

**WYROK**  
**z dnia 26 marca 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Irmina Pawlik  
Anna Packo  
Aleksandra Patyk

**Protokolant:** Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 marca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 marca 2018 r. przez wykonawcę **P.W.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **EMA P.W. w Białymstoku** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku**

przy udziale wykonawcy **ManBroker Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku** unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego **P.W.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **EMA P.W. w Białymstoku** z postępowania i odrzucenia jego oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **P.W.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **EMA P.W. w Białymstoku** tytułem wpisu od odwołania;

- 2.2. zasądza od zamawiającego **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku** na rzecz odwołującego **P.W.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **EMA P.W. w Białymstoku** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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 Białymstoku**.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest obsługa Punktów Zimowego Utrzymania Dróg (PZUD) w Rejonach Augustów, Białystok, Bielsk Podlaski, Łomża, Suwałki i Zambrów.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 10 stycznia 2018 r. pod numerem 2018/S 006-009256. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm., dalej „Ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy Pzp.

W dniu 12 marca 2018 r. wykonawca EMA P.W.(dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 5 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 Ustawy Pzp przez ich bezpodstawne zastosowanie z powołaniem się na fakt odstąpienia (rozwiązania) przez Zamawiającego wcześniejszej umowy z Odwołującym oraz nieuzasadnioną ocenę, że rozwiązanie umowy spowodowane było jej nienależytym wykonaniem w istotnym stopniu z przyczyn leżących po stronie Odwołującego, podczas gdy nienależyte wykonanie umowy (i) nie miało charakteru istotnego, (ii) wynikało z przyczyn leżących także po stronie Zamawiającego, zaś oświadczenie o odstąpieniu od umowy zostało przez Zamawiającego złożone bezpodstawnie i niezgodnie z postanowieniami umowy, a tym samym (iii) rozwiązanie umowy było wadliwe, oraz
2. naruszenie art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp przez zastosowanie sankcji wykluczenia Odwołującego we wskazanych wyżej okolicznościach z naruszeniem zasady proporcjonalności;

względnie - z ostrożności, na wypadek uznania, że sam fakt rozwiązania wcześniejszej umowy przez Zamawiającego może stanowić samoistną i wystarczającą przesłankę wykluczenia wykonawcy, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, bez konieczności badania podstaw rozwiązania tej umowy (w szczególności: stopnia nienależytego wykonania i pozostałych okoliczności rozwiązania umowy), Odwołujący czynności Zamawiającego zarzucił:

3. naruszenie art. 92 ust. 1a ustawy Pzp przez zaniechanie jego zastosowania w oparciu o niezgodne z faktami stwierdzenie, że Odwołujący „nie przedłożył żadnych dowodów na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności” oraz że „w złożonych przez Wykonawcę dokumentach opisane zostały tylko okoliczności kwestionujące podstawy złożonego mu oświadczenia o odstąpieniu od umowy”, polegające tym samym na niedokonaniu wyjaśnienia powodów uznania za niewystarczające złożonych przez Odwołującego dowodów, o których mowa w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, oraz
4. naruszenie art. 24 ust. 9 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie ich zastosowania w oparciu o bezpodstawne i nieproporcjonalne do okoliczności sprawy uznanie samooczyszczenia dokonanego przez Odwołującego za nieskuteczne z tego powodu, że Odwołujący „nie przyznaje się do winy” oraz że ze złożonych przez niego dokumentów nie wynika „uznanie przez Wykonawcę faktu, że popełnił czyn niedozwolony, skutkujący poniesieniem stosownej kary, której poddał się dobrowolnie,” oraz
5. naruszenie art. 24 ust. 5 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp przez ich bezpodstawne zastosowanie we wskazanych wyżej okolicznościach.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz uznania jego oferty za odrzuconą, oraz
2. dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący wskazał, iż wszelkie okoliczności dotyczące wykonywania wcześniejszej, rozwiązanej umowy były Zamawiającemu znane niezależnie od oświadczenia Odwołującego o samooczyszczeniu jako, że była to umowa łącząca Odwołującego z Zamawiającym. Wskazał również, iż reagował niezwłocznie, na zgłaszane przez Zamawiającego sytuacje jeszcze w trakcie wykonywania umowy, przed oświadczeniem Zamawiającego o odstąpieniu, a zatem działania naprawcze miały miejsce przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, o czym Zamawiający miał pełną wiedzę, potwierdzoną posiadanymi przez niego dokumentami. W tym stanie rzeczy środki podejmowane przez Odwołującego dla zapobieżenia podobnym sytuacjom w przyszłości były Zamawiającemu znane jeszcze przed złożeniem przez Odwołującego w sposób formalny dowodów, o których mowa w art. 24 ust. 8 Ustawy Pzp. Odwołujący zwrócił także uwagę, iż incydentalne przypadki nienależytego wykonania wcześniejszej umowy z Zamawiającym, przywołane jako podstawa odstąpienia od umowy, zaistniały wskutek błędów

jednego pracownika Odwołującego. Były to błędy konkretnej osoby a nie następstwa złej organizacji świadczenia usług przez Odwołującego. Wspomniana osoba posiadała wymagane umiejętności i doświadczenie, a wszystkie błędy miały miejsce w krótkim, trzydniowym okresie pełnienia przez nią zastępstwa. Bezpośrednio po incydencie pracownicy Zamawiającego nadzorujący pracę tej osoby wyrazili wolę kontynuowania przez nią pełnionego zastępstwa. Formalne zastrzeżenia co do jakości pracy wspomnianej osoby Zamawiający zgłosił dopiero kilka dni po zakończeniu zastępstwa, gdy wspomniana osoba nie wykonywała już pracy na tym stanowisku. W związku z zaistniałymi zdarzeniami, Odwołujący odsunął na przyszłość tę osobę od wykonywania zakwestionowanych czynności na rzecz Zamawiającego, choć sam Zamawiający tego nie żądał. Odwołujący zakończył ze wspomnianą osobą umowę o pracę i zapobiegł w ten sposób możliwości wystąpienia takich zdarzeń w przyszłości. Było to działanie konieczne ale i wystarczające dla osiągnięcia wspomnianego celu.

