

WYROK

z dnia 29 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 stycznia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 stycznia 2018 r. przez wykonawcę LubCom Spółka z o.o. z siedzibą w Lublinie przy ul. Powojowej 3 (20-442

Lublin) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Gminę Jabłonna z siedzibą w miejscowości Jabłonna Majątek pod nr 22 (23-114 Jabłonna)

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert dla II części zamówienia;

2. kosztami postępowania w wysokości 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych i zero groszy) obciąża Zamawiającego - Gminę Jabłonna i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę LubCom Spółka z o.o., z siedzibą w Lublinie tytułem wpisu od odwołania;

2) zasądza od zamawiającego Gminy Jabłonna na rzecz wykonawcy LubCom Spółka z o.o. z siedzibą w Lublinie kwotę w wysokości 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania i zastępstwa przed Izbą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. - Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Lublinie.

Przewodniczący:

Gmina Jabłonna - Urząd Gminy w Jabłonie zwany dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej dla rewitalizacji centrum miejscowości Jabłonna - Majątek wraz z infrastrukturą towarzyszącą”, znak: IRO.271.8.2017.DS. Zamówienie to zostało podzielone na dwie części.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 23 października 2017 r. pod numerem 605884-N-2017.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 poz. 1579 ze zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp”.

W dniu 15 stycznia 2018 r. wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia tj. LubCom Spółka z o.o. z siedzibą w Lublinie zwany dalej „odwołującym” wniósł odwołanie w zakresie części II zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 1 oraz art. 92 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie podania jednoznacznego uzasadnienia faktycznego decyzji o wykluczeniu wykonawcy

zawierającego wyszczególnienie faktycznych podstaw do rozwiązania poprzedniej umowy z wykonawcą oraz wskazaniu, które z nich leżały po stronie Wykonawcy;

ewentualnie

2. art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp poprzez jego niezasadne zastosowanie i wykluczenie wykonawcy LubCom sp. z o.o. i uznaniu jej oferty jako odrzuconej.

Podnosząc powyższe odwołujący wniósł o:

- a) unieważnienie zaskarżonej czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu spółki LubCom sp. z o.o. z postępowania pn. „Opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej dla rewitalizacji centrum miejscowości Jabłonna - Majątek wraz z infrastrukturą towarzyszącą” część II zamówienia i uznaniu jej oferty za odrzuconą;
- b) unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy „Projektorium” Anna Lis jako oferty najkorzystniejszej na wykonanie zamówienia pn. „Opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej dla rewitalizacji centrum miejscowości Jabłonna - Majątek wraz z infrastrukturą towarzyszącą” część II zamówienia;
- c) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru ofert w postępowaniu na udzielenie zamówienia pn. „Opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej dla rewitalizacji centrum miejscowości Jabłonna - Majątek wraz z infrastrukturą towarzyszącą” część II zamówienia;
- d) przeprowadzenie dowodu z dokumentów załączonych do niniejszego odwołania na odpowiednie okoliczności wyszczególnione w treści uzasadnienia;
- e) przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadka A. J. - P. na okoliczność sposobu wykonania umowy nr 53/2017 z dnia 22 maja 2017 r. przez firmę LubCom sp. z o.o. i niezasadności odstąpienia od tej umowy przez Gminę Jabłonna;
- f) zasądzenie od zamawiającego na rzecz wykonawcy LubCom sp. z o.o. zwrotu kosztów postępowania odwoławczego w tym wpisu oraz kosztów zastępstwa procesowego.

W dniu 5 stycznia 2017 r. zamawiający podjął decyzję o wyborze najkorzystniejszej oferty na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej dla rewitalizacji centrum miejscowości Jabłonna - Majątek wraz z

infrastrukturą towarzyszącą" dotyczącą części II zamówienia oraz o wykluczeniu odwołującego z w/w postępowania i uznaniu jego oferty za odrzuconą. Należy podkreślić, że odwołujący złożył ofertę jedynie na wykonanie II części w/w zamówienia, więc tylko tej części ta decyzja może dotyczyć.

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

Przed merytorycznym uzasadnieniem zarzutów zwraca uwagę na fakt, że zamawiający dokonał wcześniej wykluczenia odwołującego z przedmiotowego postępowania. Miał to miejsce w dniu 22 listopada 2017 r. i było przedmiotem rozpoznania Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt KIO 2522/17.

Podaje, że odnosząc się do kontekstu poprzednio rozpoznawanej sprawy Izba wskazała, że „podmiot zamawiający powinien wskazać, które elementy nienależytego wykonania umowy uważa za tyle istotne, że stanowiły one podstawę do zniesienia istniejącego pomiędzy danym wykonawcą a podmiotem zamawiającym stosunku zobowiązaniowego, mającego swoje źródło we wcześniejszej umowie. Brak tych elementów stanowi o wadliwości dokonanej przez Zamawiającego czynności, gdyż jak zostanie wskazane w dalszej części uzasadnienia pozbawia wykonawcy możliwości skutecznej obrony swych praw. Nie można bowiem zakładać, że każde naruszenie obowiązków kontraktowych będzie stanowiło przesłankę do odstąpienia od umowy i w konsekwencji do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Tym samym te istotne, z punktu widzenia podmiotu zamawiającego, elementy powinny zostać wskazane w uzasadnieniu podjętej czynności.”

