

WYROK

z dnia 13 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: **Wiktoria Ceyrowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 stycznia 2023 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 grudnia 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Jantar sp. z o.o., Jantar 2 sp. z o.o., Sekret sp. z o.o., ul. Zygmunta Augusta 71; 76-200 Słupsk**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Szczecinie, ul. Tama Pomorzańska 13A; 70-030 Szczecin**,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Impel Facility Services sp. z o.o., DC System sp. z o.o., ul. Słonimskiego 1; 50-304 Wrocław**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszych ofert w częściach nr 6, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 15, 16 i 18 zamówienia, dokonanie ponownego badania i oceny ofert w częściach nr 6, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 15, 16 i 18 zamówienia, z uwzględnieniem ofert złożonych przez odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Jantar sp. z o.o., Jantar 2 sp. z o.o., Sekret sp. z o.o., ul. Zygmunta Augusta 71; 76-200 Słupsk.**
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Szczecinie, ul. Tama Pomorzańska 13A; 70-030 Szczecin** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Jantar sp. z o.o., Jantar 2 sp. z**

o.o., Sekret sp. z o.o., ul. Zygmunta Augusta 71; 76-200 Słupsk, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego **Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Szczecinie, ul. Tama Pomorzańska 13A; 70-030 Szczecin** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Jantar sp. z o.o., Jantar 2 sp. z o.o., Sekret sp. z o.o., ul. Zygmunta Augusta 71; 76-200 Słupsk**, kwotę 19 682 zł 40 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy sześćset osiemdziesiąt dwa złote, czterdzieści groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, dojazdu na rozprawę oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Szczecinie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są „*Usługi utrzymania porządku i czystości oraz sprzątnięcia w obiektach i jednostkach na terenie RZGW w Szczecinie*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 30 września 2022 r., pod nr 2022/S 189-534010.

Dnia 20 i 23 grudnia 2022 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 29 grudnia 2022 roku, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Jantar sp. z o.o., Jantar 2 sp. z o.o., Sekret sp. z o.o., ul. Zygmunta Augusta 71; 76-200 Słupsk (dalej „*Odwołujący*”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w zakresie części nr 6, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 15, 16 i 18.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 pzp poprzez naruszenie zasady przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, polegające na braku wykazania i przedstawienia przez zamawiającego dowodów potwierdzających wystąpienie okoliczności uzasadniających wykluczenie odwołującego z niniejszego postępowania z powodu odstąpienia przez zamawiającego od wcześniejszej umowy i uniemożliwienie odwołującemu skorzystania z procedury tzw. samooczyszczenia lub skorzystania ze środków ochrony prawnej,
2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. „a” w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 pzp poprzez błędne uznanie, że odwołujący podlega wykluczeniu z niniejszego postępowania z uwagi na odstąpienie przez zamawiającego od wcześniejszej umowy,
3. art. 109 ust. 1 pkt 7 pzp poprzez brak wykazania i przedstawienia przez zamawiającego dowodów potwierdzających wystąpienie okoliczności uzasadniających wykluczenie odwołującego z niniejszego postępowania z powodu odstąpienia przez zamawiającego od wcześniejszej umowy.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) uchylenie czynności wyboru najkorzystniejszych ofert złożonych na Części nr 6, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 15, 16 i 18,
- 2) dokonanie ponownej oceny ofert złożonych na Części nr 6, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 15, 16 i 18, z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Odwołujący wskazał, że w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty odwołującego zamawiający wskazał, że w pkt 7 SWZ, przewidział dodatkowe podstawy wykluczenia wykonawców, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 4 i 7-10. Odwołujący załączył do oferty formularze JEDZ wszystkich członków konsorcjum, w których oświadczył, że nie zachodzą wobec niego zarówno obligatoryjne jak i fakultatywne podstawy wykluczenia (dowody z dokumentów: formularze JEDZ członków konsorcjum odwołującego — w dokumentacji postępowania), w celu wykazania faktu, że wobec odwołującego nie zachodzą zarówno obligatoryjne jak i fakultatywne podstawy wykluczenia.

Ponadto zamawiający wskazał, że odwołujący w wyniku rozstrzygniętego postępowania pn. *„Usługi kompleksowego sprzątnia pomieszczeń PGW Wody Polskie RZGW w Szczecinie*

w 2022 r.” w zakresie cz. 1 RZGW w Szczecinie ul. Tama Pomorzańska 13a, Archiwum Zakładowe oraz Magazyn Główny, ul. Chmielewskiego 20C Szczecin, w dniu 03.01.2022 r. zawarł z zamawiającym umowę, której przedmiotem było świadczenie przez wykonawcę na rzecz zamawiającego usługi polegającej na kompleksowym sprzątniu pomieszczeń oraz obiektów wykorzystywanych przez Jednostkę Organizacyjną Zamawiającego - Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Szczecinie, ul. Tama Pomorzańska 13A, zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia w części zamówienia - zadanie nr 1 stanowiącym załącznik nr 10 do SWZ. Wykonawca nie wykonywał i nienależycie wykonywał zobowiązania wynikające z Umowy, co doprowadziło do odstąpienia od umowy, które miało miejsce dnia 11.05.2022 r.

W ocenie zamawiającego, wykonawca naruszając zobowiązania umowne wynikające z Umowy, nie wykonywał, a także nienależycie wykonywał części obowiązków umownych. Zamawiający wielokrotnie zwracał uwagę na nieprawidłowości dotyczące realizacji Umowy przez wykonawcę. Zastrzeżenia były składane osobie wyznaczonej w Umowie do kontaktów ze strony wykonawcy, jak i liderowi konsorcjum wykonawców - Spółce „Jantar” sp. z o.o. w Słupsku. Pomimo licznych interwencji i próśb ze strony zamawiającego odnoszących się do jakości i staranności wykonawcy w realizacji umowy, sytuacja nie uległa zmianie. Usługi w dalszym ciągu nie były w ogóle wykonywane lub były wykonywane w sposób niewłaściwy, co skutkowało brakiem utrzymania czystości w budynku RZGW w Szczecinie przy ul. Tama Pomorzańska 13a, w tym w pomieszczeniach biurowych, pomieszczeniach WC oraz w ciągach komunikacyjnych. W związku z brakiem poprawy zamawiający zarządził inspekcje z udziałem pracowników RZGW w Szczecinie, którzy zostali także zobowiązani do weryfikacji wykonywania usług w zajmowanych przez nich pomieszczeniach. Z ustaleń Zamawiającego wynika, że Wykonawca co najmniej dwukrotnie nie wykonał w budynku RZGW w Szczecinie przy ul. Tama Pomorzańska 13a świadczenia wskazanego w Opisie przedmiotu zamówienia, polegającego na: Sprzątnie pomieszczeń biurowych

1. Odkurzanie wykładzin dywanowych,

2. Zamiatanie i przecieranie na wilgotno twardej powierzchni podłogowych

Sprzątanie powierzchni magazynowych i technicznych I. Przecieranie na mokro powierzchni schodów. Sprzątanie pomieszczeń sanitarnych 1, Mycie wszystkich urządzeń sanitarnych (armatura, biała armatura, wyposażenie sanitariatów, kosze na śmieci, deski sedesowe, parapety) pomimo, iż był zobowiązany do wykonywania tych czynności codziennie.

W opinii zamawiającego z w/w powodów, zaistniały łącznie wszystkie przesłanki uzasadniające wykluczenie wykonawcy z prowadzonego postępowania w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy Pzp, a mianowicie:

- wykonawca w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał zobowiązania wynikające z umowy - w czasie ustalonych inspekcji ustalono, że wykonawca co najmniej dwukrotnie nie wykonał czynności, które był zobowiązany wykonywać codziennie.

Wcześniejsze monitoringi także wskazywały na brak wykonywania przez wykonawcę czynności wynikających z umowy;

- zobowiązanie wynikające z umowy było istotne - przedmiotem umowy było świadczenie przez wykonawcę na rzecz zamawiającego usługi polegającej na kompleksowym sprzątaniu pomieszczeń, także niewykonanie przez wykonawcę czynności prowadzących do utrzymania porządku i czynności, i to takich czynności, które wykonawca zobowiązany był wykonywać codziennie, było istotne;

- niewykonywanie lub nienależyte wykonywanie przez wykonawcę zobowiązań wynikających z umowy doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonywania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady - zamawiający w dniu 11.05.2022 r odstąpił od umowy z wykonawcą oraz nałożył na wykonawcę kary umowne wynikające z postanowień umowy.

W ocenie odwołującego w/w czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego, z uwagi na błędne uznanie przez zamawiającego, że odwołujący podlega wykluczeniu z niniejszego postępowania, została powzięta z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. „a” w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 pzp.

Odwołujący wskazał, że w piśmie z 31 maja 2022 r., w odpowiedzi na oświadczenie o odstąpieniu od umowy wskazał, że w całości kwestionuje twierdzenia dotyczące niewykonania we wskazanych dniach wymienionych czynności sprzątania, a oświadczenie o odstąpieniu od umowy w całości uznaje za bezzasadne i nieskuteczne. Odwołujący wskazał, że wszystkie obowiązki wynikające z umowy były realizowane w sposób należyty zgodnie

z zawartą umową. W szczególności w dniu 02.05.2022 r. w pomieszczeniach biurowych zostały odkurzone wykładziny dywanowe oraz zostały zamiecione i przetarte na wilgotno

twarde powierzchnie podłogowe, a w pomieszczeniach magazynowych i technicznych schody zostały przetarte na mokro. Natomiast w pomieszczeniach sanitarnych zostały umyte wszystkie urządzenia sanitarne (armatura, biała armatura, wyposażenie sanitariatów, kosze na śmieci, deski sedesowe, parapety). Analogicznie w dniu 04.05.2022 r. w pomieszczeniach biurowych zostały odkurzone wykładziny dywanowe oraz zostały zamiecione i przetarte na wilgotno twarde powierzchnie podłogowe, a w pomieszczeniach magazynowych i technicznych schody zostały przetarte na mokro. Natomiast w pomieszczeniach sanitarnych zostały umyte wszystkie urządzenia sanitarne (armatura, biała armatura, wyposażenie sanitariatów, kosze na śmieci, deski sedesowe, parapety). Na potwierdzenie wykonania w/w czynności została sporządzona notatka służbowa przez pracowników konsorcjum, którzy świadczą usługę oraz nadzorowali jej należyte wykonanie. W konsekwencji odwołujący oświadczył, że nie została spełniona przesłanka odstąpienia od umowy określona w § 12 ust. 2 pkt 1 umowy, dotycząca dwukrotnego niewykonania lub nienależytego wykonania w budynku RZGW w Szczecinie przy ul. Tama Pomorzańska 13a, czynności odkurzania wykładzin dywanowych oraz zmiatania i przetarcia na wilgotno twardej powierzchni podłogowych

w pomieszczeniach biurowych, a w pomieszczeniach magazynowych i technicznych przetarcia na mokro powierzchni schodów oraz w pomieszczeniach sanitarnych umycia wszystkich urządzeń sanitarnych (armatury, białej armatury, wyposażenia sanitariatów, koszy na śmieci, desek sedesowych, parapetów), wobec czego należało uznać, że kara umowna za odstąpienie od umowy również została naliczona bezpodstawnie, w związku z czym odmówił jej zapłaty i odesłał notę obciążeniową bez księgowania.

W odpowiedzi z 13.06.2022 r. zamawiający oświadczył, że podtrzymuje swoje stanowisko o skuteczności odstąpienia od umowy, ponieważ ustalony stan faktyczny dotyczący braku wykonywania umowy został udokumentowany za pomocą fotografii i kompletnego materiału z nagrań monitoringu, który został odpowiednio zabezpieczony przez zamawiającego, a twierdzenia odwołującego o wykonywaniu umowy zgodnie z umową pozostają gołosłowne, a notatki pracowników konsorcjantów uznać należy za niewiarygodne.

W odpowiedzi z 29.06.2022 r. odwołujący również podtrzymał swoje stanowisko, wskazując, że to twierdzenia zamawiającego o rzekomym braku wykonywania przez konsorcjum świadczeń wynikających z umowy, udokumentowane przez zamawiającego za pomocą fotografii oraz kompletnego materiału z nagrań monitoringu, należy uznać za gołosłowne, a tym samym niewiarygodne i nieudowodnione.

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 28 marca 2022 r. (KIO 665/22) Izba uznała, że wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych jest dopuszczalne jedynie w przypadku zajścia wszystkich określonych w tym przepisie przesłanek łącznie, a ponadto przesłanki te nie mogą być

rozumiane dowolnie. Wykluczając odwołującego zamawiający nie może zatem opierać się wyłącznie na fakcie, że doszło do rozwiązania wcześniejszej umowy zawartej z wykonawcą. Zamawiający musi także wykazać, że do rozwiązania umowy (lub zasądzenia odszkodowania) doszło z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę. Oznacza to, że zamawiający musi wykazać, czego. konkretnie wykonawca nie zrobił lub jakiego obowiązku wynikającego z wcześniejszej umowy nie wykonał. Ponadto zobowiązany jest wykazać, że określone we wcześniejszej umowie zobowiązanie, którego wykonawca nie wykonał lub wykonał nienależycie, było dla tej umowy istotne. W świetle dyrektywy klasycznej oznacza to, że zamawiający musi wykazać, że wykonawca albo nie wykonał umowy w ogóle albo wykonał ją nienależycie w stopniu znaczącym lub nienależyte wykonywanie miało charakter uporczywy, nawet jeśli niedociągnięcia nie były znaczące.

Rolą zamawiającego jest zebranie dowodów świadczących o wystąpieniu wszystkich, określonych w przepisie przesłanek łącznie i uzasadnienie zaistnienia każdej z nich. Jest to istotne dla zachowania zasady proporcjonalności i przejrzystości postępowania oraz zachowania uczciwej konkurencji, a także dla możliwości skorzystania przez wykonawcę z procedury tzw. samooczyszczenia lub skorzystania przez niego ze środków ochrony prawnej.

Podobnie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 23 lipca 2021 r. (KIO 1482/21), w którym Izba wskazała m.in., że: *„Odstąpienie od umowy czy naliczenie kar umownych są jednymi z elementów konstrukcji przepisu art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych i to elementami wtórnymi oraz wynikowymi. Najistotniejsze i konieczne do wykazania przez zamawiającego jest niewykonanie lub nienależyte wykonanie w znacznym stopniu lub zakresie umowy albo jej długotrwale nienależyte wykonywanie w cywilistycznym rozumieniu tych pojęć oraz jednocześnie wykazanie, że odnosi się ono do istotnej części umowy i, że odpowiedzialność za taki stan rzeczy ponosi wykonawca. Choć odstąpienie od umowy jest oświadczeniem woli o charakterze prawno-kształtującym nie oznacza, że nie może ono być wadliwe lub bezskuteczne. Jak każde oświadczenie woli, którego skuteczność zależy od spełnienia określonych warunków w znaczeniu klasycznym, może być skutecznie kwestionowane przez jego adresata. Tym samym wszystkie, istotne z punktu widzenia zamawiającego, powody niewykonania lub nienależytego wykonania wskazanych umów, powinny znaleźć swoje szczegółowe i wyraźne odzwierciedlenie w uzasadnieniu wykluczenia odwołującego”* oraz w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 28 lutego 2022 r. (KIO 315/22): *„Nie każde nienależyte wykonanie umowy w sprawie*

zamówienia publicznego lub koncesji będzie stanowiło podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania, lecz tylko takie, które wskazuje na nienależyte wykonanie w znacznym stopniu lub zakresie albo długotrwanie nienależyte wykonywanie istotnych zobowiązań wynikających z umowy, z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, które doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień. z tytułu rękojmi za wady”.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt stanu faktycznego ustalonego w niniejszym postępowaniu, należy bezsprzecznie uznać, że zamawiający będąc do tego zobowiązany, dotychczas nawet w najmniejszym stopniu, nie wykazał i nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających wystąpienie okoliczności uzasadniających wykluczenie odwołującego z niniejszego postępowania z powodu odstąpienia przez zamawiającego od wcześniejszej umowy, mimo że wielokrotnie wskazywał i powoływał się na stosowną dokumentację fotograficzną oraz kompletny materiał z nagrań monitoringu. Zamawiający nie sprostał obowiązkowi wykazania, że odwołujący faktycznie nie wykonał bądź wykonał nienależycie określone we wcześniejszej umowie zobowiązanie, które było dla tej umowy istotne. Zamawiający zarzucał odwołującemu niewiarygodność notatek pracowników i gołosłowność twierdzeń o prawidłowym wykonaniu umowy, a sam dotychczas nie przedstawił odwołującemu żadnych dowodów potwierdzających prawdziwość przesłanek będących podstawą odstąpienia od wcześniejszej umowy i tym samym potwierdzających skuteczność odstąpienia od wcześniejszej umowy. Dotychczasowy zupełny brak dowodów i gołosłowność zarzutów zamawiającego, uniemożliwiło odwołującemu skorzystanie z procedury tzw. samooczyszczenia lub skorzystania ze środków ochrony prawnej. Poza tym odwołujący wskazuje, że poprzednie postępowanie zostało również podzielone przez zamawiającego na osiemnaście części i w wyniku jego rozstrzygnięcia zamawiający zawarł z odwołującym łącznie pięć umów, dotyczących pięciu odrębnych części. Natomiast odstąpienie od umowy przez zamawiającego, które było nieuzasadnione i nieskuteczne, nastąpiło tylko w przypadku jednej z tych umów.

W związku z powyższym odwołujący nadal, aktualnie świadczy dla zamawiającego w ramach wcześniejszych umów - usługi w czterech częściach zamówienia, w przypadku których zamawiający nie zgłaszał żadnych uwag i zastrzeżeń (dowody z dokumentów: protokoły z usługi kompleksowego sprzątnia pomieszczeń (szt. 35) - w posiadaniu zamawiającego w celu wykazania faktu, że z zawartych wcześniej pięciu umów, cztery umowy są nadal realizowane bez żadnych uwag i zastrzeżeń, a ewentualne niewykonanie jednej z pięciu wcześniejszych umów nie było znaczące).

Poza tym dodatkowo wskazać należy, że część 1 przedmiotu zamówienia na podstawie wcześniejszej umowy, od której to umowy zamawiający nieskutecznie odstąpił, obejmowała dwa obiekty, tj.:

1. RZGW ul. Tama Pomorzańska 13 A,

2. Archiwum Zakładowe oraz Magazyn Główny, ul. Chmielewskiego 20 C,

a rzekome nienależyte wykonanie usługi dotyczyło tylko jednego z nich tzn. obiektu RZGW ul. Tama Pomorzańska 13 A.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, że z pięciu zawartych umów pomiędzy zamawiającym, a odwołującym, w zakresie realizacji pięciu części zamówienia, zamawiający odstąpił i to nieskutecznie, tylko w przypadku jednej z nich. Cztery pozostałe umowy są nadal realizowane przez odwołującego i zamawiający nie ma do nich żadnych zastrzeżeń (dowody z dokumentów: protokoły z usługi kompleksowego sprzątnia pomieszczeń (szt. 35)

-

w posiadaniu zamawiającego w celu wykazania faktu, że z zawartych wcześniej pięciu umów, cztery umowy są nadal realizowane bez żadnych uwag i zastrzeżeń, a ewentualne niewykonanie jednej z pięciu wcześniejszych umów nie było znaczące).

Natomiast w niniejszym postępowaniu zamawiający odrzucił ofertę odwołującego w każdej z szesnastu części, na które odwołujący złożył ofertę, mimo że ewentualne nieskuteczne

i kwestionowane przez odwołującego odstąpienie od umowy nastąpiło tylko w przypadku umowy zawartej na realizację jednej z osiemnastu części zamówienia.

Mając na uwadze przedstawiony stan faktyczny, należy stwierdzić, że zamawiający zupełnie błędnie interpretuje przesłankę fakultatywnego wykluczenia odwołującego z niniejszego postępowania i w konsekwencji odrzucenia jego oferty, a przede wszystkim zamawiający nie wykazał i nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających wystąpienie okoliczności uzasadniających wykluczenie odwołującego z niniejszego postępowania z powodu odstąpienia przez zamawiającego od wcześniejszej umowy i uniemożliwiających odwołującemu skorzystania z procedury tzw. samooczyszczenia lub skorzystania ze środków ochrony prawnej.

W tym miejscu odwołujący jednoznacznie i kategorycznie oświadcza, że oświadczenie zamawiającego o odstąpieniu od było całkowicie nieskuteczne, ponieważ wszystkie obowiązki wynikające z przedmiotowej umowy były realizowane w sposób należyty zgodnie z zawartą umową, tak jak w przypadku czterech pozostałych umów, które realizowane są przez odwołującego do chwili obecnej. W szczególności w dniu 02.05.2022 r. w pomieszczeniach biurowych zostały odkurzone wykładziny dywanowe oraz zostały zamiecione i przetarte na wilgotno twarde powierzchnie podłogowe, a w pomieszczeniach magazynowych

i technicznych schody zostały przetarte na mokro. Natomiast w pomieszczeniach sanitarnych zostały umyte wszystkie urządzenia sanitarne (armatura, biała armatura, wyposażenie sanitariatów, kosze na śmieci, deski sedesowe, parapety). Analogicznie w dniu 04.05.2022 r., w pomieszczeniach biurowych zostały odkurzone wykładziny dywanowe oraz zostały zamiecione i przetarte na wilgotno twarde powierzchnie podłogowe, a w pomieszczeniach magazynowych i technicznych schody zostały przetarte na mokro. Natomiast w pomieszczeniach sanitarnych zostały umyte wszystkie urządzenia sanitarne (armatura, biała armatura, wyposażenie sanitariatów, kosze na śmieci, deski sedesowe, parapety).

Na potwierdzenie wykonania w/w czynności została sporządzona notatka służbowa przez pracowników konsorcjum, którzy świadczyli usługę oraz nadzorowali jej należyte wykonanie.

W ocenie odwołującego, gołosłowne twierdzenia zamawiającego, bez przedstawienia dokumentacji zdjęciowej i kompletnego nagrania z monitoringu, uniemożliwiły odwołującemu ewentualne przeprowadzenie tzw. procedury samooczyszczenia, w szczególności wobec faktu, że w stosunku do realizacji czterech pozostałych umów, od których zamawiający nie odstąpił i do wykonania których nie miał dotychczas żadnych zastrzeżeń. Przedmiotowe zaniechanie zamawiającego naruszyło tym samym zasadę przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wskazał, co następuje.

1. Zarzuty naruszenia art. 16 PZP oraz art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP (zarzuty nr 1 i 3)

W ocenie zamawiającego zarzuty odwołującego są całkowicie bezzasadne. Zamawiający przygotował i przeprowadził postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty oraz proporcjonalny. Wbrew opinii odwołującego, zamawiający na żadnym etapie postępowania nie był zobowiązany do przedstawienia dowodów potwierdzających wystąpienie okoliczności uzasadniających wykluczenie odwołującego z postępowania.

Zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający obowiązany był do zawarcia w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, informacji o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając przy tym uzasadnienie faktyczne i prawne. W przekazanych wykonawcom i udostępnionej na stronie internetowej postępowania informacjach, zamawiający w sposób wyczerpujący zobrazował, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego o wykluczeniu odwołującego i w konsekwencji odrzuceniu oferty odwołującego. Uzasadnienie faktyczne pozwalało odwołującemu na pełne zidentyfikowanie okoliczności faktycznych stanowiących podstawę podjęcia decyzji o wykluczeniu odwołującego i odrzuceniu jego oferty oraz jego ewentualne zakwestionowanie w odwołaniu,

co zresztą odwołujący uczynił. Czynności poinformowania o wykonawcy, którego oferty zostały odrzucone, realizowała zatem zasadę jawności i przejrzystości postępowania, ale również prawa do korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej. W informacjach podano także podstawę prawną odrzucenia ofert wykonawcy. Stanowisko zamawiającego wyrażone zostało w sposób jasny, czytelny i umożliwiający wykonawcy odniesienie się do konkretnych przesłanek wykluczenia. Jednocześnie zwrócić uwagę należy, że żaden przepis PZP nie nakłada na zamawiającego przedkładania na etapie zawiadomienia o odrzuceniu oferty wykonawcy dowodów potwierdzających zasadność wykluczenia oferty (dowód: informacje o wyborze z dnia 20.12.2022 r. oraz 23.12.2022 r. – w aktach sprawy).

Niemniej wyraźnego zaznaczenia wymaga, iż wykonawca zdawał lub powinien zdawać sobie sprawę z tego jakie przyczyny legły u podstaw jego wykluczenia. Jak już wskazywano uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego nie pozostawiało żadnych wątpliwości. Ponadto przedmiotowe dowody, których rzekomy brak stanowił podstawę zarzutu odwołania, znajdowały się w posiadaniu odwołującego. Były one przedstawiane wykonawcy w toku realizacji umowy nr SZ.ROO.282.188.2021 z dnia 03.01.2022 r. i kolejnych pismach związanych z tą umową (przyp. o czym będzie mowa w ustosunkowaniu się do zarzutu nr 2).

Zamawiający podnosi, iż nieuprawnione jest twierdzenie odwołującego jakoby zamawiający uniemożliwił mu skorzystanie z procedury tzw. samooczyszczenia. Zwrócić należy uwagę, iż każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie postępowania zaznaczył w formularzu JEDZ, iż nie zachodzą wobec niego obligatoryjne ani fakultatywne podstawy wykluczenia. W cz. III lit. C JEDZ Wykonawcy na pytanie: Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową? - Wykonawcy odpowiedzieli „Nie”. Jednocześnie wykonawcy nie wskazali w formularzach czy i jakie środki poczynili w celu samooczyszczenia (przyp. co powinni uczynić w razie zaznaczenia odpowiedzi „Tak”).

Powyższe pozwala też twierdzić, że oznaczenie odpowiedzi „Nie” na wyżej wymienione pytanie, nie było wynikiem błędu czy omyłki, a celowego działania wykonawców.

Tymczasem, żeby skorzystać z self-cleaningu wykonawca musi przyznać się do deliktu. Jak wskazała KIO w orzeczeniu z 28 września 2018 r. (sygn. akt KIO 1797/18) aby skorzystać z self-cleaningu, wykonawca w pierwszej kolejności musi przyznać się do deliktu. Na tym polega procedura - wykonawca przyznaje, że przesłanki wykluczenia istnieją, ale obecnie i na przyszłość się poprawił.

Powyższego jednak wykonawcy nie uczynili, a co więcej w samym odwołaniu także twierdzą oni, iż nie zachodzą wobec nich żadne przesłanki wykluczenia. Nie podejmując żadnej próby samooczyszczenia, to odwołujący sam uniemożliwił sobie skorzystanie z tej procedury. Skonstatować należy, iż niemożliwe było wezwanie wykonawców do dalszych stosownych wyjaśnień w ramach procedury self-cleaning, w związku z zaznaczenie odpowiedzi „NIE” w treści formularzy JEDZ w odpowiedzi na ww. pytanie (dowód: formularze JEDZ Jantar Sp. z o. o., Jantar2 Sp. z o.o., Sekret Sp. z o. o. – w aktach sprawy).

Jednocześnie zaznacza się, iż zamawiający był w posiadaniu wiarygodnych informacji i dokumentów, które były istotne dla stwierdzenia, iż wobec wykonawców zachodzą podstawy wykluczenia. Informacje te i dokumenty były mu znane z przebiegu realizacji i sposobu zakończenia innej umowy na udzielenie zamówienia publicznego, w którym także występował jako zamawiający - umowy nr SZ.ROO.282.188.2021 z 3.01.2022 r.

2. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP (zarzut nr 2)

W ocenie zamawiającego powyższy zarzut również jest bezzasadny. Zamawiający prawidłowo uznał, iż odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Zamawiający wskazał, iż u podstaw wykluczenia odwołującego z postępowania legło długotrwałe niewykonywanie i nienależyte wykonywanie istotnych zobowiązań wynikających z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Dnia 03.01.2022 r. strony zawarły umowę nr SZ.ROO.282.188.2021. Umowa zawarta została w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr SZ.ROZ.2810.45.2021, na usługę pn.: Usługi kompleksowego sprzątnia pomieszczeń PGW Wody Polskie RZGW w Szczecinie w 2022r.- w zakresie Części 1. dot.: RZGW w Szczecinie ul. Tama Pomorzańska 13a, Archiwum Zakładowe oraz Magazyn Główny, ul. Chmielewskiego 20C Szczecin. Mocą umowy wykonawca zobowiązany był do świadczenia usługi polegającej na kompleksowym sprzątniu pomieszczeń oraz obiektów wykorzystywanych przez Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Szczecinie, ul. Tama Pomorzańska 13A, zgodnie z OPZ. Wykonawca zobowiązany był w szczególności do wykonywania usługi sprzątnia zgodnie z załącznikiem nr 1 – OPZ, który określał m.in. powierzchnie, zakres, częstotliwość świadczenia usług przez wykonawcę. Większość świadczeń miała być wykonywana codziennie, z uwagi na potrzebę zapewnienia bieżącej czystości obiektu.

Na mocy § 11 ust. 1 umowy wykonawca zobowiązał się zapłacić zamawiającemu karę umowną m.in. w następujących przypadkach:

- w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania któregokolwiek ze świadczeń wskazanych w załączniku nr 1 – OPZ – w wysokości 500,00 zł (słownie: pięćset złotych) za każdy przypadek;

- w przypadku odstąpienia lub wypowiedzenia umowy przez którąkolwiek ze stron z przyczyn, leżących po stronie wykonawcy – w wysokości 15 % wynagrodzenia, o którym mowa § 10 ust. 1 umowy.

Odstąpienie od umowy mogło nastąpić w terminie 30 dni od dnia wystąpienia którejkolwiek z przesłanek do odstąpienia. Zgodnie z postanowieniem § 12 ust. 2 pkt 1 umowy zamawiający mógł odstąpić od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, w przypadku dwukrotnego niewykonania lub nienależytego wykonania któregokolwiek ze świadczeń wskazanych w OPZ (dowód: umowa nr SZ.ROO.282.188.2021 z 3 stycznia 2022 r., OPZ do umowy).

Pomimo określonych w OPZ obowiązków, wykonawca nie wykonywał zgodnie z umową jej istotnych obowiązków, w szczególności nie spełniał codziennie świadczeń, co do których zastrzeżono taki obowiązek. Dotyczyło to przede wszystkim pomieszczeń biurowych, pomieszczeń WC oraz w ciągów komunikacyjnych. Stan ten miał miejsce praktycznie od samego początku realizacji umowy, po jej zawarciu. Pracownicy korzystający z poszczególnych pomieszczeń w budynku RZGW w Szczecinie przy ul. Tama Pomorzańska 13a wielokrotnie informowali zamawiającego o braku utrzymania czystości w budynku i niedochowywaniu należytej staranności w wykonywaniu usług przez wykonawcę, co każdorazowo było potwierdzane stosowną dokumentacją fotograficzną.

Zamawiający wielokrotnie zwracał uwagę na nieprawidłowości dotyczące realizacji umowy przez wykonawcę. Początkowo zastrzeżenia były składane ustnie - osobie wyznaczonej w umowie do kontaktów ze strony wykonawcy. Następnie zamawiający kierował do lidera konsorcjum wykonawców – Spółce „Jantar” sp. z o.o. w Słupsku korespondencję mailową oraz pisemną. Pomimo licznych interwencji i prośb ze strony zamawiającego odnoszących się do jakości i staranności wykonawcy w realizacji umowy oraz wyznaczaniu wielu terminów na należyte wykonywanie usług sprzątanania, sytuacja nie uległa zmianie. Usługi w dalszym ciągu nie były w ogóle wykonywane lub były wykonywane w sposób niewłaściwy, co skutkowało brakiem utrzymania czystości w budynku RZGW w Szczecinie przy ul. Tama Pomorzańska 13a, w tym w pomieszczeniach biurowych, pomieszczeniach WC oraz w ciągach komunikacyjnych.

Powyższe skutkowało koniecznością naliczenia wykonawcy kary umownej na podstawie § 11 ust. 1 pkt 1 umowy.

Nadto nienależyte świadczenie usług przez wykonawcę doprowadziło do trwałego uszkodzenia żaluzji przeciwslonecznych w jednym z pomieszczeń biurowych (dowód: e-mail do Wykonawcy – 21.01.2022, e-mail do Wykonawcy – 26.01.2022, e-mail do Wykonawcy –

31.01.2022, e-mail do Wykonawcy – 25.02.2022, e-mail od pracownika - 01.03.2022, e-mail od pracownika – 01.03.2022, e-mail od pracownika – 01.03.2022, e-mail do Wykonawcy – 02.03.2022, e-mail od pracownika – 15.03.2022, e-mail od pracownika – 16.03.2022, e-mail od pracownika – 17.03.2022, e-mail do Wykonawcy – 17.03.2022, Pismo nr SZ.ROA.0111.1.2022.AZ z dnia 01.03.2022, Pismo nr SZ.ROA.0111.2.2022.AZ z dnia 21.03.2022, Nota obciążeniowa nr SSS0/16/3/2022 z dnia 21.03.2022, Pismo nr SZ.ROA.0111.3.2022.AZ z dnia 24.03.2022).

W związku z brakiem poprawy sytuacji i zamiarem odstąpienia od umowy przez zamawiającego zarządzono inspekcje z udziałem pracowników RZGW w Szczecinie. Przypomnieć należy, iż aby oświadczenie o odstąpieniu od umowy było skuteczne, wymagane było, aby uprzednio wykonawca dwukrotnie nie wykonał lub nienależycie wykonał którekolwiek ze świadczeń wskazanych w OPZ. Na podstawie sporządzonej dokumentacji zdjęciowej

i odczytu nagrań z monitoringu stwierdzono, że w dniu 6 kwietnia 2022 r. wykonawca nie wykonał świadczeń, do których zobowiązany był on codziennie. O powyższym poinformowano wykonawcę.

Na podstawie sporządzonej dokumentacji zdjęciowej i odczytu nagrań z monitoringu stwierdzono, że w dniu 8 kwietnia 2022 r. wykonawca nie wykonał świadczeń umownych, w tym świadczeń, do których zobowiązany był on codziennie. O powyższym poinformowano wykonawcę.

Nadto w tym dniu wykonawca wyczyścił dwie z pięciu lodówek znajdujących się w budynku, pomimo obowiązku wyczyszczenia, dezynfekcji i odmrożenia wszystkich lodówek znajdujących się w pomieszczeniach kuchennych. Ponadto po wyczyszczeniu lodówek wykonawca pozostawił wyciągnięte z nich artykuły spożywcze na podłodze na cały weekend (pomimo obowiązku świadczenia usług codziennie, nie były one wykonywane w soboty i niedziele), co doprowadziło do zepsucia żywności należącej do pracowników RZGW w Szczecinie i spowodowało powstanie nieprzyjemnego zapachu w budynku. Mycie lodówek nie zostało uzgodnione z zamawiającym, a zgodnie z harmonogramem miało odbyć się dnia 18.02.2022 r., co jednak nie miało miejsca (dowód: e-mail do wykonawcy – 29.03.2022, e-mail do wykonawcy – 07.04.2022, e-mail od pracownika – 11.04.2022, e-mail od pracownika – 11.04.2022, pismo nr SZ.ROA.0111.4.2022.AZ z dnia 07.04.2022, pismo nr SZ.ROA.0111.5.2022.AN z dnia 11.04.2022, e-mail do wykonawcy – 20.04.2022, e-mail do wykonawcy – 20.04.2022, e-mail do wykonawcy – 20.04.2022).

Następnie pracownicy zamawiającego kolejny raz informowali o braku utrzymania czystości i wykonywania usług sprzątania w zajmowanych przez nich pokojach. Fakt ten potwierdzała stosowna dokumentacja fotograficzna. Wynika z niej, że wykonawca nie

wykonywał podstawowej czynności sprzątania jaką było odkurzanie wykładzin dywanowych w pomieszczeniach biurowych (dowód: e-mail od pracownika – 29.04.2022, e-mail od pracownika – 29.04.2022).

Na podstawie sporządzonej dokumentacji zdjęciowej i odczytu nagrań z monitoringu stwierdzono, że 2 maja 2022 r. wykonawca nie wykonał świadczeń umownych, do których zobowiązany był on codziennie. Na podstawie sporządzonej dokumentacji zdjęciowej i odczytu nagrań z monitoringu stwierdzono, że 4 maja 2022 r. wykonawca nie wykonał świadczeń umownych, do których zobowiązany był on codziennie.

Zamawiający oświadczył, że zweryfikował księgę gości (książka wyjść/wejść) z recepcji siedziby z dni 02.05.2022 r. oraz 04.05.2022 r. Ustalono, że pracownicy wykonawcy przebywali w siedzibie RZGW w Szczecinie w dniu 02.05.2022 r. w godzinach 14:10-17:05 oraz w dniu 04.05.2022r, w godzinach 15:30-18:10. Na tej podstawie dokonano odczytu zapisów kamery video znajdującej się na prawym skrzydle parteru budynku. W godzinach przebywania w siedzibie zamawiającego w tych dniach w tym zakresie godzin w pomieszczeniach biurowych zamawiającego wyniesiono jedynie śmieci, a w pomieszczeniach sanitarnych uzupełniono jedynie środki czystości (dowód: Księga gości z dnia 02.05.2022, Księga gości z dnia 04.05.2022, notatka służbowa, zdjęcia pokoju 129 z dnia 04.05.2022). Wyniki inspekcji doprowadziły do wniosku, że wykonawca w sposób permanentny nie wykonywał w budynku RZGW w Szczecinie przy ul. Tama Pomorzańska 13a podstawowych świadczeń umownych, pomimo, iż był zobowiązany do wykonywania tych czynności codziennie.

Stan rzeczy i urządzeń znajdujących się w poszczególnych pomieszczeniach biurowych (poziom zabrudzeń i warstwy kurzu) wskazywał, że wykonawca nie wykonywał także czynności takich jak:

- czyszczenie powierzchni mebli poziomych – zgodnie z OPZ - 2 razy w tygodniu
- odkurzanie mebli tapicerskich – zgodnie z OPZ - 1 raz w tygodniu
- mycie grzejników – zgodnie z OPZ - 1 raz w tygodniu
- mycie parapetów – zgodnie z OPZ - 1 raz w tygodniu
- czyszczenie pionowych powierzchni mebli biurowych - zgodnie z OPZ - 1 raz

w tygodniu

Pismami z 4 maja 2022 r. zamawiający odstąpił od Umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawców i wezwał wykonawców do zapłaty kary umownej. Pismo zostało wysłane do każdego z konsorcjantów (dowód: pismo nr SZ.ROA.0111.6.2022.AZ - Odstąpienie od umowy z dnia 05.05.2022, pismo nr SZ.ROA.0111.7.2022.AZ – Odstąpienie od umowy z dnia 05.05.2022, pismo nr SZ.ROA.0111.8.2022.AZ - Odstąpienie od umowy z dnia 05.05.2022, potwierdzenia odbioru pism z dnia 10.05.2022).

W odpowiedzi na powyższe Lider konsorcjum nie zgodził się z odstąpieniem od umowy i odesłał notę księgową do zamawiającego (dowód: odpowiedź firmy JANTAR z dnia 11.05.2022 r.).

W związku z podniesionymi przez wykonawcę zarzutami natury formalnej, co do braku zachowania terminu na odstąpienie od umowy przez zamawiającego, zamawiający z ostrożności złożył kolejne oświadczenie o odstąpieniu od umowy, obejmując w podstawie faktycznej odstąpienia także naruszenia polegające na niewykonaniu przez wykonawcę zobowiązań umownych w dniach 2 i 4 maja 2022 r. Jednocześnie zamawiający wezwał wykonawców do zapłaty kary umownej. Pismo zostało wysłane do każdego z konsorcjantów.

W odpowiedzi na powyższe Lider konsorcjum nie zgodził się z odstąpieniem od umowy i ponownie odesłał notę księgową do zamawiającego.

Zamawiający podtrzymał z kolei swoje stanowisko o skuteczności odstąpienia od umowy i ponownie wezwał do zapłaty kary umownej. Wykonawca ponownie nie zgodził się ze stanowiskiem zamawiającego (dowód: pismo nr SZ.ROA.0111.9.2022.AZ - Odstąpienie od umowy – drugie – z 11.05.2022 r., potwierdzenie nadania z 11.05.2022 r., potwierdzenia odbioru z 12.05.2022 r., odpowiedź firmy JANTAR z 31.05.2022 r., pismo nr SZ.ROA.0111.10.2022.AZ z 21.06.2022 r., odpowiedź firmy JANTAR z 29.07.2022 r.).

Jednocześnie podkreślić należy, iż odwołujący poprzestał jedynie na negatywnym ustosunkowaniu się do odstąpienia od umowy przez zamawiającego. Wykonawcy nie zakwestionowali przed sądem powszechnym skuteczności odstąpienia od umowy ani dokonanego przez zamawiającego potrącenia kar umownych z zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Zamawiający skierował zaś pozew przeciwko wykonawcom o zapłatę kar umownych, w zakresie w jakim nie zostały one potrącone z zabezpieczenia.

Przechodząc do stanu prawnego sprawy, w pierwszej kolejności wskazać należy, iż wykluczenie na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp obejmuje niewykonanie lub nienależyte wykonanie albo długotrwale nienależyte wykonywanie istotnego zobowiązania wynikającego z umowy zawartej z każdym typem zamawiającego. Chodzi zatem o każdy podmiot będący osobą fizyczną, osobą prawną albo jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, obowiązany na podstawie ustawy do jej stosowania (tak też: komentarz do art. 109 PZP, red. Jaworska, 2022, wyd. 4). Wykluczenie może nastąpić zatem jeśli ziszczą się łącznie następujące przesłanki: 1) wykonawca w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, 2) wskazane wyżej okoliczności nastąpiły z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, 3) okoliczności te doprowadziły do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady (tak też: komentarz do art. 109 ustawy Pzp, red. Jaworska, 2022, wyd. 4). „Dokonując

wykładni wskazanego wyżej przepisu PZP [PZP2004 – przyp. J.J.] należy mieć na uwadze, że stanowi on implementację do porządku prawnego art. 57 ust. 4 lit. g Dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z treścią którego wykluczeniu może podlegać wykonawca, który wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji. Zauważyć należy, że ustawodawca unijny wskazuje na «znaczące i uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu» wcześniejszej umowy, co w polskim ustawodawstwie zostało określone jako «niewykonanie lub nienależyte wykonanie albo długotrwałe nienależyte wykonywanie w znacznym stopniu lub zakresie istotnych zobowiązań». Pojęcie znacznego stopnia lub zakresu należy zatem odnosić nie tylko do wartości czy zakresu przedmiotu zamówienia, który został niewykonany lub nienależyte wykonany, ale także za ustawodawstwem unijnym należy oceniać, czy owe nienależyte wykonanie albo niewykonanie istotnego wymogu umowy było uporczywe i znaczące” (wyr. KIO z 4.7.2017 r., KIO 1166/17, niepubl.).

Należy przy tym zgodzić się, że podejście ilościowe do pojęcia niewykonania zamówienia w znaczącym stopniu jest błędne. Właściwa interpretacja powinna zmierzać do oceny przydatności wykonanego zamówienia dla zamawiającego. W przypadku gdy wykonawca wykonał np. większość dostaw czy robót budowlanych, nie wykonując jednocześnie pozostałej części, okazać się może, że przedmiot zamówienia i nie jest przydatny dla zamawiającego

i pomimo, że ilościowo zamówienie zrealizowano w większości, można będzie uznać, że zamówienia nie wykonano w znacznym stopniu (tak też: komentarz do art. 109 PZP, red. Jaworska, 2022, wyd. 4).

Na gruncie zaistniałego stanu faktycznego wskazać należy, iż umowa nr SZ.ROO.282.188.2021 z 3 stycznia 2022 r. została zawarta na czas określony tj. 12 miesięcy. W związku z nienależytym świadczeniem usług i niewykonywaniem części z nich w ogóle doszło do jej przedwczesnego zakończenia po ok. 4 miesiącach od dnia rozpoczęcia świadczenia usług przez wykonawcę. Wykonawca od samego początku niewłaściwie wykonywał swe zobowiązania umowne. Zamawiający dostrzegł pierwsze oznaki niewłaściwego świadczenia usług przez wykonawcę już w styczniu 2022 r. Kolejno były one zgłaszane wykonawcy. Jednak zgłoszenia te nie przynosiły efektu w postaci większej staranności przy wykonywaniu zobowiązań umownych. Dotyczyło to istotnych obowiązków o charakterze merytorycznym – świadczenia usług sprzątnięcia, w większości tych czynności które miały być przez wykonawcę świadczone codziennie.

Tymczasem celem zamawiającego przy udzielaniu zamówienia było zapewnienie kompleksowej usługi sprzątania, tak aby zapewnić bieżącą czystość pomieszczeń znajdujących się w obiekcie przy ul. Tama Pomorzańska 13a w Szczecinie. Z uwagi na tak określony cel zamawiającego oraz przedmiot zamówienia częściowe czy wybiórcze wykonywanie usług przez wykonawcę (jak np. sama wymiana worków na śmieci w poszczególnych pomieszczeniach biurowych lub samo uzupełnienie środków czystości w pomieszczeniach sanitarnych) nie miało dla zamawiającego gospodarczego uzasadnienia. Nawet gdyby przyjąć, iż wykonawca częściowo prawidłowo wykonywał swe zobowiązania umowne, to nie można uznać jakoby prowadziło to do efektu, który mógłby obiektywnie spowodować satysfakcję zamawiającego. Niewłaściwe wykonywanie zobowiązań umownych prowadziło do permanentnego braku utrzymania czystości w pomieszczeniach biurowych, pomieszczeniach WC oraz w ciągach komunikacyjnych. Pomimo wielu monitów ze strony zamawiającego sytuacja dotycząca standardu czystości w budynku nie ulegała żadnej poprawie. Fakt ten może dziwić, tym bardziej, iż personel wykonawcy był obecny w budynku siedziby zamawiającego, a pomimo tego nie dochodziło do żadnej poprawy w staranności wykonywania usług. Co więcej zarządzona inspekcja i weryfikacja odczytów z kamer doprowadziła do stwierdzenia, iż pomimo obecności personelu wykonawcy, ten w sposób wybiórczy wykonuje jedynie niektóre czynności składające się na usługę kompleksowego sprzątania obiektu.

Zważywszy na czas trwania i powtarzalność naruszeń, należy bezspornie uznać, iż miały one charakter uporczywych i znaczących w rozumieniu art. 57 ust. 4 lit. g Dyrektywy 2014/24/UE. Uznać należy, iż wykonawca długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązania wynikające z Umowy. Przy czym miało to miejsce z przyczyn, za które ponosi on odpowiedzialność – jego pracownicy nie dokładali należytej staranności w świadczeniu usług, pomimo licznych próśb i wezwań ze strony zamawiającego. Okoliczności te doprowadziły zaś do:

- 1) Odstąpienia od umowy przez zamawiającego
- 2) Powstania szkody w jego majątku (trwałe uszkodzenie żaluzji)
- 3) Naliczenia wykonawcy kar umownych i realizacji zabezpieczenia należytego wykonania umowy

Jednocześnie zamawiający, za wyrokiem KIO z dnia 19 maja 2022 r. KIO 1199/22, wskazuje, iż przesłanka wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych nie wymaga stwierdzenia naruszenia przez sąd, wymagając jedynie jednostronnej negatywnej decyzji zamawiającego. Jeżeli zamawiający wpisał podstawę wykluczenia wynikającą z ww. artykułu w prowadzone postępowanie, wówczas zaistniała sytuacja powoduje ziszczenie się tej sankcji względem wykonawcy, który spowodował wypowiedzenie umowy o zamówienie publiczne. Tym samym zasadne w okolicznościach

sprawy były wykluczenie odwołującego z postępowania, na zasadzie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Dodać wypada, iż bez znaczenia dla rozstrzygnięcia pozostają podnoszone na obecnym etapie przez odwołującego okoliczności dotyczące braku podnoszenia zastrzeżeń, co do wykonywania przez niego usług na podstawie innych umów w sprawie o zamówienie publiczne, świadczonych w innych obiektach i pomieszczeniach Państwowego Gospodarstwa Wodnego Wody Polskie, będących w posiadaniu innych jednostek organizacyjnych PGWWP.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej kluczowym do rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania jest dokonanie prawidłowej wykładni przepisu art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp i ustalenie charakteru i wagi naruszeń jakie wystąpiły przy realizacji umowy, skutkujące konsekwencją odstąpienia od jej dalszej realizacji przez zamawiającego.

Przywołany przepis stanowi, iż z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

W ustępie 3 omawianego artykułu ustawodawca przewidział możliwość od odstąpienia przez zamawiającego z sankcji wykluczenia wykonawcy wskazując, iż w przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 1–5 lub 7, zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne, w szczególności gdy kwota zaległych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne jest niewielka albo sytuacja ekonomiczna lub finansowa wykonawcy, o którym mowa w ust. 1 pkt 4, jest wystarczająca do wykonania zamówienia.

Kompleksowe rozumienie i prawidłowe odczytanie ww. przepisów prowadzi do wniosku, że zamawiający, który przewidział w dokumentach postępowania (SWZ) fakultatywną przesłankę wykluczenia wykonawcy musi mieć na uwadze, przy podejmowaniu decyzji o wykluczeniu wykonawcy, charakter powstałych naruszeń, jego wpływ na realizację zamówienia jak i wagę tego naruszenia.

Jak wynika z akt postępowania, odwołujący w ramach poprzedniego postępowania podpisał z zamawiającym pięć odrębnych umów na świadczenie usług sprzątnia. W ramach czterech z nich zamawiający nie miał zastrzeżeń co do prawidłowości ich wykonywania, co potwierdzają protokoły odbioru prac (dowód nr 1 złożony na rozprawie przez odwołującego). W zakresie jednej z umów, która dotyczyła usług sprzątnia na dwóch adresach zamawiającego, względem jednego z nich (RZGW w Szczecinie przy ul. Tama Pomorzańska 13a), zamawiający stwierdził niewłaściwe wykonywanie usług, co w konsekwencji stanowiło podstawę do odstąpienia przez zamawiającego od realizacji umowy oraz naliczeniem odpowiednich kar umownych. Odwołujący kwestionował czynność zamawiającego dotyczącą odstąpienia od umowy oraz naliczenia kar umownych.

Jak słusznie wskazał SO w Warszawie w wyroku z dnia 20 maja 2022r. (sygn. akt: XXIII Zs 22/22), przesłanki wykluczenia wykonawcy wynikające z art. 109 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych są fakultatywnymi przesłankami wykluczenia, na co wskazuje użyty przez ustawodawcę zwrot „może”, i co oznacza, że zamawiający nie jest zobligowany do odrzucenia oferty wykonawcy. Nie każde też uchybienie w realizacji umowy stanowi przesłankę wkluczenia, ale takie, które ma charakter kwalifikowany. Muszą być to takie uchybienia, które zasadniczo zmieniają jakość przedmiotu zamówienia lub w ogóle uniemożliwiają osiągnięcie celu, w jakim została zawarta umowa. W konsekwencji wymagana jest ich ocena, a także odniesienie się do stwierdzonych nieprawidłowości do konkretnego przedmiotu zamówienia, jego zakresu i specyfiki. Tym samym, nie zasługuje na aprobatę argumentacja zmierzająca do uznania, iż sam fakt mających miejsce nieprawidłowości oraz odstąpienia od umowy i naliczenia kar umownych przesądza o dopuszczalności zakwalifikowania tychże nieprawidłowości, jako poważnego naruszenia obowiązków zawodowych oraz niewykonania lub nienależytego wykonania istotnego zobowiązania w znacznym stopniu.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej naruszenia jakich, zdaniem zamawiającego, dopuścił się odwołujący nie mogą być uznane za takie, które skutkują wykluczeniem odwołującego

i odrzuceniem jego oferty w przedmiotowym postępowaniu, gdyż skutek naruszeń (które odwołujący kwestionuje), jakie wystąpiły przy realizacji jednej części z dwóch w ramach jednej umowy, nie mogą powodować uznania, że odwołujący dopuścił się poważnego naruszenia obowiązków zawodowych lub nienależytego wykonania istotnego zobowiązania w znacznym stopniu. Przyjąć należy, że jeżeli nawet odwołujący w zakresie części jednej umowy (było zawartych pięć umów) realizował ją w sposób nieprawidłowy, to przyjmując zasadę proporcjonalności, niemożliwe jest obciążanie odpowiedzialnością wykonawcy na przyszłe postępowania w stopniu większym niż regulują to omawiane przepisy (art. 109 ust. 3 ustawy Pzp).

Izba nie zgadza się ze stanowiskiem zamawiającego, iż ewentualny delikt odwołującego powstały w ramach części jednej umowy o nieznacznym charakterze daje podstawę do rozciągnięcia odpowiedzialności wykonawcy na przyszłe postępowania w całości, tym bardziej, że działanie takie niesie za sobą daleko idące konsekwencje, wynikające chociażby z przepisu art. 111 pkt 4 ustawy Pzp, tj. wykluczenia wykonawcy na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Sankcyjny charakter czynności zamawiającego ma zatem niebagatelny wpływ na działalność gospodarczą przedsiębiorcy, wobec czego powinien być bardzo dokładnie zbadany i udowodniony, tzn. zamawiający winien dokonać czynności poprzedzających odstąpienie od umowy w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający powołuje się na korespondencję pracowników zamawiającego oraz załączoną dokumentację zdjęciową. Zamawiający przywołuje również bliżej nieokreśloną dokumentację filmową z monitoringu. Jednakże, aby móc jednoznacznie stwierdzić czy naruszenie faktycznie miało miejsce zamawiający winien przeprowadzić postępowanie wyjaśniające z udziałem przedstawiciela wykonawcy, koordynatora prac, w którym strony mogłyby w sposób bezpośredni ustalić, czy faktycznie wykonawca dopuścił się zarzucanych naruszeń. Na obecnym etapie postępowania mamy do czynienia jedynie z oświadczeniami stron (pracownikami zamawiającego i wykonawcy) oraz bliżej niezidentyfikowanymi zdjęciami (nie jest ustalone w jakich datach i godzinach te zdjęcia wykonano) oraz z nieprzekazanymi wykonawcy nagraniami z monitoringu, względem których wykonawca nie mógł się odnieść. Tym samym, jako że postępowanie zamawiającego dokonane było na dużym stopniu ogólności i nawet jeżeli ostatecznie potwierdziłoby niewłaściwe wykonanie usługi, nie może w sposób tak drastyczny wywoływać negatywnych skutków wobec odwołującego.

Izba podkreśla, że sankcyjny charakter przepisu art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp powinien być poprzedzony analizą przesłanek przewidzianych przepisem art. 109 ust. 3 ustawy Pzp.

W przeciwnym razie, tak jak ma to miejsce w przedmiotowym postępowaniu, zamawiający *de facto* wykluczył wykonawcę z postępowania za ostatecznie niewykazane wady dotyczące realizacji poprzedniej umowy z sankcją na możliwe realizacje innych umów w ramach przyszłych zamówień publicznych i to na okres 3 lat. Z takim działaniem zamawiającego nie sposób się zgodzić. Zasada proporcjonalności, jaką należało zastosować w przedmiotowym postępowaniu, co najwyżej mogłaby odnosić się do skutku wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty w zakresie zadania (części zamówienia), co do którego zamawiający stwierdził niewłaściwe wykonanie skutkujące odstąpieniem od umowy. Jednakże podkreślić należy, jak to już Izba wcześniej argumentowała, że ostateczna czynność odstąpienia od umowy winna być poprzedzona dogłębną analizą zebranego materiału dowodowego z uwzględnieniem możliwości odniesienia się do jego treści przez wykonawcę świadczącego tego typu usługi.

Dlatego też Izba stwierdziła, że czynność zamawiającego była czynnością niewłaściwą, nieproporcjonalną do stwierdzonego naruszenia.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: