Sygn. akt: KIO 273/16

Wyrok
z dnia 14 marca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki
Izabela Niedziałek-Bujak
Grzegorz Matejczuk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpatrzeniu na rozprawie dnia 10 marca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lutego 2016 r. przez wykonawcę **Impel Cleaning sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu**
w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 7** Śląskiego **Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskie Centrum Medyczne im. Prof. Leszka Gieca**
przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **DGP Clean Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy, P.U. GOS-ZEC Sp. z o.o. w Poznaniu, Seban Sp. z o.o. w Katowicach, PRALMAG-Serwis Przedsiębiorstwo Wielobranżowe A. C. w Katowicach** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazuje ponowienie czynności badania i oceny ofert mając na uwadze, że zachodzą przesłanki wykluczenia z postępowania przystępującego na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy pzp, jeżeli wykonawca ten nie udowodni podjęcia konkretnych środków i czynności wskazanych w art. 24 ust. 2a zdanie ostatnie ustawy.

---

2. kosztami postępowania obciąża **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 7** Śląskiego **Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskie Centrum Medyczne im. Prof. Leszka Gieca** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Impel Cleaning sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** tytułem wpisu od odwołania;
2.1. zasądza od **Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 7** Śląskiego **Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskie Centrum Medyczne im. Prof. Leszka Gieca** na rzecz **Impel Cleaning sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** kwotę **19 338 zł 00 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy trzysta trzydzieści osiem złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania (15 000 zł), wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego (3 600 zł) i kosztów dojazdu na posiedzenie (738 zł).

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

Przewodniczący: ……...

……...

……....

Sygn. akt KIO 273/16

Uzasadnienie

Zamawiający: Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 7 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskie Centrum Medyczne im. prof. Leszka Gieca

prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Świadczenie usług specjalistycznego sprzątania i dezynfekcji, segregacji i transportu surowców wtórnych, odpadów medycznych i komunalnych, transportu wewnętrznego i usług pomocniczych w Szpitalu”, znak sprawy: DZ / 3321 / 305 / 15.

Odwołujący Impel Cleaning sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu zarzuca Zamawiającemu w odwołaniu wniesionym dnia 26 lutego 2016 r. naruszenie następujących przepisów:
1) 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 zawierającej rażąco niską cenę jest niezgodne z przepisami ustawy,
2) art. 8 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003, nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) przez utajnienie treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez 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.,
3) art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności wykluczenia wykonawcy konsorcjum firm jw. z udziału w postępowaniu pomimo, że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
4) art. 24 ust. 2a ustawy pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców konsorcjum firm jw. 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.
5) art. 89 ust. 1 pkt 3) i pkt 4) ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum firm jw. D, pomimo, że oferta złożona przez konsorcjum, zawiera rażąco

---

niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

W związku z zarzutami wnosi o:
Uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
1. unieważnienia czynności oceny ofert i czynności wyboru oferty konsorcjum firm: DGP Clean Partner Sp. z o.o., DGP Catering Partner Sp. z .o.o., Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Sp. z o.o. oraz SEBAN sp. z o.o., nakazuje ponowienie 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,
2. wykluczenia oferty konsorcjum firm jw. na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy pzp,
3. Odtajnienia treści udzielonych przez konsorcjum Zamawiającemu wyjaśnień rażąco niskiej ceny w piśmie z dnia 15.02.2016 r.,
4. odrzucenie konsorcjum firm jw. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy prawo zamówień publicznych z uwagi na fakt, że zawiera rażąco niska cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
5. powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie art. 91 ust. 1 ustawy pzp.

Odwołujący złożył ważną ofertę w postępowaniu i domaga się unieważnienia 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., jako dokonanego z naruszeniem przepisów ustawy pzp, bowiem na jego skutek utracił możliwość zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz możliwość uzyskania zysków wynikających z zawarcia umowy.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

I. Wykluczenie 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. 2 a.

Zgodnie z art. 24 ust. 2a ustawy pzp zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności, gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych, jeżeli zamawiający przewidział taką możliwość wykluczenia wykonawcy w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji.

Obowiązek zastosowania przepisu art. 24 ust. 2 a ustawy pzp dla przedmiotowego postępowania wynika z faktu, że Zamawiający przewidział powyższą podstawę wykluczenia wykonawcy w SIWZ i w ogłoszeniu postępowania. Zamawiający zaniechał czynności wykluczenia wykonawcy - konsorcjum firm: DGP Clean Partner Sp. z o.o.. Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Sn. Z o.o.. SEBAN S P , Z o.o.. PRALMAG- SERWIS A. C. z udziału w postępowaniu, tym samym naruszył przepisy art. art. 24 ust, 2 a ustawy pzp.