Odwołujący wskazał także na inne postępowanie na usługi tożsame z zamawianymi obecnie, w którym Zamawiający wykluczył Odwołującego nie dając mu szans na samooczyszczenie, pomimo że odstąpienie od umowy miało miejsce już po złożeniu oferty. Odwołujący zwrócił ponadto uwagę na następne postępowanie, w którym Zamawiający nie stosował fakultatywnych podstaw wykluczenia wykonawców i dokonał wyboru oferty Odwołującego w przypadku 4 spośród 6 części. Zdaniem Odwołującego rezygnacja ze stosowania fakultatywnej podstawy wykluczenia w powyższym postępowaniu była zapewne podyktowana chęcią umożliwienia Odwołującemu skutecznego ubiegania się o udzielenie tego zamówienia oraz wykonania przez niego zamówienia w okresie zimowym, w którym usługa utrzymania PZUD jest niewaligiczna i szczególnie istotna dla Zamawiającego - ponieważ to Odwołujący ma największe doświadczenie i sprawdzony personel o najlepszych kwalifikacjach do świadczenia tej usługi. Umowa w sprawie zamówienia publicznego została przez Odwołującego wykonana należycie.

Odnosząc się do sytuacji uchybienia przez Odwołującego terminowi na złożenie oświadczenia dotyczącego pracowników zgłaszanych na nieplanowane zastępstwo, Odwołujący wskazał m.in., iż natychmiast po zgłoszeniu przez pracownika złego samopoczucia (25.07.2017 r.) zgłosił ten fakt telefonicznie Zamawiającemu i poprosił o możliwość przeszkolenia na zastępstwo nowej osoby. Tego samego dnia Odwołujący złożył oświadczenie dotyczące pracownika zgłaszanego na zastępstwo. Ponadto Odwołujący zorganizował zastępstwo innej osoby, która wcześniej pracowała na rzecz Zamawiającego na tym samym stanowisku i również złożył oświadczenie dotyczące tej osoby. Zamawiający obciążył Odwołującego karą umowną powołując się na art. 3 ust. 5 umowy, zgodnie z którym Odwołujący powinien był przedłożyć Zamawiającemu propozycję zmiany osoby nie później

niż 5 dni przed planowanym skierowaniem tej osoby do realizacji zamówienia. Ponadto w piśmie z dnia 14 września 2017 r. Zamawiający poinformował, iż powyższe zdarzenie to przejaw nienależytego wykonania umowy, a doręczane pismo stanowi „pierwsze ostrzeżenie” o którym mowa w § 11 lit. f umowy. W ocenie Odwołującego przedmiotowe zdarzenie nie stanowiło przejawu nienależytego wykonania zamówienia ani naruszenia postanowień umowy. Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę, iż nie zostało ono udokumentowane protokołem, jak tego wymagał § 2 ust. 2 umowy w zw. z OPZ, Szczegółowy zakres, Część I, Informacje ogólne, punkt 6, jak również, że złożenie oświadczenia dotyczącego zatrudniania pracowników nie jest „świadczeniem usługi” ale co najwyżej świadczeniem akcesoryjnym - obowiązkiem formalnym w ramach zamówienia, towarzyszącym świadczeniu usługi. Odwołujący wskazał również, że zastępstwo na czas zwolnienia lekarskiego nie może być uznane za planowane skierowanie nowej osoby do pracy, o którym mowa w § 3 ust. 5 umowy.

Odnosząc się do incydentu związanego z zagubieniem gwarancji ubezpieczeniowej, Odwołujący wskazał, iż sytuacja ta miała miejsce w pierwszym dniu pełnienia zastępstwa przez osobę zgłoszoną na miejsce pracownika będącego na urlopie, tj. w dniu 12.09.2017 r. Odwołujący pojawił się w miejscu tego zdarzenia (POK) i uczestniczył w poszukiwaniu zaginionego dokumentu. Odwołujący zapytał także o potrzebę zmiany osoby zastępującej, Zamawiający takiej potrzeby jednak nie zgłosił. Dokument gwarancji został odnaleziony - zabrał go przypadkowo wraz z innymi dokumentami z POK pracownik Zamawiającego. Odwołujący podniósł także, że powyższe zdarzenie nie zostało udokumentowane protokołem, pomimo takiego obowiązku umownego. W tym samym dniu miało miejsce drugie zdarzenie podnoszone przez Zamawiającego, opisane w notatce służbowej datowanej na 13.09.2017 r., polegające na nie przyniesieniu pisma do sekretariatu celem rejestracji tego samego dnia. Zdarzenie to również nie zostało udokumentowane protokołem. Odwołujący zwrócił także uwagę, iż pismo wpłynęło po godzinie urzędowania POK, a zatem wymaganie przekazywania dokumentów do sekretariatu po godzinach pracy POK jest niezgodne z umową. Brak przekazania w danym dniu dokumentu wpływającego po godzinie 15.30 zdaniem Odwołującego nie stanowi zatem nienależytego wykonania zamówienia, a tym bardziej - nienależytego wykonania w stopniu istotnym. Odnosząc się do zdarzenia z dnia 14.09.2017 r., polegającego na przekazaniu do sekretariatu pisma, które powinno być wysłane do urzędu (pismo zostało zwrócone do POK celem wysłania), Odwołujący wskazał, iż miało ono charakter omyłki, która powinna natychmiast zostać dostrzeżona i sprostowana „od ręki” w sekretariacie Zamawiającego. W ocenie Odwołującego zdarzenie to nie stanowi nienależytego wykonania zamówienia w stopniu istotnym. Odwołujący zwrócił ponadto uwagę, iż o drugim zdarzeniu z 12.09.2017 r. oraz o zdarzeniu z 14.09.2017 r. Zamawiający

poinformował Odwołującego w piśmie z dnia 18.09.2017 r. Wszystkie pisma (w tym pismo zawierające „pierwsze ostrzeżenie”) zostały Odwołującemu doręczone w tym samym dniu (18.09.2017 r.) i zawierały informacje, że stanowią one ostrzeżenia, o których mowa w § 11 lit. f umowy, w trzecim piśmie Zamawiający poinformował ponadto, że zostaną podjęte kroki celem odstąpienia od umowy.

