnienie faktyczne wskazuje zawiadomienia z 07.08.2015 r. ogół motywów i podstaw faktycznych, którymi kierował się zamawiający podejmując decyzję o eliminacji wykonawcy. Nie stworzono alternatywnych bytów procesowych bądź innych powodów wykluczeniu skarżącego z postępowania. Sporządzone przez zamawiającego uzasadnienie było na tyle precyzyjne, że wystarczyło odwołującemu do właściwego odczytania intencji zamawiającego i odniesienia się do nich w treści odwołania. Uzasadnienie prawne zostało zbudowane w oparciu o przywołanie tak przepisów ustawowych, jak i przepisów ogłoszenia

o zamówieniu. Dlatego też zamawiający nie podzielił zarzutu odwołującego o nieczytelności zawiadomienia z 07.08.2015 r.

Wymaga także uwypuklenia kwestia, że dla skarżącego przyczyny naprowadzone tak w stanowisku zamawiającego z 07.08.2015 r., jak i w niniejszym piśmie procesowym (które mają znaczenie jedynie uzupełniające i wspierające wcześniejszą wypowiedź zamawiającego, a nie takie, które tworzyłyby nową rzeczywistość procesową) nie są dla skarżącego niczym nieznanym bądź zaskakującym. Z tą kwestią łączy się osnowa zarzutu dotyczącego braku wezwania zaadresowanego do skarżącego o wskazanie przyczyn ekskulpacyjnych opisanych w zdaniu 2 art. 24 ust. 2a Pzp. Odnosząc się do tego zagadnienia należy wskazać, że przepis art. 24 ust. 2a PZP nie wymaga od zamawiającego wystosowania wezwania do złożenia wyjaśnień na okoliczności, których istnienie powinien dowodzić wykonawca. Po drugie, wezwanie z art. 87 ust. 1 Pzp także nie wchodzi w grę, bowiem żądanie wyjaśnienia tej kwestii wychodziłoby poza formułę *„wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert"* (a ściślej mówiąc, wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym), gdyż tego typu kwestia nie może być elementem postępowania sanacyjnego uruchamianego w trybie art. 25 Pzp ani nie służy wyłącznie uzyskiwaniu informacji w zakresie zobowiązania wyrażonego w ofercie (wyrok KIO z 27.02.2015 r., sygn. akt: KIO 287/15; KIO 293/15). Po trzecie, należy uwzględnić specyfikę stanu faktycznego niniejszej sprawy. Otóż, we wniosku o dopuszczenie do wzięcia udziału w przetargu ograniczonym skarżący samodzielnie wspomniał o ewentualności odmowy zawarcia umowy przetargowej. Z tym spostrzeżeniem należy powiązać okoliczność, że biorąc udział w przetargu ograniczonym odwołujący przystał na zapis uszczegółowiony pkt IV.4.16 ogłoszenia o zamówieniu. Znając regulację zd. 2 art. 24 ust. 2 a Pzp winien był liczyć się z tym, że zamawiający podejdzie drobiazgowo do tej kwestii i przeprowadzi postępowanie dowodowe, które da wystarczające wskazówki do rozstrzygnięcia o możliwości eliminacji skarżącego z postępowania. We wniosku wykonawca przedstawił obszerne fragmenty sprawozdania zarządu za 2013 r. (dokumentu wymaganego przez art. 49 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości, tj. Dz. U. z 2013, poz. 330 z późn. zm.), który winien m.in. opisywać czynniki ryzyka i opis zagrożeń dla funkcjonowania spółki kapitałowej. Nie ulega wątpliwości,

że skarżący jest profesjonalistą na rynku zamówień publicznych. Świadczy o tym jego wypowiedź, że w 2013 roku brał udział w 53 postępowania przetargowych. Jego oferta znalazła uznanie u zamawiającego w 7 przypadkach. /Dowód: wniosek o dopuszczenie do wzięcia udziału w przetargu ograniczonym./

W tej sytuacji już w samym wniosku należałoby przedstawić argumentację zmierzającą do odparcia ewentualnych wątpliwości wykonawcy co do jego zdolności do realizacji przedmiotu zamówienia. Jest to tyle istotne, że :
1) ciężar dowodzenia w zakresie przesłanek egzoneracyjnych z art. 24 ust. 2a zd. 2 obciążał wykonawcę,
2) w przepisach prawa polskiego istnieją procedury, które wprowadzają bądź analogiczne bądź zbliżone rozwiązania prawne (por. program leniency, o jakim mowa w art. 113a ustawy z dnia 16 luty 2007 r. o ochronie konsumentów i konkurencji, tj. Dz. U. z 2015 r., poz. 184 z późn. zm., oraz rozporządzenie wykonawcze wydane na podstawie art. 113 k tej ustawy).

Skarżący postawił więc zarzut, że zamawiający nie wskazał, jakich warunków udziału nie spełnia odwołujący. Nie zgadzając się z tym zarzutem zamawiający kontrargumentuje, że w zawiadomieniu z dnia 7 sierpnia 2015 r. skonkretyzował warunek udziału w postępowaniu (którego ostatecznie nie spełnił skarżący) poprzez przywołanie przepisu art. 24 ust. 2a Pzp oraz pkt IV.4.16 ogłoszenia o zamówieniu. W ocenie zamawiającego, taki warunek był identyfikowalny i w pełni rozpoznawalny, skoro skarżący wywiódł i złożył odwołanie, mające za przedmiot właśnie jeden z aspektów zdolności wykonawcy do realizacji przedmiotu umowy, określony w art. 24 ust. 2a Pzp. Z tych powodów zamawiający nie podziela przeciwstawnego twierdzenia skarżącego.

