

WYROK
z dnia 6 grudnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bogdan Artymowicz
Członkowie: Agnieszka Bartczak-Żuraw
Katarzyna Brzeska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 grudnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 listopada 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **PGF Utrica Sp. z o. o. ul. Krzemieniecka 120, 54-613 Wrocław oraz Polska Grupa Farmaceutyczna – Hurt Sp. z o. o., ul. Zbąszyńska 3, 91-342 Łódź**, w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital im. Stanisława Leszczyńskiego, ul. Raciborska 26, 40-074 Katowice**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w zakresie pakietów Nr 1, 4, 5, 6, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach pakietów Nr 1, 4, 5, 6, 8, 10, 12, 15, 17, unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania i uznania za odrzuconą oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PGF Utrica Sp. z o. o. ul. Krzemieniecka 120, 54-613 Wrocław oraz Polska Grupa Farmaceutyczna – Hurt Sp. z o. o., ul. Zbąszyńska 3, 91-342 Łódź, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w ramach pakietów Nr 1, 4, 5, 6, 8, 10, 12, 15, 17 z uwzględnieniem oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PGF Utrica Sp. z o. o. ul. Krzemieniecka 120, 54-613 Wrocław oraz Polska Grupa Farmaceutyczna – Hurt Sp. z o. o., ul. Zbąszyńska 3, 91-342 Łódź;

2. kosztami postępowania obciąża **Szpital im. Stanisława Leszczyńskiego, ul. Raciborska 26, 40-074 Katowice** 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 **PGF Utrica Sp. z o. o. ul. Krzemieniecka 120, 54-613 Wrocław oraz Polska Grupa Farmaceutyczna – Hurt Sp. z o. o., ul. Zbąszyńska 3, 91-342 Łódź** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Szpital im. Stanisława Leszczyńskiego, ul. Raciborska 26, 40-074 Katowice** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **PGF Utrica Sp. z o. o. ul. Krzemieniecka 120, 54-613 Wrocław oraz Polska Grupa Farmaceutyczna – Hurt Sp. z o. o., ul. Zbąszyńska 3, 91-342 Łódź** kwotę **11 408 zł 36 gr** (słownie: jedenaście tysięcy czterysta osiem złotych trzydzieści sześć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, dojazdu na posiedzenie i rozprawę Krajowej Izby Odwoławczej, wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictw.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Katowicach**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Szpital im. Stanisława Leszczyńskiego w Katowicach prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest zakup i dostarczanie leków 17 Pakietów.

Pismem z dnia 21 listopada 2012 r., zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej. Tym samym pismem zamawiający poinformował wykonawców o wykluczeniu z przedmiotowego postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PGF Utrica Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu oraz Polska Grupa Farmaceutyczna – Hurt Sp. z o. o., z siedzibą w Łodzi [dalej także, jako „konsorcjum Utrica”]. Jako podstawę prawną wykluczenia zamawiający wskazał art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej także, jako „Pzp”]. Jednocześnie zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu przedmiotowego postępowania w ramach pakietów: 1, 4, 5, 6 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Wobec powyższych czynności w dniu 23 listopada 2012 r., odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej złożyło konsorcjum Utrica zarzucając zamawiającemu:

1. „naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp poprzez jego oczywiście niewłaściwe zastosowanie, jako podstawy wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia, podczas gdy w zaistniałym stanie faktycznym nie wystąpiły przesłanki zastosowania tego przepisu:
 - a) zamawiający nie rozwiązał skutecznie umowy w sprawie zamówienia publicznego (nr 91/28/03/12) łączącej go z Odwołującym, gdyż nie złożył w tym zakresie oświadczenia woli;
 - b) zamawiający wyznaczył 7 dniowy termin, po którego upływie umowa nr 91/28/03/12 miałyby ulec rozwiązaniu, a następnie po upływie 1 dnia wystąpił do Odwołującego z informacją (nie stanowiącą oświadczenia woli), iż umowa uległa rozwiązaniu, Zamawiający naruszył zatem wyznaczony przez siebie termin rozwiązania umowy, co świadczy o bezskuteczności rozwiązania;
 - c) zamówienie zostało w całości zrealizowane, a zatem nie zachodzi przesłanka niezrealizowania zamówienia w zakresie, co najmniej 5% wartości zamówienia;
 - d) zachowanie Zamawiającego wskazuje wyraźnie, iż dokonał on odwrócenia okoliczności faktycznych celem uczynienia z siebie wierzyciela, podczas gdy w rzeczywistości jest dłużnikiem Odwołującego (nie dokonał pełnej zapłaty za dokonane zamówienia). Tym samym sam Zamawiający wykreował sytuację, która następnie pozwoliła mu na podstawie samodzielnej, uznaniowej oceny dokonać

wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp z postępowania przetargowego nr Szp.Leszcz./PN/56/2012. Jest to działanie sprzeczne zarówno z treścią tego przepisu, jak i z jego *ratio legis* oraz zasadami ogólnymi, nacechowane przy tym niegodziwością i nieuczciwością;

- e) zaistniały stan faktyczny wskazuje, iż zaskarżone czynności zamawiającego wchodzi w zakres szeroko zakrojonych działań Zamawiającego nakierowanych na wyrządzenie szkody Odwołującemu. Zamawiający dokonał wykluczenia Odwołującego już w kolejnym przetargu, mając świadomość, iż czynność ta jest potencjalnie sprzeczna z przepisami Pzp (dysponował bowiem w momencie wykluczenia treścią odwołania złożonego od czynności wykluczenia we wcześniejszym przetargu tj. Szp.Leszcz./PN/32/2012, sygn. sprawy: KIO 2522/12). Działanie Zamawiającego cechuje przy tym pełen automatyzm;
- f) należy wskazać, iż umowa przetargowa 91/28/03/12, której rzekome rozwiązanie stało u podstaw wadliwego wykluczenia Odwołującego z przetargu łączyła zamawiającego z firmą PGF Utrica Sp. z o. o., zaś wykonawcą (a obecnie Odwołującym) jest konsorcjum PGF Utrica Sp. z o. o. oraz Polska Grupa farmaceutyczna – Hurt Sp. z o. o.

- 2. naruszenie art. 24 ust. 3 ustawy Pzp poprzez niezawiadomienie Odwołującego o dokonaniu czynności wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 3. naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez brak udzielenia rzetelnego uzasadnienia faktycznego czynności wykluczenia Odwołującego w zbiorczym zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszych ofert, skierowanym do wszystkich wykonawców”.

Odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia, unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazanie zamawiającemu ponownej oceny ofert w postępowaniu przetargowym nr Szp.Leszcz./PN/56/2012, z uwzględnieniem odwołującego oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

W dniu 26 listopada 2012 r., odwołujący PGF Utrica złożył uzupełnienie odwołania z dnia 22 listopada 2012 r., zarzucając dodatkowo naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp poprzez jego oczywiście niewłaściwe zastosowanie, gdyż w niniejszej sprawie nie wystąpiła przesłanka wskazana w tym przepisie, tj. rozwiązanie umowy nie nastąpiło w terminie 3 lat przed wszczęciem postępowania, w którym odwołujący został wykluczony. Rozwiązanie umowy nr 91/28/03/12 nastąpiło bowiem w dniu 30 października 2012 r., a więc już po wszczęciu postępowania przetargowego nr Szp.Leszcz./PN/56/2012. Jednocześnie

odwołujący podtrzymał wszystkie zarzuty, wnioski i twierdzenia wyrażone w odwołaniu z dnia 22 listopada 2012 r.

W uzasadnieniu swojego stanowiska odwołujący podnosił, iż w niniejszej sprawie nie zaistniała przesłanka rozwiązania, odstąpienia lub wypowiedzenia umowy przetargowej przez zamawiającego gdyż nie złożył on wobec odwołującego żadnego oświadczenia woli o rozwiązaniu umowy nr 91/28/03/12. Brak też jest konkludentnego rozwiązania umowy gdyż zamawiający przez cały czas dokonywał zamówień produktów leczniczych oraz przyjmował leki dostarczone przez drugą stronę, aż do momentu, gdy wystąpił z wezwaniem o wystawienie korekt faktur. Ponadto wskazywał, iż pismo zamawiającego z dnia 26 października 2012 r., nie może być traktowane, jako oświadczenie woli. W ocenie odwołującego nie wystąpiła również kolejna przesłanka wynikająca z art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp odnosząca się do wartości niezrealizowanego zamówienia na poziomie co najmniej 5 % wartości umowy. W ocenie odwołującego zrealizował on w 100% złożone przez zamawiającego zamówienia w ramach umowy nr 91/28/03/12 na potwierdzenie czego złożył zestawienie założonych zamówień zaznaczając jednocześnie, iż realizacja zamówienia nie jest tożsama z wykonaniem umowy. Odnosząc się do kolejnej przesłanki, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp odwołujący wskazał, iż rozwiązanie umowy nr 91/28/03/12 nastąpiło już po wszczęciu przedmiotowego postępowania, podczas gdy zgodnie z w/w przepisem z postępowania wyklucza się wykonawcę z którym rozwiązano umowę w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania.

W dalszej kolejności odwołujący wskazywał, iż zamawiający zgodnie z art. 24 ust. 3 ustawy Pzp miał obowiązek zawiadomić odwołującego o wykluczeniu go z postępowania ze wskazaniem przyczyny faktycznej i prawnej. Narusza to również dyspozycję art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zgodnie z którym zamawiający zobowiązany był do przedstawienia uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności wykluczenia podczas gdy zamawiający ograniczył się wyłącznie do podania podstawy prawnej wykluczenia.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający – Szpital im. Stanisława Leszczyńskiego w Katowicach prowadzi postępowanie, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest zakup i dostarczanie leków 17 Pakietów.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 29 października 2012 r., pod numerem 229515.

Zgodnie z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia [dalej także jako „SIWZ], zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych tj. na poszczególne kompletne Pakiety. W przypadku, w którym wykonawca złoży najkorzystniejsze oferty na więcej niż

jeden z Pakietów, zostanie zawarta jedna umowa, w której każdy Pakiet stanowić będzie niezależny element, którego dotyczyć będą wszystkie jej postanowienia, włącznie z możliwością jej rozwiązania. Zgodnie z załącznikiem nr 2 do SIWZ zamawiający określił 17 Pakietów leków.

Przedmiotowe postępowanie zamawiający wszczął w dniu 29 października 2012 r., poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej.

Do upływu terminu składania ofert swoje oferty złożyli następujący wykonawcy:

1. PROFARM Sp. z o. o. z siedzibą w Starej Iwicznej na pakiety 2 i 3,
2. Konsorcjum: PGF Utrica Sp. z o. o. (lider konsorcjum) oraz Polska Grupa Farmaceutyczna – Hurt Sp. z o. o. (członek konsorcjum) z siedzibą dla lidera we Wrocławiu na pakiety od 1 do 17,
3. SALUS INTERNATIONAL Sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach na pakiety od 7 do 17,
4. ASCLEPIOS S.A. z siedzibą we Wrocławiu na pakiety 2, 3, 9, 10, 12, 13, 17.

W zamach poszczególnych Pakietów ranking ofert przedstawiał się następująco:

- 1) Pakiet nr 1:
 - a) Konsorcjum PGF Utrica – 9.140,04 zł
- 2) Pakiet nr 2:
 - a) Profarm Sp. z o. o. – 4.477,25 zł
 - b) Konsorcjum PGF Utrica – 4.427,78 zł
 - c) Asclepios S.A. – 4.137,74 zł
- 3) Pakiet nr 3:
 - a) Profarm Sp. z o. o. – 12.265,34 zł
 - b) Konsorcjum PGF Utrica – 9.749,38 zł
 - c) Asclepios S.A. – 9.212,61 zł
- 4) Pakiet nr 4:
 - a) Konsorcjum PGF Utrica – 328.484,16 zł
- 5) Pakiet nr 5:
 - a) Konsorcjum PGF Utrica – 85.872,80 zł
- 6) Pakiet nr 6:
 - a) Konsorcjum PGF Utrica – 396.560,71 zł
- 7) Pakiet nr 7:
 - a) Konsorcjum PGF Utrica – 161,83 zł,
 - b) Salus International Sp. z o. o. – 157,41 zł
- 8) Pakiet nr 8:
 - a) Konsorcjum PGF Utrica – 15.768,00 zł,
 - b) Salus International Sp. z o. o. – 15.925,68 zł

- 9) Pakiet nr 9:
- a) Konsorcjum PGF Utrica – 5.315,22 zł
 - b) Salus International Sp. z o. o. – 5.309,07 zł
 - c) Asclepios S.A. – 5.772,82 zł
- 10) Pakiet nr 10:
- a) Konsorcjum PGF Utrica – 2.790,72 zł
 - b) Salus International Sp. z o. o. – 2.901,10 zł
 - c) Asclepios S.A. – 2.816,32 zł
- 11) Pakiet nr 11:
- a) Konsorcjum PGF Utrica – 528,17 zł
 - b) Salus International Sp. z o. o. – 528,17 zł
- 12) Pakiet nr 12:
- a) Konsorcjum PGF Utrica – 1.105,62 zł
 - b) Salus International Sp. z o. o. – 1.113,49 zł
 - c) Asclepios S.A. – 1.154,24 zł
- 13) Pakiet nr 13:
- a) Konsorcjum PGF Utrica – 325,30 zł
 - b) Salus International Sp. z o. o. – 305,86 zł
 - c) Asclepios S.A. – 328,54 zł
- 14) Pakiet nr 14:
- a) Konsorcjum PGF Utrica – 211,36 zł
 - b) Salus International Sp. z o. o. – 204,90 zł
- 15) Pakiet nr 15:
- a) Konsorcjum PGF Utrica – 216,00 zł
 - b) Salus International Sp. z o. o. – 252,18 zł
- 16) Pakiet nr 16:
- a) Konsorcjum PGF Utrica – 416,88 zł
 - b) Salus International Sp. z o. o. – 406,08 zł
- 17) Pakiet nr 17:
- a) Konsorcjum PGF Utrica – 532,98 zł
 - b) Salus International Sp. z o. o. – 1.056,24 zł
 - c) Asclepios S.A. – 538,38 zł.

Pismem z dnia 21 listopada 2012 r., zamawiający poinformował o wyborze oferty wskazując, jako najkorzystniejszą ofertę:

- 1) wykonawcy Salus International Sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach dla Pakietów 7, 8, 9, 11, 12, 13, 14, 15, 16;
- 2) wykonawcy Asclepios S.A. z siedzibą we Wrocławiu dla Pakietów 2, 3, 10, 17.

Tym samym pismem zamawiający poinformował również, iż działając na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp, wykluczył z przedmiotowego postępowania konsorcjum PGF Utrica wskazując, „(...) że umowa o udzielenie zamówienia z wykluczonym Wykonawcą uległa rozwiązaniu na skutek nienależytego jej wykonania”. W konsekwencji zamawiający działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp odrzucił ofertę konsorcjum PGF Utrica. Jednocześnie działając na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający unieważnił przedmiotowe postępowanie w zakresie pakietów 1, 4, 5, 6 gdyż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Czynności te leżą bezpośrednio u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Ponadto Izba ustaliła również, iż w dniu 22 marca 2012 r., zamawiający zawarł z wykonawcą PGF Utrica Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu [lider konsorcjum PGF Utrica] umowę nr 91/28/03/12, której przedmiotem były zakup i dostawa produktów leczniczych. Zgodnie z załącznikiem nr 1 do w/w umowy opiewała ona na kwotę 12.625.815,38 zł brutto. Zgodnie z § 12 ust. 1 w/w umowy w przypadku dostarczenia zamawiającemu przez wykonawcę faktury VAT niezgodnej z treścią wiążącej strony umowy, zawierającej nieprawidłową ilość zamawianego asortymentu, rodzaj, cenę, Wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia faktury VAT korygującej zgodnej z umową w nieprzekraczalnym terminie 7 dni licząc od dnia wezwania. Zgodnie z ustępem 3 przywołanego paragrafu umowy nie zastosowanie się wykonawcy do wymogu określonego przez zamawiającego w ust. 2, będzie podstawą do rozwiązania umowy bez zachowania okresu wypowiedzenia z winy wykonawcy.

Pismami z dnia 10 sierpnia, 28 sierpnia, 15 października br. Zamawiający zwracał się do wykonawcy PGF Utrica Sp. z o. o. o korektę faktur za leki dostarczone na podstawie umowy nr 91/28/03/12. Pismem z dnia 18 października 2012 r., zamawiający powołując się na § 12 ust. 2 w/w umowy zwrócił się ponownie do wykonawcy o dostarczanie faktur VAT zgodnych z umową w nieprzekraczalnym terminie 7 dni licząc od dnia wezwania pod rygorem rozwiązania umowy bez zachowania okresu wypowiedzenia z winy wykonawcy. Po bezskutecznym upływie 7 dniowego terminu pismem z dnia 26 października 2012 r., zamawiający poinformował wykonawcę PGF Utrica Sp. z o. o., iż „(...) w związku z nienależytym wykonaniem Umowy Nr 91/28/03/12 uległa ona rozwiązaniu”. Bezspornym jest, iż oświadczenie zamawiającego dotarło do wykonawcy w dniu 30 października 2012 r.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również Izba uznała, iż odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta mogłaby być uznana za najkorzystniejszą w ramach pakietów 1, 4, 5, 6, 8, 10, 12, 15, 17

Przechodząc do podstawy rozstrzygnięcia, należało ustalić czy w przywołanym wyżej stanie faktycznym sprawy, zachodziły przesłanki obligujące zamawiającego do wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż dla wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp niezbędne jest kumulatywne zaistnienie następujących przesłanek:

- 1) rozwiązanie, wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy w sprawie zamówienia publicznego przez zamawiającego;
- 2) rozwiązanie, wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy następuje z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność;
- 3) wartość niezrealizowanego zamówienia wynosi, co najmniej 5% wartości umowy;
- 4) rozwiązanie, wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy nastąpiło w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania.

Łączne wystąpienie wymienionych przesłanek obliguje zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Rozpatrując pierwszą z wymienionych przesłanek w ocenie Izby nie budzącym żadnych wątpliwości i bezspornym jest, że to zamawiający pismem z dnia 26 października 2012 r., które dotarło do wykonawcy PGF Utrica Sp. z o. o. 30 października 2012 r., oświadczył, iż umowa nr 91/28/03/12 uległa rozwiązaniu w związku z jej nienależytym wykonaniem.

Odnosząc się do kolejnej przesłanki należy wskazać, iż użyte w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp sformułowanie „z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność” odpowiada w swej treści instytucji odpowiedzialności kontraktowej unormowanej w art. 471 kodeksu cywilnego mającego zastosowanie do czynności zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Należy zauważyć, że art. 471 k.c. wprowadza domniemanie, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Dla zwolnienia się od odpowiedzialności wykonawca musi zatem obalić to domniemanie przez wykazanie, że niewykonanie zobowiązania nastąpiło z przyczyn, za które nie ponosi on odpowiedzialności. Biorąc pod uwagę, że zamawiający złożył oświadczenie o rozwiązaniu umowy z powodu okoliczności, co do których uznał, że leżą one po stronie wykonawcy, to w postępowaniu odwoławczym stosownie do reguły wynikającej z art. 471 k.c. odwołujący winien wykazać, że rozwiązanie umowy nie nastąpiło z przyczyn, za które ponosi on odpowiedzialność. Na gruncie przedmiotowej sprawy bezspornym jest, iż wykonawca PGF Utrica Sp. z o. o. (a obecnie lider konsorcjum odwołującego) dostarczał zamawiającemu faktury VAT niezgodnie z treścią wiążącej strony umowy, co do cen zamawianego asortymentu. Zgodnie z postanowieniami § 12 ust. 3 umowy nr 91/28/03/12 w opisanej powyżej sytuacji zamawiającemu przysługiwało prawo do rozwiązania umowy bez zachowania okresu wypowiedzenia z winy wykonawcy, z którego to prawa zamawiający skorzystał. Należy wskazać, iż odwołujący nie podniósł żadnej argumentacji, która obalalaby domniemanie, iż rozwiązanie przedmiotowej umowy nastąpiło z przyczyn, za które nie ponosi on odpowiedzialności. W ocenie Izby rozwiązanie umowy nastąpiło bezsprzecznie z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność. Brak korekty faktur w zakresie ceny (zaniechanie doprowadzenia do zgodności faktur z cenami wynikającymi z umowy) określono w umowie jako „nienależyte wykonanie umowy” (§ 14 ust. 1 c umowy), a niezastosowanie się do tego obowiązku – uznane zostało za podstawę do rozwiązania umowy z winy wykonawcy (§ 12 ust. 3 umowy).

Nie było sporne, że członek konsorcjum PGF Utrica otrzymał oświadczenie o rozwiązaniu umowy nr 91/28/03/12 jak też, że zamówienia, które były kierowane do wykonawcy zostały zrealizowane w całości pod względem kompletności dostaw leków, jak też sam odwołujący przyznał, że zamawiający przyjmował dostarczane mu leki do momentu wystąpienia z wezwaniem o korektę faktur, co w ocenie Izby wskazuje, iż w/w umowa również w rozumieniu odwołującego uległa rozwiązaniu. Mając powyższe na względzie Izba stwierdziła, że przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadka na okoliczność zaistnienia przesłanek rozwiązania nie wymaga dodatkowego dowodu i oddaliła wniosek dowodowy odwołującego w tym zakresie.

W zakresie kolejnej przesłanki o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp nie sposób zgodzić się z zamawiającym iż wartość procentowa nienależytego wykonania umowy w stosunku do wartości umowy stanowi 6,25% - co wynika w ocenie zamawiającego z porównania różnicy ceny pomiędzy fakturami wystawionymi przez wykonawcę (z zawyżoną ceną) a fakturami opiewającymi na kwotę zgodną z umową. Należy wskazać, iż ustawodawca w art. 24 ust. 1 pkt 1a Prawa zamówień publicznych wskazał, że wartość

niezrealizowanego zamówienia ma wynosić co najmniej 5 % wartości umowy. Na dzień 30 października 2012 r. wartość wykonania umowy wynosiła 4 733 657,26 zł, co stanowi 37,49% wartości umowy brutto (tj. kwoty 12 625 815,38 zł). Wartości tych Odwołujący nie kwestionował. Izba stwierdziła, że skoro ustawodawca nakazuje odnosić się do wartości umowy, to punktem odniesienia jest wartość całej umowy brutto, tj. w niniejszym przypadku kwota 12 625 815,38 zł – z której to kwoty zrealizowano jedynie nieco ponad 37 %, a więc niezrealizowana wartość zamówienia przekracza znacznie 5%. Nie można zgodzić się z odwołującym, że wartość niezrealizowanego zamówienia tożsama jest z wartością sukcesywnie realizowanych zamówień w ramach umowy. Izba wskazuje, iż sposób realizacji umowy, wykonywanej na podstawie zamówień, rozumianych, jako zlecenia na dostawy częściowe, nie wpływa na zakres pojęcia „wartość niezrealizowanego zamówienia”, którego to pojęcia używa ustawodawca, a które należy rozumieć, jako niezrealizowaną wartość umowy (z zawartej w art. 2 pkt 15 Prawa zamówień publicznych definicji zamówienia publicznego wynika, że jest to umowa odpłatna, więc pod pojęciem zamówienia należy rozumieć umowę).

Odnosząc się do ostatniej przesłanki, której zaistnienia wymaga dyspozycja art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp, aby rozwiązanie, wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy nastąpiło w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania należy wskazać, iż ustawodawca określił wyraźnie przedział czasu, w którym zdarzenie stanowiące podstawę wykluczenia musiało nastąpić. Powyższe w ocenie Izby daje pewną gwarancję wykonawcy co do podjęcia przez niego działań zmierzających do ubiegania się przez niego o dane zamówienie (niezmiennność statusu wykonawcy).. Przystępując do konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wykonawca po pierwsze jest w stanie ocenić czy zachodzą wobec niego przesłanki do wykluczenia w tym przesłanka, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp. Po drugie określając termin, w którym zdarzenie stanowiące podstawę wykluczenia ma wystąpić, ustawodawca uniemożliwił zamawiającemu szansę sztucznego wykreowania przesłanki do wykluczenia poprzez rozwiązanie umowy z wykonawcą, który ubiega się u niego o kolejne zamówienie publiczne. Przechodząc na grunt niniejszej sprawy bezspornym jest, iż zamawiający wszczął postępowanie na zakup i dostarczenie leków 17 Pakietów w dniu 29 października 2012 r., natomiast rozwiązanie umowy nr 91/28/03/12 nastąpiło w dniu 30 października 2012 r., tj. po wszczęciu postępowania. Nie ma znaczenia czy rozwiązanie umowy nastąpiło 1 dzień czy np. 30 dni po wszczęciu postępowania gdyż z uwagi na daleko idący skutek dla wykonawcy przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania winny być interpretowane w sposób ścisły. Określając termin, w którym rozwiązanie, wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy musi nastąpić aby stać się podstawą do wykluczenia, ustawodawca zagwarantował wykonawcy niezmiennność jego statusu po wszczęciu postępowania, do którego zamierza przystąpić,

niezależnie od działań zamawiającego prowadzących do rozwiązania, wypowiedzenia lub odstąpienia łączącej strony umowy celem stworzenia przesłanki do wykluczenia.

Wobec braku kumulatywnego zbiegu przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp w ocenie Izby zamawiający w sposób nieuprawniony dokonał wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie tego normatywu.

Na marginesie Izba wskazuje, iż dla rozstrzygnięcia zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp nie ma znaczenia, że przyczyną wykluczenia było rozwiązanie umowy z jednym z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a nie z oboma wykonawcami. Skoro zgodnie z dyspozycją art. 23 ust. 3 ustawy Pzp przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia to w sytuacji zaistnienia przesłanki do wykluczenia z postępowania wobec jednego z konsorcjantów skutek ten rozciągałby się na całe konsorcjum. Należy podkreślić, iż brak przesłanek negatywnych, będących podstawą do wykluczenia, a opisanych w art. 24 ust. 1 Prawa zamówień publicznych musi wykazać każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 3 ustawy Pzp Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego. Zgodnie z przywołanym przepisem zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne, z zastrzeżeniem art. 92 ust. 1 pkt 3. Wbrew twierdzeniom odwołującego, art. 24 ust. 3 ustawy Pzp nie nakłada na zamawiającego obowiązku odrębnego informowania o wykluczeniu. Zgodnie z dyspozycją art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty o wykonawcach wykluczonych z postępowania, z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego – jeżeli postępowanie prowadzone jest m.in. w trybie przetargu nieograniczonego co też zamawiający uczynił.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp należało zgodzić się z odwołującym, że zamawiający nie wskazał uzasadnienia faktycznego wykluczenia. Zawarte w piśmie z dnia 21 listopada br. uzasadnienie zasadniczo odzwierciedlało jedynie treść przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a Prawa zamówień publicznych, a nie zawierało stosownego uzasadnienia faktycznego. W ocenie Izby zamawiający naruszył art. 92 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych nie podając uzasadnienia faktycznego, tj. opisu okoliczności, będących podstawą wykluczenia.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....