W ocenie Odwołującego nie dopuścił się on istotnego nienależytego wykonania wcześniejszej umowy z Zamawiającym a złożenie przez Zamawiającego oświadczenia o odstąpieniu od umowy było bezpodstawne. Niemniej, mając na uwadze, iż w związku z odstąpieniem od umowy nastąpiło zaprzestanie świadczenia usług Odwołujący z ostrożności, na wypadek uznania, że sam fakt rozwiązania wcześniejszej umowy przez Zamawiającego może stanowić samoistną i wystarczającą przesłankę wykluczenia wykonawcy bez konieczności badania podstaw rozwiązania tej umowy w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego złożył oświadczenie w JEDZ w zakresie „samooczyszczenia,” dokonał jego uszczegółowienia w załączniku do JEDZ oraz złożył dokumenty, o których mowa w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał m.in., iż większość dowodów kwestionujących podstawy odstąpienia od umowy stanowią równocześnie dowody czynności podjętych przez Odwołującego w celu utrzymania należytej jakości usług, a więc dowody zapobiegania nieprawidłowościom - wystarczające do wykazania rzetelności Odwołującego, jednak Zamawiający zaniechał wyjaśnienia powodów uznania za niewystarczające przedłożonych przez Odwołującego dowodów, o których mowa w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp. Ponadto Odwołujący wskazał na najważniejsze jego zdaniem okoliczności wykazujące jego rzetelność, m.in. na przeszkolenie i zgłoszenie kilku osób mogących potencjalnie pełnić zastępstwo w przypadkach losowych na kilku stanowiskach, w tym stanowisku POK, na którym incydent zaistniał, zakończenie stosunku pracy z osobą odpowiedzialną za zdarzenia wskazywane przez Zamawiającego. Odwołujący zwrócił także uwagę, iż kolejny pracownik skierowany do pracy na przedmiotowe stanowisko i pracujący do czasu rozwiązania umowy z Odwołującym został następnie zatrudniony przez samego Zamawiającego. W ocenie Odwołującego okoliczność ta stanowi dowód, że zastrzeżenia Zamawiającego dotyczyły wyłącznie pracy jednej osoby natomiast praca innych osób była oceniana pozytywnie. Wskazał również, że nadal wykonuje rzetelnie i należyście zamówienie w części III, udzielone w ramach tego samego postępowania, w wyniku którego doszło do zawarcia wcześniejszej umowy rozwiązanej (tj. umowy w części I zamówienia) oraz wykonuje zamówienie w części II, udzielone (po unieważnieniu wspomnianego postępowania w zakresie tej części) w późniejszym, powtórzonym postępowaniu. Świadczenie tych usług przebiega bez zastrzeżeń ze strony Zamawiającego. Z uwagi na powyższe zdaniem Odwołującego nawet w przypadku uznania, że sam fakt rozwiązania

umowy z Zamawiającym stanowi wystarczającą przesłankę wykluczenia wykonawcy, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, to Odwołujący dokonał skutecznego samooczyszczenia, o którym mowa w art. 24 ust. 8 Ustawy Pzp, w związku z czym zgodnie art. 24 ust. 9 Ustawy Pzp Odwołujący nie podlega wykluczeniu.

W dniu 23 marca 2018 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Zdaniem Zamawiającego warunkiem koniecznym do przywrócenia statusu rzetelnego wykonawcy jest nie tylko dołączenie przez wykonawcę do oferty stosownych dokumentów, lecz dokumentów, z których treści wynika uznanie rzez wykonawcę faktu, że popełnił on czyn niedozwolony, skutkujący poniesieniem stosownej kary, której poddał się dobrowolnie. W przedstawionych przez Odwołującego dokumentach nie znajduje się przyznanie przez niego, że nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę, co doprowadziło do rozwiązania umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Przeciwnie - Odwołujący nie potwierdza, że zaistniały okoliczności wskazane w art. 24 ust 5 pkt 4 Ustawy Pzp. Z uwagi na fakt utajnienia części oferty Zamawiający wskazał jedynie, że w złożonych przez Odwołującego dokumentach opisane zostały tylko okoliczności kwestionujące podstawy złożonego oświadczenia o odstąpieniu od umowy z dnia 01.02.2017 r. Ponadto Zamawiający wskazał, iż Odwołujący nałożonych kar nie uścił dobrowolnie lecz zostały mu one potrącone z faktur. Ponadto zdaniem Zamawiającego wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 24 ust. 8 Ustawy Pzp Odwołujący nie przedłożył żadnych dowodów na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Zamawiający wskazał, że także w treści odwołania Odwołujący nie zawarł żadnych wyjaśnień ani wskazań odnoszących się do dowodów które mogłyby uzasadnić skuteczność oświadczenia o samooczyszczeniu. W ocenie Zamawiającego skuteczność takiego oświadczenie jest uzależniona od przyznania okoliczności, które zaważyły na przyczynach rozwiązania poprzedniej umowy oraz przedstawienia dowodów na okoliczność naprawienia bądź wyeliminowania tych okoliczności w sposobie działania/strukturze organizacyjnej itp. Odwołującego. Oświadczenie o samooczyszczeniu w ocenie Zamawiającego nie może być bowiem złożone „na wszelki wypadek” bądź z ostrożności w celu poddania badaniu przez Zamawiającego i do jego oceny czy słusznym i zasadnym było jego złożenie czy też taki akt nie był wymagany. Zamawiający wskazał ponadto, że w treści złożonego odwołania Odwołujący w przeważającej części skupia się na opisie swojego stanowiska i okoliczności w jakich w jego rozumieniu doszło do rozwiązania poprzedniej umowy. W ocenie Zamawiającego okoliczności te nie mogą być kwestionowane w postępowaniu przed KIO. Jeżeli Odwołujący nie zgadza się ze sposobem rozwiązania umowy, z okolicznościami które taki sposób jej rozwiązania uzasadniały, z naliczeniem kar umownych bądź ich potrąceniem to jedyny skuteczny sposób podważenia tych okoliczności



