

Sygn. akt: KIO 191/16

**WYROK**  
z dnia 29 lutego 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**  
**Beata Pakulska-Banach**  
**Daniel Konicz**

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 lutego 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 lutego br. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Izan+ spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie, Naprzód Service spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie oraz Naprzód spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Instytut Hematologii i Transfuzjologii w Warszawie,**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: DGP Clean Partner spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Legnicy, DGP DOZORBUD Grupa Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Legnicy oraz Przedsiębiorstwo Usługowe GOS – ZEC spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnoszących sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Izan+ spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie, Naprzód Service spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie oraz Naprzód spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie** 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 Izan+ spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie, Naprzód Service spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie oraz Naprzód spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Izan+ spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie, Naprzód Service spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie oraz Naprzód spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: DGP Clean Partner spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Legnicy, DGP DOZORBUD Grupa Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Legnicy oraz Przedsiębiorstwo Usługowe GOS – ZEC spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu** kwotę 3 600 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

## Uzasadnienie

I. Instytut Hematologii i Transfuzjologii w Warszawie (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego, przedmiotem którego jest „Usługa utrzymania czystości w obiektach Instytutu Hematologii i Transfuzjologii przy ul. Indiry Gandhi 14 i ul. Chocimskiej 5”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 19 grudnia 2015 roku pod pozycją 2015/S 246-447867. Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 12 lutego br. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Izan+ spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie, Naprzód Service spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie oraz Naprzód spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie (dalej: Odwołujący) zostało wniesione odwołanie, w którym wykonawcy zarzucili Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez dokonanie nieprawidłowej oceny oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: DGP Clean Partner sp. z o.o., DGP Dozorbud Grupa Polska sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC sp. z o.o. oraz, w konsekwencji, dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawców podlegających wykluczeniu, a nadto wykonawców, których oferta podlegała odrzuceniu;

2. art. 24 ust. 2a Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum DGP, w sytuacji gdy wykonawcy podlegają wykluczeniu na podstawie tego przepisu, ponieważ wielokrotnie dopuścili się poważnego naruszenia swoich obowiązków zawodowych z własnej winy lub na skutek rażącego niedbalstwa (przykłady takich naruszeń wskazano w uzasadnieniu oraz materiale dowodowym), a tym samym nie zapewniają poprawnego i rzetelnego wykonania przedmiotowego zamówienia, a Zamawiający przewidział powyższą podstawę wykluczenia w SIWZ;

3. art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum DGP do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę, pomimo istnienia uzasadnionych wątpliwości co do zaoferowanej ceny pod względem jej rażącego zaniżenia (cena ofertowa jest rażąco niska, tj. jest ceną nierealną przy założeniu wykonywania usług zgodnie z SIWZ, nie może uwzględniać wszystkich elementów kosztowych określonych w SIWZ).

4. art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum DGP, pomimo że zaoferowana przez tych wykonawców cena ofertowa oraz zaoferowana przez tych wykonawców cena za wykonanie usługi utrzymania czystości - jest rażąco niska, tj. jest ceną nierealną przy założeniu wykonywania usług zgodnie z SIWZ, nie uwzględnia wszystkich elementów kosztowych określonych w SIWZ.

5. art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez nieuwzględnienie faktu, iż konsorcjum DGP podlega wykluczeniu z postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2a Prawa zamówień publicznych oraz faktu, iż oferta tych wykonawców podlega odrzuceniu, a zaoferowana cena jest rażąco niska - i wybranie oferty takich wykonawców jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

W konsekwencji podniesionych zarzutów Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Wykluczenia konsorcjum DGP na podstawie art. 24 ust. 2a Prawa zamówień publicznych.
3. Odrzucenia oferty konsorcjum DGP na podstawie art. 24 ust. 2a Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych.
4. Wezwania konsorcjum DGP do wyjaśnień na podstawie art. 89 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, względnie odrzucenia oferty tych wykonawców, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę.
5. Dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert ważnych.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

W ocenie Odwołującego, dokonana przez Zamawiającego czynność oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej pozostaje w sprzeczności z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych z następujących względów:

I. Konsorcjum DGP, zdaniem Odwołującego, podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2a Prawa zamówień publicznych. Członkowie konsorcjum firm: DGP

Clean Partner sp. z .o.o., DGP Dozorbud Grupa Polska sp. z .o.o., Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC sp. z o.o. wielokrotnie, według Odwołującego, dopuścili się poważnego naruszenia swoich obowiązków zawodowych z własnej winy lub co najmniej na skutek rażącego niedbalstwa. Załączony do odwołania materiał dowodowy wskazuje, że firmy te są wykonawcą nierzetelnym, niewiarygodnym i powinni podlegać wykluczeniu z postępowania, aby nie narażać Zamawiającego na konsekwencje nienależytego wykonania zamówienia lub jego niewykonania:

1. Umowa nr 13/ZP/2015 z dnia 26 stycznia 2015 roku na świadczenie kompleksowej usługi sprzątnia i transportu wewnątrzszpitalnego wykonywana m.in. przez DGP Clean Partner sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC sp. z o.o. na rzecz Szpitala Wolskiego im. dr Anny Gostyńskiej SPZOZ w Warszawie. Usługa wykonywana była nieprawidłowo, w niepełnym wymiarze, przy pomocy sprzętu w ilości mniejszej niż wynikająca z zobowiązania umownego. Wykonawca był wzywany przez zamawiającego do natychmiastowego zaprzestania naruszania warunków umowy (np. wezwanie z dnia 11.03.2015 roku). Zgodnie z wezwaniem "wadliwa realizacja umowy ma bezpośredni wpływ na podstawową działalność szpitala, tj. świadczenie usług medycznych i naraża zamawiającego na wymierne straty finansowe". Jak wynika z załączonego do wezwania wyrazu sprzętu sporządzonego w wyniku kontroli wykonawca nie dostarczył dużej ilości wymaganego sprzętu i wykonywał usługę w sposób niezgodny z umową, m.in. wykonawca nie dostarczył 7 z wymaganych 17 wózków do transportu chorych w pozycji siedzącej, 3 maszyn szorująco-zbierających sieciowych, 10 z wymaganych 12 szorowarek jednotarczowych, 8 z wymaganych 12 polerek, żadnego odkurzacza plecakowego bateryjnego i wielu innych maszyn i urządzeń. Bez wątplenia wykonawca chciał zaoszczędzić na kosztach wykonania usługi, pomimo iż jego oferta była sporządzona w oparciu o całą dokumentację określającą wymogi zamawiającego. Brak dostarczenia wymaganego sprzętu i wykonywanie usługi w szpitalu (także usług pomocniczych przy pacjentach) za pomocą półśrodków - mogło nastąpić wyłącznie z winy umyślnej wykonawcy - trudno bowiem uznać, że taka sytuacja spowodowana była jedynie rażącym niedbalstwem. Nadto usługa wykonywana była rażąco nieprawidłowo: w wezwaniu z dnia 19.06.2015 roku wskazano np. "Podczas kontroli w dniach 2-3.06.2015 roku przedstawiciele Szpitala zobowiązali kierownictwo DGP Clean Partner do szybkiej poprawy wszystkich nieprawidłowości. W dniu 18.06.2015 roku ponownie dokonano przeglądu w trakcie którego stwierdzono nadal m.in. brak umycia okien, brak akryli w salach chorych, brak odkamieniania łazienek, brak maszynowego mycia podłóg (..) W związku z powyższym, że umowa jest realizowana w sposób nienależyty, a ilość wykonanych prac po naliczeniu kar przekraczałyby wartość miesięcznej umowy wyznaczam Państwu ostateczny termin do zrealizowania wszystkich zaległych prac oraz bieżących w terminie do dnia 30 czerwca 2015 roku".

Szpital obciążał wykonawcę karami umownymi (przykładowe noty księgowo w załączeniu). Niewykonywanie obowiązków umownych mogło nastąpić wyłącznie z winy umyślnej wykonawcy - trudno bowiem uznać, że taka sytuacja spowodowana była jedynie rażącym niedbalstwem. W rezultacie wykonawca zaprzestał wykonywania zamówienia publicznego (twierdząc, iż odstępuje od umowy z powodu nierealizowania przez Szpital nieokreślonego świadczenia wzajemnego). W związku z zaprzestaniem realizacji umowy przez wykonawcę - Szpital (po kolejnych wezwaniach do uzupełnienia sprzętu i wykonywania umowy) wypowiedział umowę wykonawcy i nałożył na wykonawcę kary umowne. Wykonawca zatem ze swojej wyłącznej winy nie wykonał umowy i praktycznie z dnia na dzień opuścił obiekt zamawiającego.

Na potwierdzenie Odwołujący złożył wraz z odwołaniem:

- umowę nr 13/ZP/2015 z dnia 26.01.2015 roku,
- wezwanie z dnia 11.03.2015 roku z załącznikami.
- protokół z kontroli i wezwanie z dnia 19.06.2015 roku,
- przykładowe noty księgowo z dnia 15.07.2015 i 13.08.2015 roku,
- wezwanie z 17.09.2015 roku, - wypowiedzenie umowy z dnia 22.09.2015 roku.

2. Umowa nr 46/2013-2017/11WOG z dnia 3 grudnia 2013 roku na kompleksowe utrzymanie czystości w kompleksach wojskowych wykonywana m.in. przez DGP Clean Partner sp. z o.o., i Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC sp. z o.o. na rzecz 11 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Bydgoszczy. Usługa była wykonywana nienależycie. Zamawiający odstąpił od umowy o udzielenie zamówienia publicznego z dniem 6 maja 2015 roku z powodu zaniechania wykonania przez wykonawcę części obowiązków wynikających z tej umowy, pomimo wzywania do wykonania tych czynności i wyznaczania dodatkowych terminów. Zgodnie z umową i SIWZ wykonawca był zobowiązany m.in. do wykonywania usługi polimeryzacji podłóg oraz usług czyszczenia (prania lub czyszczenia chemicznego) verticali, firan, żaluzji, rolet. Po trzykrotnym przedłużaniu terminu do wykonania prac oraz ustaleniach pisemnych - wykonawca nadal tych prac nie wykonał. Nadto zamawiający uwzględnił także inne okoliczności nienależytego wykonywania usługi - wskazane w licznych notatkach służbowych (40 notatek, wystawianych praktycznie co 2 dzień) oraz nałożone kary umowne. Wykonawca nie mył podłóg, nie odkurzał, nie mył sanitariatów, pozostawiał pomieszczenia brudne, lekceważył obowiązki umowne. Niewykonanie powyższych obowiązków mogło wynikać tylko i wyłącznie z winy wykonawcy, którzy zaniechał wykonania części umowy, pomimo że był wzywany do jej wykonania. Wykonawca nie był przygotowany i odpowiednio zorganizowany do wykonywania usługi i wykonywał ją półśrodkami. Wykonawca nie wykonał zamówienia publicznego. Wykonawca nie uznał kar umownych i wystąpił do Sądu Okręgowego w Bydgoszczy o udzielenie im zabezpieczenia roszczenia pieniężnego i ustalenia, że odstąpienie było nieuprawnione (wyłączna wina obowiązanego).

Wykonawca żądał udzielenia zabezpieczenia poprzez ustanowienie zakazu realizacji uprawnień wynikających z ubezpieczeniowej gwarancji należytego wykonania kontraktu wystawionej przez gwaranta Inter Risk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Vienna Insurance Group w Warszawie w celu uniemożliwienia Zamawiającemu skorzystania z sumy gwarancyjnej NWK w wysokości 454.985,36 złotych. Sąd Okręgowy w Bydgoszczy w postanowieniu z dnia 3 września 2015 roku oddalił wniosek Wykonawcy o udzielenie zabezpieczenia roszczenia, a z kolei Sąd Apelacyjny w Gdańsku postanowienie z dnia 27 listopada 2015 roku oddalił zażalenie Wykonawcy. W dniu 4 grudnia 2015 roku wykonawca wezwał Zamawiającego do zapłaty kwoty w wysokości 64.833,87 złotych tytułem nieopłaconych w całości faktur VAT, co potwierdza że wykonawca nie uznał żadnej kary umownej.

Na potwierdzenie Odwołujący złożył wraz z odwołaniem:

- umowę nr 46/2013-2017/11WOG z dnia 03.12.2015 roku,
- oświadczenie o odstąpieniu zamawiającego od umowy z dnia 29.04.2015 roku, - notatki służbowe - 6 sztuk,
- wezwanie do zapłaty kary umownej 297.082,17 złotych,
- pismo Zamawiającego z dnia 3.02.2016 r. w przedmiocie udzielenia informacji publicznej wraz z załącznikami (Opinia Radcy Prawnego z dnia 11 stycznia 2016 r. ostateczne przedsądowe wezwanie do zapłaty wraz z propozycją pozasądowego rozwiązania sporu z dnia 5.01.2016 r., ostateczne przedsądowe wezwanie do zapłaty z dnia 4.12.2016 r., postanowienie Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa z dnia 7 października 2015 r.).

3. Umowa nr GZP/2801/82/2014 z dnia 16 kwietnia 2014 roku na usługę kompleksowego utrzymania czystości, w tym obsługę pomieszczeń kuchenek oddziałowych, obrót bielizną oraz czynności pomocnicze przy pacjencie wykonywana m.in. przez DGP Clean Partner sp. z o.o., i Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC sp. z o.o. na rzecz Szpitala Wojewódzkiego im. Jana Pawła II w Bełchatowie. Usługa była wykonana nienależycie. Zamawiający stwierdził rażące naruszenie postanowień umowy polegające na zaniechaniu wykonania części obligatoryjnych obowiązków umownych: niedostarczenie wózków bemaowych z naczyniami GN, termosów do przewozu posiłków gorących na pawilony satelitarne, koszy zewnętrznych i wewnętrznych na odpady, mat, wycieraczek przy wejściach. Zamawiający zgłaszał uwagi odnośnie nieznanomości procedur, brak przygotowania nowo zatrudnionych pracowników, złą organizację pracy i brak nadzoru za strony kierownictwa członków konsorcjum. Niedostarczenie takich sprzętów mogło wynikać tylko i wyłącznie z winy wykonawców, którzy, kierując się bez wątpienia interesem ekonomicznym (chęć uniknięcia wydatków), mimo wezwań zamawiającego, zaniechali wykonania tej części umowy. Efektem tego było spowodowanie stanu zagrożenia bezpieczeństwa osób i bezpieczeństwa sanitarnego w obiekcie szpitalnym. Powyższe zaniechania wykonawców spowodowały



nałożenie na nich kary umownej w wysokości 141 050 złotych, która została potrącona z należnego wykonawcom wynagrodzenia. Wykonawcy nie zaakceptowali faktu obciążenia ich karą umowną za nienależyte wykonanie usługi i wytoczyli przeciwko Szpitalowi Wojewódzkiemu im. Jana Pawła II w Bełchatowie powództwo o zapłatę. Wyżej wymieniona sprawa sądowa jest w toku.

Na potwierdzenie Odwołujący złożył wraz z odwołaniem:

- umowę nr GZP/2801/82/2014 z dnia 16 kwietnia 2014 roku,
- pismo wewnętrzne Szpitala z dnia 21.07.2014 roku,
- pismo wewnętrzne Szpitala z dnia 25.07.2014 roku,
- pismo w sprawie nienależytego wykonania umowy z dnia 01.08.2014 roku,
- notę obciążeniową nr 7/2014 z dnia 4.08.2014 r.,
- pismo Szpitala Wojewódzkiego im. Jana Pawła II w Bełchatowie.

4. Umowa nr ZP/N/65/11 z dnia 14 grudnia 2011 roku na świadczenie usług pralniczych wykonywana m.in. przez DGP Dozorbud Grupa Polska sp. z o.o. na rzecz Samodzielnego Publicznego Szpitala Wojewódzkiego w Gorzowie Wielkopolskim. Umowa była wykonana nienależycie. Wykonawca uchybiał przepisom sanitarnym oraz zwlekał z dostarczaniem czystej i kompletnej pościeli, z czego wynikały problemy szpitala w realizacji własnych zadań (vide: strona 34 wyroku Sądu Okręgowego z dnia 15 kwietnia 2015, sygn. akt I C 3227/13). Zamawiający odstąpił od tej umowy z winy leżącej po stronie wykonawcy stwierdzając nieprzestrzeganie postanowień umowy, po czym analogiczne oświadczenie o odstąpieniu złożył wykonawca. Samodzielny Publiczny Szpital Wojewódzki w Gorzowie Wielkopolskim wniósł o zawezwanie Wykonawcy do próby ugodowej w przedmiocie zapłaty kary umownej. Wykonawca nie zgodził się na zawarcie ugody i następnie wytoczył przeciwko Szpitalowi powództwo o zapłatę. Postępowanie sądowe zakończyło się wyrokiem, w którym Sąd uznał prawidłowość odstąpienia Szpitala od umowy z powodu nienależytego wykonywania umowy przez wykonawcę. Sąd doszedł do przekonania, „że zachodziły przesłanki do odstąpienia przez SPSW od umowy z winy leżącej po stronie wykonawcy (tak też wyrok Sądu Okręgowego z dnia 15 kwietnia 2015, sygn. akt I C 3227/13, strona 34). Ponadto Sąd przesądził o powstaniu szkody po stronie szpitala. Sąd stwierdził, że „szkoda SPSW to potrzeba ogłaszania nowego przetargu wcześniej aniżeli po 36 miesiącach i wiążące się z tym koszty, dodatkowy nakład kosztów i pracy dla wprowadzania kolejnego wykonawcy.” (vide: strona 35 wyroku Sądu Okręgowego w Gorzowie Wlkp., sygn. akt I C 3227/13).

Na potwierdzenie Odwołujący złożył wraz z odwołaniem:

- umowę nr ZP/N/65/11 z dnia 14 grudnia 2011 roku,
- wezwanie szpitala z dnia 26 stycznia 2012 roku do wykonawcy do wykonywania umowy,
- oświadczenie szpitala z dnia 1 lutego 2012 roku o odstąpieniu od umowy,

- wniosek szpitala z dnia 13 sierpnia 2012 roku o zawiązanie wykonawcy do próby ugodowej,
- postanowienie Sądu Rejonowego w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 19 listopada 2012 roku,
- pozew wykonawcy z dnia 22 kwietnia 2013 roku o zapłatę,
- sprzeciw szpitala z dnia 7 czerwca 2013 roku,
- wyrok Sądu Okręgowego w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 15 kwietnia 2015 roku, w sprawie pod sygn. akt I C 3227/13.
- wezwanie do zapłaty z dnia 29 marca 2012r.,
- pozew o zapłatę z dnia 10 listopada 2015r.

5. Umowa nr 360/F-2/2010 z dnia 16 grudnia 2010 roku na świadczenie usług sprzątnięcia pomieszczeń biurowych w budynku administracyjnym i laboratorium drogowym wykonywana m.in. przez DGP Dozorbud Grupa Polska sp. z o.o. na rzecz Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku. Umowa była wykonywana nienależycie. Zamawiający odstąpił od tej umowy z winy leżącej po stronie wykonawcy stwierdzając jaskrawe naruszenie przedmiotowej umowy poprzez nierzetelne wykonywanie obowiązków związanych z realizacją zadań, pomimo wielokrotnych pisemnych wezwań zamawiającego. Obowiązki umowne były niewykonywane bez żadnych wyjaśnień. Nadto bieżące czynności wykonawca codziennie realizował niestarannie i nierzetelnie. Wykonawca nie zapewnił obsady osobowej wymaganej umową oraz właściwego nadzoru. Nadto - jak wynika z pisma z dnia 5 lipca 2013 roku (korespondencja zamawiających) wykonawca nie dostarczał środków i sprzętu koniecznych do wykonania umowy. Wartość niezrealizowanego zamówienia wynosiła 76% wartości umowy. Na wykonawcę nałożono karę umowną w wysokości 14.800 złotych.

Na potwierdzenie Odwołujący złożył wraz z odwołaniem:

- umowę nr 360/F-2/2010 z dnia 16 grudnia 2010 roku,
- oświadczenie o odstąpieniu od umowy z dnia 10 stycznia 2012 roku,
- pismo zamawiającego do GDDKiA we Wrocławiu z dnia 5 lipca 2013 roku,
- pismo w sprawie kary umownej z dnia 5 stycznia 2012 roku.

6. Umowa nr PEZ.273.1.2015.BN z dnia 20 marca 2015 roku na świadczenie usług utrzymania czystości w jednostkach oświatowych Powiatu Świebodzińskiego wykonywana przez DGP Clean Partner sp. z o.o., DGP Dozorbud Grupa Polska sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usługowe GOZ-ZEC sp. z o.o. na rzecz Powiatu Świebodzińskiego. Wykonawca nie przystąpił do realizacji usługi, pomimo iż w § 2 umowy konsorcjalnej zadeklarowano, że każdy z podmiotów wchodzących w skład konsorcjum jest przygotowany organizacyjnie i ekonomicznie do prawidłowego świadczenia usług oraz posiada niezbędne kadry wykonawcze oraz sprzęt i urządzenia. Pomimo tych deklaracji wykonawca nie

przystąpił do prawidłowego wykonywania umowy, w konsekwencji czego został obciążony przez zamawiającego karą umowną w wysokości 15.000,00 złotych. Wykonawca nie uznał kary umownej. Zamawiający wytoczył przeciwko wykonawcy przed Sądem Rejonowym w Świebodzinie powództwo o zapłatę kwoty pieniężnej tytułem nałożonej na wykonawcę kary umownej. W sprawie pod sygn. akt I C 542/15 zapadł wyrok, w którym Sąd uznał zawinione naruszenie warunków umowy i zasądził od wykonawcy na rzecz zamawiającego żadaną kwotę pieniężną. Wykonawca wykonał wyrok. Nie oznacza to jednak, że naprawił szkodę spowodowaną ciężkim naruszeniem przez siebie obowiązków zawodowych. Wykonawca nie uznał dobrowolnie zasadności nałożenia kary umownej i nie naprawił dobrowolnie szkody.

W celu uzyskania rekompensaty zamawiający musiał wystąpić na drogę sądową.

Na potwierdzenie Odwołujący złożył wraz z odwołaniem:

- umowa nr PEZ.273.1.2015.BN z dnia 20 marca 2015 roku,
- umowa konsorcjalna nr SH/275/15 z dnia 16 lutego 2015 roku,
- nota księgową nr 3 z dnia 1 lipca 2015 roku,
- pismo Powiatu z dnia 3 lutego 2016 roku.

7. Umowa nr 43/2011 z dnia 6 grudnia 2011 roku na świadczenie kompleksowych usług pralniczych na rzecz Wojewódzkiego Szpitala Zespólnego w Koninie. W toku realizacji usługi szpital wielokrotnie zgłaszał wykonawcy nieprawidłowości w realizacji usługi polegające na: brakach ilościowych pranej bielizny, niedopranie bielizny, zniszczeniu bielizny i niewłaściwe zapakowanie bielizny. Szpital przysyłał wykonawcy wielokrotnie protokoły reklamacji. Ponadto szpital stwierdził posługiwanie się przy transporcie bielizny szpitalnej innymi środkami transportu niż wskazanymi w ofercie przetargowej. Oświadczeniem z dnia 12 kwietnia 2012 roku zamawiający wypowiedział umowę z winy wykonawcy powołując się na wyżej wymienione nieprawidłowości. Ponadto w dniu 9 lipca 2012 roku szpital wystawił wykonawcy noty obciążeniowe nr 169/34a/13 na kwotę 15 505,49 złotych oraz nr 170/24a/13 na kwotę 21.504,31 złotych. Szpital potrącił kary umowne z wynagrodzenia należnym wykonawcy za wykonaną usługę. Wykonawca wytoczył przed Sądem Okręgowym w Koninie przeciwko szpitalowi powództwo o zapłatę nieuiszczonych części faktur VAT. Szpital w postępowaniu podniósł zarzut potrącenia roszczenia powoda z jego zobowiązaniem z tytułu kary umownej. Wyrokiem z dnia 31 marca 2015 roku Sąd uznał zasadność obciążenia wykonawcy karą umowną w wysokości 130.461,13 złotych. Sąd uznał, że szpital faktycznie „miał powody do rozwiązania umowy z przyczyn leżących po stronie powodów, co z kolei uzasadnia naliczenie kary umownej.” (vide: strony 24-25 wyroku Sądu Okręgowego z dnia 31 marca 2015 roku, sygn. akt I C 370/14).

Na potwierdzenie Odwołujący złożył wraz z odwołaniem:

- umowę nr 43/2011 z dnia 20 grudnia 2011 roku,
- notę obciążeniową nr 169/34a/13 na kwotę 159 505,49 złotych,

- notę obciążeniową nr 170/24'a/13 na kwotę 21.504,31 złotych,
- wyrok Sądu Okręgowego w Koninie z dnia 31 marca 2015 roku, sygn. akt I C 370/14.

Zdaniem Odwołującego, powyżej opisane okoliczności potwierdzają, że wykonawcy z grupy kapitałowej Dozorbud (członkowie konsorcjum) dopuszczali się wielokrotnie poważnych naruszeń obowiązków zawodowych. Wykonawcy nie realizowali obowiązków wynikających z umów zawieranych z zamawiającymi, z premedytacją nie dostarczali sprzętów określonych w SIWZ, nie wykonywali w całości zawartych umów, doprowadzali do przedwczesnego rozwiązywania umów o udzielenie zamówienia publicznego.

Wykonawcy zawsze byli wzywani do prawidłowego wykonywania umów, ale najczęściej nie reagowali na wezwania. Nadto wykonawcy nie czerpali nauki z faktu przedwczesnego rozwiązywania z nimi umów i w sposób niezorganizowany, bez odpowiedniego zaplecza osobowego i sprzętowego podejmowali się wykonywania kolejnych umów. Naruszanie obowiązków zawodowych następowało umyślnie, bowiem trudno, aby bez swojej winy wykonawcy tylokrotnie, pomimo wezwań nieprawidłowo realizowali zamówienia, w tym nie zakupywali wymaganego sprzętu. Szczególnie negatywnie należy ocenić fakt, że wykonawcy oszczędzali wydatków kosztem zamawiającego i kosztem bezpieczeństwa pacjentów. Wykonawcy są zatem niewiarygodni i nie dają zatem gwarancji należytego wykonania zamówienia. W dniu 3 lutego 2016 roku Zamawiający otrzymał dokumenty potwierdzające rażące naruszenie obowiązków zawodowych przez członków konsorcjum firm: DGP Clean Partner sp. z .o.o., DGP Dozorbud Grupa Polska sp. z .o.o., Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC sp. z o.o. przy realizacji usług na rzecz: Szpitala Wolskiego im. dr Anny Gostyńskiej SPZOZ w Warszawie, 11 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Bydgoszczy, Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku, Szpitala Wojewódzkiego im. Jana Pawła II w Bełchatowie oraz Samodzielnego Publicznego Szpitala Wojewódzkiego w Gorzowie Wielkopolskim. W dniu 9 lutego 2016 roku otrzymał dokumenty uzupełniające odnośnie realizacji przez członków konsorcjum firm: DGP Clean Partner sp. z .o.o., DGP Dozorbud Grupa Polska sp. z .o.o., Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC sp. z o.o. usług na rzecz 11 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Bydgoszczy, Szpitala Wojewódzkiego im. Jana Pawła II w Bełchatowie oraz Samodzielnego Publicznego Szpitala Wojewódzkiego w Gorzowie Wielkopolskim oraz dokumenty dotyczące realizacji usługi na rzecz Powiatu Świebodzińskiego. Z kolei w dniu 10 lutego 2016 roku Zamawiający otrzymał dokumenty dotyczące realizacji przez członków konsorcjum firm: DGP Clean Partner sp. z .o.o., DGP Dozorbud Grupa Polska sp. z .o.o., Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC sp. z o.o. usługi na rzecz Wojewódzkiego Szpitala Zespołonego w Koninie.

Na potwierdzenie Odwołujący złożył wraz z odwołaniem:

- pismo z dnia 3 lutego 2016 roku,
- wydruk e-maila z dnia 9 lutego 2016 roku,

- wydruk e-maila z dnia 10 lutego 2016 roku.

Odwołujący również zauważał, że w dniu 9 lutego 2016 roku Zamawiający wezwał członków konsorcjum firm: DGP Clean Partner sp. z .o.o., DGP Dozorbud Grupa Polska sp. z .o.o., Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC sp. z o.o. do przedstawienia dowodów na to, że Wykonawca podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinieniu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz że naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia.

W dniu 11 lutego 2016 roku członkowie konsorcjum firm: DGP Clean Partner sp. z .o.o., DGP Dozorbud Grupa Polska sp. z .o.o., Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC sp. z o.o. przedstawili Zarządzenie wewnętrzne nr 1511014 z dnia 18 października 2014 roku, które ma dowodzić podjęcia odpowiednich środków zaradczych, które mają zapobiec zawinieniu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości. Ponadto członkowie konsorcjum firm: DGP Clean Partner sp. z .o.o., DGP Dozorbud Grupa Polska sp. z .o.o., Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC sp. z o.o. przedstawili dokumenty potwierdzające uiszczenie zapłaty na rzecz zamawiających, którym wyrządzili szkodę. W związku z tym, że uiszczenie zapłaty nastąpiło poprzez potrącenie na podstawie not obciążeniowych, nie można mówić o naprawieniu szkody. Członkowie konsorcjum prowadzą spory w sprawie zapłaty potrąconych należności, więc szkoda powstała w interesach zamawiających nie została definitywnie naprawiona. Wyjaśnień członków konsorcjum firm: DGP Clean Partner sp. z o.o., DGP Dozorbud Grupa Polska sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC sp. z o.o. nie sposób potraktować jako wiarygodnych. Fakt wprowadzenia Zarządzenia wewnętrznego z dnia 18 października 2014 roku nie ustrzegł członków konsorcjum przed zawinionym i poważnym naruszaniem obowiązków zawodowych w przyszłości. Zarówno szkoda wyrządzona Szpitalowi Wolskiemu im. dr Anny Gostyńskiej SPZOZ w Warszawie, jak i Powiatowi Świebodzińskiemu została spowodowana w wyniku realizowania umów zawartych po wydaniu Zarządzenia wewnętrznego. Samo Zarządzenie wewnętrzne nie jest zatem wystarczającym dowodem na podjęcie konkretnych środków zaradczych, skoro kolejne umowy również były realizowane w sposób nieprawidłowy, z rażącym naruszeniem postanowień umowy i obowiązków zawodowych. Ponadto nie można uznać faktu zapłacenia kary umownej za naprawienie szkody, skoro doszło do tego w wyniku wykonania wyroku sądowego. Członkowie konsorcjum firm: DGP Clean Partner sp. z o.o., DGP Dozorbud Grupa Polska sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC sp. z o.o. nie naprawiali w sposób dobrowolny wyrządzonych szkód. W celu uzyskania rekompensaty za wyrządzoną szkodę zamawiający musieli wytaczać powództwa (Powiat Świebodziński). Dopiero przesądzenie w wyroku sądowym o odpowiedzialności za

nienależyte wykonywanie umowy doprowadziło do uzyskania przez zamawiającego należnej mu kary umownej. Ponadto członkowie konsorcjum nie uznali kar umownych, które zostały potrącone z wynagrodzeniem im należnym. Członkowie konsorcjum w wieloletnich procesach dochodzą zapłaty tego wynagrodzenia, kwestionując przy tym zasadność obciążenia ich karami umownymi (sprawy sądowe przeciwko 11 Wojskowemu Oddziałowi Gospodarczemu w Bydgoszczy, Szpitalowi Wojewódzkiemu im. Jana Pawła II w Bełchatowie, Samodzielnemu Publicznemu Szpitalu Wojewódzkiemu w Gorzowie Wielkopolskim oraz Wojewódzkiemu Szpitalowi Zespolonemu w Koninie). Sprawy są w toku, członkowie konsorcjum wykorzystują wszystkie możliwe środki prawne w celu zakwestionowania swojej odpowiedzialności za rażące naruszenie obowiązków zawodowych. Podnieść należy, że członkowie konsorcjum nie naprawili szkody wyrządzonej tym zamawiającym, którzy postanowili o rozwiązaniu od umowy z członkami konsorcjum. Sam fakt odstąpienia od umowy i przeprowadzenia ponownego postępowania przetargowego również stanowi szkodę, co znajduje potwierdzenie w wyrokach sądów (strona 35 wyroku Sądu Okręgowego w Gorzowie Wlkp., sygn. akt I C 3227/13). Wobec powyższego członkowie konsorcjum firm: DGP Clean Partner sp. z o.o., DGP Dozorbud Grupa Polska sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC sp. z o.o. podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2a Prawa zamówień publicznych.

II. Ponadto Odwołujący podnosił, że oferta konsorcjum DGP zawiera rażąco niską cenę. Zdaniem Odwołującego, cena jest nierealistyczna, znacząco odbiega od przyjętych cen rynkowych i nie obejmuje wszystkich obligatoryjnych elementów kosztowych pozwalających na wykonanie zamówienia. Wykonawcy nie są w stanie wykonać w sposób należyty przedmiotu zamówienia za podaną przez siebie cenę. Koszty pracy, środków czystości, dezynfekcyjnych czy urządzeń niezbędnych do wykonania obu usług znacząco przewyższają ceny wskazane przez Wykonawców. Wykonawcy nie są w stanie wykonać w sposób należyty przedmiotu usług za podane ceny. Oferowane miesięczne wynagrodzenie członków konsorcjum firm: DGP Clean Partner sp. z o.o., DGP Dozorbud Grupa Polska sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC sp. z o.o. wynosi 87.307,23 złotych brutto (tj. netto 70.981,49 złotych), podczas gdy minimalne miesięczne wynagrodzenie uwzględniające realizację usługi zgodnie z SIWZ wynosi 109.857,21 złotych brutto, to jest 89.314,81 złotych netto. Na kwotę 89.314,81 złotych netto składa się koszt wynagrodzeń pracowników w wysokości 74.864,81 złotych. Zamawiający wymaga niezmiennego, niezależnego od urlopów i zwolnień chorobowych, minimalnego zatrudnienia na poziomie 30 osób. Koszt jednego etatu z zastępstwami wymaganymi do zapewnienia niezmiennego zatrudnienia na poziomie 30 osób, wynosi 2.495,49 złotych. Poza kosztami wynagrodzeń pracowników do realizacji usługi niezbędne jest poniesienie kosztów rzeczowych (środki trwałe, pranie

mopów i ubrań roboczych, pranie Verticali, mycie okien), które należy wycenić na minimalną miesięczną kwotę w wysokości 14.450,00 złotych. Podkreślenia wymaga, że już minimalny koszt wynagrodzeń pracowników przekracza kwotę netto, którą członkowie konsorcjum firm DGP Clean Partner sp. z o.o., DGP Dozorbud Grupa Polska sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC sp. z o.o. zaoferowali w postępowaniu przetargowym.

Odwołujący w odwołaniu podał, że „W załączeniu Odwołujący złożył wyliczenie minimalnego kosztu wykonania usługi.”, natomiast do odwołania takiego załącznika nie załączono, Odwołujący wyliczenie kosztów złożył dopiero na rozprawie.

Odwołujący podkreślał, że oferowanie przez członków konsorcjum firm: DGP Clean Partner sp. z o.o., DGP Dozorbud Grupa Polska sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC sp. z o.o. ceny ofertowej poniżej minimalnych kosztów wytworzenia usługi naraża Zamawiającego na nienależycie wykonywaną przez tego wykonawcę usługę, tak jak to miało miejsce w opisanych powyżej usługach, które członkowie konsorcjum wykonywali z rażącym naruszeniem obowiązków zawodowych. Zamawiający wybierając ofertę członków konsorcjum bez uprzedniego wezwania ich do wyjaśnienia wysokości zaoferowanego wynagrodzenia, narażają swoje interesy na szkodę wynikającą z nienależytego wykonania usługi. Tym samym konsorcjum DGP winno być, zdaniem Odwołującego, wezwane do wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: DGP Clean Partner spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, DGP Dozorbud Grupa Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, których oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej również: Przystępujący).

Zamawiający uwzględnił zarzuty podniesione w odwołaniu w całości. Przystępujący wniósł sprzeciw, w związku z czym na podstawie art.186 ust.4 Prawa zamówień publicznych, Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie.

II. Izba ustaliła, że Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałaby dokonana powtórna ocena ofert, a oferta

Przystępującego zostałyby odrzucona bądź zostałby on wykluczony z postępowania – wówczas Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie należy oddalić.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2a Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum DGP, w sytuacji, gdy wykonawcy podlegają wykluczeniu na podstawie tego przepisu, ponieważ wielokrotnie dopuścili się poważnego naruszenia swoich obowiązków zawodowych z własnej winy lub na skutek rażącego niedbalstwa Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że zgodnie z art. 24 ust. 2a Prawa zamówień publicznych zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności, gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych, jeżeli zamawiający przewidział taką możliwość wykluczenia wykonawcy w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ.

W związku z powyższym kluczowe dla rozstrzygnięcia zarzutu było ustalenie, czy w sposób określony w przepisach Zamawiający przewidział podstawę wykluczenia wykonawcy, zgodnie z art. 24 ust. 2a Prawa zamówień publicznych.

W ocenie Odwołującego w rozdziale I pkt 2.3 SIWZ Zamawiający przewidział przedmiotową podstawę wykluczenia. Z takim poglądem Izba nie mogła się zgodzić.

Izba ustaliła, że w ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający nie zawarł żadnych postanowień odnośnie art. 24 ust. 2a Prawa zamówień publicznych, natomiast w rozdziale I pkt 2.3 SIWZ wskazał, iż „W przypadku oferty „Konsorcjum” lub spółki cywilnej ocena braku podstaw wykluczenia Wykonawcy ze względu na okoliczności określone w art. 24 ust. 1 i 2 i 2 a ustawy Prawo zamówień publicznych – dotyczy wszystkich przedsiębiorców tworzących „Konsorcjum” lub spółkę cywilną”. Brak w SIWZ jakichkolwiek innych postanowień odnośnie art. 24 ust. 2a Prawa zamówień publicznych.

W takich okolicznościach zdaniem składu orzekającego, nie można zasadnie uznać, że zgodnie z art. 24 ust. 2a Prawa zamówień publicznych Zamawiający przewidział możliwość wykluczenia wykonawcy na podstawie tego przepisu.

Przesłanki wykluczenia wykonawców powinny zostać określone w sposób jasny, jednoznaczny i niebudzący żadnych wątpliwości. Skutku wykluczenia wykonawcy nie można domniemywać, jeżeli nie zawarto stosownych ku temu podstaw w ogłoszeniu bądź w SIWZ.



Wykluczenie wykonawcy z postępowania ma charakter zbliżony do sankcji karnej, prowadzi do eliminacji wykonawcy z postępowania, dlatego nie może wynikać z interpretacji rozszerzającej postanowień ogłoszenia czy SIWZ. Przesłanka wykluczenia wykonawcy z postępowania powinna być określona w sposób jednakowy dla wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, niezależnie od tego, czy ofertę składają samodzielnie, w konsorcjum, czy w formie spółki cywilnej.

Nie może budzić wątpliwości, że ze względu na powyższe, jakiegokolwiek postanowienia, czy to niezrozumiałe, w sposób niejasny przewidujące możliwość wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2a Prawa zamówień publicznych, czy łagodniejsze w odniesieniu do przywołanego przepisu, czy bardziej restrykcyjne, powinny być uznane jako niewywołujące skutków w zakresie określenia podstawy wykluczenia wykonawcy.

Na powyższą argumentację nie może mieć wpływu treść załącznika nr 5 do SIWZ, zawierającego wzór kilku oświadczeń wykonawcy, m.in. o braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2a Prawa zamówień publicznych, ponieważ załączenie do SIWZ wzoru takiego oświadczenia nie może być uznane za tożsame z przewidzeniem przez Zamawiającego podstawy wykluczenia zgodnie z art. 24 ust. 2a Prawa zamówień publicznych.

W konsekwencji, zdaniem składu orzekającego, brak było podstaw do uznania, że Zamawiający przewidział przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 a Prawa zamówień publicznych. Zamawiający w przytoczonym wyżej fragmencie SIWZ jedynie stwierdził, że „ocena braku podstaw wykluczenia Wykonawcy ze względu na okoliczności określone w art. 24 ust. 1 i 2 i 2 a ustawy Prawo zamówień publicznych” dotyczy wszystkich podmiotów tworzących konsorcjum lub spółkę cywilną. Zamawiający nie przewidział jednak takiej przesłanki wykluczenia, ani nie opisał podstaw dokonywania oceny w tym zakresie. Ponadto przywołane postanowienie rozdziału I pkt 2.3 SIWZ nie odnosi się w ogóle do wykonawców samodzielnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a trudno byłoby przyjąć – wobec konieczności jednoznacznej interpretacji podstaw wykluczenia – że Zamawiający przewidział przesłankę wykluczenia wykonawców jedynie w odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i spółek cywilnych.

Skoro nie została spełniona przesłanka formalna umożliwiająca wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2a Prawa zamówień publicznych (brak „przewidzenia” przez Zamawiającego), to Zamawiający nie miał podstawy do wykluczenia Przystępującego z powołaniem się na art. 24 ust. 2a Prawa zamówień publicznych (tak też Izba w wyroku wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 142/15).

Podsumowując, Izba nie miała podstaw do badania, czy Przystępujący rzeczywiście podlegałby wykluczeniu na podstawie przedmiotowej przesłanki. Na marginesie należy zauważyć, że Przystępujący słusznie w piśmie z dnia 24 lutego 2016 r. i na rozprawie podnosił, że część ewentualnych naruszeń, na które wskazywał Odwołujący w odwołaniu, miała miejsce przed 3 letnim okresem, o którym mowa w art. 24 ust. 2a Prawa zamówień publicznych, czemu Odwołujący zasadniczo na rozprawie nie zaprzeczał.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum DGP do wyjaśnień, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum DGP, pomimo że zaoferowana przez tych wykonawców cena ofertowa oraz zaoferowana przez tych wykonawców cena za wykonanie usługi utrzymania czystości jest rażąco niska, Izba, po analizie dokumentacji postępowania, argumentów Odwołującego przedstawionych w odwołaniu i wyliczenia złożonego na rozprawie, uznała zarzut za bezzasadny.

Po pierwsze, Izba stwierdziła, że Odwołujący nie udowodnił (ani nawet nie uprawdopodobnił) podnoszonych zarzutów (na etapie wniesienia odwołania Zamawiający nie zastosował jeszcze procedury wyjaśniającej z art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, zatem ciężar dowodu, że jest ona konieczna, spoczywał na Odwołującym).

Izba ustaliła, że w postępowaniu zostały złożone dwie oferty – przez Odwołującego i Przystępującego, między cenami których różnica nie przekraczała 30% (wynosiła ok.18,5%). W takich okolicznościach nie wystąpiła przesłanka do wszczęcia procedury wyjaśniającej na podstawie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Odwołujący nie odnosił się do wartości zamówienia, a jedynie wskazywał, że Przystępujący „nie jest w stanie wykonać w sposób należyty przedmiotu zamówienia za podaną przez siebie cenę”.

Odwołujący w odwołaniu opisywał, dlaczego jego zdaniem oferta Przystępującego powinna być uznana za złożoną z rażąco niską ceną, natomiast na rozprawie przedłożył wyliczenie, które miało potwierdzać jego argumenty. Jednak wyliczenie to po pierwsze nie koresponduje z argumentacją odwołania (kwoty podawane w odwołaniu odnośnie miesięcznego kosztu wynagrodzenia pracowników nie odpowiadają kwotom z wyliczenia kosztu wykonania usługi, przy czym kwoty z wyliczenia są niższe, niż kwoty podane w odwołaniu, np. minimalne miesięczne wynagrodzenie pracowników w odwołaniu podano 74 864,81 zł, w wyliczeniu 68 825 zł), a ponadto wyliczenie jest niespójne: ilość podanych pracowników w kolumnie pierwszej wyliczenia nie odpowiada sumie podanej w kolumnie drugiej. Innych dowodów Odwołujący nie złożył.

Ponadto trafnie zauważył Przystępujący, że w odwołaniu Odwołujący wywodzi, że zamówienie można wykonać nie taniej, niż za określoną kwotę minimalną, tymczasem sam zaoferował wykonanie zamówienia za kwotę niższą.

Reasumując, nie ma podstaw, aby wywody Odwołującego w zakresie zarzutów odnoszących się do rażąco niskiej ceny uznać za prowadzące do uwzględnienia zarzutów i żądań w tym zakresie.

Wobec powyższych okoliczności Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, że doszło do naruszeń przepisów Prawa zamówień publicznych, podnoszonych w odwołaniu, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....

.....

.....