

UZP/DKUE/KU/77/14

**Informacja o wyniku kontroli uprzedniej
(dotyczy części 2 zamówienia)**

1. Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli:

- Zamawiający:** Nadleśnictwo Borne Sulinowo
al. Niepodległości 32
78-449 Borne Sulinowo
- Rodzaj zamówienia:** usługi
- Przedmiot zamówienia:** „Wykonanie rozpoznania i oczyszczenia saperskiego terenów Nadleśnictwa Borne Sulinowo – część 2 zamówienia.”
- Tryb postępowania:** przetarg nieograniczony
- Wartość zamówienia:** 26 847 848,26 zł (tj. 6 354 670,70 euro), w tym wartość zamówień uzupełniających 6 195 657,29 zł (tj. 1 146 462,47 euro). Zamówienie podzielono na części, gdzie wartość poszczególnych części („zadań”) wynosiła:
- Zadanie 1: 3 169 140,57 zł (tj. 750 110,20 euro),
 - Zadanie 2: 2 913 062,32 zł (tj. 689 498,53 euro),
 - Zadanie 3: 5 138 308,40 zł (tj. 1 216 196,45 euro),
 - Zadanie 4: 4 867 908,49 zł (tj. 1 152 194,96 euro),
 - Zadanie 5: 4 563 771,19 zł (tj. 1 080 208,10 euro).
- Całkowita wartość zamówienia – 57 962 520,35 zł,
co stanowi 13 719 264,44 euro.

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

Na wykonanie części 2 zamówienia wpłynęły dwie oferty:

1. UNI SAPER S.C. Ryszard Jankowski, Zbigniew Kumoszko (dalej jako: UNI SAPER S.C.) z ceną 3.918.114,72 zł;
2. P.P.H. TELKAZ Sp. z o.o. z ceną 3.146.057,75 zł.

Kryterium wyboru oferty w postępowaniu była cena = 100%.

Zamawiający dokonał wyboru oferty UNI SAPER S.C. z ceną wyższą, zaś na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a wykluczył wykonawcę P.P.H TELKAZ Sp. z o.o., jednocześnie uznając złożoną przez ww. wykonawcę ofertę za odrzuconą zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 4.

Zamawiający, uzasadniając wykluczenie wykonawcy P.P.H. Telkaz Sp. z o.o. wskazał, iż w dniu 07.11.2013 roku rozwiązał w trybie natychmiastowym umowę z ww. wykonawcą, dotyczącą wykonania zamówienia publicznego pn. „Wykonanie rozpoznania i oczyszczenia saperskiego w Nadleśnictwach Borne Sulinowo i Czarnobór” z winy wykonawcy, zaś wartość niezrealizowanych prac stanowiła 93,75% wartości rozwiązanej umowy. Zamawiający wskazał, iż w związku z powyższym zostały spełnione przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania przewidziane w art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp. Rezultatem wykluczenia wykonawcy na ww. podstawie była konieczność odrzucenia złożonych przez niego ofert, zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. W sposób analogiczny zamawiający wykluczył wykonawcę z postępowania w zakresie części 1 zamówienia.

Pismem z dnia 2.06.2014 r. wykonawca P.P.H. TELKAZ Sp. z o.o., który złożył oferty na 2 części zamówienia, wniósł do Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie w zakresie części nr 1. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp w zw. z art. 45 ust. 2 lit. d Dyrektywy 2004/18/WE poprzez bezzasadne wykluczenie odwołującego z postępowania;
- 2) art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez bezzasadne unieważnienie postępowania w sytuacji w której odwołujący złożył ofertę nie podlegającą odrzuceniu;
- 3) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie uznania oferty złożonej przez odwołującego za najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu odwołania wykonawca podniósł, iż zamawiający zastosował przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a w sposób wadliwy, nieuwzględniający wykładni wynikającej z wyroku ETS z dnia 13.12.2012 r. w sprawie C-465/11 Forposta i ABC Direct Contact , zgodnie z którym przepis 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp uznać należy za niezgodny z art. 45 ust. 2 lit d

Dyrektywy 2004/18/WE (dalej jako: Dyrektywa), którego implementację miał stanowić. Artykuł 45 ust. 2 lit. d Dyrektywy stanowi, że „Z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który: d. jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające”. Odwołujący wskazał, iż podstawą rozwiązania umowy na zamówienie publiczne „Wykonanie rozpoznania i oczyszczenia saperskiego w Nadleśnictwach Borne Sulinowo i Czarnobór” był § 21 ust. 1 pkt 2 tej umowy, zgodnie z którym „*zamawiającemu przysługuje prawo do odstąpienia od umowy w przypadku, gdy dotychczasowy przebieg prac wskazywać będzie, że nie jest prawdopodobnym należyte wykonanie Umowy w umówionym terminie – w terminie 14 dni od dnia, kiedy Zamawiający powziął wiadomość o okolicznościach uzasadniających odstąpienie od Umowy z tych przyczyn*”. Wykonawca wskazał, iż rozwiązanie przedmiotowej umowy nastąpiło na skutek nieterminowej jej realizacji, którego nie sposób traktować jako „poważnego wykroczenia zawodowego”, a zatem nie znajduje w tym przypadku zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp, zgodnie z powoływanym wyrokiem ETS. Wobec powyższego, wykluczenie go z postępowania jedynie na podstawie okoliczności rozwiązania umowy z winy wykonawcy jest niezgodne z art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp interpretowanym zgodnie z art. 45 ust. 2 lit. d Dyrektywy oraz ww. wyrokiem ETS. Ponadto odwołujący podnosił, iż nieterminowa realizacja ww. umowy była następstwem działań zamawiającego.

Wyrokiem z dnia 17 czerwca 2014 r. (sygn. akt KIO 1111/14) Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła ww. odwołanie wykonawcy TELKAZ Sp. z o.o. KIO podzieliła argumentację odwołującego, iż przy uwzględnieniu pro unijnej wykładni dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp, nie można było uznać, że zaistniały przesłanki do wykluczenia wykonawcy TELKAZ Sp. z o.o. z przedmiotowego postępowania. W konsekwencji za zasadny został uznany również zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, bowiem brak było podstaw do unieważnienia postępowania w zakresie Zadania nr I, wobec czego oferta odwołującego mogła być uznana za najkorzystniejszą. Ponadto KIO nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w zakresie Zadania nr I, unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania oraz odrzucenia oferty wykonawcy TELKAZ Sp. z o.o., powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie Zadania nr I, z uwzględnieniem oferty ww. wykonawcy.

Wobec okoliczności, iż ww. wyrok KIO, wydany w zakresie części (Zadania) nr 1, dotyczy analogicznego stanu faktycznego i prawnego, jaki występuje w części nr 2, należy uznać, iż wyrok ten ma wpływ również tę część. Mając na uwadze powyższe, zamawiający winien także w części nr 2 dokonać unieważnienia czynności wykluczenia z postępowania oraz

odrzućenia oferty wykonawcy TELKAZ Sp. z o.o. oraz powtórzenia czynności oceny i badania ofert w zakresie części (zadania) 2 zamówienia. Zamawiający zaniechał podjęcia wskazanych czynności w ww. zakresie, wobec czego uznać należy, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie części 2 dotknięte jest wadą w postaci naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp.

Zalecenie usunięcia naruszenia:

Zaleca się unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania oraz odrzućenia oferty wykonawcy TELKAZ Sp. z o.o. w części 2 przedmiotowego zamówienia oraz powtórzenie czynności oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty ww. wykonawcy.

Ponadto, informuję iż stosownie do treści art. 171 a ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.