bądź wykazania, że były one inne lub w ogóle nie zaistniały to odpowiednie postępowanie sądowe odnośnie tych czynności przed sądem powszechnym. Zdaniem Zmawiającego ocena Krajowej Izby Odwoławczej co do zdarzeń które legły u podstaw odstąpienia od umowy poprzednio zawartej z odwołującym jest w znacznym stopniu ograniczona, głównie co do faktu czy miały one miejsce, a w konkluzji czy umowa została rozwiązana oraz w jaki sposób (odstąpienie przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy). W ocenie Zmawiającego KIO nie jest organem uprawnionym do oceny skutków czynności prawnych dokonanych już w okresie wykonywania umowy, a nie w postępowaniu przetargowym. Wobec powyższego, a w szczególności wobec braku skutecznego zakwestionowania ich ważności (np. skuteczności oświadczenia o odstąpieniu, bądź naliczenia kar umownych — w postępowaniu sądowym) brak jest możliwości do dokonania ustaleń odmiennych w niniejszym postępowaniu.

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

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów Ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 Ustawy Pzp.

Na posiedzeniu w dniu 23 marca 2018 r. Izba stwierdziła skuteczność zgłoszenia przystąpienia przez wykonawcę ManBroker Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku (dalej jako „Przystępujący”). Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 marca 2018 r., przy czym Zamawiający informację o wpłynięciu odwołania w tej sprawie przekazał wykonawcom w dniu 12 marca 2018 r., a zatem 3-dniowy termin na zgłoszenie przystąpienia został zachowany. Przystępujący wskazał również stronę, do której przystępuje (Zamawiającego) oraz interes w rozstrzygnięciu postępowania na korzyść tej strony. Na posiedzeniu Strony potwierdziły otrzymanie kopii zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przez ww. wykonawcę.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania przekazaną przez Zamawiającego i potwierdzoną za zgodność z oryginałem, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia,

ofertę złożoną przez Odwołującego, w tym JEDZ i oświadczenie w przedmiocie samooczyszczenia wraz z załącznikami, informację Zamawiającego z dnia 28 lutego 2018 r. o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni i wykonawcach, których oferty zostały odrzucone (część 1,3,4,6). Skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy z dnia 23 marca 2018 roku, jak również przedstawione w złożonych pismach. Izba dopuściła także dowody z dokumentów załączonych do pism. Podczas rozprawy Odwołujący i Zamawiający podtrzymali w całości stanowiska prezentowane we wniesionych pismach. Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia jest obsługa Punktów Zimowego Utrzymania Dróg (PZUD) w Rejonach Augustów, Białystok, Bielsk Podlaski, Łomża, Suwałki i Zambrów. Postępowanie zostało podzielone na sześć części dotyczących odpowiednio każdego z ww. Rejonów. W punkcie 8.2 podpunkt 4 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Tom 1 – Instrukcja dla Wykonawców („IDW”) Zamawiający wskazał, iż wykluczy z postępowania 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, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. W punkcie 8.4. IDW Zamawiający wskazał, iż wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16–20 stawy Pzp lub na podstawie okoliczności wymienionych w pkt 8.2. IDW, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Regulacji, o której mowa w zdaniu pierwszym nie stosuje się, jeżeli wobec wykonawcy, będącego podmiotem zbiorowym, orzeczono prawomocnym wyrokiem sądu zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz nie upłynął określony w tym wyroku okres obowiązywania tego zakazu. Ponadto w punkcie 8.5. Zamawiający poinformował, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli Zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu Wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie pkt. 8.4 IDW.

Odwołujący złożył ofertę wraz z jednolitym europejskim dokumentem zamówienia („JEDZ”), w którym na pytanie „Czy wykonawca jest winien poważnego wykroczenia

zawodowego?” udzielił odpowiedzi twierdzącej i wskazał, iż wykonawca nie uważa, iż punkt ten tyczy się firmy EMA P.W., ale z ostrożności zaznacza ten punkt, aby Zamawiający mógł sam ocenić. Treść dokładnych wyjaśnień oraz opisu sytuacji stanowiła Załącznik nr 1 do oferty. Odwołujący zaznaczył również odpowiedź „Tak” na pytanie „Czy przedsięwzięto środki w celu wykazania Państwa rzetelności („samooczyszczenie”) i wskazał, że w załączniku nr 1 dokonuje procedury samooczyszczenia. Ponadto Odwołujący odpowiedział twierdząco na pytanie „czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?” i wskazał, iż wykonawca nie uważa, iż punkt ten tyczy się firmy EMA P.W., ale z ostrożności zaznacza ten punkt, aby Zamawiający mógł sam ocenić. Treść dokładnych wyjaśnień oraz opisu sytuacji: Załącznik nr 1 do oferty. Również w tym przypadku na pytanie „Czy przedsięwzięto środki w celu wykazania Państwa rzetelności („samooczyszczenie”) Odwołujący odpowiedział tak i wskazał, że w załączniku nr 1 dokonuje procedury samooczyszczenia. Załącznik nr 1 został oznaczony przez Odwołującego jako „część tajna oferty” i zawierał oświadczenie o samooczyszczeniu oraz dołączone do niego dokumenty.

