Sygn. akt KIO 1351/14

WYROK
z dnia 15 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk
Emil Kawa
Emil Kuriata

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lipca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lipca 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Grupa G. - Euroedukacja Sp. z o.o. w Katowicach oraz Grupa G. Sp. z o.o. w Katowicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego w Warszawie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DPC D. i Spółka sp.j. w Opolu, R. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą MRC R. R. w Winowie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Ministerstwu Nauki i Szkolnictwa Wyższego w Warszawie unieważnienie czynności wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Grupa G. - Euroedukacja Sp. z o.o. w Katowicach oraz Grupa G. Sp. z o.o. w Katowicach na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a, art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z zastosowaniem art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wobec wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Grupa G. - Euroedukacja Sp. z o.o. w Katowicach oraz Grupa G. Sp. z o.o. w Katowicach oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

2. kosztami postępowania obciąża Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Grupa G. - Euroedukacja Sp. z o.o. w Katowicach oraz Grupa G. Sp. z o.o. w Katowicach tytułem wpisu od odwołania;
2.2. zasądza od Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego w Warszawie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Grupa G. - Euroedukacja Sp. z o.o. w Katowicach oraz Grupa G. Sp. z o.o. w Katowicach kwotę 7.760 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy siedemset sześćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów związanych z dojazdem na wyznaczone posiedzenie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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: ……

……..

……...

Sygn. akt KIO 1351/14

Uzasadnienie

Zamawiający – Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), dalej jako: „ustawa" lub „Pzp" postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest przeprowadzenie audytu projektu systemowego POIG pt Wsparcie systemu zarządzania badaniami naukowymi oraz ich wynikami, nr POIG.01.01.03.-00-001/08G.
Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych 18 marca 2014 r. pod numerem 90234/2014
Wartość zamówienia jest mniejsza, niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.
26 czerwca 2014 r. zamawiający przesłał informację o wyniku postępowania o udzielanie zamówienia publicznego.
Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Grupa G. - Edukacja Sp. z o.o w Katowicach oraz Grupa G. Sp. z o.o. w Katowicach wnieśli odwołanie 1 lipca 2013 r. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.
Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że przez wykluczenie odwołującego z postępowania naruszył art. 24 ust. 1 pkt 1a, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 26 ust. 3, art. 26 ust. 2b Pzp oraz § 3 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 19 lutego 2013 r. poz. 231, dalej jako „rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów") oraz art. 26 ust. 4 Pzp.
Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert.
W uzasadnieniu odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp wywiódł, że przepis ten odnosi się wyłącznie do wykonawców, zatem zamawiający nie był uprawniony do tego, aby wykluczać z postępowania odwołującego z powodu odstąpienia od umowy z podmiotem udostępniającym swe zasoby, którego uznał za podwykonawcę.
Argumentował, że brzmienie § 3 ust. 4 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów nie może prowadzić do rozszerzenia katalogu przesłanek wykluczenia (wykreowania nowej przesłanki), gdyż wbrew art. 92 ust. 1 Konstytucji zakres tej normy przekracza delegację ustawową zawartą w art. 25 ust. 2 Pzp.
Odwołujący twierdził, że Grupa G. – Audyt Sp. z o.o., podmiot udostępniający swe zasoby zgodnie

---

z art. 26 ust. 2b Pzp, nie został wskazany w jego ofercie jako podwykonawca, zaś utożsamienie przez zamawiającego udostępnienia zasobów z realizacją części zamówienia jest błędne.
Wywodził, że art. 26 ust. 2b Pzp nie wiąże automatycznie udostępnienia zasobów z udziałem w realizacji zamówienia. Zdaniem odwołującego nawet wskazanie, że Grupie G. – Audyt Sp. z o.o. zostanie powierzone wykonanie zamówienia, nie ma znaczenia dla oceny podstaw wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp, gdyż udostępnienie zasobów przy założeniu bezpośredniej realizacji zamówienia mogłoby się wiązać jedynie z oceną niespełnienia warunków udziału w postępowaniu.
Z konieczności wskazania nazwy podwykonawcy w § 8 istotnych postanowień umowy wywodził, że brak zgody zamawiającego na udział konkretnego podwykonawcy może nastąpić przez odmowę zawarcia umowy przez zamawiającego.
Odwołujący podniósł, że wykonywanie zamówienia przez konkretnego wykonawcę nie jest istotnym elementem stosunku prawnego. Argumentował, że skoro art. 36b ust. 2 Pzp dozwala na zmianę podwykonawcy będącego jednocześnie podmiotem, który udostępnił swe zasoby, to dany podwykonawca nie jest przedmiotowo istotnym elementem umowy w sprawie zamówienia publicznego, zatem w razie przewidywanego bezpośredniego wykonania części umowy przez udostępniającego, brak akceptacji przez zamawiającego albo rezygnacja podwykonawcy rodziłby wyłącznie obowiązek ponownego wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.
Odwołujący wskazał, że umowa o współpracy, którą zawarł z Grupa G. – Audyt Sp. z o.o. dotyczy wyłącznie zobowiązania do udostępnienia zasobów nie uzależniając tego od bezpośredniej realizacji zamówienia.
Uzasadniając zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp odwołujący stwierdził, że złożenie