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

W oparciu o przytoczone wyżej wskazania Izby zawarte w treści wyroku KIO 2522/17 stwierdza, że zamawiający otrzymał nieocenioną instrukcję jak prawidłowo przeprowadzić wykluczenie odwołującego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Należało wybrać najważniejsze spośród przesłanek odstąpienia od umowy i należyście je uzasadnić w treści decyzji o ponownym wykluczeniu odwołującego.

Ponadto Krajowa Izba Odwoławcza wyraźnie wskazała, że nie każda przesłanka odstąpienia od umowy czy też nie każde naruszenie obowiązków kontraktowych ma wystarczającą wagę do tego, aby wykluczyć wykonawcę z kolejnego postępowania. W realiach rozpoznawanej sprawy wprost wskazano zamawiającemu, że powinien skoncentrować się na przesłankach w jego ocenie najważniejszych, tak aby spełniony został warunek istotności podstaw do odstąpienia od umowy i wykluczenia wykonawcy z przetargu.

Takie sformułowanie decyzji powinno umożliwić wykonawcy złożenie odwołania, a Krajowej Izbie Odwoławczej rozpoznanie tego odwołania w trybie przewidzianym stosownymi przepisami. Odwołujący przy tym wskazuje, że patrząc na uzasadnienie decyzji zamawiającego trudno odnieść wrażenie, że powyższe wskazówki znalazły zastosowanie oraz że jest to bardzo trudna lektura, niezrozumiała i wewnętrznie sprzeczna.

Wyjaśnia, że najważniejszym mankamentem tego uzasadnienia jest to, że nie można zrozumieć istoty podstawy do odstąpienia od umowy. Wymieniono łącznie dwie przesłanki kontraktowe - niewłaściwe wykonywanie umowy oraz opóźnienie kwalifikowane uniemożliwiające wykonanie umowy w terminie.

Oświadcza, że w jednej części uzasadnienia zamawiający stwierdza, że przedstawiona mu dokumentacja była całkowicie nieprzydatna do jego zamierzeń (s. 10 uzasadnienia). Na poparcie tej tezy przedstawił 49 punktów zawartych w oświadczeniu o odstąpieniu oraz 34 punkty, które wskazał jako najistotniejsze - uzasadniające wykluczenie

wykonawcy. Nie zauważa jednak tego, że dokumentacja została mu przedłożona ponad 3 miesiące przed upływem terminu wykonania dzieła. Jeżeli więc posiadała jakiegokolwiek braki, to był jeszcze czas żeby je poprawić. Wydaje się, że taki był zamysł zawarcia w umowie zapisu o uprzednim sprawdzeniu dokumentacji przez zamawiającego, zanim zostanie ona złożona w celu uzyskania pozwolenia na budowę lub ZRID.

Dalej w uzasadnieniu decyzji zamawiający wskazuje, że wykonawca nie wykonywał umowy należycie od samego początku (od 22 maja 2017 r., - s. 9), z drugiej stwierdził podstawy do odstąpienia pod koniec września 2017 r. (s. 3). Umowa przewidywała mechanizmy kontroli zamawiającego nad wykonaniem zamówienia, m. in. poprzez narady koordynacyjne i przedstawianie wyników prac (np. koncepcji funkcjonalno-przestrzennej). Nie jest więc zrozumiałe jak zamawiający mógł zorientować się, że otrzymał projekty „całkowicie nieprzydatne do jego celów”.

Następnie odwołujący podnosi, że druga linia argumentacji zamawiającego zdaje się opierać na zaistnieniu opóźnienia kwalifikowanego - tj. takiego, które uniemożliwiałoby ukończenie umowy w terminie. Według niego kuriozalne jest wskazanie, że „na naradzie koordynacyjnej dnia 28 sierpnia 2017 r. Wykonawca zadeklarował złożenie dokumentacji na ZRID w terminie do 30 września i terminach wynikających z umowy” a następnie „ze względu na znaczne opóźnienie w realizacji prac Zamawiający zwołał dodatkowe spotkanie koordynacyjne w dniu 01 września 2017 r. W trakcie spotkania Zamawiający uzyskał informacje, z których wynikało, że postęp realizacji prac od momentu zaakceptowania koncepcji jest znikomy, co zagraża realizacji umowy” (s. 2 decyzji). Odwołujący nie wie jakich postępów zamawiający oczekiwał od wykonawcy w przeciągu 4 dni, ale jeżeli stwierdził opóźnienie kwalifikowane (uniemożliwiające wykonanie umowy w terminie) to miał od tego momentu 14 dni na odstąpienie od umowy, z której to możliwości nie skorzystał.

Twierdzi, że zamawiający w ogóle nie odnosi się w swoich pismach do zaakceptowanego harmonogramu wykonania tej umowy. Zgodnie z par. 2 ust. 5 umowy z dnia 22 maja 2017 r. wykonawca był zobowiązany do przedstawienia zamawiającemu do zatwierdzenia harmonogramu wykonania umowy. Taki harmonogram powstał i został przedłożony i zaakceptowany przez zamawiającego w dniu 29 maja 2017 r. Wynika z niego kilka faktów, np. to, że projekty budowlane miały być wykonywane do końca września 2017 r., a dokumentacja przetargowa czyli STWiOR oraz przedmiary i kosztorysy miały być zdane w listopadzie i grudniu 2017 r.