Zgodnie z wyrokiem, KIO 758/15, na podstawie którego Izba oddaliła odwołanie wykonawcy wykluczonego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2a Pzp: *"treść przywołanego przepisu wskazuje, że wiąże się ona z badaniem rzetelności wykonawcy, ustaleniem takiej wiarygodności wykonawcy, która - na podstawie wcześniejszej historii kontraktowej - da zamawiającemu przekonanie, że wykonawca w sposób prawidłowy wykona zamówienie.* Na taki charakter omawianej przesłanki wskazuje się w literaturze: *"(...) funkcje wykluczenia z powodu "poważnego wykroczenia zawodowego" odgrywają fundamentalną rolę, zwłaszcza z punktu widzenia efektywnego wydatkowania* środków *publicznych i ochrony uczciwej konkurencji. Efektywne bowiem zamówienie to umowa ekwiwalentna, zawarta z wiarygodnym wykonawcą, rzeczywiście zdolnym do należytego wykonania zamówienia. Zaufanie do kwalifikacji i doświadczenia wykonawcy, popartych dobrą reputacją, wykonania zamówienia stanowi odwieczną gwarancję realnego publicznego" (R. Szostak, wykluczenie nierzetelnego wykonawcy z ubiegania się o zamówienie publiczne w nowym ujęciu, Prawo zamówień publicznych, Kwartalnik 1/2015, s. 112) n .* W tym samym wyroku Izba wskazała na konkretne naruszenia umowy w postaci nieterminowej realizacji, kilkukrotnego nieosiągnięcia rezultatu jaki był celem danej umowy, co miało dowodzić: "że *mamy do czynienia z poważnym naruszeniem obowiązków zawodowych, którego przejawem jest nienależyte wykonanie (nieterminowe) części umów a także ich niewykonanie (co do tych umów, co do których Odwołujący nie osiągnął założonego rezultatu oraz umowy, od której Zamawiający odstąpił) będące wynikiem przynajmniej rażącego niedbalstwa. Wykonawca zawierając umowy przyjął bowiem na siebie określone, wynikające z nich zobowiązania. Stał się gwarantem uzyskania opisanych w ich rezultatów. Rzeczą wykonawcy było więc takie zorganizowanie procesu wykonania zamówień, by osiągnąć cel końcowy umów a także uczynić to terminowo.*

Niedbalstwo wiąże się z niezachowaniem staranności wymaganej w stosunkach danego rodzaju. Rażące niedbalstwo odnoszone jest do naruszenia „elementarnych *reguł prawidłowego zachowania się w danej sytuacji. Ma to być szczególnie negatywna, naganna ocena postępowania dłużnika".* Sąd Najwyższy w

Wyroku z 10 marca 2004 r. w spr. IV CK 151/03 wskazuje, że rażące niedbalstwo należy rozumieć w następujący sposób: *przypisanie określonej osobie niedbalstwa uznaje się za uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Przez rażące niedbalstwo rozumie się natomiast niezachowanie minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji. O przypisaniu pewnej osobie winy w tej postaci decyduje więc zachowanie*

się przez nią w określonej sytuacji w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej".
Odwołujący miejscu podaje, 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". Mając na względzie powyższe należy stwierdzić, że konsorcjum złożyło nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania.
Firmy będące członkami konsorcjum, czyli wybranego przez zamawiającego wykonawcy, w przeszłości wykonywali umowy w sposób nienależyty lub nie wykonali przedmiotu umowy. Wobec tego są wykonawcami nierzetelnym, niewiarygodnym i powinni podlegać wykluczeniu z postępowania, aby nie narażać Zamawiającego na konsekwencje nienależytego wykonania zamówienia lub jego niewykonania.

Odwołujący podaje, że nienależyte wykonanie lub niewykonanie umowy przez podmioty wchodzące w skład konsorcjum, czyli wybranego przez Zamawiającego wykonawcy, miało miejsce przy realizacji następujących umów:
1. Umowa nr 13/ZP/2015 z dnia 26 stycznia 2015 roku na świadczenie kompleksowej usługi sprzątania i transportu wewnątrzszpitalnego wykonywana m.in. przez DGP Clean Partner sp. z .o.o.. Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC sp. z o.o. oraz SEBAN sp. z o.o. na rzecz Szpitala Wolskiego im. dr Anny Gostyńskiej SPZOZ w Warszawie.
Nienależyte wykonanie polegało na nieprawidłowym, niepełnym, sprzecznym z opisem przedmiotu zamówienia wskazanym w SIWZ wymiarze świadczonej pracy, przeznaczeniu do wykonania umowy mniejszej ilości niż wymagany w SIWZ sprzętu. Wykonawca był wzywany przez zamawiającego do natychmiastowego zaprzestania naruszania warunków umowy (choćby wezwanie z dnia 11.03.2015

roku). Zgodnie z wezwaniem "wadliwa *realizacja umowy ma bezpośredni wpływ na podstawową działalność szpitala, tj.* świadczenie *usług medycznych i naraża zamawiającego na wymierne straty finansowe".* Z załączonego przez zamawiającego do wezwania wykazu sprzętu, sporządzonego w wyniku kontroli, wynika, że wykonawca nie dostarczył wymaganej ilości sprzętu i wykonywał usługę w sposób niezgody z umową, m.in. poprzez to, że wykonawca nie dostarczył 7 z wymaganych 17 wózków do transportu chorych w pozycji siedzącej, 3 maszyn szorująco-zbierających sieciowych, 10 z wymaganych 12 szorowarek jednotarczowych, 8 z wymaganych 12 polerek, żadnego odkurzacza plecakowego bateryjnego, a także szeregu innych wymaganych sprzętów. Powyższe wskazuje, że wykonawca kierował się chęcią zaoszczędzenia na kosztach wykonania usługi poprzez znaczne ograniczenie ilości sprzętu, pomimo, że było to sprzeczne z zawarta umową a także ze złożoną przez tego wykonawcę ofertą. Fakt nie dostarczenia wymaganego sprzętu i wykonywanie usługi w szpitalu (także usług pomocniczych przy pacjentach) za przy pomocy niewystarczającej ilości środków wskazuje na umyślność działania tego wykonawcy, trudno bowiem uznać, że taka sytuacja spowodowana była jedynie rażącym niedbalstwem. Z dalszej korespondencji zamawiającego kierowaną do tego wykonawcy wynika, że wykonawca ten realizował usługę w sposób nienależyty w stopniu rażącym. W wezwaniu z dnia 19.06.2015 roku zamawiający wskazuje np. *podczas kontroli w dniach 2-3.06.2015 roku przedstawiciele Szpitala zobowiązali kierownictwo DGP Clean Partner do szybkiej poprawy wszystkich nieprawidłowości. W dniu 18.06.2015 roku ponownie dokonano przeglądu w trakcie którego stwierdzono nadal m. in. brak umycia okien, brak akryli w salach chorych, brak odkamieniania łazienek, brak maszynowego mycia podłóg (..) W związku z powyższym, że umowa jest realizowana w sposób nienależyty, a ilość wykonanych prac po naliczeniu kar przekraczałaby wartość miesięcznej umowy wyznaczam Państwu ostateczny termin do zrealizowania wszystkich zaległych prac oraz bieżących w terminie do dnia*

30.06.2015 roku u . Zamawiający obciążał wykonawcę wielokrotnie karami umownymi (przykładowe noty księgowe w załączeniu). Również w przypadku nie wykonania części usługi - trudno przyjąć, że taka sytuacja spowodowana była jedynie rażącym niedbalstwem. Brak wykonania części umowy można rozpatrywać tylko i wyłącznie w ramach winy umyślnej tego wykonawcy.
Na skutek szeregu stwierdzonych przez zamawiającego nieprawidłowości spowodowanych niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy w danym zakresie, wykonawca w ogóle zaprzestał świadczenia umowy w jakikolwiek sposób, podając za przyczynę, że odstępuje od umowy z powodu nierealizowania przez

---

Szpital nieokreślonego świadczenia wzajemnego. Na skutek opisanego powyżej nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę - zamawiający - szpital wypowiedział umowę wykonawcy i nałożył na wykonawcę kary umowne.
Wykonawca zatem ze swojej wyłącznej winy nie wykonał umowy a zamawiający pozostał w sytuacji, w której podjąć musiał szereg starań aby zapewnić swoje należyte funkcjonowanie wynikające z charakteru prowadzonej działalności.
Na potwierdzenie Odwołujący przedstawia wraz z odwołaniem:
- umowę nr 13/ZP/2015 z dnia 26.01.2015 roku, wezwanie z dnia 11.03.2015 roku z przykładowe noty załącznikami, protokół z kontroli i wezwanie z dnia 19.06.2015 roku,
księgowe z dnia 15.07.2015 i 13.08.2015 roku, wezwanie z 17.09.2015 roku, wypowiedzenie umowy z dnia 22.09.2015 roku.
2. Umowa nr 46/2013-2017/11 WPG z dnia 3 grudnia 2013 roku na kompleksowe utrzymanie czystości w kompleksach wojskowych wykonywana m.in. przez DGP Clean Partner sp. z .o.o.. i Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC sp. z o.o. na rzecz 11 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Bydgoszczy.
Nienależyte wykonanie umowy przez wykonawcę doprowadziło do tego, że zamawiający odstąpił od umowy o udzielenie zamówienia publicznego z dniem 6 maja 2015 roku. Powodem do odstąpienia prze zamawiającego było zaniechanie wykonania przez wykonawcę części obowiązków wynikających z tej umowy, pomimo wzywania do wykonania tych czynności i wyznaczania dodatkowych terminów.
Zgodnie z umową i SIWZ wykonawca był zobowiązany m.in. do wykonywania usługi polimeryzacji podłóg oraz usług czyszczenia (prania lub czyszczenia chemicznego) vericali firan, żaluzji, rolet. Po trzykrotnym przedłużaniu terminu do wykonania prac oraz ustaleniach pisemnych - wykonawca tych prac nie wykonał. Poza tym zamawiający wskazał także inne okoliczności nienależytego wykonywania usługi - wskazane w licznych notatkach służbowych (40 notatek, wystawianych praktycznie co 2 dzień) co w konsekwencji doprowadzało do nałożone kary umownej.
Wykonawca nie wykonywał podstawowych czynności wynikających z przedmiotu umowy, tj. nie. mył podłóg, nie odkurzał, nie mył sanitariatów, pozostawiał pomieszczenia brudne, w sposób jednoznaczny ignorował zobowiązanie umowne.
Niewykonanie powyższych obowiązków mogło wynikać tylko i wyłącznie z winy umyślnej wykonawcy, którzy zaniechał wykonania części umowy, pomimo że był wzywany do jej wykonania. Wykonawca nie był przygotowany i odpowiednio zorganizowany do wykonywania usługi i wykonywał ją za pomocą niewystarczających, niezgodnych z umową środków. W konsekwencji wykonawca nie wykonał zamówienia publicznego.
Na potwierdzenie Odwołujący przedstawia wraz z odwołaniem: umowę nr 46/2013-

