

WYROK
z dnia 11 maja 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk
Agnieszka Bartczak-Żuraw
Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 maja 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 kwietnia 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Grzegorz Ligman, Piotr Świdlicki, Stefan Gortatowicz SELEN Spółkę jawną w Grodzisku Mazowieckim, Piotra Świdlickiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą SELEN w Grodzisku Mazowieckim w postępowaniu prowadzonym przez Prokuraturę Okręgową Warszawa-Praga w Warszawie

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Prokuraturze Okręgowej Warszawa-Praga w Warszawie unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz badania i oceny ofert i wykluczenie z postępowania SOLID SECURITY Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie;
2. kosztami postępowania obciąża Prokuraturę Okręgową Warszawa-Praga w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Grzegorz Ligman, Piotr Świdlicki, Stefan Gortatowicz SELEN Spółkę jawną w Grodzisku Mazowieckim, Piotra Świdlickiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firma SELEN w Grodzisku Mazowieckim tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Prokuratury Okręgowej Warszawa-Praga w Warszawie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Grzegorz Ligman, Piotr Świdlicki, Stefan Gortatowicz SELEN Spółkę jawną w Grodzisku Mazowieckim, Piotra Świdlickiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firma SELEN w

Grodzisku Mazowieckim kwotę 15 000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Warszawa-Praga w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Prokuratura Okręgowa Warszawa-Praga w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm., dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem są usługi ochrony osób i mienia w Prokuraturze Okręgowej Warszawa-Praga w Warszawie oraz podległych Prokuraturach Rejonowych.

Wartość zamówienia jest większa, niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 3 marca 2012r. pod numerem 2012/S 44-072220.

17 kwietnia 2012r. zamawiający przesłał informację o wynikach postępowania, w tym o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez SOLID SECURITY Sp. z o.o. w Warszawie oraz o odrzuceniu ofert KONSALNET HOLDING S.A. w Warszawie oraz Agencji Ochrony Osób i Mienia BASMA SECURITY Sp. j. w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania zamawiającemu kopii, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Grzegorz Ligman, Piotr Świdlicki, Stefan Gortatowicz SELEN Spółkę jawną w Grodzisku Mazowieckim, Piotr Świdlicki prowadzący działalność gospodarczą pod firmą SELEN w Grodzisku Mazowieckim wnieśli odwołanie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 5 i art. 24 ust. 1 pkt 1 - przez nieodrzućenie oferty SOLID SECURITY Sp. z o.o., który to wykonawca winien być wykluczony;
2. art. 90 - przez niezastosowanie procedur przewidzianych do ustalenia przesłanki odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 tj. ustalenia, czy oferta wybrana jako najkorzystniejsza nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;
3. art. 26 ust. 3 - ponieważ zamawiający nie wezwał wykonawców, których oferty odrzucono na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, do uzupełnienia lub poprawienia przez tych wykonawców, błędów w złożonych oświadczeniach lub dokumentach, o których mowa w art. 25 ust. 1, a wymaganych przez zamawiającego na podstawie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej również „specyfikacją”;
4. art. 92 ust. 2 - przez nieuprawnione ujawnienie informacji, o którym mowa w art. 92 ust. 1 pkt 2-4, zawartych w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty

zamieszczonym na stronie internetowej zamawiającego, podczas gdy mogły to być jedynie informacje z art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp;

5. art. 7 ust. 1 - przez niezastosowanie jednakowych kryteriów oceny złożonych ofert w zakresie spełnienia wymagań wynikających ze specyfikacji;

6. art. 8 - z uwagi na niezastosowanie przez zamawiającego procedur badania zasadności zastrzeżenia przez wykonawcę niejawności dokumentów stanowiących zawartość jednej ze złożonych w przedmiotowym postępowaniu ofert.

Odwołujący wniósł o uznanie odwołania za zasadne, nakazanie dokonania prawnej oceny złożonych ofert i odrzucenia oferty SOLID SECURITY Sp. z o.o. oraz o zwrot wniesionego wpisu.