Podnosi także, że jego rozważania na temat rzekomych opóźnień są jedynie domniemaniami pełnomocnika odwołującego. Rolą wykonawcy w postępowaniu odwoławczym nie jest domniemywanie okoliczności uzasadniających decyzję zamawiającego. Tym bardziej nie jest to w jego ocenie rola Krajowej Izby Odwoławczej. Powyższe argumenty przekonują, że gdyby zamawiający sformułował uzasadnienie w sposób jasny, to wówczas odwołujący mógłby zwięźle przedstawić kontrargumenty. Zamiast tego uważa, że sporządzono bardzo obszerne uzasadnienie licząc na to, że nie zdoła się on wybronić z któregoś zarzutu, a wówczas zostanie obciążony odpowiedzialnością za odstąpienie od umowy. Trudno w jego ocenie jednak przejść do rozpoznawania poszczególnych zarzutów, gdy nie wyjaśniono, jakie miały one wpływ na podjęcie przez zamawiającego decyzji o rozwiązaniu umowy. W tej sytuacji fakt, że w uzasadnieniu zamawiający powołuje się na szereg dokumentów, które nie są do niego załączone, a treść powołana przez tendencyjne skrócenie jest już tylko drobnym szczegółem, który nie może już pogorszyć jakości tego uzasadnienia.

Reasumując stwierdza, że ponownie zrealizowała się przesłanka do uwzględnienia odwołania oparta na zarzucie naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 oraz art. 92 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający zlekceważył podane mu wytyczne do uzasadnienia decyzji o wykluczeniu Odwołującego i uzasadnił swoją decyzję w sposób rozwlekły lecz niemerytoryczny, który uniemożliwia sporządzenie prawidłowego odwołania. Na podstawie uzasadnienia decyzji o wykluczeniu odwołującego i uznaniu jego oferty za odrzuconą nie można jednoznacznie stwierdzić, co legło u podstaw takiej decyzji zamawiającego.

Odnosząc się do uzasadnienia zarzutu postawionego w pkt 2 odwołania, z ostrożności procesowej odwołujący podjął próbę odniesienia się do szczegółowych przesłanek powołanych przez zamawiającego jako podstawa do wykluczenia. Z ogólnej liczby 49 zarzutów uzasadniających odstąpienie zamawiający wytypował 34, które z niewiadomych względów zostały uznane za najistotniejsze. Pośród nich znalazło się np. niezgodnienie z zamawiającym szczegółowego wyposażenia siłowni. Warto zauważyć, że jeszcze przed pierwszą decyzją o wykluczeniu odwołujący wystąpił do zamawiającego pismo z dnia 15 listopada 2017 r. wskazujące, że ten nie uzasadnił oświadczenia o odstąpieniu w sposób zrozumiały i zgodny z warunkami umowy.

W ocenie odwołującego 34 przesłanki powołane przez zamawiającego nie tylko nie są wystarczające do uzasadnienia wykluczenia, ale były także niezasadne, nieuzasadnione

lub w ogóle niezrozumiale.

W pierwszej kolejności sporządza kilka uwag natury ogólnej. Do przesłanki do odstąpienia ze względu na opóźnienie uniemożliwiające ukończenie dzieła w terminie znajdującej się w umowie nr 53/2017 można odnosić glosy orzecznictwa i doktryny wydane na podstawie art. 635 Kodeksu cywilnego (dalej „kc”), ponieważ brzmi ona tak samo jak ten przepis. Z art. 635 kc wynika, że wypadku gdy opóźnienie przyjmującego zamówienie w rozpoczęciu lub wykończeniu dzieła przybiera rozmiar kwalifikowany, tj. jest na tyle istotne, że wyklucza prawdopodobieństwo ukończenia dzieła w terminie wynikającym z umowy, zamawiający może doprowadzić do wygaśnięcia umowy o dzieło ex tunc przez złożenie oświadczenia o odstąpieniu od umowy na warunkach określonych w art. 635 kc.

Gdyby jednak okazało się, że przyjmujący zamówienie mógł w normalnym toku czynności dokończyć dzieło w przepisany terminie, oświadczenie o odstąpieniu od umowy nie wywoła skutku odstąpienia. Najważniejsze jest więc dokonanie oceny czy opóźnienie to jest na tyle istotne, że nie jest prawdopodobne ukończenie dzieła w czasie umówionym. Samo zatem opóźnienie, a nawet zwłoka w rozpoczęciu wykonywania dzieła nie są wystarczające do przyjęcia, że zamawiający może skorzystać z prawa do odstąpienia od umowy. Interpretacja tego przepisu nie może się dokonać w oderwaniu od art. 491 § 1 kc. Ma to oznaczać, że gdyby cel zobowiązania dało się osiągnąć mimo opóźnienia w świadczeniu przyjmującego zamówienie, nie przekraczając przy tym kryterium odpowiedności z art. 491 § 1 kc, to zamawiający powinien wezwać przyjmującego do spełnienia świadczenia.

Oceniając zaistniały stan faktyczny przez pryzmat litery prawa odwołujący wskazuje, że można stwierdzić dwie okoliczności. Po pierwsze nie zaistniało żadne opóźnienie, które by wykluczało ukończenie dzieła w terminie. Po wtóre, nawet gdyby konieczność uzupełnienia jakichkolwiek braków spowodowała przedłużenie procedur administracyjnych - z pewnością dzieło zostałoby ukończone zanim niniejsze odwołanie znajdzie się na wokandzie Krajowej Izby Odwoławczej.

Ponadto, oświadczenie o odstąpieniu zostało złożone wykonawcy dnia 2 października 2017 r. Zgodnie z umową powinno ono zasadać się na podstawach, o których zamawiający dowiedział się nie dalej jak przed upływem 14 dni. Oświadczenie o odstąpieniu zostało złożone w formie zwykłej pisemnej i odnoszą się do niego zwykłe zasady składania oświadczeń woli przewidziane Kodeksem cywilnym. W myśl art. 61 § 1 kc „oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią.” W efekcie u podstaw oświadczenia o odstąpieniu powinny leżeć przesłanki, o których zamawiający dowiedział się od 18 września 2017 r. Z tego względu odwołujący czuje się zwolniony z konieczności odwoływania się do przesłanek stwierdzonych przed tą datą.

Rozpoznając po kolei zarzuty zamawiającego odwołujący w pierwszym rzędzie odnosi się do tych, które powtarzają się we wszystkich punktach.

Wspólnym zarzutem jest nieprzedłożenie zamawiającemu we wrześniu 2017 r. dokumentacji przetargowej. Harmonogram zakładał wykonanie i przedłożenie tej dokumentacji po zatwierdzeniu projektu wykonawczego. Wydaje się oczywiste, że nie sposób oddać tego typu dokumentacji dopóki nie wiadomo dokładnie co i w jaki sposób ma zostać wykonane. Ten zarzut jest więc według odwołującego chybiony co do zasady.

Wspólnym zarzutem jest brak w złożonej dokumentacji projektowej warunków technicznych oraz brak uzgodnień, pozwoleń i opinii.

W odniesieniu do tego zarzutu stwierdza, że jest on niezrozumiały. Jedna treść została przepisana do wszystkich punktów dotyczących poszczególnych zadań. Jeśli rzeczywiście zamawiający stwierdził braki w dokumentacji powinien poinformować o tym wykonawcę w sposób precyzyjny. Zresztą zgodnie z par. 4 ust. 5 umowy miał do tego obowiązek, zanim odstąpi od umowy.

Odnosząc się ogólnie do postawionego zarzutu warto zauważyć, że od momentu wejścia w życie ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy - Prawo budowlane tj. od dnia 28 czerwca 2015 r. został zniesiony obowiązek dołączania do projektu budowlanego oświadczeń właściwych jednostek organizacyjnych o zapewnieniu dostaw energii, wody, ciepła i gazu oraz o warunkach przyłączenia do sieci wodociągowych, kanalizacyjnych, ciepłych, gazowych, elektroenergetycznych, telekomunikacyjnych.

Wykonawca nie dołączył warunków technicznych do projektów budowlanych gdyż nie ma takiego obowiązku prawnego. Warto przy tym zauważyć, że to zamawiający jest inwestorem i otrzymuje od wszystkich zarządców mediów te same warunki techniczne, co jego dotychczasowy pełnomocnik - wykonawca. Wobec tego zamawiający ma świadomość czy wykonawca pozyskał te warunki, czy też nie. Oczywiście wykonawca wystąpił z

wnioskami o wydanie opinii dotyczących lokalizacji drogi, kopie wniosków zostały załączone do projektu. Wykonawca uzyskał potrzebne opinie. Pozostałe uzgodnienia również były w trakcie procedur administracyjnych, jednak pozyskanie ich było niemożliwe z powodu np. braku podpisu przedstawiciela Gminy Jabłonna na protokole z narady koordynacyjnej, który stanowi załącznik do wniosku,

W kilku punktach pojawia się także zarzut braku korelacji dokumentacji stworzonej dla poszczególnych zadań. Również ten zarzut jest nieprecyzyjny, nie wyjaśnia bowiem na czym ten brak miałby polegać. Nie sposób więc stwierdzić czy zaistniał, a jeśli tak to jaką metodą i w jakim czasie mógłby być usunięty.

Odnosząc się ogólnie do tego zagadnienia zauważa, że wykonawca miał za zadanie opracować odrębne dokumentacje projektowe dla zadań: 2,3,4,6,7. Z doświadczenia wykonawcy wynika, że nie ma pewności co do realizowania poszczególnych zadań w tym samym czasie. Zamawiający starał się o dofinansowanie z funduszy UE, co może skutkować nie otrzymaniem środków na wszystkie zadania i brakiem realizacji któregoś z nich. Jednocześnie wykonawca uznał za nadrzędny projekt budowy drogi, bez którego nie było możliwe skomunikowanie parkingu oraz placu promocji, a także zapewnienie mediów z uwagi na przebudowę sieci elektroenergetycznej w ramach zadania 4 (budowa drogi) oraz budowy sieci kanalizacji deszczowej. Wykonawca podzielił dokumentację w sposób umożliwiający realizację robót niezależnie od siebie, przy założeniu, że jako pierwsza zostanie zrealizowana droga. Ponadto zadania 6 i 7 nie są w żaden sposób związane z zadaniami 2, 3 i 4, a „korelacja”, o której pisze zamawiający nie byłaby przedmiotem

opracowania na etapie projektu budowlanego. Dlatego ten zarzut jest nie tylko niezrozumiały, ale także niezasadny.

Odnosząc się do zarzutów postawionych dla poszczególnych zadań stwierdza co następuje:

Zadanie 4

- wykonawca wystąpił o wszystkie niezbędne warunki techniczne, m.in. do WZMiUW w dniu 6 września 2017 r.;
- wykonawca wystąpił z wnioskiem o wydanie pozwolenia wodnoprawnego w dniu 1 września 2017 r. Pismem z dnia 27 września 2017 r. zamawiający został poproszony przez Starostę Lubelskiego o wywieszenie informacji 27 września 2017 r. Procedura została zniweczona cofnięciem wniosku przez Zamawiającego, po odstąpieniu od umowy.

Zadanie 2

- zarzut odnoszący się do występowania nazw własnych w dokumentacji nie został skonkretyzowany. Wykonawca nie znalazł w sporządzonym przez siebie projekcie nazw własnych. Jeśli natomiast miałyby to miejsce - wskazanie w dokumentacji nazw własnych nie byłoby celowym działaniem wykonawcy. Wszelkie nazwy wskazujące producenta zostałyby przez wykonawcę niezwłocznie usunięte z opracowania i nie stanowiły istotnej usterki zagrażającej wykonaniu umowy w terminie;
- rozwiązania projektowe oświetlenia w zakresie, o którym pisze zamawiający jest przedmiotem opracowania projektu wykonawczego, a nie budowlanego;
- cała dokumentacja projektowa została złożona zamawiającemu celem sprawdzenia przyjętych rozwiązań projektowych na etapie projektu budowlanego. Informacja BIOZ nie podlega merytorycznej ocenie, wobec tego Wykonawca nie przedłożył jej do sprawdzenia. Informacja BIOZ została dołączona do projektu budowlanego złożonego do Starostwa Powiatowego w Lublinie w dniu 29 września 2017 r.;
- brak poświadczenia mapy do celów projektowych jest drobną usterką możliwą do bezzwłocznego usunięcia.

Zadanie nr 3

- braki w dokumentacji dotyczącej instalacji sanitarnych wynikały wyłącznie z pomyłki odwołującego. Dokumentacja w tym zakresie została wydrukowana, lecz nie została załączona do projektów. Gdyby Zamawiający wezwał do jej uzupełnienia w myśl par. 4 ust. 5 umowy, zostałyby to niezwłocznie zrobione;
- kolejne zarzuty nie zostały skonkretyzowane. Dokumentacja projektowa może różnić się od koncepcji w niewielkim zakresie niemożliwym do przewidzenia na etapie przygotowywania koncepcji i w wyniku uszczegółowienia projektu i koordynacji branżowej;

- zamawiający nie zadał sobie trudu skonkretyzowania, w których dokumentach występują różnice dotyczące miejsc parkingowych. W ocenie odwołującego takie różnice nie występują.
- kwestia zaprojektowania niewłaściwej nawierzchni jest przykładem przekroczenia przez zamawiającego swoich kompetencji. Zarzut ten nie zawiera rzetelnego uzasadnienia.

Zadanie nr 6 i 7

- dokument potwierdzający aktualne uprawnienia jednej z osób wskazanych przez zamawiającego był w posiadaniu wykonawcy i mógł zostać przedłożony zamawiającemu na wezwanie;
- pozostałe zarzuty zostały omówione powyżej. Kwestia wyposażenia siłowni była przedmiotem uzgodnień. Wykonawca wysłał do zamawiającego wiadomość e-mail dnia 4 września 2017 r. ale nie otrzymał na niego żadnej odpowiedzi.

Odwołujący wskazuje, że odniesienie się do ogólnikowych zarzutów jest bardzo trudne. Gdyby zamawiający zastosował się do procedury wynikającej z par. 4 ust. 5 umowy, wówczas miałby obowiązek wezwać wykonawcę do poprawienia lub uzupełnienia projektów i wszystkie kwestie siłą rzeczy zostałyby skonkretyzowane. Zamiast tego zamawiający po stwierdzeniu kilku nieistotnych usterek lub braków w dokumentacji sporządził pismo odstępujące od umowy. W ocenie odwołującego odstąpienie od umowy 53/2017 jest zupełnie bezzasadne.

W dniu 24 stycznia 2018 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o:

- 1) oddalenie odwołania;
- 2) zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego od odwołującego na rzecz zamawiającego;
- 3) przeprowadzenie dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach sprawy oraz z wyroku

KIO z dnia 11 grudnia 2017 r., sygn. akt KIO 2522/17 (w aktach sprawy) na okoliczności wskazane w uzasadnieniu;

- 4) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków:
 - a) A. S.
 - b) D. S.,

na okoliczność, niewykonania przedmiotowej umowy przez wykonawcę z przyczyn leżących po stronie wykonawcy co doprowadziło do odstąpienia od umowy nr 53/2017 z dnia 22 maja 2017 r., a tym samym podstaw do wykluczenia wykonawcy w niniejszym postępowaniu;

- 5) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa na okoliczność, niewykonania przedmiotowej umowy przez wykonawcę z przyczyn leżących po stronie wykonawcy co doprowadziło do odstąpienia od umowy nr 53/2017 z dnia 22 maja 2017 r., a tym samym podstaw do wykluczenia wykonawcy w niniejszym postępowaniu.

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

Na wstępie Izba ustaliła, że odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Podobnie jak w sprawie zakończonej wyrokiem z dnia 11 grudnia 2017 r. oznaczonej sygn. akt 2522/17 zawnioskowane przez zamawiającego dowody (dowody z dokumentów, zeznań świadków oraz z opinii biegłego), jak również dowód z przesłuchania świadka

zawnioskowany przez odwołującego i dowód z dokumentu w postaci pisma z dnia 15 listopada 2017 r. zatytułowanego „Odpowiedź na wezwanie do zapłaty” zostały powołane, w ocenie Izby, na okoliczność pozostającą poza zakresem zaskarżenia.

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

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

Tym samym treść art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp determinuje realizację obowiązku ujętego w treści art. 92 ust. 1 ustawy Pzp przez szczegółowe wykazanie w ramach uzasadnienia prawnego i faktycznego przesłanek, które swoim zakresem wpisują się w treść hipotezy normy prawnej ujętej w tym przepisie.

Ponadto zdaniem Izby wnioskowane powyżej dowody dotyczące przesłanek odstąpienia oraz okoliczności realizacji zobowiązań z umowy nr 53/2017 w sytuacji niewyczerpującego podania uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności wykluczenia odwołującego doprowadziłyby do nieuzasadnionego wydłużenia postępowania odwoławczego. Przy tym należy dodać, że postępowanie przed Izbą, tak samo jak postępowanie o udzielenie zamówienia, jest postępowaniem formalnym, opartym przede wszystkim o pisemne dokumenty, a postępowanie dowodowe prowadzi się do zamknięcia rozprawy, do momentu, w którym skład orzekający uzna sprawę za dostatecznie wyjaśnioną. Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego powinny dążyć do udowodnienia swoich twierdzeń na podstawie dokumentów. Na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp Izba odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki.

Mając powyższe na uwadze Izba odmówiła przeprowadzenia postępowania dowodowego we wskazanym powyżej zakresie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem pismem z dnia 17 stycznia 2018 r. (sygn. IRO.271.8.2017.DS), w tym w szczególności z treści: ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez odwołującego, jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia publicznego, a w szczególności z treści pisma z dnia 5 stycznia 2018 r. zawierającego oświadczenie woli zamawiającego o wykluczeniu odwołującego z postępowania oraz wyroku z uzasadnieniem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 grudnia 2017 r sygn. akt KIO 2522/17.

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

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje.

Zamawiający w dokumentacji przetargowej (podpunkty 4.1.1 SIWZ oraz III.2.2) ogłoszenia o zamówieniu) przewidział możliwość wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu w dniu 10 listopada 2017 r. nastąpiło otwarcie ofert. W zakresie części II postępowania w ramach zadania 4 i 5 ofertę złożył także odwołujący.

W dniu 22 listopada 2017 r. zamawiający poinformował odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp wskazując, że LubCom Spółka z o.o. z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał wcześniejszej umowy nr 53/2017 zawartej w dniu 22 maja 2017 r., co doprowadziło do rozwiązania umowy przez zamawiającego z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca. Zamawiający w powyższej informacji wskazał również, że ofertę wykonawcy wykluczonego z postępowania uznaje się za odrzuconą.

Na powyższą czynność odwołujący wniósł odwołanie, którego efektem był wyrok Izby z dnia 11 grudnia 2017 r. sygn. akt KIO 2522/17. Zgodnie z niniejszym wyrokiem Izba

uwzględniła odwołania i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania oraz nakazała powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

W wyniku tego zamawiający w dniu 5 stycznia 2018 r. po raz kolejny poinformował odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp podając uzasadnienie prawne i faktyczne. Zamawiający w powyższej informacji wskazał również, że ofertę wykonawcy wykluczonego z postępowania uznaje się za odrzuconą.

Na powyższą czynność odwołujący wniósł odwołanie.

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

Jak wskazano powyżej zamawiający w piśmie z dnia 5 stycznia 2018 r. stanowiącym informację o wykonawcach wykluczonych i ofertach uznanych za odrzucone poinformował odwołującego o wykluczeniu go z przedmiotowego postępowania. W piśmie tym zamawiający podał uzasadnienie prawne i faktyczne tej czynności.

W części stanowiącej uzasadnienie prawne zamawiający przedstawił treść art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp z podaniem interpretacji zawartych w tym przepisie przesłanek oraz prawnych konsekwencji tego ustalenia dla odwołującego.

Natomiast w części stanowiącej uzasadnienie faktyczne zamawiający podał: chronologię działań zmierzających do odstąpienia od umowy nr 53/2017, uchybienia jakie stwierdził w przekazanej dokumentacji dla zadań 2, 3, 4, 6 i 7 wskazując łącznie 49 takich uchybień, powody odstąpienia odnosząc się do par. 9 ust. 1 umowy nr 53/2017 oraz najbardziej istotne przyczyny, które zadecydowały o podjęciu decyzji o odstąpieniu dla zadań 2, 3, 4, 6 i 7 wskazując łącznie 34 takich przyczyn.

W ocenie Izby kluczowa jest analiza powodów odstąpienia w kontekście przesłanek kontraktowych wynikających z umowy 53/2017. Zamawiający w tym aspekcie wyjaśnił, że zgodnie „z par. 9 ust. 1 przedmiotowej umowy, Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy w całości, gdy Wykonawca realizuje prace projektowe niezgodnie z umową, przepisami prawa, wymogami technicznymi i normami, odstąpienie od umowy w taki przypadku może nastąpić w terminie 14 dni od powzięcia wiadomości o powyższych okolicznościach. Ponadto Zamawiający może odstąpić od umowy jeżeli Wykonawca opóźnia się z rozpoczęciem lub wykończeniem dzieła tak dalece, że nie jest prawdopodobne, żeby zdołał je ukończyć w czasie umówionym, zamawiający może bez wyznaczania terminu dodatkowego od umowy odstąpić jeszcze przed upływem terminu do wykonania dzieła, odstąpienie od umowy w takim przypadku może nastąpić w terminie 14 dni od powzięcia wiadomości o powyższych okolicznościach”.

Przesłanki te zawarte zostały dokładnie w par. 9 ust. 1 tiret 4 i 5 umowy nr 53/2017, których treść stanowi, że zamawiającemu „przysługuje prawo odstąpienia w całości od umowy w następujących okolicznościach:

[...]

- Wykonawca realizuje prace projektowe niezgodnie z umową, przepisami prawa, wymogami technicznymi i normami, odstąpienie od umowy w taki przypadku może nastąpić w terminie 14 dni od powzięcia wiadomości o powyższych okolicznościach;

- jeżeli Wykonawca opóźnia się z rozpoczęciem lub wykończeniem dzieła tak dalece, że nie jest prawdopodobne, żeby zdołał je ukończyć w czasie umówionym, zamawiający może bez wyznaczania terminu dodatkowego od umowy odstąpić jeszcze przed upływem terminu do wykonania dzieła, odstąpienie od umowy w takim przypadku może nastąpić w terminie 14 dni od powzięcia wiadomości o powyższych okolicznościach”.

Zgodnie z treścią art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp z „postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania”. Analiza tego przepisu wskazuje, że rozwiązanie umowy jest w tym wypadku jedynie skutkiem niewykonania lub nienależytego wykonania wcześniejszej umowy. Do tego elementem warunkującym zastosowanie tej fakultatywnej przesłanki jest niewykonane lub nienależyte wykonanie umowy i to w stopniu istotnym. Tym samym oprócz wskazania na okoliczność rozwiązania umowy, jak w niniejszym wypadku, podmiot zamawiający winien wskazać, dokładne powody odstąpienia, mające swoje źródło w postanowieniach wcześniejszej umowy.

Zamawiający w przedmiotowym przypadku wykonując nakaz wynikający z wyroku Izby o sygn. 2522/17 wyraźnie rozbudował uzasadnienie faktyczne w zakresie powodów wykluczenia odwołującego podając bardzo dużą ilość faktów oraz stwierdzonych uchybień jednak w dalszym ciągu nie podał wyjaśnień w kontekście najważniejszego dokumentu dla odstąpienia od umowy, a przez to czynności wykluczenia odwołującego tj. umowy nr 53/2017.

Zamawiający w informacji z dnia 5 stycznia 2018 r. nie podał jakie prace projektowe odwołujący przy realizacji wcześniejszej umowy realizował niezgodnie z umową, przepisami prawa, wymogami technicznymi i normami. W licznych wskazanych uchybieniach

zamawiający nie podał na czym polegała niezgodność z umową prac odwołującego. Jednym wyjaśnieniem najbardziej istotnych przyczyn, które zdecydowały o podjęciu decyzji o odstąpieniu od umowy a następnie wykluczeniu odwołującego to rażąca niekompletność przekazanej dokumentacji oraz „fakt, że dokumentacja ta nie spełnia wymogów Rozporządzenia Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 25 kwietnia 2012 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego (Dz. U. z 2012 r., poz. 462 t.j.)”. Zamawiający nie wyjaśnił w jakim zakresie dokumentacja przekazana przez odwołującego nie spełniała wymogów tego rozporządzenia, ani wyraźnie nie wykazał dlaczego była ono rażąco niekompletna. W przedmiotowym przypadku do odstąpienia od umowy nr 53/2017 doszło znacznie przed upływem terminu jej wykonania (zakreślonym na dzień 22 grudnia 2017 r.), zatem uzasadnienie takiej przyczyny odstąpienia powinno w ocenie Izby wyraźnie wskazywać fakt niemożności wykonania umowy w związku ze złożeniem niekompletnych dokumentów przez odwołującego.

W sposób niewystarczający została także uzasadniona w ocenie Izby druga przesłanka kontraktowa, na którą powołuje się odwołujący. Zamawiający nie udowodnił w sposób wystarczający charakteru oraz zakresu tak dalekich opóźnień w wykończeniu dzieła przez odwołującego, że nie jest prawdopodobne, żeby zdołał je ukończyć w czasie umówionym. Warto jeszcze raz podkreślić, że od odstąpienia od umowy nr 53/2017 doszło przed upływem terminu jej wykonania, a w ocenie Izby zamawiający nie podał argumentów pozwalających jednoznacznie stwierdzić, że doszło do jakiegokolwiek opóźnienia przy realizacji umowy nr 53/2017, za które odpowiedzialny byłby odwołujący.

W ocenie Izby nienależyte wykonanie umowy oznacza wykonanie jej w sposób odbiegający od treści umowy. Natomiast jak to zostało wskazane powyżej zamawiający nie wyjaśnił w jaki sposób odwołujący wykonywał umowę nr 53/2017 w sposób odbiegający od jej treści.

Jak słusznie zauważył odwołujący stwierdzenie naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp ma doniosłe znaczenie dla wykonawcy wobec którego zostało stwierdzone ponieważ może znacznie ograniczyć jego udział na rynku usług objętych danym zamówieniem lub nawet go z niego wykluczyć. W związku z tym zamawiający powinni dochowywać szczególnej staranności przy sporządzaniu uzasadnienia na okoliczność wykluczenia wykonawcy na tej podstawie. W ocenie Izby uzasadnienie wykluczenia wykonawcy, w oderwaniu od przesłanek wynikających z umowy będącej podstawą tej czynności jest niewystarczające. Zgodnie z treścią art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp przesłanką wykluczenia jest leżące po stronie wykonawcy niewykonanie lub nienależyte wykonanie w istotnym stopniu wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co dopiero w konsekwencji powinno skutkować rozwiązaniem umowy lub zasądzeniem odszkodowania. Tym samym samo odstąpienie od umowy jest jednym z elementów konstrukcji tego przepisu i to elementem wtórnym oraz wynikowym. Najistotniejsze i konieczne do wykazania przez zamawiającego jest niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w cywilistycznym rozumieniu tych pojęć oraz jednocześnie wykazanie, że odnosi się ono do istotnej części umowy i, że odpowiedzialność za taki stan rzeczy ponosi wykonawca. Choć odstąpienie od umowy jest oświadczeniem woli o charakterze prawnokształtującym nie oznacza, że nie może ono być wadliwe lub bezskuteczne. Jak każde oświadczenie woli, którego skuteczność

zależy od spełnienia określonych warunków przede wszystkim kontraktowych, może być skutecznie kwestionowane przez jego adresata. Zrealizowane przez zamawiającego odstąpienie od umowy ma charakter sankcyjny i trudno wyobrazić sobie w praktyce sytuację, aby jego adresat zgodził się z takim stanem rzeczy (zob. uzasadnienie do wyroku z dnia 11 grudnia 2017 r sygn. akt KIO 2522/17).

W związku z tym stanowisko zamawiającego powinno odnosić się do konkretnych okoliczności, które przede wszystkim mają swoje umocowanie w umowie z której sposobu realizacji zamawiający wywodzi tak doniosły skutek dla wykonawcy jakim jest jego wykluczenie z postępowania.

Reasumując Izba uznała, że zamawiający dokonując czynności wykluczenia odwołującego z postępowania nie sprostął obowiązkom wynikającym z treści art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, który w przypadku wykluczenia wykonawcy obliguje podmiot zamawiający do podania uzasadnienia prawnego oraz faktycznego. Powyższe wynika w szczególności powiązania tego przepisu z treścią normy prawnej ujętej w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, która w swojej hipotezie sankcję w postaci wykluczenia wiąże nie tylko z faktem odstąpienia od umowy, ale przede wszystkim z koniecznością wykazania, że doszło do niewykonania umowy lub, że doszło do jej nienależytego wykonania, i że mają one charakter zawiniony (leżący po stronie wykonawcy) a także odnoszą się do istotnych elementów zobowiązania. Zamawiający dokonał ustaleń w tym zakresie, jednak w ocenie Izby były one niewystarczające ponieważ zamawiający w dalszym ciągu nie podał jednoznacznej i skonkretyzowanej podstawy prawnej jak i faktycznej tej czynności tak aby wnosząc środek ochrony prawnej wykonawca posiadał pełną wiedzę, co do podstaw jego wykluczenia oraz aby odwołujący mógł się do tych podstaw odnieść składając odwołanie

Izba podobnie jak w sprawie o sygn. 2522/17 uwzględniając zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 92 ust. 1 ustawy Pzp nie poddała analizie zarzutu z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp - zgłoszonego jak wynika z treści odwołania jako zarzutu ewentualnego. Analiza tego przepisu może nastąpić wówczas, gdy obie Strony sporu będą miały równe szanse wypowiedzenia się odnośnie powodów odstąpienia od umowy.

Wobec powyższego na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący: