

POSTANOWIENIE
z dnia 3 sierpnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska
Luiza Łamejko
Lubomira Matczuk-Mazuś

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 3 sierpnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lipca 2016 r. przez wykonawcę: **Agencja Ochrony K. Sp. z o.o., ul. Chmielna, 00-020 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Jednostka Wojskowa Nr 2063, ul. Banacha 2, 00-909 Warszawa,**

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. dokonać zwrotu kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy: **Agencja Ochrony K. Sp. z o.o., ul. Chmielna, 00-020 Warszawa** uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

.....

U z a s a d n i e

Zamawiający: Jednostka Wojskowa Nr 2063 w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „dozór i ochronę osób i mienia kompleksu wojskowego Nr 7046 Jednostki Wojskowej Nr 2063 przy ul. Radiowej 2 w Warszawie od dnia 05.07.2016 r. od godz. 7.00 do dnia 05.07.2017 r. do godz. 7.00”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE: 2016/S 069-120602 w dniu 8 kwietnia 2016 r.

Zamawiający w dniu 21 lipca 2016 r. przekazał wykonawcom, w tym Agencji Ochrony K. Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie informację o wyborze oferty Ekspert Security Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, jako najkorzystniejszej oraz o wykluczeniu z postępowania i odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawcę Agencja Ochrony K. Sp. z o.o.

Wykonawca Agencja Ochrony K. Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec powyższych czynności zarzucając naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów ustawy Pzp:

I. art 24 ust 2a i art 24 ust. 4 Pzp, poprzez wykluczenie Odwołującego (i odrzucenie jego oferty) w wyniku przyjęcia, iż w toku wykonywania przez Odwołującego umów Nr 335/2014/JW2063 z dnia 6 października 2014 r. na dozór i ochronę osób i mienia Domu Emeryta Wojskowego w Warszawie przy ulicy Pirenejkiej 5, Nr 335/2015/JW2063 z dnia 18 listopada 2015 r. na dozór i ochronę osób i mienia Centralnego Wojskowego Ośrodka Metrologii w Warszawie przy ulicy Radiowej 2, Nr 93/2016/JW2063 z dnia 29 kwietnia 2016 r. na dozór i ochronę osób i mienia WKU Warszawa Ochota przy ulicy Sękocińskiej 8, wielokrotnie dochodziło do poważnych naruszeń dotyczących wykonywania usługi mających charakter rażącego niedbalstwa, i w konsekwencji błędne uznanie, że Odwołujący w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności, gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, dokonując zarazem jedynie pozornej czynności zwrócenia się do Odwołującego z wnioskiem z udzielenie wyjaśnień co do okoliczności mogących stanowić podstawę wykluczenia, w efekcie czego Zamawiający dokonał automatycznego wykluczenia Odwołującego, co skutkuje odrzuceniem oferty Odwołującego.

II. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i nieudzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu, zgodnie z przepisami ustawy, poprzez dokonanie przez Zamawiającego wykluczenia Odwołującego po pozornym zbadaniu

okoliczności umożliwiających ocenę, czy w tym konkretnym przypadku Zamawiający mógł wykluczyć Odwołującego (pominięcia istoty sprawy mimo formalnego zwrócenia się do Odwołującego z wnioskiem o udzielenie wyjaśnień co do okoliczności mogących stanowić podstawę wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 2a zd. drugie ustawy Pzp), a także dokonania wadliwej oceny w wyborze oferty najkorzystniejszej, co jest rezultatem naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2a i art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp,

III. art. 91 ust. 1 w związku z art. 36 ust 1 pkt 12 i 13 Pzp, poprzez wybór oferty Ekspert Security Sp. z o.o., która nie jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów opisanych w SIWZ, w tym opisu sposobu obliczenia ceny i opisu kryteriów oceny ofert, z uwagi na fakt, iż oferta Odwołującego jest najkorzystniejszą ofertą niepodlegającą odrzuceniu.

