

WYROK
z dnia 12 luty 2014r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz
Członkowie: Bogdan Artymowicz
Jolanta Markowska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 luty 2014r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 stycznia 2014r. przez **odwołującego:** A..... P..... prowadzący działalność gospodarczą BRATEX A..... P.....; Leszkowy 45; 83-020 Cedry Wielkie w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** Gdański Zarząd Nieruchomości Komunalnych Samorządowy Zakład Budżetowy ul. Partyzantów 74; 80-254 Gdańsk

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża A..... P..... prowadzący działalność gospodarczą BRATEX A..... P.....; Leszkowy 45; 83-020 Cedry Wielkie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 **zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez A..... P..... prowadzący działalność gospodarczą BRATEX A..... P.....; Leszkowy 45; 83-020 Cedry Wielkie tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Gdańsku.

Przewodniczący

Członkowie

.....

Uzasadnienie

Pismem z dnia 27.01.2014r. zostało wniesione odwołanie przez odwołującego A..... P..... prowadzącego działalność gospodarczą BRATEX A..... P..... Leszkowy 45; 83-020 Cedry Wielkie zwany dalej „odwołującym”. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi Gdański Zarząd Nieruchomości Komunalnych Samorządowy Zakład Budżetowy ul. Partyzantów 74; 80-254 Gdańsk zwany dalej „zamawiającym”. Przedmiotem zamówienia jest wykonywanie w roku 2014 usług: robót konserwacyjnych, drobnych napraw oraz usuwanie awarii w zakresie robót ogólnobudowlanych, sanitarnych i elektrycznych w budynkach i lokalach mieszkalnych oraz użytkowych Skarbu Państwa administrowanych przez zamawiającego. Postępowanie prowadzone jest o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28.11.2013r. pod numerem ogłoszenia 2013/S 231-401190. Odwołujący informację o wyniku postępowania i o wykluczeniu z postępowania a w konsekwencji odrzuceniu jego oferty otrzymał od zamawiającego w formie e-maila drogą elektroniczną w dniu 21 stycznia 2014 r. Termin na wniesienie odwołania upływał dnia 31.01.2013 r. Tym samym odwołanie wniesione zostało z zachowaniem ustawowego terminu. Podstawę odwołania stanowi art. 180 ust. 1 ustawy pzp zgodnie z którym odwołanie wniesiono od niezgodnych z przepisami ustawy pzp czynności i zaniechania zamawiającego. Zamawiającemu zarzucono naruszenie następujących przepisów ustawy pzp: art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu z naruszeniem następujących przepisów ustawy: art. 24 ust. 1 pkt 1 a ustawy pzp poprzez nieuzasadnione wykluczenie odwołującego. Odwołujący wnosi o:1)uwzględnienie odwołania,2)unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,3)przywrócenie oferty odwołującego,4)dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,5)dokonanie przez zamawiającego ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty poprzez wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Odwołujący ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. W następstwie naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż w przypadku prawidłowego działania zamawiającego, to oferta odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Wykluczenie odwołującego było bezzasadne. Odwołujący nie wygrał przetargu, mimo że spełniał warunki formalne i miał szansę uzyskać przedmiotowe zamówienie. Zamawiający poprzez wykluczenie odwołującego naruszył jego interes w uzyskaniu zamówienia. Tym samym odwołujący utracił możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą. Wskutek opisanych działań zamawiającego, odwołujący może ponieść szkodę, gdyż nie uzyska przedmiotowego zamówienia. W świetle powyższego odwołujący posiada interes w żądaniu ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, ponieważ odwołujący ma możliwość

pozyskania przedmiotowego zamówienia poprzez podpisanie umowy i realizację zamówienia. Odwołujący przedstawił w odwołaniu chronologię zawartej umowy nr 42/2013/TE, która spowodowała wykluczenie odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia na wykonywanie przedmiotowego zamówienia. W dniu 17 lipca 2013 r. została podpisana umowa na wymianę wodomierzy mieszkaniowych c.w.u. i z.w. w budynku mieszkalnym W-QZ przy ul. Cygańska Góra 18 ABCD na kwotę brutto 6.609,60 zł. Umowa ze strony zamawiającego została podpisana przez Zastępcę Dyrektora ds. techniczno-eksploatacyjnych Panią mgr inż. E..... S..... Termin zakończenia robót został ustalony na dzień 31.08.2013 r. W dniu 25 września 2013 r. został podpisany „Protokół odbioru” bez zastrzeżeń przez strony umowy. Natomiast w dniu 4 listopada 2013 r. otrzymano pismo od kierownika Działu Energetycznego Pana A..... C..... o wypowiedzeniu umowy. Zdaniem odwołującego umowę terminową nie można wypowiedzieć po upływie terminu jej realizacji. Na marginesie należy wskazać, że zgodnie z zapisem § 16, który stanowi: „Wszelkie zmiany i uzupełnienia postanowień niniejszej umowy wymagają dla swej ważności formy pisemnej w postaci aneksu”, w zakresie wypowiedzenia umowy winien być sporządzony aneks do umowy podpisany przez dwie strony umowy, czyli przez Zastępcę Dyrektora ds. techniczno-eksploatacyjnych - mgr inż. E..... S..... i odwołującego, o czym stanowi także art. 77 § 2 i art. 78 § 1 kodeksu cywilnego. Prawidłowe było działanie zamawiającego co do uchylenia się od skutków prawnych oświadczenia złożonego pod wpływem błędu dotyczącego Protokołu odbioru. Jednakże zgodnie z zapisami umowy z § 9 ust. 2, który stanowi m.in. „...w przypadku stwierdzenia brakujących prac przez Wykonawcę, zaznacza się ten fakt w protokole z jednoczesnym wskazaniem uzgodnionego przez strony terminu, w jakim prace te mają zostać wykonane...” Zamawiający jednakże w tym zakresie nie podjął żadnych działań. W ramach roszczeń gwarancyjnych, a także z zapisem § 9 ust. 2 umowy odwołujący zgłosił gotowość celem wykonania prac związanych z wymianą pozostałych wodomierzy w ilości 50 szt., ale czynność ta została skutecznie odwołującemu uniemożliwiona przez Panią Kierownik BOM-u 8 i jej pracowników, co prawda odwołujący kontaktował się wówczas ustnie, bez potwierdzenia formy pisemnej. Ale przecież zamawiający dla celów dowodowych winien zadbać o papierologię dla siebie. Ponadto, za zamontowanie 18 szt. wodomierzy wynagrodzenia nie otrzymałem. Cała „akcja” z w/w umową została przeprowadzona w trakcie prowadzenia innego postępowania o udzielenie zamówienia na usługę odśnieżania dachów oraz usuwania sopli z okapów budynków gminnych będących w zarządzie zamawiającego w 2014 r. Jednakże w pierwszej decyzji w tym postępowaniu zamawiający dokonał wyboru oferty odwołującego, wyznaczył termin na podpisanie umowy. Odwołujący wniósł zabezpieczenie należytego wykonania umowy, poniósł koszty, a zamawiający „za chwilę, przed podpisaniem umowy, zmienił decyzję”. Po pierwszych ustnych rozmowach odwołujący wystąpił do zamawiającego w formie pisemnej.

W piśmie z dnia 25 listopada 2013 r. w piśmie z dnia 5 grudnia 2013 r. oraz 3 stycznia 2014 r. Odwołujący zgłaszał gotowość wykonania brakujących prac, zgodnie z zapisem § 9 ust. 2 umowy nr 42/2013/TE z 17.07.2013 r. Jednak zamawiający nie podjął w tym kierunku żadnych działań. Nawet nie udzielił odpowiedzi odwołującemu. Stanowisko ustawodawcy, jednoznacznie wskazuje w jakim celu został przez niego wprowadzony art. 24 ust. 1 pkt 1 a ustawy pzp. Po pierwsze uznanie, że możliwe jest wykluczenie z postępowania, w przypadku gdy zamawiający wypowiedział umowę z powodu okoliczności niezależnych faktycznie od wykonawcy, ale za które odpowiedzialność mu umownie przypisano, jest niezgodne z prawem wspólnotowym. Wypowiedzenie umowy będzie skutkowało wykluczeniem wykonawcy z kolejnego postępowania wyłącznie i tylko w przypadku, gdy nastąpiło to z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność. Celem ustawodawcy było wskazanie okoliczności przez zamawiającego, które można powiązać z celowym zaniechaniem wykonawcy przy realizacji umowy. Po drugie, art. 24 ust. 1 pkt 1a został wprowadzony ustawą z dnia 25 lutego 2011 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych, która została ogłoszona w dniu 26 kwietnia 2011 r. i weszła w życie w dniu 11 maja 2011 r. Zgodnie z tym artykułem zamawiający jest obowiązany wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia takiego wykonawcę, z którym dany zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego, jak również który odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego, z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy. Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 grudnia 2012 r. wskazał, że powyższy przepis jest nadmiernie restrykcyjny wobec treści art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi. Art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d powołanej dyrektywy posługuje się pojęciem "poważnego wykroczenia", które odnosi się do zachowania wykonawcy wskazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo, a więc odpowiadającego na gruncie prawa polskiego pojęciu "rażącego niedbalstwa". W taki też sposób powinna być dokonywana wykładnia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a pzp. Trybunał uznał także, że art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d dyrektywy wyklucza automatyczne wykluczanie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co przewiduje art. 24 ust. 1 pkt 1a pzp. Trybunał wytknął automatyzm polskich przepisów, bezwzględnie nakazujących zamawiającemu wykluczenie wykonawcy w okolicznościach w nich wskazanych. Wobec treści wyroku ETS, stanowisko w kwestii wykładni art. 24 ust. 1 pkt 1a pzp zajął Urząd Zamówień Publicznych. Zgodnie ze stanowiskiem UZP, że wyrok ten nie prowadzi, co

prawda do uchylecia obowiazywania art. 24 ust. 1 pkt 1a pzp, jednakze konieczne jest przy jego stosowaniu uwzglednienie wskazowek interpretacyjnych wynikajacych z wyroku Trybunalu. Takze UZP wskazał, że zamawiający jest obowiazany wykluczyc danego wykonawce z toczacego sie postepowania w sprawie zamowienia publicznego, jezeli w stosunku do tego wykonawcy spełniony jest m.in. nastepujacy warunek: "Zamawiający po przeprowadzeniu analizy okolicznosci związanych z rozwiązaniem albo wypowiedzeniem albo odstapieniem umowy ustali, że rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstapienie od niej jest następstwem powaznego wykroczenia zawodowego popełnionego przez danego wykonawce, w szczególności nie wykonywania przez niego lub niewłaściwego wykonywania zamowienia wskazujacego na zamierzone dzialanie wykonawcy lub jego rażące niedbalstwo". Moze wskazywac na nizsze kompetencje zawodowe wykonawcy, co nie jest automatycznie rownowazne z powaznym wykroczeniem. Tym samym zgodnie z treścią orzeczenia Trybunalu zamawiający nie jest uprawniony na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a pzp. do automatycznego wykluczenia z postepowania wykonawcy, bez szczegolowej analizy wszystkich okolicznosci, ktore spowodowaly niewykonanie umowy. Stwierzenie istnienia "powaznego wykroczenia" wykonawcy w rozumieniu zgodnym z prawem Unii Europejskiej wymaga przeprowadzenia konkretnej i zindywidualizowanej oceny postawy danego wykonawcy, a wiec zamawiający powinien nie tylko nalezycie uzasadnic, a zasadniczo wykazac, iz niewykonanie zobowiazan umownych nastapilo wskutek zamierzonego mojego dzialania lub powaznego niedbalstwa z mojej strony. W podobnym tonie wypowiedzial sie Sad Okregowy w Warszawie, ktory w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 pazdziernika 2012 r. sygn. akt V Ca 2015/12 stwierdzil, iz "okolicznosci stanowiace przyczynę rozwiązania lub wypowiedzenia umowy albo odstapienia od niej, za ktore odpowiedzialność ponosi wykonawca, nie moga polegac na kazdym nienalezitym wykonaniu zobowiazania, ale musza byc następstwem braku profesjonalizmu (a scislej powaznego wykroczenia bedacego dowodem braku profesjonalizmu). (...) pojecie "powaznego wykroczenia zawodowego" wiązac trzeba z brakiem oczekiwanego profesjonalizmu po stronie dluznika, a nie z niesolidnoscia kontrahenta". A wiec wykluczenie mozliwe jest w przypadku, gdy niewykonanie umowy spowodowane jest co najmniej rażącym niedbalstwem. W tej konkretnej sprawie taka sytuacja nie miala miejsca, poniewaz odwołujacy jak tylko powzial informacje, iz pracownik przez odwołujacego zatrudniony oszukal go i nie zamontowal 50 szt. wodomierzy, jak najszybciej odwołujacy chcial podjac stosowne prace celem zamontowania brakujacych wodomierzy i zgłaszał zamawiajacemu taka gotowosc. W pismach z dnia 25 listopada, z dnia 5 grudnia 2013 r. i 3 stycznia 2014 r. odwołujacy niejednokrotnie zgłaszał gotowosc wykonania brakujacych prac, zgodnie z zapisem § 9 ust. 2 umowy nr 42/2013/TE z 17.07.2013 r. Jednak zamawiający do dnia dzisiejszego nie podjal w tym kierunku zadnych dzialan. Natomiast w dniu 10 stycznia 2014

r. wystawił notę obciążeniową. W tym konkretnym przypadku nie można zarzucić odwołującemu niesolidności lub brak profesjonalizmu, przez który rozumie się zachowanie lub postawę świadczącą o wykonywaniu jakichś czynności w sposób niezgodny ze sztuką lub wykonywanym zawodem, a także nie mamy do czynienia z sytuacją, kiedy wykonawca nie wie jak wykonać zamówienie bądź nie potrafi go wykonać, tylko z uniemożliwieniem, przez zamawiającego, a w szczególności Kierownika BOM-u 8 i jego pracowników, wykonania prac przez odwołującego, w ramach roszczeń, o których mowa w § 9 ust. 2 umowy. Zamawiający „zbagatelizował”, a także nie zbadał szczegółowo stopnia zawinienia przy niewykonaniu części zamówienia, w którym udział ma także zamawiający, który skutecznie uniemożliwia odwołującemu wykonanie brakujących prac oraz tego, że odwołujący jak najszybciej chciał przystąpić do prac, a zgodnie z wyrokiem ETS-u okoliczność ta ma, jak najbardziej, istotne znaczenie dla ustalenia czy zachodzi przesłanka wykluczenia odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy pzp. Należy wziąć pod uwagę, że zaistniała niekorzystna sytuacja, spowodowana by działaniami pracownika, o których dowiedział się od zamawiającego, który w takim przypadku winien w jak najszybszym terminie wyznaczyć odwołującemu termin na wykonanie prac, czego jednakże zamawiający nie uczynił. Podkreślenia wymaga fakt, że podstawą wykluczenia może być przypadek, gdy wypowiedzenie umowy nastąpiło z powodów związanych z brakiem profesjonalizmu po stronie wykonawcy. Jak stwierdził Sąd Okręgowy w W. w wyroku z dnia 29 października 2012 r. sygn. akt. V Ca 1982/12 " (...) okoliczności stanowiące przyczynę rozwiązania lub wypowiedzenia umowy albo odstąpienia od niej, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca, nie mogą polegać na każdym nienależytym wykonaniu zobowiązania, ale muszą być następstwem braku profesjonalizmu (a ściślej poważnego wykroczenia będącego dowodem braku profesjonalizmu)". W niniejszej sprawie zamawiający nie wykazał, aby odwołujący dopuścił się w realizacji poprzedniej umowy wykroczenia będącego dowodem braku profesjonalizmu. Jak wskazano powyżej, zamawiający nie zbadał stopnia zawinienia odwołującego. Podejmowane przez odwołującego działania, potwierdzone w formie pisemnej, świadczą o zaangażowaniu, nie zaś o braku solidności. W świetle wyroku ETS zamawiający każdorazowo zobowiązany jest badać wystąpienie indywidualnych okoliczności niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę, stanowiących podstawę jego wykluczenia. Trybunał Sprawiedliwości, w wyroku z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 stwierdził, iż przepis dyrektywy klasycznej "stoi na przeszkodzie" obowiązywaniu regulacji takiej, jak zawarta w art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy pzp, albowiem ziszczenie się przesłanek z punktu 1a nie zawsze oznacza poważne wykroczenie zawodowe w rozumieniu dyrektywy klasycznej. Użyte w dyrektywie klasycznej pojęcia sugerują, że zwykle niedotrzymanie obowiązków umownych lub mniej istotne naruszenia przepisów prawa nie kwalifikują się, jako "poważne wykroczenie zawodowe". Podstawą

wykluczenia powinno być poważne niedochowanie przez wykonawcę obowiązku wynikającego z regulacji prawnych, dotyczących wykonywania danego zawodu, a nie zobowiązań umownych. A zatem "poważne wykroczenie zawodowe" nie jest równoznaczne z niewykonaniem lub nieprawidłowym wykonaniem umowy. Trybunał w wydanym wyroku dokonał zdefiniowania pojęcia "poważne wykroczenie zawodowe", zawarte w treści art. 45 ust. 2 lit. d Dyrektywy, mówiącego o wykluczeniu z udziału w postępowaniu wykonawcy, który jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucję zamawiającego. Trybunał stwierdził, iż pod tym pojęciem należy rozumieć wszelkie zawinione uchybienia, które wpływają na wiarygodność zawodową danego wykonawcy, a nie tylko naruszenia wąsko rozumianych norm obowiązujących w zawodzie wykonywanym przez wykonawcę, które stwierdzane są przez organ dyscyplinarny ustanowiony dla tego zawodu lub w prawomocnym orzeczeniu sądowym. Nadto Trybunał uznał, że co do zasady za wykroczenie zawodowe można uznać również niewykonanie zobowiązań umownych przez wykonawcę. Jednocześnie Trybunał stwierdził, iż pojęcia "poważne wykroczenia" nie można zastępować pojęciem "okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność" dany wykonawca (użyte w treści art. 24 ust. 1 pkt 1a p.z.p.), gdyż to drugie pojęcie jest bardzo szerokie i może obejmować sytuacje dalece wykraczające poza postawę danego wykonawcy, wykazującą zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony. Dlatego jakkolwiek nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części może, co najwyżej wskazywać na niższe kompetencje zawodowe wykonawcy, co nie jest automatycznie równoważne z poważnym wykroczeniem. Tym samym zgodnie z treścią orzeczenia Trybunału zamawiający nie jest uprawniony na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp. do automatycznego wykluczenia z postępowania wykonawcy, bez szczegółowej analizy wszystkich okoliczności, które spowodowały niewykonanie umowy. Stwierdzenie istnienia "poważnego wykroczenia" wykonawcy w rozumieniu zgodnym z prawem Unii Europejskiej wymaga przeprowadzenia konkretnej i zindywidualizowanej oceny postawy danego wykonawcy, a więc zamawiający powinien nie tylko należycie uzasadnić, a zasadniczo wykazać, iż niewykonanie zobowiązań umownych nastąpiło wskutek zamierzonego mojego działania lub poważnego niedbalstwa z mojej strony. W podobnym tonie wypowiedział się Sąd Okręgowy w W., który w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 października 2012 r. sygn. akt V Ca 2015/12 stwierdził, iż "okoliczności stanowiące przyczynę rozwiązania lub wypowiedzenia umowy albo odstąpienia od niej, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca, nie mogą polegać na każdym nienależytym wykonaniu zobowiązania, ale muszą być następstwem braku profesjonalizmu (a ściślej poważnego wykroczenia będącego dowodem braku profesjonalizmu). (...) pojęcie "poważnego wykroczenia zawodowego" wiązać trzeba z brakiem oczekiwanego profesjonalizmu po stronie dłużnika, a nie z niesolidnością kontrahenta". A więc wykluczenie

możliwe jest w przypadku, gdy niewykonanie umowy spowodowane jest co najmniej rażącym niedbalstwem. W tej konkretnej sprawie taka sytuacja nie miała miejsca, ponieważ Odwołujący jak tylko powziął informację, iż pracownik przez Odwołującego zatrudniony oszukał go i nie zamontował 50 szt. wodomierzy, jak najszybciej Odwołujący chciał podjąć stosowne prace celem zamontowania brakujących wodomierzy i zgłaszał Zamawiającemu taką gotowość. W pismach z dnia 25 listopada, z dnia 5 grudnia 2013 r. i 3 stycznia 2014 r. Odwołujący niejednokrotnie zgłaszał gotowość wykonania brakujących prac, zgodnie z zapisem § 9 ust. 2 umowy nr 42/2013/TE z 17.07.2013 r. Jednak Zamawiający do dnia dzisiejszego nie podjął w tym kierunku żadnych działań. Natomiast w dniu 10 stycznia 2014 r. wystawił notę obciążeniową. W tym konkretnym przypadku nie można zarzucić Odwołującemu niesolidności lub brak profesjonalizmu, przez który rozumie się zachowanie lub postawę świadcząca o wykonywaniu jakichś czynności w sposób niezgodny ze sztuką lub wykonywanym zawodem, a także nie mamy do czynienia z sytuacją, kiedy wykonawca nie wie jak wykonać zamówienie bądź nie potrafi go wykonać, tylko z uniemożliwieniem, przez Zamawiającego, a w szczególności Kierownika BOM-u 8 i jego pracowników, wykonania prac przez Odwołującego, w ramach roszczeń, o których mowa w § 9 ust. 2 umowy. Zamawiający „zbagatelizował”, a także nie zbadał szczegółowo stopnia zawinienia przy niewykonaniu części zamówienia, w którym udział ma także Zamawiający, który skutecznie uniemożliwia Odwołującemu wykonanie brakujących prac oraz tego, że Odwołujący jak najszybciej chciał przystąpić do prac, a zgodnie z wyrokiem ETS-u okoliczność ta ma, jak najbardziej, istotne znaczenie dla ustalenia czy zachodzi przesłanka wykluczenia odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp. Należy wziąć pod uwagę, że zaistniała niekorzystna sytuacja, spowodowana by działaniami mojego pracownika, o których dowiedziałem się od GZNK SZB, a zamawiający w takim przypadku winien w jak najszybszym terminie wyznaczyć odwołującemu termin na wykonanie prac, czego jednakże zamawiający nie uczynił. Podkreślenia wymaga fakt, że podstawą wykluczenia może być przypadek, gdy wypowiedzenie umowy nastąpiło z powodów związanych z brakiem profesjonalizmu po stronie wykonawcy. Jak stwierdził Sąd Okręgowy w W. w wyroku z dnia 29 października 2012 r. sygn. akt. V Ca 1982/12 " (...) okoliczności stanowiące przyczynę rozwiązania lub wypowiedzenia umowy albo odstąpienia od niej, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca, nie mogą polegać na każdym nienależyтым wykonaniu zobowiązania, ale muszą być następstwem braku profesjonalizmu (a ściślej poważnego wykroczenia będącego dowodem braku profesjonalizmu)". W niniejszej sprawie zamawiający nie wykazał, aby odwołujący dopuścił się w realizacji poprzedniej umowy wykroczenia będącego dowodem braku profesjonalizmu. Jak wskazano powyżej, zamawiający nie zbadał stopnia zawinienia odwołującego. Podejmowane przez odwołującego działania, potwierdzone w formie pisemnej, które wykazałem powyżej

świadczą o moim zaangażowaniu, nie zaś o braku solidności. Skuteczność wypowiedzenia tej umowy przez zamawiającego może budzić wiele wątpliwości. Jak wynika z powyższego zamawiający nie wykazał woli współpracy z odwołującym. Ze współpracy w zakresie zamontowania 18 szt. wodomierzy Zamawiający był zadowolony. Trudno więc uznać, aby odwołujący nie był starannym kontrahentem i aby świadomie dążył do niewykonania zamówienia. Zasadne jest nadmienić odnosząc się do treści zawiadomienia zamawiającego z dnia 21.01.2014 r. o wykluczeniu odwołującego z postępowania, że zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp zamawiający zawiadamiając wykonawców, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podaje uzasadnienie faktyczne i prawne wykluczenia (art. 24 ust. 3 Pzp). Uzasadnienie faktyczne takiej czynności zamawiającego powinno zawierać wskazanie faktów, które zamawiający uznał za udowodnione, mające jednoznacznie potwierdzać, że wypowiedzenie umowy było legalne, prawidłowe i zasadne oraz wynikało wyłącznie z winy odwołującego, a nadto potwierdzające, że realizując urnowe dopuścił się odwołujący poważnego wykroczenia zawodowego, a nie tylko braku solidności w działaniu. Natomiast uzasadnienie prawne winno oprócz przytoczenia przepisów prawa zawierać także wyjaśnienie zastosowanej podstawy prawnej, zarówno co do wypowiedzenia umowy, jak i możliwości odniesienia tej sytuacji do wykluczenia mnie z postępowania w oparciu o przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a pzp, przy równoczesnym uwzględnieniu, iż wskazane tam przesłanki wykluczenia muszą zaistnieć kumulatywnie. Podejmując decyzję o wykluczeniu, zamawiający podając uzasadnienie faktyczne i prawne powinien mieć na względzie art. 6 kodeksu cywilnego, zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. W przypadku wykluczenia ciężar udowodnienia zasadności podjętych czynności w tym zakresie, spoczywa na zamawiającym. Przepis art. 6 kodeksu cywilnego statuujący ciężar udowodnienia faktu, należy rozumieć nie tylko, jako obarczenie strony postępowania obowiązkiem przekonania odwołującego dowodami o słuszności swoich twierdzeń, ale przede wszystkim jako nakaz obciążenia jej konsekwencjami poniesienia realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności. Natomiast przedmiotowe ww. zawiadomienie o wykluczeniu praktycznie pozbawione jest takich uzasadnień (uzasadnienie ogólne). Brak jest jednoznacznych podstaw do przyjęcia za udowodnione przez zamawiającego, aby brak wykonania części prac był poważnym wykroczeniem zawodowym, gdyż odwołujący zgłasza gotowość wykonania brakujących prac cały czas. Na marginesie należy wskazać szereg nieprawidłowości zamawiającego w toku realizacji umowy, o czym wskazano powyżej. Wypowiedzenie umowy terminowej nr 42/2013/TE, z dnia 17 lipca 2013 r. dokonane przez zamawiającego w dniu 4 listopada 2013 r. przez osobę nieuprawnioną do reprezentacji przez zamawiającego jest de facto po fakcie i nieskuteczne. Wykluczenie wykonawcy w trybie art. 24 ust. 1 pkt 1a pzp nie musi być uzależnione od winy, ale od okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność.

Podkreślić należy, że niewykonanie umowy nie jest poważnym wykroczeniem zawodowym, o którym mowa w art. 45 ust. 2 lit. d dyrektywy. Jakakolwiek wada oświadczenia woli powodująca nieważność czynności prawnej, a tym samym czyniąca wypowiedzenie umowy bezskutecznym, winna być uwzględniona w ramach oceny naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy pzp. Zamawiający nie wykazał „poważnego wykroczenia zawodowego” odwołującego. Wskazał natomiast tylko na nieprawidłowe wykonanie umowy. W świetle powyższego nie można wskazywać świadomego i zawinionego działania lub zamiaru uchybienia, czy stosunkowo poważnego niedbalstwa ze strony odwołującego. Powyższe przedstawione stanowisko jest potwierdzone orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej (KIO852/13, KIO 345/13, KIO 2623/12, KIO 1050/12, KIO 169/12, KIO 2575/12). W związku z powyższym Zamawiający naruszył zasadnie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych W świetle powyższego uzasadnienia odwołanie jest zasadne i złożone w terminie.

Pismem z dnia 06.02.2014r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości. Zamawiający potwierdził, że przyczyną wykluczenia odwołującego z postępowania było nie wykonanie umowy na montaż 68 wodomierzy na ul. Cygańska Góra 18 ABCD. W dniu 25.09.2013r. czyli niespełna miesiąc po umownym terminie wykonania umowy (31 sierpnia 2013r.), odwołujący zgłosił wykonanie umowy za wyjątkiem 1 mieszkania czyli 4 wodomierzy wystawiając zamawiającemu fakturę VAT za montaż 64 wodomierzy. Zgodnie z §10 umowy podstawą do zapłaty było sporządzenie protokołu odbioru robót na podstawie pojedynczych protokołów montażu wodomierzy potwierdzonych przez lokatorów poszczególnych lokali. Odwołujący w tym zakresie przedstawił bardzo nieczytelne i niedbale sporządzone protokoły u poszczególnych lokatorów. Protokoły te stanowiły podstawę do sporządzenia końcowego protokołu odbioru robót. W dniu 22 października 2013r. zamawiający powziął informacje o braku wymiany wodomierzy u lokatorów. Podsumowując wykonane roboty zamawiający ustalił, że na możliwe do wymiany 64 wodomierze zostało wymienionych 18 czyli 46 wodomierzy nie zostało wymienionych. Czyli w dokumentach stanowiących podstawę wystawienia faktury oraz w samej fakturze zostały potwierdzone nieprawdziwe informacje. W związku z zaistniałą sytuacją to jest stwierdzeniem niewykonania 70 % umowy zamawiający w dniu 04.11.2013r. dokonał wypowiedzenia umowy. Rozwiązanie natychmiastowe umowy zostało dokonane na podstawie § 9 ust.3 umowy, ponieważ przedmiot umowy nie nadawał się do użytkowania to jest uniemożliwił prawidłowe rozliczenie za dostawę ciepłej i zimnej wody i w konsekwencji nie wykonania umowy niektórzy lokatorzy mieli otrzymać rachunki na poziomie od 4 do 19 tys. złotych. W konsekwencji zamawiający pismem z dnia 13.11.2013r. uchylił się od skutków prawnych podpisania protokołu końcowego robót powołując się na działanie pod wpływem błędu. W dniu 25 listopada 2013r. wykonawca przyznał brak nadzoru w związku z

okolicznością, że protokoły odbioru robót u poszczególnych lokatorów nie zostały przez nich podpisane. Protokoły zostały podpisane przez pracownika wykonawcy. W związku z zaistniałą sytuacją zamawiający dokonał rozwiązania umowy, uznając po stronie wykonawcy (odwołującego) rażące niedbalstwo. Przy czym wartość niewykonanych robót przekraczała znacznie 5 % wartości robót dokładnie wartość wykonanych robót stanowiła zaledwie 26,47% wartości robót. Zamawiający uważa, że dokonując wykluczenia odwołującego z postępowania nie naruszył art.24 ust.1 pkt 1 a w tym wyroku Trybunału Sprawiedliwości w zakresie zakazu automatycznego stosowania tegoż artykułu ustawy Pzp. Zamawiający dokonał analizy sposobu realizacji umowy oraz przyczyn jej rozwiązania i ustalił, że umowa do dnia jej rozwiązania to jest do dnia 04.11.2013r. nie została wykonana, pomimo że termin jej realizacji upłynął 31.08.2013r.a co oznacza, że nadal była wiążąca i zamawiający miał prawo ją wypowiedzieć i to z przyczyn leżących po stronie odwołującego; umowa została wypowiedziana przez osobę do tego uprawnioną, która dostała ustne polecenie jej wypowiedzenia to jest polecenie od Zastępcy Dyrektora ds. Techniczno –Eksplatacyjnych; wartość niezrealizowanej części zamówienia wyniosła powyżej 5 % wartości całego zamówienia; umowa została wypowiedziana w dniu 4 listopada 2013r. to jest przed upływem trzech lat od ogłoszenia przedmiotowego zamówienia publicznego, które zostało ogłoszone w dniu 25.11.2013r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej; wypowiedzenie umowy nastąpiło z przyczyn za które odwołujący ponosi w pełni odpowiedzialność, przedstawił zamawiającemu protokoły montażu wodomierzy w mieszkaniach, gdzie prace nie zostały wykonane, na ich podstawie wystawił fakturę VAT za nie wykonane prace. Taka sytuacja mogłaby spowodować wystawienie lokatorom rozliczenia ciepłej i zimnej wody sposób nie odzwierciedlający rzeczywistego zużycia wody. Sam wykonawca w piśmie do zamawiającego przyznał, że został oszukany przez swojego pracownika, a co nie zwalnia jego z odpowiedzialności, ponieważ pracodawca nie może zwolnić się od odpowiedzialności za niewykonanie czy nienależyte wykonanie umowy przez swojego pracownika; wykonawca dopuścił się poważnego wykroczenia zawodowego, ponieważ jak przyznał nie sprawdzał protokołów, które pracownik dostarczał do zamawiającego, a co wynika z jego pisma z dnia 25 listopada 2013r.; zamawiający uważa, że wykonawca nie sprawował żadnej kontroli nad swoim pracownikiem, co go nie zwalnia z odpowiedzialności za pracę. Podsumowując zamawiający stwierdza, że nic nie zwalnia wykonawcy z czynów popełnionych przez jego pracownika, a za którego ponosi pełną odpowiedzialność. Tak więc została wystawiona faktura za niewykonane prace. Zaistniałe okoliczności wpływają bezwzględnie na wiarygodność zawodową wykonawcy. W ocenie zamawiającego zaistniała sytuacja wpływa jednoznacznie na brak wiarygodności zawodowej wykonawcy(odwołującego). W zaistniałej sytuacji zamawiający wnosi jak we wstępie pisma to jest o oddalenie odwołania w całości.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje

Co do interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia. W ocenie Izby odwołujący spełnia przesłanki od których uzależnione jest prawo do wniesienia odwołania, a określone w art.179 ust.1 ustawy pzp, zgodnie z którym środki ochrony prawnej w tym odwołanie przysługuje wykonawcy, który ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przepisów ustawy pzp przez zamawiającego. We wniesionym odwołaniu podniesiono naruszenie przepisu art.24 ust.1 pkt 1a ustawy pzp jako niewłaściwie zastosowanego wobec wykonawcy w związku z wykonywaną umową w 2013r. przez odwołującego na rzecz zamawiającego, a polegającą na wymianie wodomierzy w budynku mieszkalnym przy ul. Cygańska Góra 18 ABCD w Gdańsku w lokalach mieszkalnych administrowanych przez zamawiającego. Odwołujący potencjalnie miał prawo domagać się wybrania jego oferty, ponieważ złożył najtańszą ofertę na usługi będące przedmiotem zamówienia to jest na wykonywanie w roku 2014 usług: robót konserwacyjnych, drobnych napraw oraz usuwanie awarii w zakresie robót ogólnobudowlanych, sanitarnych i elektrycznych w budynkach i lokalach mieszkalnych oraz użytkowych Skarbu Państwa administrowanych przez zamawiającego. Z zestawienia ofert znajdujących się w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynika, że zostały złożone cztery oferty w tym najtańsza oferta odwołującego. Oferty były oceniane według zaoferowanych stawek roboczogodzin na przedmiotowe usługi i tak stawki oferentów przedstawiały się następująco: odwołujący oferował usługi za stawkę roboczogodziny w wysokości 12,32 zł/godz., a oferty pozostałych oferentów kształtowały się następująco:13,39zł/godz.;16,34zł/godz. i 34,21zł./godz. W związku z powyższym gdyby, w ocenie odwołującego, zamawiający nie naruszył przepisu art.24 ust.1 pkt 1 a ustawy pzp poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania to uzyskał by on zamówienie. W ocenie Izby spełnione są również pozostałe przesłanki z art.179 ust.1 ustawy pzp to jest poniesienie szkody przez nie uzyskanie zamówienia, które by z pewnością odwołującemu przyniosło by oczekiwane dochody.

Izba ustaliła.

Na podstawie przeprowadzonych na rozprawie dowodów z dokumentów przywołanych przez strony z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz z załączonych do odwołania i odpowiedzi na odwołanie dokumentów Izba ustaliła co następuje.

Odwołującego i zamawiającego łączyła umowa Nr 42/2013/TE zawarta w dniu 17.07.2013r. Na podstawie tej umowy zamawiający udziela zamówienia a wykonawca (odwołujący) przyjmuje do wykonania dzieło w postaci robót: wymiana wodomierzy mieszkaniowych

cieplej wody użytkowej (c.w.u) i zimnej wody (z.w.) w budynku mieszkalnym W-OZ lokale Gminy Gdańsk ul. Cygańska Góra 18 ABCD. W § 3 te same umowy strony przewidziały następujące terminy wykonania umowy: rozpoczęcie dnia 22.07.2013r i zakończenie dnia 31.08.2013r. Zgodnie z § 10 umowy rozliczenie za wykonane roboty nastąpi fakturą końcową. Podstawą wystawienia faktury końcowej będzie potwierdzony i podpisany przez zamawiającego bez zastrzeżeń końcowy protokół odbioru robót oraz protokoły wymiany poszczególnych wodomierzy potwierdzonych przez lokatorów, sprawdzony przez inspektora nadzoru. Zgodnie z § 4 Umowy z ramienia wykonawcy roboty prowadzić będzie Pan A..... P..... Inspektorem nadzoru z ramienia zamawiającego będzie Pani M..... B..... i Pan T..... B..... Wykonawca miał wymienić 68 sztuk wodomierzy za kwotę 6.609,60 zł. (§ 5 umowy). Wykonawca nie miał prawa podzlecać części czy całości robót podwykonawcy bez zgody zamawiającego (§ 11 umowy.). Wykonawca udziela 24 miesięcznej gwarancji na całe roboty licząc od dnia odbioru końcowego przedmiotu umowy (§ 12 umowy). Wykonawca zapłaci karę umowną zamawiającemu gdy ten odstąpi od umowy z przyczyn za które ponosi odpowiedzialność wykonawca – w wysokości 10 % wynagrodzenia umownego brutto (§ 13 umowy). Na podstawie powyżej cytowanych postanowień umowy Izba ustaliła, że prowadzącym czyli odpowiedzialnym za wykonanie wymiany wodomierzy był właściciel firmy Pan A..... P..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą BRATEX Arkadiusz Plotke 83-020 Cedry Wielkie, Leszkowy 45 jednocześnie odwołujący w niniejszym postępowaniu odwoławczym („z ramienia wykonawcy roboty prowadzić będzie Pan A..... P.....”). Postanowienia umowy przewidywały ponadto, że strony podpiszą protokół końcowy z wymiany wodomierzy, na podstawie protokołów wymiany wodomierzy u poszczególnych lokatorów z potwierdzeniem przez nich wymiany wodomierzy. Wszystkie te czynności miały być sprawdzone przez służby zamawiającego. Tak sporządzona dokumentacja z wymiany wodomierzy miała stanowić podstawę do wystawienia faktury VAT przez wykonawcę (odwołującego). W dniu 25.09.2013r. sporządzono Protokół Odbioru, przez Komisję w następującym składzie: 1Pan R..... Z.....-BOM-8; Pan T..... B..... –TE; Pani M..... B..... –TE i Pan A..... P..... – wykonawca. Z treści protokołu wynika, że komisja po dokonaniu obejrzenia robót stwierdziła co następuje: prace wykonano zgodnie z umową. Komisja dokonała odbioru robót i przekazała do użytku: instalacje wewnętrzne wodociągowe; brak zastrzeżeń stron. Protokół został podpisany przez pełen skład Komisji w tym przez Pana A..... P..... (odwołującego). W dniu 25.09.2013r. wykonawca Pan A..... P..... jak BRATEX A..... P..... 83-020 Cedry Wielkie, Leszkowy 45 wystawił fakturę VAT nr 141/09/2013r. w obciążenie zamawiającego na kwotę 6.220,80zł. tytułem wymiany wodomierzy c.w.u. i z.w. w budynku mieszkalnym przy ul. Cygańska Góra 18 ABCD w ilości 64 sztuk. Jednocześnie w tym samym dniu do zamawiającego Pan A.....

P..... kieruje pismo, z którego wynika, że mimo wielokrotnych prób dotarcia do mieszkania ul. Cygańska Góra 18 D/40 poprzez zawiadomienia, próby telefoniczne, prośby sąsiedzkie oraz próby kontaktu przez BOM-8 nie udało dotrzeć się do lokalu. W związku z tym za zgodą inwestora odstępuje się od dokonania wymiany wodomierzy. Powyższe stanowiło okoliczność wystawienia faktury VAT na 64 sztuk wodomierzy a nie na 68 sztuk wodomierzy jak przewidywała umowa (jak powyżej cytowano „Wykonawca miał wymienić 68 sztuk wodomierzy za kwotę 6.609,60 zł.- § 5 umowy). Na rozprawie strony wyjaśniły, że na każde mieszkanie przypadają 4 wodomierze. W dniu 22.10.2013r. czyli około jednego miesiąca po wystawieniu faktury w dniu 25.09.2013r. przez Pana A..... P....., Kierownik Bom-8 Pani mgr I..... G..... poinformowała pisemnie Dyрекcję zamawiającego o wystąpieniu na terenie przez nią administrowanym nieprawidłowości związanych z wymianą wodomierzy w lokalach gminnych w budynkach przy ul. Cygańska Góra 18 ABCD przez firmę BRATEX . W dniu 22.10.2013r. Pani Kierownik otrzymała z Działu Opłat i Rozliczeń wydruki dotyczące rozliczenia indywidualnych wodomierzy w związku z ich wymianą w miesiącu sierpniu. Zaniepokojona niebotycznymi kwotami rachunków w granicach od 4.000 do 19.000 zł. za 1 miesiąc zarządziła natychmiastową kontrolę i weryfikację dokumentów. Stwierdziła, że protokoły z montażu wodomierzy są sporządzone bardzo niedbale i niestarannie. Jak później się okazało nie przedstawiają stanu faktycznego z rzeczywistym stanem rzeczy. Po wykonaniu telefonów do lokatorów, żeby potwierdzić odczyty i numery liczników, uzyskała w rozmowie telefonicznej informacje od lokatorów, że wymiana wodomierzy nie miała w ogóle miejsca. W związku z tym natychmiast udała się z pracownikami zamawiającego do budynku przy ul. Cygańskiej Góry 18 ABCD celem potwierdzenia sytuacji na miejscu i zebrania oświadczeń od mieszkańców. Z dokonanej wizji lokalnej wynika, że w dziewięciu (9) lokalach nie wymieniono wodomierzy (pismo do Dyrekcji zamawiającego) zawiera wykaz tych mieszkań. W piśmie zawarto również informację, że w czasie przeprowadzania kontroli pojawił się pracownik firmy BRATEX z zamiarem montowania wodomierzy. Z uwagi na zaistniałą sytuację, do czasu wyjaśnienia wszystkich okoliczności sprawy Pani Kierownik wstrzymała wymianę wodomierzy. Do pisma załączono szereg dokumentów w tym notatkę służbową z dnia 22.10.2013r. W dniu 04.11.2013r. zamawiający skierował do Pana A..... P..... pismo L.dz. TE/1358/2013/TB, w którym wypowiedział umowę ze skutkiem natychmiastowym. W uzasadnieniu podał, że nie wykonanie prac w terminie określonym w umowie uniemożliwia eksploatację przedmiotu umowy zgodnie z § 9 pkt 3 tejże umowy. Jednocześnie zastrzegł zastosowanie przy rozliczeniu kary umownej przewidzianej w § 13 umowy. Pismo podpisał Kierownik Działu Energetycznego Pan A..... C..... Na rozprawie pełnomocnik zamawiającego, w związku z podnoszoną przez odwołującego argumentacją braku umocowania do wypowiedzenia umowy przez Kierownika Działu Energetycznego,

przedkłada oświadczenie pani E..... S..... – Zastępca Dyrektora z 7 lutego 2014 r. z którego wynika, że panu A..... C..... udzieliła pełnomocnictwa we wszystkich sprawach z umowy z odwołującym. Jednocześnie potwierdza wszystkie czynności i oświadczenia złożone w ww. zakresie przez Kierownika Działu Energetycznego. W dniu 13.11.2013r. do Pana A..... P..... zamawiający skierował oświadczenie o uchyleniu się od skutków prawnych oświadczenia złożonego pod wpływem błędu. Z treści tego oświadczenia wynika, że zamawiający uchyła się od skutków prawnych oświadczenia złożonego przez pracowników na protokole Odbioru Robót z dnia 25.09.2013r. w sprawie wymiany wodomierzy mieszkaniowych c.w.u. i z.w. w budynku mieszkalnym przy ul. Cygańska Góra 18 ABCD. Pracownicy działali pod wpływem błędu gdyż wodomierze o których stanowi protokół faktycznie nie zostały wymienione. W tym stanie rzeczy oświadczenie pracowników do protokołu zawiera wadę prawną i nie wiąże zamawiającego. Z notatki służbowej z dnia 20.11.2013r. inspektora ds. sanitarnych Pana T..... B..... wynika, że zakres wykonanych prac wymiany wodomierzy c.w.u. i z.w. ul. Cygańska Góra 18 ABCD na ten dzień wynosi 18 sztuk wodomierzy na planowane 68 sztuk wodomierzy. Odwołujący wystosował szereg pism do zamawiającego po wypowiedzeniu umowy ze skutkiem natychmiastowym. I tak pismo z dnia 25.11.2013 r. do Dyrektora zamawiającego z wyjaśnieniem przyczyn braku montażu wodomierzy oraz gotowością wymiany brakujących wodomierzy po umożliwieniu wykonania tych prac przez zamawiającego. W piśmie tym zawarte jest następujące stanowisko. Pan A..... P..... również podpisał protokół odbioru na podstawie błędu. Firma została oszukana i okradziona przez pracownika S..... K....., który był odpowiedzialny za samodzielne wykonanie powyższego zlecenia. Pan A..... P..... w piśmie tym przyznaje, że jego winą była niedostateczna kontrola tego pracownika na przedmiotowym zadaniu. Informuje, że w początkowej fazie wymiany wodomierzy czynności pracownika były kontrolowane przez niego jak i inspektora zamawiającego i nie budziły zastrzeżeń. Pracownik ten sygnalizował trudności w dostępie do mieszkań. Administracja zamawiającego pomagała w umawianiu lokatorów. Nie było żadnych sygnałów o braku wymiany wodomierzy. Z chwilą poinformowania przez kierownika BOM-8 w dniu 24.10.2013r. o braku wymiany wodomierzy chcieliśmy od razu przystąpić do wykonania prac, ale Pani Kierownik zakazała wpuszczenia nas do budynku. Pan S..... Kr..... nie jest już naszym pracownikiem. Od 15 lat pracujemy w branży sanitarnej. (...)Firma BRATEX A..... P..... ponosi całkowitą odpowiedzialność za zaistniałą sytuację, gdyż odpowiada za pracę wykonywaną przez swoich pracowników. Chcielibyśmy jednak wyrazić skruchę oraz zapewnić, iż nasze działanie było wynikiem wprowadzenia nas w błąd i niedopatrzania z naszej strony, a nie celem oszustwa. W dalszym ciągu jesteśmy gotowi w każdej wyznaczonej przez GZNK chwili wymienić pozostałe wodomierze.” Po tym piśmie

Pan A..... P..... jeszcze kilkakrotnie zwracał się do zamawiającego w sprawie umożliwienia wstawienia brakujących wodomierzy i tak. Pismo z dnia 05.12.2013 r. odwołującego do zamawiającego w sprawie wyjaśnienia dlaczego zamawiający ma zastrzeżenia i wykluczył odwołującego z postępowania. Pismo z dnia 06.12..2013 r. odwołującego do zamawiającego z odwołaniem się od decyzji wykluczenia z postępowania. Pismo z 3 stycznia 2014 r. odwołującego do pana Dyrektora zamawiającego o umożliwienie wstawienia brakujących wodomierzy i o nieskuteczności odstąpienia od umowy. Zamawiający ostatecznie w dniu 08.01.2014r. podtrzymał stanowisko co do rozwiązania umowy. Po czym wystawił notę obciążeniową nr 01/2014/TE z 10.01.2014 r. kara umowna z tytułu odstąpienia od umowy przez zamawiającego z przyczyn za które ponosi odpowiedzialność wykonawca. W dniu 09.01.2014r. zamawiający zawiadomił Prokuraturę Rejonową Gdańsk- Południe o możliwości popełnienia przestępstwa w postaci zamachu na środki publiczne, poprzez wystawienie faktury na nie wykonane roboty.

Izba zważyła.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołanie zostało wniesione, ponieważ zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania z powodu rozwiązania z nim umowy w 2013r. w trybie wypowiedzenia ze skutkiem natychmiastowym z powodu nie wykonania umowy w terminie w umowie przewidzianym. Izba orzekła o nie uwzględnieniu odwołania po zbadaniu okoliczności, w których nastąpiło rozwiązanie umowy, a które to okoliczności zostały przedstawione w części uzasadnienia wyroku odnoszącej się do ustaleń Izby. Tak więc Izba zdecydowała o oddaleniu odwołania nie tylko na podstawie treści oświadczenia zamawiającego o rozwiązaniu umowy ale przede wszystkim na podstawie zbadania okoliczności towarzyszących podjęciu tej czynności przez zamawiającego. Istotnym elementem w sprawie jest kwestia ustalenia czy wykonawca odpowiada czyli ponosi konsekwencje jako firma za działania swojego pracownika, w szczególności gdy działania tego pracownika narażają na szkodę zamawiającego w szerokim tego słowa znaczeniu. W przedmiotowej sprawie wykonawca przez brak kontroli i nadzoru na pracownikiem doprowadził do próby wyłudzenia zapłaty, poprzez wystawienie faktury, pomimo nie wykonania roboty. Istnieje do rozstrzygnięcia zagadnienie czy wykonawcę obciąża ryzyko odpowiedzialności za oszustwa jego pracownika czyli osoby, którą posługuje się przy wykonaniu zamówienia. Odwołujący stawia te kwestię jako okoliczność zwalniającą jego z odpowiedzialności wobec zamawiającego, ponieważ to nie on wykonawca tylko jego pracownik wyłudza zapłatę za nie wykonane zamówienie, a wykonawca deklaruje się do naprawienia powstałej sytuacji. W ocenie Izby odpowiedzialność wykonawcy jest oczywista, ponieważ to on podpisał protokół wykonania robót oraz to on wystawił fakturę jako firma, a nie jego pracownik. To odwołujący ma obowiązek kontroli i nadzoru nad osobą pracownika, a nie zamawiający. Kwestią wtórną leżącą po stronie zamawiającego jest ocena swoich służb,

które podpisują protokół odbioru robót za tzw. biurka., a co nie zwalnia wykonawcy z odpowiedzialności za potwierdzenie nieprawdy w protokole odbioru robót, na podstawie którego usiłuje przysporzyć swojej firmie korzyść majątkową ze środków publicznych, wystawiając fakturę za niewykonaną usługę. Również jest rzeczą wtórną jest tak zwany akt żalu odwołującego po wykryciu usiłowania wyłudzenia środków publicznych przez służby rozliczeniowe zamawiającego zużycia c.w.u. i z.w. po rzekomej wymianie wodomierzy (pismo odwołującego do zamawiającego z dnia 25.11.2013r.). Wykonawca w piśmie do zamawiającego z dnia 25.11.2013r. to jest po wykryciu oszustwa jego firmy w zakresie braku wymiany wodomierzy i mimo to wystawienia faktury za nie wykonaną usługę dokonuje aktu skruchy, przyznaje się do winy, deklaruje gotowość wymiany wodomierzy. Niemniej w sytuacji gdy zamawiający podtrzymuje swoją decyzję o rozwiązaniu umowy ze skutkiem natychmiastowym, odwołujący kwestionuje czynność rozwiązania umowy i domaga się umożliwienia jemu wymiany wodomierzy, powołując się na jego dobrą wolę. Postawa odwołującego jest nie zrozumiała, ponieważ z jednej strony przyznaje się do bezpodstawnego obciążenia zamawiającego za niewykonaną usługę, ale z drugiej strony domaga się umożliwienia naprawienia błędu i nie pozostawia w tym przedmiocie wyboru zamawiającemu. Tak postawa odwołującego wskazuje na to, że nie poczuwa się on do poniesienia jakichkolwiek konsekwencji swojego nagannego postępowania przy wykonywaniu umowy. Uważa, że nic się nie stało i zamawiający ma obowiązek umożliwić jemu wykonanie umowy, ponieważ skąd mógł wiedzieć, że zatrudnił w swojej firmie pracownika- złodzieja. W ocenie Izby rzetelny wykonawca powinien wiedzieć czy posługuje się pracownikiem złodziejem przede wszystkim przez wewnętrzny w firmie system kontroli. Wykonawcy nie usprawiedliwia brak kontroli swojego pracownika poprzez stwierdzenie, że powierzył jemu samodzielne wykonanie wymiany wodomierzy. Jeżeli uważa, że nie ma obowiązku sprawdzania każdorazowo pracownika to musi pogodzić się ryzykiem, że może być oszukany przez pracownika, a konsekwencje tego oszustwa będą jego obciążały, ponieważ to na jego firmę, a nie jego pracownika wystawiana jest faktura za wymianę wodomierzy, której nie wykonano. Izba nie widzi podstaw do przyjęcia rozumowania wykonawcy (odwołującego), że w takiej sytuacji zamawiający ma obowiązek umożliwienia wykonania jemu umowy. Pomimo, że w piśmie o rozwiązaniu umowy (pismo zamawiającego z dnia 04.11.2013r.) zamawiający w lakoniczny sposób określa przyczynę wypowiedzenia umowy ze skutkiem natychmiastowym to Izba oceniając tę czynność prawną wzięta pod uwagę przy ocenie spełnienia przesłanek z art.24 ust.1 pkt 1 a ustawy pzp rzeczywiste okoliczności a mianowicie próbę wyłudzenia zapłaty pomimo braku wykonania umowy, za co odpowiada wykonawca, a nie jego pracownik wobec zamawiającego. Okoliczność rzekomej niewiedzy odwołującego o braku wymiany wodomierzy przez jego pracownika w ocenie Izby nie usprawiedliwia wykonawcy na tyle aby nie uznać zaistniałej sytuacji za rażące

niedbalstwo właściciela firmy, który pozwala oszukiwać zamawiającego, dysponującego środkami publicznymi. W związku z powyższym Izba takie zachowanie odwołującego w zakresie sprawowania kontroli czy nadzoru na osobami, którymi posługuje się przy on przy realizacji zamówienia kwalifikuje jako rażące niedbalstwo, a nie uchybienie pomimo w zakresie nadzoru na funkcjonowaniem firmy. Tak więc podsumowując zagadnienie braku właściwego nadzoru nad pracownikiem odwołującego, Izba nie stwierdza aby w takich okolicznościach odwołujący mógł powoływać się na bezpodstawne odstępianie od wykonania umowy przez zamawiającego. Izba nie znajduje podstaw do stwierdzenia, że przy próbie oszukania zamawiającego w gruncie rzeczy przez odwołującego, zamawiający ma obowiązek umożliwienia wykonawcy dalszej próby wykonania umowy. W takiej sytuacji próba oszukania zamawiającego pozostałaby bezkarna i akceptowana przez zamawiającego. W związku z powyższym to po stronie zamawiającego leży decyzja o wykluczeniu wykonawcy z postępowania. Izba dokonując oceny w przedmiotowej sprawie uwzględniła nie tylko treść art.24 ust.1 pkt 1 a ustawy pzp. ale również wytyczne dla stosowania tego przepisu wynikające z wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13.12.2012r. w sprawie C-465/11. Nie uwzględniając złożonego odwołania, Izba nie podzieliła również stanowiska odwołującego co do braku podstaw do rozwiązania umowy ze skutkiem natychmiastowym w kontekście wiążącej strony umowy. Zamawiający powołując się na § 9 pkt 3 umowy w związku z przekroczeniem terminu jej wykonania zasadnie wskazał na niemożność eksploatacji przedmiotu umowy. Dowodem na powyższą niemożność było to, że dokonując rozliczenia za dostawę c.w.u. i z.w. zamawiający nie mógł dokonać rozliczenia lokatorów z uwagi na absurdalne rachunki sięgające od kilku do kilkunastu tysięcy złotych za jeden miesiąc dostawy. Co do szerokiej argumentacji w odwołaniu odnoszącej się do definiowania „poważnego wykroczenia” to sam odwołujący przyznaje, że Trybunał Sprawiedliwości odnosi to pojęcie nie tylko do zachowania wykonawcy wykazującego zamiar uchybienia ale także do stosunkowo poważnego niedbalstwa po stronie wykonawcy. Odwołujący wskazuje na okoliczność, że kilkakrotnie odwoływał się do zamawiającego, aby ten umożliwił jemu wykonanie umowy w ramach roszczeń gwarancyjnych. Po pierwsze należy zwrócić uwagę na istotną okoliczność, że odwołujący wystąpił z propozycją wymiany wodomierzy nie w związku z przekroczeniem terminu wykonania umowy, ale z powodu wyjścia na jaw, że posłużył się sfałszowanymi protokółami wymiany wodomierzy u poszczególnych lokatorów. I nie ma tutaj, o czym była mowa powyżej, usprawiedliwienia, że oszustwa dopuścił się jego pracownik, a nie sam odwołujący. Dla przedstawienia tej okoliczności Izba wskazuje na przywoływany powyżej zapis umowy, z którego wynika, że z ramienia wykonawcy roboty prowadzić będzie P. A..... P..... i zarówno protokół odbioru robót jak i fakturę na niewykonane roboty wystawił P. A..... P..... z powodu braku profesjonalizmu.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00zł. w koszty postępowania odwoławczego.

Przewodniczący

Członkowie

.....