

WYROK
z dnia 11 maja 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki
Członkowie: Katarzyna Brzeska
Dagmara Gałczewska-Romek
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 maja 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2015 r. przez wykonawcę **Agencję Ochrony K. sp. z o.o. w Mińsku Mazowieckim**

w postępowaniu prowadzonym przez **Muzeum Literatury w Warszawie**

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego,**
2. kosztami postępowania obciążyć **Muzeum Literatury w Warszawie** i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych) uiszczoną przez wykonawcę **Agencję Ochrony K. sp. z o.o. w Mińsku Mazowieckim** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Muzeum Literatury w Warszawie** na rzecz wykonawcy **Agencji Ochrony K. sp. z o.o. w Mińsku Mazowieckim** kwotę **11.100 zł 00 gr** (słownie: jedenastu tysięcy stu złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

1

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

2

Uzasadnienie

Muzeum Literatury w Warszawie, zwane dalej „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „wykonanie usługi ochrony fizycznej osób i mienia w siedzibie Muzeum Literatury im. Adama Mickiewicza w Warszawie oraz wykonanie usługi ochrony fizycznej i monitoringu osób i mienia w budynku biurowo-magazynowym wraz z przyległym do niego terenem przy ul. Trawiastej 29 w Warszawie-Anin - od dnia 04.05.2015 r. od godz. 12.00 do dnia 04.05.2016 r. do godz. 12.00”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 26 marca 2015 r., poz. 42543.

W dniu 24 kwietnia 2015 r. zamawiający przesłał za pośrednictwem faksu wykonawcy Agencji Ochrony K. sp. z o. o. w Mińsku Mazowieckim, zwanemu dalej „odwołującym”,

zawiadomienie o wykluczeniu odwołującego z postępowania oraz o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Cerber Security sp. z o.o. w Warszawie oraz Agencję Ochrony Osób i Mienia BASMA SECURITY A. M. i M. W. sp. z o.o. w Warszawie, zwanych dalej „wykonawcą Cerber”.

Odwołujący w dniu 29 kwietnia 2015 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2a oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp polegające na niezasadnym wykluczeniu odwołującego przez niezasadne przyjęcie, iż odwołujący nie wywiązał się ze zobowiązania, o którym mowa w § 1 pkt. 4 umowy dot. bezpośredniej ochrony Muzeum Literatury z dnia 26 listopada 2014 r., zwanej dalej „umową”, błędnie przyjmując, że rozwiązanie umowy nastąpić miało z winy odwołującego dokonując zarazem zaniechania zwrócenia się do odwołującego z wnioskiem o udzielenie wyjaśnień co do okoliczności mogących stanowić podstawę wykluczenia,
- 2) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i nieudzielenie zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami poprzez dokonanie przez ustawy zamawiającego automatycznego wykluczenia odwołującego,

3

-
- 3) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 36 ust 1 pkt 12 i 13 ustawy Pzp przez wybór oferty wykonawcy Cerber, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów opisanych w SIWZ w postępowaniu,
 - 4) innych przepisów powołanych w treści uzasadnienia odwołania,
 - 5) ewentualnie - art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp - przez zaniechanie unieważnienia postępowania w sytuacji, w której postępowanie obciążone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy.

Odwołujący wywiódł, że zamawiający niezasadnie wykluczył go z postępowania zarzucając, iż odwołujący ze swojej winy naruszył § 1 ust. 4 umowy z 26 listopada 2015 r. łączącej odwołującego z zamawiającym zawartej w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia znak sprawy: ZP/2/A/2014. Zgodnie z powołanym postanowieniem obowiązkiem odwołującego było złożenie zamawiającemu w terminie 90 dni licząc od dnia podpisania umowy zaświadczenia dla pracowników ochrony fizycznej zatrudnionych bezpośrednio w obiektach Muzeum Literatury potwierdzającego odbycie szkolenia dla pracowników ochrony fizycznej muzeów i innych obiektów gromadzących publiczne zbiory dóbr kultury, a dla pracownika zabezpieczenia technicznego - kursu dla projektantów systemów zabezpieczających przed przestępczością i pożarem obiekty zabytkowe, muzealne, sakralne i inne gromadzące publiczne zbiory. Odwołujący argumentował, że w § 3 pkt 2 SIWZ w postępowaniu znak ZP/2/A/2014 zamawiający wskazał, iż szkolenia i kursy mają być organizowane przez Ośrodek Ochrony Zbiorów Publicznych [OOZP], przekształcony obecnie w Narodowy Instytut Muzealnictwa i Ochrony Zbiorów [NIMOZ], nadal organizujący takie szkolenia na zlecenie konkretnej firmy ochroniarskiej dla jej pracowników, przez Dział Metod i Technik Ochronnych NIMOZ. Zamawiający wskazał co prawda w tym samym SIWZ, iż uzna zaświadczenia wydane przez innych organizatorów szkolenia pracowników ochrony fizycznej, ale uzależnił taką możliwość od zastosowania przez innych organizatorów wyłącznie takich programów szkoleń, które zostały uznane przez wymienioną powyżej instytucję (NIMOZ), a kursy dla w/w projektantów i instalatorów systemów przeprowadzono na podstawie programu zaakceptowanego przez Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego lub OOZP, NIMOZ lub inny organ państwowy uprawniony do nadzoru nad działalnością ochroniarską.

Odwołujący wywiódł, że uzyskał potwierdzenie od Ministerstwa Kultury i Dziedzictwa Narodowego, iż jedynym podmiotem do wydawania zaświadczeń objętych postępowaniem znak sprawy: ZP/2/A/2014 jest NIMOZ. Powołał się na obwieszczenie Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego z dnia 19 grudnia 2013 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu zarządzenia Nr 51 Ministra Kultury i Sztuki w sprawie utworzenia Narodowego Instytutu Muzealnictwa i Ochrony Zbiorów oraz nadania mu statutu (Dz. Urz. MKiDN z dnia 20 grudnia

2013 r. Dz.Urz.69 2014.03.19 zm.Dz.Urz.MKiDN.2014.13 § 1.). Odwołujący podniósł, że zwrócił się o wydanie wymaganych zaświadczeń do NIMOZ na dwa dni przed zawarciem umowy z 26.11.2014 r. Nie sposób również wywnioskować z § 12 ust. 1 ww. umowy, że brak dostarczenia w terminie 90 dni przez odwołującego zaświadczeń stanowi okoliczność zawnioną uzasadniającą nałożenie w oparciu o ten zapis kar umownych przez zamawiającego. Zamawiający nie zwrócił się do odwołującego o jakiekolwiek wyjaśnienia celem ustalenia czy nie zachodzi brak podstaw do wykluczenia, w szczególności, biorąc pod uwagę środki zapobiegawcze jakie podjął odwołujący (art. 24 ust. 2a zd. 2 ustawy). Zamawiający całkowicie pominął fakt zwrócenia się odwołującego do NIMOZ przed rozpoczęciem obowiązywania umowy o odbycie szkoleń/kursów celem uzyskania zaświadczeń. Powołał się w tym zakresie na korespondencję mailową, jaką prowadził z NIMOZ 24 listopada 2014 r. Wywodził, że NIMOZ odwlekał możliwość przeprowadzania szkoleń powołując się na wewnętrzne zobowiązania, organizację czy brak dostępności odpowiedniej kadry szkolącej. Z przyczyn niezawnionych przez odwołującego takie szkolenia miały być zgodnie z oświadczeniem NIMOZ przeprowadzone w dniu 25 marca 2015 r. Argumentował, że nie mając innej możliwości - z uwagi na wyznaczony termin, na który nie mógł mieć wpływu - pismem z dnia 12 lutego 2015 r. wystąpił do zamawiającego i NIMOZ o przedłużenie terminu do przedstawienia zaświadczeń. Mimo wiedzy zamawiającego, że termin szkolenia uzależniony był od organu państwowego i wiedzy zamawiającego, że wyznaczony przez organ termin przypadał w marcu 2015 r. wezwał on odwołującego do przedstawienia zaświadczeń do dnia 28 lutego 2015 r. W tym stanie rzeczy odwołujący nie miał i nie mógł mieć wpływu na zachowania NIMOZ - organu państwowego, co do sposobu wyznaczenia terminu, w szczególności nie mógł on z góry narzucić organowi takiego terminu. Wskazywał, iż szkolenia te przeprowadzane są standardowo w siedzibie zamawiającego i trwają 1 dzień. Niezrozumiałe zatem jest z jakich przyczyn organ państwowy przeprowadzający takie szkolenia nie zapewnił odwołującemu takiego szkolenia w terminie mając wiedzę, że są one niezbędne do wykonania umowy z zamawiającym. NIMOZ było wielokrotnie telefonicznie, w korespondencji mailowej oraz pisemnie informowane o obowiązkach jakie odwołujący ma wobec zamawiającego wynikające z umowy. Zamawiający zakreślając odwołującemu w wezwaniu z dnia 5 lutego 2015 r. termin 28 lutego 2015 r. na przedstawienie zaświadczeń, już w dniu 26 lutego 2015 r. (a więc przed upływem terminu wskazanego w wezwaniu) rozwiązał z odwołującym umowę nie czekając na upływ terminu z wezwania z dnia 5 lutego 2015 r.