IV. art. 11 ust. 7 i 8 Pzp w związku z § 1 pkt 1 lit.a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 grudnia 2015 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. poz. 2263) oraz art. 35 Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania w trybie przetargu nieograniczonego ze wskazaniem, że wartość zamówienia jest równa lub większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 pkt 8 Pzp dla dostaw i usług oraz dokonania ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE, podczas gdy w zawiadomieniu o wyniku postępowania z dnia 15 czerwca 2016 r. kwota, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia została określona na 336.000 zł, a w rezultacie wprowadzenie wykonawców w błąd co do trybu postępowania,

V. ewentualnie - art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, przez zaniechanie unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy jest ono obciążone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty,
- dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert,
- unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Ekspert Security Sp. z o.o.
- ewentualnie - unieważnienia postępowania, jako obciążonego wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp,

Odwołujący wyjaśnił, że w postępowaniu złożono dziewięć ofert. Zamawiający w dniu 21 lipca 2016 r. dokonał wyboru oferty Ekspert Security Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej. Zamawiający wykluczył Odwołującego w oparciu o art. 24 ust. 2a Pzp i uznał w oparciu o art. 24 ust. 4 Pzp ofertę za odrzuconą w dniu 15 czerwca 2016 r. Zamawiający zarzucił Odwołującemu, że realizując na rzecz Zamawiającego umowy w zakresie ochrony osób i mienia wielokrotnie w wyniku rażącego niedbalstwa nienależycie wykonał zamówienie

publiczne, wymieniając w uzasadnieniu jako poważne naruszenia wykonywania usługi sześciokrotne przybycie pojazdu patrolu interwencyjnego po czasie wskazanym w umowie, dwukrotny brak przyjazdu patrolu w toku kontroli oraz brak środków opatrunkowych, emblematów firmy na umundurowaniu, nieaktualny wykaz pracowników przewidzianych do realizacji umowy przy przejęciu ochrony - w okresie 17 miesięcy wykonywania umowy Nr 335/2014/JW2036 z dnia 6 października 2014 r. na dozór i ochronę mienia Domu Emeryta Wojskowego w Warszawie przy ulicy Pirenejskiej 5, a także po jednym przypadku przybycia patrolu interwencyjnego po czasie wskazanym w umowach Nr 335/2015/JW2063 z dnia 18 listopada 2015 r. na dozór i ochronę osób i mienia Centralnego Wojskowego Ośrodka Metrologii w Warszawie przy ulicy Radiowej 2 i Nr 93/2016/JW2063 z dnia 29 kwietnia 2016 r. na dozór i ochronę osób i mienia WKU Warszawa Ochota przy ulicy Sękocińskiej 8, a także stwierdzając, iż Odwołujący nie udowodnił Zamawiającemu, że występujące naruszenia czasu podjazdu grup interwencyjnych nie będą miały miejsca w przyszłości.

Zamawiający uprzednio wykluczył Odwołującego z postępowania na tej samej podstawie i powołując się na te same okoliczności faktyczne, jako podstawę zastosowania art. 24 ust. 2a Pzp, w wyniku czego w dniu 20 czerwca 2016 r. Odwołujący wniósł odwołanie na czynność wykluczenia go z postępowania. Zamawiający w dniu 24 czerwca 2016 r. przesłał Odwołującemu pismo, w którym zgodnie z art. 186 ust. 2 Pzp uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości. W wyniku tego KIO umorzyła postępowanie.

Odwołujący potwierdził, iż wykonuje na rzecz Zamawiającego zamówienia publiczne na podstawie wymienionych umów, jak również wykonywał takie zamówienia w przeszłości. Uchybienia wymienione przez Zamawiającego, polegające na braku środków opatrunkowych na wyposażeniu przy przejęciu ochrony i braku emblematów firmy na umundurowaniu wystąpiły przy przejęciu ochrony, a także w toku dalszych kontroli występowały inne niedociągnięcia. Należy jednak zauważyć, iż analiza protokołów tych kontroli w toku wykonywania umowy oraz protokołów odbioru usługi (zgodnie z umową Nr 335/2014/JW2063), jak również korespondencja wskazuje, iż przedstawiciele Odwołującego na szczeblu co najmniej inspektora nadzoru (w niektórych przypadkach także dyrektora ochrony) byli obecni na wszystkich kontrolach, zobowiązania do usunięcia stwierdzonych niedociągnięć były na bieżąco przez Odwołującego wykonywane i w kolejnych protokołach już ich nie stwierdzano.

