

WYROK

z dnia 09 maja 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka
Członkowie: Piotr Kozłowski
Sylwester Kuchnio

Protokolant: Krzysztof Wasilewski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 06 maja 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 kwietnia 2016 r. przez wykonawcę **Impel Cleaning Sp. z o.o., Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 7 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego Górnośląskie Centrum Medyczne im. Leszka Gieca, Katowice,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: DGP Clean Partner Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usługowe GOS – ZEC Sp. z o. o., Seban Sp. z o.o., Pralmag-Serwis Przedsiębiorstwo Wielobranżowe A. C., Legnica** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **Impel Cleaning Sp. z o.o., Wrocław** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania
 - 2.1. zasądza od **Impel Cleaning Sp. z o.o., Wrocław** na rzecz **Konsorcjum: DGP Clean Partner Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usługowe GOS – ZEC Sp. z o. o., Seban Sp. z o.o., Pralmag-Serwis Przedsiębiorstwo Wielobranżowe A. C., Legnica** kwotę 3.600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych), stanowiącą uzasadnione koszty 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 dnia 9 sierpnia 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 7 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskie Centrum Medyczne im. prof. Leszka Gieca prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Świadczenie usług specjalistycznego sprzątnia i dezynfekcji, segregacji i transportu surowców wtórnych, odpadów medycznych i komunalnych, transportu wewnętrznego i usług pomocniczych w Szpitalu”.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się 19 grudnia 2015 r. pod numerem 2015/S 246-447452. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów art. 7 ust. 1 i ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasad, zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, bowiem dokonanie wyboru oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu jest niezgodne z przepisami ustawy, art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności wykluczenia wykonawcy konsorcjum firm: DGP Clean Partner Sp. z o. o., Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Sp. z o. o., SEBAN Sp. z o. o., PRALMAG- SERWIS A. C., z udziału w postępowaniu pomimo, że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania; art. 24 ust. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie 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., PRALMAG- SERWIS A.C., w sytuacji gdy konsorcjum podlega wykluczeniu na podstawie tego przepisu, ponieważ członkowie konsorcjum dopuścili się poważnego naruszenia swoich obowiązków zawodowych z własnej winy lub na skutek rażącego niedbalstwa (zgodnie ze wskazanymi w uzasadnieniu przykładami i załączonym materiale dowodowym), a tym samym konsorcjum nie zapewnia poprawnego i rzetelnego wykonania przedmiotowego zamówienia. Obowiązek zastosowania przepisu art. 24 ust. 2 a dla przedmiotowego postępowania wynika z faktu, że Zamawiający przewidział powyższą podstawę wykluczenia w SIWZ, art. 192 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niewykonanie przez Zamawiającego Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 marca 2016 r. w sprawie o sygnaturze akt KIO 273/16. Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności oceny ofert i czynności wyboru oferty konsorcjum firm: DGP Clean Partner Sp. z o. o., Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Sp. z o. o., SEBAN Sp. z o. o., PRALMAG- SERWIS A. C. i nakazanie przeprowadzenia ponownie czynności badania i oceny ofert mając na uwadze, że zachodzą przesłanki wykluczenia z postępowania przystępującego na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy pzp i 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp, wykluczenie oferty konsorcjum firm: DGP Clean Partner Sp. z o. o.,

Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Sp. z o. o., SEBAN Sp. z o. o., PRALMAG- SERWIS A.C., na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych, powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie art. 91 ust, 1 ustawy prawo zamówień publicznych.

Odwołujący w dniu 16 lutego 2016 r. na podstawie przekazanego przez Zamawiającego zawiadomienia dowiedział się o pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej (pismo - fax z dnia 16 luty 2016 r.). Na skutek powyższego Odwołujący wniósł odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej. Krajowa Izba Odwoławcza po zbadaniu przedstawionych w toku postępowania przez strony dowodów w wyroku z dnia 14 marca 2016 r. sygn. akt KIO 273/16 nakazała Zamawiającemu: ponowną czynność badania i oceny ofert mając na uwadze, że zachodzą przesłanki wykluczenia z postępowania Wykonawcy: DGP Clean Partner Sp. z o.o. „Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Sp. z o.o. SEBAN Sp. z o.o. PRALMAG-SERWIS A.C. na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy pzp, jeżeli wykonawca ten nie udowodni podjęcia konkretnych środków i czynności wskazanych w art. 24 ust. 2 a zdanie ostatnie ustawy.

