

Sygn. akt: KIO 1001/18

WYROK
z dnia 7 czerwca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Artur Szmigiel

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 czerwca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 maja 2018 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Luxury Medical Care sp. z o.o. Sp.k. oraz A. Ś., prowadzącą działalność gospodarczą p.n. A. Ś., adres lidera konsorcjum: ul. Słomińskiego 17 lok. 47, 00-195 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Usług Informatycznych we Wrocławiu, ul. Namysłowska 8, 50-304 Wrocław**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Luxury Medical Care sp. z o.o. Sp.k. oraz A. Ś., prowadzącą działalność gospodarczą p.n. A. Ś., adres lidera konsorcjum: ul. Słomińskiego 17 lok. 47, 00-195 Warszawa 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: Luxury Medical Care sp. z o.o. Sp.k. oraz A. Ś., prowadzącą działalność gospodarczą p.n. A. Ś., adres lidera konsorcjum: ul. Słomińskiego 17 lok. 47, 00-195 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Luxury Maedical Care sp. z o.o. Sp.k. oraz A. Ś., prowadzącej działalność gospodarczą p.n. A. Ś., adres lidera konsorcjum: ul. Słomińskiego 17 lok. 47, 00-195 Warszawa** na rzecz **Centrum Usług Informatycznych we Wrocławiu, ul. Namysłowska 8, 50-304 Wrocław kwotę 3 600 zł** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie ze złożoną do akt sprawy fakturą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **we Wrocławiu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Centrum Usług Informatycznych we Wrocławiu- prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest transport zbiorowy - świadczenie usług dowozu dzieci i uczniów niepełnosprawnych do wrocławskich placówek oświatowych - zadanie nr 2. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 lutego 2018r. pod nr 2018/S 023-048805. Postępowanie prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) - zwanej dalej Pzp

W dniu 12 maja 2018r. Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Luxury Medical Care sp. z o.o. Sp.k. oraz A. Ś., prowadząca działalność gospodarczą p.n. A. Ś. -wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na odrzuceniu oferty wykonawcy, wykluczeniu wykonawcy z postępowania w zakresie zadania nr 2 w sposób sprzeczny z ustawą Pzp oraz zaniechaniu wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów i wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez konsorcjum W. P. Taxi Osobowe, Firma Transportowo- Handlowa, Firma Transportowo- Handlowa S. P. .

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp przez jego błędne zastosowanie i uznanie przez Zamawiającego, że Odwołujący wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów, podczas gdy Odwołujący w ww. zakresie przedstawił wyłącznie prawdziwe informacje i nie wprowadził Zamawiającego w błąd, a potencjalne (hipotetyczne) wprowadzenie w błąd nie było efektem celowego działania lub rażącego niedbalstwa,
2. art. 24 ust. 4 Pzp przez uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą w sytuacji, gdy decyzja o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu została podjęta z rażącym naruszeniem przepisów ustawy, w szczególności brak było podstaw do zastosowania dyspozycji art. 24 ust. 5 pkt 2 oraz art. 24 ust. 4 Pzp,
3. art. 24 ust. 5 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez błędne zastosowanie i uznanie, że wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania, ze względu na fakt, iż Odwołujący w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, podczas gdy taka sytuacja nie nastąpiła.