Wniosek o pozostawienie niektórych zarzutów bez rozpatrzenia ma związek z art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp w zw. z art. 180 ust. 2 Pzp. Tytułem przypomnienia, przedmiotem odwołania w postępowaniach, gdzie wartość zamówienia nie przekracza kwot wskazanych w art. 11 ust. 8 Pzp (a więc także w niniejszym postępowaniu) mogą być czynności zamawiającego dotyczące:
1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;

2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
4) odrzucenia oferty odwołującego.

W tym katalogu nie mieści się więc zaniechanie zamawiającego (przypisane przez wykonawcę), polegające na nie wezwaniu skarżącego do wyjaśnienia przesłanek z art. 24 ust. 2a zd. 2 Pzp. Kompetencje orzecznicze KIO nie obejmują też kwestii wyartykułowanej w pkt 2 wniosków odwołującego, zamieszczonych w akapicie ostatnim strony 2 odwołania. Nieprawdziwe jest również twierdzenie odwołującego zawarte w przekazanej kopii odwołania, iż *„w postępowaniu, w którym zamawiającym był Wojewódzki szpital*

Specjalistyczny nr 5 im. Św. *Barbary w Sosnowcu po stronie tego podmiotu szkoda nie wystąpiła".*

Zgodnie z opublikowanym na stronie innego zamawiającego Ogłoszeniem wyników postępowania z dnia 07.10.2013 r., oferta złożona przez odwołującego i zarazem wybrana jako najkorzystniejsza przez innego zamawiającego opiewała na kwotę 7.136.931,41 zł. brutto. Kolejny wykonawca, P.B. „DOMBUD" S.A. złożył ofertę na kwotę 9.544.779,43 zł.

Z uwagi na unieważnienie postępowania przez innego odwołującego, w dniu 09.05.2014 r. wszczął on po raz kolejny postępowanie: *„Kompleksowa modernizacja oddziałów łóżkowych celem dostosowania pomieszczeń do obowiązujących przepisów i standardów w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym nr 5 im.* św. *Barbary w Sosnowcu - w ramach nadbudowy i przebudowy łącznika A1, rozbudowa oddziału rehabilitacji oraz w ramach likwidacji barier architektonicznych dla osób niepełnosprawnych dobudowa dwóch wind zewnętrznych na* ścianie *bloku łóżkowego"* i w dniu 17.06.2014 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej za kwotę 10.422.807,85 zł. brutto. Stosując proste obliczenie matematyczne polegające na wyliczeniu różnicy wartości kwot ofert uznanych jako najkorzystniejsze w obu postępowaniach otrzymujemy kwotę w wysokości 3.285.876,44 zł., którą to inny zamawiający w wyniku odstąpienia od zawarcia umowy przez odwołującego zmuszony był dodatkowo ponieść, w celu uzyskania przedmiotu zamówienia. A wadium w wysokości 20.000 zł., które wykonawca wniósł na rachunek bankowy innego zamawiającego, o czym dowiadujemy się z protokołu postępowania nr 54/PNE/DOT/2013, nie zrekompensowało w żadnym stopniu powstałej szkody finansowej Zamawiającego. /Dowód: ogłoszenia wyników postępowań z dnia 07.10.2013 r. i 17.06.2014 r., protokół z postępowania nr 54/PNE/DOT/2013/

Zamawiający nadmienił, iż zamówienie pn.: *„Ukończenie budowy budynku użyteczności publicznej na potrzeby Urzędu Gminy* Świerklany *oraz niektórych innych jednostek organizacyjnych Gminy wraz z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na użytkowanie"* jest kontynuacją inwestycji rozpoczętej przez niego w 2014 r. pn.: *„Budowa budynku użyteczności publicznej na potrzeby Urzędu Gminy* Świerklany *oraz niektórych jednostek organizacyjnych Gminy wraz z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na użytkowanie".* Zamawiający zawarł umowę z wykonawcą w dniu 18.07.2014 r. W związku z uchylaniem się wykonawcy od obowiązku zapłaty wymagalnego wynagrodzenia przysługującego zgłoszonym podwykonawcom, zamawiający zmuszony był dokonać bezpośredniej zapłaty na ich rzecz. W związku z przesłanką odstąpienia od umowy w przypadku zaistnienia 2-krotnej konieczności bezpośredniej zapłaty podwykonawcy (przewidzianą w zawartej umowie), zamawiający z tego tytułu odstąpił w dniu 05.02.2015 r. od umowy z wykonawcą. Zamawiający wszczynając postępowanie *„Ukończenie budowy budynku użyteczności publicznej na potrzeby Urzędu Gminy* Świerklany *oraz niektórych innych jednostek*

organizacyjnych Gminy wraz z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na użytkowanie" i zarazem przewidując m.in. w pkt. IV.4.16. ogłoszenia o zamówieniu przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia Wykonawcę, który w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności, gdy:
a) Wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie,
b) Wykonawca uchylił się od zawarcia umowy z Zamawiającym Gminą Świerklany, bądź

z innym Zamawiającym w rozumieniu art. 2 pkt 12 Pzp,
c) Zamawiający - Gmina Świerklany, bądź inny zamawiający odstąpił od umowy z Wykonawcą dochował na etapie budowania warunków udziału w postępowaniu należytej staranności, by do ponowionego postępowania przystąpili wykonawcy wiarygodni, rzetelni, dający rękojmię należytego jego wykonania. /Dowód: pismo o odstąpieniu od umowy 05.02.2015 r./.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, który złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, został wykluczony z udziału w postępowaniu, jako nie spełniający warunków udziału w postępowaniu i w konsekwencji nie zaproszony do złożenia oferty w przetargu ograniczonym, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, z uwagi na zaproszenie jedynie jednego Wykonawcy do złożenia oferty, ma szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba oddaliła opozycje Odwołującego względem braku interesu w przystąpieniu po stronie Zamawiającego - Przedsiębiorstwa Budowlanego DOMBUD S.A. Nie można zanegować, tezie, że odwołanie nie ma wpływu na możliwość złożenia oferty przez wskazanego Wykonawcę. Przy czym, należy podnieść, że interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść w tym wypadku Zamawiającego jest niewątpliwie szerszą kategorią prawna niż interes wymagany przez art. 179 ust.1 Pzp. Jednocześnie konieczne jest także zwrócenie uwagi, że zaproszonym do złożenia oferty została jedynie – firma -