Pismem z dnia 28 lutego 2018 r. poinformował wykonawców o wykluczeniu Odwołującego z postępowania w zakresie Części 1, 3, 4, 6 na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy Pzp, powołując się na odstąpienie od umowy nr 2413.26.I.2016/2017 z dnia 1.02.2017 r. zawartej pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym . Zamawiający wskazał, iż rozwiązanie ww. umowy nastąpiło na podstawie § 11 lit. f umowy, ponieważ Odwołujący świadczył usługi w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ, obowiązującymi przepisami i zawartą umową, a także nie poprawił ich jakości pomimo dwukrotnych pisemnych ostrzeżeń. Zamawiający podniósł również, iż stoi na stanowisku, że warunkiem koniecznym przywrócenia statusu rzetelnego wykonawcy jest nie tylko dołączenie do oferty stosownych dokumentów lecz dokumentów, z których treści wynika uznanie przez wykonawcę faktu, że popełnił on czyn niedozwolony skutkujący poniesieniem stosownej kary, której poddał się dobrowolnie. Zamawiający zwrócił uwagę, iż Odwołujący nie przyznał, że nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę, co doprowadziło do jej rozwiązania z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Ponadto Zamawiający podniósł, iż z uwagi na fakt utajnienia części oferty przez Odwołującego może przytoczyć jedynie swoją ocenę, że w złożonych przez Odwołującego dokumentach opisane zostały tylko okoliczności kwestionujące podstawy złożonego mu oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Zamawiający dodał również, że Odwołujący nałożonych kar nie uiszczył dobrowolnie lecz zostały mu one potrącone z faktur. Zamawiający

wskazał także, że wbrew obowiązкови wynikającemu z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności. W konsekwencji Zamawiający na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Ustawy Pzp odrzucił ofertę Odwołującego jako złożoną przez wykonawcę wykluczonego z postępowania.

Treść ww. dokumentów nie jest sporna pomiędzy Stronami i nie była przez nie kwestionowana.

Na posiedzeniu w dniu 23 marca 2018 r. Odwołujący oświadczył, iż na potrzeby postępowania odtajnia treść dokumentów dotyczących samooczyszczenia złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Biorąc pod uwagę zgromadzone w sprawie materiały dowodowe, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 i art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp przez ich bezpodstawne zastosowanie z powołaniem się na fakt odstąpienia przez Zamawiającego od wcześniejszej umowy z Odwołującym oraz nieuzasadnioną ocenę, że rozwiązanie umowy spowodowane było jej nienależytym wykonaniem w istotnym stopniu z przyczyn leżących po stronie Odwołującego, a w konsekwencji zastosowanie sankcji wykluczenia z naruszeniem zasady proporcjonalności.

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. Powyższa podstawa wykluczenia ma charakter fakultatywny, co oznacza, że jeżeli Zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na tej podstawie, to musi ją wskazać w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ lub zaproszeniu do negocjacji (art. 24 ust. 6 Ustawy Pzp). W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający ww. podstawę wykluczenia przewidział w punkcie 8.2 podpunkt 4 IDW. Aby jednak dopuszczalne było wykluczenie wykonawcy z postępowania na tej podstawie wszystkie określone w art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy Pzp przesłanki muszą zaistnieć łącznie. Przesłankami tymi są: niewykonanie lub nienależyte wykonanie wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, zawartej z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4), które nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, istotny stopień niewykonania lub nienależytego wykonania

tej umowy, a także będące tego skutkiem rozwiązanie umowy lub zasądzenie odszkodowania. Stosując art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy Pzp należy mieć na uwadze, iż przepis ten stanowi implementację do polskiego porządku prawnego art. 57 ust. 4 lit. g Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE („Dyrektywa klasyczna”), w którym wskazano, że instytucja zamawiająca może wykluczyć wykonawcę, jeżeli wykonawca wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym lub wcześniejszą umową w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji. Mieć należy także na względzie wskazówki przedstawione w preambule do Dyrektywy klasycznej (motyw 101), gdzie wyjaśniono, iż instytucje zamawiające powinny mieć możliwość wykluczenia tych oferentów, którzy przy wykonywaniu wcześniejszych zamówień publicznych wykazali poważne braki w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów, jak również zaznaczono, że drobne nieprawidłowości mogą prowadzić do wykluczenia wykonawcy jedynie w wyjątkowych okolicznościach. Wskazano także, że stosując fakultatywne podstawy wykluczenia, instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności.

Mając na uwadze powyższe w ocenie Izby wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy Pzp jest dopuszczalne jedynie w przypadku kumulatywnego spełnienia wszystkich określonych w tym przepisie przesłanek, a przesłanki te nie mogą być rozumiane dowolnie. Wykluczając wykonawcę zamawiający nie może zatem opierać się wyłącznie na fakcie, że doszło do rozwiązania wcześniejszej umowy zawartej z wykonawcą. Zamawiający musi ponadto wykazać, że do rozwiązania umowy (zasądzenia odszkodowania) doszło z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę, a zatem musi wykazać, czego konkretnie wykonawca nie zrobił lub jakiego obowiązku wynikającego z wcześniejszej umowy nie wykonał. Ponadto zobowiązany jest wykazać, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie miało miejsce w istotnym stopniu, co oznacza, że Zamawiający zobligowany jest wykazać, iż wykonawca albo nie wykonał umowy w ogóle albo wykonał ją nienależycie w stopniu znaczącym lub nienależyte wykonywanie miało charakter uporczywy, nawet jeśli niedociągnięcia nie były znaczące. Treść art. 57 ust. 4 lit. g Dyrektywy klasycznej, którego implementację stanowi art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy Pzp, przesądza, że chodzi tu nie tylko o istotny wartościowo lub rzeczowo zakres nienależytego lub niewykonania świadczenia wykonawcy w stosunku do zakresu przewidzianego umową, ale również o niespełnienie przez wykonawcę świadczenia, w sposób odpowiadający istotnym dla Zamawiającego wymogom wynikającym z tej umowy.

Dlatego w ocenie Izby użyte w art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy Pzp sformułowanie „w istotnym stopniu” należy odnosić zarówno do zakresu umowy, jak i do wykonania umowy ze znaczącym naruszeniem jej postanowień, np. do znaczących wad produktu, które spowodowały jego niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem (por. m.in. wyrok KIO z dnia 3 lutego 2017 r. sygn. akt KIO 139/17, wyrok KIO z dnia 9 maja 2017 r. sygn. akt KIO 706/17, wyrok KIO z dnia 4 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1166/17). Ponadto niezależnie od wykazania istotności zachowania wykonawcy, zamawiający musi jeszcze wykazać, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w ogóle nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Należy bowiem podkreślić, że powody, dla których wykonawca nie wykonuje lub nienależyte wykonuje umowę, mogą wynikać z różnych okoliczności, w tym również okoliczności leżących po stronie zamawiającego, z którym była zawarta wcześniejsza umowa lub okoliczności niezależnych od żadnej ze stron tej umowy.

Skład orzekający Izby w pełni podziela pogląd przedstawiony w wyroku KIO z dnia 8 stycznia 2018 r. sygn. akt KIO 2711/17, iż to rolą Zamawiającego jest zebranie dowodów świadczących o wystąpieniu wszystkich, określonych w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, przesłanek łącznie i uzasadnienie zaistnienia każdej z nich. Jest to istotne dla zachowania zasady proporcjonalności i przejrzystości postępowania oraz zachowania uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp), a także dla możliwości skorzystania przez wykonawcę z procedury tzw. samooczyszczenia, o której mowa w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, lub skorzystania przez niego ze środków ochrony prawnej. Należy bowiem podkreślić, że instytucja samooczyszczenia ma zastosowanie wtedy, gdy wobec wykonawcy zachodzi podstawa wykluczenia, ale wykonawca zamierza wykazać, że mimo to jest podmiotem rzetelnym i wiarygodnym. Instytucja ta natomiast nie ma zastosowania w sytuacji, gdy wobec wykonawcy w ogóle nie zachodzi podstawa wykluczenia. Innymi słowy, jedynie w przypadku wykazania istnienia wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy Pzp, zasadne jest skorzystanie przez wykonawcę z uprawnienia do przedstawienia dowodów na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do uznania jego rzetelności. Jeżeli natomiast przesłanki te nie zachodzą, wykonawca jest uprawniony do kwestionowania czynności wykluczenia, przykładowo – wykazując, że niewykonanie umowy miało wymiar nieistotny lub nastąpiło z przyczyn nie leżących po jego stronie.

W sprawie będącej przedmiotem rozpoznania Izby Zamawiający wykluczając Odwołującego z postępowania w Części 1, 3, 4, 6 nie wykazał, że ziszczyły się wszystkie przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy Pzp. Uzasadnienie w tym zakresie Zamawiający ograniczył do wskazania, że odstąpił od umowy z Odwołującym z dnia 1 lutego 2017 r. z uwagi na świadczenie usług w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ, obowiązującymi przepisami i umową oraz nie poprawił ich jakości pomimo dwukrotnych pisemnych

ostrzeżeń. Zamawiający poza podniesieniem okoliczności odstąpienia od umowy z Odwołującym nie wykazał, że Odwołujący nie wykonał lub nienależycie wykonał umowę, że to niewykonanie/ nienależyte wykonanie umowy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Odwołującego ani, że miało ono miejsce w stopniu istotnym. Treść pisma Zamawiającego z dnia 28 lutego 2018 r. skupia się na odniesieniu do skuteczności dokonanego przez Odwołującego samooczyszczenia, podczas gdy Zamawiający w pierwszej kolejności winien był zbadać czy w przedmiotowej sprawie ziściły się przesłanki do wykluczenia Odwołującego z postępowania, a w przypadku uznania, że zachodzi podstawa do wykluczenia winien był wykazać zaistnienie wszystkich okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy Pzp. Zamiast tego Zamawiający, w sposób automatyczny, przyjął, iż skoro odstąpił od wcześniejszej umowy z Odwołującym, to zachodzi podstawa do jego wykluczenia z postępowania. Tymczasem zdaniem składu orzekającego Izby okoliczności stanu faktycznego nie uzasadniały uznania, że względem Odwołującego zaszła podstawa do wykluczenia go z postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy Pzp. Zarzucane Odwołującemu uchybienia w ocenie Izby nie stanowiły nienależytego wykonania umowy w istotnym stopniu, nie były to poważne braki w spełnieniu istotnych wymogów umownych, a jedynie drobne nieprawidłowości, które nie mogły przesądzać o nierzetelności Odwołującego.

W przypadku uchybienia przez Odwołującego terminowi na złożenie oświadczenia dotyczącego osoby kierowanej na zastępstwo ciężko w ogóle mówić o nienależyтым wykonaniu umowy przez Odwołującego. Postanowienie umowne, na które powołał się Zamawiający w piśmie z dnia 7 sierpnia 2017 r. dotyczącym naliczenia kary umownej (§ 3 ust. 5 umowy z dnia 1 lutego 2017 r.), dotyczyło przypadków planowanego skierowania danej osoby do realizacji zamówienia. Umowa nie nakładała na wykonawcę szczególnych obowiązków informacyjnych w sytuacji, w której konieczność czasowego zastępstwa wynikała z przyczyn losowych, jak np. choroba pracownika. Odwołujący niezwłocznie po uzyskaniu informacji o chorobie pracownika skierował na zastępstwo inną osobę i poinformował o tym Zamawiającego uzyskując jego ustną akceptację (czego Zamawiający nie kwestionował w toku postępowania). Dodatkowo Odwołujący z ostrożności delegował na zastępstwo inną osobę, która wcześniej już pracowała dla Zamawiającego, o czym również Zamawiającego niezwłocznie poinformował. Izba zwraca także uwagę, iż tego rodzaju obowiązek informacyjny ma charakter czysto formalny, Zamawiający zaś nie wносił żadnych zastrzeżeń do pracy osób skierowanych na zastępstwo w dniach 26-28 lipca 2017 r. ani nie udokumentował naruszeń zasad prawidłowej realizacji umowy stosownym protokołem. W tym stanie rzeczy w ocenie Izby Odwołujący dołożył należytej staranności w sytuacji, kiedy zaistniała konieczność zapewnienia nagłego, nieplanowanego zastępstwa i zastępstwo takie

zapewnił, a zatem nie sposób uznać, by miało tu miejsce nienależyte wykonanie istotnych zobowiązań umownych przez Odwołującego.

Pozostałe przypadki uchybień, które stanowiły podstawę do odstąpienia od umowy, w ocenie Izby również nie świadczyły o nienależytym wykonaniu umowy przez Odwołującego w istotnym stopniu. Trzy powoływane sytuacje, tj. zagubienie dokumentu gwarancji, brak przekazania pisma złożonego w POK do sekretariatu w tym samym dniu oraz przekazanie do sekretariatu pisma, które powinno zostać wysłane do instytucji zewnętrznej, to zdarzenia o charakterze incydentalnym, stanowiące błędy jednej osoby skierowanej na zastępstwo za nieobecnego pracownika, które miały miejsce w okresie trzech pierwszych dni pracy tej osoby (przy czym dwa pierwsze zdarzenia miały miejsce w pierwszym dniu pracy). Do tego czasu, tj. do dnia 12 września 2017 r., przez cały okres świadczenia usług (od 1 lutego 2017 r.), poza wspomnianą powyżej sytuacją niezłożenia w terminie oświadczenia dotyczącego zastępstwa pracownika, Zamawiający nie zgłaszał żadnych zastrzeżeń w zakresie realizacji umowy przez Odwołującego. Sam fakt zagubienia dokumentu gwarancji, aczkolwiek stanowił błąd pracownika Odwołującego, nie mógł przesądzać o nienależytym wykonaniu umowy w stopniu istotnym, Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, aby doszło tu do niespełnienia przez Odwołującego istotnego wymogu wynikającego z umowy. Ponadto mieć należy na uwadze okoliczność, iż przedmiotowy dokument gwarancji został zabrany przez jednego z pracowników Zamawiającego, a całe zdarzenie nie zostało przez Zamawiającego udokumentowane protokołem, pomimo istnienia po stronie Zamawiającego takiego obowiązku umownego. Sam Zamawiający w piśmie z dnia 14 września 2017 r. stanowiącym tzw. „drugie ostrzeżenie” przed odstąpieniem od umowy posługiwał się jedynie wyrażeniami wskazującymi na przypuszczenia, prawdopodobieństwo wskazując, iż „dokument gwarancji [...] prawdopodobnie został zagubiony przez Pana pracownika.” Nie sposób zatem obecnie przesądzić jaki przebieg miało to zdarzenie i czy wynikało ono jedynie ze zwykłej omyłki czy z niedbalstwa pracownika.

Za nienależyte wykonanie umowy w istotnym stopniu nie sposób uznać również przypadku nieprzekazania do sekretariatu w tym samym dniu pisma złożonego po godzinach pracy POK (tj. po godz. 15:30). Zamawiający nie kwestionował podnoszonych przez Odwołującego okoliczności, iż pismo to wpłynęło po godzinie 15:30 i nie wskazał jakichkolwiek postanowień umownych, które nakładałyby na Odwołującego obowiązek rejestracji korespondencji wpływającej po godzinach pracy POK jeszcze tego samego dnia i przekazywania tej korespondencji do sekretariatu. Zgodnie z Opisem przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik do umowy z 1 lutego 2017 r. zakresem zamówienia była objęta m.in. obsługa Punktu Obsługi Klienta w dni robocze w godz. 7:30 – 15:30. Nawet jednak gdyby uznać, że pismo to wpłynęło wcześniej i nie zostało przekazane przed