4. art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez jego niezastosowanie w sytuacji, gdy Zamawiający wedle dyspozycji art. 26 ust. 3 Pzp był zobowiązany a nie uprawniony do wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w art. 25 a ust. 1 Pzp, Zamawiający zaniechał wezwania ze względu na fakt, że w jego ocenie złożony wraz z ofertą dokument JEDZ był niekompletny. Zamawiający dokonał niewłaściwej wykładni ww. przepisu przez bezprawne uznanie, że w przedmiotowej sprawie zachodzi możliwość odstąpienia od wzywania do uzupełniania, podczas gdy zgodnie z art. 26 ust. 3 taka sytuacja występuje jedynie wówczas, gdyby mimo złożenia, uzupełnienia lub poprawienia dokumentów, oferta wykonawcy podlegała odrzuceniu lub konieczne byłoby unieważnienie postępowania, co w przedmiotowej sprawie nie zachodzi,
5. art. 87 ust.1 Pzp przez zaniechanie rzetelnej oceny i badania oferty Odwołującego przez nieskorzystanie z uprawnienia do wyjaśnienia treści oferty oraz załączonych dokumentów w związku z wątpliwościami, mimo posiadania ku temu możliwości i instrumentów prawnych.
6. art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp oraz art. 92 ust. 1a Pzp polegające na nieprawidłowym przeprowadzeniu czynności i w konsekwencji nieprawidłowym uzasadnieniu podstaw faktycznych i prawnych wykluczenia Odwołującego oraz odrzucenia oferty przez niewykazanie istnienia podstaw wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp w sytuacji, gdy ciężar wykazania takich okoliczności spoczywa na Zamawiającym.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty,
2. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. przywrócenia Odwołującego do postępowania oraz dokonanie ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego i wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej zgodnie z warunkami SIWZ,
4. zasądzenie kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa zgodnie z rachunkiem złożonym na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania wskazał, że żadna z przesłanek wykluczenia podana przez Zamawiającego nie została spełniona, a Zamawiający nie był uprawniony do dokonania takich czynności. Wskazał, że nie wprowadził Zamawiającego w błąd co do podlegania wykluczeniu z postępowania tj. nie wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu ani w wyniku rażącego niedbalstwa ani zamierzonego działania. Zamawiający opiera swoje twierdzenia dotyczące naruszeń przez Odwołującego

obowiązków zawodowych na podstawie informacji uzyskanych w związku ze świadczeniem na jego rzecz przez Odwołującego „usług przewozowych na rzecz dzieci i uczniów niepełnosprawnych do wrocławskich placówek oświatowych na podstawie umowy nr CUI/ZP/PN?1-=7/2017 z dnia 1 września 2017r. Wskazał, że składał Zamawiającemu wyczerpujące wyjaśnienia dotyczące zgłoszonych przez niego naruszeń w pismach do Zamawiającego w odpowiedzi na kierowane do niego wezwania. Wyjaśnienia poczynione przez Odwołującego jednoznacznie wskazywały, iż wszelkie rzekome uchybienia w wykonaniu przez konsorcjum umowy nie stanowią nienależytego wykonania umowy ani rażącego jej naruszenia. Zamawiający do dnia dzisiejszego nie obciążył Odwołującego karą umowną w związku z nienależytym wykonaniem umowy ani nie rozwiązał umowy z konsorcjum. Konsorcjum w dalszym ciągu wykonuje w sposób prawidłowy na rzecz Zamawiającego usługi na podstawie umowy z 2017r., dochowując należytej staranności. Zamawiający nie dopełnił obowiązku w postaci wykazania, że wprowadzenie w błąd było wynikiem rażącego niedbalstwa lub celowego działania. Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, które Odwołujący przywołał w odwołaniu, wskazuje, że aby mówić o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd przez złożenie nieprawdziwych informacji Zamawiający winien przedstawić dowody świadczące o dopuszczeniu się przez wykonawcę oświadczenia nieprawdy. W niniejszej sprawie zgromadzone dowody bezspornie wskazują na fakt, że Zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie swoich tez skutkujących wykluczeniem Odwołującego z postępowania. W ocenie Odwołującego wykluczenie go z udziału w postępowaniu należy uznać za przedwczesne, gdyż Zamawiający nie dopełnił obowiązku z art. 26 ust. 3 Pzp, dokonał błędnej oceny oferty złożonej przez Odwołującego w tym niewłaściwej i nie opartej na pełnej informacji oceny wystąpienia powodów wykluczenia konsorcjum w postępowania.

