

WYROK

z dnia 14 stycznia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 stycznia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 grudnia 2018 r. przez wykonawcę **A. P. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą F.H.U Tęcza Bis z siedzibą w Katowicach** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **45 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Wędrzynie**, przy udziale wykonawcy **Zakładu Sprzątania Wnętrz J. J. „MOP 83” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gronowie Górnym** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego A. P. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą F.H.U Tęcza Bis z siedzibą w Katowicach, i:
 - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. Zasądza od odwołującego A. P. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą F.H.U Tęcza Bis z siedzibą w Katowicach, na rzecz Zamawiającego kwotę **864 zł 00 gr** (słownie: osiemset sześćdziesiąt cztery złotych, zero groszy) tytułem zwrotu kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017, 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 w Gorzowie Wielkopolskim.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający, 45 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Wędrzynie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie usługi utrzymania porządku powierzchni wewnętrznych i zewnętrznych w obiektach i kompleksach administrowanych przez 45 WOG obsługiwanych przez Sekcję Obsługi Infrastruktury w m. Wędrzyn, Międzyrzecz, Skwierzyna” (znak.: 70/2018/INFRA) Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 16 października 2018 r., pod numerem 2018/S 199-453231.

W dniu 21 grudnia 2018 r. wykonawca A. P. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą F.H.U. Tęcza Bis z siedzibą w Katowicach wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia i odrzuceniu jego oferty, zarzucając Zamawiającemu naruszenie niżej wskazanych przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 24 ust. 5 pkt 2) ustawy Pzp, poprzez niezgodne z prawem wykluczenie Odwołującego z postępowania,
- 2) art. 89 ust. 1 ustawy, poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego,
- 3) art. 7 ust. 1 ustawy - poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania, oraz odrzucenia jego oferty,

- 1) dokonanie powtórnej oceny złożonych przez Odwołującego dokumentów, które w sposób niebudzący wątpliwości potwierdzają iż Odwołujący podjął środki które są wystarczające do wykazania jego rzetelności,
- 2) przywrócenie Odwołującego do postępowania.

Odwołujący wskazał, że zaskarżone czynności Zamawiającego naruszają interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia bowiem jest uczestnikiem przedmiotowego postępowania i w wyniku czynności Zamawiającego traci

możliwość uznania jego oferty za ofertę najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

Zgodnie z postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (Rozdział VI pkt 3.3.), Zamawiający wskazał iż wykluczy z postępowania 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 nienależycie wykonał zamówienia, co Zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych.

Odwołujący powołał się na stanowisko Sądu Okręgowego w Krakowie wyrażone w wyroku z dnia z dnia 23 czerwca 2017 r., sygn. XII Ga 219/17.

Odwołujący wskazał następnie, że Zamawiający działając na podstawie ww. postanowienia SIWZ, przesłał do Odwołującego informację o wykluczeniu go z postępowania oraz o odrzuceniu jego oferty.

Odwołujący wskazał ponadto, że celem art. 24 ust. 8 ustawy Pzp jest umożliwienie wykonawcom, którzy na dzień składania ofert podlegaliby wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie wskazanych przepisów, złożenie oferty i opisanie w niej zaistniałej sytuacji, przedstawienie stosownych wyjaśnień oraz dowodów na ich poparcie, żeby wykazać, że pomimo okoliczności wyłączających, poczynione przez nich działania i podjęte środki są wystarczające do wykazania ich rzetelności oraz zapobieżeniu dalszym nieprawidłowym działaniom. Odwołujący wskazał też, że powyższy przepis, stanowi transpozycję art. 57 ust. 6 Dyrektywy 2014/24/UE.

Następnie Odwołujący wyjaśnił, że działając na podstawie powyższych przepisów, załączył do oferty plan naprawczy, który stanowi dowód, że podjął (i co ważne, nadal podejmuje) środki w celu zapobiegania wystąpieniu nieprawidłowych postępowań. Odwołujący przywołał stanowisko wyrażone w wyroku Izby z 8 grudnia 2017 r. KIO 2443/17, KIO 2254/17). Ponadto Odwołujący wyjaśnił, że procedura samooczystczenia daje możliwość wykazania przez wykonawcę, w toczącym się postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, swojej rzetelności pomimo zaistnienia wobec niego wymienionych podstaw wykluczenia. Środki dowodowe, co Odwołujący podkreślił, zostały wskazane w sposób przykładowy, przy czym ocena, czy podjęte przez wykonawcę działania można w konkretnych okolicznościach, z uwzględnieniem zaistniałej przesłanki wykluczenia, uznać za wystarczające do wykazania rzetelności danego wykonawcy należy do zamawiającego, zgodnie z art. 24 ust 9 ustawy. Dlatego to od Odwołującego zależało jakie środki uznał za najbardziej stosowne aby przedłożyć w przedmiotowej sytuacji. Odwołujący wskazał, że przedstawił plan naprawczy z którego wynika:

- do kogo jest skierowany (...),
- co jest jego celem (...),
- ocena przyczyn poniesionych przez Odwołującego strat w latach 2013 – 2016,
- analiza mocnych i słabych stron Odwołującego,
- ocena samego Odwołującego,
- zakładany plan finansowy (z podziałem na lata: 2016, 2017, 2018),
- strategię Odwołującego i jego efekty oraz co najważniejsze
- harmonogram działań naprawczych (ze wskazaniem przewidzianych działań naprawczych, okresu wprowadzenia oraz przypisania podmiotu odpowiedzialnego - np. właściciela, dyrektora operacyjnego, itd.).

W związku z powyższym, Odwołujący nie zgodził się z twierdzeniem Zamawiającego zamieszczonym w informacji o wykluczeniu Odwołującego i odrzuceniu jego oferty, zgodnie z którym: „w wyżej wskazanym dokumencie Wykonawca w żaden sposób nie wskazał podjętych środków, które mogłyby być uznane przez Zamawiającego za wystarczające, że wskazane w przesłankach wykluczenia czyny oraz działania Wykonawcy z dużym prawdopodobieństwem nie będą miały miejsca w przyszłości. W ocenie Zamawiającego Wykonawca załączył do oferty dokument, który nie potwierdza przeprowadzenia żadnych procedur naprawczych przez Wykonawcę, a który spełniałby przesłanki wskazane w art. 24 ust. 8 ustawy.”

Następnie Odwołujący wyjaśnił, że w przedstawionym harmonogramie wskazał jakie czynności nie tylko ma zamiar podejmować, ale też jakie podjął. W przedmiotowym postępowaniu, oferty składane były w czwartym kwartale b.r. Analizując harmonogram w przedstawionym planie naprawczym, należy wskazać iż ponad 30 działań zostało już wprowadzonych (Odwołujący po to składa plan naprawczy, aby wykazać przecież co już dokonał, oraz co planuje dokonać). Wymienione działania naprawcze w ocenie Odwołującego bez żadnych wątpliwości pokazują, iż powzięte zostały niezbędne i realne działania lub zaniechania, które w przyszłości pozwolą mu uniknąć podobnych naruszeń. Odwołujący nie zgodził się z twierdzeniem Zamawiającego, jakoby „dokument ten jest datowany na „grudzień 2016”, z czego wynika, iż został sporządzony przed wystąpieniem wskazanych wyżej przesłanek do stwierdzenia wykluczenia Wykonawcy”. Odwołujący wskazał, że plan naprawczy nie jest dokumentem, który powstaje na życzenie Zamawiającego, a zakłada on plan na wiele lat (W przedmiotowej sytuacji plan obejmuje lata 2016 - 2019). Może się więc

zdarzyć że plan naprawczy zostanie przygotowany - i wejdzie w życie - przed wystąpieniem przesłanek, które stwierdzają wykluczenie Wykonawcy z postępowania. Oceniany jest jednak na dzień jego złożenia.

Odwolujący przywołał stanowisko Izby wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2018-04- 09, KIO 531/18.

Następnie na str. 7 i 8 odwołania Odwołujący wskazał jakie „przykładowe działania naprawcze” podjął w związku z przypisanymi mu przez Zamawiającego w informacji o wykluczeniu go z postępowania i odrzuceniu jego oferty z dnia 14 grudnia 2018 r.

Odwolujący wskazał ponadto, że podstawa prawna, na którą powołuje się Zamawiający - tj. art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy - czyli poważne naruszenie obowiązków zawodowych, oznacza iż zastosowanie sankcji wykluczenia z postępowania nie uzasadnia stwierdzenie popełnienia przez wykonawcę drobnych uchybień, świadczących o niskim kompetencjach zawodowych. Instytucja unormowana w art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy nie stanowi narzędzia do wykluczania wykonawców tylko z tego powodu, że mają oni zbyt niskie kompetencje zawodowe do wykonania danego zamówienia (temu celowi służy określanie przez zamawiających warunków udziału w postępowaniu). Naruszenie obowiązków zawodowych ma być poważne i zawinione, a także - na co wskazuje regulacja art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy, ma to być tego rodzaju naruszenie, które podważa uczciwość wykonawcy. Istotą i celem omawianej regulacji jest zatem umożliwienie zamawiającym wykluczenie z postępowania wykonawców, którzy swoim wcześniejszym postępowaniem nie dają gwarancji uczciwego i rzetelnego zachowania przy realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego. Żaden ze wskazanych przez Zamawiającego przykładów naruszenia — kary umowne z powodu braku środków czystości, itd. — nie stanowi o poważnym naruszeniu obowiązków zawodowych.

Odwolujący zwrócił uwagę, że żadna z czynności, które podnosi Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty, nie spowodowała, że Zamawiający umowę z Odwołującym wypowiedział. Jeżeli więc tego nie zrobił, a umowa wykonywana jest nadal w sposób ciągły, nie sposób potwierdzić jakoby czynności Odwołującego podważały jego uczciwość. Gdyby tak było, to już po zaistnieniu jakiegokolwiek zarzutu na który powołuje Zamawiający - bądź na podstawie ich wszystkich - odstąpił by on od umowy z przyczyn leżących po stronie Odwołującego.

Trudno więc zrozumieć działanie Zamawiającego, który z jednej strony wyklucza wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2, podnosząc zarzuty co do umowy, którą Odwołujący cały czas wykonuje, a Zamawiający widać nie ma ani zamiaru ani ochoty jej rozwiązać. Nie można więc mówić że została zniszczona przesłanka, która uzasadniałaby wykluczenie Odwołującego z postępowania.

Postępowanie Zamawiającego stanowi rażące naruszenie zasad uczciwej konkurencji w postaci zasady równego traktowania wykonawców.

Odwolujący wskazał, że Zamawiający może wykluczyć wykonawcę tylko wtedy, gdy albo wykonawca nie powziął żadnych środków mających na celu jego samooczyszczenie, albo podjął środki nieodpowiednie. W ocenie Odwołującego, w przedmiotowej sytuacji nie można zgodzić się z twierdzeniem jakoby Odwołujący nie podjął żadnych środków lub aby podjęte przez niego środki były nieodpowiednie. Odwołujący wskazał, że istotą samooczyszczania jest dopuszczenie wykonawcy, który powinien zostać wykluczony z postępowania, na podstawie podjętych przez niego niezbędnych środków mających na celu zapewnienie, że nieprawidłowości z przeszłości nie będą się powtarzać. Ustawodawca nie przedstawia, jakie środki naprawcze powinien podjąć wykonawca, aby zamawiający uznał, że środki te są odpowiednie. Nie ulega wątpliwości, że każda sprawa musi być rozpatrywana indywidualnie, w zależności od rodzaju naruszenia. Ustawa stanowi jedynie, że może to być podjęcie przez wykonawcę konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, odpowiednich dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym, lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy.

Jeżeli więc instytucja self-cleaningu służy temu, że nawet w przypadku stwierdzenia określonych naruszeń zamawiający nie będzie uprawniony do wykluczenia wykonawcy, jeżeli ten ostatni udowodni, iż podjął środki zaradcze w celu wyeliminowania powstania takich naruszeń w przyszłości, jak też w celu naprawienia szkody, to jeżeli Odwołujący przedstawił dowody potwierdzające że podjął środki zaradcze, Zamawiający nie miał prawa wykluczać go z postępowania i odrzucać jego oferty.

Odwolujący następnie wskazał na stanowisko wyrażone w wyroku z 23 czerwca 2017 r. XII Ga 219/17 przez Sąd Okręgowy w Krakowie.

Odwolujący wskazał też, że jest wykonawcą o ugruntowanej pozycji na rynku i w związku z faktem, iż plan naprawczy działa z powodzeniem, nie ma obaw, o zaoferowaną jakość usług, które w pełni odpowiadały będą wymaganiom Zamawiającego.

W dniu 27 grudnia 2018 r. wykonawca Zakład Sprzątnania Wnętrz J. J. „MOP 83” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gronowie Górnym zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie

Zamawiającego.

Pismem z dnia 8 stycznia 2019 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, domagając się oddalenia odwołania w całości.

Przystępujący złożył pismo procesowe z dnia 8 stycznia 2019 r. domagając się oddalenia odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także złożone dowody, ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwolujący ma interes we wniesieniu odwołania, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest podmiotem zainteresowanym o ubieganie się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przez wykonawcę Zakład Sprzątnia Wnętrz J. J. „MOP 83” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gronowie Górnym zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba oddaliła w tym zakresie zgłoszona przez Odwołującego opozycję. W tym miejscu wyjaśnić należy, że przy procedurze, o której mowa w art. 24aa ustawy Pzp, badając kwestię interesu prawnego we wniesieniu odwołania, należy pamiętać, że interes ten rozumiany jest szerzej. Co do zasady, stosując procedurę, o której mowa w art. 24 aa ustawy Pzp, ocena czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz nie podlega wykluczeniu nie jest dokonywana wobec wszystkich wykonawców jednocześnie. Zatem istotą tej procedury jest to, że w pierwszej kolejności Zamawiający dokonuje oceny złożonych ofert, natomiast kwestia spełniania warunków udziału w postępowaniu i podstaw wykluczenia badana jest wobec tego wykonawcy, którego oferta we wstępnym rankingu uzyskała największą ilość punktów.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Zgodnie z rozdziałem II pkt 6 SIWZ przedmiotowe postępowanie jest prowadzone z zastosowaniem procedury, o której mowa w treści przepisu art. 24 aa ustawy Pzp. Przedmiotowe zamówienie zostało podzielone na 3 części, Część I dotyczy obiektów i kompleksów obsługiwanych przez SOI Wędrzyn. Jak wynika z treści rozdziału VI, pkt 3), ppkt 3.3 SIWZ, Zamawiający przewidział, że wykluczy z postępowania wykonawcę, wobec którego zaszły podstawy wykluczenia, o których mowa w treści art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp.

Jak wynika z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, w przedmiotowym postępowaniu, w zakresie Części I złożono 3 oferty, w tym ofertę złożył Odwołujący. Odwołujący składając oświadczenie na formularzu JEDZ oświadczył, że nie zaszła wobec niego żadna z podstaw wykluczenia, o których mowa w pkt C oraz D tego formularza.

Wraz z ofertą Odwołujący przedstawił Zamawiającemu „Plan Naprawczy” z grudnia 2016 roku.

Pismem z dnia 14 grudnia 2018 r. nr 652/ZP/18, Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu do z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp oraz odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu powyższej decyzji, Zamawiający wskazał, że w dniu 8 maja 2017 roku zawarł z Odwołującym umowę nr 89/2017, na podstawie której Odwołujący zobowiązał się do świadczenia usług utrzymania porządku powierzchni wewnętrznych i zewnętrznych na terenie obiektów administrowanych przez 45 WOG obsługiwanych przez SOI w m. Wędrzyn. Następnie Zamawiający wskazał, że w trakcie realizacji ww. umowy wykonawca w sposób zawiniony, poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość. Zamawiający wskazał 4 okoliczności faktyczne:

1)Próbie naruszenia systemu ochrony kompleksu nr 2817.

Jak uzasadnił Zamawiający – w dniu 24 czerwca 2017 r. pracownik Odwołującego próbował wejść na teren ww. kompleksu posługując się nie swoimi dokumentami uprawniającymi do wejścia na teren kompleksu (przepustki osobowej), a w dniu 26 czerwca 2017 r. Dyrektor Operacyjny (będący przedstawicielem Odwołującego odpowiedzialnym za realizację umowy) próbował wwieźć na teren kompleksu 2817 w Wędrzynie pracownika nie posiadającego dokumentu uprawniającego do wejścia na teren kompleksu (przepustki osobowej).

Zgodnie obowiązującymi przepisami prawa oraz rozkazem przepustowym obowiązującym w 45 WOG na teren kompleksu nr 2817 wejść lub wjechać mogą jedynie osoby posiadające stosowne uprawnienia (przepustki osobowe/samochodowe).

Kompleks wojskowy nr 2817 należy do obiektów szczególnie ważnych dla bezpieczeństwa i obronności państwa. Wszystkie osoby wchodzące na teren kompleksu powinny posiadać uprawnienia w postaci przepustek osobowych /samochodowych zezwalających na przebywanie na tym terenie. Wszystkie osoby ubiegające się o uprawnienia do

wejścia na teren kompleksów wojskowych przechodzą stosowne przeszkolenie zgodnie z ustawą z dnia 5 sierpnia 201 Or. (tj. Dz. U. z 2018r., poz. 412) prowadzone przez Pełnomocnika Ochrony Informacji Niejawnych.

§14 Umowy zawartej z Wykonawcą, obejmuje stosowne regulacje dotyczące ochrony informacji niejawnych, w tym sposobu uzyskania przepustek osobowych/samochodowych dla osób uczestniczących w realizacji przedmiotu Umowy. Ponadto 6 ust. 2 lit. n oraz ust. 3 Umowy reguluje obowiązki Wykonawcy w tym zakresie.

Próba wejścia osoby nieuprawnionej na teren chroniony objęty obowiązkową ochroną (kompleksu nr 2817), a także zamierzone działanie dyrektora operacyjnego polegające na próbie wwiezienia pracownika Wykonawcy bez stosownych dokumentów uprawniających do wejścia/wjazdu na teren kompleksu 2817, stanowi zawinione, poważne naruszenie obowiązków zawodowych, co podważa jego uczciwość w związku z realizacją zamówienia. Należy podkreślić, iż wyżej wskazane działanie Wykonawcy było zamierzone, naruszające postanowienia Umowy, co świadczy o nienależytym wykonaniu zamówienia.

- 2) Poświadczanie nieprawdziwych informacji zawartych w liście osób uczestniczących w realizacji zamówienia oraz odmowa nie przedłożenie kopii umów z pracownikami Wykonawcy.

Zamawiający wskazał, że Odwołujący na podstawie Umowy zobowiązany jest do zatrudnienia minimalnej ilości personelu wykonującego usługę. Zamawiający stwierdził podczas kontroli wykonywania Umowy, iż Wykonawca wskazał na liście osób uczestniczących w realizacji zamówienia z dnia 10.08.2017r., osobę, z którą Wykonawca w dniu 31 lipca 2017 r. rozwiązał za porozumieniem stron umowę o pracę. Ponadto Wykonawca wykazał w dniach od 24.08 do 9.11.2017r na listach osób uczestniczących w realizacji zamówienia tą samą osobę, podczas gdy faktycznie nie świadczyła ona usługi. Ponadto nie przedłożył aktualnej umowy z tą osobą pomimo, iż Zamawiający zażądał od niego, zgodnie z zawartą Umową, okazania kopii umowy. Wobec powyższego niemożliwym było, by osoba ta realizowała we wskazanych przez Wykonawcę dniach przedmiot zamówienia. Zamawiający podkreślił, iż wyżej wskazane działanie Wykonawcy było zamierzone, naruszające postanowienia Umowy, co świadczy o nienależytym wykonaniu zamówienia.

- 3) Przebywanie pracownika Wykonawcy pod wpływem alkoholu na terenie 45 WOG w Wędrzynie.

Zamawiający wskazał, że w dniu 06 listopada 2018r. patrol interwencyjny Wydziału Żandarmerii Wojskowej w Wędrzynie dokonał badania stanu trzeźwości pracownika Wykonawcy na terenie 45 WOG w Wędrzynie. Przeprowadzone badanie wykazało, iż pracownik Wykonawcy znajdował się w stanie po użyciu alkoholu.

Zamawiający wskazał, że powyższe stanowi naruszenie zarówno przepisów Kodeksu wykroczeń jak i przepisów regulujących porządek i dyscyplinę na terenie jednostki wojskowej, które Wykonawca winien ściśle przestrzegać (14 ust. 8 Umowy).

Wykonawca jako odpowiedzialny za nadzór nad swoimi pracownikami nie powinien dopuścić do sytuacji, w której pracownik znajdujący się w stanie po użyciu alkoholu przystępuje do realizacji przedmiotu Umowy.

Zamawiający podkreślił, iż wskazane działanie Wykonawcy było zamierzone, naruszające postanowienia Umowy, co świadczy o nienależytym wykonaniu zamówienia

- 4) Comiesięczne naliczanie kar umownych przez Zamawiającego z tytułu nienależytego wykonania Umowy przez Wykonawcę.

Zamawiający wskazał, że Odwołujący na skutek rażącego niedbalstwa nienależycie wykonywał Umowę, w szczególności: nie zapewniał wymaganej Umową liczby osób wykonujących Umowę, personel Odwołującego nie był zaopatrywany zgodnie z potrzebami w poszczególnych obiektach w środki czystości i sprzęt do utrzymania czystości pomieszczeń oraz środki higieny, co powodowało nienależyte wykonanie Umowy. Nadto Odwołujący nie wykonywał zgodnie z wyznaczonym terminem czynności porządkowych na terenach zewnętrznych.

Z tego tytułu Zamawiający naliczał comiesięcznie kary umowne Odwołującemu, które były potrącane z jego wynagrodzenia.

Zamawiający wskazał ponadto, iż zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 8 ustawy Wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16-20 lub ust. 5, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się, jeżeli wobec wykonawcy, będącego podmiotem zbiorowym, orzeczono prawomocnym wyrokiem sądu zakaz

ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz nie upłynął określony w tym wyroku okres obowiązywania tego zakazu. Ponadto zgodnie z art. 24 ust. 9 ustawy Wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8.

Zamawiający podkreślił, iż wskazane przez Odwołującego podjęte środki muszą być uznane za wystarczające do stwierdzenia, że popełniony czyn lub zaniechanie z dużym prawdopodobieństwem nie będzie miało miejsca w przyszłości. Po dokonaniu oceny winno się uwzględnić konkretną przesłankę będącą podstawą wykluczenia. (por. Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. Irena Skubiszak- Kalinowska, Ewa Wiktorowska, Warszawa 2017).

Zamawiający wskazał, że Odwołujący załączył do swojej oferty „Plan naprawczy F.H.U Tęcza — Bis A. P. B.”, datowany na grudzień 2016. W planie tym opisano w sposób ogólny zamierzenia działania w zakresie „poprawy obecnej sytuacji finansowej oraz utrzymanie poprawiającej się kondycji przedsiębiorstwa”. Zamawiający podkreślił, iż w wyżej wskazanym dokumencie Odwołujący w żaden sposób nie wskazał podjętych środków, które mogłyby być uznane przez Zamawiającego za wystarczające, że wskazane w przesłankach wykluczenia czyny oraz działania Odwołującego z dużym prawdopodobieństwem nie będą miały miejsca w przyszłości. W ocenie Zamawiającego Odwołujący załączył do oferty dokument, który nie potwierdza przeprowadzenia żadnych procedur naprawczych przez Wykonawcę, a który spełniałby przesłanki wskazane w art. 24 ust. 8 ustawy.

Dodatkowo Zamawiający wskazał, iż dokument ten jest datowany na „grudzień 2016”, z czego wynika, iż został sporządzony przed wystąpieniem wskazanych wyżej przesłanek do stwierdzenia wykluczenia Odwołującego.

Wobec powyższego Zamawiający stwierdził, iż nie ziszcila się przesłanka zawarta w art. 24 ust. 9 ustawy i nie uznał za wystarczające dowody przedstawione przez Odwołującego w postaci „Planu naprawczego F.H.U Tęcza Bis A. P.- B.”.

Zamawiający zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt.2) ustawy Pzp wykluczył z postępowania Odwołującego, gdyż jak wyżej wykazano, w sposób zawiniony poważnie naruszył on obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności Odwołujący w wyniku zamierzonego działania oraz rażącego niedbalstwa nienależycie wykonał zamówienie co Zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych. Zamawiający podkreślił, iż wszystkie wskazane w przepisie art. 24 ust. 5 pkt 2) ustawy Pzp przesłanki do wykluczenia Wykonawcy zostały kumulatywnie spełnione.

Izba zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba zwraca uwagę na treść art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Skład orzekający doszedł do przekonania, że odwołanie zasługuje na oddalenie z następujących powodów.

Stosownie do treści przepisu art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy 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 nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych.

Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby istotą i celem powołanej przesłanki wykluczenia jest umożliwienie zamawiającym wykluczenie z postępowania wykonawców, którzy swoim wcześniejszym postępowaniem nie dają gwarancji uczciwego i rzetelnego zachowania przy realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odnosząc się do poszczególnych podstaw faktycznych wykluczenia Odwołującego podanych przez Zamawiającego w treści pisma z dnia 14 grudnia 2018 r. nr 652/ZP/18, wskazać należy co następuje.

Ad. 1. Próba naruszenia systemu ochrony kompleksu nr 2817.

Z przedstawionego przez Zamawiającego podczas rozprawy dowodu z pisma z dnia 28 czerwca 2017 r. – Meldunku sporządzonego przez Komendanta ochrony 45 WOG, wynika, że doszło w dniach 24 czerwca 2017 r. oraz 26 czerwca 2017 r. do incydentów opisanych przez Zamawiającego w piśmie z dnia 14 grudnia 2018 r., tj. dwóch pracowników Odwołującego próbowało wejść na teren jednostki bez przepustek. Wskazać należy na charakter kompleksu 2817, w szczególności okoliczność, iż jest to kompleks, o którym mowa w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 24.06.2003r. w sprawie obiektów szczególnie ważnych dla bezpieczeństwa i obronności państwa oraz ich szczególnej ochrony Dz.U z dnia 4.07.2003 r. Zgodnie z § 2 pkt 3 tego rozporządzenia obiekty jednostek organizacyjnych podległych MON lub przez niego nadzorowanej są obiektami szczególnie ważnymi dla obronności państwa. Ponadto jest to obiekt z kategorii 1, tj. najwyższej kategorii ochrony według wyżej wskazanego rozporządzenia. Jest to obiekt podlegający obowiązkowej ochronie przez uzbrojonych pracowników. Do powyższych ustaleń dodać należy okoliczność, iż zgodnie z umową nr 89/2017 (będącą również dowodem złożonym przez Zamawiającego podczas rozprawy) Odwołujący zobowiązał się do

przestrzegania postanowień umowy w zakresie ochrony informacji niejawnych, w tym przyjął na siebie obowiązek informowania i uzgadniania wszelkich zmian osobowych oraz uaktualniania listy pracowników i listy pojazdów realizujących przedmiot zamówienia (vide: §14 ust. 4 umowy 89/2017). Ponadto zgodnie z §14 ust. 7 tej umowy pracownicy Odwołującego mieli zostać zapoznani z zasadami ochrony informacji niejawnych oraz z zasadami poruszania się po terenie danego kompleksu. Dodatkowo na podstawie ust. 8 Odwołujący zobowiązał się przestrzegać przepisy, zarządzenia, rozkazy i inne akty regulujące porządek i dyscyplinę na terenie jednostek wojskowych i ściśle ich przestrzegać. Ponadto stosownie do treści §ust. 2 lit. n) do obowiązków Odwołującego należało uzyskanie przepustek wstępu dla pracowników i pojazdów Odwołującego od właściwych dowódców jednostek (użytkowników).

Mając powyższe na uwadze nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego prezentowanym podczas rozprawy, zgodnie z którym do zdarzenia takiego mogło dojść w wyniku omyłki. Izba ponadto dostrzegła, że stanowisko Odwołującego jest niekonsekwentne, ponieważ w treści odwołania nie negował on wystąpienia żadnej z okoliczności faktycznych będących podstawą wykluczenia go z postępowania, natomiast na rozprawie stwierdził, że „kwestionuje to zdarzenie”. Izba uznała również, że nie zasługuje na uwzględnienie stanowisko Odwołującego, że meldunek z dnia 28 czerwca 2017 r. „nie potwierdza, że takie zdarzenie miało miejsce”. W ocenie składu orzekającego dowód ten jednoznacznie potwierdza, że zdarzenie takie miało miejsce, z meldunku tego wynika wprost, że chodzi o dwóch pracowników Odwołującego, w tym w jednym przypadku pracownika takiego próbował na teren kompleksu wwieźć sam Dyrektor Operacyjny – tj. przedstawiciel Odwołującego.

Mając na uwadze charakter tego kompleksu, opisany powyżej oraz okoliczność, że w związku z realizacją spornej umowy Odwołujący przyjął na siebie określone obowiązki, również w zakresie przestrzegania szeroko pojętych zasad bezpieczeństwa, w tym obowiązującego na terenie kompleksu systemu ochrony – nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że incydenty te to „omyłka”.

Ad. 2. Poświadczanie nieprawdziwych informacji zawartych w liście osób uczestniczących w realizacji zamówienia oraz odmowa nie przedłożenie kopii umów z pracownikami Wykonawcy.

Zamawiający podczas rozprawy złożył dowód nr 1 – listę osób uczestniczących w realizacji zamówienia na dzień 10 sierpnia 2018 r. podpisaną przez Dyrektora Operacyjnego, dowód nr 2 – umowę o pracę z dnia 8 maja 2017 r., która w imieniu Odwołującego została podpisana przez Dyrektora Operacyjnego, a także dowód nr 3 – rozwiązanie umowy o pracę na mocy porozumienia stron z dnia 31 lipca 2017 r., która również została w imieniu Odwołującego podpisana przez Dyrektora Operacyjnego. W tym miejscu wskazać należy, że Dyrektorem Operacyjnym w czasie, z którego pochodzą ww. dokumenty była ta sama osoba. Z powyższych dowodów wynika, iż Zamawiający prawidłowo ustalił, że na liście osób stanowiącej dowód nr 1 pod poz. 21 znajduje się osoba, z którą na dzień 10 sierpnia 2017 r. nie łączył Odwołującego stosunek pracy, gdyż jak wynika z dowodu nr 3 stosunek pracy między tą osobą, a Odwołującym został rozwiązany z dniem 31 sierpnia 2017 r.

Z przedłożonej przez Zamawiającego umowy nr 89/2017, której wykonania dotyczą faktyczne podstawy wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia wynika, co następuje. Przedstawicielem Odwołującego jest Dyrektor Operacyjny (ta sama osoba, która złożyła swoje podpisy pod dokumentami będącymi dowodami w przedmiotowej sprawie odwoławczej, omówionymi powyżej), który został również upoważniony do zawarcia w imieniu Odwołującego spornej umowy (vide: preambuła oraz §3 ust. 2 umowy nr 89/2017). Do obowiązków Odwołującego należało m.in. przedkładanie Zamawiającemu na każde jego wezwanie i w terminie przez niego wskazanym umów o pracę oraz innych umów cywilnoprawnych zawartych z pracownikami oddelegowanymi do realizacji spornej umowy (vide: §6 ust. 2 lit. r)).

Oceniając wagę ww. naruszenia postanowień umowy nr 89/2017 w świetle treści przepisu art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, skład orzekający doszedł do przekonania, iż w tym zakresie Zamawiający nie sprostął ciężarowi dowodu i nie wykazał w sposób dostateczny, aby zostały wypełnione przesłanki, o których mowa w przywołanej podstawie wykluczenia. Przede wszystkim wskazać należy, że powyższa okoliczność faktyczna nie mieści się, zdaniem składu orzekającego, w pojęciu „poważnego naruszenia obowiązków zawodowych”. Gdyby Zamawiający udowodnił, że w związku z powyższym zdarzeniem doszło np. do naruszenia zasad bezpieczeństwa przez dopuszczenie do pracy osoby nieprzeszkolonej bądź też bez odpowiedniego poświadczenia bezpieczeństwa, wówczas rzeczywiście czyn taki mogłyby być oceniony przez pryzmat przepisu art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, jako poważne naruszenie. Jednakże Zamawiający poprzestał na wskazaniu okoliczności, która miała miejsce i choć w istocie przedstawienie nieaktualnej listy pracowników stanowi naruszenie postanowień umowy, to nie sposób uznać, by było to naruszenie o jakim mowa w przywołanej podstawie wykluczenia.

Odnosząc się natomiast do kwestii nieprzedstawienia umów zawartych z pracownikami, Izba uznała tę okoliczność za nieudowodnioną. Ponadto, podobnie jak w przypadku przedstawienia przed Odwołującego nieaktualnej listy pracowników, również i w tym zakresie Izba doszła do przekonania, że w braku powiązania powyższej okoliczności chociażby z naruszeniem obowiązujących u Zamawiającego zasad bezpieczeństwa, sam fakt wystąpienia takiego

naruszenia postanowień umowy nie jest wystarczający do uznania, że doszło do poważnego naruszenia obowiązków i że zaszyły podstawy do zastosowania przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp.

Ad. 3. Przebywanie pracownika Wykonawcy pod wpływem alkoholu na terenie 45 WOG w Wędrzynie.

Stosownie do treści art. 3 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych (tj. z dnia 7 lutego 2018 r. Dz.U. z 2018 r. poz. 430 ze zm.) Żandarmeria Wojskowa jest właściwa m.in. wobec osób przebywających na terenach lub w obiektach jednostek wojskowych. Zatem dowody nr 4 i 5 przedłożone na rozprawie przez Zamawiającego, dotyczące kontroli stanu trzeźwości potwierdzają, że pracownicy Odwołującego oddelegowani przez niego do wykonywania w tych dniach spornej umowy znajdowali się na terenie kompleksu 2817 w stanie po użyciu alkoholu.

Złożone przez Zamawiającego dowody nr 4 i 5 potwierdzają, że powyższe incydenty dotyczyły dwóch różnych osób. W świetle tych ustaleń, stanowisko Odwołującego jakoby do tego rodzaju incydentu doszło tylko raz oraz że wobec pracownika wyciągnięto konsekwencje w postaci postępowania dyscyplinarnego, są w ocenie składu orzekającego niewystarczające.

W tym miejscu wskazać należy, że przebywanie w miejscu pracy i wykonywanie pracy w stanie po użyciu alkoholu, które kwalifikowane jest jako wykroczenie (vide: art. 70 §2 Kodeksu wykroczeń), zawsze jest zachowaniem nagannym i niedopuszczalnym. Jednak w okolicznościach przedmiotowej sprawy, mając na uwadze charakter Zamawiającego, opisany powyżej, a także pamiętając o obowiązkach w zakresie bezpieczeństwa i ochrony informacji niejawnych, jakie w wyniku podpisania umowy nr 89/2017 przyjął na siebie Odwołujący, zdarzenia te w ocenie Izby ocenić należy jako wręcz rażące. Skład orzekając dostrzega, że w piśmie z dnia 14 grudnia 2018 r. nr 652/ZP/18, w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego na podstawie omawianej okoliczności faktycznej, mowa jest o jednym pracowniku, natomiast dopiero na rozprawie Zamawiający argumentował, że sytuacja taka miała miejsce dwukrotnie i dotyczyła dwóch różnych pracowników, niemniej jednak w ocenie Izby nawet jednokrotne wystąpienie takiego zdarzenia wystarcza do uznania, że doszło do poważnego naruszenia ze strony Odwołującego. Z tych względów skład orzekający doszedł do przekonania, że powyższe zdarzenie słusznie zostało przez Zamawiającego zakwalifikowane jako wypełniające przesłanki, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp.

Ad. 4. Comiesięczne naliczanie kar umownych przez Zamawiającego z tytułu nienależytego wykonania Umowy przez Wykonawcę

Z przedłożonych przez Zamawiającego dowodów na okoliczność obciążenia Odwołującego karami umownymi wynika, że zostały wystawione następujące noty obciążeniowe z tytułu kar umownych, wszystkie w związku z naruszeniem obowiązków wynikających z §11 ust. 1 b oraz §11 ust. 1c umowy nr 89/2017:

- Nota obciążeniowa nr 129/2017 z dnia 31 sierpnia 2017 – za miesiąc lipiec 2017 r., w wysokości 7,94% wynagrodzenia za ten okres rozliczeniowy,
- Nota obciążeniowa nr 145/2017 z dnia 28 września 2017 – za miesiąc sierpień 2017 r., w wysokości 9,69% wynagrodzenia za ten okres rozliczeniowy,
- Nota obciążeniowa nr 158/2017 z dnia 25 października 2017 – za miesiąc wrzesień 2017 r., w wysokości 23,17 % wynagrodzenia za ten okres rozliczeniowy, zredukowana zgodnie z §11 ust. 4 umowy 89/2017 do wysokości 15% wynagrodzenia za ten okres rozliczeniowy,
- Nota obciążeniowa nr 173/2017 z dnia 7 grudnia 2017 – za miesiąc października 2017 r., w wysokości 49,74% wynagrodzenia za ten okres rozliczeniowy, zredukowana zgodnie z §11 ust. 4 umowy 89/2017 do wysokości 15% wynagrodzenia za ten okres rozliczeniowy,
- Nota obciążeniowa nr 185/2017 z dnia 21 grudnia 2017 – za miesiąc listopad 2017 r., w wysokości 17,81% wynagrodzenia za ten okres rozliczeniowy, zredukowana zgodnie z §11 ust. 4 umowy 89/2017 do wysokości 15% wynagrodzenia za ten okres rozliczeniowy,
- Nota obciążeniowa nr 11/2018 z dnia 29 stycznia 2018 – za miesiąc grudzień 2017 r., w wysokości 31,85% wynagrodzenia za ten okres rozliczeniowy, zredukowana zgodnie z §11 ust. 4 umowy 89/2017 do wysokości 15% wynagrodzenia za ten okres rozliczeniowy,
- Nota obciążeniowa nr 24/2018 z dnia 28 lutego 2018 – za miesiąc styczeń 2018 r. w wysokości 15,10% wynagrodzenia za ten okres rozliczeniowy, zredukowana zgodnie z §11 ust. 4 umowy 89/2017 do wysokości 15% wynagrodzenia za ten okres rozliczeniowy,
- Nota obciążeniowa nr 31/2018 z dnia 26 marca 2018 – za miesiąc luty 2018 w wysokości 11,19% wynagrodzenia za ten okres rozliczeniowy,
- Nota obciążeniowa nr 42/2018 z dnia 23 kwietnia 2018 – za miesiąc marzec 2018 r. w wysokości 14,32 % wynagrodzenia za ten okres rozliczeniowy,
- Nota obciążeniowa nr 52/2018 z dnia 1 maja 2018 – za miesiąc kwiecień 2018 r. w wysokości 4,72% wynagrodzenia za ten okres rozliczeniowy,

- Nota obciążeniowa nr 70/2018 z dnia 21 czerwca 2018 – za miesiąc maj 2018 r. w wysokości 0,92% wynagrodzenia za ten okres rozliczeniowy,
- Nota obciążeniowa nr 87/2018 z dnia 23 lipca 2018 – za miesiąc czerwiec 2018 w wysokości 2,20% wynagrodzenia za ten okres rozliczeniowy,
- Nota obciążeniowa nr 99/2018 z dnia 22 sierpnia 2018 – za miesiąc lipiec 2018 r. w wysokości 6,29% wynagrodzenia za ten okres rozliczeniowy,
- Nota obciążeniowa nr 118/2018 z dnia 26 września 2018 – za miesiąc sierpień 2018 r. w wysokości 1,26% wynagrodzenia za ten okres rozliczeniowy,
- Nota obciążeniowa nr 131/2018 z dnia 24 października 2018 – za miesiąc wrzesień 2018 w wysokości 1,95% wynagrodzenia za ten okres rozliczeniowy,
- Nota obciążeniowa nr 153/2018 z dnia 29 listopada 2018 – za miesiąc październik 2018 w wysokości 6,22% wynagrodzenia za ten okres rozliczeniowy,

W tym miejscu wskazać należy, że jak wynika z treści umowy nr 89/2017 została ona zawarta na okres od 8 maja 2017 r. do 31 grudnia 2018 r. Natomiast ww. opisane dowody – noty obciążeniowe – były wystawiane przez Zamawiającego za okres od lipca 2017 do października 2018 r., co miesiąc. Nie sposób nie dostrzec, że kary umowne były naliczane Odwołującemu przez praktycznie cały czas trwania i wykonywania umowy nr 89/2017. Izba dostrzega, że wysokość naliczanych kar umownych jest zróżnicowana i czasami można powiedzieć iż są to „symboliczne” kary umowne. Z drugiej jednak strony nie można zignorować faktu, że wystawiono aż 16 not obciążeniowych i były one wystawiane konsekwentnie w sposób regularny, co miesiąc.

Z tych względów nie sposób nie zgodzić się z Zamawiającym, że doszło do wypełnienia przesłanek, o których mowa w przepisie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się natomiast do dowodów wskazanych przez Odwołującego w ramach tzw. procedury samooczyszczenia, Izba wskazuje, że Odwołujący nie wykazał, że podjęte przez niego działania naprawcze są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w tym, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszemu, nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy.

W celu wykazania, że zostały podjęte takie środki, Odwołujący złożył wraz z ofertą „Plan naprawczy”. Wobec okoliczności, iż treść tego dokumentu została objęta przez Odwołującego tajemnicą przedsiębiorstwa, Izba odniesie się do tego dokumentu w treści przedmiotowego uzasadnienia, jedynie w sposób ogólny.

„Plan naprawczy” datowany jest na grudzień 2016 roku i jest to plan mający być zrealizowany w dłuższej perspektywie czasowej. Mając na uwadze cel jego wdrożenia, nie sposób nie dostrzec iż jest to przede wszystkim cel związany z ekonomicznym aspektem funkcjonowania przedsiębiorstwa, a nie związany z jakością świadczonych usług. Wdrożone działania naprawcze miały zróżnicowany charakter, jednak nie sposób uznać, żeby były adekwatne do zapobieżenia powstałym w związku z wykonywaniem umowy 89/2017 zdarzeniom. Również wcześniej podjęte działania, być może odnoszące pozytywne skutki na innych polach, w kontekście zaistniałych w tym postępowaniu zdarzeń nie mogą zostać uznane za wystarczające. Odnosząc się w tym miejscu do twierdzenia Odwołującego, że plan ten powinien być oceniany na dzień jego złożenia, zwrócić uwagę należy, że choć jest to twierdzenie słuszne, to dostrzeżenia wymaga też, że Odwołujący nie wskazał w żadnej mierze, że plan naprawczy jakkolwiek ewoluował w związku ze zdarzeniami jakie miały miejsce na gruncie wykonywania umowy 89/2017, a które legły u podstawy wykluczenia Odwołującego. Nie sposób się przede wszystkim zgodzić, żeby podjęte przez Odwołującego działania naprawcze, a wskazane przez niego szczegółowo w odniesieniu do każdej z podstaw faktycznych wykluczenia, na str. 7 i 8 odwołania, były po pierwsze działaniami adekwatnymi, a po drugie wystarczającymi do przyjęcia, że wskazane przez Zamawiającego okoliczności nie będą mieć więcej miejsca. Dostrzeżenia wymaga, że zdarzenia opisane przez Zamawiającego w podstawie wykluczenia, są bardzo konkretnymi nieprawidłowościami i właściwą reakcją Odwołującego, jeśli zależało mu na poddaniu się procedurze samooczyszczenia z pozytywnym skutkiem, powinno być wykazanie się również konkretnymi działaniami naprawczymi, dającymi podstawę uznać, że w razie uzyskania przedmiotowego zamówienia, ryzyko zaistnienia podobnych sytuacji nie wystąpi. Powyższemu obowiązkowi Odwołujący w ocenie składu orzekającego nie podołał.

Odnosząc się natomiast do argumentacji odwołującego, że mimo zaistniałych nieprawidłowości Zamawiający nie zdecydował się na rozwiązanie umowy z Odwołującym, Izba wskazuje, że rozwiązanie umowy o zamówienie nie jest przesłanką, od której uzależnia się stosowanie podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp.

Reasumując stwierdzić należy, że na gruncie przedmiotowej sprawy okoliczności faktyczne powołane w informacji o wykluczeniu Odwołującego w pkt 1, 3, i 4 stanowią zawinione poważne naruszenie obowiązków zawodowych, o którym mowa w treści art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący podpisując umowę 89/2017 przyjął na siebie nie tylko standardowe obowiązki wynikające z charakteru prowadzonej działalności lecz ponadto zdecydował się świadczyć swoje usługi w specyficznych warunkach panujących u Zamawiającego, z czym wiąże się konieczność

przestrzegania określonych zasad bezpieczeństwa, przepisów prawa i rozkazów.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 22 maja 2018 r. poz. 972.), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:.....