

Sygn. akt: KIO 1034/17

WYROK
z dnia 8 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk
Członkowie: Jolanta Markowska
Lubomira Matczuk- Mazuś

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie **7 czerwca 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 25 maja 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Odzieżowe Drwal A.Z., Towarzystwo Akcyjne Telimena S.A., ul. Lipowa 6, 87-800 Włocławek** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Komendę Główną Policji ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa**

orzeka:

1. **Oddala odwołanie;**
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Odzieżowe Drwal A.Z., Towarzystwo Akcyjne Telimena S.A., ul. Lipowa 6, 87-800 Włocławek** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Odzieżowe Drwal A.Z., Towarzystwo Akcyjne Telimena S.A., ul. Lipowa 6, 87-800 Włocławek.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia

jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

.....

.....

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Odzieżowe Drwal A.Z. z Włocławka [Lider] oraz Towarzystwo Akcyjne Telimena SA z siedzibą w Łodzi [Odwołujący lub Konsorcjum], w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego którego przedmiotem jest „Produkcja i dostawa 8400 szt. spodni służbowych letnich do półbutów w ramach zamówienia podstawowego (gwarantowanego) oraz 2100 szt. spodni służbowych letnich do półbutów w ramach zamówienia opcjonalnego — sprawa 41/Ckt/17/MG.” (znak postępowania: ZP 5/2017). Zdaniem wnoszącego odwołanie, Zamawiający – Skarb Państwa Komenda Główna Policji w Warszawie naruszył art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 6 tej ustawy Pzp, albowiem bezpodstawnie wykluczył Odwołującego, nie wykazując spełnienia przesłanek wymienionych w tym przepisie. Ewentualnie, z naruszeniem przepisu art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, zaniechał umożliwienia wykonawcy złożenia dowodów na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania rzetelności. Ewentualnie, z naruszeniem art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, zaniechał wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści jednolitego dokumentu, w szczególności części III sekcji C, lub wezwania Odwołującego do uzupełnienia jednolitego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Powyższe, zdaniem Odwołującego, narusza art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, z uwagi na prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, w konsekwencji i tym samym trudno mówić o zachowaniu zasady bezstronności i obiektywizmu przez osoby po stronie Zamawiającego.

Wskazując na powyższe, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: 1) unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania, 2) ewentualne nakazanie Zamawiającego zastosowanie obligatoryjnych przepisów wynikających z brzmienia ustawy Pzp, tj. art. 26 ust. 4 i 3 Pzp oraz art. 24 ust. 8 ustawy Pzp.

Powołując się na art. 179 ust.1 ustawy Pzp wskazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych w odwołaniu przepisów ustawy. Oferta Odwołującego winna być oceniona jako najkorzystniejsza. W świetle kwestionowanych czynności i zaniechań Odwołujący nie uzyska przedmiotowego zamówienia i nie osiągnie zysku, który planował osiągnąć poprzez realizację przedmiotowego zamówienia (lucrum cessans). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony

prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 ustawy. Ponadto naruszenie wskazanych przepisów ustawy Pzp niewątpliwie ma istotny wpływ na wynik postępowania.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów stwierdził, co następuje:

I. Zamawiający aby móc skorzystać z przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp w pierwszej kolejności zgodnie z art. 24 ust. 6 ustawy Pzp, jest zobowiązany takie obostrzenie uwewnętrznić w ogłoszeniu. W tym postępowaniu z taką sytuacją nie mamy do czynienia, zatem Zamawiający nie jest w stanie na obecnym etapie postępowania zmieniać zasad przetargu.

II. Zamawiający nie dostrzega też prawidłowego brzmienia art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, który przecież stanowi, że wyklucza się z postępowania wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z Zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 - 4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. Jego zdaniem, ustawodawca przewidział skorzystanie przez Zamawiającego z tego przepisu (jako najdalej idącego gdyż powodującego eliminację dalszego udziału wykonawcy w postępowaniu) wyłącznie wtedy, gdy do niewykonania albo nienależytego wykonania zamówienia publicznego doszło w wyniku przyczyn leżących po stronie wykonawcy, więc tylko i wyłącznie po stronie wykonawcy. Z tego też powodu na Zamawiającym spoczywa ciężar dowodu, że w danym przypadku przesłanka z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp zmaterializowała się, gdyż do odstąpienia od umowy doszło wyłącznie z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Na tym etapie postępowania Zamawiający nie jest w stanie takiego dowodu przeprowadzić gdyż pomiędzy stronami trwa spór sądowy (sygn. akt XXIV Nc 182/16).

III. Zdaniem Odwołującego jednolity dokument został wypełniony prawidłowo, albowiem brak było podstaw do wskazania przypadku odstąpienia i środków w celu samooczyszczenia, ponieważ Umowa nr 92/BLP/11/Ckt/15/RK z 6.05.2015 powołana przez Zamawiającego składała się z 2 części - 8000 szt. kurtek letnich z terminem dostawy do dnia 4.08.2015 i 7850 szt. z terminem dostawy do 2.11.2015. Tak też były wystawiane zlecenia produkcyjne - pierwsze o nr 100/2015 na 8000 szt. i drugie 101/2015 na 7.850. Kurtki były produkowane w zakładzie produkcyjnym w Chinach i objęte były procedurą nadzoru przez Instytut Technologii Bezpieczeństwa Moratex, który czynności nadzoru podejmował tak w Chinach, jak i w Polsce. Więc jako swego rodzaju „dłużnik” w dodatku profesjonalista był zobowiązany do współpracy z wierzycielem (vide: art. 354 § 2 KC). W ramach tych czynności ze zlecenia pierwszego nr 100/2015 z 8000 szt. w dniu 21.07.2017, Instytut Technologii Bezpieczeństwa Moratex w toku czynności w Chinach pobrał do badań laboratoryjnych próby materiałów na 15.850 szt. kurtek oraz 2 szt. gotowych kurtek. W dniu 31.07.2015 r. zgłoszono do procedury

potwierdzenia deklaracji zgodności przez Instytut Technologii Bezpieczeństwa Moratex 4000 szt. kurtek. Instytut Technologii Bezpieczeństwa Moratex w dniu 4.08.2016 pobrał w Telimencie 3 szt. kurtek do badań laboratoryjnych. Jedna z dwóch kurtek pobranych w Chinach przeszła pozytywnie zlecone badania w zakresie wodoszczelności szwów po 20 cyklach prania wodnego, druga z kurtek nie przeszła pozytywnych badań laboratoryjnych w zakresie wodoszczelności szwów klejonych specjalną taśmą po 20 czyszczeniach chemicznych. Z uwagi na powyższe Zamawiający nie może jedynie, gdy to pasuje do jego tezy powoływać się na stanowisko ITB Moratex, nie uwzględniając przy tym, że nadzór ten był prowadzony zgodnie z Planem Nadzoru i na każdym etapie zgodnie z:

✓ ustawą z dnia 17 listopada 2006r. o systemie oceny zgodności wyrobów przeznaczonych na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa (Dz. U. z 2006r. nr 235, poz. 1700 ze zm.),

✓ rozporządzeniem Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 29 sierpnia 2007r. w sprawie szczegółowego sposobu sprawowania nadzoru nad czynnościami związanymi z wyrobem wprowadzanym do użytku w komórkach i jednostkach organizacyjnych podległych lub nadzorowanych przez ministra właściwego do spraw wewnętrznych (Dz. U. z 2007r. nr 17, poz. 1201),

✓ rozporządzeniem Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 29 sierpnia 2013r. w sprawie prowadzenia oceny zgodności wyrobów przeznaczonych na potrzeby bezpieczeństwa państwa oraz wykazu tych wyrobów (Dz. U. z 2013r., poz. 382).

Zamawiający nie wykazał też że TA Telimena S.A. kiedykolwiek utrudniała ITB Moratex nadzór nad realizacją zamówienia, albo nie przekazywała wszystkich dokumentów. Zamawiający nie wykazał, że pomiędzy czynnościami objętymi profesjonalnym nadzorem w Chinach przez profesjonalny Instytut, a datą gdy dostrzeżono problem TA TELIMENA S.A. zmieniała jakkolwiek ustalenia w stosunku do zatwierdzonego Planu nadzoru. Zatem TA Telimena S.A. nie podejmowała żadnych działań o których nie wiedziałby ITB Moratex. Zmiana w stosunku do produkcji objętej nadzorem ITB Moratex w Chinach nastąpiła gdy wdrożono program naprawczy zakończony odbiorem drugiej części - 7850 szt. Odwołujący podkreślił, że dodatkowy parametr techniczny - wodoszczelność szwów po 20 cyklach czyszczenia chemicznego został wprowadzony w 2015 r. w ramach obowiązującej dotychczas dokumentacji technicznej nr ST- 2/KGP/2008, edycja grudzień 2013r. Zatem, ani Zamawiający, ani Instytut Technologii Bezpieczeństwa Moratex ani tym bardziej Odwołujący nie mieli doświadczenia we wdrożeniu nowego parametru w życie. W każdym razie jeżeli Zamawiającym o takich trudnościach wiedział, to przemilczał tę istotną przecież informację w toku postępowania o zamówienie publiczne. Dodał, że TA Telimena S.A. należycie zrealizowała umowę na dostawy kurtek letnich w 2012 r. oraz trudniejszych technicznie kurtek zimowych w 2014 r. (kurtki zimowe także były produkowane w Chinach), na co KG

Policji wystawiła przecież stosowne referencje. Nie jest więc tak, że Odwołujący nie miał doświadczenia, czy że nagle Odwołującemu „odechciało się” realizacji zamówienia albo doszedł do wniosku że „jakoś to będzie”. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie chce dostrzec, że wobec negatywnych wyników badania wodoszczelności szwów po 20 czyszczeniach chemicznych zatrzymano wysyłkę kolejnej partii 4000 szt. z 1 części umowy i produkcję 7850 szt. 2 części, w ramach programu naprawczego - do czasu rozwiązania problemu technologicznego - doboru taśmy do podklejania szwów i zweryfikowania technologii klejenia. Przy czym nie można nie zauważyć, że sam ten proces jest obiektywnie bardzo trudny i czasochłonny, ponieważ wymaga wielu testów laboratoryjnych. Niemniej dążąc do wykonania umowy, podjęto wszelkie działania aby się z niej wywiązać. Podał, że *„W międzyczasie zaproponowano Zamawiającemu zmianę sposobu profesjonalnego prania - z czyszczenia chemicznego na profesjonalne pranie wodne (metoda wet cleaning), które również doskonale sprawdziłoby się w tego typu kurtkach biorąc pod uwagę też ich użytkowanie. Propozycja ta (wniosek o zmianę treści umowy) została przez Zamawiającego odrzucona. W efekcie skutecznego wdrożenia programu naprawczego ITB Moratex potwierdził deklarację zgodności, a KG Policji odebrała 7850 szt. kurtek produkowanych w ramach drugiej części umowy (zlecenie 101/2015) w dwóch partiach - 293 szt. i 7557 szt. Po pozytywnym odbiorze 7850 szt. podwykonawca wysłał do TA Telimena S.A. 8000 szt. kurtek wyprodukowanych w ramach 1 części umowy. Testy laboratoryjne były wykonywane w grudniu 2015 r. (okres świąteczny). W styczniu (pismo bez daty) dyrektor ITB Moratex wysłała 27.01.2016 pismo do KG Policji, w którym napisano, że ze względu na występujące różnice wyników badań, jest wątpliwość co do ostatecznego spełniania przez wyroby z pierwszej części wymagań specyfikacji, w konsekwencji wnioskowano o powtórzenie badań. Wniosek ITB Moratex w całości zignorowano”.* Zdaniem Odwołującego, wykonawca w dobrej wierze, przełamując kolejne problemy technologiczne, dążył do realizacji zamówienia oraz że ITB Moratex wówczas niczego jeszcze nie przesądzała, gdyż wnioskował do Zamawiającego o kolejne badania. Gdyby wniosek ten był poważnie potraktowany Zamawiający nie miałby szans odstąpić częściowo od umowy w dniu w dniu 28.01.2016r. Zwrócił uwagę, że 27.01.2016 r. TA Telimena S.A. mogła jeszcze zrealizować to zamówienia, zaś Zamawiający jak dziś twierdzi wolał się wdać w kolejne procedury przetargowe (tymczasem te procedury przetargowe wynikały z planu zakupów a nie z uwagi na „stan awaryjny”). W konsekwencji już w dniu 29.01.2016 r. KG Policji wezwała TA Telimena S.A. do zapłacenia kary umownej z tytułu częściowego odstąpienia od umowy. Z uwagi na to, że gwarancję należytego wykonania umowy wystawiło PZU (gwarancja ubezpieczeniowa) w dniu 23.02.2016 KG Policji wysłało wezwanie do zapłaty kary przez PZU. W sytuacji zagrożenia relacjom pomiędzy PZU a TA Telimena S.A., karę w wysokości 337.260 zł zapłacono jednorazowo przelewem bankowym. Odwołujący podniósł, że *„Wysokość kar z 2 umów (2 umowy na*

kurtki i spodnie) jest przedmiotem sporu sądowego o sygn. Akt XXIV Nc 182/16, więc Zamawiający nie może się dziś pozycjonować tak jakby spór już prawomocnie wygrał i to w całości. Dlatego nie jest też w stanie logicznie i ponad wszelką wątpliwość twierdzić, że w dniu odstąpienia powstały przyczyny leżące wyłącznie po stronie Odwołującego". Dodał, że w 2016 r. KG Policji ogłosiła w maju przetarg na 11.000 szt. takim samym kurtek letnich w dwóch zadaniach po 5500 szt. Telimena złożyła w tym przetargu ofertę z firmą UNIFEQ w dwóch zadaniach. W zadaniu 1 Policja wybrała firmę ELREMET, zadanie 2 unieważniono z uwagi na przekroczenie budżetu.

Dzisiejszego Odwołującego - TA Telimena S.A. nie wykluczono z tego postępowania, mimo że powody odstąpienia były znane od 28.01.2016 r., trudno więc znaleźć usprawiedliwienie dla obecnych nieprzejrzystych działań Zamawiającego, które można wytłumaczyć logicznie tylko w ten sposób że Zamawiający zasadzał się na Odwołującego z prezentowaną argumentacją, do takiego momentu, gdy oferta Odwołującego będzie musiała być wybrana jako najkorzystniejsza i nie będzie powodów do unieważnienia postępowania. Ten logiczny wniosek potwierdza też sytuacja z sierpnia 2016 r, gdzie Policja ogłosiła powtórnie przetarg na 6500 szt. kurtek, gdzie zgodnie z nową procedurą należało już złożyć jednolity dokument JEDZ. TA Telimena S.A. złożyła ofertę w konsorcjum z firmą DRWAL, który to przetarg Policja unieważniła z racji na przekroczenie budżetu. Zauważył, że wówczas JEDZ był analogiczny jak obecnie i nie był kwestionowany przez Policję. Dalej wskazał, że „*Kolejnym dowodem są tegoroczne postępowania przetargowe, gdzie Odwołujący zadawał pytania do SIWZ (zatem z tą chwilą stał się wykonawcą), a Zamawiający nawet nie zasygnalizował Odwołującemu że zbędnie interesuje się tym przetargiem i ponosi zbędne koszty przygotowania oferty, nie wspominając o tym, że ma przywilej na dowolnym etapie wykluczyć wykonawcę z postępowania (vide: art. 24 ust. 12 Pzp i art. 26 ust. 2f Pzp). Zatem gdyby rzeczywiście chciał zachować bezstronność i uczciwość wobec wykonawcy, który ponosi przecież koszty udziału w postępowaniu, takiej elementarnej informacji można byłoby się od Zamawiającego spodziewać niezwłocznie gdy TA Telimena S.A. uzewnętrzniła wolę uczestniczenia w przetargu. Jeszcze kolejnym dowodem jest sam fakt wezwania do złożenia oferty dodatkowej w dniu 9 maja 2017r., zatem do momentu złożenia oferty uzupełniającej przez Odwołującego Zamawiający nie widział konieczności wykluczenia wykonawcy na podstawie okoliczności wskazanych w wykluczeniu".* Z powyższego, zdaniem Odwołującego, dobitnie wynika, że gdy Zamawiający stanął przed jedyną koniecznością, czyli wyborem Odwołującego jako wykonawcy który złożył ofertę najkorzystniejszą, to instrumentalnie wyciągnął argument który jest mu znany od ponad roku. Odwołujący podkreślił, że wina TA Telimena S.A. i wina Zamawiającego, czy przyczyny leżące po stronie wykonawcy i Zamawiającego, będą przedmiotem rozstrzygnięcia Sądów, i dopiero wówczas Zamawiający

będzie posiadał wszystkie dane do tego aby ocenić, czy wszystkie przesłanki wymienione w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp wystąpiły, czy jednak nie wszystkie lub nie wystąpiły żadne.

IV. Przyczyną niezrealizowania zamówienia, o który toczy się obecnie spór sądowy (sygn. akt XXIV Nc 182/16) było to, że w 2015 r. pod tym samym numerem specyfikacji technicznej ST-2/KGP/2008, edycja grudzień 2013, wprowadzono nowe parametry techniczne, tylko w zakresie wodoszczelności tkaniny wierzchniej (laminat) i szwów.

Tak określone parametry (wodoszczelność laminatu po 50 cyklach prania wodnego i 30 cyklach czyszczenia chemicznego według deklaracji producenta tkaniny oraz po 20 praniach wodnych i 20 czyszczeniach chemicznych zarówno tkaniny zasadniczej (laminat) oraz szwów, potwierdzone badaniami laboratoryjnymi nie mają swojego odpowiednika ani w specyfikacjach dla wojska ani innych służb mundurowych w Polsce dla wyrobów odzieżowych wykonanych w technologii podklejanych szwów. Zamawiający wówczas tak przeprowadził postępowanie, że ani Telimena ani żaden inny nie uprzedzony wcześniej wykonawca nie miał szans na przeprowadzenie laboratoryjnych testów nowych wymagań technicznych w okresie pomiędzy ogłoszeniem o przetargu a jego rozstrzygnięciem, czego dowodem są analogiczne problemy wykonawcy kurtek zimowych w 2015 r. (Firma Milena realizująca umowę na kurtki zimowe sama odstąpiła od umowy w lutym/marcu 2016 r.). Bez podkreślenia przez Zamawiającego ważności informacji o nowych wymaganiach (choćby poprzez dialog techniczny czy zebranie z wykonawcami), że w zapisach specyfikacji technicznej są zagrożenia które ziściły się później, nie zadawano pytań do treści specyfikacji, uznając że skala trudności technicznych nie będzie faktycznie dużo odbiegać od realizacji tych wyrobów w latach poprzednich. Ten niepozorny wymóg okazał się jednak wymogiem na tyle trudnym przy procedurze odbiorowej, że nastąpiły opóźnienia w zakresie zadeklarowanych terminów realizacji zamówienia, chociaż same kurtki były wykonane na czas i w jakości lepszej niż te które Zamawiający kupował przedtem. W trakcie realizacji zamówienia nie tylko ściśle współpracowano z ITB MORATEX, ale wykonywano wszelkie uwagi, zastrzeżenia. Podkreślił, że na etapie produkcji brak było jakichkolwiek zastrzeżeń co do jakości materiałów, robocizny itd. oraz, że w dobrej wierze i w pełni profesjonalnie TA Telimena S.A. przystąpiła wówczas do przetargu, do podpisania umowy i do jej realizacji, a problemy ujawniły się wraz z pierwszą partią i czego Zamawiający dostrzec nie chce, i co warte szczególnego podkreślenia - końcowo zostały pokonane. Dodatkowo podkreślił, że przy okresach używalności od 3 lat do 7 (w zależności od funkcji policjantów) kurtki są faktycznie w toku ich życia prane nie więcej niż 10 razy i to w praktyce - w warunkach domowych, tak samo jak kurtki np. narciarskie, czyli raz w roku po sezonie, a takie warunki nieodebrane kurtki spełniają z ogromnym naddatkiem. Zwrócił ponadto uwagę, że na 4000 szt. nieodebranych kurtek, po odstąpieniu przez KG Policji od umowy, TA Telimena S.A. w

trybie ustawy o systemie wyrobów przeznaczonych na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa wszczęła procedurę oceny zgodności potwierdzającą spełnienie wymagań specyfikacji technicznej i uzyskała deklarację zgodności ITB Moratex.

V. Element poboczny ale świadczący o nastawieniu Zamawiającego do TA Telimena S.A..

Otóż opis przedmiotu zamówienia kurtki letniej został w 2016 r. tak zmieniony (kolejna zmiana w specyfikacji technicznej polegająca na przesunięciu położenia rzepu na emblemat oznaczenia służby na rękawie o 2 cm), by uniemożliwić TA Telimena S.A. złożenie oferty najkorzystniejszej, obejmującej kurtki na które Telimena posiadała już deklarację zgodności ITB Moratex. Pozostawił ocenie Izby jak ważkie jest przesunięcie położenia rzepu na rękawie kurtki o 2 cm w górę lub w dół, i jak to istotnie wpływa na pełnienie prawidłowej służby przez Policjantów. Ten wydawałoby się nic nie znaczący wymóg eliminował jednak wyprodukowane kurtki i posiadające deklarację zgodności ITB Moratex z możliwości oferowania w tym przetargu, za naprawdę bardzo korzystną cenę. Zmiana ta nie ma uzasadnienia tym bardziej, że większość Policjantów używa kurtek, w których rzep umieszczony jest tak samo jak w wyprodukowanych przez TA Telimena S.A.

VI. Zdanie Odwołującego, niniejszą procedurą Zamawiający dąży aby przez ten przetarg wypracować sobie dodatkową argumentację w sporze sądowym z TA Telimena S.A.

Podkreślił, że w zeszłym roku Odwołujący zrealizował zamówienie dla Policji (listopad) na spodnie taktyczne. Zostało ono wykonane należycie. Wówczas ten sam Zamawiający, w identycznej sytuacji i znając przecież fakt sporu sądowego, nie wykluczył Odwołującego się z postępowania. Ponadto, w ramach przetargów tegorocznych złożono ofertę na 8000 szt. kurtek zimowych w TA Telimena S.A. z przedsiębiorcą Drwal i co prawda Zamawiający unieważnił przetarg z uwagi na przekroczenie budżetu, ale Odwołującego też nie wykluczył i nie odrzucił jego oferty. Zwrócił uwagę, że (...) *w dniu 17.05.2017 r. a więc na dzień przed wykluczeniem Zamawiający zaprosił Telimenę do złożenia oferty w ogłoszonym postępowaniu przetargowym na mundury ćwiczebne. Jeżeli więc na to wszystko nałożyć, że cała argumentacja przedstawiona „w uzasadnieniu” jest niczym innym jak „kopiuj - wklej”, z pism procesowych Prokuratury Generalnej Skarbu Państwa w sprawie sygn. akt XXIV Nc 182/16, to nie może ulegać żadnej wątpliwości, iż każde oświadczenie złożone w ramach niniejszej sprawy z pewnością będzie wykorzystane przeciwko Odwołującemu w sporze sądowym. Z tego też właśnie powodu Zamawiający dąży do tego aby Odwołujący przyznał się do uzasadnionych podstaw wykluczenia, co może przełożyć się na wynik sprawy prowadzonej w sądzie”.*

VII. Odwołujący podjął szereg działań naprawczych w swojej organizacji, aby więcej sytuacja taka o jakiej pisze Zamawiający „w uzasadnieniu wykluczenia” nie powstała.

Przede wszystkim przeszkolił pracowników na okoliczność różnego rodzaju zagrożeń jakie mogą powstać w procedurze o zamówienie publiczne oraz na etapie realizacji zamówienia,

np. w toku: „Intensywne warsztaty z praktycznego stosowania ustawy Pzp” zorganizowane przez Grupę Doradczą KZP sp. z o.o. w dniu 24 listopada 2016r, po to aby byli jeszcze bardziej kompetentni i asertywni w stosunku do wymagań i zachowań Zamawiających. Dowodem efektu faktycznego wdrożenia programu naprawczego jest choćby to, że w postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego, Odwołujący zadawał pytania do SIWZ (nie zaś ufał Zamawiającemu, że opis przedmiotu zamówienia zawiera wszystkie informacje jak stanowi art. 29 ust. 1 Pzp), o tym też świadczy niniejsze odwołanie, które też jest efektem wdrożonych procedur naprawczych i podniesienia świadomości Odwołującego. Ponadto doskonalono też procedury kontroli i nadzoru nad jakością produkcji. Procedury te są zostały pozytywnie zweryfikowane przez Centrum Certyfikacji Jakości Wojskowej Akademii Technicznej czego dowodem jest wydanie TA Telimena S.A. zarówno w roku 2016 jak i w roku 2017 certyfikatów na system zarządzania jakością ISO 9001:2008 oraz AQAP 2110:2009.

VIII. Zasadnym wydaje się w tym miejscu przywołanie również wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-406/08 Uniplex, który wskazuje, iż: „W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 państwa członkowskie są zobowiązane do zapewnienia, iż sprzeczne z prawem decyzje instytucji zamawiających mogą skutecznie i możliwie szybko podlegać odwołaniu.

Tymczasem fakt, że kandydat lub oferent dowiaduje się, że jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone nie pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania. Takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić kandydatom lub oferentom wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania. Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do występowania ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania. Wynika z tego, że cel założony w art. 1 ust 1 dyrektywy 89/665, jakim jest zagwarantowanie skutecznych środków odwoławczych w razie naruszenia przepisów obowiązujących w zakresie zamówień publicznych, może zostać osiągnięty, wyłącznie jeśli bieg terminów wyznaczonych do wniesienia takich środków odwoławczych rozpoczyna się od dnia, w którym skarżący dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o podnoszonym naruszeniu rzeczonych przepisów” Wskazał ponadto, że znaczenie uzasadnienia faktycznego i prawnego zostało także wskazane w wyroku KIO z 07.02.2013 r., sygn. akt: KIO 135/13, gdzie stwierdza się, że: „(...) obowiązkiem zamawiającego, wynikającym z art. 92 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp jest podanie pełnego uzasadnienia faktycznego rozstrzygnięcia w przedmiocie odrzucenia oferty. Konsekwencją uchybienia zamawiającego jego ustawowemu obowiązkowi było to, że odwołujący nie mógł sformułować zarzutów w odwołaniu wobec ww.

domniemanej przyczyny odrzucenia, która została mu zakomunikowana dopiero w trakcie rozprawy. W dalszej zaś kolejności skutkiem braku zarzutów w odwołaniu była niemożność rozpoznania ich przez Izbę, a to na zasadzie art. 192 ust 7 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przepis art. 192 ust 7 ustawy Pzp ma podwójne znaczenie, nie tylko chroni zamawiającego przed podnoszeniem na rozprawie przez wykonawcę nowych zarzutów, które nie znalazły się w odwołaniu, oraz stanowi przeszkodę merytorycznego rozpoznania zasadności odrzucenia oferty z powodów nieznanymi wykonawcy

IX. Wskazał ponadto na obowiązki nałożone na zamawiającego art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, oraz, że w tym postępowaniu Zamawiający winien wezwać Odwołującego do wyjaśnień w odpowiednim zakresie. Także na obowiązki wynikające z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który także powinien stanowić podstawę wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentu JEDZ w określonym zakresie.

X. W konkluzji, odnosząc się do argumentacji Zamawiającego, który podał że:

1. (...) *zmuszony był do wszczęcia kolejnego postępowania przetargowego celem zawarcia dodatkowej, nieplanowanej umowy na produkcję i dostawę spodni służbowych zimowych i zawarto w dniu 6 listopada 2015 r. umowę nr 278/BLP/219/Ckt/15/RŁ na produkcję i dostawę 2000 szt. spodni służbowych zimowych, (bo wystąpiły braki w magazynach i poniósł dodatkowe koszty zamawiając u innego wykonawcy), to zauważyć należy, iż wykonawca ten miał wyłączność dla rynku polskiego na specjalną taśmę amerykańskiej firmy Seam Seal International USA nic więc dziwnego że opóźnień nie było, gdy właśnie z zastanawiających powodów ta właśnie taśma stała się problemem Odwołującego. Zresztą owe 2000 szt. spodni nie było związane z zamówieniem uzupełniającym do umowy z Odwołującym tylko jako zakup dodatkowy na potrzeby tylko jednej komendy Stołecznej w Warszawie i dotyczył organizacji szczytu NATO," oraz*

2. (...) celem zapewnienia dostaw do magazynów jednostek Policji w roku bieżącym Komendant Główny Policji zawarł po przeprowadzeniu postępowania przetargowego umowę 186/BLP/122/Ckt/16/RŁ na produkcję i dostawę 6500 szt, kurtek służbowych letnich (za cenę wyższą niż określona w Umowie nr 92/BLP/I I/Ckt/15/RK, ponosząc tym samym znaczną szkodę), stwierdził, że to jest umowa z nowego postępowania ogłaszanego przez KGP jak co roku, które składało się z dwóch zadań - zad. 1 - wybrano ofertę i zawarto umowę oraz zad. 2 - unieważniono ze względu na przekroczenie budżetu. W związku z powyższym nie można się zgodzić z twierdzeniem Zamawiającego, że to jest także zakup interwencyjny, który cały czas uzupełnia stany, zwłaszcza, że Zamawiający w 2016 r. jeszcze dwa razy powtarzał to zamówienie tylko nie wybrał najkorzystniejszej oferty ze względu na niski własny budżet.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Zamawiający w Informacji o wykluczeniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum - Przedsiębiorstwo Odzieżowe Drwal A.Z. z Włocławka [Lider] oraz Towarzystwo Akcyjne Telimena SA z siedzibą w Łodzi [Odwołujący lub Konsorcjum] w uzasadnieniu prawnym wskazał na art. 24 ust.5 pkt 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym: (...) *z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę który, z przyczyn leżących po jego stronie, nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego zawartą z zamawiającym co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania*”.

W uzasadnieniu faktycznym decyzji powołał następujące okoliczności:

„Zamawiający podjął decyzję o zastosowaniu fakultatywnych przesłanek wykluczenia, jakie znalazły się w przepisie art. 24 ust. 5 Ustawy. Wśród nich, ze względu na treść złożonego przez Towarzystwo Akcyjne Telimena S.A. (członek konsorcjum) Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia, na szczególną uwagę zasługuje przesłanka wykluczenia wskazana w treści art. 24 ust. 5 pkt. 4 Ustawy. Zgodnie z jej brzmieniem, wykluczeniu podlega wykonawca, który z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt. 1- 4 Ustawy, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

W złożonym przez Towarzystwo Akcyjne Telimena S.A. jednolitym dokumencie, w części III sekcji C, nie znalazła się informacja o tym, że w przypadku tego wykonawcy doszło do sytuacji, gdzie wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego została rozwiązana przed czasem, a wykonawca ten przedsięwziął środki w celu samooczyszczenia. Również z oferty wykonawcy nie wynika, że doszło do sytuacji, gdzie wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego została rozwiązana przed czasem, a wykonawca ten przedsięwziął środki w celu samooczyszczenia. Tymczasem wykonawca Towarzystwo Akcyjne TELIMENA S.A. w Łodzi, złożył ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Komendę Główną Policji (nr spr. II/Ckt/15/RK). Oferta ta została następnie uznana za najkorzystniejszą, w wyniku czego w dniu 6 maja 2015 r. doszło do

zawarcia umowy pomiędzy wybranym wykonawcą a zamawiającym, który prowadził to postępowanie.

W dniu 6 maja 2015 r. działający w imieniu Skarbu państwa - Komendant Główny Policji, jako strona umowy nr 92/BLP/I I/Ckt/15/RK skutecznie odstąpił od części niewykonanej umowy. Odstąpienie od części niewykonanej umowy nastąpiło na podstawie zapisów § 3 ust. 4 zawartej umowy, oraz na zasadzie art. 492 k.c, w przypadku nie zrealizowania dostaw w terminie. Termin realizacji umowy określono na 2 listopada 2015 r. z podziałem na dwie części dostaw: 8.000 szt. kurtek służbowych letnich do dnia 04.08.2015 r. oraz 7.850 szt. kurtek do dnia 2 listopada 2015 r. W wyznaczonym terminie wykonawca nie dostarczył 8.000 szt. kurtek służbowych letnich . Nie przedstawił również deklaracji zgodności wyrobu w zakresie OiB potwierdzonej przez „organ uprawniony” co było warunkiem przystąpienia do odbioru jakościowego wyrobu przez zamawiającego. Brak potwierdzenia deklaracji zgodności wyrobu w zakresie OiB przez „organ uprawniony” został przedstawiony w piśmie NM/0701/4/181/16/HD z dnia 20 stycznia 2016 r.

Pomimo, opóźnienia w realizacji umowy po stronie wykonawcy, zamawiający wyraził zgodę na kontynuowanie umowy po upływie powyższego terminu. Świadczą o tym, między innymi zapisy notatki z kontroli przebiegu realizacji omawianej umowy z dnia 27.11.2015 r., l.dz. Ckt-7146/15 przeprowadzonej w siedzibie wykonawcy, która została dokonana wobec już wówczas istniejącego znacznego prawdopodobieństwa niewykonania umowy. Przedstawiciel TA „Telimena” S.A. zobowiązał się wówczas do przedstawienia wszystkich kurtek służbowych letnich do końcowego odbioru do dnia 10.12.2015 r. Termin ten nie został dotrzymany.

Celem zabezpieczenia interesu publicznego zamawiający zwrócił się do „organu upoważnionego” o udzielenie informacji o stanie nadzoru nad realizacją umowy. W odpowiedzi w dniu 20.01.2015 r. Dyrektor ITB Moratex, poinformował zamawiającego, że pomimo dwukrotnego przeprowadzenia badań wyrobu w akredytowanym laboratorium w zakresie wodoszczelności laminatu po 20 czyszczeniach chemicznych oraz wodoszczelności szwów klejonych po 20 praniach wodnych w temperaturze 40 °C, nie potwierdzono wymagań zawartych w specyfikacji technicznej. Brak pozytywnych wyników badań uniemożliwił „organowi upoważnionemu” potwierdzenie deklaracji OiB.

Pomimo braku potwierdzenia przedmiotowej deklaracji, wykonawca pismem l.dz. 27/2016 r. z dnia 25.01.2016 r. zgłosił do odbioru jakościowego partię 8000 szt. kurtek służbowych letnich na dzień 29.01.2016 r. W związku z tym zgłoszeniem zamawiający wezwał wykonawcę do przedstawienia potwierdzonej przez „organ upoważniony” deklaracji zgodności wyrobu w zakresie OiB w terminie do dnia 28.01.2016 r. Był to warunek niezbędny, wymagany umową, do przystąpienia przez zamawiającego do odbioru

jakościowego we wskazanym terminie tj. 29.01.2016 r., który nie został spełniony z przyczyn wyżej opisanych.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności zamawiający w oparciu o art. §3 ust. 4 Umowy odstąpił od umowy powołując się na okoliczności, które leżały tylko i wyłącznie po stronie wykonawcy - TA „Telimena” S.A.

W związku z brakiem możliwości dokonania odbioru jakościowego i tym samym realizacji dostaw 8000 szt. kurtek służbowych letnich do odbiorców zamawiający w dniu 29.01.2016 r. skorzystał z prawa odstąpienia od umowy zastrzeżonego §3 ust. 4 umowy oraz na zasadzie art. 492 k.c, w przypadku nie zrealizowania dostaw w terminie.

Ponadto wykonawca został wezwany pismem - Ckt 526/16 z dnia 29 stycznia 2016 r. do zapłaty kary umownej w kwocie 337.260,00 zł z tytułu odstąpienia od części niewykonanej umowy w liczbie 8 000 szt. kurtek służbowych letnich, z powodu okoliczności za które odpowiada wykonawca, usankcjonowanej przepisem § 8 ust. 1 pkt. 1 umowy nr 92/BLP/I/Ckt/15/RK. Wykonawca - TA „Telimena” S.A. w terminie wskazanym przez zamawiającego wpłacił wyżej określona kwotę z tytułu kar umownych, tym samym potwierdził, że do odstąpienia od umowy przez zamawiającego doszło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Wyjaśnienia składane przez wykonawcę w toku realizacji umowy jednoznacznie wskazywały na opóźnienia wynikające z winy wykonawcy.

Efektom powyżej opisanych wydarzeń i okoliczności winna być jednoznaczna konstatacja, iż w przypadku umowy w sprawie zamówienia publicznego zawartej przez - TA „Telimena” S.A. w dniu 6 maja 2015 r. z Komendantem Głównym Policji mamy do czynienia z sytuacją, która w pełni wyczerpuje hipotezę normy prawnej zawartej w art. 24 ust. 5 pkt. 4 - ustawy Pzp:

- umowa ta była umową w sprawie zamówienia publicznego,
- Komendant Główny Policji to zamawiający, który mieści się w zakresie zdefiniowanym przepisem art. 3 ust. 1 pkt. 1 - 4 ustawy
- TA „Telimena” S.A. nie wykonał tej umowy z przyczyn leżących po jego stronie,
- doprowadziło to do rozwiązania umowy w wyniku odstąpienia dokonanego przez Komendanta Głównego Policji.

W ocenie zamawiającego wyczerpująca ocena okoliczności, które pozwalają uznać, że niewykonanie części umowy wynikało z przyczyn leżących po stronie wykonawcy - TA „Telimena” S.A., stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy, Lider - Przedsiębiorstwo Odzieżowe Drwał A.Z. w Włocławku, Partner - Towarzystwo Akcyjne TELIMENA S.A. w Łodzi, w trybie art. 24 ust. 5 pkt. 4) - ustawy Pzp”.

Zamawiający w tym zawiadomieniu podkreślił, że (...) wykonawca nie skorzystał z przysługującego mu prawa samooczyszczenia o którym mowa w art. 24 ust. 8 - ustawy Pzp”.

W konkluzji zawiadomienia podał również, że *„Tym samym na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp ofertę Wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą”*.

W odwołaniu Konsorcjum kwestionując zasadność wykluczenia z postępowania wskazało na naruszenie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 6 tej ustawy, i ewentualnie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp oraz ewentualnie art. 26 ust.4 ustawy Pzp, lub ewentualnie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Pierwszy z zarzutów dotyczący naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 6 tej ustawy Odwołujący oparł na twierdzeniu, (1) braku uzewnętrznienia w Ogłoszeniu o zamówieniu tej podstawy prawnej oraz (2) na braku wykazania spełnienia przesłanek wymienionych w tym przepisie. W związku z powołanym przepisem wskazał ponadto – jak zaznaczył ewentualnie – na naruszenie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp z powodu zaniechania umożliwienia wykonawcy złożenia dowodów na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania rzetelności.

Izba ustaliła, że w Ogłoszeniu o zamówieniu [sekcja VI.3 akapit ostatni] Zamawiający podał: *„Ponadto: 1. Zamawiający wykluczy z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia wymogów określonych w art. 24 ust.1 i 5 ustawy Pzp. Wykaz oświadczeń i dokumentów zawiera rozdz. VII SIWZ. 2. Zamawiający zastosuje procedurę, o której mowa w art. 24aa ust.1 ustawy”*. Analogiczną regulację zamieścił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia [pkt VI. SIWZ] odwołując się w punkcie VI.12 SIWZ dodatkowo do ust. 5 art. 24 ustawy Pzp, a w pkt VI.13 SIWZ podał, że *„Wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie art. 24 ust.8 ustawy Pzp”*. To oznacza, że zarzut braku wskazania w Ogłoszeniu tej przesłanki na podstawie której Konsorcjum zostało wykluczone jest niesłuszny.

Wnoszący odwołanie wykonawcy w Jednolitym Europejskim Dokumentie Zamówienia [JEDZ] dotyczącym firmy - *Towarzystwo Akcyjne TELIMENA S.A. z Łodzi* [TA Telimena] w części IV pkt C na jego stronie 9 w zakresie spornym w kolumnie 1 w pozycji przedostatniej, w brzmieniu:

„Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową? Jeżeli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat: Czy

wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?” Z kolei w kolumnie 2 dla tej pozycji odnośnie wymaganej informacji: „Jeżeli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat:” zaznaczył odpowiedź „Nie”, a odnośnie wymaganej informacji w tej kolumnie dla tej pozycji: „Jeżeli tak, czy wykonawca przedsięwziął środki w celu samooczyszczenia? Tak Nie” oraz „Jeżeli tak, proszę opisać przedsięwzięte środki: [.....]” wskazane zapytania zostały wykreślone przez tego wykonawcę.

Zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 4 w zw. z ust. 6 i ust. 7 pkt 3 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 - 4 ustawy Pzp, co doprowadziło do rozwiązania tej umowy lub zasądzenia odszkodowania, jeżeli zamawiający przewidział taką podstawę wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji, a nie upłynęły 3 lata od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Jednocześnie według art. 24 ust. 8 Pzp wykonawca, który podlega wykluczeniu na powyższej podstawie, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania jego dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu [tzw. Samooczyszczenie – self cleaning]. Wreszcie art. 24 w ust. 9 stanowi, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8.

W tej sprawie Zamawiający prawidłowo ustalił, że w przypadku spornej umowy nr 92/BLP/11/Ckt/15/RK w sprawie zamówienia publicznego zawartej w dniu 6.05.2015 r. przez TA „Telimena” S.A., „jako wykonawcą” ze Skarbem Państwa – Komendantem Głównym Policji, „jako zamawiającym” mamy do czynienia z sytuacją, która w pełni wyczerpuje hipotezę normy prawnej zawartej w art. 24 ust. 5 pkt. 4 - ustawy Pzp: (1) umowa ta była umową w sprawie zamówienia publicznego, (2) Komenda Główna Policji [Skarb Państwa – Komendant Główny Policji] to zamawiający, który mieści się w zakresie zdefiniowanym przepisem art. 3 ust. 1 pkt. 1 - 4 ustawy; (3) firma TA „Telimena” S.A. nie wykonała tej

umowy z przyczyn leżących po jego stronie; (4) doprowadziło to do rozwiązania umowy w wyniku odstąpienia dokonanego przez zamawiającego.

W JEDZ złożonym przez TA Telimena S.A., w części III sekcji C, nie znalazła się informacja o umowie nr 92/BLP/11/Ckt/15/RK zawartej w dniu 6.05.2015 r. od której Zamawiający odstąpił, składając oświadczenie w dniu 29.01.2016 r. na podstawie § 3 ust.4 tej umowy, w którym zastrzegł, że terminy realizacji (...) *mają charakter ściśle określony (...)* i ich naruszenie – zarówno co do całości i co do części dostawy - może powodować odstąpienie od tej umowy. Konsekwencją odstąpienia od tej umowy była także zapłata kary odszkodowawczej z zabezpieczenia należytego wykonania umowy wskazanego w § 10 tej umowy. Zabezpieczenie zgodnie z jego ust. 2 służyło pokryciu „roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy”. Tak jak wskazał Zamawiający - w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu Konsorcjum z postępowania - w związku z rozwiązaniem umowy nr 92/BLP/11/Ckt/15/RK „przed czasem” wykonawca w odpowiedzi na wezwanie z dnia 29.01.2016 r. do zapłaty kary umownej, wpłacił ustaloną wezwaniem kwotę 376.260 zł (...) *z tytułu odstąpienia od części niewykonanej umowy w liczbie 8.000 kurtek służbowych letnich, z powodu okoliczności za które odpowiada Wykonawca*” wpłacił wymagane „odszkodowanie umowne” do którego odnosił się § 10 umowy.

Niezależnie od tego wezwania do TA Telimena temu wykonawcy w piśmie z dnia 5 lipca 2016 r. zostało złożone przez zamawiającego oświadczenie o potrąceniu z faktur m.in. na podstawie § 8 ust.2 wskazanej umowy 92/BLP/11/Ckt/15/RK kwot wskazanych w załączniku do tego oświadczenia tytułem kar umownych z uwagi na nieterminową realizację dostaw zarówno części 1 jak i 2.

Izba zwraca uwagę, że spór sądowy na który powoływał się Odwołujący na rozprawie dotyczy wyłącznie miarkowania kwot kar umownych ustalonych powyższym pismem z lipca 2015 r., które zdaniem wykonawcy TA Telimena są nadmierne. Nie dotyczy natomiast kary odszkodowawczej zapłaconej przez TA Telimena w odpowiedzi na wezwanie z 29.01.2017 r., które było skutkiem odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy z uwagi na nie dostarczenie w wyznaczonym terminie 8.000 szt. kurtek służbowych letnich, co było spowodowane nie przedstawieniem deklaracji zgodności wyrobu w zakresie OiB potwierdzonej przez „organ uprawniony”, a które to wymaganie było warunkiem odbioru jakościowego kurtek przez zamawiającego.

Zdaniem Izby wskazywane okoliczności, dotyczące umowy nr 92/BLP/11/Ckt/15/RK powinny być ujawnione w JEDZ składanym przez TA Telimena i tylko wówczas taka

informacja stanowiłaby podstawę do oceny przez Zamawiającego zastosowania procedury z art. 24 ust.9 ustawy Pzp i ewentualnie procedur przewidzianych art. 26 ust.3 i ust.4 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust.8 ustawy Pzp. Izba zauważa, że brak tej informacji mógł być skutkiem niedopatrzenia wykonawcy, na co wskazuje podnoszony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 24 ust.6 ustawy Pzp, który jak wskazała Izba jest niesłuszny, albowiem wymagana przepisem Informacja, co do zastosowania w tym postępowaniu art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp została podana zarówno w Ogłoszeniu jak i w SIWZ. Izba nie zgodziła się z Odwołującym, że Zamawiający z uwagi na to, że był stroną spornej umowy powinien sygnalizować wykonawcy przed złożeniem oferty możliwą podstawę wykluczenia. Takie działanie sygnalizacyjne skierowane tylko do jednego z wykonawców mogło być postrzegane przez konkurencyjnych wykonawców jako preferowanie tej firmy, co z kolei mogłoby być odczytane jako naruszenie zasad z art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, w myśl których obowiązkiem zamawiającego jest prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, wyrażających się – jak to wskazywano w odwołaniu - w „zachowaniu zasady bezstronności i obiektywizmu przez osoby po stronie Zamawiającego”.

Izba stwierdza, że wbrew twierdzeniom Konsorcjum w niniejszej sprawie mamy doczynienia zarówno z niewykonaniem umowy w jej istotnej części, jak i z jej rozwiązaniem, na które to okoliczności wskazuje art. 24 ust.5 pkt 4 ustawy Pzp. Należy zwrócić bowiem uwagę, że umowa dotyczyła dostawy 15.8750 kurtek, a część niezrealizowana - druga - obejmowała dostawę w ilości 8.000 kurtek. Ponadto brak realizacji nie był spowodowany działaniem Zamawiającego, a działaniem wykonawcy z powodu nie przedłożenia wymaganego warunkami przetargu dokumentu i w konsekwencji niewywiązanie się przez wykonawcę ze zobowiązania pomimo upływu ponad 5-u miesięcy w stosunku do umownego terminu. Nie można skutecznie w tym postępowaniu odwoławczym przed KIO kwestionować nadmierności i niezasadności związanego ze sporem wymagania, określonego w warunkach przetargu z 2015 r., którego nie spełnienie przez wykonawcę spowodowało odstąpienie przez Zamawiającego od umowy. Powyższe może co najwyżej mieć wpływ na rozstrzygnięcie sądu rozpoznającego powództwo w przedmiocie naliczonych kar. Zatem w tej sprawie istotny stopień niewykonania umowy odnosił się zarówno do jej aspektu rzeczowego, jak i wartościowego oraz terminu, w którym dostawa miała być wykonana, w stosunku do wymagań przewidzianych zawartą umową.

Odnośnie rozwiązania umowy, Izba zauważa, że w tym przypadku wykonawca stwierdzając, że nie mamy doczynienia z rozwiązaniem umowy tylko z odstąpieniem i to w części, a nie w całości pomija § 3 ust.4 umowy zgodnie z którym: „Zamawiający zastrzega

sobie prawo odstąpienia od umowy w całości lub części bez wyznaczania dodatkowego terminu na zasadzie określonej w art. 492 KC w przypadku nie zrealizowania dostaw w terminie określonym w ust.1". Z kolei w myśl art. 492 KC: „Jeżeli uprawnienie do odstąpienia od umowy wzajemnej zostało zastrzeżone na wypadek niewykonania zobowiązania w terminie ściśle określonym, strona uprawniona może w razie zwłoki drugiej strony odstąpić od umowy bez wyznaczenia terminu dodatkowego. To samo dotyczy wypadku, gdy wykonanie zobowiązania przez jedną ze stron po terminie nie miałoby dla drugiej strony znaczenia ze względu na właściwości zobowiązania albo ze względu na zamierzony przez nią cel umowy, wiadomy stronie będącej w zwłoce”. Izba ponadto stwierdza, że na gruncie Kodeksu cywilnego rozwiązanie umowy może być także skutkiem odstąpienia [lub jej wypowiedzenia] i w tym przypadku mamy doczynienia - w przeciwieństwie do porozumienia o rozwiązaniu, jakie charakteryzuje czynność dwustronną - jednostronny sposób zakończenia stosunku zobowiązaniowego, która to czynność może wywoływać inne skutki prawne, aniżeli czynność prawna dwustronna prowadząca również do rozwiązania umowy. W tej sprawie cel odstąpienia i skutki z tym związane zostały w sposób jednoznaczny określone w § 3 ust.4 umowy, którego postanowienia w przetargu prowadzonym w 2015 r. nie były kwestionowane.

Izba zwraca jednocześnie uwagę, że zarówno w odwołaniu, jak i w stanowisku wyrażanym w toku rozprawy [także w piśmie procesowym] Konsorcjum podkreślało, że „nigdy TA Telimena nie pogodziła się z decyzją Zamawiającego o odstąpieniu” wskazując na nielojalne działanie przed upływem terminu ustalonego [ustnie] przez strony na styczeń 2016 r. [termin dostawy 4.08.2015 r.] na przeprowadzenie badań, które to porozumienie Zamawiający miał zerwać odstępując od tej umowy 29.01.2016 r. Ta okoliczność wskazuje, że składając ofertę i wymagany JEDZ nie było zamiarem Konsorcjum - bez względu na przyczynę - w zakresie dotyczącym TA Telimena – członka Konsorcjum – wypełnić wskazanej części IV pkt C JEDZ na jego stronie 9 w zakresie spornym w kolumnie 1 i 2 w pozycji przedostatniej, których dotyczy art. 24 ust. 5 pkt 4 i ust. 8 ustawy Pzp, inaczej aniżeli uczynił to wykonawca. Mianowicie, nie było jego zamiarem poinformowania Zamawiającego o spornej umowie i zastosowanej wobec firmy procedurze „samooczyszczenia” celem wykazania w ramach tej procedury, że zostały podjęte działania dla przywrócenia – według regulacji ustawy Pzp - statusu rzetelnego wykonawcy. Warunkiem *sine qua non* takiej procedury – jak podkreśla się w orzecznictwie [vide: sygn. akt: KIO 139/17] jest uznanie przez wykonawcę faktu, że popełnił delikt [przyznanie następuje w JEDZ w jego części przez, którego ma dotyczyć „samooczyszczenie”. Tymczasem Konsorcjum w stanowisku prezentowanym zarówno w toku postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, jak i przed Izbą, zmierzało do kwestionowania, że w związku z umową nr 92/BLP/11/Ckt/15/RK

nie znalazło się w sytuacji, o której mowa w hipotezie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp. Już z tego powodu oświadczenia o podjętych działaniach dla przywrócenia rzetelności wykonawcy składane po decyzji o wykluczeniu Konsorcjum z tego postępowania na podstawie art. 24 ust.5 pkt 4 ustawy Pzp nie mogły skutkować przywróceniem Konsorcjum do tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W konkluzji Izba stwierdza, że tym samym odwołanie nie jest zasadne także, co do podnoszonego zarzutu naruszenia art. 7 ust.1 i 2, albowiem wskazywane przez Odwołującego zarzuty związane z oceną formularza JEDZ w części dotyczącej TA Telimena okazały się – zgodnie z ustaleniami Izby niesłuszne.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji orzeczenia.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz z uwzględnieniem przepisów 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 ze zm.).

.....

.....

.....