Zamawiający wykonał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej. Unieważnił wybór oferty, przeprowadził badanie oceny ofert ponownie, w tym wezwał Wykonawcę do udzielenia wyjaśnień w zakresie możliwości naruszenia przez Wykonawcę przepisu art. 24 ust. 2a. W odpowiedzi Zamawiający otrzymał od Wykonawcy wyjaśnienia, w których Wykonawca utrzymywał, że oferta którą złożył, w żaden sposób nie narusza art. 24 ust. 2 a ustawy pzp. Zgodnie z treścią złożonych wyjaśnień, Przystępujący podjął następujące kroki: Prezes Zarządu Spółki w dniu 18 października 2014r. wydał zarządzenie nr 15/2014 w sprawie wprowadzenia zasad podjęcia środków technicznych, kadrowych i organizacyjnych, niezbędnych do zapobieżenia poważnym naruszeniom obowiązków zawodowych w przyszłości, wprowadzono aneks do zarządzenia nr 15/2014 przewidujący przyjęcie nowych, wspólnych standardów minimalnych w zakresie świadczenia usług porządkowych i kontroli ich jakości, dokonano zakupu sprzętu wyspecjalizowanego i nowoczesnego oraz wyższej jakości środków czystości, zwiększono kwoty dla poszczególnych kontraktów na zakup środków czystości, wprowadzono właściwą kontrolę nad personelem świadczącym usługę, wprowadzono system motywacyjny dla pracowników, który przewiduje system nagród za realizację usług w sposób należyty, zakończono współpracę z osobami odpowiedzialnymi za kontrakt dla Szpitala Wolskiego oraz Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Bydgoszczy, zatrudniono dodatkowego technologa dedykowanego do kontraktów realizowanych na rzecz Szpitali, wprowadzono szkolenia na rzecz pracowników Spółki. Wraz z szerszymi wyjaśnieniami, przedstawiono dowody na zrealizowanie powyższych działań.

11 kwietnia 2016 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej wybierając ponownie, jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy DGP Clean Partner Sp. z o. o., Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Sp. z o.o., SEBAN Sp. z o.o., PRALMAG- SERWIS A.C.

Odwołujący nie zgodził się z decyzją Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego, pomimo kolejnych doświadczeń wynikających z nienależytego wykonania umów jakich dopuścił się Wykonawca, w rzeczywistości nie podjął on prób „naprawczych” chociaż w przedstawionych Zamawiającemu wyjaśnieniach Wykonawca utrzymywał, że naprawił szkody jakie spowodował oraz że podjął „czynności naprawcze”. Odwołujący wskazał, że Wykonawca ten doprowadził do sytuacji w której inny Zamawiający zmuszony był do rozwiązania umowy z Wykonawcą ze skutkiem natychmiastowym z winy Wykonawcy (umowa nr EZP221/70/2016 z dnia 16 marca 2016 roku na świadczenie usług sprzątnia w obiektach SPWSZ w Szczecinie). Wykonawca albo wcale nie przeprowadził „procedur naprawczych”, a jedynie na użytek stworzenia wyjaśnień dla Zamawiającego twierdził, że je przeprowadził, albo procedury naprawcze zostały rzeczywiście stworzone przez niego tylko dla zachowania pozorów, jednak nigdy nie zostały wcielone w życie w jednostkach Wykonawcy. W konsekwencji zdaniem Odwołującego nadał mamy do czynienia z powielaniem tego samego modelu realizacji umowy o wykonanie zamówienia publicznego doprowadzającego do kolejnych naruszeń umowy.

Odwołujący wskazał także, że Zamawiający poprzestał na wezwaniu do złożenia wyjaśnień przez Wykonawcę i analizując pobieżnie ich treść i przedstawione przez Wykonawcę dowody dał im wiarę. Gdyby jednak Zamawiający w sposób dokładny zapoznał się z treścią wyjaśnień, z pewnością nie wybrałby ponownie oferty Wykonawcy.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Wykonawca informując Zamawiającego o wprowadzeniu zarządzenia Prezesa we wskazanym zakresie nie wskazuje, jakie konkretne działania zostały podjęte na skutek wprowadzenia zarządzenia, wręcz sam sugeruje w dalszej części wyjaśnień, że nie zostały wdrożone w życie podane zarządzenia pisząc, że zmiany te nie mogły wejść z „dnia na dzień” chociaż od daty ogłoszenia tych zmian do daty wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy przez Zamawiających na skutek nienależytego wykonania umowy przez Wykonawcę upłynęło wiele miesięcy. W ocenie Odwołującego Zamawiający oceniając ten punkt wyjaśnień powinien dojść do wniosku, że Wykonawca albo nie wdrożył zarządzeń na jakie się powołuje albo były one niewystarczające. Zamawiający w chwili oceny wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę dysponował dowodami na potwierdzenie powyższego.

Nadto Odwołujący wskazał, że: co roku wszyscy przedsiębiorcy dokonują inwentaryzacji swoich parków maszynowych i technologicznych. Wynika to zasady gospodarności i wcale

nie świadczy o podjęciu przez Wykonawcę próby naprawczej. Powszechnym jest również zjawiskiem wymiana starych i zepsutych sprzętów przez przedsiębiorców. Zwiększenie zabudżetowania dla poszczególnych kontraktów kwoty przeznaczonej na zakup środków czystości i dodatkowych środków wynika tylko i wyłącznie z faktu zawarcia kolejnych kontraktów z klientami. Nie potwierdza to jednak, że Wykonawca zabudżetował kwoty wystarczające i że zastąpił środki o parametrach minimalnych jakie wymagał kontrahent środkami lepszymi - np. wyższej jakości. Zawarcie kontraktów zakupowych jest także zwykłą, naturalną praktyką na rynku nie mającą cech „praktyk naprawczych” a zazwyczaj, wynika z potrzeby poszukiwania bardziej korzystnych warunków dostawy. Wykonawca nie przedstawił dowodów pozwalających na uznanie, że zwiększenie budżetu czy wymiana parku maszynowego wynika z czynności naprawczych bowiem taka praktyka jest praktyką zwykłą, powszechnie stosowaną u przedsiębiorców takich jak Wykonawca i wynika przede wszystkim z chęci zmniejszenia kosztów działalności.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że: nowy system motywacyjny odnosił się tylko do pracowników oddziałów i dla dyrektorów oddziałów. Natomiast pracownicy wykonujący bezpośrednio prace na obiekcie Zamawiającego nie otrzymali nowego systemu motywacyjnego, chociaż to przecież za pomocą ich pracy Wykonawca bezpośrednio realizował usługę u swoich kontrahentów. Podwyższenie wynagrodzenia Dyrektorowi oddziału nie wpływa motywacyjnie na jakość pracy świadczonej przez pracownika wykonującego pracę na obiekcie Zamawiającego. Pracownikami oddziału są przede wszystkim handlowcy - zatem też nie osoby, które świadczą pracę na rzecz Zamawiającego. W ocenie Odwołującego zatrudnienie dodatkowego technologa w przypadku braku określenia faktycznego zapotrzebowania pracy technologów jaki jest niezbędny dla należytego wykonania przedmiotu umowy również jest chybionym argumentem. Zamawiający nie otrzymał informacji, ilu technologów zatrudnia Wykonawca i na jaką ilość kontraktów, zatem Zamawiający nie jest w stanie ocenić czy zatrudnienie technologa jest zatrudnieniem pracownika w miejsce innego pracownika, który, np. został zwolniony - co nadal nie zmienia sytuacji u Wykonawcy.

Ponadto Odwołujący wskazał, że zarządzenie prezesa obejmuje czas miniony. Nie przedstawiono Zamawiającemu informacji w zakresie jaki jest planowany zakres szkoleń na przyszłość, a procedury naprawcze powinny odnosić się do czasu przyszłego. Zamawiający nie otrzymał w wyjaśnieniach informacji w jakim zakresie Wykonawca będzie dbał o rozwój swojej kadry, w zakresie czasu minionego Zamawiający na podstawie przedstawionych w postępowaniu przed KIO dowodów powziął wiedzę, że skoro dochodziło do wielu przypadków nienależytego wykonania umowy przez Wykonawcę w 2015 r pomimo przewidzianych na ten czas szkoleń to potrzeba szkoleń jest znacznie większa w 2016 r. Pomimo to Wykonawca nie wskazał, że w 2016 r. przewiduje jakiegokolwiek szkolenia.

Odwołujący podkreślił, że obowiązek zastosowania przepisu art. 24 ust. 2a ustawy pzp dla przedmiotowego postępowania wynika z faktu, że Zamawiający przewidział powyższą podstawę wykluczenia wykonawcy w SIWZ i w ogłoszeniu postępowania. Zamawiający w rozdziale 10 pkt 6 SIWZ oraz w załączniku nr 3 a do SIWZ pod nazwą: „Oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z postępowania w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 i ust. 2 a ustawy Prawo zamówień publicznych” wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu ważną ofertę złożyć może tylko ten wykonawca, wobec którego nie zachodzą przesłanki z art. 24 ust.2 a ustawy pzp. Odwołujący wskazał, że wobec wykonawcy - konsorcjum firm: DGP Clean Partner Sp. z o. o. Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Sp. z o. o., SEBAN Sp. z o. o., PRALMAG- SERWIS A.C. zachodzą przesłanki z art. 24 ust. 1 i ust. 2 a ustawy Prawo zamówień publicznych, zatem Zamawiający zobowiązany jest do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2a z udziału w przedmiotowym postępowaniu tego wykonawcy. Zamawiający zaniechał jednak czynności wykluczenia wykonawcy - konsorcjum firm: DGP Clean Partner Sp. z o. o. Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Sp. z o. o.. SEBAN Sp. z o.o. PRALMAG- SERWIS A.C. z udziału w postępowaniu, tym samym, zdaniem Odwołującego naruszył przepisy art. art. 24 ust. 2 a ustawy pzp.

Odwołujący podniósł, że członkowie konsorcjum firm: DGP Clean Partner Sp. z o. o., Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Sp. z o. o., SEBAN Sp. z o. o., PRALMAG- SERWIS A.C., wielokrotnie dopuścili się poważnego naruszenia swoich obowiązków zawodowych z własnej winy lub co najmniej na skutek rażącego niedbalstwa. Pomimo to konsorcjum złożyło oświadczenie na formularzu - załącznik nr 3 a do SIWZ pod nazwą: „Oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z postępowania w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 i ust. 2 a ustawy Prawo zamówień publicznych”. A następnie na skutek realizacji Wyroku KIO z dnia 14 marca 2016 r. sygn. akt KIO 273/16 wykonawca ten, na wezwanie Zamawiającego, udzielił wyjaśnień, w których celowo pominął fakt, że w czasie ostatnich trzech lat w sposób zawiniony dopuścił się nienależytego wykonania umowy, wskutek czego Zamawiający powinien wykluczyć go od udziału w postępowaniu. Odwołujący w konkluzji stwierdził, że wykonawca DGP Clean Partner Sp. z o. o., Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Sp. z o. o., SEBAN Sp. z o. o., PRALMAG - SERWIS A.C., złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Odwołujący wskazał, że Przystępujący nie zrealizował należycie umowy z dnia 20 marca 2015 roku na świadczenie usługi utrzymania czystości i porządku w jednostkach oświatowych Powiatu Świebodzińskiego. Nienależyte wykonanie polegało na nieprawidłowym, niepełnym, sprzecznym z opisem przedmiotu zamówienia wskazanym w SIWZ wymiarze świadczonej pracy czyli na niepodjęciu przez Wykonawcę zadań do jakich

był zobowiązany w umowie, na skutek czego Zamawiający zmuszony został do zorganizowania sprzątnięcia we własnym zakresie za cenę wyższą niż ta, którą zapłaciłby, gdyby Wykonawca wykonał zobowiązanie umowne. Fakt nieprzystąpienia przez wykonawcę do wykonania umowy we wskazanym w niej zakresie stanowi stratę dla Powiatu Świebodzińskiego, która na dzień 22 maja 2015 r. określona została na kwotę 17 145 zł i jaką Powiat zapłacił za zastępcze wykonanie sprzątnięcia. Zamawiający w konsekwencji obciążył wykonawcę karami umownymi. Wykonawca w tym przypadku nie dokonał dobrowolnie zapłaty nałożonej na niego kary umownej. Zamawiający zmuszony został do skierowania sprawy o zapłatę do Sądu. Na skutek złożonego przez Zamawiającego powództwa Sąd wydał Wyrok w sprawie o sygn. I C 542/15 zasądzając pełną kwotę kary umownej od Wykonawcy na rzecz Zamawiającego. Zgodnie z Wyrokiem Sądu zostało stwierdzone, że Wykonawca dopuścił się naruszenia umowy i wykonał nienależycie umowę zawartą w drodze udzielenia zamówienia publicznego na skutek czego musi zapłacić karę umowną.

Odwołujący wskazał, że Przystępujący nie zrealizował należycie także umowy nr EZP221/70/2016 z dnia 16 marca 2016 roku na świadczenie usług sprzątnięcia w obiektach SPWSZ w Szczecinie na rzecz Samodzielnego Publicznego Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego. Umowa zawarta z Wykonawcą w dniu 16 marca 2016 r., z wyznaczeniem daty rozpoczęcia realizacji usługi na dzień 1 kwietnia 2016 r. została rozwiązana ze skutkiem natychmiastowym w winy wykonawcy w dniu 3 kwietnia 2016 r. Nienależyte wykonanie umowy przez wykonawcę polegało na niezastosowaniu środków wymienionych na liście preparatów (załącznik nr 6 do umowy) bądź zastosowanie innych, niespełniających wymagań Zamawiającego środków niż te wymienione z listy. Wykonawca nie wykonywał podstawowych czynności wynikających z przedmiotu umowy, do których zobowiązał się składając ofertę w postępowaniu, a następnie zawierając umowę na wykonanie przedmiotu zamówienia. Zdaniem Odwołującego, niewykonanie powyższych obowiązków mogło wynikać tylko i wyłącznie z winy umyślnej wykonawcy, który zaniechał wykonania pomimo, że był świadomy jaki jest zakres jego obowiązków wynikających ze złożonej oferty i zawartej umowy. Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego członkowie konsorcjum firm: DGP Clean Partner Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Sp. z o.o., SEBAN Sp. z o.o., PRALMAG- SERWIS A.C., podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy Pzp.

Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty odwołania.

Do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego przystąpili Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum: DGP Clean Partner Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usługowe GOS – ZEC Sp. z o. o., Seban Sp. z o.o., Pralmag-Serwis

Przedsiębiorstwo Wielobranżowe A.C. Przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania, wobec powyższego odwołanie zostało skierowane do rozpoznania na rozprawie.

Izba ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych uniemożliwiających jego rozpoznanie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba za bezzasadny uznała zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych.

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

Izba ustaliła, że taką podstawę wykluczenia Zamawiający przewidział w treści SIWZ i w ogłoszeniu o zamówieniu.

Izba ustaliła także, że Przystępujący przesłał Zamawiającemu wyjaśnienia, w których wskazał podjęte przez siebie środki naprawcze. Należy podkreślić, że ustawa nie zawiera wzoru, katalogu środków naprawczych, których podjęcie należy wykazać, aby można było powołać się na spełnienie przesłanki uniemożliwiającej wykluczenie z postępowania. Udowodnienie podjęcia konkretnych środków, o których mowa w art. 24 ust 2a ustawy Prawo zamówień publicznych, może odbywać się za pomocą dowolnych środków dowodowych. Ustawodawca także w tym zakresie nie wprowadza ograniczeń, które nakazywałyby przedstawienie przez wykonawcę określonych rodzajów dowodów. Przystępujący wyjaśnił, że przedstawił takie dowody, które w jego ocenie najlepiej potwierdzają zakres i rodzaj przyjętych przez niego środków naprawczych.

Wydając orzeczenie w niniejszej sprawie, Izba miała na uwadze wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 23 marca 2016 roku, sygn. akt KIO 353/16.

Izba w ww. wyroku wskazała, że „Względem podjętych kroków, tj. czynności naprawczych, Izba uznała przedstawione w tym zakresie wyjaśnienia z 18.02.2016 r. wraz z załączonymi dowodami, za wiarygodne. Wykonawca przedstawił konkretne podjęte czynności oraz wyjaśnił czemu mają zapobiegać, co potwierdził załączonymi dowodami. Inaczej mówiąc określił jakie działania przedsięwziął, czyli co zamierza i w jaki sposób, aby poważne naruszenia obowiązków zawodowych się nie powtórzyły. Wdrożone kroki mają za zadanie służyć głównie zapobieganiu, czyli przeciwdziałać ponownemu ich wystąpieniu. Powyższe środki podejmowane przez Wykonawców mogą przykładowo polegać jak wskazuje się w piśmiennictwie, A. S. w ramach - Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunek zmian, pod red. H. Nowicki i P. Nowicki, Wrocław 2015 - *„Nowe tendencje w zakresie podstaw wykluczenia wykonawców - stosowanie zasady proporcjonalności”*: *„(...) na wyjaśnieniu właściwym organom lub instytucją zamawiającej wszystkich okoliczności „niewiarygodnego” zachowania, naprawienia szkody, zwolnienia osób odpowiedzialnych, przeprowadzenia szkoleń wdrażających personel do przestrzegania określonych reguł, odsunięcia osób winnych przestępstw od zarządzania lub nadzoru, wprowadzeniu dodatkowych systemów kontroli”* (str. 246). W przedmiotowym stanie faktycznym - wprowadzono m.in. zarządzenie wewnętrzne nr 15/2014 z 18.10.2014 r. w sprawie wprowadzenia zasad podjęcia środków technicznych, kadrowych i organizacyjnych, niezbędnych do zapobieżenia poważnym naruszeniom obowiązków zawodowych w przyszłości. Powyższy wewnętrzny akt prawny został dodatkowo aneksowany – Aneks nr 1 z 16.10.2015 r. Na jego mocy zobowiązano określone osoby do opracowania harmonogramu szkoleń oraz ustanowiono minimalne standardy świadczenia usługi poprzez wprowadzenie nowej: Koncepcji wykonania usługi porządkowej na obiekcie szpitalnym oraz nieszpitalnym. Powyższe Koncepcje zostały załączone do przedmiotowych wyjaśnień wraz z założeniami technologicznymi, zaktualizowaną koncepcją monitoringu i kontroli, wzorami harmonogramów konserwacji, kart ewidencji usługi cotygodniowej i interwencyjnej, kart zgłoszenia reklamacji, zaktualizowanych protokołów kontroli utrzymania czystości, listy obecności na szkoleniu, instrukcji mycia i dezynfekcji, instrukcji sprzątnia mycia i dezynfekcji gabinetów zabiegów oraz sal, wyposażenia oraz tym podobnych, oraz zaktualizowanymi kartami technologicznymi. Izba wzięła także pod uwagę załączoną kopie ustaleń z audytu – pismo z 26.01.2016 r. – dokonanego w kontekście certyfikatów ISO ważnych do stycznia 2017 r. Przeanalizowano również zestawienia zakupu sprzętu w 2015 r. (cały rok) z kopiami faktur sprzedażowych i zakupowych, które są zgodne ze stanowiskiem ze str. 7 wyjaśnień. Podobnie zestawienie faktur za zakup środków w 2014 i 2015 r. oraz

kopia umowy na dostawę środków chemicznych, artykułów higienicznych oraz sprzętu z aneksami – potwierdza okoliczności przywołane na str. 7 wyjaśnień oraz wartości tam wskazane. Izba także wskazuje na kopię umowy z dodatkowym dostawcą z początku 2015 r. Niewątpliwie także celem zarządzenie Nr 12/2015 z 24.09.2015 r. w sprawie systemu motywacyjnego było zapewnienie prawidłowej realizacji usług, podnoszenia jakości, zwiększenia efektywności działań poprzez wprowadzenie – nowego - motywacyjnego systemu wynagradzania pracowników w 2015 r. Izba także zauważa, że zaświadczenia dotyczą m.in. osób związanych z umową ze Szpitalem Wolskim, które zostały poddane dodatkowemu szkoleniu, co wynika wprost z treści tej umowy. Z kolei z umowy o pracę dla nowego technologa wraz z zakresem obowiązków wynika, że w listopadzie 2015 roku został zatrudniony dodatkowy technolog, który został poddany szkoleniu zewnętrznemu wynikającemu z załączonych certyfikatów i nie było to tylko szkolenie dotyczące „*Akcji czyste Ręce*”, ale również „*(...) zakresu, stosowania profesjonalnych preparatów chemicznych oraz nowoczesnych technologii utrzymania czystości i higieny w obiektach medycznych i użyteczności publicznej*”. Dotyczy to także dotychczasowego technologa, jak i całej kadry nadzorującej świadczenia usługi - technologów. Odnośnie zarządzeń z lat 2013, 2014, 2015 w sprawie organizacji szkoleń z planami szkoleń, Izba wskazuje, że udział w określonych szkoleniach ma względem niektórych osób charakter obowiązkowy, jak wynika z ich treści. Z załączonych planów szkoleń na lata 2014, 2015 i 2016 wynika także, że obejmują one zarówno szkolenia wewnętrzne, jak i zewnętrzne. Należy także zauważyć, że kwestia wynikła w zakresie umowy z Powiatem Świebodzińskim była wynikiem działań Dyrektora Oddziału /co wynikałoby z notatki służbowej złożonej na rozprawie przez Odwołującego/. Zgodnie z wskazanymi powyżej zarządzeniami dotyczącymi szkoleń – udział w szkoleniach Dyrektorów Oddziałów ma charakter obligatoryjny. Nadto, biorąc pod uwagę treść wprowadzonego motywacyjnego systemu nagradzania pracowników – zaistniała sytuacja powinna wymiennie negatywnie wpłynąć na nagrodę dla Dyrektora Oddziału”.

W zacytowanym wyroku Izba jednoznacznie stwierdziła, że Przystępujący wykazał podjęcie środków naprawczych względem Szpitala Wolskiego w Warszawie oraz względem 11 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Bydgoszczy. Izba zacytowała, na czym – stosownie do stanowiska doktryny - miałyby polegać działania naprawcze, tj. na wyjaśnieniu właściwym organom lub instytucji zamawiającego wszystkich okoliczności „niewiarygodnego” zachowania, naprawienia szkody, zwolnienia osób odpowiedzialnych, przeprowadzenia szkoleń wdrażających personel do przestrzegania określonych reguł, odsunięcia osób winnych przestępstw od zarządzania lub nadzoru, wprowadzeniu dodatkowych systemów kontroli. Izba oceniła, że wskazane działania uznaje za podjęcie kroków naprawczych. Skład orzekający w niniejszym postępowaniu podziela stanowisko wyrażone w wyroku KIO 353/16.

Dotyczy ono bowiem tych samych okoliczności. Ocena dokonanych przez Przystępującego działań została już bowiem dokonana pod kątem wdrożenia środków naprawczych.

W ocenie składu orzekającego w niniejszym postępowaniu, podjęcie działań takich jak zwolnienie osób odpowiedzialnych za niewłaściwe wykonanie obowiązków we wskazanych placówkach, czy też zatrudnienie dodatkowego technologa, zwiększenie ilości szkoleń oraz zakresu zagadnień, stanowi o dokonywaniu działań przez Przystępującego w celu naprawy zaistniałych sytuacji. Wykonawca wykazał zatem, że dokonuje w swoim przedsiębiorstwie zmian czy też napraw organizacyjnych, kadrowych, czy technicznych. Podkreślić należy, że działania te miały miejsce już po rozwiązaniu przedmiotowych umów (wskazanych zamawiających) z Przystępującym, zatem wbrew twierdzeniu Odwołującego, nie były to działania uprzednie, a następcze, mające na celu naprawę sytuacji.

Odwołujący zarzucił, że podjęte przez Przystępującego działania wcale nie świadczą o podjęciu przez Przystępującego próby naprawczej. Należy wskazać jednak, że Odwołujący nie odniósł się do wszystkich okoliczności podniesionych w wyjaśnieniach i twierdzenia Odwołującego dotyczą tylko niektórych ze środków kadrowych, technicznych i organizacyjnych wskazanych przez Przystępującego.

Odwołujący stwierdził, że w treści wyjaśnień nie wskazano, jakie konkretne działania zostały podjęte na skutek wprowadzenia zarządzenia z 18 października 2014r. (zarządzenie nr 15/2014 w sprawie wprowadzenia zasad podjęcia środków technicznych, kadrowych i organizacyjnych, niezbędnych do zapobieżenia poważnym naruszeniom obowiązków zawodowych w przyszłości, wydanego przez Prezesa Zarządu Spółki Przystępującego.

Należy jednak zauważyć, że brak jest w ustawie katalogu środków, jakie należy podjąć, celem wykazania braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych. Z powyższego wynika, że stopień szczegółowości wyjaśnień zależy każdorazowo od danej sytuacji. Z uwagi na fakt, że ustawa nie precyzuje, jakie dokładnie elementy powinny znaleźć się w złożonych przez wykonawcę wyjaśnieniach, zawsze może zostać postawiony zarzut zbyt małej szczegółowości tych wyjaśnień. Jednakże wyjaśnienia podlegają ocenie z uwzględnieniem wszelkich okoliczności sprawy. W niniejszym postępowaniu Przystępujący wyjaśnił, że zarządzenie to stanowi „ramę” działań podejmowanych przez Przystępującego, celem zapobieżenia powstaniu poważnych naruszeń obowiązków zawodowych, określając podstawowe działania, jakie zostają przyjęte w spółce. O tym, jakie konkretne działania zostały podjęte na skutek wprowadzenia zarządzenia, świadczą załączone do wyjaśnień Przystępującego dalsze dowody, które potwierdzają wdrożenie założeń wskazanego zarządzenia. Nie można zatem powiedzieć, że wydanie zarządzenia było jedynym działaniem Przystępującego w sprawie i jako takie jest zbyt ogólne i niewystarczające.

Odwołujący zarzucił także, że coroczna weryfikacja posiadanego sprzętu i wymiana starych i zużytych sprzętów na nowe, jest standardowym działaniem wykonawców, nie zaś środkiem naprawczym. Należy zauważyć, że jednym z powodów rozwiązania umowy z Przystępującym przez Szpital Wolski w Warszawie był brak odpowiedniej ilości odpowiedniego sprzętu. Tym samym, podstawowym środkiem „naprawczym”, jaki mógł i powinien wdrożyć wykonawca na przyszłość, był zakup wysoko wyspecjalizowanego sprzętu, celem wykorzystania przy realizacji kolejnych kontraktów.

Przystępujący wskazał także, że większość uchybień, jakie zostały wskazane w związku z realizacją przez Przystępującego umów zawartych ze Szpitalem Wolskim w Warszawie oraz z 11 Wojskowym Oddziałem Gospodarczym w Bydgoszczy, była spowodowana nienależytą organizacją pracy personelu i niedostatecznym nadzorem nad sposobem wykonywania przez niego usługi. Stąd też Przystępujący, chcąc w przyszłości uniknąć tego typu naruszeń, wzmocnił system nadzoru nad pracownikami szeregowymi, który powiązany został z systemem motywacyjnym, adresowanym w szerokim zakresie do osób sprawujących nadzór nad pracownikami szeregowymi. Wskazany przez Przystępującego środek, nawet jeżeli nie miałby być adresowany do personelu szeregowego, nie jest więc „nieodpowiedni” w stosunku do zaistniałych naruszeń.

Izba podziela stanowisko Przystępującego, iż brak podania informacji, ilu technologów zatrudnia ogółem Przystępujący i na ile kontraktów (umów) są oni dedykowani, nie jest równoznaczny z tym, że ten środek kadrowy podjęty przez Przystępującego nie jest konkretny lub odpowiedni. Trafnie zauważył Przystępujący, że nawet gdyby było tak, jak sugeruje Odwołujący, że Przystępujący wbrew swojemu oświadczeniu zdecydował się zatrudnić nowego technologa w miejsce dotychczas zatrudnionego, to taka zmiana również może być uznana za „odpowiedni” środek kadrowy. Zmiana technologa, który mógł przyczynić się do nienależytego wykonania danego kontraktu, jest zmianą konkretną, adekwatną do zaistniałego zdarzenia.

Odnosząc się do umowy Przystępującego realizowanej na rzecz Powiatu Świebodzińskiego należy mieć na uwadze fakt, że Przystępujący oświadczył, że na czas składania ofert w niniejszym postępowaniu dokonał zapłaty kary umownej na rzecz Powiatu Świebodzińskiego. Odwołujący nie udowodnił, że Powiat Świebodziński poniósł szkodę przenoszącą zasądzoną karę umowną. Przystępujący podkreślił, że zasądzona prawomocnym wyrokiem sądowym kara umowna została zapłacona Powiatowi dobrowolnie w całości, tj. bez wezwania ze strony zamawiającego, bez konieczności wszczęcia postępowania egzekucyjnego. Zatem należy uznać, że w tym zakresie dokonał naprawy szkody. Skoro zatem w terminie składania ofert (w niniejszym postępowaniu) miało miejsce

naprawienie szkody w postaci uiszczenia kar umownych, nie można uznać, że Przystępujący nie naprawił szkody.

W ocenie Izby, podnoszona przez Odwołującego okoliczność, że Przystępujący zamierza wystąpić na drogę sądową przeciwko tamtejszemu Zamawiającemu nie oznacza, że Przystępujący na chwilę składania ofert nie naprawił szkody. Dodatkowe spory pomiędzy Przystępującym a tamtejszym zamawiającym pozostają poza materialem niniejszego postępowania i brak jest podstaw do ich roztrząsania przez Izbę. Nie ma wiedzy co do ich szczegółów. Aktualnie brak jest podstaw do stwierdzenia, że do naprawienia szkody nie doszło.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego, jakoby rozwiązana umowa z SPWSZ w Szczecinie stanowiła dowód na okoliczność, że podjęte środki naprawcze nie są wystarczające, należy wskazać, że nie można stwierdzić, że Przystępujący nie podjął środków naprawczych na dzień składania ofert, tj. dzień 8 stycznia 2016 r. Nie można bowiem ustalić z całą pewnością, że w sprawie tej doszło do naruszenia obowiązków zawodowych. Przystępujący przedstawił wykaz osób, które zostały skierowane do pracy w szpitalu w dniu 03 kwietnia 2016 r. wraz z wykazem uczestników szkolenia w zakresie BHP zaznaczając, że osoby skierowane do pracy w szpitalu odbyły takie szkolenie. Nadto załączył kopie książeczek zdrowia, celem potwierdzenia spełniania wymagań potrzebnych do pracy. Znalazł się w nich wykaz szczepień. Szpital zaś jako jeden z powodów rozwiązania umowy wskazał brak wymaganych szczepień. Wskazuje to na zasadniczą sprzeczność twierdzeń SPWSZ w Szczecinie i Przystępującego, której Izba nie może rozstrzygnąć. Sprzeczności te muszą zostać rozstrzygnięte między stronami.

Izba miała na uwadze fakt, że Przystępujący przedstawił w trakcie rozprawy notatkę z 15 kwietnia 2016 roku ze spotkania Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego i przedstawicieli Przystępującego, która wskazuje na to, że w chwili obecnej trwają rozmowy, mające na celu ułożenie poprawnych stosunków między stronami, tak aby doprowadzić do ugodowego rozwiązania zaistniałej sytuacji. Podjęto spotkania, w których uczestniczą przedstawiciele organu nadzorującego SPWSZ w Szczecinie. Powyższe oznacza, że sytuacja dopiero zostanie wyjaśniona, zatem jednoznaczne stwierdzenie, że Przystępujący naruszył poważnie obowiązki zawodowe, na obecnym etapie jest niemożliwe. Co więcej, nie wykazano, aby zamawiający SPWSZ w Szczecinie na chwilę orzekania podjął kroki mające na celu dochodzenie od Przystępującego należności z tytułu kar umownych lub z tytułu gwarancji należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Ta okoliczność zdaniem Izby oznacza, że sytuacja związana z wykonaniem przez Przystępującego umowy z SPWSZ w Szczecinie, nie została na chwilę obecną ostatecznie rozstrzygnięta. Przypadek sporny i nieoczywisty, w ocenie Izby nie może przesądzić, że środki naprawcze nie zostały podjęte.

W ocenie Izby, ustawodawca nie wymaga w przepisie art. 24 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, aby wykonawca wykazał „skuteczność” powziętych przez siebie środków. W przywołanym przepisie jest mowa o środkach, „które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości”. W świetle powyższego Izba uznała, że z samego faktu rozwiązania umowy z Przystępującym przez SPWSZ w Szczecinie nie można udowodnić istnienia przesłanki wykluczenia określonej w art. 24 ust. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba za bezzasadny uznała zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tym artykułem, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Przystępujący w treści złożonych wyjaśnień przedstawił informację, jakie środki techniczne, organizacyjne i kadrowe podjął, aby zapobiec w przyszłości naruszeniom obowiązków zawodowych.

W ocenie Izby, należy rozróżnić sytuację, gdy jednoznacznie wykazano, że złożone informacje są nieprawdziwe (co nie ma miejsca w niniejszym postępowaniu, bowiem Odwołujący nie dowiódł, że Przystępujący nie dokonał wskazanych w wyjaśnieniach działań) od oceny skuteczności tych środków, co wykracza poza dyspozycję artykułu 24 ust. 2a i art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i jako takie nie może podlegać uznaniu, że Przystępujący złożył nieprawdziwe informacje. Ocena czynności naprawczych zostaje pozostawiona Zamawiającemu. Nadto, Odwołujący nie wykazał, konkretnie czego miałyby dotyczyć nieprawdziwe informacje.

W ocenie Izby niezasadny jest także zarzut Odwołującego dotyczący niewykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej przez Zamawiającego. Zamawiający wezwał Przystępującego do wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie dwóch umów, określonych przez Izbę w wyroku z dnia 14 marca 2016r. sygn. akt KIO 273/16. Wykonawca przedstawił informacje, jakie podjął środki objęte tym przepisem, aby uniknąć stwierdzonych naruszeń. Tym samym Zamawiający wykonał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 273/16. Ocena wyjaśnień przez Zamawiającego jest nową czynnością Zamawiającego, od której przysługiwało odwołanie, z czego korzysta Odwołujący w niniejszym postępowaniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz

sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....