

Sygn. akt: KIO 252/16

WYROK

z dnia 11 marca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek
Anna Chudzik
Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Wojciech Świdwa

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **9 marca 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 lutego 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Izan +sp. z o.o., Naprzód Sp. z o.o. oraz Hojo sp. z o.o., z siedzibą ul. Żabinec 46, 31-215 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Onkologii - Instytut im. M. Skłodowskiej - Curie, ul. Wawelska 15B, 02-034 Warszawa**

przy udziale:

1. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **DGP Clean Partner sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Sp. z o.o., Seban Sp. z o.o., z siedzibą ul. Najświętszej Marii Panny 5e 59-220 Legnica** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego i wnoszącego sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania.
2. **Aspen sp. z o.o., ul. Bularnia 5, 31-222 Kraków**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Izan +sp. z o.o., Naprzód Sp. z o.o. oraz Hojo sp. z o.o., z siedzibą ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków** 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 +sp. z o.o., Naprzód Sp. z o.o. oraz Hojo sp. z o.o., z siedzibą ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Izan +sp. z o.o., Naprzód Sp. z o.o. oraz Hojo sp. z o.o., z siedzibą ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków** na rzecz **DGP Clean Partner sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usługowe GOS- ZEC Sp. z o.o., Seban Sp. z o.o., z siedzibą ul. Najświętszej Marii Panny 5e 59-220 Legnica** kwotę 3 600 zł (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty wynagrodzenia pełnomocnika przystępującego po stronie zamawiającego, który wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania, zgodnie ze złożoną do akt sprawy fakturą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:
.....
.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Centrum Onkologii - Instytut im. M. Skłodowskiej - Curie w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Usługę sprzątnięcia i utrzymania czystości w obiektach Centrum Onkologii-Instytutu przy ul. Roentgena 5 i ul Wawelskiej 15 w Warszawie nr sprawy PO - 1/16/IM.”

Postępowanie zostało ogłoszone w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 29 stycznia 2016 roku pod pozycją 2016/S 020-031559

W dniu 25 lutego 2016 roku odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia : Izan +sp. z o.o., Naprzód Sp. z o.o. oraz Hojo sp. z o.o., wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na:

1. zaniechaniu wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm: DGP Clean Partner sp. z .o.o., Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC sp. z o.o., SEBAN sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 2a Pzp, pomimo iż wykonawcy podlegają wykluczeniu na podstawie tego przepisu, a Zamawiający przewidział powyższą podstawę wykluczenia w SIWZ;
2. zaproszenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm: DGP Clean Partner do złożenia oferty.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 24 ust. 2a Pzp przez zaniechanie wykluczenia konsorcjum DGP Clean Partner sp. z o.o, 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;
2. art. 51 ust. 1 Pzp przez zaproszenie konsorcjum DGP Clean Partner sp. z .O.o., w sytuacji gdy wykonawcy podlegają wykluczeniu, 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 ogłoszeniu o zamówieniu;
3. 7 ust. 1 Pzp przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez nieuwzględnienie faktu, iż konsorcjum DGP Clean Partner sp. z o.o. podlegają wykluczeniu z postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2a Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie wykluczenia konsorcjum DGP na podstawie art. 24 ust. 2 a ustawy Pzp.

W uzasadnieniu wskazał, że Zamawiający przewidział podstawę wykluczenia, określoną w art. 24 ust. 2 a w Sekcji III. 2.1 a ogłoszenia o zamówieniu. Członkowie konsorcjum firm: DGP Clean Partner sp. z .o.o., Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC sp. z o.o., SEBAN sp. z o.o. wielokrotnie dopuścili się poważnego naruszenia swoich obowiązków zawodowych z własnej winy lub co najmniej na skutek rażącego niedbalstwa. Przedstawiony przez Odwołującego 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. Odnośnie poszczególnych umów podniósł, co następuje:

1. umowa nr 13/ZP/2015 z dnia 26 stycznia 2015 roku na świadczenie kompleksowej usługi sprzątnia i transportu wewnątrzszpitalnego wykonywana przez DGP Clean Partner sp. z .o.o., Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC sp. z o.o., SEBAN 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 wykazu sprzętu sporządzonego w wyniku kontroli wykonawca nie dostarczył dużej ilości wymaganego sprzętu i wykonywał usługę w sposób niezgody 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 baterijnego i wielu innych maszyn i urządzeń. Bez wątpienia 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 przekraczały wartość miesięcznej umowy wyznaczam Państwu ostateczny termin do zrealizowania wszystkich zaległych prac oraz bieżących w terminie do dnia 30.06.2015 roku".