Odwołujący podniósł, że z § 14 ust. 3 umowy z 26.11.2014 r. nie można wywodzić, że odwołujący w każdej sytuacji bierze na siebie winę za działania/zaniechania podmiotów trzecich (w tym przypadku NIMOZ). Takiego domniemania nie można wywieść również z obowiązujących przepisów prawa. Powołane postanowienie odnosi się do sytuacji, w której

odwołujący własnymi działaniami doprowadziłby do niewykonania zobowiązania z § 1 pkt. 4 umowy. § 12 umowy wskazuje, że nałożenie kar umownych na odwołującego mogłoby nastąpić w sytuacjach zawnionych przez odwołującego. Tymczasem, jak wskazano brak jest winy po stronie odwołującego w zakresie dostarczenia zaświadczeń w terminie wskazanym w § 1 pkt. 4 umowy. Odwołujący nie ponosi winy za niedostarczenie w terminie zaświadczeń, nie ma zatem w ogóle mowy o jakimkolwiek naruszeniu obowiązku zawodowego przez odwołującego tym bardziej nie można mówić o niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu zamówienia w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa.

Odwołujący argumentował również, że zamawiający zaniechał zwrócenia się do odwołującego z wnioskiem o udzielenie wyjaśnień co do okoliczności mogących stanowić podstawę wykluczenia w efekcie czego zamawiający dokonał automatycznego wykluczenia odwołującego. Odwołujący dokonywał wszelkich starań, aby otrzymać zaświadczenia w terminie nawet kosztem ponoszenia ciężaru kar umownych. Wywodził, że zamawiający wyraził zgodę i nie podniósł żadnych zarzutów, co do wykonywania przez odwołującego umowy w okresie, w którym brak było zaświadczeń, gdyż pracownicy odwołującego wykonywali swoje zadania od samego początku obowiązywania umowy za wiedzą i zgodą zamawiającego. Zaświadczenia odwołujący otrzymał w marcu 2015 r. Zamawiający jeszcze jednak przed uzyskaniem zaświadczeń zawarł z odwołującym nową umowę na ten sam

przedmiot na przedłużony okres, ale już bez wymogu posiadania zaświadczeń. Zachowanie zamawiającego zatem wskazuje, że zamawiający nie ponosi żadnej szkody w związku z tym, że odwołujący nie posiadał zaświadczeń, skoro wystarczającym dla niego było korzystanie z usług odwołującego w tym zakresie.

Argumentował, że już od dnia 24 listopada 2014 r. (a więc jeszcze przed zawarciem umowy) zaczął zabiegać w Narodowym Instytucie Muzealnictwa i Ochrony Zbiorów jako jedynym podmiocie mogącym przeprowadzać szkolenia w zakresie wymaganym przez zamawiającego, o przeprowadzenie szkoleń dla pracowników ochrony fizycznej muzeów i innych obiektów gromadzących publiczne zbiory dóbr kultury, a pracownicy zabezpieczenia technicznego ukończony kurs dla projektantów i instalatorów systemów zabezpieczających przed przestępczością i pożarem obiekty zabytkowe, muzealne, sakralne i inne gromadzące publiczne zbiory kultury. Z informacji otrzymanych od NIMOZ wynikało, iż szkolenia mogłyby się odbyć na przełomie kwietnia i maja. NIMOZ wskazał, że tak późny termin wynika z faktu, „że w pierwszym kwartale wszystkie siły Instytutu są zaangażowane w organizację I Kongresu Muzealników”. Po zabiegach i interwencjach odwołującego termin szkoleń został przyspieszony i wyznaczony na dzień 25 marca 2015 r., który to termin zgodnie z zapewnieniami NIMOZ został określony jako „ekspresowy”. Odwołujący argumentował, że informował zamawiającego o zaistniałej sytuacji, w szczególności o możliwych terminach przeprowadzenia szkoleń oraz o fakcie, iż zorganizowanie szkoleń we wcześniejszym

6

terminie jest całkowicie niezależne od odwołującego, a zamawiający nie zgłaszał żadnych zastrzeżeń czy wątpliwości w powyższym zakresie. Zamawiający w informacji o wyborze oferty z dnia 24 kwietnia 2015 r. w postępowaniu nr (ZP//A/2015) ograniczył się jedynie do lakonicznych stwierdzeń, iż doszło do rozwiązania umowy przez zamawiającego oraz o opóźnieniu w zapłacie kar umownych przez odwołującego. Żadne z powyższych nie może zostać uznane za chociażby uprawdopodobnienie, nie mówiąc już o udowodnieniu winy w naruszeniu obowiązków zawodowych przez odwołującego, w szczególności, iż zamawiający nie wykazał w jaki sposób odwołujący ponosi winę. Zamawiający dodatkowo powinien także wskazać związek przyczynowo - skutkowy pomiędzy szkodą a zawinionym czy powstałym w wyniku rażącego niedbalstwa naruszenia obowiązków zawodowych przez odwołującego. Zamawiający nie tylko nie udowodnił ani nawet nie uprawdopodobnił winy odwołującemu. Także w zakresie przesłanki winy zamawiający nie przedstawił, żadnych dowodów potwierdzających istotny charakter naruszeń obowiązków zawodowych wykonawcy, prowadzących z jego winy do niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Zamawiający w żaden sposób nie zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienia czy odwołujący podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinonemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia i automatycznie wykluczył odwołującego.

W końcowej części odwołania odwołujący wywiódł, iż wskazane wyżej okoliczności wskazują również na naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców i nieudzielenie zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Powyższe miało nastąpić przez dokonanie przez zamawiającego automatycznego wykluczenia odwołującego i uznania jego oferty za odrzuconą.

Zdaniem odwołującego, zamawiający w konsekwencji naruszył także art. 91 ust. 1 i art. 36 ust 1 pkt 12 i 13 ustawy poprzez wybór oferty (w tym przypadku oferty wykonawcy Cerber), która nie jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów opisanych w SIWZ, z uwagi na fakt, iż oferta odwołującego była najkorzystniejszą ofertą w postępowaniu.

W oparciu o argumentację przedstawioną w odwołaniu odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 3) unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Cerber,

7

- 4) ewentualnie - unieważnienia postępowania, jako obarczonego wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi na odwołanie, jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę złożoną przez odwołującego, zawiadomienie zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego i o wyborze oferty najkorzystniejszej z 22 kwietnia 2015 r., odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, odpowiedź na odwołanie, ogłoszenie o zamówieniu i specyfikację istotnych warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego znak ZP/2/A/2014 na wykonanie usługi ochrony fizycznej osób i mienia w siedzibie Muzeum Literatury um. Adama Mickiewicza w Warszawie oraz wykonywanie usługi ochrony fizycznej i monitoringu osób i mienia w budynku biurowo-magazynowym wraz z przyległym do niego terenem przy ul. Trawiastej 29 w Warszawie-Anin, korespondencję mailową z 24 listopada 2014 r. prowadzoną przez pracownika odwołującego z Robertem Pasiecznym z NIMOZ, umowę z 26 listopada 2014 r. na wykonywanie usług ochroniarskich zawartą pomiędzy zamawiającym a odwołującym w wyniku rozstrzygnięcia postępowania ZP 2/A/2014, korespondencję mailową z 2 grudnia 2014 r. prowadzoną przez pracownika odwołującego z Robertem Pasiecznym z NIMOZ, korespondencję mailową z 20 stycznia 2015 r. prowadzoną przez pracownika odwołującego z Robertem Pasiecznym z NIMOZ, wezwanie zamawiającego z 5 lutego 2015 r. skierowane do odwołującego do wywiązania się z postanowienia § 1 ust. 4 umowy z 26.11.2014 r., pismo odwołującego z 12 lutego 2015 r. skierowane do NIMOZ o umożliwienie skorzystania ze szkolenia dla 12 osób, pismo odwołującego z 12 lutego 2015 r. skierowane do zamawiającego z wnioskiem o przedłużenie terminu dostarczenia zaświadczeń o odbyciu szkoleń, korespondencję mailową prowadzoną przez pracownika odwołującego z Robertem Pasiecznym z NIMOZ w dniach 13-16 lutego 2015 r. odnośnie zakresu szkoleń oraz przyspieszenia terminu szkoleń, korespondencję mailową prowadzoną pomiędzy zamawiającym a Robertem Pasiecznym z NIMOZ z 16 lutego 2015 r., oświadczenie zamawiającego z 26 lutego 2015 r. skierowane do odwołującego o rozwiązaniu umowy z 26.11.2014 r., umowę z 3 marca 2015 r. nr 33/F/2015 na świadczenie usług ochroniarskich zawartą pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym, wezwanie zamawiającego z 9 marca 2015 r.

8

skierowane do odwołującego do zapłaty kary umownej, pismo odwołującego z 18 marca 2015 r. z prośbą o rozłożenie kary umownej na raty, pismo zamawiającego z 20 marca 2015 r. odnośnie wyrażenia zgody na rozłożenie kary umownej na 4 raty, mail odwołującego z 23 marca 2015 r. informujący o zapłacie pierwszej części pierwszej raty kary umownej, pismo zamawiającego z 23 marca 2015 r. potwierdzające rozłożenie kary umownej na 4 raty, zaświadczenie dla Odwołującego z 25 marca 2015 r. wystawione przez Narodowy Instytut Muzealnictwa i Ochrony Zbiorów potwierdzające uczestnictwo pracowników odwołującego w szkoleniu „Ochrona muzeów i innych instytucji kultury”, pismo zamawiającego z 26 marca 2015 r. określające terminy i wysokości rat kar umownych, oświadczenie głównego księgowego zamawiającego iż do 22 kwietnia 2015 r. nie wpłynęła druga rata kary umownej, obwieszczenie Ministra Kultury z 19 grudnia 2013 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu zarządzenia nr 51 Ministra Kultury i Sztuki w sprawie utworzenia Narodowego Instytutu Muzealnictwa i Ochrony Zbiorów oraz nadania mu statutu (Dz. U. MKiDN z 20 grudnia 2013 r.), jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, ustalono, co następuje:

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie stwierdzono przesłanek do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności ustalono, że do postępowania odwoławczego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. Do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło wprawdzie zgłoszenie przystąpienia do postępowania po stronie zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Cerber Security sp. z o.o. w Warszawie oraz Agencję Ochrony Osób i Mienia BASMA SECURITY A. M. i M. W. sp. z o.o. w Warszawie, jednakże wniesione po terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Stosownie do przywoływanego przepisu, *wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje.*

Jak wynikało z dokumentacji postępowania przesłanej przez zamawiającego, zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przesłał wykonawcy konsorcjum Cerber faksem w dniu 30 kwietnia 2015 r. Tym samym z ww. chwilą rozpoczął bieg termin na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego. Trzydniowy termin na zgłoszenie przystąpienia, biorąc również pod uwagę treść przepisu art. 115 KC, upłynął wykonawcy w poniedziałek 4 maja

9

2015 r. Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego zostało wniesione dopiero w dniu 5 maja 2015 roku (prezentata Krajowej Izby Odwoławczej na zgłoszeniu przystąpienia z adnotacją o wpływie pisma). Wobec powyższego stwierdzono, że zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego zostało wniesione z uchybieniem ustawowego 3 - dniowego terminu do jego wniesienia i skutkuje niedopuszczeniem do udziału w postępowaniu odwoławczym zgłaszającego przystąpienie. W konsekwencji wykonawca ten nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Niezachowanie terminu dla zgłoszenia przystąpienia skutkowało wygaśnięciem prawa do wniesienia tego środka ochrony prawnej, gdyż termin określony w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp ma charakter terminu zawitego i nie podlega przywróceniu. Stwierdzono zatem, że w terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp żaden wykonawca nie zgłosił Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W następnej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący został wykluczony z postępowania i domagał się unieważnienia tej czynności. Oferta odwołującego była w świetle kryteriów oceny ofert ofertą korzystniejszą od oferty wybranej przez zamawiającego. Ustalenie, iż zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy wykluczył odwołującego z postępowania, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu unieważnienia tej czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Biorąc powyższe pod uwagę uznano, że odwołującemu przysługiwała legitymacja do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Ustalono, że 17 października 2014 r. zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie usługi ochrony fizycznej osób i mienia w siedzibie Muzeum Literatury um. Adama Mickiewicza w Warszawie oraz wykonywanie usługi ochrony fizycznej i monitoringu osób i mienia w budynku biurowo-magazynowym wraz z przyległym do niego terenem przy ul. Trawiastej 29 w Warszawie-Anin (znak ZP/2/A/2014). Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dot. tego postępowania wymagał aby *pracownicy ochrony fizycznej zatrudnieni bezpośrednio w siedzibie Muzeum Literatury oraz w budynku przy ul. Trawiastej 29 - posiadali ukończone szkolenie dla pracowników ochrony fizycznej muzeów i innych obiektów gromadzących publiczne zbiory dóbr kultury, a pracownicy zabezpieczenia technicznego ukończony kurs dla projektantów i*

10

instalatorów systemów zabezpieczających przed przestępczością i pożarem obiekty zabytkowe, muzealne, sakralne i inne gromadzące publiczne zbiory kultury (szkolenia i kursy organizowane były przez Ośrodek Ochrony Zbiorów Publicznych [OOZP], przekształcony

obecnie w Narodowy Instytut Muzealnictwa i Ochrony Zbiorów [NIMOZ], nadal organizujący takie szkolenia na zlecenie konkretnej firmy ochroniarskiej dla jej pracowników, przez Dział Metod i Technik Ochronnych NIMOZ). Zamawiający uzna zaświadczenia wydane przez innych organizatorów szkolenia pracowników ochrony fizycznej, jeśli były one przeprowadzone na podstawie programów szkoleń uznanych przez wymienione powyżej instytucje, a kursy dla ww projektantów i instalatorów systemów przeprowadzono na podstawie programu zaakceptowanego przez Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego lub OOOZP, NIMOZ lub inny organ państwowy uprawniony do nadzoru nad działalnością ochroniarską. Zamawiający wymagał także, że wykonawca z którym zostanie podpisana umowa złoży zamawiającemu w terminie 90 dni, licząc od dnia podpisania niniejszej umowy, zaświadczenia dla pracowników ochrony fizycznej zatrudnionych bezpośrednio w obiektach Muzeum Literatury (w siedzibie i w budynku przy ul. Trawiastej 29) potwierdzające odbycie szkolenia dla pracowników ochrony fizycznej muzeów i innych obiektów gromadzących publiczne zbiory dóbr kultury, a dla pracownika zabezpieczenia technicznego - kursu dla projektantów systemów zabezpieczających przed przestępczością i pożarem obiekty zabytkowe, muzealne, sakralne i inne gromadzące publiczne zbiory kultury. Powyższe ustalono na podstawie § 3 ust. 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego znak ZP/2/A/2014 oraz na podstawie § 1 ust. 4 wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego, stanowiącego załącznik do ww. SIWZ.

Ofertę najkorzystniejszą w ww. postępowaniu złożył odwołujący. Zgodnie z treścią oferty odwołujący zobowiązał się również do złożenia w terminie 90 dni od podpisania umowy zaświadczeń potwierdzających odbycie ww. szkoleń przez pracowników zatrudnionych w obiektach zamawiającego. Powyższe ustalono na podstawie oferty odwołującego złożonej w postępowaniu ZP/2/A/2014.

24 listopada 2014 r. pracownik odwołującego zwrócił się do Roberta Pasiecznego – pracownika Narodowego Instytutu Muzealnictwa i Ochrony Zabytków (NIMOZ) z pytaniem, w jakim terminie można się spodziewać szkolenia dla pracowników zabezpieczenia technicznego – kursu dla projektantów systemów zabezpieczających przed przestępczością i pożarem. W odpowiedzi na ww. pytanie R. P. tego samego dnia udzielił odpowiedzi, że szkolenie planowane jest wiosną marzec-kwiecień, ale bliższej informacji na temat terminu

11

nie może jeszcze podać (korespondencja mailowa odwołującego z R. P. z 24 listopada 2014 r.).

26 listopada 2014 r. zamawiający zawarł z odwołującym umowę na świadczenie usług ochroniarskich w obiektach zamawiającego. W świetle § 1 ust. 4 umowy odwołujący zobowiązał się do złożenia Zamawiającemu w terminie 90 dni, licząc od dnia podpisania niniejszej umowy, zaświadczenia dla pracowników ochrony fizycznej zatrudnionych bezpośrednio w obiektach Muzeum Literatury (w siedzibie i w budynku przy ul. Trawiastej 29) potwierdzające odbycie szkolenia dla pracowników ochrony fizycznej muzeów i innych obiektów gromadzących publiczne zbiory dóbr kultury, a dla pracownika zabezpieczenia technicznego - kursu dla projektantów systemów zabezpieczających przed przestępczością i pożarem obiekty zabytkowe, muzealne, sakralne i inne gromadzące publiczne zbiory kultury. W § 14 ust. 3 umowy postanowiono, że w razie nie dotrzymania przez Wykonawcę zobowiązania o którym mowa w § 1 pkt. 4 umowy, Zamawiający rozwiązuje umowę, co rodzi skutki przewidziane w przypadku odstąpienia Wykonawcy od umowy z jego winy, określone w § 12 ust. 1 i ust. 5 umowy. Z kolei w § 12 ust. 1 umowy postanowiono, iż Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 10 % wartości umowy brutto w przypadku odstąpienia od niniejszej umowy z winy Wykonawcy. Powyższe ustalono na podstawie ww. umowy z 26.11.2014 r.

2 grudnia 2014 r. pracownik odwołującego zwrócił się do R. P. – pracownika Narodowego Instytutu Muzealnictwa i Ochrony Zabytków (NIMOZ) ponownie z pytaniem o termin i cenę za szkolenie. Wskazał, że odwołujący potrzebuje przeszkolić 10 pracowników w zakresie „pracownik ochrony fizycznej muzeów i innych obiektów gromadzących publiczne zbiory dóbr kultury”. W odpowiedzi na ww. pytanie R. P. tego samego dnia udzielił

odpowiedzi, że niestety na dzisiejszy dzień nie jest w stanie podać konkretnego terminu, w jakim Instytut mógłby zorganizować szkolenie. Wyjaśnił, że obecnie wszystkie działy instytutu przygotowują plany na przyszły rok. Orientacyjnie, uwzględniając wszystkie wiadome mu już przedsięwzięcia Instytutu, mógłby zaryzykować, iż szkolenie odbyłoby się na przełomie kwietnia i maja. Wyjaśnił, że tak późny termin wynika m.in. z faktu, że w pierwszym kwartale wszystkie siły Instytutu są zaangażowane w organizację I Kongresu Muzealników. Wskazał, że by precyzyjniej ustalić termin szkolenia prosi o kontakt mailowy lub telefoniczny po 20 stycznia 2015 r. Wskazał także, że szkolenie planowane jest na 8 godzin. Na szkolenie powinni być delegowani pracownicy firmy aktualnie pracujący w muzeum, bądź mający już za sobą doświadczenie w zakresie ochrony muzeum (korespondencja mailowa odwołującego z R. P. z 2 grudnia 2014 r.).

12

Ustalono także, że 20 stycznia 2015 r. pracownik odwołującego zwrócił się do R. P. – pracownika Narodowego Instytutu Muzealnictwa i Ochrony Zabytków (NIMOZ) ponownie z pytaniem o termin, w jakim można spodziewać się szkolenia. W odpowiedzi na ww. pytanie R. P. tego samego dnia udzielił odpowiedzi, że szkolenie odbędzie się w dniach 30 marca – 1 kwietnia 2015 r. (korespondencja mailowa odwołującego z R. P. z 20 stycznia 2015 r.).

5 lutego 2015 r. zamawiający wezwał odwołującego do złożenia w terminie do 28 lutego 2015 r. dokumentów potwierdzających odbycie szkoleń i kursów wymaganych zgodnie z umową z 26.11.2014 r. pod rygorem odstąpienia od umowy bez dodatkowych wezwań (pismo zamawiającego z 5 lutego 2015 r.). W odpowiedzi na powyższe pismo odwołujący 12 lutego 2015 r. poprosił zamawiającego o rozważenie przedłużenia terminu dostarczenia stosownych dokumentów. Wyjaśnił, że w świetle załączonych zapytań i otrzymanych odpowiedzi od NIMOZ, dotrzymanie pierwotnego terminu, z przyczyn obiektywnych jest niemożliwe. Poinformował, że tego samego dnia skierował do NIMOZ ponownie pismo z prośbą o bardzo pilne zorganizowanie szkolenia. Poprosił o przedłużenie terminu do 31 maja 2015 r. Wyjaśnił, że nie może mieć wpływu na przyspieszenie biegu spraw w Instytucie (pismo odwołującego z 12 lutego 2015 r.).

12 lutego 2015 r. odwołujący skierował do NIMOZ pismo, w którym prosi o zorganizowanie szkolenia dla 12 osób w bardzo pilnym terminie. Prosi o pilne i pozytywne rozpatrzenie swojej prośby oraz określenie warunków przystąpienia pracowników do szkolenia (pismo odwołującego z 12 lutego 2015 r.). W ślad za powyższym pismem odwołujący skierował do NIMOZ również korespondencję pocztą elektroniczną 13 lutego 2015 r.

W odpowiedzi na powyższą korespondencję R. P. z NIMOZ 16 lutego 2015 r. poinformował odwołującego za pośrednictwem poczty elektronicznej, że najbliższy możliwy termin szkolenia to 25 marca 2015 r., zaś szkolenie obejmuje 5 godzin szkoleniowych i kosztuje 300 zł brutto od osoby, o ile odwołujący dysponuje własną salą wykładową. W reakcji na ww. maila pracownik odwołującego 16 lutego 2015 r. zwrócił się z prośbą do NIMOZ o możliwość wyznaczenia „ekspresowego” terminu do końca bieżącego miesiąca. Tego samego dnia otrzymał odpowiedź od NIMOZ, że termin 25 marca 2015 r. jest terminem ekspresowym. NIMOZ wyjaśnił, że szkoły mają już ustalony wyjazdowy grafik kontroli i sprawdzeń i nie mają możliwości wcześniejszego zorganizowania szkolenia. NIMOZ argumentował, iż szkolenia realizuje w miarę możliwości kadrowych i zgodnie z kolejnością zapotrzebowań. Nadmienił, że nie ma obowiązku szkolenia pracowników firm ochroniarskich świadczących usługi na rzecz muzeów. Obsada kadrowa nie pozwala mu na

13

inny sposób działania (korespondencja pomiędzy odwołującym a NIMOZ z 16 lutego 2015 r.).

Ustalono także, że 12 lutego 2015 r. zamawiający pocztą elektroniczną zwrócił się do NIMOZ z prośbą i odpowiedzi, czy była możliwość przeprowadzenia w Instytucie szkolenia w terminie 20.12.2015 – 13.02.2015 r. W reakcji na ww. maila NIMOZ 16 lutego 2015 r. odpowiedział, że nie ma obowiązku szkolenia pracowników firm ochroniarskich. Wyjaśnił,

że w miarę możliwości szkoli odpłatnie pracowników ochrony. Prośba o szkolenie powinna być kierowana w formie pisemnej do dyrektora NIMOZ. Ustalenie terminu jest zależne od harmonogramów działań jego działów, które zasadniczo zna już w styczniu. Po przesłaniu oficjalnego zgłoszenia ustala termin bez zbędnej zwłoki, ale może to być termin odległy nawet o kilka tygodni. W przypadku odwołującego w okresie grudzień – luty telefonicznie udzielano różnych informacji różnym osobom z firmy odwołującego, informując o tym, że w NIMOZ każdy z działów na przełomie roku dopiero planuje swój kalendarz działań statutowych – w przypadku działu DMTO szkolenia i kontrole wyjazdowe. Oficjalne pismo w sprawie szkolenia podpisane przez A. W. datowane na dzień 12 lutego 2014 r. trafiło do NIMOZ 13 lutego 2015 r. Najbliższy termin, który może zaproponować odwołującemu to 25 marca 2015 r. (korespondencja mailowa zamawiającego z NIMOZ w okresie 12-16 lutego 2015 r.)

26 lutego 2015 r. zamawiający przesłał odwołującemu oświadczenie, w którym informuje, że na podstawie §14 ust. 3 umowy zawartej z odwołującym 26 listopada 2014 r. rozwiązuje tę umowę. Jako powód rozwiązania umowy wskazano naruszenie §1 ust. 4 umowy wskutek bezskutecznego upływu 90 dniowego terminu na przedstawienie zaświadczeń potwierdzających odbycie szkolenia dla pracowników ochrony fizycznej muzeów i innych obiektów gromadzących publiczne zbiory kultury (oświadczenie o rozwiązaniu umowy z 26.02.2015 r.)

Dnia 3 marca 2015 r. z inicjatywy zamawiającego została zawarta umowa z odwołującym na świadczenie usług ochroniarskich w obiektach zamawiającego do dnia 4 maja 2015 r. Ww. umowa nie przewidywała obowiązku świadczenia usługi ochroniarskiej przy pomocy pracowników, którzy odbyli szkolenie dla pracowników ochrony fizycznej muzeów i innych obiektów gromadzących publiczne zbiory kultury (umowa z 3.3.2015 r. złożona przez odwołującego).

Pismem z dnia 9 marca 2015 r. zamawiający wezwał odwołującego do zapłaty kary umownej z tytułu rozwiązania umowy w terminie 10 dni od odebrania wezwania. Pismem z

14

18 marca 2015 r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o rozłożenie sumy kary umownej na 24 miesięczne raty. Pismem z 20 marca 2015 r. zamawiający wyraził zgodę na rozłożenie kar umownych jedynie na 4 raty po 13.731,56 zł. 23 marca 2015 r. odwołujący przesłał zamawiającemu za pośrednictwem poczty elektronicznej informację, że licząc na rozłożenie należności na 24 raty zapłacił mu kwotę 2.288,59 zł. Wskazuje, że w związku z tym pozostała do zapłaty należność za 1 ratę w wysokości 11.442,97 zł. Prosi o potwierdzenie tej kwoty. Pismem z dnia 23 marca 2015 r. zamawiający w odpowiedzi na powyższego maila poinformował odwołującego, że zasady płatności zawarte w piśmie zamawiającego z 20 marca 2015 r. są nadal obowiązujące (4 raty po 13.731,56 zł). Pismem z 26 marca 2015 r. zamawiający określił terminy płatności rat: I rata 13.371,56 zł, która została uregulowana 24 marca 2015 r., zaś termin 23 marca 2015 r. został przekroczony o 1 dzień, II rata płatna do 22.04.2015 r., III rata płatna do 22.05.2015 r., IV rata płatna do 22.06.2015 r. Powyższe ustalono na podstawie ww. pism, złożonych przez obie strony.

25 marca 2015 r. pracownicy odwołującego odbyli szkolenie zorganizowane przez NIMOZ co udokumentowano stosownym zaświadczeniem (zaświadczenie z 25.03.2015 r. złożone przez odwołującego na rozprawie).

Ustalono również, że 26 marca 2015 r. zamawiający wszczął przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „wykonanie usługi ochrony fizycznej osób i mienia w siedzibie Muzeum Literatury im. Adama Mickiewicza w Warszawie oraz wykonanie usługi ochrony fizycznej i monitoringu osób i mienia w budynku biurowo-magazynowym wraz z przyległym do niego terenem przy ul. Trawiastej 29 w Warszawie-Anin - od dnia 04.05.2015r. od godz. 12.00 do dnia 04.05.2016r. do godz. 12.00” (Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 26 marca 2015 r., poz. 42543). Zamawiający, stosownie do art. 24 ust. 2a ustawy Pzp, w § 6 ust. 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, postanowił, iż *wykluczy z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności, gdy*

wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych. Zamawiający nie wykluczy z postępowania wykonawcy, który udowodni, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawnionemu i poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia.

15

Do upływu terminu składania ofert, ofertę najkorzystniejszą według kryteriów oceny ofert złożył odwołujący (protokół postępowania).

Dnia 23 kwietnia 2015 r. główny księgowy zamawiającego złożył oświadczenie, że w dniu 22 kwietnia 2015 r. nie wpłynęła II rata należności z tytułu kary umownej nałożonej na odwołującego tytułem rozwiązania umowy z 26.11.2014 r. (oświadczenie z 23 kwietnia 2015 r., złożone przez zamawiającego na rozprawie).

Pismem z 24 kwietnia 2015 r. zamawiający poinformował odwołującego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym swej czynności powołał się na fakt rozwiązania umowy z odwołującym z 26 listopada 2014 r. Wywiódł, że rozwiązanie nastąpiło w wyniku nie wywiązania się odwołującego z zobowiązania, o którym mowa w § 1 ust. 4 ww. umowy, to jest niezłożenia w terminie 90 dni od podpisania tej umowy zaświadczeń o odbyciu szkoleń dla pracowników ochrony fizycznej muzeów i innych obiektów gromadzących publiczne zbiory dóbr kultury. Zamawiający podniósł także, że 1 rata należności z tytułu kary umownej za rozwiązanie umowy została zapłacona z 1 dniową zwłoką. Spłata drugiej raty została wyznaczona na 22 kwietnia 2015 r. i nie wpłynęła do zamawiającego w tym terminie (rozstrzygnięcie postępowania z 22.04.2015 r., w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego).

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Dostrzeżenia wymagało, że analizowane postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego było prowadzone z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym po wejściu w życie ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232). W świetle art. 24 ust. 2a ustawy Pzp, w brzmieniu ustalonym wskutek wejścia w życie ww. ustawy nowelizującej, *zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, w sposób zawniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności, gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych, jeżeli zamawiający przewidział taką możliwość wykluczenia wykonawcy w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków*

16

zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji. Zamawiający nie wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, który udowodni, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawnionemu i poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia.

Jak wynika z powołanego przepisu, w przeciwieństwie do uchylonych przepisów art. 24 ust. 1 pkt 1 i art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp, ustawodawca nie przewidział obowiązku wykluczania nierzetelnych wykonawców. Wykluczenie na podstawie tego przepisu uzależnione jest od wcześniejszej decyzji zamawiającego, który musi przewidzieć taką możliwość.

Kolejną z przesłanek analizowanego przepisu jest konieczność ustalenia, czy analizowane zachowanie wykonawcy nosi znamiona „poważnego naruszenia obowiązków

zawodowych". W celu ustalenia znaczenia tego pojęcia należy posilkować się przepisem dyrektywy oraz wskazówkami wynikającymi z wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 Forposta S.A. i ABC Direct Contact sp. z o.o. v. Poczta Polska S.A., aniżeli literalnym znaczeniem tego sformułowania w języku polskim sugerującym, że chodzi jedynie o przewinienia na gruncie wykonywania zawodu przez określoną osobę. Dostrzeżenia wymaga, że w świetle ww. wyroku pojęcie *poważnego wykroczenia zawodowego obejmuje wszelkie zawinione uchybienia, które wpływają na wiarygodność zawodową danego wykonawcy, a nie tylko naruszenia wąsko rozumianych norm deontologicznych obowiązujących w zawodzie wykonywanym przez wykonawcę, które stwierdzone są przez organ dyscyplinarny ustanowiony dla tego zawodu lub w prawomocnym orzeczeniu sądowym*. Potwierdzeniem ww. tezy jest okoliczność, że ustawodawca krajowy w ślad za wyrokiem ETS w powołanym przepisie za jedną z postaci wykroczenia zawodowego uznaje niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia, które wszak nie musi polegać na naruszeniu norm obowiązujących w danej branży (zawodzie).

Podkreślenia wymaga także, że dla wykluczenia nie jest wystarczające zaistnienie jakiegokolwiek wykroczenia zawodowego, a wykroczenia poważnego. Jak wskazał Trybunał za poważne można uznać jedynie takie naruszenie, które *odnosi się zwykle do zachowania danego wykonawcy wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony. Tym samym jakiegokolwiek nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części może ewentualnie wykazać niższe kompetencje zawodowe danego wykonawcy, lecz nie jest automatycznie równoważne z poważnym wykroczeniem. Ponadto stwierdzenie istnienia „poważnego wykroczenia” wymaga co do zasady przeprowadzenia konkretnej i zindywidualizowanej oceny postawy danego wykonawcy*.

17

Jak wskazano wcześniej, za jedną z postaci wykroczenia zawodowego ustawodawca uznał niewykonanie zamówienia lub nienależyte wykonanie zamówienia. Literalna wykładnia powołanego przepisu prowadzi jednak do wniosku, że nie pozwala on zamawiającemu na automatyczne wykluczenie z postępowania wykonawcy, który nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie publiczne. Powyższe musi być bowiem efektem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, które można przypisać wykonawcy. Jak wynika z powołanego wyroku ETS, za sprzeczne z prawem unijnym należy uznać wykluczanie z postępowania wykonawców w sytuacji gdy niewykonanie zamówienia lub nienależyte wykonanie zamówienia jest jedynie wynikiem „okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność” dany wykonawca (por. motyw 33 wyroku).

Z powoływanego przepisu wynika również, że ciężar wykazania powyższych przesłanek spoczywa na zamawiającym, co wynika z użytego przez ustawodawcę sformułowania „co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych”.

W analizowanej sprawie zamawiający skorzystał z uprawnienia, jakie przyznał mu ustawodawca w powołanym przepisie i w § 6 ust. 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) i przewidział możliwość wykluczenia z postępowania nierzetelnych wykonawców.

Jak wynikało z uzasadnienia czynności wykluczenia odwołującego powodem wykluczenia go z postępowania było rozwiązanie umowy o wykonanie zamówienia publicznego z 26 listopada 2014 r. łączącej zamawiającego z tym wykonawcą. W swym uzasadnieniu zamawiający wywiódł, że rozwiązanie nastąpiło w wyniku nie wywiązania się odwołującego z zobowiązania, o którym mowa w § 1 ust. 4 ww. umowy, to jest niezłożenia w terminie 90 dni od podpisania tej umowy zaświadczeń o odbyciu szkoleń dla pracowników ochrony fizycznej muzeów i innych obiektów gromadzących publiczne zbiory dóbr kultury oraz fakt niezapłacenia rat kar umownych w określonych terminach.

Jak wynikało z powyższego zamawiający, wbrew przepisowi art. 24 ust. 2a ustawy Pzp, nie poddał zachowania odwołującego jakiegokolwiek analizie pod kątem zawinienia. W uzasadnieniu tym zamawiający nie powołał ani jednej okoliczności, na podstawie której ustalił, że zachowanie odwołującego miało charakter celowy lub niedbały i to w sposób rażący. Ograniczył się jedynie do wskazania obiektywnego faktu niewykonania jednego z postanowień umownych abstrahując od przyczyn, jakie legły u podstaw rozwiązania. Zatem słusznie zarzucił w odwołaniu odwołujący, że zamawiający dokonał czynności wykluczenia

go z postępowania w sposób automatyczny, nie przedstawiając jakichkolwiek dowodów jego winy.

Za spóźnione należało uznać twierdzenia zamawiającego przedstawione na rozprawie, w których wskazywał na winę odwołującego. Takie stanowisko zamawiającego należało uznać

18

za niedopuszczalne rozszerzenie podstawy faktycznej wykluczenia, a nie za dodatkową argumentację stanowiącą rozwinięcie przedstawionego uzasadnienia. Nie sposób bowiem uznać za rozwinięcie uzasadnienia przedstawienia dopiero na rozprawie całej argumentacji odnoszącej się do jednego ze znamion zastosowanego przepisu. Izba podziela w całej rozciągłości stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 r., sygn. akt sygn. akt XXIII Ga 416/11, iż „(...) Z punktu widzenia Zamawiającego, oznacza to że nie może on zmienić ani rozszerzać podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania po wniesieniu przez tego drugiego odwołania. W świetle związania KIO, Sądu Okręgowego i Odwołującego zarzutami podniesionymi w odwołaniu, sprzeczne z naczelną zasadą postępowania cywilnego, jaką jest zasada równouprawnienia stron, byłoby dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu Odwołującego. Wobec związania swoimi zarzutami, Odwołujący nie mógłby bowiem odnieść się do nowych okoliczności przedstawionych przez Zamawiającego, po wniesieniu odwołania. Z tych względów postępowanie Zamawiającego, polegające na przedstawieniu nowych dowodów w odpowiedzi na odwołanie i skardze, nie można traktować jedynie jako rozszerzenia argumentacji zawartej w decyzji o wykluczeniu. Powyższej wykładni nie podważa zasada ekonomiki procesowej ani zasada dyspozycyjności formalnej czyli rozporządzania przez stronę czynnościami procesowymi. Zasady te aczkolwiek ważne, nie mogą mieć charakteru dominującego. Z punktu widzenia naczelnych zasad postępowania cywilnego z pewnością ważniejszą rolę odgrywa zasada a zasada równości równouprawnienia stron dokładniej środków procesowych. Podsumowując, skoro Odwołujący – wykonawca był związany swoimi zarzutami zawartymi w odwołaniu to również Zamawiający był związany podstawą faktyczną decyzji od której to odwołanie wniesiono. Dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji przez Zamawiającego uniemożliwiłoby jednocześnie Odwołującemu – wykonawcy przedstawienie zarzutów, co do tych nowych okoliczności. Wobec tego dowody zgłoszone przez Zamawiającego jako dotyczące okoliczności związanych z rozszerzoną podstawą faktyczną decyzji o wykluczeniu, nie mogły zostać uwzględnione (...)”.

Zasadnym wydaje w tym miejscu przywołanie również wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-406/08 Uniplex, który wskazuje, iż: „W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 państwa członkowskie są zobowiązane do zapewnienia, iż sprzeczne z prawem decyzje instytucji zamawiających mogą skutecznie i możliwie szybko podlegać odwołaniu. Tymczasem fakt, że kandydat lub oferent dowiadyuje się, że jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone nie pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania. Takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić kandydatom lub oferentom wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może

19

być przedmiotem odwołania. Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do występowania ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania. Wynika z tego, że cel założony w art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665, jakim jest zagwarantowanie skutecznych środków odwoławczych w razie naruszenia przepisów obowiązujących w zakresie zamówień publicznych, może zostać osiągnięty, wyłącznie jeśli bieg terminów wyznaczonych do wniesienia takich środków odwoławczych rozpoczyna się od dnia, w którym skarżący dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o podnoszonym naruszeniu rzeczonych przepisów”.

Niezależnie jednak od powyższego, celem uniknięcia zarzutu nierozpoznania istoty sprawy, Izba oceniła zgromadzony w sprawie materiał dowodowy. W wyniku analizy całości materiału dowodowego stwierdzono, że ocena konkretnej i zindywidualizowanej postawy

odwołującego nie pozwalała na przypisanie zachowaniu tego wykonawcy znamiona celowego działania ani niedbalstwa, które miałyby przybrać postać rażącą.

Zamawiający w trakcie rozprawy nie utrzymywał, że działanie odwołującego miało charakter celowy. W tej sytuacji pozostało ocenić, czy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia było skutkiem rażącego niedbalstwa po stronie odwołującego.

Według Izby zasadniczą przyczyną dla której odwołujący nie sprostął obowiązкови złożenia w terminie zaświadczeń o odbyciu szkoleń przez pracowników ochrony, o których mowa w §1 ust. 4 umowy z 26 listopada 2014 r., były niestandardowe działania podmiotu odwołującego niezależnego a mianowicie Narodowego Instytutu Muzealnictwa i Ochrony Zbiorów (NIMOZ), które trudno było przewidzieć. Jak wynikało z § 7 pkt 10 obwieszczenia Ministra Kultury z 19 grudnia 2013 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu zarządzenia nr 51 Ministra Kultury i Sztuki w sprawie utworzenia Narodowego Instytutu Muzealnictwa i Ochrony Zbiorów oraz nadania mu statutu (Dz. U. MKiDN z 20 grudnia 2013 r.), do zakresu działania tego instytutu należy *prowadzenie działalności edukacyjnej i szkoleniowej we wszystkich zbiorach działalności muzeów, w tym w zakresie zagadnień obejmujących ochronę zbiorów*. Z kolei w świetle § 18 ust. 1 pkt 4 ww. aktu, *Instytut może prowadzić jako dodatkową, działalność odpłatną, o ile ta działalność nie spowoduje ograniczenia realizacji zadań statutowych Instytutu w zakresie usług szkoleniowych*. Odwołujący utrzymywał, że NIMOZ jest jedynym organem, uprawnionym do przeprowadzenia szkoleń wymaganych przez zamawiającego w SIWZ znak ZP/2/A/2014. Przypomnienia w tym miejscu wymagało, że zamawiający nie pozostawił wykonawcom dowolności co do wyboru podmiotu szkolącego. Wymagał w §3 pkt 2 SIWZ w postępowaniu znak ZP/2/A/2014 przeprowadzenia szkoleń przez NIMOZ albo poprzez innych organizatorów szkolenia pracowników ochrony

20

fizycznej, jeśli były one przeprowadzone na podstawie programów szkoleń uznanych przez wymienione powyżej instytucje. Zamawiający – zapytany w trakcie rozprawy – czy potrafi wskazać jakikolwiek inny organ, który byłby uprawniony do prowadzenia szkoleń z zakresu ochrony fizycznej w obiektach muzealnych, udzielił odpowiedzi negatywnej. Wobec braku dowodu przeciwnego Izba uznała, że szkolenia wymagane przez zamawiającego może przeprowadzić tylko NIMOZ.

Dostrzeżenia wymagało, że szkolenia organizowane przez NIMOZ mają relatywnie nieskomplikowany charakter, trwają kilka godzin w ciągu 1 dnia, odbywają się w siedzibie szkolonego a nie szkolącego, a więc nie angażują potencjału technicznego Instytutu. Pomimo to organ ten nie był w stanie zorganizować dla odwołującego szkolenia w ciągu 3 miesięcy, pomimo licznych monitów odwołującego w tym zakresie trwających co najmniej od dnia 24 listopada 2014 r. do końca lutego 2015 r. Zdaniem Izby, odwołujący mając świadomość niezbyt absorbującego dla Instytutu charakteru tego szkolenia, nie działał niedbale w sposób rażący zakładając, że uda się zorganizować przedmiotowe szkolenie w ciągu 3 miesięcy.

Istotną okazała się również niestandardowa praktyka Instytutu, zgodnie z którą swoje plany szkoleniowe na pierwszy kwartał 2015 r., od których uzależniał podanie odwołującemu konkretnego terminu szkolenia, ogłosił dopiero w połowie stycznia 2015 r. Dostrzeżenia wymagało, że NIMOZ konsekwentnie odmawiał wyznaczenia konkretnego terminu szkolenia pomimo wniosków odwołującego zgłaszanych zarówno w listopadzie jak i grudniu 2014 r. Powyższe wynikało z korespondencji pocztą elektroniczną, jaką odwołujący prowadził z Instytutem przed podpisaniem umowy już w dniu 24 listopada 2014 r. W korespondencji tej Instytut wskazywał, że nie jest w stanie podać bliższej informacji na ten temat. Jak z kolei wynikało z wydruku poczty elektronicznej z 2 grudnia 2014 r. Instytut dopiero przygotowywał plany szkoleniowe na przyszły rok i prosił o kolejny kontakt dopiero po 20 stycznia 2015 r.

Niezasadne było powoływanie się przez zamawiającego na rozprawie na argument z korespondencji pocztą elektroniczną, jaką on sam prowadził z przedstawicielem Instytutu, panem Robertem Pasiecznym w dniach 13-16 lutego 2015 r. Z korespondencji tej wynikało wprawdzie, że zdaniem ww. osoby „prośba o przeprowadzenie szkolenia powinna być kierowana w formie pisemnej do Dyrektora NIMOZ” oraz że „oficjalne pismo w sprawie szkolenia podpisane przez A. W. trafiło do jego biurko 13 lutego 2015 r.”. Jednakże – jak wynikało z wcześniejszej korespondencji prowadzonej przez odwołującego z Instytutem drogą elektroniczną – ten sam przedstawiciel Instytutu, z którym kontaktował się odwołujący, to jest pan R. P. nigdy nie informował go, że złożenie wniosku o przeprowadzenie szkolenia w formie elektronicznej jest niewystarczające. Wręcz przeciwnie, odpowiadając na kolejne

maile, upewniał odwołującego, że Instytut akceptuje formę elektroniczną wniosku, a problemem jest tylko niemożność wyznaczenia terminu szkolenia. Co więcej, stanowisko

21

Instytutu wyrażone w powyższej korespondencji jest sprzeczne z jego wcześniejszymi oświadczeniami. Otóż z maila pana R. P. z dnia 20 stycznia 2015 r. skierowanego do odwołującego wynikało, że Instytut wyznacza termin szkolenia na dni 30 marca – 1 kwietnia 2015 r. wskutek wcześniejszego wniosku elektronicznego odwołującego z dnia 24 listopada 2014 r. Zatem teza, jakoby odwołujący miał nie dołożyć należytej staranności wskutek niezachowania wymaganej formy wniosku o przeprowadzenie szkolenia, okazała się nieprawdziwa.

Istotną w sprawie okazała się również okoliczność, że NIMOZ prowadzi szkolenia tylko dla pracowników ochrony zatrudnionych w muzeach lub dla pracowników posiadających doświadczenie w ochronie obiektów muzealnych (korespondencja mailowa między odwołującym a NIMOZ z 2 grudnia 2014 r.). Odwołujący przed podpisaniem umowy z zamawiającym mógłby co najmniej napotkać poważne trudności w pozyskaniu zaświadczeń o odbyciu szkoleń dla tych pracowników, którzy dopiero mieli pracować w obiektach zamawiającego. Z kolei – jak wynika z postanowień licznych specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniach prowadzonych przez innych zamawiających, złożonych na rozprawie przez odwołującego – wymóg posiadania zaświadczenia ze szkoleń dla pracowników ochrony w obiektach muzealnych nie jest powszechny w takim stopniu, aby należała staranność po stronie firm ochroniarskich, w tym firmy odwołującego, wymagała pozyskiwania takich dokumentów „na zapas”. Jak słusznie wskazywał odwołujący, za poważne niedbalstwo można byłoby potraktować co najwyżej zaniechanie pozyskania z wyprzedzeniem zaświadczeń o odbyciu szkoleń o charakterze obowiązkowym, czy szkoleń powszechnie wymaganych przez zamawiających na rynku. A do takich szkoleń szkolenie z zakresu ochrony obiektów muzealnych – w świetle zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego – nie należało.

Przy ocenie stopnia zawinienia wzięto również pod uwagę to, że obowiązek umowny świadczenia usługi przy pomocy pracowników ochrony posiadających sporne szkolenie, jakiego nie sprostął odwołujący, nie był obowiązkiem zasadniczym (podstawowym). Świadczyła o tym treść przejściowej umowy z dnia 3 marca 2015 r. jaką zamawiający z odwołującym na świadczenie usług ochroniarskich w obiektach zamawiającego do dnia 4 maja 2015 r. Ww. umowa nie przewidywała obowiązku świadczenia usługi ochroniarskiej przy pomocy pracowników, którzy odbyli szkolenie dla pracowników ochrony fizycznej muzeów i innych obiektów gromadzących publiczne zbiory kultury (umowa z 3.3.2015 r. złożona przez odwołującego). Jeżeliby obowiązek ten był warunkiem sine qua non wykonywania usługi ochroniarskiej w obiektach zamawiającego, to z pewnością znalazłby się w treści umowy z 3 marca 2015 r.

22

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, w braku dowodu przeciwnego, że jakkolwiek wykonywanie przez odwołującego obowiązku wynikającego z § 1 ust. 4 umowy z 26.11.2014 r. nie było prawidłowe, to jednak nie jest to automatycznie równoważne z poważnym wykroczeniem zawodowym, gdyż nie przybrało postaci niedbalstwa w stopniu rażącym. Działanie wykonawcy można byłoby ocenić jako rażąco niedbałe wtedy, gdy stopień naganności postępowania drastycznie odbiegałby od modelu właściwego w danych warunkach zachowania się wykonawcy.

Biorąc powyższe pod uwagę, bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy pozostawała okoliczność, czy i dla czego odwołujący pozostaje w zwłoce z zapłatą rat z tytułu kary umownej, jaką zamawiający naliczył mu z powodu rozwiązania umowy z 26.11.2014 r. Konieczność badania czy wykonawca stosownie do art. 24 ust. 2a zd. 2 ustawy Pzp naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia aktualizowałaby się w sytuacji, gdy wykonawca dopuścił się niewykonania lub nienależytego zamówienia w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Tymczasem, zachowanie odwołującego – przy najbardziej niekorzystnej dla niego

interpretacji – mogło być ocenione co najwyżej jako zwykłe niedbalstwo, ale nie o charakterze rażącym.

Izba, działając na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp, postanowiła oddalić wniosek odwołującego o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka – pracownika zamawiającego pana T. C. – na okoliczność świadczenia przez odwołującego usług wynikających z umowy z dnia 26 listopada 2014 r. ochrony fizycznej osób i mienia w siedzibie Muzeum im. Adama Mickiewicza w Warszawie oraz ochrony fizycznej i monitoringu osób i mienia w budynku biurowo-magazynowym wraz z przyległym do niego terenem przy ul. Trawiastej 29 w Warszawie-Anin od dnia zawarcia umowy pomimo nie przedłożenia zamawiającemu zaświadczenia, o którym mowa w § 1 ust. 4 umowy. Na analogicznej podstawie oddalono wniosek zamawiającego o przeprowadzenie dowodu z zeznań ww. osoby na okoliczność braku stabilizacji kadrowej w firmie odwołującego w trakcie realizacji umowy łączącej zamawiającego z odwołującym.

Izba uznała, że dowody zostały powołane dla zwłoki, gdyż nie prowadzą do ustalenia okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy. Wzięto pod uwagę, że zamawiający w uzasadnieniu czynności wykluczenia odwołującego z postępowania nie wskazał, aby odwołujący miał naruszyć inne obowiązki umowne, aniżeli te które wynikały z § 1 ust. 4 umowy z 26.11.2014 r.

Izba, działając na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp, postanowiła oddalić wniosek odwołującego o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka pana R. P. – pracownika NIMOZ na okoliczność, że NIMOZ stanowi jedyny upoważniony organ do wydawania

23

zaświadczeń w zakresie szkolenia i kursów pracowników objętych zamówieniem ZP/2/A/2014, jak i obecnym postępowaniem, dotyczącym wykonywania usług w obiektach zabytkowych, muzealnych sakralnych i innych gromadzących publiczne zbiory.

Izba uznała, że dowód został powołany dla zwłoki, gdyż nie prowadzi do ustalenia okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy. Wzięto pod uwagę, że odwołujący nie wskazał na jakiej podstawie utrzymuje, że ww. osoba ma mieć wiedzę na temat działalności innych organów. Po wtóre zaś, ww. dowód zgłaszany był de facto na okoliczność negatywną, a mianowicie na to, że nie istnieje inny niż NIMOZ uprawniony do wydawania zaświadczeń. W ocenie Izby, w świetle art. 6 KC w zw. z art. 14 Pzp, dowód powinna przeprowadzić ta strona, która z danego faktu wywodzi skutki prawne.

Reasumując Izba uznała, że zamawiający z naruszeniem art. 24 ust. 2a ustawy Pzp wykluczył odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia. Zatem nakazała zamawiającemu unieważnienie tej czynności, a także czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, która była jej konsekwencją oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego. W konsekwencji za zasadny uznano zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

Zdaniem Izby, zamawiający nie naruszył art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z powołanym przez odwołującego przepisem, *zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu na podstawie ustawy*. Udzielenie zamówienia publicznego następuje z chwilą podpisania umowy w sprawie tego zamówienia. Odwołujący nie przeprowadził jakiegokolwiek dowodu na okoliczność, że zamawiający zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający zaprzeczył zaś twierdzeniom odwołującego wyjaśniając, że zawarł jedynie umowę na czas określony, do czasu ogłoszenia orzeczenia przez Izbę. Umowa zawarta przez zamawiającego z pewnością nie jest umową w sprawie zamówienia publicznego, gdyż ta miała być zawarta na okres do dnia 04.05.2016 r. do godz. 12.00. Zatem zarzut podlegał oddaleniu jako gołosłowny.

Izba nie rozpoznawała zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp przez zaniechanie unieważnienia postępowania w sytuacji, w której postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy, gdyż zarzut ten został podniesiony jako ewentualny – na wypadek nieuwzględnienia zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2a ustawy Pzp.

24

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby w rozpatrywanej sprawie miało charakter merytoryczny, zatem musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych względów miało miejsce w niniejszej sprawie.

W konsekwencji, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

25

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b powołanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

26