

Sygn. akt: KIO 74/18

WYROK
z dnia 29 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Paweł Trojan
Członkowie:	Agnieszka Trojanowska
	Justyna Tomkowska
Protokolant:	Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 stycznia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 stycznia 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego **J. A.** oraz **K. A.** prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą **Windar B s.c. ul. Skarbowa 16/1A, 91-473 Łódź** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego – **EC1 Łódź - Miasto Kultury w Łodzi ul. Targowa 1/3, 90-022 Łódź** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Konserwacja i utrzymanie urządzeń transportu bliskiego wraz z całodobowym pogotowiem dźwigowym w budynkach kompleksu „EC1 Łódź -Miasto Kultury” w Łodzi”; nr referencyjny 696/DOT/PN/2017

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych unieważnia umowę Nr 696/DOT/PN/2017 zawartą w Łodzi w dniu 8 stycznia 2018 r. pomiędzy Zamawiającym - EC1 Łódź - Miasto Kultury w Łodzi ul. Targowa 1/3, 90-022 Łódź a wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia p. D. C. oraz p. S. C. prowadzącymi działalność gospodarczą w formie

spółki cywilnej działającej pod firmą „TECHNIVCONTROL” s.c. D. C., S. C., ul. Pawia 19 lok. 4, 91-050 Łódź w zakresie zobowiązań niewykonanych;

2. kosztami postępowania w wysokości **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych i zero groszy) obciąża Zamawiającego - **EC1 Łódź - Miasto Kultury w Łodzi ul. Targowa 1/3, 90-022 Łódź** i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego **J. A.** oraz **K. A.** prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą **Windar B s.c. ul. Skarbowa 16/1A, 91-473 Łódź** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od zamawiającego **EC1 Łódź - Miasto Kultury w Łodzi ul. Targowa 1/3, 90-022 Łódź** na rzecz - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego **J. A.** oraz **K. A.** prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą **Windar B s.c. ul. Skarbowa 16/1A, 91-473 Łódź** kwotę w wysokości **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania oraz kosztów zastępstwa przed Izbą

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 22 grudnia 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Łodzi.**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

U z a s a d n i e

do wyroku z dnia 29 stycznia 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 74/18

Zamawiający – EC1 Łódź - Miasto Kultury w Łodzi ul. Targowa 1/3, 90-022 Łódź prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Konservacja i utrzymanie urządzeń transportu bliskiego wraz z całodobowym pogotowiem dźwigowym w budynkach kompleksu „EC1 Łódź -Miasto Kultury" w Łodzi"; nr referencyjny 696/DOT/PN/2017.

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej/poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 08.12.2017 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone przez Zamawiającego w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 630436-N-2017.

W dniu **09.01.2018** r. Odwołujący powziął informację o czynności ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty (zastępczego wyboru najkorzystniejszej oferty), która miała miejsce w dniu 8 stycznia 2018 roku wraz z jednoczesnym udzieleniem zamówienia wykonawcy TECHNIVCONTROLL s.c. D. C., S. C. .

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **15.01.2018** r. w przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego J. A. oraz K. A. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą Windar B s.c. ul. Skarbowa 16/1A, 91-473 Łódź

Odwołujący zaskarżył czynność ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty (zastępczego wyboru najkorzystniejszej oferty), która miała miejsce w dniu 8 stycznia 2018 roku wraz z jednoczesnym udzieleniem zamówienia wykonawcy TECHNIVCONTROLL s.c. D. C., S. C., o czym ogłoszono w dniu 9 stycznia 2018 roku, bowiem, zdaniem Odwołującego, czynność ta narusza przepisy:

- 1) art. 94 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 24aa ust. 2 i art. 94 ust. 3 p.z.p. przez brak ogłoszenia o dokonaniu tak zwanego zastępczego wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) art. 24aa ust. 2 p.z.p. przez bezzasadne uznanie, że odwołujący uchylał się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, co skutkowało nieuprawnionym przystąpieniem do badania, czy TECHNIN/CONTROLL s.c. D. C., S. C. - jako wykonawca, który złożył ofertę najwyższej ocenioną spośród pozostałych ofert - nie podlega wykluczeniu oraz czy spełnia warunki udziału w postępowaniu,

3) art. 94 ust. 3 w zw. z art. 24aa ust. 2 p.z.p. poprzez nieuprawnione dokonanie tak zwanego zastępczego wyboru oferty TECHNIVCONTROLL s.c. D. C., S. C. jako najkorzystniejszej, mimo braku podstaw do podjęcia tej czynności, to jest mimo nieuchylania się przez odwołującego od zawarcia umowy w przedmiocie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności Zamawiającego polegających na ponownym badaniu ofert i dokonaniu wyboru oferty wykonawcy TECHNIN/CONTROLL s.c. D. C., S. C. jako najkorzystniejszej, jak również czynności udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy TECHNIVCONTROLL s.c. D. C., S. C. oraz nakazanie zamawiającemu wykonanie - zgodnie z przepisami prawa - czynności udzielenia zamówienia publicznego odwołującemu.

Odwołujący podniósł, w zakresie interesu we wniesieniu odwołania i określenie szkody, że zgodnie z art. 179 ust. 1 p.z.p.:

- oferta odwołującego została wybrana najkorzystniejszą w dniu 27 grudnia 2017 roku, co nie zostało zaskarżone odwołaniem przez żaden uprawniony podmiot; gdyby zatem nie dalsze, zaskarżone niniejszym odwołaniem czynności zamawiającego, odwołującemu udzielono by zamówienia publicznego,
- czynności zamawiającego wyrządziły odwołującemu szkodę, bowiem umowę w przedmiocie zamówienia publicznego podpisano z naruszeniem przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych z drugim wykonawcą ubiegającym się o udzielenie zamówienia;
- szkodą dla odwołującego jest utrata wynagrodzenia w kwocie 112.620 zł; w ocenie odwołującego szkodę poniósł także zamawiający (a raczej może Gmina Miasto Łódź i Skarb Państwa - Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego), ponieważ usługi, będące przedmiotem zamówienia świadczyć ma podmiot, którego oferta była o ponad 1/10 droższa od oferty odwołującego.

Uzasadnienie

I. Uzasadnienie zarzutów naruszenia ustawy - Prawo zamówień publicznych

Zamawiający w toku postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą "Konserwacja i utrzymanie urządzeń transportu bliskiego wraz z całodobowym pogotowiem dźwigowym w budynkach kompleksu „EC1 Łódź -Miasto Kultury” w Łodzi" (nr ref. 696/DOT/PN/2017) zastosował procedurę odwróconej oceny ofert, o której mowa w art. 24aa p.z.p. Po otwarciu ofert w dniu 15 grudnia 2017 roku oferta złożona przez Odwołującego została oceniona jako najkorzystniejsza, dlatego też zamawiający wezwał odwołującego się do złożenia dokumentów potwierdzających okoliczności wymienione w art. 25 ust. 1 p.z.p. Odwołujący takie dokumenty przedłożył, toteż w dniu 27 grudnia 2017 roku

zamawiający, działając na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 1 p.z.p. zamieścił informację o wyborze oferty odwołującego się jako oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający wezwał wykonawcę Windar B s.c. J. A., K. A. do podpisania umowy w przedmiocie zamówienia publicznego na dzień 3 stycznia 2018 roku. Odwołujący zjawili się w siedzibie zamawiającego i tam złożyli podpisy pod trzema egzemplarzami umowy o zamówienie publiczne. Dostarczyli jednocześnie wszystkie cztery (punkt pierwszy odwołującego się nie dotyczył) wymagane dokumenty, wymienione w punkcie XVI.5 SIWZ, w tym także wypełniony i podpisany załącznik stanowiący oświadczenie (zapewnienie) co do zatrudnienia pracowników, według wzoru określonego w zarządzeniu Dyrektora "EC1 Łódź - Miasto Kultury" w Łodzi. Odwołującym nie wiadomo, dlaczego zamawiający twierdzi, że takiego oświadczenia nie składali - natomiast na etapie podpisywania umowy ujawnił się problem, bowiem wzór oświadczenia zamieszczony przez zamawiającego na stronie BIP zawierał błędną datę roczną. We wszystkich podpunktach druku mowa była o rozpoczęciu lub kontynuowaniu zatrudnienia pracownika w celu realizacji umowy po dniu 1 stycznia 2017 roku, mimo że zamówienie miało być udzielone na okres najwcześniej od 1 stycznia 2018 roku do 31 grudnia 2018 roku (pkt V SIWZ). Uwagę na tą nieścisłość zwrócił odwołujący się. Ponieważ obecni przy podpisywaniu umowy przedstawiciele zamawiającego oponowali przeciwko dokonaniu poprawek w tekście formularza, jak również przeciwko przepisaniu tekstu oświadczenia odręcznie na osobnej kartce (nie dopuszczali odstępstwa od posłużenia się formularzem), ustalono, że następnego dnia (4 stycznia 2018 roku) odwołujący złożą podpis pod uaktualnionym drukiem oświadczenia. Poproszono odwołującego również o przyniesienie kopii umowy o pracę pracownika zatrudnionego do realizacji umowy.

Następnie w treści uzasadnienia odwołania wskazano, że odwołujący dzień wcześniej (to jest 2 stycznia 2018 roku) uiszcili zarówno zabezpieczenie należytego wykonania umowy w kwocie 5.631 zł oraz składkę z polisy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej na wymaganą sumę ubezpieczenia, wynoszącą 598,04 zł. Dla odwołującego nie stanowiło żadnej trudności ani nie istniały żadne przeszkody, aby złożyć oświadczenie czy raczej zapewnienie, że pracownik zatrudniony do realizacji umowy z EC1 zachowa zatrudnienie od początku roku 2018 na czas trwania tejże umowy, tyle że przedstawiciele zamawiającego nie dopuścili innego niż na formularzu złożenia takiego zapewnienia.

Dowód:

- potwierdzenie wpłaty kwoty tytułem zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
- kopia polisy ubezpieczeniowej,
- potwierdzenie wpłaty pierwszej raty składki ubezpieczeniowej,
- wydruk oświadczenia o płacy minimalnej ze strony BIP zamawiającego.

Jak wskazał Odwołujący wydaje się wręcz kuriozalnym, aby w świetle powyższego mówić o uchylaniu się przez odwołującego od zawarcia umowy w przedmiocie zamówienia publicznego w rozumieniu art. 24aa ust. 2 pkt 3 p.z.p. W ocenie odwołującego można przy interpretacji tego pojęcia sięgać wprost do orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej powstałego na gruncie przepisu art. 94 ust. 3 p.z.p.

Jak wskazał Odwołujący w judykaturze wskazuje się, że za uchylanie się od zawarcia umowy należy rozumieć tylko bezpodstawną odmowę jej zawarcia przez wykonawcę, który złożył zamawiającemu oświadczenie woli wyrażające negatywne stanowisko w przedmiocie zaproszenia go przez zamawiającego do podpisania umowy - wprost lub przez zachowanie ujawniające jego wolę w sposób wystarczający (wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2013 roku, KIO 14/13, LEX nr 1271717). W wyroku z dnia 21 maja 2013 roku (KIO 1123/13, System Informacji Prawnej LEX nr 1339046) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że biorąc pod uwagę, że termin "uchylać się" według Słownika języka polskiego, PWN, oznacza "rozmyślnie nie wypełniać czegoś" należy dojść do przekonania, że stwierdzenie, że wykonawca, który złożył ofertę najkorzystniejszą, uchyla się od zawarcia umowy, musi być poprzedzone ustaleniem, iż rzeczony wykonawca nie ma zamiaru zawarcia umowy i umyślnie podejmuje działania, które mają na celu niedopuszczenie do jej zawarcia.

Skoro odwołujący stawili się w siedzibie zamawiającego w wyznaczonym dniu, podpisali wszystkie trzy egzemplarze umowy oraz wypełnili wszystkie - w tym najbardziej dolegliwe, bo wymagające poczynienia nakładów finansowych - warunki wymienione w XVI.5 SIWZ, nie sposób przyjąć, by Windar B s.c. J. A., K. A. umyślnie podejmował działania mające na celu niedopuszczenie do zawarcia umowy. Oświadczenia z błędną datą roczną powinny wciąż znajdować się u zamawiającego, w każdym razie odwołujący nie umawiali się, że ten dokona ich zniszczenia przed dniem 4 stycznia 2018 roku, kiedy to odwołujący miał skorzystać z poprawionego formularza oświadczenia. Zresztą gdyby zupełnie hipotetycznie przyjąć, że odwołujący nie złożyłby oświadczenia o treści wskazanej przez zamawiającego czy wręcz odmówiłby jego podpisania w tym brzmieniu (choć ani pierwsze, ani drugie nie miało miejsca), to mimo najlepszych chęci odwołujący nie potrafi dostrzec jakie znaczenie dla bytu umowy w przedmiocie zamówienia publicznego miałyby mieć niezłożenie oświadczenia o nierелеwantnym dla bytu tej umowy okresie czasu i zaistniałych w nim zdarzeniach?

W ocenie Odwołującego należy nadmienić, że gdy odwołujący zjawił się w siedzibie zamawiającego w dniu 4 stycznia 2018 roku wraz z umową o pracę Pana W. K. i jej kopię przekazał zamawiającemu, nie otrzymał już poprawionej wersji załącznika do umowy (z właściwą datą roczną). Rozwój wypadków był taki, że kolejnego dnia, to jest 5 stycznia 2018

roku odwołujący się otrzymał pismo o rzekomej nieprawdziwości oświadczeń składanych przez Windar B s.c. J. A., K. A. w toku postępowania o udzielenie zamówienia oraz o zatrzymaniu wadium na podstawie art. 46 ust. 5 pkt 3 p.z.p., to jest z uwagi na to, że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Dowód:

- pismo z dnia 5 stycznia 2018 roku.

W dalszej części uzasadnienia odwołania zostało wskazane, że bardzo zadziwiony tym uzasadnieniem Odwołujący złożył w dniu 8 stycznia 2018 roku pismo w trybie art. 181 p.z.p., nie potrafiąc dopatrzeć się ani niemożliwości zawarcia umowy, ani okoliczności składania jakichkolwiek fałszywych oświadczeń.

Dowód:

- pismo z dnia 8 stycznia 2017 roku.

W dniu 9 stycznia 2018 roku na stronie Biuletynu Informacji Publicznej zamawiającego zamieszczono ogłoszenie o udzieleniu zamówienia, a 11 stycznia 2018 roku odwołujący otrzymał pismo wskazujące nową przesłankę zatrzymania wadium, to jest rzekomą odmowę zawarcia umowy (zamawiający podał podstawę prawną w postaci art. 46 ust. 5 pkt 1 p.z.p.). Zamieszczono w nim wprost stwierdzenie, że odwołujący miał uchylić się od zawarcia umowy, co miało zamawiającego - jego zdaniem - uprawniać do podejmowania działań określonych w art. 24aa ust. 2 p.z.p.

Dowód:

- pismo z dnia 11 stycznia 2018 roku.

Przepis art. 24aa ust. 2 p.z.p. normuje (obok art. 94 ust. 3 p.z.p.) procedurę tak zwanego zastępczego wyboru oferty najkorzystniejszej. Oprócz tego, że odwołujący całkowicie kwestionuje prawo zamawiającego do zastosowania art. 94 ust. 3 w zw. z art. 24aa ust. 2 p.z.p., to wybór oferty najkorzystniejszej na podstawie art. 94 ust. 3 w zw. z art. 24aa ust. 2 p.z.p. wymaga ogłoszenia (art. 94 ust. 1 pkt 1 p.z.p.), czego nie uczyniono. Ogłoszeniem objęto udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie Odwołującego był to celowy (i kolejny taki) zabieg ze strony Zamawiającego, który znając treść art. 180 ust. 2 p.z.p. liczył na niewniesienie przez odwołującego niniejszego

środka ochrony prawnej. W ocenie Odwołującego samo niezamieszczenie w BIP ogłoszenia o kolejnym, zastępczym wyborze najkorzystniejszej oferty, nie oznacza, że czynności tej zamawiający nie dokonał. Zwłaszcza że w piśmie z dnia 11 stycznia 2018 roku wskazał, że uznał się za uprawnionego do podejmowania dalszych działań z art. 24aa ust. 2 p.z.p.

Zdaniem Odwołującego przeświadczenie o celowym działaniu ze strony zamawiającego ulega tylko wzmocnieniu, gdy spojrzy się na argumentacją podniesioną w pismach z 5 i 11 stycznia 2018 roku. Za rzekomym uchyleniem się od zawarcia umowy świadczyć mają okoliczności, które winny leż u podstaw decyzji z jednej strony o wykluczeniu odwołującego się, a z drugiej o odrzuceniu jego oferty. Obydwie te czynności podlegałyby kontroli ze strony Krajowej Izby Odwoławczej w drodze odwołania wniesionego odpowiednio na podstawie art. 180 ust. 3 i 4 p.z.p. Toteż zamawiający postanowił obejść te przepisy "podciągając" wymienione przez siebie okoliczności pod przesłankę uchylenia się od zawarcia umowy.

W ocenie Odwołującego brak zamieszczenia osobnego ogłoszenia o dokonaniu zastępczego wyboru oferty najkorzystniejszej nastręcza problemy przy ustaleniu daty początkowej biegu terminu do wniesienia niniejszego odwołania. W ocenie odwołującego biegnie on od dnia 9 stycznia 2018 roku, to jest od dnia, w którym zamieszczono ogłoszenie o udzieleniu zamówienia, którą to czynność musiała poprzedzać czynność zastępczego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Dowód:

- wydruk ogłoszenia o udzieleniu zamówienia.

W postępowaniu nr 696/DOT/PN/2017 doszło do kuriozalnej sytuacji, w której funkcjonuje tylko jedno ogłoszenie o wyborze najkorzystniejszej oferty i wymienia ono odwołującego jako tego, który ją złożył, ale zamówienia udzielono innemu podmiotowi.

II. Uzasadnienie interesu prawnego w złożeniu niniejszego odwołania

W wyroku z dnia 11 lipca 2011 roku (KIO 1389/11, System Informacji Prawnej LEX nr 602808) Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że niezbędnym do wykazania interesu w uzyskaniu danego zamówienia na etapie składania odwołania jest chociażby potencjalna możliwość uzyskania przez odwołującego zamówienia. Interes o charakterze uniwersalnym sprowadza się w ogólności do reagowania i zaskarżania środkami ochrony prawnej każdej sytuacji i przez każdego, kto uznaje, że zamawiający prowadzi postępowanie z naruszeniem przepisów p.z.p.

Na zakończenie Odwołujący wskazał, że co do oferty odwołującego zamawiający zamieścił już ogłoszenie o jej wyborze jako najkorzystniejszej (w dniu 27 grudnia 2017 roku). Gdyby nie dalsze czynności zamawiającego, w tym zwłaszcza zaskarżony niniejszym odwołaniem zastępczy wybór najkorzystniejszej oferty, zamówienie publiczne byłoby udzielone zamawiającemu. Windar B s.c. J. A., K. A. poniósł szkodę wyrażającą się w utracie wynagrodzenia za świadczone usługi konserwacji i obsługi eventów.

Zamawiający pismem z dnia 24.01.2018 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o:

1. odrzucenie odwołanie, względnie, na wypadek nie uznania przestanek do odrzucenia;
2. oddalenie odwołania w całości, względnie, w przypadku uwzględnienia odwołania;
3. orzeczenie w przedmiocie nieważności umowy, zawartej przez Zamawiającego w dniu 8 stycznia 2018 r. z Wykonawcą - TECHNIVCONTROL S.C. D. C., S. C., ul. Pawia 19 lok. 4, 91-050 Łódź.

W ramach uzasadnienia swojego stanowiska Zamawiający podniósł, że po przeanalizowaniu zarzutów podniesionych przez Odwołującego wnioskuje o odrzucenie odwołania, na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), dalej zwanej „ustawa Pzp”, ze względu na fakt, iż w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. W związku z powyższym podstawą odrzucenia jest również art. 189 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp, gdyż odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony. Odwołujący, powołując się na art. 180 ust.1 oraz art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, zaskarżył czynność ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż naruszył przepisy art. 94 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 24aa ust. 2 i art. 94 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący podniósł, iż przepis art. 94 ust. 3 w zw. z art. 24aa ust. 2 ustawy Pzp wymaga ogłoszenia (art. 94 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp). Zgodnie z orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20.01.2011 r. (sygn. akt KIO 31/11), na wyraźne odróżnienie wyboru oferty najkorzystniejszej od wyboru, o którym mowa w art. 94 ust. 3 ustawy Pzp wskazuje treść ust. 1 art. 91 ustawy Pzp, który jednoznacznie określa podstawę dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej tj. kryteria oceny ofert określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Instytucja wyboru z art. 94 ust. 3 ustawy Pzp nie została oparta na ustanowionych przez Zamawiającego kryteriach oceny ofert. Zamawiający de facto nie dokonuje ponownej oceny ofert. Takowa została dokonana w pierwszym etapie po złożeniu i otwarciu ofert. Wtedy to oferty zostały zbadane pod kątem

odrzućenia w trybie art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, a następnie komisja przetargowa przyznała punkty zgodnie ze wskazanymi w rozdziale XV Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia kryteriami oceny ofert i przypisaną im punktacją oraz podjęte przez Zamawiającego kolejne czynności zgodne z ustawą Pzp.

W ślad za przytoczonym orzeczeniem KIO, do wyboru oferty nie poprzedzonego badaniem i oceną ofert nie znajduje zastosowania również klauzula standstill oznaczająca minimalny okres zawieszenia dopuszczalności zawarcia umowy po zawiadomieniu wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej i której celem jest zapewnienie wykonawcom prawa do skorzystania ze środków ochrony prawnej (art. 94 ust. 1 ustawy Pzp).

Przedstawione stanowisko co do wykładni przywołanych przepisów, w tym zwłaszcza wynikającej z cytowanego orzeczenia KIO sygn. akt 31/11 znajduje potwierdzenie także w doktrynie. Jak słusznie zauważyła M. Jaworska (Prawo zamówień publicznych, red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, 2017, wyd. 3), dostrzeżenia wymaga, że dokonanie wyboru kolejnej oferty w sytuacji przewidzianej w art. 94 ust. 3 ustawy Pzp nie oznacza wyboru najkorzystniejszej oferty, ponieważ ta została złożona przez wykonawcę, który uchylił się od podpisania umowy. Zatem w takim przypadku zamawiający nie ma obowiązku informowania o wyborze najkorzystniejszej oferty, a w konsekwencji wstrzymania się przed podpisaniem umowy w okresie przewidzianym w art. 94 ust. 1 ustawy Pzp. Nie musi też przeprowadzać ponownego badania i oceny ofert, ponieważ czynności te zostały już dokonane przed wyborem najkorzystniejszej oferty w stosunku do wszystkich ofert. Przed udzieleniem zamówienia powinien natomiast wezwać wykonawcę, którego oferta jest najkorzystniejsza spośród pozostałych ofert do złożenia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym i w ślad za przytoczonym wyrokiem KIO, zauważyć należy, iż wybór oferty dokonany przez Zamawiającego na podstawie art. 94 ust. 3 ustawy Pzp stanowi czynność podejmowaną przez Zamawiającego po zakończeniu postępowania, która zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp nie może być kwestionowana w drodze odwołania. Czynność ta może stać się podstawą zaskarżenia przez Wykonawcę na drodze cywilnoprawnej.

Odwołanie zasługuje na odrzucenie również na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, ponieważ zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. W dniu 05.01.2018 r. zostało przekazane Odwołującemu pismo informujące, iż zgodnie z treścią art. 46 ust. 5 pkt 3) ustawy Pzp, Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn

leżących po stronie Odwołującego. Wskazano, że w zaistniałej sytuacji wypełniona została wskazana powyżej przesłanka, bowiem Odwołujący nie dostarczył pełnej dokumentacji niezbędnej do zawarcia umowy w przedmiotowym postępowaniu. Informacja ta, we wskazanym powyżej dniu, została wystana Odwołującemu za pośrednictwem poczty elektronicznej oraz osobiście przez niego odebrana. Jak wynika z powyższego, Odwołujący w dniu 05.01.2018 r. powziął wiedzę o uznaniu przez Zamawiającego, że Odwołujący uchylił się od zawarcia umowy. Odwołujący uchybił zatem terminowi określonymu w art. 182 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp.

Następnie Zamawiający podniósł, że niezależnie od powyższego, w razie uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, wówczas odwołanie to winno być oddalone jako niezasadne.

W przedmiotowym postępowaniu, w dniu 15.12.2017 r. zostały złożone dwie oferty, przez Odwołującego oraz przez TECHNIVCONTROL S.C. D. C., S. C., ul. Pawia 19 lok. 4, 91-050 Łódź. Zamawiający dokonał sprawdzenia i oceny złożonych ofert z zastosowaniem art. 24aa ustawy Pzp. Następnie, wezwał Wykonawcę, którego oferta została uznana jako najkorzystniejsza w kryteriach oceny ofert — tj. Odwołującego, do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp. Po przeprowadzeniu podmiotowego badania oferty Odwołującego, Zamawiający w dniu 27.12.2017 r. dokonał wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, jednocześnie zapraszając Odwołującego do podpisania umowy w dniu 03.01.2018 r. oraz informując o formalnościach jakie wybrany w postępowaniu Wykonawca musi dopełnić dla skutecznego zawarcia umowy. Odwołujący stawiał się w siedzibie Zamawiającego we wskazanym dniu, jednak odmówił podpisania oświadczenia stanowiącego załącznik nr 7 do wzoru umowy, który zgodnie z treścią 5 13 ust. 4 wzoru umowy stanowi integralną część umowy. Odwołujący, odmawiając podpisania załącznika, uchylił się w rzeczywisty sposób od zawarcia umowy w przedmiotowym postępowaniu. Z uwagi na jednoznaczną i kategoryczną odmowę Wykonawcy (Odwołującego) podpisania całości dokumentacji składającej się na umowę (tzn. braku zgody na podpisanie załącznika nr 7) do zawarcia umowy w efekcie nie doszło, przy czym spowodowane było to wyłącznie stanowiskiem Wykonawcy (Odwołującego). W następstwie tego, tak jak już wskazano, w dniu 05.01.2018 r. zostało przekazane Odwołującemu pismo informujące, iż zgodnie z treścią art. 46 ust. 5 pkt 3) ustawy Pzp, Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Odwołującego. Wskazano, że w zaistniałej sytuacji wypełniona została wskazana powyżej przesłanka, bowiem Odwołujący nie dostarczył pełnej dokumentacji niezbędnej do zawarcia umowy w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający następnie podtrzymał to stanowisko w piśmie z dnia 11 stycznia 2018 r., gdzie ponownie wskazał

Wykonawcy (Odwołującemu) że jego działania wypełniały znamiona uchylenia się od zawarcia umowy, gdyż Wykonawca odmówił podpisania umowy na warunkach określonych w Ofercie i SIWZ (art. 46 ust. 5 pkt. 1 pzp) oraz uchylił się od zawarcia umowy na warunkach zgodnych z Ofertą i SIWZ (art. 24aa ust. 2 pzp).

Podstawy zatem w wyniku których Zamawiający nie zawarł umowy z Wykonawcą (Odwołującym) wprost opisane są i udokumentowane w przywołanych pismach z dnia 5 i 11 stycznia 2018 r., które potwierdzają fakt, że Wykonawca (Odwołujący) uchylił się od zwarcia umowy z przyczyn wskazanych wprost w piśmie z dnia 5 stycznia 2018 , a następnie powtórzonych w piśmie z dnia 11 stycznia 2018.

Zdaniem Zamawiającego w tych okolicznościach jego działania były zgodne z art. 46 ust. 5 pkt. 1 pzp i art. 24aa ust. 2 pzp jak też art. 94 ust. 3 pzp, a obecne odwołanie Wykonawcy (Odwołującego) nie zasługuje na uwzględnienie. Jak wskazano, działania Zamawiającego pozostają zgodne zwłaszcza z wykładnią cytowanych przepisów zawarta w wyroku KIO sygn. akt 31/11 oraz przytoczonym już stanowiskiem doktryny.

Na wypadek, gdyby Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, co do prawidłowości podejmowanych działań, w Jego ocenie należy mieć na uwadze dodatkowo okoliczności związane z zawarciem przez Zamawiającego umowy z drugim wykonawcą, którego oferta spełniała warunki i z którym Zamawiający zawarł umowę w dniu 8 stycznia 2018 r.

Należy nadmienić, że dotychczasowa umowa obejmująca usługi w zakresie konserwacji i utrzymania urządzeń transportu bliskiego wraz z całodobowym pogotowiem dźwigowym w budynkach Zamawiającego wygasła w dniu 31.12.2017 r. Przedmiotowe postępowanie zostało przeprowadzone w celu zawarcia kolejnej umowy, gwarantującej ciągłość wykonywanych świadczeń w tym zakresie i zapewnienie bezpieczeństwa ludzi oraz obiektu. Wobec zaistniałej sytuacji oraz zważywszy na fakt, iż w dniu 07.01.2018 r. zaplanowano otwarcie Centrum Nauki i Techniki „ECI Łódź- Miasto Kultury” w Łodzi, niezbędne było zapewnienie całodobowego pogotowia dźwigowego oraz bieżącego świadczenia usługi. Odmowa podpisania umowy w dniu 03.01.2018 r. przez Odwołującego zmusiła Zamawiającego do niezwłocznego podjęcia niezbędnych kroków mających na celu zagwarantowanie bezpiecznego działania instytucji. Wobec powyższego, działając zgodnie z art. 94 ust. 3 w zw. z art. 24aa ust. 2 ustawy Pzp, Zamawiający podjął działania mające na celu zbadanie drugiej oferty (TECHNIVCONTROL S.C.) w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia. Wykonawca ten potwierdził spełnienie warunków wskazanych w dyspozycji art. 22 ustawy Pzp, uprawniających

Wykonawcę do ubiegania się o udzielenie zamówienia, wobec powyższego został zaproszony do podpisania umowy w dniu 08.01.2018 r. Umowa realizowana jest w sposób ciągły od chwili jej zawarcia.

Zamawiający wskazał, że jednocześnie, celem zapewnienia ciągłości usług w zakresie urządzeń transportu bliskiego oraz zagwarantowania bezpiecznego funkcjonowania obiektu, w dniu 06.01.2018 r. została zawarta umowa zlecenia z Panem Z. Z. na okres od dnia 06.01.2018 r. do dnia 08.01.2018 r., z możliwością jej aneksowania. Zamawiający zobowiązany był bowiem zapewnić sprawne działanie urządzeń transportu bliskiego oraz całodobowe pogotowie dźwigowe do czasu zawarcia umowy wynikającej z przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Uwzględnić należało również wyjątkowe okoliczności związane z otwarciem Centrum Nauki i Techniki ECI oraz większą liczbą odwiedzających, a także obecnością wielu osób pełniących funkcje publiczne oraz mediów.

Zamawiający informuje też, że w wyniku zawartej w dniu 8 stycznia 2018 roku umowy z Wykonawcą TECHNIVCONTROL S.C. D. C., S. C., ul. Pawia 19 lok. 4, 91-050 Łódź zostały wykonane czynności z udziałem tego wykonawcy, opisane w protokołach z wykonania czynności dozoru technicznego UDT, odpowiednio z dnia 11.01.2018 r. i 16.01.2018 r.

Uwzględnieniu odwołania, w ocenie Zamawiającego, sprzeciwia się również to, że umowa została już zawarta (w dniu 08.01.2018 r.) i jest aktualnie realizowana. Umowa została zawarta zgodnie z art. 93 ust. 3 ustawy Pzp, wobec tego nie podlega unieważnieniu.

Na wypadek jednak, gdyby Izba stwierdziła przestanki do uwzględnienia odwołania Zamawiający wniósł aby Izba wydała wówczas rozstrzygnięcie przewidziane w art. 192 ust. 3 pkt. 2) lit. a) lub pkt 3) ustawy pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą złożoną w postępowaniu przez Odwołującego, zawartą przez Zamawiającego umową w sprawie zamówienia publicznego oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami

ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na odwołanie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba nie uwzględniła bowiem wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania kierując się następującą argumentacją.

W pierwszej kolejności, odnosząc się do wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania, Izba wskazuje, że zgodnie z orzecznictwem sądów powszechnych, w tym dwoma orzeczeniami Sądu Najwyższego przesłanka zaskarżenia ujęta w treści art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp powinna być rozumiana szeroko. Sądy wskazywały bowiem, że czynność wyboru oferty najkorzystniejszej jest czynnością wynikową i jej prawidłowość jest uzależniona od prawidłowości czynności ją poprzedzających.

Sądy okręgowe w swoich orzeczeniach odwoływały się do szerokiego rozumienia pojęcia „wybór oferty najkorzystniejszej” jako ciągu czynności zamawiającego na etapie badania i oceny ofert, które obejmują czynności i zaniechania zamawiającego związane z badaniem podmiotowym wykonawcy i przedmiotowym oferty oraz z czynnościami i zaniechaniami związanymi z samą oceną ofert. Tym samym sądy powszechne uznają, że czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, jako czynność wynikowa może się utrzymać w ramach postępowania tylko i wyłącznie wówczas, gdy wszystkie poprzedzające ją czynności zostały wykonane zgodnie z literą prawa.

Na szczególną uwagę w kontekście wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania zasługują dwa orzeczenia. W wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 25 kwietnia 2017 r. (sygn. akt XXIII Ga 365/17) wskazano, że *„Czynność wyboru oferty najkorzystniejszej jest ukoronowaniem szeregu czynności i działań lub zaniechań i to ta końcowa czynność w łańcuchu decyzyjnym podlega odwołaniu. W świetle wykładni celowościowej nie ma znaczenia, jaki element procesu decyzyjnego był wadliwy. (...) Na gruncie prawa zamówień publicznych nie można bowiem wybrać oferty i zawrzeć umowy z wykonawcą, który nie spełnia wymogów podmiotowych i przedmiotowych przewidzianych dla danego zamówienia. (...) W ocenie Sądu Okręgowego, dokonując wykładni art. 180 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, zaskarżeniu odwołaniem w postępowaniach przed Krajową Izbą Odwoławczą podlegają wszystkie zachowania zamawiającego (podkreślenie Izby) w ramach badania i oceny ofert prowadzące do wadliwego, niezgodnego z przepisami prawa – ustawy Pzp wyboru najkorzystniejszej oferty (...)”.*

Analogiczne stanowisko zostało wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 21 grudnia 2016 r. (sygn. akt IX Ga 502/16), gdzie wskazano, że „W konkluzji zarówno wykładnia językowa jak i celowościowa analizowanego przepisu nie daje podstaw do wartościowania i oceny podstaw do wyboru oferty najkorzystniejszej. Może u podstaw takiej decyzji leżeć każde zdarzenie niezgodne z prawem (podkreślenie Izby) a odwołanie takie jest dopuszczalne. (...) uzależniając dopuszczalność odwołania tylko od określonych przyczyn tego wadliwego wyboru, czego nie można uzasadnić w żaden sposób w świetle wykładni językowej analizowanego przepisu. Zawężyło by to znacząco kognicję organu odwoławczego, pozbawiałoby ochrony prawnej i kontroli przez uczestników przetargu”.

Co najistotniejsze, mając na uwadze próbę zidentyfikowania zakresu zaskarżenia w drodze środków ochrony prawnej w postępowaniach poniżej progów UE, cytowany wyżej sąd wskazał, że zaskarżeniu odwołaniem w postępowaniach przed izbą podlegają wszystkie zachowania zamawiającego w ramach badania i oceny ofert.

Argumentacja prezentowana w orzecznictwie sądów okręgowych została potwierdzona przez Sąd Najwyższy. W dniu 17 listopada 2017 r. Sąd Najwyższy, po rozpoznaniu w Izbie Cywilnej zagadnienia prawnego w sprawach III CZP 56/17 oraz III CZP 58/17, podjął dwie jednobrzmiące uchwały o następującej treści: „Zarzuty odwołania od wyboru najkorzystniejszej oferty, o którym mowa w art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (jedn. tekst: Dz.U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), mogą obejmować także zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę wybraną przez zamawiającego, lub zaniechanie odrzucenia oferty, która powinna podlegać odrzuceniu.” Orzecznictwo sądowe zatem przychyliło się do tzw. szerokiego ujęcia przesłanki zaskarżenia ujętej w treści art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp.

Uwzględnienie wniosku o odrzucenie odwołania nie zasługuje na aprobatę również z powodu zastosowania przez Zamawiającego tzw. procedury odwróconej uregulowanej w art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tą procedurą podmiot zamawiający może, po ustaleniu rankingu ofert, ograniczyć się do badania pod względem podmiotowym jedynie tego wykonawcy, którego oferta została sklasyfikowana na pierwszym miejscu. Oznacza to, że podmiot zamawiający nie ma obowiązku poddania badaniu pozostałych ofert i tak też uczynił Zamawiający w ramach niniejszego postępowania. Tym samym tzw. zastępczy wybór oferty, w ramach procedury uregulowanej w treści art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp, nie ogranicza się tylko i wyłącznie do czynności formalnej, wynikającej z samego faktu niepodpisania umowy przez pierwotnie wyłonionego oferenta, ale pociąga za sobą konieczność oceny pod względem podmiotowym kolejnego wykonawcy, tj. ustalenia czy spełnia on warunki udziału w postępowaniu (ocena pod względem pozytywnym) oraz, czy nie podlega on wykluczeniu (ocena pod względem negatywnym). Stąd też dostrzegalna jest również różnica zakresu obowiązków podmiotu zamawiającego wynikająca z porównania treści art. 94 ust. 3 i art.

24aa ust. 2 ustawy Pzp. W tym miejscu Izba podziela pogląd Odwołującego prezentowany na rozprawie, że przepis art. 24aa ust. 2 ustawy Pzp ma charakter normy *lex specialis* wobec normy ujętej w art. 94 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż odnosi się on i uwzględnia odrębność wynikającą ze specyfiki tzw. procedury odwróconej. Nie można bowiem tolerować sytuacji, że czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, poprzedzona oceną tej oferty i badaniem sytuacji podmiotowej wykonawcy, który ją złożył, zostaje wyjęta spod kontroli w drodze środków ochrony prawnej na skutek zabiegów podmiotu zamawiającego, gdyż taka czynność podlega weryfikacji w każdym postępowaniu niezależnie od jego wartości.

Mając na uwadze powyższe nie można zatem uwzględnić wniosku Zamawiającego, gdyż w ocenie Izby, zgodnie z dokonaną przez sądy powszechne kontrolą instancyjną jej orzecznictwa, tzw. zastępczy wybór oferty w procedurze odwróconej również mieści się w przesłance ujętej w treści art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp w przypadku zastosowania dobrodziejstw ujętych w treści art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp. Co istotne Zamawiający w tej określonej sytuacji powinien poinformować wykonawców o dokonanej czynności, co otworzyłoby Odwołującemu drogę do kontroli tej czynności w drodze środków ochrony prawnej i wymusiło respektowanie terminów *standstill* koniecznych dla zapewnienia skuteczności i efektywności środków odwoławczych.

Ostatecznie jednak Zamawiający podjął ryzyko i zawarł umowę z kolejnym wykonawcą, która to czynność zostanie poddana ocenie w dalszej części uzasadnienia prawnego.

Odnosząc się do wniosku Zamawiającego o jednoczesne odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp Izba uznała, że Odwołujący jest podmiotem uprawnionym do wniesienia odwołania, gdyż nie ulega wątpliwości, iż został pokrzywdzony decyzją Zamawiającego – a zatem wypełniono przesłanki ujęte w treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Niewątpliwie za szkodę w tym wypadku należy uznać nie tylko brak możliwości realizacji zamówienia ale przede wszystkim fakt zatrzymania przez Zamawiającego wadium.

W orzecznictwie dostrzegalna jest obecnie tendencja do szerszego traktowania interesu w uzyskaniu zamówienia, którą należy odnieść do pojęcia „podmiotu uprawnionego do wniesienia odwołania” w rozumieniu art. 192 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Jest to wynikiem faktu, iż w ostatnim czasie doszło do przemodelowania procedury ubiegania się o zamówienie publiczne ze względu na rezygnację z tzw. kumulatywnego obowiązku informacyjnego (vide zmiana art. 92 ust. 1 ustawy Pzp), oparcia czynności badania spełnienia warunków i braku podstaw do wykluczenia na oświadczeniach własnych wykonawców, i co najistotniejsze dla niniejszego rozstrzygnięcia, możliwości zastosowania procedury odwróconej ujętej w treści art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp. Szerokie rozumienie interesu w uzyskaniu zamówienia było już przedmiotem orzecznictwa Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE). W motywach 27 i 28 wyroku z dnia 5

kwietnia 2016 r. w sprawie rozpoznawanej pod sygn. akt C-689/13 *Puligenica Facility Esco* Trybunał uznał, że wykonawcy mogą mieć interes w dążeniu do wykluczenia wszystkich wykonawców biorących udział w danym postępowaniu, aby umożliwić sobie ubieganie się o dane zamówienie w nowym postępowaniu. Pogląd ten był już wcześniej prezentowany przez Trybunał w wyroku *Fastweb* C-100/12 (EU:C 2013:448). TSUE stoi na stanowisku, że interes w uzyskaniu danego zamówienia należy rozumieć jako interes w zawarciu umowy na konkretny przedmiot zamówienia i nie ma znaczenia, czy wykonawca dąży do uzyskania tego zamówienia w bieżącym czy w przyszłym postępowaniu o udzielenie zamówienia, jak długo się o nie ubiega i dąży do zawarcia umowy, to ma interes i może dążyć do wyeliminowania wszystkich wykonawców i unieważnienia postępowania, tak aby móc wystartować w nowym postępowaniu. Takie podejście Trybunału ma obecnie dodatkowe uzasadnienie w rozwiązaniach przyjętych w dyrektywach 2014/24/UE oraz 2014/25/UE.

W zakresie otwarcia się terminu na wniesienie odwołania Izba w całej rozciągłości podzieliła argumentację Odwołującego, zarówno tą prezentowaną na rozprawie, jak również zawartą w treści odwołania. Poddając analizie pisma Zamawiającego z dnia 5 i 11 stycznia 2018 r. Izba uznała, iż Odwołujący mógł mieć wątpliwości, co do podstaw przyjęcia przez Zamawiającego, że wykonawca odmówił podpisania umowy na warunkach zawartych w ofercie. Doszło tam bowiem do przemieszania argumentacji związanej, zarówno z brakiem spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jak również z kwestią wprowadzenia Zamawiającego w błąd, co do sposobu dysponowania potencjałem kadrowym – a takie czynności powinny stanowić podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania, o której to czynności podmiot zamawiający powinien poinformować wykonawcę zgodnie z treścią art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Jeżeli do złożenia takiego oświadczenia woli nie doszło to pierwszym zdarzeniem otwierającym Odwołującemu termin na wniesienie środka ochrony prawnej była publikacja w dniu 09.01.2018 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o udzieleniu zamówienia innemu wykonawcy. Jak Izba wskazywała na posiedzeniu w dniu 24 stycznia 2018 r. w ramach uzasadnienia oddalenia wniosku o odrzucenia odwołania w treści odwołania nie doszło do zaskarżenia czynności zatrzymania przez Zamawiającego wadium.

Tym samym Izba uznała, że Odwołujący miał interes we wniesieniu odwołania, zaś sam środek ochrony prawnej został wniesiony z zachowaniem wymogów formalnych, tj. dotyczy on czynności mieszczącej się w katalogu ujętym w treści art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, został wniesiony przez podmiot uprawniony i z zachowaniem ustawowego 5-dniowego terminu zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 2 w związku z art. 185 ust. 8 ustawy Pzp. Wobec powyższego wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania nie został przez Izbę uwzględniony.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie złożył w przedmiotowym postępowaniu najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę i został zaproszony do podpisania umowy. Na skutek wskazanych w odwołaniu okoliczności faktycznych Zamawiający uznał, że Odwołujący uchylił się od podpisania umowy dokonując zastępczego wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu o art. 24aa ust. 2 ustawy Pzp co skutkowało zawarciem w dniu 08.01.2018 r. umowy Nr 696/DOT/PN/2017 pomiędzy Zamawiającym - EC1 Łódź - Miasto Kultury w Łodzi ul. Targowa 1/3, 90-022 Łódź a wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia p. D. C. oraz p. S. C. prowadzącymi działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej działającej pod firmą „TECHNIVCONTROLL” s.c. D. C., S. C., ul. Pawia 19 lok. 4, 91-050 Łódź (dalej „Technivcontroll” s.c.) – co znalazło swoje potwierdzenie również w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia z dnia 09.01.2018 r. Na wcześniejszym etapie postępowania Zamawiający poinformował również Odwołującego pismem z dnia 05.01.2018 r. o zatrzymaniu wadium na podstawie art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący nie zgodził się z decyzjami Zamawiającego kwestionując podjęte w postępowaniu czynności. Tym samym w przypadku uwzględnienia odwołania ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, projektu umowy (wraz z załącznikami do tego projektu), oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego, jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego (w szczególności pism Zamawiającego z dnia 5 i 11 stycznia 2018 r.). Izba dopuściła i przeprowadziła również i poddała ocenie dowody z dokumentów złożone przez Odwołującego wraz z odwołaniem, w szczególności dowód wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy (potwierdzenie transakcji z dnia 02.01.2018 r.), dowód w postaci polisy o.c. z dnia 27.12.2017 r. i dowód wskazujący na opłacenie składki ubezpieczeniowej (potwierdzenie transakcji z dnia 02.01.2018 r.).

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości poniżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Zamawiający w treści SIWZ na str. 2 w dziale II zatytułowanym „tryb udzielenia zamówienia, wskazał w pkt 2, że zastosowanie będzie miała procedura uregulowana w treści art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp.

Przedmiotem postępowania (zgodnie z działem IV SIWZ – opis przedmiotu zamówienia) jest konserwacja i utrzymanie w pełnej sprawności urządzeń transportu bliskiego (UTB) w budynkach EC1 Wschód (zadanie nr 1), kompleksu EC1 Zachód (zadanie nr 2) oraz obsługa eventów obejmująca stałą obecność w siedzibie Zamawiającego dwóch pracowników wykonawcy w trakcie trwania eventów, koncertów/konferencji i wszelkich innych tego typu wydarzeń w celu asysty technicznej (zadanie nr 3).

Zgodnie z treścią pkt 8 działu IV SIWZ (opis przedmiotu zamówienia) Zamawiający, mając na uwadze treść art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub podwykonawcę, na podstawie umowy o pracę – w rozumieniu przepisów art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (t. j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1666 ze zm.), osób wykonujących następujące czynności w zakresie realizacji zamówienia polegające na bezpośredniej inspekcji, obsłudze i konserwacji urządzeń transportu bliskiego podlegających dozorowi technicznemu **przez okres obowiązywania umowy z Wykonawcą.** (podkreślenie Izby). Zasady dokumentowania zatrudnienia przez Wykonawcę osób na umowę o pracę oraz kontroli wykonania przedmiotowego obowiązku i sankcji z tytułu ich nieprzestrzegania, zostały określone odpowiednio w § 8 oraz w § 7 ust. 3 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ.

Izba ustaliła, iż w ramach przedmiotowego postępowania złożono dwie oferty. Ofertę Odwołującego z ceną ofertową wynoszącą 112.620,00 zł brutto oraz ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i prowadzących działalność w formie spółki cywilnej pod firmą Technivcontroll s.c. z ceną ofertowa wynoszącą 126.825,00 zł brutto

W ofercie Odwołującego – Windar B s.c. w formularzu ofertowym na str. 2 i 3 (str. 258 i 259 akt postępowania) złożono m.in. oświadczenia o akceptacji bez żadnych zastrzeżeń treści SIWZ wraz z załącznikami, wyjaśnieniami i zmianami; o zaakceptowaniu w pełni i bez zastrzeżeń warunków umowy na wykonanie zamówienia zapisanych w SIWZ (istotne postanowienia umowy) oraz, że oferowane przez wykonawcę usługi spełniają wymagania określone w SIWZ wraz z załącznikami (w tym opisie przedmiotu zamówienia)

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 27.12.2017 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej. Za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez Odwołującego - przedsiębiorców działających w formie spółki cywilnej pod firmą Windar B s.c. uzyskując łącznie 100 pkt w ramach kryteriów oceny ofert.

Izba ustaliła również, że Zamawiający w ramach korespondencji mailowej z dnia 27.01.2017 r. zaprosił wykonawcę Windar B s.c. do podpisania umowy na dzień 03.01.2018 r. wzywając jednocześnie ww. wykonawcę do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, przedłożenia polisy w zakresie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, wykazu personelu (zatrudnionych na umowę o pracę) wraz z kopią zaświadczeń kwalifikacyjnych oraz wypełnione oświadczenie o płacy minimalnej.

Ustalono również, że w aktach postępowania znajduje się notatka z dnia 27.01.2017 r., że Windar B s.c. w okresie od dnia 01.01.2017 r. do dnia dzisiejszego świadczy na terenie EC1 Łódź – Miasto Kultury w Łodzi usługę konserwacji łącznie 34 urządzeń transportu bliskiego, które to prace są wykonywane z należytą starannością i terminowo.

Zamawiający w piśmie z dnia 05.01.2018 r. wskazał, że w dniu 27.12.2017 r. została przesłana do Odwołującego informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz zaproszenie do podpisania umowy na dzień 03.01.2018 r. wraz ze wskazaniem formalności, jakie należy dopełnić przed podpisaniem umowy oraz oświadczeniach i dokumentach jakie Odwołujący zobowiązany jest złożyć najpóźniej w dniu podpisania umowy. Jak wskazał Zamawiający w powyższym piśmie we wskazanym dniu stawili się obydwaj wspólnicy spółki cywilnej. Wśród przedłożonych dokumentów, jakich wymagał Zamawiający do podpisania umowy, zabrakło wypełnionych i podpisanych oświadczeń o płacy minimalnej wg wzoru określonego w Zarządzeniu Dyrektora „ECI Łódź Miasto Kultury” w Łodzi nr 76/2016 z dn. 22 grudnia 2016 r. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że poinformowali Państwo, iż są w trakcie zawierania umowy o pracę z osobą wskazaną w wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia Panem W. K. W dniu 04.01.2018 r., przedłożona została Zamawiającemu umowa o pracę z Panem W. K. zawarta w dniu 02.01.2018 r. W ocenie Zamawiającego pozostaje to w sprzeczności ze złożonym w dniu 27.12.2017 r. wykazem osób skierowanych do realizacji zamówienia (datowanym na dzień 21.12.2017 r.), w którym to Pan W. K. został wskazany jako zasób własny Wykonawcy. Zdaniem Zamawiającego powyższe wskazuje, iż na dzień złożenia oświadczenia (tj. 27.12.2017 r.) Odwołujący nie dysponował wskazaną osobą jako zasobem własnym, gdyż umowa z tą osobą została zawarta dopiero w dniu 02.01.2018 roku. Złożone zatem oświadczenie stoi w sprzeczności z przedstawionymi dokumentami.

Zdaniem Zamawiającego wskazać należy, iż czym innym jest zobowiązanie do samodzielnej realizacji zamówienia od przysługującego Wykonawcy, zgodnie z treścią art.

22a ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), dalej zwanej „ustawa Pzp”, prawa do polegania na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. Jak stanowi ust. 2 art. 22a ustawy Pzp, Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić Zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

Natomiast zobowiązanie do polegania na zasobach własnych, jest deklaracją Wykonawcy, iż samodzielnie i w pełnym zakresie spełnia warunki udziału w postępowaniu już na etapie toczącej się procedury o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym, w ocenie Zamawiającego, oświadczenie składane wraz z ofertą Wykonawcy, winno znajdować swoje poświadczenie w dokumentach posiadanych przez Wykonawcę. Jeżeli Wykonawca w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu oświadcza, że dysponuje własnymi zasobami, to z tymi osobami w dniu składania takiej oferty winien Wykonawcę łączyć realny stosunek, Zamawiający wymagał, aby osoby realizujące zamówienie (osoby wskazane w wykazie osób jako zasób własny) były zatrudnione przez Wykonawcę na umowę o pracę. Więc taka umowa, w ocenie Zamawiającego, winna być zawarta najpóźniej w dniu składania oferty.

Jak wskazał Zamawiający w doktrynie i orzecznictwie KIO wskazuje się, że jeżeli tytułem prawnym do powołania się przez Wykonawcę na dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest stosunek prawny istniejący bezpośrednio pomiędzy Wykonawcą a osobami, na których dysponowanie Wykonawca się powołuje, mamy do czynienia z tzw. dysponowaniem bezpośrednim (bez pośrednictwa podmiotu trzeciego). Nie zachodzi w takim wypadku stosowanie art. 22a ustawy Pzp, gdyż nie występują żadne zasoby podmiotów trzecich. (zob. np. wyrok KIO z 18.4.2017 r., KIO 650/17, Legalis).

Jak wskazano w powyższym piśmie, mając powyższe na uwadze oraz zgodnie z treścią art. 46 ust. 5 pkt 3) ustawy Pzp, Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. W zaistniałej sytuacji, zdaniem Zamawiającego, wypełniona została wskazana powyżej przesłanka, bowiem Wykonawca nie dostarczył pełnej dokumentacji niezbędnej do zawarcia umowy w przedmiotowym postępowaniu. Ponadto Zamawiający został wprowadzony w błąd w zakresie spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. W tym stanie rzeczy zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy z uwagi na niezgodność przedłożonych aktualnie

dokumentów z treścią oferty Wykonawcy oraz przedłożonymi w późniejszym terminie oświadczeniami.

Zamawiający pismem z dnia 04.01.2018 r. zwrócił się do wykonawcy Technivcontroll s.c. do uzupełnienia dowodów określających, czy usługi wskazane w załączonym do oferty wykazie usług zostały wykonane należycie. Jednocześnie Zamawiający wniósł o potwierdzenie, że nadal aktualne pozostają przedłożone wraz z ofertą oświadczenia, tj.:

- wykaz usług;
- wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia.

Izba ustaliła również, że Zamawiający w dniu 05.01.2018 r. drogą elektroniczną zaprosił wykonawcę Technivcontroll s.c. do podpisania umowy w dniu 08.01.2018 r. wzywając jednocześnie ww. wykonawcę do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, przedłożenia polisy w zakresie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, wykazu personelu (zatrudnionych na umowę o pracę) wraz z kopią zaświadczeń kwalifikacyjnych oraz wypełnione oświadczenie o płacy minimalnej.

Izba ustaliła, że w dniu 08.01.2018 r. doszło w Łodzi do zawarcia umowy Nr 696/DOT/PN/2017 pomiędzy Zamawiającym - EC1 Łódź - Miasto Kultury w Łodzi ul. Targowa 1/3, 90-022 Łódź a wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia p. D. C. oraz p. S. C. prowadzącymi działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej działającej pod firmą „TECHNIVCONTROLL” s.c. D. C., S. C., ul. Pawia 19 lok. 4, 91-050 Łódź, która odnosiła się do realizacji przedmiotu w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający kolejnym pismem datowanym na dzień 11.01.2018 r. wskazał, że w odpowiedzi na pismo Wykonawcy z dnia 8 stycznia 2018 roku, podtrzymuje swoje decyzje wyrażone w piśmie Zamawiającego z dnia 5 stycznia 2018 roku. W piśmie tym Zamawiający wyraźnie poinformował Wykonawcę iż zatrzymuje wadium z uwagi na to że nie doszło do zawarcia umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, w tym zwłaszcza odmowy podpisania wymaganych dokumentów składających się na treść umowy.

Ponownie Zamawiający wyjaśnił w powyższym piśmie, że w przypadku osób, co do których Wykonawca oświadcza, że dysponuje nimi jako zasobem własnym, nie ma możliwości stosowania zasad wynikających z dysponowania osobami na zasadzie udostępniania zasobów podmiotu trzeciego. Wydaje się, że po stronie Wykonawcy nie ma zrozumienia dla odrębnego traktowania tych dwóch sytuacji. Złożenie oświadczenia o dysponowaniu zasobem własnym oznacza bezpośrednie dysponowanie taką osobą w dniu składania oświadczenia, co oznacza, że w dniu składania oświadczenia wraz z ofertą

Wykonawca winien mieć zawartą z taką osobą stosowną umowę czy to o charakterze umowy o pracę, czy też umowy cywilnoprawnej. W każdym jednak takim przypadku, gdy wykonawca deklaruje dysponowanie osobą zdolną do wykonania zamówienia jako własnym zasobem wykonawcy musi tą osobą faktycznie dysponować już na etapie składania oferty, w przypadku bowiem samodzielnego spełniania warunku art. 22 ust. 1 pkt. 2) wyraźnie mówi o „spełnianiu warunku”, podczas gdy art. 22a ust. 2 dopuszcza w przypadku powoływania się na zdolności innych podmiotów, możliwość powołania się przez wykonawcę na przyszłe dysponowanie odpowiednim zasobem, co wyraźnie wynika z redakcji przepisu art. 22a ust. 2 i formy przyszłej „będzie dysponował”. Tym samym, możliwość powoływania się na przyszłe dysponowanie osobą zdolną do realizacji zamówienia jest dopuszczalne wyłącznie w przypadku korzystania z cudzych zasobów (pośredniego dysponowania) i potwierdzenia takiego przyszłego dysponowania w trybie i sposób opisany w art. 22a ustawy.

Wykonawca od samego początku wprowadzał Zamawiającego w błąd w tym zakresie, bowiem w ofercie złożonej w dniu 15 grudnia 2017 roku Wykonawca oświadczył w Formularzu ofertowym, że będzie realizował zamówienie samodzielnie czyli bez udziału podwykonawców lub innych zasobów niż własne. Wraz z ofertą Wykonawca złożył oświadczenie na podstawie art. 25a ust. 1 ustawy PZP, z którego wynikało, że warunki udziału w postępowaniu Wykonawca spełnia samodzielnie czyli ponownie Wykonawca oświadczył, że nie korzysta z potencjału podmiotów trzecich. Tym czasem Wykonawca wezwany do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 2 ustawy PZP., przedstawił dokumenty pozostające w sprzeczności ze złożonymi w ofercie oświadczeniami, gdyż wynikało z nich, że Wykonawca w zakresie osób skierowanych do realizacji zamówienia będzie korzystał z potencjału osób trzecich tj. pana P. S. i Pana W. K., którzy zostali oznaczeni jako zasób innych podmiotów. Wobec tej sprzeczności, Zamawiający wezwał w tym zakresie Wykonawcę do złożenia wyjaśnień. Z przedstawionych w dniu 27 grudnia 2017 roku wyjaśnień, wynikało ponownie, że Wykonawca jednak będzie polegał całkowicie na zasobach własnych, czyli, że Pan W. K. stanowi zasób własny Wykonawcy, i tak została ta osoba oznaczona w tabeli zawartej w formularzu „Wykaz osób skierowanych do realizacji”.

W dniu 3 stycznia 2018 roku, tj. w dniu wyznaczonym na podpisanie umowy, nie mogło dojść do jej skutecznego zawarcia, z uwagi na fakt, iż Wykonawca odmówił zawarcia umowy zgodnej z treścią wynikającą z SIWZ, mianowicie odmówił podpisania wszystkich dokumentów składających się na umowę, tj. odmówił podpisania załącznika nr 7 który stanowi integralną część umowy (§ 13 ust. 4 wzoru umowy), Równocześnie Wykonawca wprost i jednoznacznie poinformował w obecności świadków Zamawiającego, że wynika to z tego że nie posiada jeszcze żadnej umowy, w tym umowy o pracę, zawartej z Panem W. K. . W tej sytuacji Zamawiający był uprawniony do stwierdzenia, że Wykonawca odmówił podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie i SIWZ C art. 46 ust. 5 pkt. 1) pzp)

oraz że uchyła się od zawarcia umowy na warunkach zgodnych z SIWZ i Ofertą fart. 24aa ust. 2 pzp).

W tych okolicznościach bezprzedmiotowe było, zdaniem Zamawiającego, że w następnym dniu tj. 04.01.2018 r, Wykonawca przedłożył Zamawiającemu kopię umowy o pracę z Panem W. K. datowaną na dzień 02.01.2018 albowiem Zamawiający był już uprawniony do podjęcia dalszych działań związanych z dyspozycją art. 24aa ust. 2 pzp, nadto treść przedstawionej umowy pozostawała w ewidentnej sprzeczności z treścią oświadczeń i wyjaśnień przedstawionych przez Wykonawcę w dniu poprzednim.

Mając powyższe na uwadze oraz zgodnie z treścią art. 46 ust. 5 pkt 1) i 3) ustawy Pzp, Zamawiający podtrzymuje swoją decyzję o zatrzymaniu wadium wraz z odsetkami, z uwagi na to, że Wykonawca w wyznaczonej do tego dacie odmówił podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie i zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. Ponadto Zamawiający został wprowadzony w błąd w zakresie dysponowania przez Wykonawcę osobą wskazaną jako personel własny Wykonawcy, zgromadzone dokumenty oraz treść oświadczeń Wykonawcy, w tym spontaniczne wyjaśnienia Wykonawcy przedstawione w dniu 3.01.2018 r. wskazują, że Wykonawca na dzień złożenia oferty nie dysponował w sposób bezpośredni wskazaną osobą w żaden sposób, zaś obecnie prezentowane stanowisko ma charakter wyłącznie instrumentalny i jest niezgodne z wcześniejszymi wyjaśnieniami.

W dniu 09.01.2018 r. Odwołujący zapoznał się z zamieszczonym przez Zamawiającego w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszeniem o udzieleniu zamówienia, z którego wynikał, że doszło do podpisania umowy w ramach prowadzonego postępowania z wykonawcą Technivcontrol s.c.

Na powyższą czynność Odwołujący wniósł odwołanie.

Izba ustaliła również, w oparciu o uzupełnione przez Zamawiającego w toku rozprawy dokumenty (m.in. protokoły z kontroli urządzeń dźwigowych), że doszło do rozpoczęcia realizacji umowy przez Technivcontrol s.c.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują oparcie w ustalonym

stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że okolicznością przemawiającą za uwzględnieniem zarzutów zawartych w odwołaniu było m.in. zastosowanie przez Zamawiającego procedury odwróconej uregulowanej w treści art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp. Odrębność tej procedury wymusiła bowiem odmienną ocenę czynności Zamawiającego w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym. Jeżeli bowiem Zamawiający uznał, którego to stanowiska Izba w niniejszym składzie nie podziela, że wypełniła się hipoteza normy prawnej uregulowanej w treści art. 24aa ust. 2 ustawy Pzp, gdyż wykonawca uchylił się od podpisania umowy to odmiennosc tego uregulowania obligowała go do oceny, czy kolejny wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz czy spełnia warunki udziału w postępowaniu. Z tego też względu Zamawiający przystąpił do oceny oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia p. D. C. i p. S. C. prowadzących działalność gospodarczą pod firmą Technivcontroll s.c. wzywający tych wykonawców pismem z dnia 04.01.2018 r. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia i złożenia dokumentów. Zastępczy wybór wykonawcy w oparciu o treść art. 24aa ust. 2 ustawy Pzp nie jest bowiem wyborem automatycznym, lecz obejmuje konieczność oceny podmiotowej wykonawcy z jednoczesnym uzewnętrznieniem woli wyboru takiej oferty jako najkorzystniejszej. Tym samym Zamawiający powinien unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 27.12.2017 r. i dokonać wyboru kolejnego wykonawcy, stosownie do wyniku dokonanej oceny podmiotowej tego wykonawcy (tj. Technivcontroll s.c.).

Zamawiający nie dokonał tej czynności, czym naruszył wskazane w treści odwołania przepisy w postaci art. 94 ust. 1 pkt 1, art. 24aa ust. 2 ustawy Pzp.

Gdyby doszło do uzewnętrznienia woli Zamawiającego o dokonaniu zastępczego wyboru oferty najkorzystniejszej byłby On zobligowany do wstrzymania się z zawarciem umowy zgodnie z treścią art. 94 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w okresie 5 dni od dnia przesłania tej informacji (klauzula *standstill*). W tym przypadku, choć do przekazania informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty nie doszło, nie oznacza, że Zamawiający miał prawo zawrzeć umowę bezpośrednio po dokonaniu kolejnego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Jednakże, poza niewypełnieniem obowiązku poinformowania o dokonanej czynności, za uwzględnieniem odwołania przemawiały jeszcze inne okoliczności. Otóż Odwołujący w treści odwołania kwestionował również możliwość uznania przez Zamawiającego, że istniały podstawy do zastępczego wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie art. 24aa ust. 2 ustawy Pzp. W ocenie Izby Zamawiający nie sprecyzował w dwóch kolejnych pismach (z dnia 5 i 11 stycznia 2018 r.) jakie rzeczywiście podstawy legły u decyzji związanej z zatrzymaniem wadium. O ile wskazana podstawa zatrzymania wadium w postaci art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp odnosiła się do braku możliwości zawarcia umowy z przyczyn leżących po stronie

wykonawcy, to zawarta tam argumentacja wykracza poza hipotezę normy prawnej wyrażonej w tym przepisie i referowała do warunków udziału w postępowaniu, przedstawienia nieprawdziwych informacji, w tym kwestii bezpośredniego i pośredniego dysponowania zasobami w postaci personelu przeznaczanego do realizacji zamówienia, kwestii związanej z poleganiem na zasobach podmiotów trzecich oraz wreszcie niewypełnieniem zobowiązania w postaci skierowania do realizacji przedmiotu zamówienia osoby zatrudnionej na podstawie umowy o pracę. Wyżej wskazane okoliczności były już przywoływane w związku z oceną wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania. W tym wypadku dodać jeszcze należy, iż dokonana przez Zamawiającego ocena prawna stwierdzonego stanu faktycznego jest wewnątrznie sprzeczna i nie znajduje oparcia zarówno w regulacjach ustawy Pzp, jak również w postanowieniach opracowanej przez Zamawiającego dokumentacji postępowania (ogłoszeniu o zamówieniu, treści SIWZ, projekcie umowy i pozostałych załącznikach). Na szczególną uwagę zasługuje fakt, iż z jednej strony Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazywał, że „W ślad za przytoczonym orzeczeniem KIO, do wyboru oferty nie poprzedzonego badaniem i oceną ofert nie znajduje zastosowania również klauzula *standstill* oznaczająca minimalny okres zawieszenia dopuszczalności zawarcia umowy po zawiadomieniu wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej (...)” z drugiej zaś strony wezwał wykonawcę Technivcontrol s.c. do złożenia dokumentów, co znajduje zarówno potwierdzenie w dokumentacji postępowania, jak również zostało przyznane w przywołanej wcześniej odpowiedzi na odwołanie.

Izba odnosząc się do argumentacji Zamawiającego dotyczącej samej treści oraz odmowy podpisania załącznika nr 7 do umowy wskazuje, że trudno uznać aby brak podpisania tego dokumentu był na tyle istotny, iż można w tym wypadku mówić o odmowie podpisania umowy. Po pierwsze, jego treść stanowi powtórzenie (zdublowanie) oświadczenia (deklaracji) zawartej w treści oferty złożonej przez Odwołującego. Po drugie rolę oświadczenia składanego wraz z ofertą, co do zatrudnienia na etapie realizacji zamówienia personelu na podstawie stosunku pracy, nie jest wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Nie jest to bowiem oświadczenie wiedzy, lecz oświadczenie woli składane na przyszłość (*pro futuro*), które, co do zasady nie podlegają badaniu pod względem ich prawdziwości. Na istotę tego oświadczenia wielokrotnie wskazywała Izba w swoich orzeczeniach, w tym m.in. w wyroku z dnia 3 kwietnia 2017 r. sygn. akt KIO 486/17 i 492/17, gdzie zostało wskazane, że: *„Klauzula zatrudnienia pracowniczego odnosi się do warunków realizacji zamówienia publicznego, a nie cech, które powinien posiadać podmiot ubiegający się o jego udzielenie. Zatrudnienie pracowników na podstawie umowy o pracę nie jest kryterium wyboru wykonawcy ani kryterium udzielenia zamówienia”*.

Jest to bowiem oświadczenie o charakterze przedmiotowym, a więc związanym ze sposobem realizacji przedmiotu zamówienia, o czym świadczy nie tylko ww. orzeczenie, lecz

również wykładnia literalna i systemowa, gdyż przepis art. 29 ust. 3a ustawy Pzp nakładający na zamawiającego ten obowiązek zawiera w swojej treści wyraźne odniesienie do przedmiotu zamówienia i został umiejscowiony w tym akcie prawnym wśród przepisów regulujących sposób dookreślenia przedmiotu zamówienia. Na powyższe wskazują również postanowienia SIWZ w postaci pkt 8 zawartego w dziale IV zatytułowanym „opis przedmiotu zamówienia” (str. 3 i 4 SIWZ, str. 273 i 274 akt postępowania). Z postanowień tych wynika, że po pierwsze element ten był związany z przedmiotem zamówienia, zaś sankcje za jego nieprzestrzeganie zostały uregulowane w § 7 i 8 umowy i z tego powodu mają one charakter *stricte* cywilnoprawny (wzór umowy – załącznik nr 2 do SIWZ). Jednocześnie Izba wskazuje, że konieczność zatrudnienia personelu na podstawie umowy o pracę nie mogła być, zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem, i nie była (vide dział VI SIWZ zatytułowany „Warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia”) elementem warunku udziału w postępowaniu.

Izba zwraca również uwagę, że treść załącznika nr 7 do umowy, odnosząca się do zatrudnienia, zawierała w sobie oświadczenie nieadekwatne do stanu faktycznego jaki został ustalony przez Izbę i jego podpisanie w takim kształcie przez Odwołującego stanowiłoby poświadczenie nieprawdy. W załączniku tym w przypadku zakreślenia pkt 3 wykonawca był zobligowany również do złożenia oświadczenia o następującej treści „W przypadku zaznaczenia pkt 3 proszę o podanie informacji czy: obecnie jest zatrudniony co najmniej jeden pracownik i jego zatrudnienie będzie kontynuowane po dniu 01.01.2017 r. do czasu obowiązywania umowy z „EC1 Łódź – Miasto Kultury” w Łodzi” z zastrzeżeniem na drugiej stronie tego załącznika, że: „Oświadczam, że podane informacje są zgodne ze stanem faktycznym i prawnym”. Mając na uwadze powyższe Izba dała wiarę oświadczeniom Odwołującego, co do przebiegu czynności podpisania umowy, która miała miejsce w dniu 03.01.2018 r. i okoliczności jej towarzyszących. Wyjaśnienia Odwołującego w tym zakresie są spójne i logiczne w konfrontacji ze zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym. Zaprezentowany przez Niego przebieg zdarzeń został, w ocenie Izby, uprawdopodobniony. Izba dodatkowo przychyliła się do stanowiska Odwołującego, że mógł on mieć uzasadnione wątpliwości, co do intencji Zamawiającego, w tym w szczególności wskutek braku szczegółowego wskazania, jakie powody legły u podstaw podjętej przez Zamawiającego decyzji.

Tym samym argumentacja Zamawiającego zawarta w piśmie z dnia 05.01.2018 r. nie zasługuje na uwzględnienie. Nie sposób bowiem uznać, że złożenie przez Odwołującego umowy o pracę z dnia 02.01.2018 r. zawartej z panem W. K. pozostaje w sprzeczności ze złożonym w dniu 27.12.2017 r. wykazem osób skierowanych do realizacji zamówienia. Źródłem potencjału kadrowego wskazanego jako zasób własny może być dowolna umowa, w tym umowa ustna lub umowa przedwstępna. Ponadto zgodnie z treścią art. 29 § 2 i 3 ustawy

Kodeks pracy, w przypadku niedochowania formy pisemnej umowy o pracę, pracodawca przed dopuszczeniem pracownika do pracy potwierdza pracownikowi na piśmie ustalenia co do stron umowy, rodzaju umowy oraz jej warunków. Mając na uwadze fakt, że dokumenty i oświadczenia składane przez wykonawcę na wezwanie oparte o treść 26 ust. 2 ustawy Pzp potwierdzają okoliczności na dzień ich złożenia trudno doszukiwać się rozbieżności w złożonych przez Odwołującego oświadczeniach wiedzy oraz woli.

Brak jest podstaw do utożsamiania okoliczności dysponowania jako zasobem własnym określonymi osobami z zawarciem z nimi umów o pracę już na etapie złożenia oferty. Jak wyżej wskazano Zamawiający bowiem myli okoliczność wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, które stanowią klasyczne oświadczenia wiedzy wykonawcy, z jego oświadczeniem woli o znaczeniu przedmiotowym, że na etapie realizacji przedmiotu zamówienia wskazane przez niego osoby będą wykonywały określone czynności na podstawie stosunku pracy. To omyłkowe podejście Zamawiającego legło w tym wypadku u podstaw jego wadliwej decyzji prowadzącej do zawarcia umowy w trybie art. 24aa ust. 2 ustawy Pzp.

Mając na uwadze treść art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych, gdy w ramach rozpoznania środka ochrony prawnej, Izba ustali, że doszło do zawarcia umowy uwzględniając odwołanie może, gdy zajdzie jedna z przesłanek określonych w treści art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, unieważnić umowę w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożyć karę finansową w uzasadnionych wypadkach. Izba, co istotne kierując się zgodnym wnioskiem Odwołującego i Zamawiającego, aby wyeliminować niepewność prawną wynikającą z zawarcia przez Zamawiającego umowy w sprawie zamówienia publicznego uznała, że została spełniona przesłanka z art. 146 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż uniemożliwiono uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy, ze względu na zaniechania Zamawiającego wskazane we wstępnej części uzasadnienia.

Tym samym Izba unieważniła umowę Nr 696/DOT/PN/2017 zawartą w Łodzi w dniu 8 stycznia 2018 r. pomiędzy Zamawiającym - EC1 Łódź - Miasto Kultury w Łodzi ul. Targowa 1/3, 90-022 Łódź a wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia p. D. C. oraz p. S. C. prowadzącymi działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej działającej pod firmą „TECHNIVCONTROL” s.c. D. C., S. C., ul. Pawia 19 lok. 4, 91-050 Łódź w zakresie zobowiązań niewykonanych z momentem od dnia ogłoszenia sentencji niniejszego orzeczenia.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