Szpital obciążał wykonawcę karami umownymi (przykładowe noty księgowe 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 przedstawia 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 księgowe 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 nienależyte. 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) vericali 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 InterRisk 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 przedstawia wraz z odwołaniem:

- umowę nr 46/2013-2017/11WOG z dnia 03.12.2015 roku,
- oświadczenie z dnia 29.04.2015 roku o odstąpieniu zamawiającego od umowy,
- 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 11.01.2016 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 kucharek 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: nie dostarczenie 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 nieznamomości 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 tys 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 przedstawia 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. na kwotę 141 050 złotych,
- pismo Szpitala Wojewódzkiego im. Jana Pawła II w Bełchatowie z dnia 01.02.2016 roku.

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 wynikał 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 ogłoszenia 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 Wilkp., sygn. akt I C 3227/13).

Na potwierdzenie Odwołujący przedstawia 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 zawezwanie 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 przedstawia 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 m.in. przez DGP Clean Partner 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 przedstawia 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 Zespolonego w Koninie.

W toku realizacji usługi szpital wielokrotnie zgłaszał wykonawcy nieprawidłowości w realizacji usługi polegające na: brakach ilościowych pranej bielizny, niedopranu bielizny, zniszczeniu bielizny i niewłaściwe zapakowanie bielizny. Szpital przesyłał 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 159.505,49 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 przedstawia 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 170/24a/13 na kwotę 21.504,31 złotych, - wyrok Sądu Okręgowego w Koninie z dnia 31 marca 2015 roku, sygn. akt I C 370/14.

8. Umowa nr 114/2014-2017/11WOG z dnia 14 kwietnia 2014 roku zawarta na podstawie art. 67 ust 1 pkt 6 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. Wykonawca dopuścił się szeregu poważnych naruszeń umowy co doprowadziło do odstąpienia od tej umowy. Wykonawca był wezwany do wykonania obowiązków objętych umową pod rygorem odstąpienia przez Zamawiającego od tej umowy (wezwanie z dnia 08.05.2015r). Ostatecznie Zamawiający odstąpił od umowy z dniem 22.05.2015 r. i w związku z tym nałożył karę umowną w wysokości 3 911,27 zł. Zamawiający wezwał do zapłaty kary wezwaniem z dnia 27.05.2015 r

Na potwierdzenie Odwołujący przedstawia wraz z odwołaniem: - umowę nr 114/2014-

2017/11WOG z dnia 14 kwietnia 2014 roku - przykładowe notatki, - wezwanie do wykonania obowiązków umowy z dnia 08.05.2015 - odstąpienie od umowy z dnia 18.05.2015 r- wezwanie do zapłaty z dnia 27.05.2015r.

Wszystkie powyżej opisane okoliczności potwierdzają, zdaniem Odwołującego, że wykonawcy z grupy kapitałowej DGP (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. Naruszenie 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 kosztem zamawiającego i kosztem bezpieczeństwa pacjentów. Wykonawcy są zatem niewiarygodni i nie dają zatem gwarancji należytego wykonania zamówienia.

W dniu 10 lutego 2016 roku Zamawiający otrzymał dokumenty potwierdzające rażące naruszenie obowiązków zawodowych przez członków konsorcjum firm: DGP Clean Partner sp. z .o.o., Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC sp. z o.o. SEBAN sp. z o.o. przy realizacji usług na rzecz: 11 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Bydgoszczy, Szpitala Wojewódzkiego im. Jana Pawła II w Bełchatowie oraz Powiatu Świebodzińskiego, Szpitala Wolskiego im. dr Anny Gostyńskiej SPZOZ w Warszawie, Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku, oraz Samodzielnego Publicznego Szpitala Wojewódzkiego w Gorzowie Wielkopolskim oraz Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Koninie. Na potwierdzenie Odwołujący przedstawia wraz z odwołaniem: - wydruk e-maila z dnia 10 lutego 2016 roku. Powyżej wymienione przesłanki wykluczenia członków konsorcjum firm: : DGP Clean Partner sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC sp. z o.o. i dowody je potwierdzające znalazły potwierdzenie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 lutego 2016 roku, sygn. akt KIO 101/16. Izba potwierdziła istnienie w/w okoliczności oraz fakt, że stanowią one podstawę do wykluczenia Wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2a Pzp.

Odwołujący nie posiada informacji, czy Zamawiający wezwał członków konsorcjum firm: DGP Clean Partner sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC sp. z o.o., SEBAN sp. 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 24 lutego 2016 roku Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego ze stosownym pytaniem, ale nie uzyskał odpowiedzi.

Postępowanie członków konsorcjum dowodzi, że pomimo wyrządzenia wielu szkód różnym zamawiającym nie wprowadzili środków zaradczych, które miałyby uchronić kolejnych zamawiających przed wyrządzeniem szkody. Pomimo obciążania karami umownymi oraz procesów sądowych, członkowie konsorcjum firm: DGP Clean Partner sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC sp. z o.o., SEBAN sp. z o.o. kolejne umowy są realizowane przez nich w sposób nieprawidłowy, z rażącym naruszeniem postanowień umowy i obowiązków zawodowych. Z faktu wszczynania przez członków konsorcjum firm: DGP Clean Partner sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC sp. z o.o. kolejnych postępowań sądowych przeciwko zamawiającym należy wywodzić, że członkowie konsorcjum nie naprawili wyrządzonych szkód. Członkowie konsorcjum firm: DGP Clean Partner sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC sp. z o.o., SEBAN 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 Wojewódzkiego w Gorzowie Wielkopolskim oraz Wojewódzkiemu Szpitalowi Zespolonemu w Koninie).

Wobec powyższego członkowie konsorcjum firm: DGP Clean Partner sp. z o. o., Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC sp. z o.o., SEBAN sp. z o.o podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 ustawy Pzp.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz mając na uwadze stanowiska stron zgłoszone do protokołu rozprawy Izba ustaliła , co następuje:

W pkt III 2.1. ppkt a ogłoszenia o zamówieniu podano, że w celu wykazania braku podstaw wykluczenie z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wymaga złożenia „Oświadczenia o spełnianiu wymogów zawartych w art. 24 ust. 1 i 2 i 2a ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29.01.2004 r.”

W rozdziale IV 2a Instrukcji Sporządzenia wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym - Dokumenty lub oświadczenia wymagane w celu wykazania, że wykonawca nie polega wykluczeniu z postępowania - podano, że w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy zamawiający wymaga złożenia „Oświadczenia o spełnianiu wymogów zawartych w art. 24 ust. 1 i 2 i 2a ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29.01.2004 r.”, stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ.

W toku postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego jeden z wykonawców złożył do Zamawiającego „Wniosek o wprowadzenie zapisu wynikającego z art. 24 ust. 2a ustawy Pzp”, wskazując że wprowadzenie tego zapisu pozwoli wyeliminować ryzyko wyboru wykonawcy niezdolnego do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia.

W odpowiedzi na powyższe, w dniu 4 lutego 2016 roku Zamawiający poinformował, że zapis odnoszący się do wskazanego artykułu ustawy znajduje się w rozdziale IV pkt 2 a, str. 6 Instrukcji Sporządzenia wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym Zamawiający nie ma obowiązku cytowania całej treści przepisu. W przypadku zaistnienia wszystkich przesłanek wynikających z powyższego przepisu, Zamawiający podejmie stosowne decyzje w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W dniu 4 lutego 2016 roku wykonawca złożył kolejne pismo, w którym stwierdził, że Zamawiający nie uwzględnił w udzielonej odpowiedzi całego wniosku wykonawcy. Wykonawca domagał się rozszerzenia załącznika nr 2 „wykaz wykonanych dostaw” i wprowadzenia wymogu przedstawienia w ofercie informacji o usługach w których wykonawca w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie w okresie 3 lat przed terminem składania ofert. W odpowiedzi z dnia 5 lutego 2016 roku, Zamawiający wskazał, że zgodnie z § 1 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzaju dokumentów, Zamawiający może żądać wskazania informacji o usługach niewykonanych lub wykonanych nienależycie. Z uwagi na dyspozytywny charakter tego przepisu, Zamawiający zwrócił uwagę, że taki sam skutek jak wykaz niewykonanych lub nienależycie wykonanych zamówień odnosi weryfikacja rzetelności wykonawcy na podstawie złożonego oświadczenia z art. 24 ust. 2 a.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Odwołujący, jako podmiot, który ubiega się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego i złożył ofertę legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania a na skutek działań Zamawiającego może ponieść szkodę w postaci braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, co powoduje, że zostały spełnione przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniające Odwołującego do wniesienia odwołania

Zgodnie z art. 24 ust. 2 a ustawy Pzp 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, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do negocjacji (..).