oświadczenia Grupy G. – Audyt Sp. z o.o., iż podmiot ten nie podlega wykluczeniu z postępowania, nie daje podstawy do zastosowania powołanego przepisu, gdyż zamawiający nie odstąpił skutecznie od umowy zawartej z tym podmiotem, zatem nie zaistniała przesłanka wpływu na wynik postępowania.
Odwołujący podniósł, że umowa zawarta przez Grupę G. – Audyt Sp. z o.o. była umową rezultatu, dotyczyła świadczenia niepodzielnego, a jej postanowienia nie przewidywały możliwości częściowego odstąpienia od umowy, którego zamawiający wadliwie dokonał pismem z 12 lutego 2013 r. Wywodził, że odstąpienie od umowy jest nieskuteczne, nie rodzi skutków prawnych, zatem oświadczenie udostępniającego o braku podstaw do wykluczenia jest prawdziwe. Odwołujący podnosił, że skoro udostępniający nie składa oferty, to nie może zostać wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia.
Zdaniem odwołującego wpływ na wynik postępowania może mieć wyłącznie sytuacja podmiotowa wykonawcy, a nawet przy przyjęciu że możliwość ta istnieje w odniesieniu do podmiotów, które udostępniły swe zasoby i będą brać udział w realizacji części zamówienia, to sytuacja taka nie istnieje w odniesieniu do odwołującego.
Odwołujący podniósł, że zamawiający nie wymagał od żadnego wykonawcy składania oświadczeń o

braku podstaw do wykluczenia podwykonawców, ani nie zwracał się do nikogo o wyjaśnienia w tym względzie, zatem badanie wyłącznie oświadczenia odwołującego narusza art. 7 ust. 1 Pzp. Złożenie z własnej inicjatywy oświadczenia przez podmiot, który nie występował w charakterze podwykonawcy, nie może mieć wpływu na wynik postępowania, niezależnie od treści samego oświadczenia.
W odniesieniu do naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp odwołujący wskazał, że jeśli zamawiający na podstawie złożonych oświadczeń i dokumentów uznał, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to winien zastosować tryb uzupełnienia wskazany w art. 26 ust. 3 Pzp. Ocenił, że zamawiający nie może odmówić wiary oświadczeniom i dokumentom przedstawionym przez wykonawców bez zastosowania art. 26 ust. 4 Pzp, procedury obligatoryjnej w przypadku wyprowadzania z nich wniosków mających znaczenie dla rozstrzygnięcia.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia DPC D. i Spółka sp.j. w Opolu, R. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą MRC R. R. w Winowie przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wnieśli o oddalenie odwołania. Popierając zamawiającego podnieśli dodatkowo, że odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania również na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.
Zamawiający podniósł, że pogląd o podwykonawstwie opiera o oświadczenia składane w imieniu odwołującego przez Panią A. R. oraz złożył do akt sprawy wyrok z dnia 21 stycznia 2013 r. potwierdzający zasadność naliczenia przez Skarb Państwa Kancelarię Sejmu kar umownych z tytuły niewykonania umowy przez Grupę G. - Audyt sp. z o.o.
Odwołujący wywodził, że Pani A. R. działała bez umocowania, gdyż posiadane przez nią pełnomocnictwo nie upoważniało do składania oświadczeń dotyczących umowy oraz wygasało z dniem wyboru najkorzystniejszej oferty.
Nie stawił się przystępujący, prawidłowo powiadomiony o terminie posiedzenia.

Izba ustaliła, co następuje:

W ofercie odwołujący wskazał, że zamierza powierzyć podwykonawcom częściowy udział w realizacji zamówienia, bez wskazania firmy podwykonawcy (k. 136). Dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia powołał się na zasoby Grupa G. - Audyt Sp. z o.o.z 28 marca 2014 r. (k. 201).
W ofercie odwołującego znajduje się oświadczenie Grupy G. - Audyt Sp. z o.o., że na dzień składania ofert nie podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia (k. 206).
W imieniu odwołującego występowała Pani A. R. , której pełnomocnictwo dotyczące badanego

postępowania z 28 marca 2014 r. zostało złożone wraz z ofertą (k. 299). Zgodnie z jego treścią Pani A. R. została upoważniona przez obu wykonawców wchodzących w skład konsorcjum odwołującego

m.in. do składania oświadczeń woli i wiedzy, w tym do zaciągania zobowiązań, reprezentowania w postępowaniach o udzielenie zamówienia, akceptowania istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego.
Zamawiający nie przygotował wzoru umowy, którą zamierza zawrzeć z wykonawcą, lecz istotne postanowienia umowy (k. 58-65). W § 8 ust. 1 postanowień przewiduje się wskazanie podwykonawcy, przy udziale którego zostanie wykonany przedmiot umowy (k. 62).
Zamawiający poinformował o wyborze oferty odwołującego pismem z 3 czerwca 2014 r. (k. 499).
W mailu z 6 czerwca 2014 r. Pani A. R. prosiła o wpisanie jako podwykonawcy Grupy G. - Audyt Sp. z o.o. Przesłała również zlecenie udzielone podwykonawcy, potwierdzając w mailu z 10 czerwca, że stanowi ono umowę o podwykonawstwo.
Pismem z 26 czerwca 2014 r. zamawiający poinformował o unieważnieniu tego wyboru, wyborze (w wyniku powtórzonej czynności) oferty przystępujących i wykluczenia odwołującego z powodu wskazania w ofercie, że zamówienie będzie realizowane przy pomocy podwykonawcy - Grupy G. - Audyt Sp. z o.o., który udostępnił również odwołującemu zasoby wiedzy i doświadczenia oraz osoby zdolne do wykonania zamówienia. Podmiot ten był jednym z wykonawców umowy z dnia 28.09.2010 r. Nr 171/DS./2010, od której zamawiający odstąpił. Zamawiający uznał, że wypełnia to przesłanki wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Złożenie przez Grupę G. - Audyt Sp. z o.o. oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu zamawiający uznał, za podstawę wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp (k. 628-629).
Przedmiotem umowy Nr 171/DS/2010 (kopia w aktach sprawy przy odwołaniu) było wykonanie badania ewaluacyjnego, obejmującego wykonanie analiz i ocen dotyczących trafności i skuteczności narzędzi promocyjno-informacyjnych stosowanych w kampanii promocyjno-informacyjnej na rzecz kierunków matematycznych, przyrodniczych i technicznych oraz ich wpływu na wzrost zainteresowania absolwentów szkół ponad gimnazjalnych podejmowaniem studiów na tych kierunkach. Zgodnie z § 4 przedmiot umowy był podzielony na III etapy, odbieranych odrębnie z mocy § 7 ust. 1.
§ 7 ust. 5 daje zamawiającemu uprawnienie w razie bezskutecznego upływu terminu wyznaczonego na usunięcie wad do odstąpienia od umowy ze skutkiem natychmiastowym.
§ 9 ust. 1 umowy stanowi, że w razie opóźnienia w należytym wykonaniu którego kol wiek z etapów badania, przez które należy rozumieć, w przypadku etapu trzeciego również opóźnienie w należytym wykonaniu Raportu zbiorczego lub ekspertyzy końcowej, o co najmniej 7 dni od upływu terminów wyznaczonych na ich wykonanie, zamawiający może odstąpić od umowy ze skutkiem natychmiastowym, bez dodatkowego terminu (art. 492 k.c.).
Z akt sprawy wynika, że mimo licznych wezwań wskazujących uchybienia w III Raportu Zbiorczego nie zostały one usunięte przez wykonawców.
Z notatki służbowej z 5 lipca 2012 r. wynika, że wykonawca przedstawił raport dotyczący etapu III, który nie został przyjęty przez zamawiającego, a stwierdzone w protokole odbioru liczne nieprawidłowości

nie zostały usunięte w wyznaczonym terminie. Zachowanie wykonawcy spowodowało, że cel postępowania nie został osiągnięty, gdyż powtórzenie badania nie było możliwe z uwagi na zakończenie edukacji przez uczniów klas III. Zamawiający rozważał odstąpienie od umowy na podstawie § 7 ust. 5, albo zawarcie porozumienia, na podstawie którego dokonałoby odstąpienia od umowy w części (k. 523-525).
20 września 2012 r. zamawiający przedstawił uzasadnienie do uwag zgłoszonych wcześniej dla przygotowania się wykonawcy do udziału w spotkaniu poświęconemu usunięciu wad i sposobu zakończenia umowy przewidzianego na 1 października 2012 r. (k. 526-528).
Pismem z 12 lutego 2013 r. zamawiający złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy Nr 171/DS/2010 zawartej 28 września 2010 r. z konsorcjum: Grupa G. - Kancelaria Prawa Finansowego Sp. z o.o. oraz Grupa G. - Audyt Sp. z o.o. Zamawiający oświadczył, że odstępuje od części umowy obejmującej III etap badania z powodu nieusunięcia wad III Raportu Zbiorczego oraz nie dostarczenia w terminie ekspertyzy końcowej (k. 619 -620).

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie uwzględniła opozycji przeciwko dopuszczeniu przystępujących do udziału w postępowaniu odwoławczym opartej o zarzut braku przekazania odwołującemu kopii dokumentów, z których wynika umocowanie osób podpisujących przystąpienie do działania w imieniu przystępujących.
Zgodnie z art. 185 ust. 4 zd. 2 Pzp podstawą uwzględnienia opozycji może być wyłącznie brak interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której się przystąpiło. Pozostałe wymagania stawiane przystąpieniu wynikające z ustawy (konieczność zachowania terminu oraz

obowiązku przekazania kopii zgłoszenia przystąpienia stronom postępowania) oraz prawidłowość reprezentacji wykonawcy zgłaszającego przystąpienie) stanowią - zgodnie z poglądem przyjętym w orzecznictwie Izby - podstawę stwierdzenia bezskuteczności przystąpienia. Z przepisów normujących postępowanie odwoławcze nie wynika też obowiązek przekazywania stronom dokumentów potwierdzających umocowanie strony, która podpisała przystąpienie.
Niewątpliwie, przystępujący, których oferta została uznana za najkorzystniejszą, mają interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego. Do zgłoszenia przystąpienia doręczonego Prezesowi Izby zostały dołączone dokumenty potwierdzające prawidłowość podpisania przystąpienia. Zgłoszenie przystąpienia spełnia wszystkie wymagania ustawowe.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący, może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą, a w konsekwencji utraty zysku – wynagrodzenia za wykonanie umowy z zamawiającym.

7

Izba rozpoznała odwołanie w granicach wynikających z art. 192 ust. 8 Pzp z pominięciem kwestii podstaw wykluczenia odwołującego wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp i uznała je za zasadne, mimo, że nie podzieliła znaczącej części argumentacji odwołującego.

Zasadniczą kwestią prawną stanowi ocena, czy dopuszczalne jest wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu przez powołanie się na zasoby podmiotu podlegającego wykluczeniu. Na pytanie to należy udzielić odpowiedzi negatywnej i to niezależnie od tego, czy będzie podmiot taki będzie wykonywał część zamówienia (podwykonawstwo), czy też jego udział w wykonywaniu przyszłej umowy polegać będzie wyłącznie na udostępnieniu niezbędnych zasobów.
Dostrzec trzeba, że przesłanki wykluczenia, których enumeratywny katalog zawierają art. 24 ust. 1 i 2 Pzp, mają na celu uniemożliwienie uzyskania zamówienia przez wykonawcę, który nie daje rękojmi prawidłowego wykonania umowy w sprawach zamówienia publicznego.
Skoro zasoby innego podmiotu, na które powołuje się wykonawca w trybie art. 26 ust. 2b Pzp, są niezbędne do wykonania zamówienia, to na gruncie obowiązujących przepisów, dla potrzeb oceny zdolności podmiotowej wykonawcy, powinny być traktowane tak samo jak własny potencjał wykonawcy. Oznacza to, że jeżeli podmiot udostępniający swe zasoby nie jest zdolny do wykonania zamówienia, zdolności tej nie posiada również wykonawca, wykazujący spełnianie warunków udziału w postępowaniu za pomocą tych zasobów, niezależnie od stosunku łączącego oba podmioty.
Powołanie się przez wykonawcę na zasoby podmiotu podlegającego wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp nie pociąga jednak za sobą *ex lege* skutku w postaci wykluczenia wykonawcy. Zakres przedmiotowy powołanej normy dotyczy wykonawcy, nie zaś podwykonawcy, lub podmiotu udostępniającego swe zasoby. Katalog przesłanek wykluczenia ma charakter enumeratywny i sankcyjny wobec wykonawcy, nie może być zatem wykładany rozszerzająco.
W ocenie Izby, powołanie się na zasoby podmiotu podlegającego wykluczeniu pociąga natomiast za sobą skutek w postaci braku wykazania spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Wbrew twierdzeniu zamawiającego pogląd ten znajduje wsparcie w orzeczeniu SO w Warszawie z 9 kwietnia 2014 r., V Ca 3618/14, w którym Sąd Okręgowy uznał za dopuszczalne weryfikację wiedzy i doświadczenia wykonawcy powołującego się na zasoby innego podmiotu z zastosowaniem kryteriów wskazanych w art. 22 ust. 5 Pzp wobec tego podmiotu.
Rozwinięciem tej tezy jest konstatacja, że negatywna weryfikacja zdolności do wykonania zamówienia przez inny podmiot oznacza brak spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę. W konsekwencji istnienie podstaw do ewentualnego wykluczenia podmiotu udostępniającego swe zasoby oznacza niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę, gdyż ma to znaczenie dla oceny jego sytuacji podmiotowej.
W takiej sytuacji niewykazanie warunków podmiotowych przez wykonawcę rodzi skutek w postaci wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, jednak po dokonaniu wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp (podobnie wyrok SO w Słupsku IV Ca 175/14). 8

Wobec tej konstatacji kwestia, czy Grupa G. - Audyt Sp. z o.o. została wskazana przez odwołującego jako podwykonawca ma znaczenie wtórne.

W celu wszechstronnego rozważenia wszystkich okoliczności sporu Izba odniosła się jednak i do tego zagadnienia i uznała, że mimo braku wskazania w ofercie odwołującego firmy podwykonawcy, zamawiający w dniu dokonywania czynności wykluczenia miał podstawy do uznania, że w toku wykonywania zamówienia podwykonawcą będzie Grupa G. - Audyt Sp. z o.o. Pani A. R. była bowiem upoważniona do składania wobec zamawiającego oświadczeń w imieniu odwołującego. Pełnomocnictwo Pani A. R. do reprezentacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie wygasło z dniem wyboru najkorzystniejszej oferty, gdyż ten dzień – wbrew twierdzeniom odwołującego, nie jest dniem zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Postępowanie o udzielenie zamówienia kończy się z dniem zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (uchwała z 17 grudnia 2010 r. SN, III CZP 103/10, wyroki KIO 2591/13 oraz KIO 2774/13 i 2775/13).
Udzielając zamawiającemu informacji co do podwykonawstwa Pani A. R. działała w granicach umocowania wynikającego z pełnomocnictwa. Odwołujący pomija, że zamawiający nie przygotował w badanym postępowaniu wzoru umowy, lecz istotne postanowienia umowy. Tym samym czas między wyborem najkorzystniejszej oferty, a zawarciem umowy był przeznaczony na doprecyzowanie i zaakceptowanie przez strony treści dopisanych do ogólnych postanowień umownych, do czego Pani R. była upoważniona.

Wobec przedstawionej oceny prawnej osią sporu staje się kwestia, czy podmiot udostępniający swe zasoby podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp. Wyrażana w orzecznictwie wykładnia tego przepisu uwzględniająca orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości z 13 grudnia 2012 r. w sprawie Forposta S.A. i ABC Direct Contact S.A. (C-465/11 nakazuje ustalenie, czy przesłanki ustawowe tj., że:

- zamawiający rozwiązał lub wypowiedział lub odstąpił od umowy w sprawie zamówienia − publicznego;
- nastąpiło to w okresie ostatnich trzech lat przed wszczęciem danego postęp o udzielenie − zamówienia publicznego;
- wartość niezrealizowanego zamówienia wynosiła co najmniej 5 % wartości umowy −

zostały spełnione łącznie i stanowią następstwo poważnego wykroczenia zawodowego, będącego w szczególności niewykonaniem lub niewłaściwym wykonywaniem zamówienia, wskazującym na zamierzone działanie wykonawcy lub rażące niedbalstwo. Okoliczności zaistnienie poważnego wykroczenia zawodowego podlegają ocenie zamawiającego *ad casum.* Na obowiązek orzekania przez Izbę w odniesieniu do wszystkich przesłanek wykluczenia wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp, w tym co do prawidłowości odstąpienia lub rozwiązania umowy z danym wykonawcą wskazał SO w Warszawie w wyroku V Ca 1982/12.

Izba uznała argumentację odwołującego co do niedopuszczalności rozwiązania umowy za nietrafną. Przede wszystkim nawet częściowe odstąpienie od umowy mieści się w dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp, jeśli wartość niezrealizowanego świadczenia wynosiła co najmniej 5%.
Po wtóre, jeśli dana umowa jest umową rezultatu, to odstąpienie od części umowy jest dopuszczalne w sytuacji, gdy świadczenie wykonawcy ma charakter podzielny lub wykonawca spełniał je częściami.
Zgodnie z art. 491 § 2 k.c. jeżeli świadczenia obu stron są podzielne, a jedna z nich dopuszcza się zwłoki tylko co do części świadczenia, uprawnienie do odstąpienia od umowy przysługujące drugiej stronie ogranicza się, według jej wyboru, albo do tej części, albo do całej reszty niespełnionego świadczenia. Strona ta może także odstąpić od umowy w całości, jeżeli wykonanie częściowe nie miałoby dla niej znaczenia ze względu na właściwości zobowiązania albo ze względu na zamierzony przez nią cel umowy wiadomy drugiej stronie. Zakres skutków powodowanych oświadczeniem o odstąpieniu od umowy rzeczywiście zależy od właściwości przedmiotu świadczenia strony, która popadła w zwłokę z wykonaniem swojego zobowiązania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 września 2011 r. I CSK 696/10).
W świetle powyższego a także po ocenie regulacji postanowień umowy Nr 171/DS/2010 Izba uznała, że zamawiający był uprawniony do odstąpienia od tej umowy w części.
Nietrafnie podnosił odwołujący, że zamawiający jedynie złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy, a nie od umowy odstąpił. Realizacja umownego prawa odstąpienia następuje przez złożenie jednostronnego oświadczenia woli przez stronę uprawnioną (art. 61 k.c). Skorzystanie z prawa odstąpienia stanowi uprawnienie kształtujące, zatem odstąpienie od umowy następuje przez samo złożenie oświadczenia.
Wartość niezrealizowanego świadczenia nie jest sporna między stronami.

Izba uznała, że niewykonanie przez Grupę G. - Audyt Sp. z o.o. stanowi poważne wykroczenie zawodowe wykonawcy w postaci co najmniej rażącego niedbalstwa.
Mimo znaczącego upływu czasu (od maja 2012 do lutego 2013 r.) i wyznaczania przez zamawiającego kolejnych terminów na usunięcie wad dzieła, nie zostało ono wykonane zgodnie z przyjętym zobowiązaniem. Z akt sprawy wynika, że w wielu aspektach wykonawca realizował swoje świadczenie wbrew treści oferty i zobowiązaniom wynikającym z umowy, doprowadzając finalnie do braku możliwości poprawnego wykonania części dzieła w ogóle.
Z braku dowodów nie podzielono twierdzenia odwołującego, że niewykonanie przez danego wykonawcę określonego zamówienia nie pozwala na uznanie go, z powołaniem się na art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp, za niezdolnego do wykonania zamówienia rodzajowo odmiennego.
Jak Izba wywiodła wcześniej celem przepisu jest ochrona zamawiającego przed nienależytym wykonaniem zamówienia, niezależnie od natury przyczyn, z powodu których uprzednio dany wykonawca nie wykonał umowy. Przyczyny te mogą mieć rozmaitą naturę, w tym finansową, organizacyjną dotyczącą działalności przedsiębiorcy we wszystkich aspektach. Rzeczą