zamknięciem POK do sekretariatu, to należy wskazać, że Zamawiający nie wykazał, aby umowa nakładała na Odwołującego obowiązek przekazywania korespondencji wpływającej jeszcze tego samego dnia do sekretariatu. Jak wynika z treści Opisu przedmiotu zamówienia zakresem czynności zleconych do wykonania w ramach obsługi POK objęte było m.in. przyjmowanie korespondencji wpływającej, brak jest tam szczegółowych regulacji wskazujących na wewnętrzny obieg korespondencji. Również odnośnie trzeciego z opisywanych zdarzeń polegającego na przekazaniu do sekretariatu pisma, które powinno być wysłane do podmiotu trzeciego, Zamawiający nie podjął jakichkolwiek prób wykazania, że ww. błąd pracownika świadczył o niespełnieniu istotnego wymogu umownego przez Odwołującego, czy chociażby że konsekwencje tego błędu był trudne do odwrócenia. Wręcz przeciwnie, jak wynika z notatki służbowej Zamawiającego, pismo to zostało po prostu zwrócone do POK celem wysłania. Zamawiający nie podnosił również żadnych okoliczności, które wskazywałyby, że rzeczony pismo powinno być wysłane jeszcze w tym samym dniu. Oceniając istotność stopnia nienależytego wykonania umowy nie można tracić z oczu także okoliczności, że wszystkie ww. zdarzenia miały miejsce w okresie zastępstwa, w pierwszych dniach pracy nowego pracownika. Osoba, która dopuściła się uchybień została skierowana na zastępstwo zgodnie z postanowieniami umowy i Zamawiający nie zgłaszał w tym zakresie żadnych zastrzeżeń. Odwołujący już podczas pierwszego incydentu (zagubienia gwarancji) wskazywał na możliwość skierowania do pracy innej osoby, Zamawiający nie wyraził jednak takiej woli. Zamawiający nie dokumentował również zaistniałych zdarzeń protokołem, który był wymagany umową dla potwierdzenia realizacji umowy niezgodnie z jej postanowieniami. Przekazane Odwołującemu pisma z tzw. „ostrzeżeniami” przed odstąpieniem od umowy zostały doręczone w tym samym dniu, a w niedługim czasie miało miejsce odstąpienie od umowy przez Zamawiającego. Natomiast Zamawiający nie kwestionował jakości świadczenia usług przez Odwołującego w pozostałym okresie realizacji umowy, a co więcej – sam zatrudnił jednego z pracowników Odwołującego po odstąpieniu od umowy z nim.

Mając na uwadze wszystko powyższe, w ocenie Izby ww. zdarzenia, które stały się podstawą do odstąpienia od umowy przez Zamawiającego, miały charakter incydentalny i nie mogły świadczyć o znaczących lub uporczywych niedociągnięciach Odwołującego czy poważnych brakach w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów wynikających z umowy z dnia 1 lutego 2017 r., a tym samym brak było podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia. Izba raz jeszcze podkreśla, iż to rolą Zamawiającego jest wykazanie, czego konkretnie wykonawca nie zrobił lub jakiego obowiązku wynikającego z wcześniejszej umowy nie wykonał, jak również wykazanie, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie miało miejsce w istotnym stopniu. Art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy Pzp to przepis o charakterze sankcyjnym, skutkujący eliminacją wykonawcy z

postępowania o udzielenie zamówienia, a zatem Zamawiający decydując się na jego zastosowanie winien jest uzasadnić i wykazać spełnienie wszystkich przesłanek, o którym mowa w tym przepisie. Tylko takie działanie gwarantuje zachowanie w postępowaniu zasady przejrzystości, proporcjonalności, jak również zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W konsekwencji powyższego w przedmiotowej sprawie nie znajdowała zastosowania instytucja samooczyszczenia, ponieważ wobec Odwołującego w ogóle nie zaszła podstawa do wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy Pzp. Odwołujący był zatem uprawniony do kwestionowania czynności wykluczenia, wykazując, że nienależyte wykonanie umowy nie miało miejsca, czy też nastąpiło z przyczyn nieleżących po jego stronie albo miało wymiar nieistotny, zaś argumentacja Zamawiającego podnoszona w kontekście samooczyszczenia, sprowadzająca się do twierdzenia, że Odwołujący nie uznał faktu, że popełnił czyn niedozwolony, pozostaje bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Ponadto Izba wskazuje, iż nie sposób podzielić stanowiska Zamawiającego jakoby Krajowa Izba Odwoławcza nie posiadała kompetencji do dokonania oceny zdarzeń, które stały się podstawą do odstąpienia od umowy, tj. okoliczności świadczących o nienależytym wykonaniu lub niewykonaniu umowy. Izba badając zasadność zarzutu naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy Pzp zobligowana jest dokonać oceny czy w piśmie informującym o wykluczeniu Odwołującego zostały przez Zamawiającego wykazane i uzasadnione wszystkie okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy Pzp, a także czy dokonana przez Zamawiającego subsumpcja okoliczności stanu faktycznego pod normę prawną wynikającą z art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy Pzp była prawidłowa. W tym zakresie Izba jest zatem uprawniona także do badania okoliczności dotyczących nienależytego wykonania/niewykonania umowy, czy nastąpiło ono z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, czy miało ono charakter istotny i czy konsekwencją tego nienależytego wykonania/niewykonania było rozwiązanie umowy.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła zasadność zarzutu naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 i art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp, a w konsekwencji uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego. Pozostałe zarzuty odwołania Izba pozostawiła bez rozpoznania, jako że stanowiły one zarzuty podniesione z ostrożności procesowej na wypadek nie uznania za zasadne zarzutów wskazanych powyżej.

Tytułem uzupełnienia należy wskazać, że art. 89 ust. 1 pkt 5 Ustawy Pzp, który Zamawiający wskazał w treści informacji o wykluczeniu jako podstawę odrzucenia oferty Odwołującego, nie znajduje zastosowania w jednoetapowych procedurach udzielania

zamówień publicznych. Przywołana regulacja określa skutki złożenia oferty przez wykonawcę uprzednio wykluczonego z postępowania, co ma miejsce, przykładowo, w przetargu ograniczonym, którego pierwszym etapem jest wyłonienie wykonawców, którzy zostaną następnie zaproszeni do składania ofert. Prawidłową podstawą odrzucenia oferty wykonawcy wykluczonego z postępowania w sytuacji zaistniałej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia stanowi art. 24 ust. 4 Ustawy Pzp wskazujący, iż ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Mając na uwadze wszystko powyższe, Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie i na podstawie art. 192 ust. 1 Ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Ustawy oraz na podstawie § 3 pkt 1) i pkt 2 lit. b) w zw. z § 5 ust. 2 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; zm.: Dz. U. z 2017 r. poz. 47), zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł stanowiącą koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego. Z uwagi na uwzględnienie odwołania Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego ww. koszty postępowania, w łącznej wysokości 18 600 zł.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....