Uzasadniając zarzuty odwołania odwołujący podniósł, iż:

ad. 1. SOLID SECURITY Sp. z o.o. złożył „Oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego” mimo, że umieszczony został przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w wykazie, o którym mowa w art. 154 pkt 5a Pzp na podstawie wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 7 września 2011 r. wydanego w sprawie sygn. akt I ACa 330/11. Sąd Apelacyjny w Katowicach uznał, że SOLID SECURITY Sp. z o.o. wyrządził szkodę zamawiającemu nie wykonując należycie zobowiązania z powodu okoliczności, za które zgodnie z zawartą umową ponosił odpowiedzialność. Orzeczenie to rozstrzyga, na podstawie ustalonego w toku postępowania dowodowego stanu faktycznego, że wykonawca nienależycie wykonując umowę wyrządził zamawiającemu szkodę i jest orzeczeniem, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp. Orzeczenie to jest bowiem orzeczeniem prawomocnym od dnia 7 września 2011 r. Kumulatywne spełnienie przesłanek zawartych w art. 24 ust. 1 pkt 1 obliuguje zamawiającego do wykluczenia z postępowania.

Za pozbawiony znaczenia w sprawie uznał odwołujący wyrok z dnia 8 marca 2012 r. Sądu Okręgowego w Olsztynie w sprawie o sygn. akt IX Ca 23/12. Uznał, że wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie, dotyczy tylko i wyłącznie postępowania o zamówienie publiczne prowadzonego przez Jednostkę Wojskową 3674 w Olsztynie i nie podważa ustaleń i cen poczynionych przez Sąd Apelacyjny w Katowicach.

Ad. 2. Zamawiający nie skorzystał z możliwości jaką daje art. 90 ust. 1 Pzp w sytuacji gdy wybrana oferta SOLID SECURITY Sp. z o.o z ceną brutto 1 837 442,88 zł stanowi ok. 60% przedmiotu zamówienia, którego wartość zamawiający ustalił na kwotę 2 998 607,62 zł.

Wskazał, że ponieważ ustawa nie określa, jaką cenę należy uznać za rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, to opierając się na doktrynie i orzecznictwie, należy

przyjąć, że obowiązek wszczęcia procedury wyjaśniającej elementy cenowe oferty, pojawi się, gdy cena oferty odbiega o ok. 20% od wartości szacunkowej zamówienia i o ok. 10% od ceny innych ofert złożonych w tym postępowaniu.

Odwołujący uznał za uzasadnione postawienie zarzutu nie podjęcia procedury ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w przypadku, gdy cena oferty stanowi 60% wartości zamówienia oraz jest niższa od drugiej oferty przyjętej w tym postępowaniu, oferty odwołującego o ok. 20%.

ad. 3. Zamawiający odrzucił oferty KONSALNET HOLDING S.A. oraz Agencji Ochrony Osób i Mienia BASMA SECURITY Sp. j. w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, mimo że błędy popełnione przez wykonawców podlegają poprawieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Odwołujący wskazał, że z treści art. 26 Pzp wynika jednoznacznie obowiązek wezwania wykonawców do uzupełnienia wymaganych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

ad. 4. Zamawiający, w sposób do tego nieuprawniony, zamieścił na stronie internetowej „Informację o wyborze najkorzystniejszej oferty” zawierającą dane, o których mowa w art. 92 ust. 1 pkt 2-4 Pzp, pomimo iż zgodnie z art. 92 ust. 2 winny być to tylko dane, o których mowa w art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp.

ad. 5. SOLID SECURITY Sp. z o.o w wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wykazał nazwiska 10 osób. W związku z powyższym w porównaniu do zarzutów postawionych wykonawcom, których oferty odrzucono nasuwa się pytanie: „Dlaczego zamawiający w tym przypadku nie postawił zarzutu, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (...)?”. Skoro odrzucono oferty z tego powodu, że wykazano w nich 7 sztuk wykrywaczy metali, w sytuacji gdy zamawiający uważa, że winno być 12 sztuk z uwagi na zatrudnienie 12 pracowników ochrony pełniących równoległe służbę na obiektach w jednym czasie, to wykazanie przez SOLID SECURITY Sp. z o.o tylko 10 pracowników, w sytuacji gdy zamawiający wymaga, że w jednym czasie musi pełnić służbę 12 pracowników ochrony winno zrodzić skutek odrzucenia oferty.

ad. 6. przyjęcie przez zamawiającego zastrzeżenia niejawności w stosunku do „Wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia” stanowiącego załącznik nr 4 do oferty złożonej przez Wykonawcę KONSALNET HOLDING S.A., bez badania, czy informacje zawarte w wykazie mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi, zdaniem odwołującego, ewidentne naruszenie zasady jawności postępowania.