odwołującego się wykonawcy było w takim razie udowodnienie, że przyczyny dla których nienależycie wykonał umowę Nr 171/DS/2010 nie istnieją w odniesieniu do umowy mającej za przedmiot audyt.

Kolejną kwestią wymagającą oceny było, czy odwołujący podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zaistnienie przesłanek wskazanych w tym przepisie sprzeciwia się dokonaniu wezwania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.
Izba uznała, że odwołujący nie złożył nieprawdziwych informacji.
Po pierwsze: oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia pochodziło, nie od odwołującego, lecz od podmiotu udostępniającego swe zasoby, a ustawa w art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp wyprowadza sankcję wykluczenia w odniesieniu do oświadczenia wykonawcy.
Po drugie: zgodnie z linią orzeczniczą wypracowaną przez Sądy Okręgowe (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie Warszawa-Praga z 19 lipca 2012 r. sygn .akt: IV Ca 683/12, wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z 25 stycznia 2013 r., sygn. akt II Ca 1285/12, wyrok Sądu Okręgowego w Toruniu z 6 grudnia 2012 r. sygn. akt VI Ga 134/12) złożenie nieprawdziwych informacji powodujące negatywne konsekwencje dla wykonawcy musi być dokonane w warunkach winy umyślnej, a więc z zamiarem wprowadzenia zamawiającego w błąd w celu uzyskania zamówienia. Trudno mówić o zamiarze wprowadzenia w błąd zamawiającego, który odstąpił od umowy z Grupą G. - Audyt Sp. z o.o.
Po trzecie: informacja nieprawdziwa w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp to informacja niezgodna z rzeczywistością w sposób obiektywny. Tymczasem u podstaw uznania za nieprawdziwe oświadczenia Grupy G. - Audyt Sp. z o.o., nie leżą fakty, lecz ocena prawna, co do której strony umowy Nr 171/DS/2010 się różnią, a spór ten nie został zakończony.

Skoro odwołujący nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, złożona przez niego oferta nie może być uznana za odrzuconą (arg. *a contrario* z art. 24 ust. 4 Pzp).
Wobec powyższego Izba uznała, że obowiązkiem zamawiającego jest wezwanie odwołującego, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia.
Naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Jeśli w wyniku wezwania odwołujący złoży oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie później, niż w dniu w którym upływał termin składania ofert, nie będzie podlegał wykluczeniu i będzie miał możliwość uzyskania zamówienia.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.
O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. Za uzasadnione koszty strony

poniesione przez odwołujących się wykonawców Izba uznała wyłącznie koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz dojazdu strony na wyznaczone posiedzenie. Nie uwzględniono natomiast kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Odwołujący w postępowaniu odwoławczym byli reprezentowani wyłącznie przez Pana R. a G. , działającego na podstawie umocowania, którego źródłem nie było pełnomocnictwo, lecz zasady reprezentacji wykonawców wskazane w załączonych do odwołania odpisach z KRS, na które powołał się na posiedzeniu. Pan R. G. występował przed Izbą jako Prezes Zarządu Grupy G. Sp. z o.o. i prokurent samoistny Grupa G. – Euroedukacja Sp. z o.o. Faktura VAT dotycząca wynagrodzenia pełnomocnika jako datę wykonania usługi wskazywała dzień posiedzenia i była wystawiona na Grupę G. – Kancelarię Prawa Finansowego Sp. z o.o., która nie była pełnomocnikiem w postępowaniu odwoławczym.
Odwołanie zostało wniesione przez Panią B. N. na podstawie pełnomocnictwa udzielonego jej jako osobie fizycznej przez obu odwołujących. W tej sytuacji nie było również podstaw do uznania, że złożona Faktura VAT dotyczy wynagrodzenia pełnomocnika związanego z wniesieniem odwołania.

Przewodniczący: .....

……

……