Przedsiębiorstwo Budowlane DOMBUD S.A. w konsekwencji utrzymanie wykluczenia Odwołującego jest zdecydowanie w interesie powyższego Wykonawcy.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił 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 treść ogłoszenia, wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Odwołującego (sprawozdania zarządu za 2013 r. – tj. Sprawozdania z działalności „CZ.P.B.P. Przemysłówka" S.A. w Częstochowie za rok 2013 /str.121-131 wniosku/ – str. 130 wniosku, pisma Zamawiającego do Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego nr 5 im. Św. Barbary w Sosnowcu z 23.07.2015 r., odpowiedzi Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego nr 5 im. Św. Barbary w Sosnowcu z 30.07.2015 r. wraz z załączoną kopią pisma Odwołującego informującego o odstąpieniu od podpisania umowy z uzasadnieniem oraz informacji o wynikach spełniania warunków udziału w postępowaniu z 07.08.2015 r. zawierającego oprócz wskazanej wyżej odpowiedzi Gminy Świerklany z 30.07.2015 r. wraz z załącznikiem, a także informacje o wynikach postępowaniu Nr 54/PNE/DOT/2013 z 07.10.2013 r., jak i zawiadomienie o unieważnieniu postępowania Nr 54/PNE/DOT/2013 z 29.10.2013 r.

Izba nie dopuściła jako dowód w sprawie złożonych przez Odwołującego na rozprawie: 1) oświadczenia z 18.08.2015 r. ZPUH „ELTIS" inż. T. S. Pracownia Projektowa. Z jego treści nie wynika okoliczność na jaką niniejsze oświadczenie zostało złożone przez Odwołującego. Nie potwierdza ono, że powyższy inżynier, który wizytował z ramienia Odwołującego stacje transformatorowe podczas wizji lokalnej przed podpisaniem umowy poprawiał dokumentacje projektowa z 2013 r./Nr 54/PNE/DOT/2013/ na potrzeby nowego postępowania z 2014 r. /Nr 54/PNE/DOT/2014/. Ostatnie zdanie wskazuje wręcz na okoliczność przeciwną. Nadto, należy zauważyć – względem oświadczenia projektanta, że przed Izbą obowiązuje zasada bezpośredniości dowodowej, a Odwołujący nie wykazał istnienia uzasadnionych przeszkód w przeprowadzeniu dowodu bezpośrednio, w sposób pozwalający na ocenę wiarygodności dowodu (podobnie w wyroku KIO z dnia 30.09.2013 r., sygn. akt: KIO 2112/13; KIO 2114/13; KIO 2121/13);

2) opracowania własnego – powyższe opracowanie nie zostało poparte dokumentami źródłowymi pozwalającymi na zweryfikowanie zawartych w nim treści,

Izba dopuściła jako dowód w sprawie - złożony przez Odwołującego na rozprawie:
a) projekt wykonawczy /grudzień 2011/ - Nadbudowy łącznika „A1", dobudowa trzonu windowego, branża elektryczna - Kompleksowa modernizacja oddziałów łóżkowych celem dostosowania pomieszczeń do obowiązujących przepisów i standardów w Wojewódzkim

Szpitalu specjalistycznym nr 5 im. św. Barbary w Sosnowcu – dotyczy postępowania Nr 54/PNE/DOT/2013,
b) pisma z 23.05.2014 r. – dotyczy postępowania Nr 54/PNE/DOT/2014,
c) pisma z 30.05.2014 r. – dotyczy postępowania Nr 54/PNE/DOT/2014;
d) kopie rozwiązania umowy o pracę za wypowiedzeniem z 27.09.2013 r. oraz kopie umowy o pracę z 31.10.2013 r. wraz z wykazem osób złożonym w postępowaniu Nr 54/PNE/DOT/2013 – Izba uznała, że z uwagi na - ochronę danych osobowych - zostały powyższe dokumenty złożone na rozprawie w trybie § 23 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t. j. Dz. U. z 2014 poz. 964) zwanego dalej: "rozporządzeniem".