W zakresie przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp Odwołujący wskazał, że i w tym przypadku Zamawiający nie wykazał, aby doszło do zawinionego poważnego naruszenia obowiązków zawodowych przez konsorcjum. Dla zastosowania przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp niezbędne jest przypisanie wykonawcy winy za popełnienie poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, nie jest wykazanie zwykłej postaci winy, ale winy umyślnej lub rażącego niedbalstwa. Odwołał się do stanowiska Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który w wyroku z dnia 13 grudnia 2012r. Sygn. C - 465/11 (Forposta) zdefiniował pojęcie „poważnego wykroczenia” zawarte w Dyrektywie 2004/18/WE - obecnie art. 57 ust. 4 lit c Dyrektywy nr 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014r. w sprawie zamówień publicznych.

Podkreślił, że podczas świadczenia usług przewozowych realizowanej na rzecz Zamawiającego nie doszło do zawinionego i poważnego naruszenia obowiązków zawodowych w rozumieniu art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp. Nawet w przypadku uznania, iż na etapie

wykonywania umowy wystąpiły pewne okoliczności budzące zastrzeżenia (Odwołujący dokonywał niezwłocznych wyjaśnień wszelkich powstałych po stronie Zamawiającego wątpliwości co do naruszeń realizowanej umowy) to Odwołujący nie ponosi winy kwalifikowanej za sytuacje i okoliczności spowodowane przez czynniki za wystąpienie których Odwołujący nie ponosi odpowiedzialności, w tym także przez działania Zamawiającego. Podniósł, że to na Zamawiającym spoczywa ciężar wykazania spełnienia przesłanek wykluczenia, co wynika wprost z przepisu będącego podstawą wykluczenia. Zamawiający może udowodnić wystąpienie naruszenia obowiązków zawodowych przez wykonawcę za pomocą stosownych środków dowodowych. Zamawiający jest zobowiązany także w zawiadomieniu o wykluczeniu przedstawić dowody jakie potwierdzają, że wykonawca ten podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp. Zdaniem Odwołującego, w tym postępowaniu Zamawiający nie uczynił zadość ww. obowiązkowi ograniczając się jedynie do wymienienia trzech jego zdaniem naruszeń, których dopuścił się Odwołujący w ramach realizowania poprzedniej umowy oceniając je jako zawinione poważne naruszenie obowiązków zawodowych. Zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie naruszenia przez konsorcjum obowiązków zawodowych. Zamawiający oparł swoją decyzję o wykluczeniu Odwołującego o nieuzasadnione twierdzenia, które nie zostały potwierdzone żadnymi dowodami. Zamawiający nie sprostował obowiązkowi i nie przedstawił najpóźniej w dacie wykluczenia żadnych dowodów, co powoduje, że Zamawiający nie posiada uprawnienia do odwoływania się do innych dowodów niż zamieszczonych w informacji o wykonawcach, którzy zostali wykluczeniu. Konkretyzacja swojego stanowiska na etapie postępowania odwoławczego w ocenie Odwołującego powinna zostać uznana za spóźnioną.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje:

W dniu 11 maja 2018r. Zamawiający poinformował wykonawców, biorących udział w postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 2 i wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp oraz na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp i odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp.

W uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu Zamawiający wskazał, iż realizując umowę w sprawie zamówienia publicznego na zadanie „Świadczenie usług przewozowych na rzecz dzieci i uczniów niepełnosprawnych do wrocławskich placówek oświatowych” CUI/ZP/PN/1-7/2017 zawartą dnia 1.09.2017r. Odwołujący dopuścił się w wyniku rażącego niedbalstwa poważnych naruszeń obowiązków zawodowych, wskutek czego doszło do sytuacji zagrażających zdrowiu lub życiu

przewożonych dzieci niepełnosprawnych. W trakcie realizacji umowy Zamawiający kilkakrotnie zwracał się z wezwaniem do usunięcia naruszeń, a Odwołującemu zgłaszane były sytuacje dotyczące:

- a. realizacji usługi dowozu dzieci niepełnosprawnych bez wymaganej obecności opiekuna,
- b. pozostawienia dziecka niepełnosprawnego w trakcie realizacji usługi dowozu bez opieki,
- c. świadczenia usługi dowozu w sposób narażający zdrowie i bezpieczeństwo przewożonych dzieci niepełnosprawnych, co doprowadziło do zdarzenia w wyniku którego dziecko korzystające z dowozu doznało obrażeń ciała.

Zamawiający uznał, iż zachodzi także przesłanka z art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp bowiem wraz z ofertą Odwołujący złożył Jednolity Europejski Dokument Zamówienia (JEDZ) odnoszący się do uczestników konsorcjum, jednakże w żadnym z tych oświadczeń nie zostało wskazane, że Odwołujący podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust.5 pkt 2 Pzp. W odpowiedzi na pytanie „Czy wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego” w odniesieniu do obu członków konsorcjum została zaznaczona opcja „NIE”. Nie zostały podane żadne szczegółowe informacje, które dotyczyłyby przedsięwziętych środków w celu samooczyszczenia. Zamawiający podkreślił, że informacje dotyczące powziętych środków, o których mowa w art. 24 ust. 8 Pzp, winny być złożone wraz z ofertą w tym w JEDZ. *(Informacja o wyborze oferty skierowana do Odwołującego pismo z dnia 11 maja 2018r. w aktach sprawy).*

Mając na uwadze powyższe ustalenia, Izba zważyła co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Działania i zaniechania Zamawiającego, kwestionowane w odwołaniu mogą pozbawić Odwołującego uzyskania zamówienia publicznego w zadaniu nr 2.

Izba dopuściła jako dowody w sprawie:

1. skargę rodziców z dn. 2.09.2017r, notatkę ze spotkania w sprawie skarg rodziców co do braku zapewnienia należytej opieki BOS bez opiekuna IX 2018 (*jak wyjaśnić Zamawiający omyłkowo podano 2018r. zamiast 2017 r.*).
2. korespondencję mailową z pracownikiem przedszkola 151 p. A. W. z dnia 5.01.2018r. dotyczącą pozostawienia dziecka bez opieki SOSW nr 10.
3. notatkę ze spotkania w ORE Stowarzyszenie Ostoja przy ul. Górnickiego 37A wraz z notatką pracownika ośrodka z dnia 10.01.2018r. oraz notatką opiekuna p. P. C. z dnia 10.01.2018r., korespondencję mailową zgłoszenia zdarzenia przez p. M. K., plan sytuacyjny zdarzenia - na okoliczność przebiegu wypadku przy ORE Górnickiego,
4. notatki z kontroli dowozu dziecka z dnia 11.01.2018r, 29.01.2018r, 5.02.2018r, notatkę z rozmowy telefonicznej z koordynatorem zadania w dniu 7.02.2018r, notatkę z rozmowy z rodzicem, skargę rodzica z dnia 11.01.2018r. – na okoliczności dotyczące wyposażenia pojazdu (brak rampy, szyny niedostosowane do wózka) oraz okoliczności dotyczące jakości opieki w busie.
5. protokół ze spotkania z przedstawicielami firmy LMC z dnia 5.03.2018r. notatkę z kontroli realizacji zadania dowozu dzieci niepełnosprawnych do ORE Ostoja z dnia 5.09.2017r. oraz z dnia 8.09.2018r. i 11.09.2017r., notatkę z rozmowy telefonicznej z rodzicem dziecka dowożonego do ORE Ostoja z dnia 13.02.2018r, notatkę z rozmowy telefonicznej z Dyrektorem SOSW nr 10 z dnia 12.02.2018r - dokumenty oznaczone w pliku „Skargi, notatki różne LMC”,
6. notatkę ze skargi rodzica ws. dowozu przez zespół nr 5 LMC dziecka do placówki ORE przy ul. Górnickiego, korespondencję mailową prowadzoną z rodzicami oraz informację o rezygnacji przez rodziców z dowozu dzieci, pozytywną informację rodzica z dnia 21.02.2018r. o jakości usług wraz z adnotacją „18.05.2018r.... zgłosiła skargę i wycofała pozytywną opinię” - dokumenty oznaczone w pliku „Aktualne skargi V 2018”.
7. wezwanie do należytego wykonania umowy z dnia 10.10.2017r. oraz 17.01.2018r. wraz z odpowiedziami na wezwanie z dnia 30.10.2017r. i 6.02.2018r.
8. dokumentację fotograficzną dotyczącą stanu technicznego pojazdów, szyn oraz transportu wózka.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia

warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

Zdaniem Izby nie zostały spełnione przesłanki określone w ww. przepisie Pzp, działania Odwołującego polegającego na złożeniu oświadczenia w dokumencie JEDZ, iż „nie jest winien poważnego wykroczenia zawodowego” nie można zakwalifikować jako celowego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadzającego Zamawiającego w błąd. Jak wynika z przebiegu rozprawy Odwołujący, składając informację w dokumencie JEDZ o braku podstaw wykluczenia i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu tkwił w przekonaniu, że uchybienia jakie miały miejsce w toku świadczenia usług przewozu dzieci i uczniów niepełnosprawnych do wrocławskich placówek oświatowych w 2017r. nie skutkują wykluczeniem tego wykonawcy z udziału w postępowaniu. Przekonanie co do braku podstaw wykluczenia Odwołujący opierał na tym, że kwestie naruszeń, jakie miały miejsce w toku realizacji umowy wyjaśnił Zamawiającemu, odpowiadając na jego wezwania do należytego wykonania umowy w pismach z dnia 30.10.2017r. oraz 6.02.2018r. Zamawiający istotnie nie naliczył wykonawcy kar umownych z tytułu nienależytego wykonywania umowy a ponadto, jak wynika z notatki z dnia 5.03.2018r (protokół ze spotkania z przedstawicielami firmy LMC – dowód „Skargi, notatki różne”), w związku z naprawieniem sytuacji opisanych w wezwaniu do należytego wykonania umowy (dostosowanie pojazdów do przewozu osób niepełnosprawnych, zgodności harmonogramów ze stanem faktycznym) Zamawiający nie podjął decyzji o odstąpieniu od umowy z wykonawcą. Wszystkie te okoliczności mogły wprowadzić Odwołującego w przekonanie, że nie podlega on wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp i nie jest „winny poważnego naruszenia obowiązków zawodowych”.

Skoro Odwołujący, składając stosowne oświadczenia w JEDz był przekonany, że owe naruszenia nie skutkują jego eliminacją z udziału w postępowaniu, to nie można przypisać Mu działania celowego lub rażącego niedbalstwa przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Pomiędzy stronami istnieje spór co do oceny naruszeń, jakie zaistniały w toku realizacji poprzednio obowiązującej umowy na rok 2017. Bez oceny naruszeń do jakich doszło w toku świadczenia usług nie można w sposób jednoznaczny i obiektywny stwierdzić, że wykonawca przez podanie informacji w JEDZ wprowadził w sposób zamierzony lub rażąco niedbały zamawiającego w błąd. Okoliczności te powodują, że przesłanka z art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp nie znajduje zastosowania.

Izba podzieliła natomiast stanowisko Zamawiającego co do prawidłowości wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu w oparciu o art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp stwierdzając, że niektóre z naruszeń do jakich doszło w toku realizacji umowy zawartej 1.09.2017r. są wynikiem rażącego niedbalstwa wykonawcy.

Na wstępie, zgodzić należy się z Odwołującym co do tego, że to na Zamawiającym spoczywa ciężar wykazania przesłanek wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu. Izba oceniła, że w analizowanym stanie faktycznym Zamawiający temu obowiązkowi sprostał. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, wyrażonego w treści odwołania, że „Zamawiający nie posiada uprawnienia do odwoływania się do innych dowodów niż zamieszczone w informacji o wykluczeniu” a wszelkie dowody złożone przez Zamawiającego w toku postępowania odwoławczego należy uznać za spóźnione. Okoliczności, będące podstawą wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu zostały podane w przekazanej wykonawcy Informacji o wykluczeniu z dnia 11.05.2018r. i były sformułowane w sposób jasny i konkretny. Zgodnie zaś z art. 190 ust. 1 Pzp składane w toku postępowania odwoławczego dowody, mające na celu poparcie twierdzeń stawianych przez strony lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej mogą być przedstawiane do czasu zamknięcia rozprawy. Z uwagi na powyższe Izba dopuściła dowody złożone przez strony postępowania odwoławczego. Niezależnie od tego zauważyć należy, że jak wynika z wyjaśnień stron, okoliczności i dowody składane w toku postępowania przed Izłą przez Zamawiającego były Odwołującemu znane.

Podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania opisana w art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp ma charakter fakultatywny, co oznacza, że możliwość jej zastosowania jest uwarunkowana wypełnieniem obowiązku, zawartego w art. 24 ust. 6 Pzp, który wskazuje na konieczność jej zamieszczenia już w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji. Izba ustaliła, że w rozpatrywanym stanie faktycznym Zamawiający podał zarówno w SIWZ jak i ogłoszeniu o zamówieniu, iż wymaga potwierdzenia przez wykonawców, że nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 oraz ust. 5 pkt 1, 2, 4 i 8 Pzp.

Stosownie do art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub należycie wykonał zamówienie, co Zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych.

W celu wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie ww. przepisu Zamawiający jest zobowiązany każdorazowo zbadać, czy w okolicznościach danej sprawy, przesłanki zastosowania art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp spełniły się kumulatywnie. Tym samym Zamawiający zobowiązany jest: ustalić czy wykonawca w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności, czy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub należycie wykonał

zamówienie i wykazać powyższe za pomocą stosownych środków dowodowych. Ustawodawca wprost precyzuje, że naruszenie obowiązków zawodowych przez wykonawcę ma mieć charakter zawiniony. W szczególności odnosi się do sytuacji, gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub należyście wykonał zamówienie. Przy czym wina może być kwalifikowana jako umyślna (sprawca chce wywołać określone skutki lub godzi się na ich wystąpienie) lub jako nieumyślna (niedbalstwo, lekkomyślność) - sprawca przewidywał możliwość wystąpienia bezprawnych następstw swego zachowania, lecz bezzasadnie przypuszczał, że ich uniknie lub nawet nie przewidywał możliwości wystąpienia takich skutków, ale powinien i mógł je przewidzieć. Pojęcie „poważnego naruszenia obowiązków zawodowych” zostało zdefiniowane w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 13 grudnia 2012 roku o sygn. C- 465/11 (Forposta), gdzie wskazano m.in. *„Pojęcie „poważnego wykroczenia” zawarte w art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) 2004/18/WE w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi należy rozumieć w ten sposób, że odnosi się ono zwykle do zachowania danego wykonawcy wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony. Tym samym jakiegokolwiek nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części może ewentualnie wykazać niższe kompetencje zawodowe danego wykonawcy, lecz nie jest automatycznie równoważne z poważnym wykroczeniem. Ponadto stwierdzenie istnienia poważnego wykroczenia wymaga co do zasady przeprowadzenia konkretnej i zindywidualizowanej oceny postawy danego wykonawcy.”*

Rażące niedbalstwo, o którym mowa ww. przepisie jest postacią winy nieumyślnej i mamy z nim do czynienia wówczas, gdy sprawca szkody nie ma zamiaru wyrządzić szkody, ale narusza pewne normy prawne, społeczne lub zasady, bezpodstawnie licząc na to, że do szkody nie dojdzie, lub nie zdaje sobie sprawy z tego, że jego zachowanie narusza normy prawne, społeczne lub zasady, choć powinien mieć taką świadomość.

W orzecznictwie Izby wskazuje się, że w kontekście zamówień publicznych elementem koniecznym do ustalenia czy działaniu wykonawcy można przypisać cechy rażącego niedbalstwa jest ustalenie standardu staranności jakim winien wykazać się wykonawca. Nie ulega wątpliwości, że należyta staranność określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru działalności. Charakter świadczonych przez Odwołującego usług w niniejszym postępowaniu a także okoliczność, że są na wykonywane na rzecz dzieci niepełnosprawnych uzasadniają zwiększone oczekiwanie w stosunku do wykonawcy co poziomowi i jakości świadczonych usług, dbałości o bezpieczeństwo i dobro przewożonych dzieci. Mimo, iż osoby, które świadczyły bezpośrednio te usługi (opiekunowie dzieci niepełnosprawnych) nie mieli zamiaru wyrządzić szkody i dopuścić do naruszeń jakie miały miejsce i nie można im przypisać działania celowego i zamierzonego, to jednak naruszając pewne zasady, normy

oraz postanowienia umowne, bezpodstawnie liczyli, że do naruszeń nie dojdzie albo też działali, nie zdając sobie sprawy, że naruszają ustalone zasady, postanowienia umowne, choć powinni byli mieć taką świadomość. Okoliczność ta świadczy o tym, że w trakcie realizacji umowy z dnia 1.09.2017r. dopuszczono się rażącego niedbalstwa w wykonywaniu zobowiązań umownych. Sytuacje, jakie miały miejsce w toku realizacji umowy dotyczące: pozostawienia dziecka niepełnosprawnego bez opieki przed zamkniętymi drzwiami świetlicy (6:20-6:30), realizacji usług przewozu dzieci niepełnosprawnych bez wymaganej obecności opiekuna czy też zdarzenie w wyniku którego doszło do upadku dziecka niepełnosprawnego wraz z wózkiem nastąpiły, zdaniem Izby na skutek rażącego niedbalstwa osób świadczących te usługi i podważają one uczciwość danego wykonawcy, czyniąc go niewiarygodnym partnerem. Odwołujący nie zaprzeczył w toku rozprawy, że do wspomnianych naruszeń doszło w toku realizacji umowy, wskazywał jedynie, że nie wynikały one z winy samego wykonawcy i personelu bezpośrednio świadczącego usługi, jednak żadnych dowodów na okoliczność braku winy nie przedstawił.

W ocenie Izby sytuacje te są wynikiem działań nieumyślnych osób świadczących usługi i doszło do nich na skutek niezachowania elementarnych zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji. Zdarzenie z dnia 8.01.2018r. - pozostawienie dziecka niepełnosprawnego przed godziną otwarcia świetlicy na korytarzu świetlicy bez opieki, na które wskazano w mailu pracownika placówki oświatowej było rażącym naruszeniem obowiązków umownych, wynikającym z winy nieumyślnej pracownika Odwołującego.

Zgodnie z § 6 ust. 1 pkt 1 i 2 umowy z dnia 1.09.2017r. „opiekun będzie odbierał dzieci/uczniów niepełnosprawnych od rodziców/opiekunów prawnych spod domu o ustalonej wcześniej godzinie i pod dowiezieniem do placówki edukacyjnej będzie przekazywał dziecko pod opiekę osoby wyznaczonej przez dyrektora placówki”, „nie dopuszcza się przekazywania dziecka w drodze powrotnej z placówki edukacyjnej do domu osobom nieupoważnionym lub pozostawienia dziecka bez opieki”.

Twierdzenia Odwołującego o braku winy wykonawcy w pozostawieniu dziecka bez opieki pozostały gołosłowne. Fakt pozostawienia dziecka bez opieki przyznał sam Odwołujący w piśmie z dnia 6.02.2018r., wskazując, że „wykonawca przeprowadził rozmowę i udzielił opiekunowi, który realizował usługę w dniu 8 stycznia br. upomnienia i poinformował go, iż nie może pozostawiać dzieci na terenie placówki bez przekazania ich pod opiekę nauczycieli”.

Zgodnie z § 6 ust. 1 ww. umowy wykonawca zobowiązany jest zapewnić w trakcie dowozu jednego kierowcę oraz jednego opiekuna. Sytuacje przewożenia dzieci bez wymaganej obecności opiekuna wynikały, zdaniem Izby, z lekkomyślności i niedbalstwa wykonawcy, który winien dołożyć szczególnej troski w należyтым świadczeniu usług na rzecz dzieci niepełnosprawnych. Na tę okoliczność Izba uznała za wiarygodny dowód skargę z dnia

2.09.2017r., gdzie wskazano m.in. „Pani, która przyjechała po syna sprawowała jednocześnie funkcję kierowcy, opiekuna oraz ratownika medycznego (nie wspomnę o fakcie, iż Pani prowadziła samochód w obuwiu typu klapki „japonki)”. Nawet, jeśli było tak, jak wskazuje Odwołujący w piśmie z dnia 30.10.2017r. „Odpowiedź na wezwanie”, że brak opiekuna w busie był spowodowany tym, iż osoba wyznaczona jako opiekun nie stawiła się do pracy, to wykonawca winien dołożyć staranności, aby tę osobę natychmiast zastąpić innym pracownikiem, tak aby nie dopuścić do przewożenia dzieci niepełnosprawnych bez opiekuna.

Wypadek do jakiego doszło w ORE Stowarzyszenie Ostoja przy ul. Górnickiego 37a w dniu 10.01.2018r., jak wynika z wyjaśnień świadków zdarzenia (notatki pracowników placówki, notatka opiekuna) nastąpił na skutek tego, że dziecko zostało pozostawione w wózku bez opieki ok. 5-6m przed busem. Wyjaśnienia złożone w sprawie przez opiekuna oraz nauczycieli pozwalają na uznanie, że do zdarzenia tego nie doszło na skutek winy umyślnej opiekuna, można jednak takiemu działaniu – pozostawieniu dziecka bez należytej opieki - przypisać winę nieumyślną. Okoliczność tę przyznał Odwołujący w piśmie z dnia 6.02.2018r., gdzie podał, że „podsumowując – w ocenie wykonawcy (który ubolewa, iż doszło do zdarzenia i drobnych obrażeń po stronie dziecka) – opisany przypadek ma charakter incydentalny i nosi znamiona wypadku nieumyślnego”.

Izba nie podzieliła poglądu zaprezentowanego przez Odwołującego, iż skoro skierował on do świadczenia usługi opiekunów, którzy posiadali wszelkie wymagane uprawnienia i niezbędne doświadczenie, to Odwołujący nie ponosi winy w wyborze a w konsekwencji zwalnia go to z odpowiedzialności za naruszenia umowy wynikające z działania i zaniechania jego pracowników. Słusznym jest w tej kwestii stanowisko Zamawiającego, iż w ramach stosunku pracy, w jakim były świadczone usługi przewozu dzieci, pracodawca odpowiada za wszelkie działania i zaniechania pracownika jak za działania własne.

Izba uznała, że pozostałe wskazywane przez Zamawiającego uchybienia w realizacji postanowień umowy takie jak: jakość opieki w busie, wyposażenie pojazdów, stan techniczny pojazdów, opóźnienia w odjeździe lub przyjeździe busa oraz niewłaściwe harmonogramy czy brak informowania o zmianie opiekuna w busie, jakkolwiek świadczą o nienależytym wykonaniu obowiązków umownych to jednak, nie można stwierdzić, że stanowią one poważne naruszenia obowiązków zawodowych oraz, że nastąpiły w sposób zawiniony lub z powodu rażącego niedbalstwa. W tym zakresie zasadnym jest stanowisko Trybunału Sprawiedliwości UE, wyrażone we wskazanym wyżej wyroku „Forposta”, iż: *„jakkolwiek nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej*

części może ewentualnie wykazać niższe kompetencje zawodowe danego wykonawcy, lecz nie jest automatycznie równoważne z poważnym wykroczeniem”.

Nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 26 ust. 3 oraz 87 ust.1 Pzp polegające na zaniechaniu wezwania przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w art. 25 a ust. 1 Pzp lub wezwaniu do wyjaśnienia takich dokumentów. Złożone oświadczenie JEDz jest kompletne, nie zawiera błędów i nie budzi wątpliwości Zamawiającego zatem nie zachodzą przesłanki do wzywania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Przeprowadzona rozprawa wykazała, że w przedsiębiorstwie Odwołującego nie nastąpiły żadne zmiany, który mogłyby zapobiec wystąpieniu takich naruszeń w przyszłości.

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 1, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 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 ze zm.).

Przewodniczący: