

WYROK
z dnia 16 września 2014 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Pakulska

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 września 2014 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 sierpnia 2014 roku przez Odwołującego: **ASKAR Sp. z o. o. z siedzibą w Sopocie, ul. Mikołaja Reja 13/15 lok. 1024-1025, 81-874 Sopot**,
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: „**EKO DOLINA**” Sp. z o. o. z siedzibą w Łęczycach, Al. Parku Krajobrazowego 99, 84-207 Koleczkowo,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu:
 - 1.1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - 1.2. unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego - ASKAR Sp. z o. o. z siedzibą w Sopocie z udziału w postępowaniu i uznania jego oferty za odrzuconą,
 - 1.3. dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego - ASKAR Sp. z o. o. z siedzibą w Sopocie.
2. Kosztami postępowania obciążyć Zamawiającego - „EKO DOLINA” Sp. z o. o. z siedzibą w Łęczycach, i:
 - 2.1. zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego **kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy)**, uiszczoną przez Odwołującego - ASKAR Sp. z o. o. z siedzibą w Sopocie, tytułem wpisu od odwołania,

1

2.2. zasądza od Zamawiającego - „EKO DOLINA” Sp. z o. o. z siedzibą w Łęczycach, na rzecz Odwołującego - ASKAR Sp. z o. o. z siedzibą w Sopocie, **kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy)**, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

„EKO DOLINA” Sp. z o. o. z siedzibą w Łęczycach [zwana dalej: „Zamawiającym”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: *Ochrona osób i mienia dla EKO DOLINA Sp. z o. o. w Łęczycach*, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [j.t. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.], zwanej dalej „ustawą P.z.p.”.

Wartość zamówienia jest mniejsza od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy P.z.p.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 29 lipca 2014 roku pod numerem 164261-2014.

W dniu 25 sierpnia 2014 roku Zamawiający przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o wykluczeniu wykonawców: Askar Sp. z o. o., Firmy WIKING Agencja Ochrony Mienia i Konwoje W. S. oraz konsorcjum wykonawców w składzie: DURANGO-K. Z. (lider), Adrianex Sp. z o. o. (członek konsorcjum).

W dniu 29 sierpnia 2014 roku wykonawca - Askar Sp. z o. o. z siedzibą w Sopocie[zwana dalej: „Odwołującym”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

1. art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy P.z.p. poprzez niezgodne z prawem dokonanie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i dokonanie czynności wykluczenia go z postępowania;
2. art. 26 ust. 4 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie czynności wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących zapisów zawartych w umowie spółki zezwalających na zaciągnięcie zobowiązań dwukrotnie przekraczających wartość kapitału zakładowego oraz uzupełnienia zaświadczeń i kopii faktur kontrahentów, którym Odwołujący udziela ulgi we wpłatach na PFRON;
3. art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez niezgodne z SIWZ dokonanie poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej w formularzu cenowym w ofercie Odwołującego.

1

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wnosil o:

1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i wykluczenia go z postępowania, jako niezgodnej z orzeczeniem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej C-465/11 i w świetle wyroków Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 października 2012 roku sygn. akt V Ca 1982 i 2015/12;
2. nakazanie dokonania czynności polegającej na wezwaniu Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących zaciągania zobowiązań dwukrotnie przekraczających wartość kapitału zakładowego oraz uzupełnienia zaświadczeń i kopii faktur kontrahentów, którym odwołujący udziela ulgi we wpłatach na PFRON.
3. unieważnienia czynności dokonania poprawek oczywistej omyłki rachunkowej, które są sprzeczne z odpowiedzią udzieloną na piśmie Odwołującemu przez Zamawiającego dnia 1 sierpnia 2014r.
4. powtórzenie czynności oceny oferty Odwołującego i w jej trakcie nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień o wysokości zaciągania zobowiązań i uzupełnienia załączników dotyczących ulgi we wpłatach na PFRON.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego i wykluczenia go z postępowania motywując to faktem rozwiązania w dniu 8 maja 2014 roku umowy zawartej uprzednio z Konsorcjum firm: PRATNER Sp. z o. o. (lider) i ASKAR Sp. z o. o. (konsorcjant), ze skutkiem natychmiastowym. Odwołujący wskazał, że powodem rozwiązania umowy był fakt nie przedłożenia Zamawiającemu listy pracowników ochrony, bez uprzedniego wezwania Konsorcjum do uzupełnienia. Odwołujący podnosił, że usługa na rzecz Zamawiającego była świadczona ponad 2 miesiące bez jakichkolwiek uwag ze strony Zamawiającego, co potwierdzają płatności za faktury regulowane w terminie. W ocenie Odwołującego powód nie był na tyle istotny, a Zamawiający nie poniósł z tego tytułu żadnych szkód ani strat. Jedynie ostatnia faktura na kwotę 26 tys. złotych nie została zapłacona przez Zamawiającego. Odwołujący podkreślił, że w obecnym postępowaniu wystąpił samodzielnie, jako ASKAR Sp. z o. o. Odwołujący powołał się na Dyrektywę Unijną Klasyczną – art. 45 ust. 2, wyroki Sądu Okręgowego w Warszawie wydane w sprawach o sygn. akt: V Ca 1982 i 2015/2012 oraz wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 13 grudnia 2012r., wskazując, że Zamawiający nie powinien odrzucić oferty Odwołującego, ponieważ powód rozwiązania umowy nie był poważnym wykroczeniem, nie spowodował szkód i strat w majątku Zamawiającego, a ponadto Odwołujący wystąpił w przedmiotowym postępowaniu jako samodzielny wykonawca, a nie jak poprzednio jako członek Konsorcjum.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy P.z.p. Odwołujący stwierdził, że jego oferta została złożona w sposób prawidłowy i jest ważna w świetle obowiązujących przepisów prawa, a zatem obowiązkiem Zamawiającego było dokonanie czynności wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia załączników tym bardziej, że jest ona najkorzystniejsza pod względem ceny i ulgi we wpłatach na PFRON w wysokości ponad 50 % wartości faktury. Odwołujący wskazał, że obok zaoferowania najniższej ceny, jako jedyny spośród wykonawców ma możliwość udzielania takiej ulgi, a była ona uwzględniana przy cenie oferty. Odwołujący zauważył, że odrzucając jego ofertę i wybierając jedną z najdroższych ofert bez ulgi we wpłatach na PFRON, Zamawiający zawyżył swoje koszty na ochronę o ok. 250 tys. złotych. Ponadto wskazał, że w umowie spółki Odwołującego znajdują się postanowienia zezwalające na zaciąganie zobowiązań przewyższających dwukrotnie wysokość kapitału zakładowego, a także posiada on kopie faktur wraz z zaświadczeniami informującymi o wysokości ulgi we wpłatach na PFRON, a zatem uzupełnienie tych dokumentów w przypadku wezwania do uzupełnienia byłoby skuteczne.

Natomiast odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy P.z.p. Odwołujący wskazał, że w związku z niejasnymi zapisami w tabeli formularza cenowego, w dniu 1 lipca 2014r. zwrócił się do Zamawiającego z pytaniem: „*czy należy zsumować wartości za usługę ochrony fizycznej (poz. 1 w tabeli) z ceną za gotowość grupy interwencyjnej (poz. ostatnia pod tabelą).*” Pismem L.dz./2387-W/ÓWP-P/29/2014/ochrona Zamawiający doprecyzował zapisy w arkuszu cenowym w następujący sposób: „*nie należy sumować usługi ochrony fizycznej i gotowości grup interwencyjnych... Wykonawca musi wprost wpisać koszt usługi ochrony fizycznej.*” Odwołujący podniósł, że cena oferty została wyliczona zgodnie z wyjaśnieniem Zamawiającego, natomiast Zamawiający dokonał poprawienia „oczywistej” omyłki w taki sposób, że doliczył do poz.1 formularza koszt gotowości grup interwencyjnych, czyli sprzecznie z udzieloną odpowiedzią, czym naruszył ustalone przez siebie warunki SIWZ.

W dniu 9 sierpnia 2014 roku – za pośrednictwem faksu – Zamawiający przekazał Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie wraz załącznikami, w której wnosił o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, ponieważ wypełniona została materialnoprawna przesłanka interesu w uzyskaniu

zamówienia, określona w art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p., kwalifikowana możliwością poniesienia przez niego szkody.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o przepis art. 189 ust. 2 ustawy P.z.p.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów znajdujących się w dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienie publicznego, a przedłożonej Izbie przez Zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, tj. z: protokołu postępowania, ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, oferty Odwołującego, zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, korespondencji stron, a także z dokumentów załączonych przez Odwołującego do odwołania oraz przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie, w szczególności z: oświadczenia o rozwiązaniu umowy ze skutkiem natychmiastowym z dnia 8 maja 2014 r., noty obciążeniowej nr 1/05/2014 z dnia 8 maja 2014 r., pisma z dnia 15 maja 2014 r. dotyczącego prośby o miarkowanie kar umownych, odpowiedzi zamawiającego na tą prośbę z dnia 30 maja 2014 r. oraz umowy nr 10/II/2014 z dnia 26 lutego 2014 r.

Izba postanowiła oddalić wniosek Zamawiającego, zgłoszony w odpowiedzi na odwołanie datowanej na dzień 8 września 2014 r, o przeprowadzenie dowodu z dokumentów w postaci oświadczeń osób wykonujących czynności ochrony w zakładzie Zamawiającego, datowanych na dzień 29 kwietnia 2014 r., a dotyczących nie otrzymywania

wynagrodzenia od wykonawcy oraz braku związania z nim jakąkolwiek umową cywilno-prawną, jak i z pisma tych osób z dnia 5 maja 2014 r. informującego o zamiarze zaprzestania wykonywania czynności ochrony mienia Zamawiającego, które to dokumenty zostały załączone do odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie datowanej na dzień 8 września 2014 r. W ocenie składu orzekającego Izby powyższy wniosek zmierzał do wykazania faktów, które nie miały istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, bowiem miały na celu wykazanie okoliczności dotyczących braku profesjonalizmu po stronie Odwołującego, lecz które nie zostały wskazane jako podstawa rozwiązania umowy nr 10/II/2014 z dnia 26 lutego 2014 r. przez Zamawiającego, ze skutkiem natychmiastowym.

Nadto, Izba rozważyła stanowiska stron przedstawione w pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując odwołanie w granicach podnoszonych zarzutów podtrzymanych na rozprawie – stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp - Izba ustaliła, co następuje.

Zarzuty podniesione w odwołaniu zasługują częściowo na uwzględnienie.

4

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy P.z.p. poprzez niezgodne z prawem dokonanie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i dokonania czynności wykluczenia go z postępowania, jest zasadny.

Zamawiający w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 25 sierpnia 2014 roku wskazał, że: *„Zamawiający wykluczył z postępowania Wykonawcę ASKAR Sp. z o.o., gdyż Wykonawca ten był członkiem Konsorcjum firm PARTNER Sp. z o.o. i ASKAR Sp. z o.o., z którym Zamawiający rozwiązał w dniu 8.05.2014 r. umowę ze skutkiem natychmiastowym. Zgodnie z treścią art. 24 ust. 1 pkt 1a: „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, z którymi dany zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego, z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy”. Zgodnie z komentarzem Prawo zamówień publicznych wydanie 12 autorstwa Jerzego Pieroga str. 135: „Przesłanka wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 1a znajdzie zastosowanie także w przypadku wszystkich uczestników konsorcjum, jeżeli doszło do zakończenia umowy w okolicznościach wskazanych w przepisie (Druk sejmowy Nr 3677, Sejm VI kadencji, Uzasadnienie”.“*

Odnosząc się zatem do kwestii zasadności wykluczenia Odwołującego z postępowania, w pierwszej kolejności należy powołać przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy P.z.p., zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, z którymi dany zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego, z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy.

Z kolei art. 45 ust. 2 lit. d) Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi [Dz.U.UE.L.2004.134.114], zwanej także dyrektywą klasyczną, stanowi, iż z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające.

5

Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 13 grudnia 2012 roku wydanym w sprawie C-465/11 Forposta S.A. i ABC Direct Contact Sp. z o.o. v. Poczta Polska S.A. orzekł m.in., iż:

- *art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18/WE należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie obowiązywaniu uregulowań krajowych stanowiących, że poważne wykroczenie zawodowe, powodujące automatyczne wykluczenie danego wykonawcy z trwającego postępowania w sprawie udzielenia*

zamówienia publicznego, zachodzi, gdy z powodu okoliczności, za które wykonawca ten ponosi odpowiedzialność, instytucja zamawiająca rozwiązała albo wypowiedziała wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego, albo odstąpiła od umowy w sprawie zamówienia publicznego z danym wykonawcą, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy, albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania w toku, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy,

- pojęcie 'poważnego wykroczenia' należy rozumieć w ten sposób, że odnosi się ono 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.

Z kolei Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 29 października 2012 roku wydanym w sprawie [sygn. akt: V CA 1982/12] stwierdził, iż: „okoliczności stanowiące przyczynę rozwiązania lub wypowiedzenia umowy albo odstąpienia od niej, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca, nie mogą polegać na każdym nienależytym wykonaniu zobowiązania, ale muszą być następstwem braku profesjonalizmu (a ściślej poważnego wykroczenia będącego dowodem braku profesjonalizmu). (...) pojęcie "poważnego wykroczenia wiązać trzeba z brakiem zawodowego" oczekiwanego profesjonalizmu po stronie dłużnika, a nie z niesolidnością kontrahenta”.

Oceniając zatem czy Zamawiający prawidłowo dokonał wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia w oparciu o podstawę wskazaną w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy P.z.p. należy zbadać czy ziszczyły się wszystkie przesłanki określone w tym przepisie.

Bezspornym w sprawie jest fakt, że Zamawiający w dniu 8 maja 2014 r. rozwiązał ze skutkiem natychmiastowym umowę na Ochronę osób i mienia dla Eko Dolina Sp. z o. o. zawartą w trybie przetargu nieograniczonego w dniu 26 lutego 2014 roku z Konsorcjum

6

w skład którego wchodziły: PRATNER Sp. z o. o. (lider Konsorcjum) i ASKAR Sp. z o. o. (członek Konsorcjum). Nie ulega wątpliwości, że rozwiązanie nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania – rozwiązanie umowy nastąpiło bowiem w dniu 8 maja 2014 roku. Także wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy – wartość wynagrodzenia wykonawcy została ustalona na kwotę 464.712 zł netto, a wynagrodzenie miesięczne zostało ustalone na kwotę 18.643 zł netto (§ 9 ust. 1 i 2 umowy z dnia 26 lutego 2014 r.). Umowa została zawarta na okres od dnia 28 lutego 2014 r. do dnia 29 lutego 2016 r. (§ 11 w/w umowy).

W świetle przywołanego powyżej orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości należało zbadać również, czy powodem rozwiązania umowy przez Zamawiającego było „poważne wykroczenie zawodowe”.

W oświadczeniu o rozwiązaniu umowy ze skutkiem natychmiastowym z dnia 8 maja 2014 roku Zamawiający wskazał, że: „Przyczyną uzasadniającą wypowiedzenie umowy w powyższym trybie jest wykonywanie przez Państwo umowy w sposób sprzeczny z jej postanowieniami – tj. naruszający § 5 ust. 5 oraz § 6 lit. a) umowy. Zgodnie z postanowieniami § 6 lit. a) zobowiązani byli Państwo wykonywać ochronę w zakresie opisanym w § 1 ust. 1 lit. a)-d) przez osoby imiennie wskazane w ofercie [tzw. członkami Personelu kluczowego], które odpowiadają warunkom określonym w art. 26 ust. 1 pkt 2 i pkt 3 ustawy o ochronie osób i mienia – ustawa z dn. 22 VIII 1997 r. [Dz. U. z 2005 r. Nr 145, poz. 1221 ze zm.]. Każdorazowa zmiana tych osób wymagała zastosowania procedury umownej, w tym między innymi uzyskania zgody Zamawiającego wyrażonej pod rygorem nieważności w formie pisemnej. Zgodnie z informacjami uzyskanymi przez Zamawiającego, żadna z osób wykonujących na terenie Eko Dolina Sp. z o. o. ochronę, nie jest osobą zgłoszoną przez Państwa do oferty jako członek Personelu kluczowego. Nadto nikt nie zwracał się do Zamawiającego z wnioskiem o zmianę w/w osób, a Zamawiający nigdy takiej zgody nie wyraził. Wobec powyższego uznać należy, iż obecność w/w osób na terenie zakładu Zamawiającego jest niczym nieuprawniona”.

W ocenie składu orzekającego Izby, podstawą rozwiązania poprzednio zawartej umowy z Konsorcjum w składzie: PRATNER Sp. z o. o. (lider Konsorcjum) i ASKAR Sp. z

o. o. (członek Konsorcjum) nie było „poważne wykroczenie zawodowe”, które mogłoby uzasadniać wykluczenie wykonawcy wchodzącego w skład ww. Konsorcjum z postępowania o udzielenie zamówienia.

Z treści powołanego powyżej oświadczenia Zamawiającego o rozwiązaniu umowy ze skutkiem natychmiastowym wynika, że podstawą rozwiązania umowy było to, że usługi ochrony wykonywały inne osoby niż osoby wskazane w ofercie, a ww. Konsorcjum nie

7

poinformowało o zmianie osób wykonujących czynności związane z ochroną i nie uzyskało zgody na takie zmiany, pomimo, że postanowienia umowy wskazywały na obowiązek uzyskania od Zamawiającego takiej zgody w formie pisemnej. W konsekwencji Zamawiający uznał, że obecność tych osób na terenie zakładu Zamawiającego była nieuprawniona.

Dodatkowo, w odpowiedzi na odwołanie i w stanowisku przedstawionym w toku rozprawy Zamawiający podkreślał, że początkowo nie podejmował żadnych dyscyplinujących działań w stosunku do Konsorcjum, jak choćby poprzez naliczanie kar umownych, gdyż był zapewniany, że zamiana osób jest tylko chwilowa, wynikająca z choroby konkretnych osób czy z przyczyn organizacyjnych leżących po stronie wykonawcy. Zamawiający wskazał również, że w dniu 29 kwietnia 2014 roku otrzymał od osób wykonujących, na terenie jego zakładu, czynności ochrony, oświadczenia, z których wynikało, że nie zostało wypłacone im wynagrodzenie oraz, że nie są związani z wykonawcą żadną umową. W dniu 5 maja 2014 r. otrzymał kolejne pismo od tych osób, z którego wynikało, że wobec braku uregulowania ich sytuacji prawnej (brak umów na podstawie których mieliby świadczyć ochronę) oraz majątkowej (brak zapłaty wynagrodzenia) mają zamiar zaprzestać wykonywania czynności ochrony mienia i opuścić teren zakładu Zamawiającego. Zamawiający podnosił, że istniało realne zagrożenie przerwania ciągłości wykonywania usług ochrony, co mogło mieć negatywne skutki dla funkcjonowania całego zakładu Zamawiającego, gdyż ochrona zakładu, ciągłość jej wykonywania i jakość usług jest dla Zamawiającego ważnym elementem funkcjonowania. Zamawiający wskazał również, że postępowanie ww. Konsorcjum może prowadzić do wniosku, że podpisując umowę nie miał on zamiaru świadczyć usług objętych umową przy pomocy osób wskazanych w ofercie, lecz jedynie zostały one wykazane dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, w pierwszej kolejności stwierdzić należy, że to czy zaistniała przesłanka do wykluczenia wykonawcy, w oparciu o przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy P.z.p. w postaci „poważnego wykroczenia zawodowego” należy badać z uwzględnieniem podstawy wskazanej w oświadczeniu o rozwiązaniu umowy.

Zgodnie bowiem z art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy P.z.p., z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, z którymi dany zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego, z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność. Zatem, wszelkie okoliczności stanowiące podstawę do rozwiązania umowy powinny być wskazane w oświadczeniu o jej rozwiązaniu. Tymczasem, ani w oświadczeniu o rozwiązaniu umowy ze skutkiem natychmiastowym z dnia 8 maja 2014 roku, ani nawet w zawiadomieniu o wykluczeniu wykonawcy z postępowania, Zamawiający nie

8

powoływał się na okoliczności wskazane dopiero na etapie postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, tj. w odpowiedzi na odwołanie i w stanowisku wyrażonym w toku rozprawy, a dotyczące możliwości przerwania ciągłości wykonywania usług ochrony, a w konsekwencji możliwości wywołania negatywnych skutków dla funkcjonowania zakładu Zamawiającego, z uwagi na brak profesjonalizmu wykonawcy, jak i z uwagi na chaos organizacyjny występujący po stronie wykonawcy.

Z tych też względów Izba postanowiła oddalić wniosek Zamawiającego o przeprowadzenie dowodu z dokumentów w postaci oświadczeń osób wykonujących czynności ochrony, datowanych na dzień 29 kwietnia 2014 r., dotyczących nie otrzymywania wynagrodzenia od wykonawcy oraz braku związania z nim jakąkolwiek umową cywilnoprawną, jak i z informacji tych osób z dnia 5 maja 2014 r. wskazującej na zamiar zaprzestania wykonywania czynności ochrony mienia Zamawiającego, które to dokumenty zostały załączone do odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie datowanej na dzień 8

września 2014r.

Skład orzekający Izby, rozważając okoliczności, które zostały wskazane w oświadczeniu Zamawiającego o rozwiązaniu umowy z dnia 26 lutego 2014 r. ze skutkiem natychmiastowym jako podstawa rozwiązania tej umowy, ustalił, że nie są to okoliczności, które wskazywałyby na „poważne wykroczenie zawodowe” wykonawcy. W ocenie składu orzekającego Izby, sama zmiana osób wykonujących czynności ochrony na terenie zakładu Zamawiającego w stosunku do osób wskazanych w treści oferty, bez uzyskania na to jego zgody, mimo, że stanowi naruszenie postanowień umowy, nie stanowi jeszcze o zaistnieniu „poważnego wykroczenia zawodowego”, które miałyby skutkować następnie wykluczeniem wykonawcy z postępowania. W szczególności wskazać należy, że Zamawiający nie uprawdopodobnił nawet, że osoby, które faktycznie wykonywały czynności ochrony nie spełniały jego wymagań określonych w § 5 ust. 5 umowy z dnia 26 lutego 2014 r. Dopiero wykazanie, że osoby, którym wykonawca faktycznie powierzył wykonywanie czynności ochrony osób i mienia Zamawiającego, nie spełniają wymagań postawionych przez Zamawiającego, a koniecznych do prawidłowego wykonywania usług ochrony, mogłoby stanowić przesłankę do uznania, iż wykonawca dopuścił się „poważnego wykroczenia zawodowego”. Natomiast, fakt wykonywania czynności ochrony przez inne osoby, aniżeli wskazane w ofercie ww. Konsorcjum, może stanowić o nienależytym wykonaniu umowy, lecz nie jest automatycznie równoważne z poważnym wykroczeniem, rozumianym jako brak należytego profesjonalizmu. Tym bardziej, że Zamawiający sam przyznał, iż w początkowym okresie tolerował zaistniałą sytuację, tj. wykonywanie usług ochrony przez inne osoby niż wskazane w ofercie, dopóki nie zagroziły one, że opuszczają ochraniające obiekty.

9

Mając powyższe na uwadze, skład orzekający Izby, uznał, że okoliczności stanowiące podstawę rozwiązania umowy z dnia 26 lutego 2014 roku ze skutkiem natychmiastowym, a które zostały wskazane w treści oświadczenia Zamawiającego o jej rozwiązaniu z dnia 8 maja 2014 roku, nie stanowią „poważnego wykroczenia zawodowego”, a przez to nie mogą stanowić podstawy wykluczenia wykonawcy w trybie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy P.z.p.

Natomiast odnosząc się do twierdzenia Odwołującego o braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy P.z.p., z uwagi na to, iż w przedmiotowym postępowaniu występuje jako samodzielny wykonawca, a nie jak w przypadku umowy, która została przez Zamawiającego rozwiązana – jako członek Konsorcjum, skład orzekający Izby, uznał, że jest ono bezzasadne.

Słusznie wskazuje Zamawiający, powołując się przy tym na doktrynę, jak i na uzasadnienie projektu o zmianie ustawy P.z.p. (Druk nr 3677 Sejmu RP VI kadencji), że przesłanka wykluczenia wykonawcy w oparciu o powyższy przepis znajdzie również zastosowanie w stosunku do wszystkich uczestników konsorcjum, jeśli doszło do zakończenia umowy w okolicznościach wskazanych w ww. przepisie, w tym także, gdy z powodu odpowiedzialności choćby jednego z konsorcjantów, samodzielnie lub wspólnie z innymi podmiotami, będącego stroną umowy, została ona przez zamawiającego rozwiązana.

A zatem wykluczeniu z udziału w postępowaniu będzie podlegać też wykonawca, który uprzednio samodzielnie bądź jako członek konsorcjum był stroną umowy z Zamawiającym, w przypadku, gdy umowa ta została rozwiązana w warunkach opisanych w art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy P.z.p., z uwzględnieniem oczywiście interpretacji tych warunków w oparciu o orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości i sądów polskich, o którym była mowa powyżej.

W dalszej kolejności wskazać należy, że skoro w przedmiotowym postępowaniu nie było podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy P.z.p. z uwagi na brak ziszczenia się przesłanki dotyczącej rozwiązania umowy w sprawie zamówienia publicznego z powodu okoliczności, stanowiących „poważne wykroczenie zawodowe”, to Zamawiający nie miał podstaw do odstąpienia, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. od wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień czy do uzupełnienia dokumentów. Zamawiający bowiem w treści zawiadomienia z dnia 25 sierpnia 2014 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wykluczeniu Odwołującego z postępowania wskazał, że nie wezwał Odwołującego do wyjaśnień oraz do uzupełnienia dokumentów, gdyż zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu.

10

Jak już zostało powyżej wskazane Odwołujący został bezpodstawnie wykluczony z postępowania, co było także powodem odrzucenia jego oferty, w konsekwencji nie ziszcili się przesłanki do odstąpienia od wezwania do złożenia wyjaśnień czy do uzupełnienia dokumentów.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez niezgodne z SIWZ dokonanie poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej w formularzu cenowym w ofercie Odwołującego, należy stwierdzić, że powyższy zarzutnie mógł zostać rozpoznany przez Izbę, z następujących względów.

Otóż, zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy P.z.p. jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę; 2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu; 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; 4) odrzucenia oferty odwołującego.

Wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy P.z.p., co bezpośrednio wynika z protokołu postępowania.

Odwołanie wykraczające zakresem poza ramy określone przepisem art. 180 ust. 2 ustawy P.z.p. nie podlega kognicji Izby, stąd też zarzutdotyczący naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez niezgodne z SIWZ dokonanie poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej w formularzu cenowym w ofercie Odwołującego, nie podlegał rozpoznaniu przez Izbę.

Odwołujący wnosił ponadto o zasądzenie kosztów z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, jednak nie przedstawił z tego tytułu rachunku. Zgodnie z § 3 pkt 2 ww. Rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się: uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a w okolicznościach, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b lub § 5 ust. 3 pkt 2, koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego oraz wniósł sprzeciw, w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, obejmujące w szczególności: a) koszty związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę lub rozprawy (posiedzenie lub posiedzenia) Izby, b) wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż kwota 3.600 zł. Z powyższego wynika, że Izba orzeka o uzasadnionych kosztach stron na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Skoro Odwołujący nie przedłożył stosownego rachunku, to nie było podstaw do zasądzenia kosztów z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika na jego rzecz.

11

Biorąc pod uwagę powyższe o kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, a także stosownie do postanowień zawartych w § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 pkt 1 lit. a), § 3 pkt 2 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Mając powyższe na uwadze, orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący:

12