Okolicznością, którą w głównym stopniu Zamawiający podniósł uzasadniając decyzję o wykluczeniu Odwołującego z postępowania jest fakt przekraczania w kilku przypadkach czasu dojazdu patrolu interwencyjnego w stosunku do zapisu wskazanego w umowie Nr 335/2014/JW2063 oraz po jednym takim przypadku z umów Nr 335/2014/JW2063 i Nr 93/2016/JW2063.

Za spóźnienia przyjazdu patrolu przewidziane były w umowie Nr 335/2014/JW2063

odrębne kary umowne (§ 7 ust. 2 umowy) i w przypadku stwierdzenia naruszeń z tego tytułu były wystawiane przez Zamawiającego noty obciążeniowe, które nie były nigdy przez Odwołującego kwestionowane. Nie kwestionowano również not z tytułu innych naruszeń umowy. Odwołujący posiada w Warszawie 6 patroli interwencyjnych i dochowywał wszelkich starań, aby czasy przyjazdu patrolu interwencyjnego odpowiadały wymaganiu umownym i w większości przypadków tak było, natomiast z wieloletniego doświadczenia Odwołującego w zakresie wykonywania usług ochrony w zakresie podjazdów patroli interwencyjnych wynika, że nie jest możliwe całkowite wykluczenie sytuacji, gdy patrol nie zmieści się w wymaganym w umowie czasie, gdyż zdarzają się sytuacje nadzwyczajne (np. w postaci kilku alarmów na danym obszarze na raz, kolizji z innym pojazdem, co wymaga skorzystania z drugiego patrolu, czy też po prostu zwykłego „orka”). Ponadto, mając na uwadze dotychczasowe doświadczenia i ryzyko związane z możliwością wystąpienia sytuacji nadzwyczajnej, niezależnej od Odwołującego, ubiegając się o udzielenie kolejnego zamówienia (na dozór i ochronę osób i mienia WKU Warszawa Ochota przy ulicy Sękocińskiej 8, na których wykonanie Odwołujący i JW2063 zawarły umowę nr 93/2016/JW2063). Odwołujący zadeklarował, że przy wykonywaniu podjazdów interwencyjnych patroli będzie korzystał z usług podwykonawcy i w tym zakresie zlecił wykonywanie zlecenia podwykonawcy Konsalnet Security Sp. z o.o., który posiada w Warszawie kilkadziesiąt patroli, a pomimo tego patrol spóźnił się o kilka minut (co potwierdza fakt, że nie da się uniknąć tego typu sytuacji nawet przy zachowaniu maksimum ostrożności).

Innym działaniem Odwołującego, mającym na celu poprawę realizacji umowy w tym zakresie, była decyzja o starcie w niniejszym postępowaniu, gdyż ten obiekt sąsiaduje z innym ochranianym przez Odwołującego obiektem, obsługiwanym w zakresie postępowań o zamówienia publiczne na rzecz Zamawiającego, tj. Centralnym Wojskowym Ośrodkiem Metrologii przy ulicy Radiowej 2 na podstawie umowy nr 33 5/2015/JW2036. Odwołujący założył, iż w przypadku wyboru oferty Odwołującego uzasadnione biznesowo i umownie byłoby postawienie dodatkowego patrolu właśnie w pobliżu tych dwóch obiektów. Pozwoliłoby to w przyszłości na ograniczenie do minimum ryzyka niewywiązywania się z czasów podjazdu grupy interwencyjnej określonych w umowie.

Niedociągnięcia w zakresie wykonywania umów nr 335/2014/JW2036 i nr 336/2015/2016 musiały być Zamawiającemu znane przy rozstrzygnięciu postępowania na dozór i ochronę osób i mienia WKU Warszawa Ochota przy ulicy Sękocińskiej 8, na których wykonanie Odwołujący i JW2063 zawarły w dniu 29 kwietnia 2016 r. umowę nr 93/2016/JW2063. Zamawiający nie wykluczył Odwołującego z tamtego postępowania. W toku wykonywania umowy na dozór i ochronę osób i mienia WKU Warszawa Ochota przy ulicy Sękocińskiej 8 w ramach poprzedniej umowy też zdarzył się przypadek nałożenia kary

umownej za brak dojazdu patrolu w terminie, ale nie było to regułą, o czym świadczy załączony raport służbowy z dnia 16 lipca 2015 r. Umowa ta została rozwiązana na podstawie wypowiedzenia przez Odwołującego.

Podobna sytuacja dotyczyła rozstrzygnięcia przetargu nieograniczonego na dozór i ochronę osób i mienia siedziby JW 2063 przy ul. Banacha 2 wraz z transportowaniem wartości pieniężnych, dozór i ochronę mienia KW 3619 przy ulicy Krzywickiego 34 oraz dozór i ochronę mienia obiektu Prawosławnego Ordynariatu WP przy ulicy Batorego 6. Odwołujący złożył w tamtym postępowaniu ofertę, która wprawdzie nie została wybrana, ale z uwagi na to, że były oferty korzystniejsze. Odwołujący (podobnie jak w postępowaniu na WKU Warszawa Ochota) nie został z tamtego postępowania wykluczony, mimo iż było to zaledwie miesiąc przed rozstrzygnięciem niniejszego postępowania, więc Zamawiający tym bardziej wiedział o okolicznościach, które przyjął za podstawę wykluczenia Odwołującego z niniejszego postępowania.

Wreszcie, odrębne zastrzeżenie kar umownych za poszczególne uchybienia, w tym za podjazdy patroli miało na celu zabezpieczenie interesu Zamawiającego w tym zakresie i zmotywowanie wybranego wykonawcy do unikania takich sytuacji. Natomiast niezależnie od tego Zamawiający miał możliwość rozwiązania umowy ze skutkiem natychmiastowym w razie jakiegokolwiek sytuacji, uznanej przez Zamawiającego za niewykonania lub nienależyte wykonanie zobowiązania (§ 4 pkt 4 ust. 4 umowy nr 335/2014/JW2063), a w razie zajścia takiej sytuacji z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, stanowiło to podstawę do nałożenia odrębnej kary umownej (§ 7 ust. 4). W sytuacji, gdyby Zamawiający uważał, że istniejące wcześniej uchybienia są poważnymi naruszeniami w rozumieniu art. 24 ust. 2a Pzp i to o charakterze rażącego niedbalstwa, mógł umowę rozwiązać i nałożyć zastrzeżone na ten wypadek kary umowne. Tymczasem Zamawiający w dniu 5 kwietnia 2016 r - na podstawie § 4 ust. 2 umowy nr 335/2014/JW2063 wypowiedział umowę z zachowaniem trzymiesięcznego okresu wypowiedzenia bez wskazania na jakiegokolwiek uchybienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący nie kwestionuje występowania uchybień w toku wykonywania wskazanych wyżej umów z Zamawiającym, natomiast całkowicie błędne jest twierdzenie Zamawiającego, iż przedstawione uchybienia miały charakter poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, w szczególności, nie można uznać, że Odwołujący w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie wobec systematycznego usuwania uchybień występujących w toku wykonywania umów, i w sytuacji, gdy nawet zawarcie umowy o podwykonawstwo z największym na rynku ochrony podmiotem, posiadającym w Warszawie największą liczbę patroli interwencyjnych udowodniło, że nie można wykluczyć spóźnienia patrolu.

Nie zostało zatem wykazane przez Zamawiającego wystąpienie jakichkolwiek przesłanek, które uzasadniałyby wykluczenie Odwołującego (i w efekcie odrzucenie oferty Odwołującego).

Odwołujący wskazał, że po uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania z dnia 20 czerwca 2016 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących wykonywania umowy nr 335/2014/JW2063 z dnia 6 października 2014 r., jakie środki zapobiegawcze podjął Odwołujący w celu uniknięcia opóźnień grup interwencyjnych, błędnie wskazując że: „ w ofercie złożonej w niniejszym postępowaniu Wykonawca zobowiązał się do przybycia patrolu interwencyjnego w ciągu 12 minut od zgłoszenia”. W odpowiedzi na to pismo Odwołujący wyjaśnił szczegółowo kwestię uchybień w wykonywaniu umowy nr 335/2014/JW2063, przedstawił planowane działania polegające na zmiany lokalizacji grupy interwencyjnej na bezpośrednio sąsiedztwo obiektu będącego przedmiotem postępowania, co uzasadnił okolicznością wykonywania ochrony na sąsiednim obiekcie, tj. Centralnego Wojskowego Ośrodka Metrologii (co umożliwia ulokowanie grupy interwencyjnej obok tych dwóch obiektów bez zaburzenia rentowności realizowanych umów), błędnie wszakże wpisując - w wyniku oczywistej omyłki (także w wyniku sugestii zawartej w piśmie Zamawiającego), że chodzi o dojazd w ciągu 12 minut, a nie 10 minut, jak wskazał w ofercie Odwołujący.

Zamawiający, korzystając z tej oczywistej omyłki Odwołującego, uznał, że jest to równoznaczne z brakiem wyjaśnień i w rezultacie brakiem dowodu działań ze strony Odwołującego, dokonał jego ponownego wykluczenia na tej samej podstawie prawnej.

Powyższe działania wskazują, że w istocie czynności te podjęte zostały przez Zamawiającego jedynie dla pozorów, ponieważ w uzasadnieniu nie odniósł się w ogóle do istoty konkretnie wskazanych planowanych działań Zamawiającego. Zgodnie z art. 24 ust. 2a zd. 2 Pzp, zamawiający nie wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, który udowodni, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinonemu i poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia. Nie mogąc zaprzeczyć okoliczności, iż wymóg zwrócenia się o wyjaśnienie co do braku podstaw do wykluczenia jest przez większość doktryny uznawany za niezbędny w świetle brzmienia art. 24 ust. 2a Pzp (zob. m.in. Kardas Bartłomiej „Odpowiedź na pytanie” LEX nr 503825), Zamawiający podjął te czynności, jednakże decyzja o wykluczeniu nie odnosi się do adekwatności proponowanych działań Odwołującego. Ponadto, w ogóle pomija ona wskazane w piśmie z dnia 20 lipca 2016 r. wyjaśnienia dotyczące uchybień w wykonaniu umowy nr 335/2014/JW2063. W związku z tym należy stwierdzić, iż powyższego obowiązku wyjaśnienia z wykonawcą Zamawiający dokonał pozornie.

Brak jest tu konsekwencji Zamawiającego, który najpierw zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienie elementów ceny, następnie wykluczył Odwołującego z postępowania, następnie uznał w całości zarzuty wniesione w odwołaniu z dnia 20 czerwca 2016 r., po czym wykluczył Odwołującego ponownie, nie odnosząc się do istoty jego wyjaśnień. Sprzeczność działań Zamawiającego wynika także z tego, że uznanie całości zarzutów w piśmie z dnia 24 czerwca 2016 r. powoduje uznanie każdego z zarzutów z osobna, a nie tylko zarzutu o naruszeniu polegającym na braku zwrócenia się o wyjaśnienie co do braku podstaw do wykluczenia. Obejmuje zatem także zarzut naruszenia art. 24 ust. 2a, poprzez niezasadne przyjęcie, iż w toku wykonywania przez Odwołującego umów na rzecz Zamawiającego wielokrotnie dochodziło do poważnych naruszeń dotyczących wykonywania usługi mających charakter rażącego niedbalstwa.

Równocześnie nie można mówić o wystąpieniu jakiegokolwiek szkody, jaką miałby wyrządzić Odwołujący Zamawiającemu. Jak wspomniano, uchybienia w toku wykonywania wymienionych wyżej umów były systematycznie usuwane, a pomimo występowania uchybień w zakresie podjazdów patroli interwencyjnych Zamawiający nie zdecydował się na rozwiązanie ze skutkiem natychmiastowym umowy nr 335/2014/JW2063, a na jej wypowiedzenie w dniu 12 kwietnia 2016 t., zawarł z Odwołującym umowę nr 93/2016/JW2063 w dniu 29 kwietnia 2016 r. oraz nie wykluczył Odwołującego z postępowania przy rozstrzygnięciu postępowania nr sprawy 10/16. Jednocześnie żadna szkoda nie została przez Zamawiającego zgłoszona.

Podnosząc zarzut naruszenia art. 24 ust. 2a Pzp, wskazać należy, że regulacje zawarte w art. 24 ust. 2a zostały do niej wprowadzone nowelą, która weszła w życie 19 października 2014 r., jako konsekwencja wyroku z dnia 13 grudnia 2012 r. Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C-465/11 Forposta S.A. i ABC Direct Contact Sp. z o. o. przeciwko Poczcie Polskiej S.A. Interpretacja dokonana przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości miała wpływ na ówczesnie obowiązujące przepisy art. 24 ust. 1 pkt 1 i 1a Pzp.

Przepis art. 24 ust. 2a jest przepisem niezbyt długo obowiązującym, niezbyt często stosowanym i nie została jeszcze wypracowana praktyka jego stosowania. Wskazana regulacja wprowadza wiele wątpliwości. Przepis posługuje się wyjątkowo nieprecyzyjnymi pojęciami np. pojęciem „poważnego naruszenia obowiązków zawodowych”. Także pojęcie samych „obowiązków zawodowych” jest pojęciem niejednoznacznym, nie znanym na gruncie krajowych przepisów. Unormowania zawarte w wyżej wymienionym przepisie są krytykowane w piśmiennictwie, jako regulacje wysoce nieprecyzyjne i mogące powodować powstanie pola do dowolności i nadużyć po stronie zamawiających w zakresie wykluczania wykonawców z postępowania (tak Irena Skubiszak-Kalinowska, Zmiany wprowadzone do Prawa zamówień publicznych obowiązujące od 19 października 2014 r, Temidium marzec

2015 r. nr 80; Agata Baranowska, Zmiany w ustawie - Prawo zamówień publicznych według nowelizacji z dnia 29 sierpnia 2014 r., LEX 208403; Katarzyna Eger, Nowelizacja ustawy — Prawo zamówień publicznych z dniem 19 października 2014 r., LEX 208335).

Z przyjętego przez Krajową Izbę Odwoławczą jednolitego stanowiska w zakresie badania, czy zamawiający dokonując wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp, nie naruszył ustawy, wynika, że Izba może podjąć decyzję o badaniu przyczyn rozwiązania, wypowiedzenia czy odstąpienia od umowy zamawiającego z wykonawcą, przeprowadzając w tym celu postępowanie dowodowe i tym samym dokonując merytorycznej oceny zasadności ww. czynności. Odwołujący wskazał, iż co prawda powyższy przepis został uchylony ustawą z dnia 29.08.2014 r. (Dz.U. z 2014 r. poz. 1232), niemniej jednak wykładnia jego stosowania jest analogiczna jak w stosunku do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2a (tak m.in. Bereszko Wojciech „Wykluczenie wykonawcy, który w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowaniu w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe” ABC nr 208227 komentarz praktyczny LEX 208227). Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że ocena prawidłowości czynności wykluczenia wymaga zbadania wszystkich zawartych w pkt 1a) (w niniejszej sprawie zawartych w art. 24 ust. 2a) przesłanek oraz wyraźnie podkreśliła, że nie zgadza się z poglądem, zgodnie z którym badanie konkretnych postanowień umownych dotyczących rozwiązania, wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego przez Zamawiającego „winno stanowić materię postępowania wyłącznie przed sądami powszechnymi” (patrz Załącznik nr 1 do Uchwały Nr 1/2012 Zgromadzenia Ogólnego Krajowej Izby Odwoławczej z 29 marca 2012 r.)

W powołanym powyżej wyroku z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 Trybunał zdefiniował „poważne naruszenie” jako 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*, (tak też KIO w wyroku z dnia 11 maja 2015 r. sygn.. KIO 885/15).

Celem przepisu art. 24 ust. 2a Pzp jest, jak wskazuje KIO w wyroku z dnia 9 lutego 2016 r. KIO 116/16 *wyeliminowanie z postępowania wykonawców niewiarygodnych, którzy przy wykonywaniu wcześniejszych zamówień tak dalece uchybili swoim obowiązkom, że dalsza współpraca z nimi naraża zamawiającego na istotne ryzyko. Nie może on być natomiast stosowany do pozbawienia możliwości uzyskania zamówienia wykonawców, co do których w toku realizacji umowy zachodziły jakiegokolwiek zastrzeżenia, niezależnie od ich rodzaju i skali. Podkreślić należy, że przepis art. 24 ust. 2a ustawy Pzp odwołuje się do*

nienależytego wykonania umowy, które ma charakter kwalifikowany. Nie każde uchybienie w realizacji umowy stanowi - na podstawie tego przepisu - przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania. Przesłanką taką mogą być jedynie tego rodzaju nieprawidłowości, które w sposób zasadniczy zmieniają jakość przedmiotu zamówienia lub w ogóle uniemożliwiają osiągnięcie celu, w jakim została zawarta umowa.

Odwołujący wyjaśnił, że systematycznie na bieżąco usuwał zaistniałe uchybienia, a podjazdy grup interwencyjnych nie zostały uznane za wystarczająco poważne naruszenie jako stanowiące podstawę od wykluczenia Odwołującego z postępowań rozstrzyganych przez Zamawiającego w kwietniu i maju 2016 r. oraz rozwiązania umowy nr 335/2014/JW2063 ze skutkiem natychmiastowym. Nie może być zatem mowy o rażącym niedbalstwie lub zamiarze uchybienia swoim obowiązkom ze strony Odwołującego, które mogłoby zostać zakwalifikowane jako „poważne naruszenie”. Odwołujący informował Zamawiającego o poprawianiu poszczególnych uchybień (zob. pismo Odwołującego z dnia 12 stycznia 2015 r., pismo z dnia 20 kwietnia 2015 r.)

Ciężar udowodnienia, iż Odwołujący dopuścił się poważnego naruszenia w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, zgodnie z treścią art. 24 ust 2a Pzp oraz z przepisu art. 6 Kodeksu cywilnego, spoczywa na Zamawiającym. Zamawiający zobowiązany był w sposób niebudzący wątpliwości przeprowadzić dowód, że Odwołujący dopuścił się poważnego naruszenia w sposób umyślny lub w wyniku rażącego niedbalstwa. Zamawiający w informacji o wyborze oferty z dnia 15 czerwca 2016 r. w postępowaniu nr 018/16 wymienił wprawdzie uchybienia po stronie Odwołującego, ale w żaden sposób nie wykazał, że mają charakter poważnego naruszenia, nie mówiąc już o udowodnieniu winy w naruszeniu obowiązków zawodowych przez Odwołującego, w szczególności, 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 naruszeniem obowiązków zawodowych przez Odwołującego. Zamawiający nie tylko nie udowodnił, ale nawet nie uprawdopodobnił winy Odwołującego.

Zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających istotny charakter naruszeń obowiązków zawodowych wykonawcy, prowadzących z jego winy do niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Zgodnie z wyjaśnieniami Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 22 sierpnia 2013 r. w zakresie wprowadzanych zmian do ustawy, wprowadzenie art. 24 ust. 2a ma na celu wyeliminowanie sytuacji wykluczania z postępowania o udzielenia zamówienia publicznego wykonawców, którzy w sposób nieistotny uchybili obowiązkom zawodowym.

Zamawiający wykluczył Odwołującego wprawdzie uprzednio zwracając się o wyjaśnienia, jednakże w wyniku tego pominął wskazane przez Zamawiającego planowane

działania mające na celu uniknięcie uchybień w wykonywaniu umowy, skupiając się jedynie na oczywistej omyłce Odwołującego, w dodatku pośrednio zasugerowanej przez Zamawiającego w zadany pytanie. Zgodnie ze zdaniem drugim art. 24 ust. 2a, zamawiający nie może wykluczyć wykonawcy o ile udowodni on, iż podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia. Wprawdzie Zamawiający zwrócił się o te wyjaśnienia, jednakże nie odnosząc się do istoty przedstawionych wyjaśnień wykluczył zamawiającego, co czynni całą czynność pozorną i dlatego czynność wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2a Pzp należy uznać za nieuprawnioną.

Wskazane wyżej okoliczności skutkują naruszeniem przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i nieudzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, poprzez wykluczenie Odwołującego i uznanie jego oferty za odrzuconą w oparciu o art. 24 ust. 4 Pzp, co skutkowało naruszeniem art. 91 ust. 1 i art. 36 ust 1 pkt 12 i 13 Pzp, poprzez wybór oferty Ekspert Security Sp. z o.o., która nie jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów opisanych w SIWZ z uwagi na fakt, iż to oferta Odwołującego jest najkorzystniejszą ofertą.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 11 ust. 7 i 8 Pzp w związku z § 1 pkt 1 lit.a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 grudnia 2015 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. poz. 2263) oraz art. 35 Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania ze wskazaniem, że wartość zamówienia jest równa lub większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 pkt 8 Pzp dla dostaw i usług oraz dokonania ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE, podczas gdy w zawiadomieniu o wyniku postępowania z dnia 15 czerwca 2016 r. kwota, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia została określona na 336.000 zł, należy zauważyć, że jest to oczywisty błąd Zamawiającego. Naruszenie to spowodowało wprowadzenie w błąd wykonawców, co do trybu postępowania i spowodowało szereg negatywnych dla Odwołującego konsekwencji proceduralnych w związku z wnoszeniem odwołania, w tym w zakresie wysokości wpisu oraz terminu na jego wniesienie. Ze względu na ten błąd oraz daleko posuniętą ostrożność procesową Odwołujący wniósł wpis w wysokości 15.000 zł i odwołanie w terminie 5 dni tj. w dniu 26 lipca 2016 r.

Zamawiający, pismem z dnia 27 lipca 2016 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której

uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu i oświadczył, że przystąpi do wykonania czynności zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu.

Pismem z dnia 29 lipca 2016 r. Zamawiający przekazał do Prezesa KIO informację, iż w dniach 27 i 28 lipca 2016 r. przesłał e-mailem do wykonawców biorących udział w postępowaniu kopię wniesionego odwołania wraz z wezwaniem do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, że w ustawowym terminie, wynikającym z art. 185 ust. 2 Pzp, tj. trzech dni od dnia otrzymania przez wykonawcę kopii odwołania, żaden wykonawca biorący udział w postępowaniu nie zgłosił do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Wobec powyższego, działając na podstawie art. 186 ust. 2 Pzp, uwzględniając okoliczność, iż do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie nie zgłosił przystąpienia po stronie Zamawiającego żaden wykonawca, Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła postępowanie odwoławcze umorzyć.

Izba orzekła o kosztach postępowania odwoławczego stosownie do art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....