Nie ulega wątpliwości, że zastosowanie przesłanki określonej w art. 24 ust. 2 a ustawy Pzp ma charakter fakultatywny i wymaga uprzedniego „przewidzenia” tej podstawy wykluczenia odpowiednio - w zależności od trybu postępowania o udzielenie zamówienia - w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji.

W analizowanym postępowaniu, prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego, wskazanie podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 2 a ustawy Pzp winno nastąpić w treści ogłoszenia o zamówieniu.

Postanowienie zawarte w sekcji III. 2.1 ogłoszenia o zamówieniu, na które powołuje się Odwołujący wskazuje na konieczność złożenia przez wykonawców oświadczenia o spełnieniu wymogów zawartych w art. 24 ust. 1 i 2 i 2 a ustawy Pzp i w żaden sposób nie można uznać, że określa ono przesłankę, powodującą wykluczenie wykonawców z udziału w postępowaniu w sytuacji potwierdzenia się okoliczności określonych w art. 24 ust. 2a ustawy Pzp. Analizowane postanowienie ogłoszenia o zamówieniu, jak również identyczne w swej treści postanowienie rozdziału IV.2a Instrukcji sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału, odnoszą się wyłącznie do dokumentu a nie warunku, jaki ma zostać potwierdzony tymże dokumentem/oświadczeniem.

Z nałożonego na wykonawców obowiązku złożenia oświadczenia, które w swej treści ma potwierdzać spełnienie wymogów zawartych m.in. w art. 24 ust. 2 a ustawy Pzp, nie można wywodzić twierdzenia, że Zamawiający sformułował tym samym warunek udziału w postępowaniu określony w art. 24 ust. 2 a.

Przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 2 a ustawy Pzp nie można także wywieść z treści przywoływanych przez Odwołującego odpowiedzi na pytania z dnia 4 i 5 lutego 2016 roku. Po pierwsze podnieść należy, że udzielone odpowiedzi nie zmodyfikowały treści ogłoszenia o zamówieniu oraz Instrukcji sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału, w których jak wyżej wskazano nie przewidziano podatny wykluczenia z art. 24 ust. 2 a ustawy Pzp. Aby można było mówić o wprowadzeniu tej przesłanki do treści ogłoszenia o zamówieniu, w wyniku udzielonych odpowiedzi na pytania, musiałoby dojść do zmodyfikowania ogłoszenia w zgodzie z dyspozycją art. 12 ust.4 ustawy Pzp, który wymaga przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej informacji o dokonanej modyfikacji. Z tych przyczyn nie można uznać, że udzielone przez Zamawiającego odpowiedzi na pytania z dnia 4 i 5 lutego zmodyfikowały treść ogłoszenia o zamówieniu i wprowadziły przesłankę wykluczenia z art. 24 ust. 2 a.

Zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem Izby, przesłanki wykluczenia z udziału w postępowaniu, jako przesłanki negatywne, wywołujące daleko idące konsekwencje w postaci wykluczenia wykonawców z udziału w postępowaniu, winny być określone w sposób jasny, precyzyjny nie podlegający domniemaniom.

Podobne z swej treści stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza wyroku z dnia 3 lutego 2015 r. Sygn. akt KIO 142/15 oraz wyroku z dnia 29 lutego 2016 roku Sygn. akt 191/16/

W konsekwencji, brak „przewidzenia” w treści ogłoszenia o zamówieniu przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 2 a ustawy Pzp stanowi samodzielną i wystarczającą podstawę do oddalenia odwołania i powoduje, że bezprzedmiotowym jest ocena dowodów złożonych przez Odwołującego, mających rzekomo potwierdzić zaistnienie okoliczności z art. 24 ust. 2 a ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....