Izba dopuściła jako dowód w sprawie - złożone przez Zamawiającego jako załączniki do odpowiedzi na odwołanie /przed otwarciem posiedzenia/ następujące dokumenty:
1) SIWZ dla zadania pn.: *Kompleksowa modernizacja oddziałów łóżkowych celem dostosowania pomieszczeń do obowiązujących przepisów i standardów w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym nr 5 im.* św. *Barbary w Sosnowcu - w ramach nadbudowy i przebudowy łącznika A1, rozbudowa oddziału rehabilitacji wraz z dobudową dwóch wind zewnętrznych na* ścianie *bloku łóżkowego" wraz z załącznikami* - dotyczy postępowania Nr 54/PNE/DOT/2013;
2) zawiadomienia o zmianie terminu składania i otwarcia ofert /z 11.06.2013 r., 25.06.2013 r., 19.07.2013 r., 08.08.2013 r./ - dotyczy postępowania Nr 54/PNE/DOT/2013;
3) ogłoszenia dodatkowego o zmianie terminu składnia ofert z 30.08.2013r., na 18.09.2013 r. /data wysłania do publikatora UE - 26.08.2013 r./ - dotyczy postępowania Nr 54/PNE/DOT/2013;
4) odpowiedzi na pytania /pismo z 26.08.2013 r. - dotyczy postępowania Nr 54/PNE/DOT/2013;
5) załącznika nr 2 do odpowiedzi z 26.08.2013 r. – konieczne prace do Wykonania – Wytyczne przebudowy istniejących stacji transformatorowo-rozdzielczych St1 i St2 w celu umożliwienia wykonania prac budowlanych nadbudowy łącznika „A1" oraz dobudowy trzonu windowego - dotyczy postępowania Nr 54/PNE/DOT/2013;
6) projekt umowy przetargowej u innego zamawiającego - dotyczy postępowania Nr 54/PNE/DOT/2013;
7) protokół z postępowania nr 54/PNE/DOT/2013.

Izba nie dopuściła dowodu z przesłuchania świadka p. P. C. – V-ce Prezesa Zarządu Przystępującego - na okoliczność tego czy dokumentacja projektowa z 2013 r. miała charakter kompletny, czy istniały jakiekolwiek przeszkody i uwarunkowania z jego strony, które uniemożliwiały realizacje zamówienia z 2013 roku. W ocenie Izby

z uwagi na art. 190 ust. 6 PZP – fakty będące jego przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami załączonymi do odpowiedzi na odwołanie.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, przystąpienie, odpowiedz na odwołanie złożone na posiedzeniu przez Zamawiającego, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania oraz podtrzymanych na posiedzeniu i rozprawie zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu

zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutów zawartych w odwołaniu – naruszenia przez Zamawiającego:
1) art. 24 ust. 2a zd. 1 Pzp poprzez jego błędną wykładnię i w konsekwencji błędne zastosowanie w postępowaniu przy braku spełnienia przesłanek do wykluczenia Odwołującego – Izba uznała, że powyższy zarzut nie został potwierdzony;
2) art. 24 ust. 2a zd. 2 Pzp poprzez jego niezastosowanie i nie wezwanie Odwołującego do złożenia oświadczenia, czy podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości – Izba z uwagi na podprogowy charakter postępowania – na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 180 ust.2 PZP – pozostawiła zarzut bez rozpoznania;
3) art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez nie wskazanie jakich warunków udziału nie spełnia Odwołujący – Izba uznała, że powyższy zarzut nie został potwierdzony;
4) art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców - Izba uznała, że z uwagi na oddalenie „kluczowego" zarzutu 1 – zarzut ten podlega oddaleniu;
5) art. 7 ust. 3 Pzp, poprzez nie dokonanie wyboru wykonawcy zgodnie z przepisami Pzp - Izba uznała, że z uwagi na oddalenie „kluczowego" zarzutu 1 – zarzut ten podlega oddaleniu.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowych zarzutów odwołania:
Zamawiający kierując się postanowieniami art. 24 ust. 2 a Pzp określił w pkt IV.4.16) Ogłoszenia o zamówieniu nr 159774-2015 zastrzegł:

„I. Zgodnie z art. 24 ust. 2a ustawy Pzp Zamawiający wykluczy z postępowania o udzielenie zamówienia Wykonawcę, który w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności, gdy:
a) Wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie,
b) Wykonawca uchylił się od zawarcia umowy z Zamawiającym Gminą Świerklany, *bądź z innym Zamawiającym w rozumieniu art. 2 pkt 12 ustawy Pzp,*
c) Zamawiający - Gmina Świerklany, *bądź inny zamawiający odstąpił od umowy z Wykonawcą, co Zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych* środków *dowodowych, jeżeli Zamawiający przewidział taką możliwość wykluczenia wykonawcy w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji. Zamawiający nie wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia Wykonawcy, który udowodni, że podjął konkretne* środki *techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia.".*

W ramach informacji o wynikach spełniania warunków udziału w postępowaniu Zamawiający z 07.08.2015 r. stwierdził m.in. co następuje: *„Wykonawca na stronach nr 121-131 Wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożył Sprawozdanie z działalności Cz.P.B.P. PRZEMYSŁOWKA S.A. w Częstochowie za rok 2013. Na stronie nr 130 wspomnianego Sprawozdania Zarząd Cz.P.B.P. PRZEMYSŁOWKA S.A. stwierdza: Cz.P.B.P. PRZEMYSŁOWKA S.A. złożyła w roku 2013 53 oferty na łączną kwotę brutto 445 min, z czego uzyskała zaledwie 7 zleceń, w tym: (...)*
- Rozbudowa Oddziału Rehabilitacji Szpitala w Sosnowcu na kwotę brutto 7,1 mln - jednak nie podpisaliśmy umowy na to zadanie, gdyż przed przejęciem placu budowy okazało się, iż brak możliwości zrealizowania robót na warunkach podanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W oparciu o informacje opublikowane na stronie internetowej Zamawiającego - Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego nr 5 im. Św. *Barbary w Sosnowcu iż http://www.wss5.pl/pl/zamowienia-publiczne/1649-54-pne-dot-2013, Cz.P.B.P. PRZEMYSŁOWKA S.A. z siedzibą w Częstochowie, ul. Pułaskiego 25:*
a) złożyła najkorzystniejszą ofertę, zawartą w Ogłoszeniu wyników postępowania z dnia 07.10.2013 r. (ogłoszenie stanowi załącznik nr 1 do Informacji),
b) odmówiła podpisania umowy, zawartą w uzasadnieniu Zawiadomienia o unieważnieniu

postępowania z dnia 29.10.2013 r. (zawiadomienie stanowi załącznik nr 2 do Informacji) Zamawiający - Gmina Świerklany *pismem z dnia 23.07.2015 r. zwrócił się do Wojewódzkiego*

Szpitala Specjalistycznego nr 5 im. Św. *Barbary, z siedzibą w Sosnowcu, Plac Medyków 1 o udzielenie pisemnej informacji, czy Cz.P.B.P. PRZEMYSŁOWKA S.A. podała przyczynę uchylenia się od zawarcia umowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Kompleksowa modernizacja oddziałów łóżkowych celem dostosowania pomieszczeń do obowiązujących przepisów i standardów w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym nr 5 im.* św. *Barbary w Sosnowcu - w ramach nadbudowy i przebudowy łącznika A1; rozbudowa oddziału rehabilitacji wraz z dobudową dwóch wind zewnętrznych na* ścianie *bloku łóżkowego* (ogłoszenie o zamówieniu nr 2013/S 089-151095, nr sprawy: 54/PNE/DOT2013).
Zamawiający - Wojewódzki Szpital Specjalistyczny nr 5 im. Św. *Barbary pismem z dnia 31.07.2015 r. (załącznik nr 3 do Informacji) udzielił Gminie* Świerklany *informacji, iż:*
1. Cz.P.B.P. PRZEMYSŁOWKA S.A. z siedzibą w Częstochowie przy ul. Pułaskiego 25 złożyła najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu przetargowym pt: Kompleksowa modernizacja oddziałów łóżkowych celem dostosowania pomieszczeń do obowiązujących przepisów i standardów w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym nr 5 im. św. *Barbary w Sosnowcu - w ramach nadbudowy i przebudowy łącznika A1; rozbudowa oddziału rehabilitacji wraz z dobudową dwóch wind zewnętrznych na* ścianie *bloku łóżkowego,* nr: 54/PNE/DOT2013.
2. na wezwanie Zamawiającego do podpisania umowy ww. firma odmówiła zawarcia umowy, składając pismo informujące o odstąpieniu od podpisania umowy. (…)
W związku z powyższym Zamawiający stwierdza, co następuje:
1) Wykonawca Cz.P.B.P. PRZEMYSŁOWKA S.A. uchylił się od zawarcia umowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Kompleksowa modernizacja oddziałów łóżkowych celem dostosowania pomieszczeń do obowiązujących przepisów i standardów w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym nr 5 im. św. *Barbary w Sosnowcu - w ramach nadbudowy i przebudowy łącznika A1; rozbudowa oddziału rehabilitacji wraz z dobudową dwóch wind zewnętrznych na* ścianie *bloku łóżkowego (ogłoszenie o zamówieniu nr 2013/S 089-151095, nr sprawy: 54/PNE/DOT2013) prowadzonym przez Zamawiającego w rozumieniu art. 2 ust. 12 ustawy Pzp: Wojewódzki Szpital Specjalistyczny nr 5 im.* Św. *Barbary w Sosnowcu w dniu 18.10.2013 r., tj. w terminie 3 lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia pn.: Ukończenie budowy budynku użyteczności publicznej na potrzeby Urzędu Gminy* Świerklany *oraz niektórych jednostek organizacyjnych Gminy wraz z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na użytkowanie* przez Gminę Świerklany, które miało miejsce w dniu 30.06.2015 r.,
2) Zamawiający udowodnił, iż Wykonawca uchylając się od zawarcia umowy w ww. postępowaniu poważnie naruszył obowiązku zawodowe. Ogłoszenie wyników postępowania z dnia 07.10.2013 r., zawiadomienie o unieważnieniu postępowania z dnia 29.10.2013 r. oraz pismo WSS nr 5 z dnia 31.07.2015 r. stanowią załączniki do niniejszej informacji,

3) możliwość wykluczenia Wykonawcy na mocy art. 24 ust. 2a ustawy Pzp Zamawiający przewidział w pkt. IV.4.16)I. Ogłoszenia o zamówieniu nr 159774-2015.”.

Pismo z 18.10.2013 r. z kolei zawierało:

„Uprzejmie informujemy, że odstępujemy od podpisania umowy na realizację zadania (…) Powód: brak możliwości wykonania przedmiotu zamówienia w terminie umownym tj. do 31.12.2014r. W dniu dzisiejszym dokonaliśmy wizji lokalnej z udziałem Przedstawicieli Zamawiającego w pomieszczeniach Łącznika AI, w którym są zlokalizowane stacje transformatorowo-rozdzielcze ST-1 i ST-2 oraz wskazanych pomieszczeń piwnicznych, do których należy przenieść urządzenia stacji transformatorowo-rozdzielczych ST-1 i ST-2 na czas wykonywania fundamentów części wysokiej dobudowy oraz nadbudowy łącznika A1: Powyższa wizja obnażyła skalę problemu przeniesienia urządzeń ST-1 i ST-2. W trakcie wizji, do szaf które mają być przenoszone w inne miejsce były wprowadzane nowe kable, które dosłownie za chwilę trzeba będzie przekładać. Stwierdzamy, że Zamawiający nie posiada spójnej koncepcji przenoszenia urządzeń ST-1 i ST -2 W powiązaniu z ciągłym zasilaniem energetycznych szpitala, i cały temat scedował na Wykonawcę zadania. Wg

opinii projektantów, uzgodniona dokumentacja na przeniesienie urządzeń ST-1 i ST-2 może być dopiero w styczniu 2014r. W tej sytuacji podjęliśmy decyzję nie podpisania umowy.".

W ramach odpowiedzi na odwołanie Zamawiający załączył także dokumentacje przetargową nr: 54/PNE/DOT2013 zgodnie z informacją zawartą w informacji z 07.08.2015 r. była ona także podstawą decyzji Zamawiającego /http://www.wss5.pl/pl/zamowienia-*publiczne/1649-54-pne-dot-2013/,* co wprost wynika z informacji przytoczonej powyżej: „W *oparciu o informacje opublikowane na stronie internetowej Zamawiającego - Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego nr 5 im.* Św. *Barbary w Sosnowcu".* Podczas rozprawy Odwołujący m.in. przyznał, że złożenie oferty w postępowaniu Nr 54/PNE/DOT/2013 było poprzedzone wizją lokalną urządzeń stacji transformatorowo – rozdzielczych ST-1 i ST 2.

W konsekwencji Izba uznała co następuje.

Odnośnie pierwszego zarzutu.

W świetle art. 24 ust. 2a Pzp, w brzmieniu ustalonym wskutek wejścia w życie ww. ustawy nowelizującej, *zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności, gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych* środków *dowodowych, jeżeli zamawiający przewidział taką możliwość wykluczenia wykonawcy w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub*

w zaproszeniu do negocjacji. Zamawiający nie wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, który udowodni, że *podjął konkretne* środki *techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia.* Jak wynika z powołanego przepisu, w przeciwieństwie do uchylonych przepisów art. 24 ust. 1 pkt 1 i art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp, ustawodawca nie przewidział obowiązku wykluczania nierzetelnych wykonawców. Wykluczenie na podstawie tego przepisu uzależnione jest od wcześniejszej decyzji Zamawiającego, który musi przewidzieć taką możliwość. Kolejną z przesłanek analizowanego przepisu jest konieczność czy zachowanie ustalenia, analizowane wykonawcy nosi *„poważnego naruszenia* znamiona *obowiązków zawodowych".*
Z powoływanego przepisu wynika również, że ciężar wykazania powyższych przesłanek spoczywa na Zamawiającym.

Odwołujący podczas rozprawy przedstawił argumentacje, która w ocenie Izby była niespójna. Jeżeli bowiem na początku rozprawy stwierdził w oparciu o projekt wykonawczy z grudnia 2011 r., że kwestia przeniesienia urządzeń stacji transformatorowo – rozdzielczych ST-1 i ST 2 nie była objęta przedmiotem zamówienia, gdyż nie wynikało to z projektu, a Wytyczne przebudowy istniejących stacji transformatorowo-rozdzielczych St1 i St2 w celu umożliwienia wykonania prac budowlanych nadbudowy łącznika „A1" oraz dobudowy trzonu windowego – nie zostały wprowadzone do postępowania z 2013 r. /54/PNE/DOT2013/ poprzez modyfikacje postanowień SIWZ i przesuniecie terminu składnia ofert. To w konsekwencji wykazania przez Zamawiającego, że miało to miejsce de facto 26.08.2013 r. poprzez załącznik nr 2 /przywołane Wytyczne/ wraz z przesunięciem terminu składnia ofert na 18.09.2013 r., stwierdził, że złożył ofertę obejmującą owe Wytyczne, wiedział o konieczności inwentaryzacji urządzeń istniejących stacji transformatorowo-rozdzielczych St1 i St2, przygotowania projektu, przeniesienia wskazanych urządzeń, przeprowadził wizje lokalna przed złożeniem oferty, ale nie podpisał umowy. Stwierdził, kontynuując, że kolejna wizja lokalna przed podpisaniem umowy ujawniła na miejscu dodatkowe okoliczności i była przeprowadzona w odróżnieniu od poprzedniej z udziałem projektantów. Stwierdził również, że miał miejsce niedopuszczalny stan techniczny pomieszczeń do których wskazane powyżej urządzenia miały zostać tymczasowo przeniesione. Powyższe musi być bowiem efektem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, które można przypisać wykonawcy

W ocenie Izby, powyższe okoliczności potwierdzają zasadność czynności Zamawiającego. Należy stwierdzić, że kwestia wizji lokalnej przed złożeniem ofert wynika z Wytycznych (str. 4 – pkt 9 zd. 2 – także przedstawienia sposobu zabezpieczenia czynnych

kabli przed uszkodzeniem) i ma charakter obligatoryjny, wynika też z niej konieczność

31

przygotowania *„projektu na całość prac opisanych w niniejszym opracowaniu robót elektrycznych”* (str. 1 – D.5). To z uwagi na brak profesjonalizmu Odwołującego – w okresie 3 tygodni przed wyznaczonym terminem składnia ofert, przeprowadził Odwołujący – wizje lokalną (co potwierdził na rozprawie), bez udziału projektantów, mimo, że wiedział, iż konieczność inwentaryzacji i przygotowania projektu spoczywa po jego stronie (str. 1 – D.5 / Wytycznych/). Nie bez znaczenia jest okoliczność – zawarcia w owych Wytycznych zastrzeżenia, że: *„Wykonawca prac budowlanych (częściowej rozbiórki stacji oraz wzmocnienia fundamentów) przedstawi technologię wykonanie w/w prac w sposób zapewniający bezpieczeństwo zasilania obiektu szpitalnego, ze szczególnym uwzględnieniem zabezpieczenia kanału kablowego wraz z czynnymi kablami nN na poziomie -2 (technologia prac budowlanych do akceptacji konstruktora i architekta).”,* czyli konieczności akceptacji konstruktora i architekta (str. 6 Wytycznych – przedostatni akapit). Zastrzeżono również, że: *„UWAGA: wszelkie prace związane z przebudową istniejących stacji transformatorowo-rozdzielczych St1 i St2 winny być wykonywane przez osoby i pod nadzorem osób posiadających odpowiednie uprawnienia zawodowe.”.* (str. 7 Wytycznych).

Dodatkowo, Izba podnosi, że ani w sprawozdaniu zarządu za 2013 r. załączonym do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ani w piśmie zawierającym uzasadnienie odstąpienia od podpisania umowy – pismo z 18.10.2013 r. Odwołujący nie twierdził, jak na rozprawie, że inny zamawiający rozszerzył przedmiot zamówienia przed podpisaniem umowy. W sprawozdaniu stwierdza się – wręcz przeciwnie, że przed przejęciem budowy okazało się brak możliwości zrealizowania robót na warunkach podanych w SIWZ. Izba wzięła także pod uwagę, że postępowanie z 2013 r. było objęte wynagrodzeniem ryczałtowym i Wykonawcy winni skalkulować istniejące ryzyko, tym bardziej, że przywołane Wytyczne do tego obligowały – poprzez nałożenie określonych obowiązków. Złożył oświadczenie w formularzu ofertowym, że tak uczynił (pełny tekst oświadczenia poniżej). Nadto, Odwołujący nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu, że inny zamawiający odmówił możliwości skorzystania z § 15 ust.3 pkt 2 projektu umowy, tj. zmiany terminu wykonania przedmiotu umowy z uwagi na zmiany dokumentacji projektowej, która będzie wymagała uzyskania nowych decyzji wydanych przez uprawniony organ, a to kwestia braku możliwości wykonania przedmiotu umowy w terminie umownym, była kluczowym powodem odstąpienia od podpisania umowy – według pisma z 18.10.2013 r.

Izba podziela stanowisko wynikające z orzecznictwa (m.in. wyrok KIO z 11.05.2015 r., sygn. akt: KIO 885/15), że: *„Działanie wykonawcy można byłoby ocenić jako rażąco niedbałe wtedy, gdy stopień naganności postępowania drastycznie odbiegałby od modelu właściwego w danych warunkach zachowania się wykonawcy.”.* Nie chodzi bowiem o zaistnienie jakiegokolwiek wykroczenia zawodowego, ale takiego w ramach którego należy brać pod uwagę specyfikę danej branży oraz mierniki staranności zawodowej Wykonawcy.

32

W ocenie Izby, z całokształtu okoliczności wynika, że odstąpienia od podpisania umowy było efektem *„okoliczności za które ponosi odpowiedzialność”* dany wykonawca (motyw 33 wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 Forposta S.A. i ABC Direct Contact sp. z o.o. v. Poczta Polska S.A.), w tym wypadku Odwołujący. W ocenie Izby, biorąc pod uwagę profesjonalny charakter Odwołującego przy uwzględnieniu zawodowego charakteru jego działalności, należy uznać, że nie dochował on należytej staranności, w efekcie czego zaistniała sytuacja rażącego niedbalstwa. Izba wskazuje za wyrokiem KIO z 01.06.2015 r., sygn. akt: KIO 758/15, że: *„Rażące niedbalstwo odnoszone jest do naruszenia elementarnych reguł prawidłowego zachowania się w danej sytuacji lub nieprzestrzegania podstawowych zasad ostrożności. Ma to być szczególnie negatywna, naganna ocena postępowania dłużnika; stopień naganności postępowania, które drastycznie odbiega od modelu właściwego w danych warunkach [wyrok SN z 22 kwietnia 2004 r. w spr. II CK 142/03]. Jak wskazano w wyroku SN z 10 marca 2004 r. w spr. IV CK 151/03: „Przypisanie określonej osobie niedbalstwa uznaje się za uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Przez rażące niedbalstwo*

rozumie się natomiast niezachowanie minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji. O przypisaniu pewnej osobie winy w tej postaci decyduje więc zachowanie się przez nią w określonej sytuacji w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej". Stopień winy w przypadku działalności gospodarczej powinien przy tym uwzględniać staranność wymaganą w postępowaniu prowadzonym między profesjonalnymi podmiotami, w zorganizowanym obrocie gospodarczym a także fakt, że co do zasady wykonawca jest odpowiedzialny za rezultat w postaci zadowalającej i efektywnej realizacji umowy na rzecz innego podmiotu. Jak podano w wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 8 marca 2006 r. sygn. akt I ACa 1018/05 niepubl.: „Należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie, co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności". Podobnie w uzasadnieniu wyroku SN z 22 września 2005 r. w spr. IV CK 100/05, wskazano: „W takiej sytuacji należytą staranność określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności; jest to ocena staranności surowsza od staranności ogólnie wymaganej (art. 355 § 1 i § 2 k.c.). W istotę działalności gospodarczej wkomponowane jest bowiem wymaganie posiadania niezbędnej wiedzy fachowej, obejmującej nie tylko czysto formalne kwalifikacje, ale także doświadczenie wynikające z praktyki zawodowej oraz ustalone zwyczajowo standardy wymagań (zob. np. art. 19 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej, Dz. U. Nr 173, poz.

1807 ze zm.)."

Należy zauważyć, że de facto to stanowisko projektantów podczas wizji lokalnej przed podpisaniem umowy skłoniło Odwołującego do odstąpienia od jej podpisania. Jednakże, jako profesjonalista składając w ofercie wiążące oświadczenia */„(…)*
• *„uzyskaliśmy informacje niezbędne do przygotowania oferty i właściwego wykonania zamówienia oraz zapoznaliśmy się z warunkami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz wzorami umów stanowiącymi załącznik nr 2 do SIWZ w związku z czym nie wnosimy zastrzeżeń i wyrażamy gotowość przystąpienia do zgodnej z nimi realizacji przedmiotu zamówienia.*
• *w cenie oferty zostały uwzględnione wszystkie koszty wykonania zamówienia i realizacji przyszłego*
świadczenia *umownego. (…)"/,* mając świadomość konieczności przeprowadzenia wizji lokalnej przed złożeniem oferty, istniejące po jego stronie obowiązki – udział projektantów na późniejszym etapie – był jego samodzielną decyzja. Izba podnosi, że brak jest wiarygodnego dowodu na potwierdzenie tezy Odwołującego, że kolejne postępowanie u innego zamawiającego w 2014 r. /54/PNE/DOT2014/ pozbawione było bledów postępowania z 2013 r. -/54/PNE/DOT2013/ - /według tez Odwołującego - rozszerzenie opisu przedmiotu zamówienia o urządzenia stacji transformatorowo-rozdzielczych St1 i St2, zapewnienie stosownych pomieszczeń dla wskazanych urządzeń na czas przebudowy/, a uwagi projektanta Odwołującego z wizji lokalnej przed podpisaniem umowy zostały uwzględnione. Oświadczenie projektanta z 18.05.2015 r. nie zostało uznane jako dowód w sprawie. Pisma złożone przez Odwołującego dotyczące postępowania z 2014 r. /54/PNE/DOT2014/, tak z 23, jak i 30.05.2015 r. są niejednoznaczne i nieprzesądzające i w konsekwencji nic nie wnoszą do sprawy. Opracowanie własne nie jest niczym poparte – w konsekwencji brak jest podstaw do uznania tego dowodu.

Odnośnie kwestii wprowadzenia działalności naprawczej przez Odwołującego w kontekście spornego odstąpienia od podpisania umowy, jako elementu który miałby ekskulpować Odwołującego zgodnie z art. 24 ust. 2a Pzp. Z przedłożonych dokumentów: kopii rozwiązania umowy o pracę za wypowiedzeniem z 27.09.2013 r. oraz kopii umowy o pracę z 31.10.2013 r. wraz z wykazem osób złożonym w postępowaniu Nr 54/PNE/DOT/2013 - w trybie § 23 Rozporządzenia - nie wynika jakiekolwiek powiązanie z postępowaniem z 2013 r., tzn. rozwiązanie umowy o pracę jako skutek spornego odstąpienia, wręcz przeciwnie jako jeden z głównych powodów podaje się okoliczność dotyczącą innego czasookresu (tzn. innego roku kalendarzowego). Nadto, należy zauważyć, że teza o przeprowadzeniu działań naprawczych przeczy wcześniejszej tezie Odwołującego, że żadna wina z jego strony nie miała miejsca.

Izba stoi także na stanowisku, że Zamawiający uczynił zadość spoczywającemu na

nim obowiązkowi wykazania za pomocą dowolnych środków przesłanek wynikających z art. 24 ust. 2 a Pzp, a ściśle zaistnienie poważnego naruszenia obowiązków zawodowych. Uczynił to nie tylko i wyłącznie za pomocą korespondencji z innym zamawiającym, ale informacji ze sprawozdania zarządu za 2013 r. zawartego we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, pisma z 18.10.2013 r., jak i dokumentacji postępowania z 2013 r., na którą powoływał się także w informacji z 07.08.2015 r. była ona także podstawą decyzji Zamawiającego. W rezultacie Izba uznała dokumentacje z postępowania z 2013 r. załączoną do odpowiedzi na odwołanie, jako dowód w sprawie. Udowodnienie faktu, iż wykonawca podlega wykluczeniu z przyczyn oznaczonych w art. 24 ust. 2a Pzp nastąpiło w dacie powiadomienia o wykluczeniu, postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą jedynie potwierdziło zasadność czynności Zamawiającego. (spełniono więc wymóg podnoszony przez orzecznictwo m.in. w wyroku KIO z 09.02.2015 r., sygn. akt: KIO 145/15).

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Odnośnie drugiego zarzutu.

Izba konsekwentnie stwierdza, że z uwagi na podprogowy charakter postępowania – na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 180 ust. 2 PZP – pozostawiła zarzut bez rozpoznania. Brak jest także, w ocenie Izby, nierozerwalnego związku między czynnością wykluczenia a zaniechaniem do wezwania, który pozwalałby na ewentualne rozpoznanie zarzutu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Odnośnie trzeciego zarzutu.

W tym wypadku, zarzut podlega oddaleniu albowiem, Zamawiający uczynił zadość spoczywającemu na nim obowiązkowi i zawarł w pkt IV.4. 16 ogłoszenia o zamówieniu – taką możliwość, tj. wykluczenia z udziału w postępowaniu – z uwagi na odstąpienie od podpisania umowy z innym zamawiającym. Działał wiec zgodnie z brzmieniem przepisu – art. 24 ust. 2a Pzp i stanowiskiem wynikającym z orzecznictwa m.in. wyroku KIO z 03.02.2015 r., sygn. akt: KIO 142/15, czy też wyrok KIO z 01.06.2015 r., sygn. akt: KIO 758/15. Skonkretyzował stosowny warunek w sposób jednoznaczny. W konsekwencji zarzut jest chybiony i podlega oddaleniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Z uwagi na oddaleniu pierwszego zarzutu, Izba oddaliła także zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 7 ust. 3 Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. a i b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł oraz dojazdu na rozprawę w kwocie 748,41 zł, czyli łącznie 4.348,41 zł, tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. a i b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

……

Członkowie:

……

……