Na niestaranność działania zamawiającego wskazuje również dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty i zawiadomienie wykonawców o podjęciu tej decyzji mimo, że protokół, o którym mowa w art. 96 ust. 1 Pzp nie został podpisany przez wszystkich członków komisji przetargowej.

Izba ustaliła w czasie posiedzenia, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i rozpoznała je na rozprawie. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania, wskazując m. in., że jego rozpoznanie dyskwalifikuje brak żądania unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzenia tej czynności.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie podzieliła poglądu zamawiającego, że żądanie nakazania dokonania prawnej (sformułowanie odwołującego) oceny złożonych ofert i odrzucenia oferty SOLID SECURITY Sp. z o. o. jest niewystarczające dla rozpoznania zarzutów odwołania.

Art. 192 ust. 7 Pzp stanowi, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przywołany przepis statuuje zatem związanie Izby zarzutami, nie zaś żądaniami odwołania (arg. *a contrario*). Izba po rozpoznaniu odwołania, w razie stwierdzenia naruszeń przepisów ustawy mających istotne znaczenie dla wyniku postępowania, nakazuje zamawiającemu dokonanie lub powtórzenie lub unieważnienie czynności na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp - adekwatnie do potwierdzonych zarzutów odwołania. Wyrok nakazujący ma na celu przede wszystkim przywrócenie prowadzonemu postępowaniu o udzielenie zamówienia stanu zgodności z prawem, nie zaś wyłącznie uczynienie zadość żądaniu odwołania.

Nie można też pominąć, że żądanie powtórzenia czynności oceny ofert i odrzucenia oferty SOLID SECURITY Sp. z o. o. (poprawnie winno być wykluczenia SOLID SECURITY Sp. z o.o.), jako żądanie dalej idące, zawiera w istocie żądanie unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty. Nie sposób bowiem dokonać wykluczenia wykonawcy, nie unieważniając uprzednio czynności wyboru złożonej przez niego oferty – skutki tych dwóch czynności zamawiającego nie mogą wszak jednocześnie funkcjonować w obrocie prawnym. Dostrzeżenia też wymaga, że okolicznością uniemożliwiającą rozpoznanie odwołania co do istoty jest wyłącznie zaistnienie przesłanek odrzucenia odwołania wskazanych w art. 189 ust. 2 Pzp (przesłanek formalnoprawnych) lub stwierdzenie, że odwołujący się wykonawca nie wykazał przesłanek zawartych w art. 179 ust. 1 Pzp (materialnoprawnych przesłanek warunkujących rozpoznanie odwołania). Ewentualne uchybienia w zakresie żądań odwołania podlegają obligatoryjnemu usunięciu w trybie art. 187 ust. 3 Pzp, o ile ich zaistnienie

uniemożliwia nadanie odwołaniu prawidłowego biegu. Żądania sformułowane przez odwołującego nie uniemożliwiają w żadnym razie rozpoznania odwołania.

Odwołujący, który kwestionuje wybór najkorzystniejszej oferty spełnił materialnoprawne przesłanki wniesienia odwołania wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp. Spośród czterech ofert złożonych w postępowaniu zamawiający odrzucił dwie. Odwołujący nie został wykluczony, a jego oferta nie została odrzucona, zatem potwierdzenie zarzutów odwołania da odwołującemu możliwość uzyskania zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy prowadzą w konsekwencji do poniesienia szkody przez odwołującego.

Odwołanie okazało się zasadne w części.

Ad.1. SOLID SECURITY Sp. z o. o. został wpisany na, prowadzony przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych stosownie do art. 154 pkt 5a Pzp, wykaz wykonawców, którzy wyrządzili szkodę nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie na podstawie prawomocnego wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 7 września 2011r., sygn. akt I ACa 330/11. Orzeczenie to zostało wydane po rozpoznaniu apelacji SOLID SECURITY Sp. z o. o. od wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 27 stycznia 2011r., sygn. akt II C 551/09/4. Sąd Okręgowy oddalił powództwo SOLID SECURITY Sp. z o. o. o przeciwko Śląskiemu Uniwersytetowi Medycznemu w Katowicach o zapłatę 263.627,74 zł odsetkami ustawowymi, natomiast Sąd Apelacyjny zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że zasądził na rzecz SOLID SECURITY Sp. z o. o. kwotę 253.458,08 zł z odsetkami ustawowymi, a w pozostałej części powództwo oddalił.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 20 grudnia 2011 r. sygn. akt KIO 2630/11 uznała na podstawie powołanego wyroku Sądu Apelacyjnego, że SOLID SECURITY Sp. z o. o. podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp. Skutkiem wniesienia skargi przez SOLID SECURITY Sp. z o. o. w wyroku z dnia 8 marca 2012 r. Sąd Okręgowy w Olsztynie, sygn. akt IX Ca 23/12 uznał, że SOLID SECURITY Sp. z o. o. nie podlega wykluczeniu na podstawie przywołanego przepisu. Sąd Okręgowy w Olsztynie uznał, że ponoszenie przez SOLID SECURITY Sp. z o. o. odpowiedzialności za kradzież na zasadzie ryzyka nie uzasadnia wykluczenia wykonawcy, jest to bowiem przyjęcie odpowiedzialności wyłącznie za skutek, niezależne od wykonawcy zachowanie osób trzecich.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy wyrządzili szkodę, nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, jeżeli szkoda ta została stwierdzona orzeczeniem sądu, które uprawomocniło się w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania. Okoliczność uprawomocnienia się orzeczenia Sądu Apelacyjnego w wymaganym okresie jest bezsporna.

Izba rozpoznając zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp nie jest uprawniona do samodzielnego badania wywiązania się przez wykonawcę z przyjętych na siebie zobowiązań umownych, ani tym bardziej do wykładni postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego (ustalenia treści oświadczeń woli stron umowy). Skoro przepis wymaga, aby wyrządzenie szkody skutkiem niewykonania lub nienależytego wykonania umowy zostało stwierdzone prawomocnym orzeczeniem sądu, Izba zobligowana jest do uwzględnienia przy badaniu zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp ustaleń i ocen prawnych przyjętych przez sąd, który owo prawomocne orzeczenie wydał.

Istotne jest przy tym, w sytuacji gdy przesłanki ustawowe badane są na podstawie orzeczenia sądu kolejnej instancji, odwołanie się do orzeczeń zapadłych w niższych instancjach. Z uwagi na różnice w sposobie formułowania uzasadnień przez sądy drugiej instancji niezbędne jest poznanie całości oceny prawnej, co do której sąd odwoławczy odnosi się aprobująco lub negatywnie i w poszczególnych uzasadnieniach przytacza ją w całości lub jedynie w ogólny sposób.

Związanie Izby ustaleniami i ocenami przyjętymi przez sąd jest jedną z przesłanek różnicujących w istotny sposób podstawy wykluczenia wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 1 oraz art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp. Jedynie w tym drugim przypadku w kognicji Izby leży ocena przyczyn rozwiązania umowy, której Izba winna dokonać na gruncie własnej interpretacji postanowień umowy.

Należy też zwrócić uwagę, że ustawodawca w art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp nie uzależnia obowiązku dokonania wykluczenia - nie dzieli sytuacji prawnej wykonawców, w zależności od zasad na jakiej wykonawca ponosi odpowiedzialność. Dla zastosowania przywołanego przepisu nie ma znaczenia, czy wykonawca ponosi odpowiedzialność na zasadzie winy, ryzyka, czy słuszności. Art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp umożliwia wykluczenie wykonawcy, który wyrządził szkodę, nawet jeśli odpowiedzialność za jej wyrządzenie zamawiającemu ponosił na zasadzie ryzyka. Istotne jest natomiast, by ustalone zasady odpowiedzialności wynikały wprost z umowy. Norma art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp referuje się bowiem do odpowiedzialności *ex contractu*.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 7 września 2011r. sygn. I Aca 330/11 niespornie stwierdza wyrządzenie szkody przez SOLID SECURITY Sp. z o.o. Sąd Apelacyjny podtrzymał ocenę wyrażoną przez Sąd Okręgowy w Katowicach, iż za szkodę powstałą z tytułu kradzieży wykonawca zobowiązany był odpowiadać na zasadzie ryzyka (str. 13 uzasadnienia).

Dla sprawy istotne znaczenie ma interpretacja tezy zawartej na str. 11 uzasadnienia orzeczenia Sądu Apelacyjnego, gdzie sąd stwierdził: „(...) za zasadny należało uznać zarzut apelacji, iż pozwany nie udowodnił, aby doszło do nienależytego wykonania umowy przez powódkę uzasadniającego naliczenie kar umownych w kwocie dochodzonej pozwem” oraz

podzielenie oceny Sądu Okręgowego, że § 2 umowy zgodnie z którym „wykonawca odpowiada materialnie za szkodę spowodowana kradzieżą, włamaniem bądź uszkodzeniem lub dewastacją” ustala odpowiedzialność na zasadzie ryzyka (str. 13 uzasadnienia).

Istotnie, przywołane sformułowania mogą rodzić wątpliwości, co do tego, czy Sąd Apelacyjny uznał, że SOLID wykonał należycie umowę łączącą go ze Śląskim Uniwersytetem Medycznym.

Wątpliwości te jednakże rozwiewa uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 27 stycznia 2011r. sygn. akt II C 551/09/4. Sąd Okręgowy zważył, że odpowiedzialność za dokonane kradzieże i dewastację SOLID ponosi na zasadzie art. 473 k.c., co więcej uznał za uprawnione twierdzenie o niezachowaniu przez SOLID należytej staranności w czasie kiedy do kradzieży dochodziło (str. 8 uzasadnienia).

Zgodnie z art. 473 § 1 k.c. dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi.

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, że rozszerzenie zakresu odpowiedzialności dłużnika na podstawie art. 473 § 1 k.c. jest praktycznie nieograniczone. Dłużnik może w umowie zgodzić się na odpowiedzialność na zasadzie ryzyka, chociaż w danym przypadku wedle ustawy winien odpowiadać wyłącznie za okoliczność przez niego zawinione. Wymaga to wskazania okoliczności uzasadniających odpowiedzialność, a wyjaśnianie winy dłużnika jest wówczas zbędne (T. Wiśniewski - Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania. Tom I. wydanie 10, LexisNexis Warszawa 2011). Wskazuje się również, że art. 473 § 1 k.c. pozwala na rozszerzenie odpowiedzialności dłużnika także do odpowiedzialności za cudze czyny (K. Zagrobelny w E. Gniewek, Komentarz KC, 2011, s. 870). Strony mogą także w umowie ograniczyć lub rozszerzyć odpowiedzialność dłużnika jedynie w odniesieniu do skutków działania osób trzecich (uchwała Sądu Najwyższego z 20 listopada 1992r. III CZP 138/92, OSNC 1993, Nr 6, poz. 96).

Wobec powyższego przywoływany § 2 umowy zgodnie z którym „wykonawca odpowiada materialnie za szkodę spowodowana kradzieżą, włamaniem bądź uszkodzeniem lub dewastacją” jest umownym przyjęciem przez SOLID SECURITY Sp. z o. o. odpowiedzialności z tytułu skutku działania osób trzecich zgodnie z dyspozycją art. 473 § 1 k.c.

W konsekwencji, skoro Sąd Apelacyjny nie odniósł się krytycznie do ustaleń Sądu Okręgowego, co do zasad i podstawy prawnej odpowiedzialności SOLID SECURITY Sp. z o. o., to uznać należy, że nie podzielił jedynie oceny Sądu Okręgowego w zakresie rozmiarów szkody. Błędnej ocenie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego dokonanej przez Sąd Okręgowy poświęcone są w przeważającej części wywody uzasadnienia. Sąd

Apelacyjny w żadnym miejscu swoich wywodów nie stwierdził natomiast, że nienależyte wykonanie umowy przez SOLID SECURITY Sp. z o.o. nie miało miejsca w ogóle.

Mając na uwadze stan rzeczy wynikający z prawomocnego orzeczenia Sądu Apelacyjnego Izba uznała, że w odniesieniu do SOLID SECURITY Sp. z o.o. ziściły się przesłanki wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Odmierna ocena poczyniona przez Sąd Okręgowy w Olsztynie nie ma znaczenia dla istoty sprawy. Orzeczenie to wiąże jedynie strony danego postępowania i nie podważa ustaleń oraz ocen przyjętych przez Sąd Apelacyjny i Sąd Okręgowy w Katowicach.

Izba podziela natomiast pogląd, że dla zasadności wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp nie ma doniosłości prawnej fakt, czy figuruje on w wykazie, o którym mowa w art. 154 pkt 5a Pzp.

Ad. 2. Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp. Przywołany przepis stanowi, że zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów ceny mających wpływ na wysokość ceny oferty.

W postępowaniu zamawiający ustalił wartość przedmiotu zamówienia na kwotę 2.998.607,62zł, z czego wartość przewidywanych zamówień uzupełniających wynosi 977.063, 42 zł. Cena oferty SOLID SECURITY Sp. z o.o. wynosi 1.837.442,88 zł, oferty AGENCJI OHRONY OSÓB I MIENIA BASMA – 2.094.213, 74zł, KONSALNET HOLDING S.A. – 2.209.642,85zł. Odwołujący złożył ofertę z najwyższą ceną - 2.306.226,38 zł.

Izba zważyła, że punktem odniesienia przy badaniu, że cena oferty jest rażąco niska, a tym samym stwierdzenia podstawy do zwrócenia się do wykonawcy o wyjaśnienia jest przedmiot zamówienia, a nie jedynie jego wartość. Dostrzec trzeba, że odwołujący za wyjątkiem odniesienia się do ceny własnej oferty oraz wartości przedmiotu zamówienia, nie powołał żadnych okoliczności świadczących o nierealności ceny oferty SOLID SECURITY Sp. z o.o., lub o braku możliwości realizacji zamówienia za kwotę podaną w ofercie. Tymczasem cena rażąco niska, to cena skalkulowana nierzetelnie, z pominięciem realiów rynkowych, za którą nie można zrealizować przedmiotu zamówienia.

Samo odniesienie się do ceny oferty SOLID SECURITY Sp. z o.o. za pomocą kryterium arytmetycznego Izba uznała - w okolicznościach sprawy - za niewystarczające.

Odwołujący błędnie odnosi cenę oferty SOLID SECURITY Sp. z o.o. do wartości zamówienia uwzględniającej wartość przewidywanych zamówień uzupełniających. Tymczasem stosownie do art. 36 ust. 2 pkt 3 oraz art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 Pzp zamówienia uzupełniające stanowią nową umowę - nowe zamówienie, udzielane dotychczasowemu wykonawcy w trybie z wolnej ręki, które będzie odrębnie wynagradzane. Zatem wartością, do której należy odnieść cenę oferty SOLID SECURITY Sp. z o.o. dla potrzeb ustalenia, że cena oferty może

być ceną rażąco niską, jest wartość zamówienia podstawowego, z pominięciem wartości przewidywanych zamówień uzupełniających - 2.021.544,20zł.

Należy zwrócić uwagę, że cena oferty SOLID SECURITY Sp. z o.o. nie odbiega w istotny sposób od cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Wbrew stanowisku odwołującego, przyjmując za punkt odniesienia ceny ofert innych wykonawców uwzględnia się ceny ofert złożonych w postępowaniu (co do zasady, zwłaszcza w postępowaniach, gdzie złożono dużo ofert, średnią cenę grupy ofert z kolejnymi cenami po cenie oferty badanej), a nie jedynie ceny ofert nieodrzuconych. Niezasadne jest pominięcie przy ustaleniu, czy zachodzi podstawa do wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty, niekwestionowanych cen ofert, które zostały odrzucone z innych przyczyn. Nie ma zatem racji odwołujący wskazując wyłącznie cenę oferty własnej z największą ceną, jako uzasadnienie naruszenia art. 90 Pzp.

Odniesienie ceny oferty SOLID SECURITY Sp. z o.o. przedmiotu zamówienia – usług ochrony kliku obiektów prokuratur oraz jego wartości jak również porównanie do cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu nie uzasadnia przypuszczenia, że cena zaoferowana przez SOLID SECURITY Sp. z o.o. miałaby być ceną rażąco niską.

Ad.3. zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 Pzp nakazujący wezwanie wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 Pzp, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo złożyli oświadczenia lub dokumenty zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wymaganym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne będzie unieważnienie postępowania.

Zamawiający odrzucił ofertę KONSALNET HOLDING S.A. oraz Agencji Ochrony Osób i Mienia BASMA SECURITY Sp. j. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, uznając, że skoro wykonawca ten przewidział jednoczesne pełnienie służby przez 12 pracowników, to winien dysponować 12 sztukami ręcznego wykrywacza metali, tymczasem wskazano jedynie 7 sztuk tych wykrywaczy. Nadto Agencja Ochrony Osób i Mienia BASMA SECURITY Sp. j. wbrew wymaganiom specyfikacji nie załączyła do oferty załączników nr 2 i 3 – opisu przedmiotu zamówienia oraz wykazu prokuratur oraz posterunków ochrony i średniej szacunkowej liczby ochrony godzin w miesiącu.

Na podstawie specyfikacji istotnych warunków zamówienia Izba ustaliła, że w myśl postanowień pkt 8.1.3 oraz 9.3. i 9.4. wykazy osób oraz sprzętu stanowią oświadczenia wiedzy wykonawcy potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Oświadczenia te są zatem oświadczeniami, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Zamawiający odstępując od wezwania wykonawców do uzupełnienia wykazu sprzętu naruszył art. 26 ust. 3 Pzp. Nie zaszła żadna z wymaganych przepisem przesłanek negatywnych zwalniających zamawiającego z obowiązku dokonania wezwania.

Złożenie oświadczenia nie potwierdzającego spełnienia warunku udziału w postępowaniu winno być uznane za błąd. W orzecznictwie przyjmuje się, że teza przeciwna jest nie do pogodzenia z zasadą równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp. Wykonawcy, którzy nie złożyli w ogóle wymaganych dokumentów lub oświadczeń nie mogą być traktowani lepiej, niż wykonawcy którzy złożyli dokumenty, z których nie wynika spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Nie powinno się zakładać z góry, że wykonawca podlega wykluczeniu bez dania mu szansy wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez dokonanie wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Jedynie na marginesie należy zauważyć, że brak wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę stanowi podstawę do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, nie zaś do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Izba uznała również, że niezłączenie załączników nr 2 i 3 przez Agencję Ochrony Osób i Mienia BASMA SECURITY Sp. j. nie uzasadnia odrzucenia oferty tego wykonawcy. Treść tych dokumentów została ustalona w całości przez zamawiającego, ich złożenie nie indywidualizuje treści oferty wykonawcy. Izba uznała, że załączniki te winny być uznane za dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp – potwierdzające, że oferowane usługi spełniają wymagania zamawiającego. W konsekwencji brak złożenia opisu przedmiotu zamówienia oraz wykazu prokuratur oraz posterunków ochrony i średniej szacunkowej liczby ochrony godzin w miesiącu podlegałyby uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

ad.4. Niesporne jest, że zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej „Informację o wyborze najkorzystniejszej oferty” zawierającą również wskazanie powodów faktycznych i prawnych odrzucenia ofert KONSALNET HOLDING S.A. i Agencji Ochrony Osób i Mienia BASMA SECURITY Sp. j. oraz informację o terminie, po upływie którego może być zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający podał zatem informacje, o których mowa w art. 92 ust. 1 pkt 2 i 4 Pzp. Tymczasem art. 92 ust. 2 uprawnia do zamieszczenia na stronie internetowej oraz w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego informacji, o których mowa w art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp – czyli informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty ze wskazanymi danymi wykonawcy, uzasadnienie wyboru oferty oraz podania danych wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktacji przyznanej ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łącznej punktację.

Dostrzeżenia jednak wymaga, że uchybienie to pozbawione jest jakiegokolwiek związku z meritum odwołania – kwestionowaniem wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej SOLID SECURITY Sp. z o.o. oraz zarzucanym zaniechaniem wykluczenia tego wykonawcy.

ad.5. Zamawiający nie naruszył art. 7 ust. 1 Pzp.

W załączniku nr 2 do specyfikacji str. 2 *in fine* zamawiający wymagał, aby każdy pracownik pełniący służbę posiadał wymienione uzbrojenie i wyposażenie minimum po 1 egzemplarzu. Podstawą odrzucenia ofert KONSALNET HOLDING S.A. oraz Agencji Ochrony Osób i Minia BASMA SECURITY Sp. j. było wskazanie przez wykonawców zbyt małej ilości ręcznych wykrywaczy metali w stosunku do podanej liczby osób, które będą wykonywać zamówienie – liczba ręcznych wykrywaczy metali była mniejsza, niż liczba osób wskazanych przez wykonawców. Sytuacja taka nie zachodzi w odniesieniu do SOLID SECURITY Sp. z o.o., który w wykazie sprzętu wskazał liczbę wykrywaczy metali adekwatną do liczby osób przewidzianych do wykonania zamówienia.

Z postanowień specyfikacji nie sposób natomiast wywieść, jak chciałby odwołujący, że zamawiający wymaga wykonania zamówienia przez 12 pracowników ochrony. Liczba taka nie wynika, ani z treści załącznika nr 4 – wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, ani też z załącznika nr 3 - wykazu prokuratur oraz posterunków ochrony i średniej szacunkowej liczby godzin ochrony w miesiącu. Odwołujący nie wskazał, na czym opiera swoje twierdzenie, iż wskazanie przez SOLID SECURITY Sp. z o.o. 10 osób jest niezgodne z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

ad. 6. zamawiający naruszył art. 8 Pzp.

Art. 8 ust. 1 Pzp stanowi, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Z kolei zgodnie art. 8 ust. 2 i 3 Pzp ograniczenie informacji dotyczących postanawiania może nastąpić wyłącznie w przypadkach wskazanych w ustawie oraz nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w razie zastrzeżenia przez wykonawcę w stosownym terminie, że nie mogą być one udostępniane.

KONSALNET HOLDING S.A. zastrzegł w charakterze tajemnicy przedsiębiorstwa wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji informacja może zostać zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa jeśli ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, nie może zostać ujawniona do wiadomości publicznej oraz podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Sąd Najwyższy w wyroku z 21 października 2005 roku (sygn. akt III CZP 74/05) wywiódł, że na zamawiającym spoczywa obowiązek zbadania, czy zastrzeżenie dokonane przez wykonawców jest zgodne z prawem.

Orzecznictwo dopuszcza zastrzeżenie w charakterze tajemnicy przedsiębiorstwa wykazu osób niezbędnych do wykonania zamówienia (*vide*: wyrok z 5 września 2008r., KIO/UZP 874/08), jednak zamawiający winien ustalić, czy w okolicznościach sprawy ziściły się wszystkie niezbędne przesłanki zawarte w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający obowiązкови temu nie uczynił zadość. Oświadczył bowiem na rozprawie, że uznał zastrzeżenie wyłącznie na podstawie oświadczenia wykonawcy o dokonaniu zastrzeżenia. Zaniechanie zamawiającego narusza prawo.

Art. 192 ust. 2 Pzp nakazuje Izbie uwzględnienie odwołania wyłącznie w razie stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Naruszenie przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający uznał ofertę SOLID SECURITY Sp. z o.o za najkorzystniejszą, mimo że wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania.

Pozostałe zarzuty, które znalazły potwierdzenie w postępowaniu odwoławczym nie mają znaczenia dla wyniku postępowania. Wpływu na wynik postępowania nie ma zaniechanie zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp w stosunku do KONSALNET HOLDING S.A. i Agencji Ochrony Osób i Mienia BASMA SECURITY Sp. j., ani zaniechanie oceny, czy informacje zastrzeżone przez KONSALNET HOLDING S.A. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Oferty obu tych wykonawców zostały odrzucone, a wykonawcy nie wnieśli odwołania wobec czynności odrzucenia ich ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty. Nie może mieć znaczenia dla wyniku postępowania udostępnienie informacji o wyniku postępowania na stronie internetowej zamawiającego w zakresie większym niż wynikający z art. 92 ust. 2 Pzp, ani tym bardziej brak podpisu jednego z członków komisji przetargowej pod protokołem ZP-PN, skoro odwołujący nie wywodził, że ma to jakiegokolwiek znaczenie dla wyboru najkorzystniejszej oferty.

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 stosownie do wyników postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....

.....