---

2017/11WOG z dnia 03.12.2015 roku,oświadczenie o odstąpieniu zamawiającego od umowy z dnia 29.04.2015 roku,notatki służbowe - 6 sztuk, wezwanie do zapłaty kary umownej 297.082,17 złotych.
3. Umowa nr GZP/2801/82/2014 z dnia 16 kwietnia 2014 roku na usługę kompleksowego utrzymania czystości, w tym obsługę pomieszczeń kuchenek obrót bielizna oraz czynności pomocnicze przy pacjencie oddziałowych, wykonywana m.in. przez DGP Clean Partner sp. z .o.o.. i Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC SP . z o.o. na rzecz Szpitala Wojewódzkiego im. Jana Pawła II

w Bełchatowie.
Nienależyte wykonanie umowy przez wykonawcę polegało na zaniechaniu wykonania części podstawowych zobowiązań umownych takich jak: nie dostarczenie wózków bemarowych z naczyniami GN, termosów do przewozu posiłków gorących na pawilony satelitarne, koszty zewnętrznych i wewnętrznych na odpady, mat, wycieraczek przy wejściach. Takie działanie wykonawcy mogło mieć tylko i wyłącznie charakter umyślny. Intencją musiała być chęć zaoszczędzenia. Pomimo wezwań zamawiającego wykonawca nie zaprzestał naruszania umowy, na skutek czego wykonawca spowodował stanu zagrożenia bezpieczeństwa osób i bezpieczeństwa sanitarnego w obiekcie szpitalnym. Powyższe spowodowało nałożenie na wykonawcę kary umownej w wysokości 141.050,00 złotych.
Na potwierdzenie Odwołujący przedstawia wraz z odwołaniem: umowęnr ZP/2801/82/2014 z dnia 16 kwietnia 2014 roku,pismo w sprawie nienależytego wykonania umowy z dnia 01.08.2014 roku, notę obciążającą karą umowną 141.050,00 złotych.
4. Umowa nr ZP/N/65/11 z dnia 14 grudnia 2011 roku na świadczenie usług pralniczych wykonywana m.in. przez DGP Dozorbud Grupa Polska SP . z o.o. na rzecz Samodzielnego Publicznego Szpitala Wojewódzkiego w Gorzowie Wielkopolskim.
Umowa była wykonana nienależycie. Zamawiający odstąpił od tej umowy z winy leżącej po stronie wykonawcy na skutek nieprzestrzeganie postanowień umowy przez wykonawcę.Na potwierdzenie Odwołujący przedstawia wraz z odwołaniem:
- umowę nr ZP/N/65/11 z dnia 14 grudnia 2011 roku, oświadczenie o odstąpieniu od umowy z dnia 1 lutego 2012 roku.
5. Umowa nr 360/F-2/2010 z dnia 16 grudnia 2010 roku na świadczenie usług sprzątania pomieszczeń biurowych w budynku administracyjnym i laboratorium drogowym wykonywana m.in. przez DGP Dozorbud Grupa Polska sp. z o.o. na rzecz Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku.

Nienależyte wykonanie polegało na nieprawidłowym jej wykonaniu na skutek którego

---

Zamawiający odstąpił od tej umowy z winy leżącej po stronie wykonawcy stwierdzając rażące naruszenie przedmiotowej umowy poprzez nierzetelne wykonywalne obowiązków związanych z realizacją zadań, pomimo wielokrotnych pisemnych wezwań zamawiającego. Wykonawca nie realizował zobowiązań umownych, nie reagował na wezwania ze strony zamawiającego, nie udzielał wyjaśnień lub usprawiedliwienia niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Jeżeli wykonawca przystępował do wykonania to realizował usługę niestarannie i nierzetelnie. Wykonawca nie zapewnił wymaganej w umowie i SIWZ obsady osobowej oraz właściwego nadzoru. Nadto - jak wynika z pisma z dnia 5 lipca 2013 roku (korespondencja zamawiającego) wykonawca nie dostarczał środków i sprzętu koniecznych do wykonania umowy. Wartość niezrealizowanego zamówienia wynosiła 76% wartości umowy. Na wykonawcę nałożono karę umowną w wysokości 14.800 złotych.
Na potwierdzenie Odwołujący przedstawia wraz z odwołaniem: umowę nr 360/F-2/2010 z dnia 16 grudnia 2010 roku, oświadczenie o odstąpieniu od umowy z dnia 10 stycznia 2012 roku, pismo zamawiającego do GDDKiA we Wrocławiu z dnia 5 lipca 2013 roku,
- pismo w sprawie kary umownej z dnia 5 stycznia 2012 roku.
Wykonawcy z grupy kapitałowej Dozorbud (członkowie konsorcjum) dopuszczali się wielokrotnie poważnych naruszeń obowiązków zawodowych, o czym świadczy powyżej wskazany stan faktyczny. Wykonawcy nie realizowali obowiązków wynikających z umów zawieranych z zamawiającymi, działając umyślnie - nie dostarczali sprzętów określonych w SIWZ, nie wykonywali w całości zawartych umów, doprowadzali do przedwczesnego rozwiązywania umów o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawcy pomimo kierowanych do nich wezwań do prawidłowego wykonywania umów nie zmieniali sposobu ich wykonania, nadal wykonywali usługę nienależycie. Pomimo kolejnych doświadczeń wynikających z nienależytego wykonania umów wykonawcy nie podejmowali prób „naprawczych”. Powielali ten sam model realizacji umowy o wykonanie zamówienia publicznego doprowadzając do kolejnych naruszeń umowy. Wielokrotność i charakter naruszeń

umowy ze strony wykonawców świadczy o tym, że świadomie decydowali się na niezgodny z umową sposób realizacji umowy w celu np. wygenerowania oszczędności z danego kontraktu. Szczególnie negatywnie należy ocenić fakt, że wykonawcy oszczędzali kosztem zamawiającego i kosztem bezpieczeństwa pacjentów. Mając na uwadze, że wykonawcy realizując umowę niezgodnie z jej treścią choć wcześniej się nią zapoznali, nie sposób przyjąć iż naruszenia wskazane powyżej mogły by mieć charakter nieumyślny. Sposób organizowania pracy bez odpowiedniego zaplecza osobowego i sprzętowego pomimo jasno określonych w

umowie i SIWZ warunków świadczenia usługi wskazuje jednoznacznie na umyślność działania wykonawców. Wykonawcy są zatem niewiarygodni, nierzetelni i nie dają gwarancji należytego wykonania zamówienia.

Zgodnie bowiem z wyrokiem KIO z dnia 10.02.2016 r. sygnatury akt.: KIO 101/16, złożonym w podobnym jak w przedmiotowym stanie faktycznym, gdzie zamawiający wybrał ofertę konsorcjum w skład którego wchodzili praktycznie ci sami partnerzy konsorcjum Izba uwzględniła odwołanie i nakazała: zamawiającemu; „unieważnienie *czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazuje ponowienie czynności badania i oceny ofert mających na uwadze,* że *zachodzą przesłanki wykluczenia z postępowania przystępującego na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy pzp, jeżeli wykonawca ten nie udowodni podjęcia konkretnych* środków *i czynności wskazanych w art. 24 ust. 2a zdanie ostatnie ustawy.* W tym samym też wyroku Izba orzekła na niekorzyść konsorcjum w skład którego wchodzili praktycznie ci sami partnerzy co w przedmiotowym postępowaniu i stwierdziła, że *„W ocenie składu orzekającego potwierdzone zostały i przez wobec udowodnione odwołującego zarzuty kierowane przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy. Przepis ten przewiduje,* że *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 możliwe jest do wykazania 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".*

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

II. Rażąco niska cena w ofercie konsorcjum: 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 ocenie Odwołującego oferta wybranego wykonawcy – konsorcjum firm jw. : powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) z uwagi na fakt, że zawiera rażąco niska cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Jednocześnie odwołujący podnosi, że fakt nie odrzucenia oferty

zawierającej rażąco niską cenę stanowi naruszenie zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji przez zamawiającego w zaistniałym stanie faktycznym. Zamawiający po otwarciu złożonych ofert dokonał ich sprawdzenia, oraz stwierdził, że wysokość ceny podanej w ofercie złożonej przez konsorcjum może zawierać rażąco niska cenę. W wyniku tego zamawiający zwrócił się do wykonawcy z wezwaniem do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Konsorcjum złożyło wyjaśnienia Zamawiającemu, jednak wyjaśnienia te zostały utajnione przez Zamawiającego. Utajnienie treści wyjaśnień w tym konkretnym przypadku stanowi naruszenie zasady jawności postępowania oraz uczciwej

konkurencji. Z tego względu odwołujący jako wykonawca, który złożył ważną ofertę w przedmiotowym postępowaniu jest pozbawiony możliwości odniesienia się do treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Znajomość opisu przedmiotu zamówienia wskazanego w SIWZ, znajomość cen rynkowych, wieloletnie doświadczenie w realizacji tej i podobnych umów, powoduje, że odwołujący jest przekonany, że wybrana przez zamawiającego oferta zawiera rażąco niska cenę.

Dlatego też odwołujący nie ma pewności czy zamawiający wyczerpał wszystkich dostępnych środków aby upewnić, że konsorcjum nie przedstawiło oferty z rażąco niską ceną, a tym samym, istnieje ryzyko nienależytego wykonania przedmiotu umowy na skutek niedoszacowania kosztów jej realizacji przez konsorcjum. Istnieje możliwość, że złożone Zamawiającemu wyjaśnienia nie są wystarczające lub dostatecznie udowodnione. Warto wskazać, na treść orzeczenia sygn. akt. 671/08 z dnia 16 lipca 2008 r. z którego wynika, że ustalając czy cena jest rażąco niska, trzeba wziąć pod uwagę, że „w jednym przypadku różnica cenowa kilkunastoprocentowa pomiędzy złożonymi ofertami może już świadczyć o cenie rażąco niskiej, w innej zaś wprost przeciwnie". Oznacza to, że konieczna jest dokładna analiza konkretnego przypadku. Jednak zawsze obowiązek wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, ciąży na wykonawcy.

Odwołujący stoi na stanowisku, że cena wybranej przez zamawiającego oferty konsorcjum jest rażąco niska. Nie jest możliwe należyte wykonanie przedmiotu umowy za podaną przez konsorcjum cenę, mając na uwadze postanowienia SIWZ wskazujące opis przedmiotu zamówienia, a także posiadając wiedzę z zakresu cen rynkowych materiałów i środków niezbędnych do wykonania przedmiotu umowy - w tym wiedzę o wysokości kosztu zatrudnienia pracowników.

Odnosząc się do kalkulacji poszczególnych składników cenotwórczych wskazanych w cenie oferty, odwołujący podnosi, że składniki cenotwórcze

zawarte w ofercie konsorcjum przy ujęciu wszystkich czynności wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia powinny kształtować się następująco:

Zatrudnienie wymaganej ilości osób:

Zgodnie z treścią załącznika nr 2 do SIWZ , który zawiera wymaganą przez Zamawiającego organizację pracy aby wykonać usługę zgodnie z wymaganiami SIWZ, wykonawca musi skierować do wykonania pracy co najmniej 160 osób zatrudnionych w pełnym wymiarze czasu pracy, tj. każda osoba musi pracować w wymiarze jednego etatu. W załączniku nr 2 do SIWZ zamawiający wskazuje obsadę na każdym oddziale w określone dni tygodnia, wyszczególniając jednocześnie obsadę nocną na poszczególne szpitale. W załączniku nr 2 część B do umowy zamawiający wskazuje w jakich godzinach ma odbywać się transport bielizny natomiast w załączniku nr 2 część D do umowy pkt 9 wskazuje organizacje pracy dla centralnej sterylizacji, stacji mycia i dezynfekcji łóżek. Co pozwala na dokładne określenie, że do wykonania przedmiotu konieczne jest zatrudnienie 160 osób. Jedynie w „strefie szarej" Zamawiający zostawił dowolność Wykonawcy w zakresie organizacji pracy wskazując zakres czynności, który ma zostać wykonany w ramach realizacji usługi, co nie zmienia faktu, że każdy wykonawca musi przewidzieć i wliczyć w cenę oferty również koszt zatrudnienia pracowników dla tej części zmówienia. Dodatkowo Zamawiający wymaga aby wykonawca wykonywał konserwacje podłóg w oddziałach oraz w Bloku Operacyjnym Oddziału Kardiochirurgii, Bloku Operacyjnym Szpitala SSW, Pracowni Elektrokardioterapii, Zakładzie Kardiologii Inwazyjnej, w budynku administracji, Zakładzie Patomorfologu - co powoduje konieczność przewidzenia i wliczenia w cenę oferty kosztu zatrudnienia takiej ilości osób aby zamówienie to można było wykonać. Po przeliczeniu całej powierzchni na jakiej ma zostać wykonana konserwacja podłogi otrzymuje się ok. 44800 m2 - powierzchni do odczyszczenia i położenia polimeru w roku. Zatrudniając 160 osób na pełny etat na podstawie umowy o pracę zgodnie z wymogiem zawartym w § 2 wzoru umowy stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ, otrzymujemy koszt zatrudnienia: 160 osób x 1850 zł (minimalna krajowa brutto), co daje 296 000,00 zł na m-c. Każdy pracodawca jest zobowiązany dodatkowo ponieść koszt ZUS- co daje kwotę na m-c ok. 59200,0 zł. Mając na uwadze przepisy prawa pracy pracodawca jest zobowiązany udzielić pracownikowi urlopu, w zależności od stażu pracy, w wymiarze 21-26 dni w ciągu roku, co średnio powoduje, iż każdy pracownik jeden miesiąc w roku korzysta z urlopu. Uwzględniając grupę 160 osób, należy uwzględnić, iż średnio 13

osób jest na urlopie w każdym miesiącu. Zgodnie z wymogiem wskazanym w SIWZ - pracownicy musza być zatrudnieni na podstawie umowy o prace. Z pewnością w trakcie trwania umowy część z zatrudnionych przez wykonawcę pracowników przebywać będzie na długotrwałych zwolnieniach lekarskich. Stosując postanowienia SIWZ w zakresie podstawy zatrudnienia pracowników - osoby zastępujące pracowników wykonawcy, którzy przebywać będą na zwolnieniach lekarskich muszą być także zatrudnione na podstawie umowy o pracę.

Ilustrując wysokość kosztu pracodawcy przy uwzględnieniu zatrudnienia osób na zastępstwo na podstawie umowy o pracę, przy spełnieniu wymogu zapewnienie minimalnego zatrudnienia wynikającego z SIWZ, koszt pracodawcy wraz z kosztami ZUS stanowi kwotę: 28 860,00 zł średnio na m-c. Poza tym zgodnie z wymaganiami wskazanymi w SIWZ - wykonawca jest zobowiązany wyposażyć pracowników w odzież o odpowiedniej kolorystyce, zgodnie z procedurami musi zapewnić pracownikom pranie odzieży roboczej. Aby pokryć koszt w/w elementów należy zabezpieczyć ok. 30 zł miesięcznie dla każdego pracownika. Dla grupy 160 osób daje to wartość: 4800,00 zł na m-c. Pracodawcy mają możliwość korzystania z dofinansowań do zatrudniania osób posiadających orzeczenie o niepełnosprawności. Jako obecny pracodawca osób zatrudnionych do realizacji usługi u zamawiającego, zatrudniamy 15 osób posiadających II grupę niepełnosprawności- dofinansowanie wynosi 1125 zł na m-c, oraz 16 osób z III grupą niepełnosprawności- dofinansowanie wynosi 450 zł / na m-c. Wartość na m-c powyższych dofinansować z PFRON wynosi zatem: 24 075 zł i o taki koszt Wykonawca może pomniejszyć koszty wykonania usługi. Zatrudniając tak dużą grupę pracowników, każdy racjonalny pracodawca, powinien uwzględnić koszt zasiłków chorobowych, zatrudniając szczególnie osoby z orzeczeniem niepełnosprawności. Jednak z uwagi, iż powyższy koszt nie następuje w wysokości z góry ustalonej - należy założyć, że będzie to kwota ok. 10000,00 zł.
Podsumowując koszty pracy, zatrudniając 160 osób do wykonania usługi, pomniejszając koszt o dofinansowanie z PFRON, Wykonawca powinien zabezpieczyć środki w wysokości co najmniej: 364785,00 zł iw powyższej kwocie nie uwzględnione zostały koszty zasiłków chorobowych, które na pewno wystąpią).
Zapewnienie wymaganej ilości i jakości środków i urządzeń zgodnie z SIWZ:
Wykonawca zgodnie z wymogami SIWZ jest zobowiązany wykonać usługę własnym sprzętem, oraz własnymi środkami chemicznymi, dezynfekcyjnymi. Zamawiający narzucił konieczność zastosowania na terenie całego szpitala mopa jednego kontaktu. Mopy mają być nasączane w systemie kuwetowym, tzn. mop odpowiednio nasączony środkiem chemicznym, jest umieszczany w kuwecie, a następnie osoba wykonująca usługę wykorzystuje mop gotowy do użycia na danej powierzchni. Mop raz wykorzystany, musi zostać oddany do prania. Jednym mopem o szerokości 40 cm osoba wykonująca prace może umyć lub zdezynfekować powierzchnie ok. 25 m2 . Zamawiający w SIWZ określił swoje wymagania co do częstotliwości wykonania usługi na poszczególnych powierzchniach i tak np. na oddziałach zabiegowych, oddziałach intensywnego nadzory, usługa ma być wykonana w ciągu dnia 2 razy. Na pozostałych powierzchniach z wyjątkami usługa ma być wykonana raz dziennie. Postawienie powyższych wymogów powoduje, iż Wykonawca powinien na jeden dzień wykonania usługi zabezpieczyć ok. 1600 szt. mopów. Po każdym

dniu mopy muszą zostać oddane do prania, więc aby zabezpieczyć mopy do pracy codziennej potrzebne są dwa zestawy mopów po 1600 szt. Każdy wykonawca musi zatem zakupić co najmniej 3200 szt mopów, aby móc wykonywać usługę. Cena za którą można kupić mopy to średnio 25,00 zł netto za szt- co daje koszt 80000,00 zł. Wg zaleceń producenta oraz technologii produkcji mopów, każdy mop może być prany średnio 300 - 400 razy, co oznacza, iż amortyzacja mopów powinna zostać rozłożona na okres realizacji kontraktu tj. 24 miesiące. Biorąc pod uwagę bezpieczeństwo epidemiologiczne, nie można przenosić mopów z innych obiektów szpitali do wykorzystania na innych obiektach. Koszt amortyzacji mopów wynosi na m-c ok. 3333,0 zł/. Jak wspomniano wcześniej, po każdym wykorzystaniu mopa, należy skierować go do prania. Waga mopa na rzep to około 90 g, czyli dzienna waga mopów do prania to około 145 kg, na m-c to średnio 4422 kg. Wypranie dziennie 1600 szt mopów daje koszt na m-c przyjmując minimalną cenę na rynku za pranie 1 kg mopów- 2,00 zł netto - wartość na m-c 8844,0 zł netto. Zamawiający wymaga aby

usługa została wykonana przez Wykonawcę własnym sprzętem. Do wykonania usługi, co wynika z zakresu czynności, jest potrzeba co najmniej: parownicy, odkurzacza sucho mokro, szorowarki, polerki, automatów samojeżdżących, urządzeń do prania wertikali, wózków sprzątających kuwetowych, stelarzy do mopów, wózki do bielizny, kuwety do dezynfekcji basenów, kaczek. Uwzględniając ceny rynkowe wskazanego powyżej sprzętu wartość zakupu sprzętu to ok. 130 000 zł. Amortyzując powyższy sprzęt nawet na dłuższy okres niż czas realizacji usługi tj. na okres 36 miesięcy- wartość amortyzacji wynosi na m-c ok. 3 650 zł. W ramach usługi Wykonawca jest zobowiązany myć okna na wysokości z częstotliwością dwa razy w roku o powierzchni 2000 m2. Wartość w/w usługi wykonanej jednorazowo uwzględniając cenę rynkowa 3,50 zł netto za m2, to koszt: ok. 7000,00 z! netto. Na potwierdzenie przedkładam kopię dokumentu potwierdzającego koszt wykonania czynności przez podwykonawcę potwierdzającą cenę za umycie 1 m2 powierzchni. Czynność ma być wykonywana dwa razy w roku, więc średni koszt na m-c wynosi: 1166,00 zł netto. Zamawiający udostępni Wykonawcy pomieszczenia dla pracowników, jednak nie będą one wyposażone w szafki ubraniowe dla pracowników. Koszt zakupu jednej szafki to ok. 290 zł netto. Dla każdego pracownika jest potrzebna jedna szafka. Wartość zakupu szafek to: 46400,0 licząc amortyzację na okres 36 miesięcy- koszt wynosi: ok. 1288 zł na m-c. Obowiązkiem Wykonawcy zgodnie z wymogami SIWZ jest wykonać usługę przy wykorzystaniu własnych środków czystości i dezynfekcyjnych, własnych materiałów w tym worków papierowych, worków foliowych , ścierek, pady do maszyn do polerowania do doczyszczania, chusteczki j.uż., rękawice j.uż itp. Na podstawie posiadanego doświadczenia w realizacji usługi dla Zamawiającego, wartość powyższych elementów na miesiąc wynosi średnio: 27 000,00 zł.

Usługi wpisane w przedmiot zamówienia: W ramach usługi wykonawca jest zobowiązany doczyścić i położyć polimer na powierzchni 44800 m2 (powierzchnia wyliczona na podstawie danych w SIWZ uwzględnić iż na części powierzchni polimer musi zostać położony dwa lub cztery razy w roku). Wg norm technologicznych należy położyć trzy warstwy, pierwsza to około 4 litry na 100 m kw, druga 1,5 do 2 litrów, trzecia około 1,5 litra, razem około 7 do 7,5 litra na 100 m kw. Przeciętna cena polimerów (przyjmując najtańsze dostępne na rynku polimery to około 10 zł za litr. Na zaakrylowanie 1 m kwadratowego, na sam produkt wydać trzeba od 70 do 75 groszy. Czyli koszt najtańszego polimeru do akrylowania powierzchni 44 8000 m kw. to około 33 000 zł rocznie. Jeśli rozliczymy koszt na 12 miesięcy, to koszt średniomiesięczny wynosi: 2750,00 zł netto. Podsumowanie kosztów: Potrzebne koszty do wykonania usługi to: 412 816,00 zł netto miesięcznie (w kosztach nie uwzględniono rezerw chorobowych, które będą stanowiły dodatkowy koszt), konsorcjum firm zaproponowało usługę o wartości na m-c netto: 377 982,02 zł na m-c. Powyższe zestawienie potwierdza, iż konsorcjum firm złożyło ofertę z rażąco niska ceną. Koszt usługi znacznie przewyższają planowany przychód. Analizując cenę wybranej oferty nie można znaleźć przyczyn, z których wynika w rzeczywistości na jakiej podstawie konsorcjum mogło zawrzeć w ofercie tak niskie ceny. Z powyższego wynika, że cena oferty konsorcjum firm: DGP Clean Partner Sn. z o.o.. Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Sp. z o.o.. SEBAN Sp. z o.o., PRALMAG- SERWIS A. C.. nie daje podstawy do tego aby przyjąć, że wykonawca ten ma możliwość w sposób dalej posunięty od innych ubiegających się o udzielenie zamówienia wykonawców, do obniżenia kosztów wykonania usługi. Odwołujący podaje, że wykazane powyżej różnice dają łączną wartość 34 833,98 zł miesięcznie, która stanowi według odwołującego niedoszacowanie kosztów w ofercie konsorcjum firm jw. i która może być powodem do nierzetelnego wykonywania przez konsorcjum usługi. Odwołujący wskazuje, na marginesie, że tak wysokie niedoszacowanie ceny ofertowej może powodować, że świadczona przez Wykonawcę usługa wykonywana będzie nierzetelnie i może w dalszej konsekwencji skutkować wcześniejszym zakończeniem kontraktu, tym samym koniecznością przeprowadzenia dodatkowego procesu przetargowego, jak miało to miejsce u innych Zamawiających wskazanych w pierwszej części odwołania. Zgodnie z Wyrokiem Sądu Okręgowego w Słupsku z dnia 23 lipca 2015r. Sygn. akt IV Ca 204/15: podkreślić należy, iż o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, znacznie odbiegającą od cen rynkowych innych, takich samych lub podobnych rodzajów zamówień, wskazującą na możliwość wykonania

zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy lub roboty budowlanej lub ofertę zawierającą cenę nierealną z punktu widzenia logiki, doświadczenia życiowego oraz racjonalnego gospodarowania. W doktrynie i orzecznictwie podnosi się także, że cena

rażąco niska to cena nierealna, niepozwalająca na realizację zamówienia z należytą starannością, wskazująca na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku. Przykładem oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie oferta z ceną poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo symboliczna cena. Złożenie oferty z rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia może być konsekwencją świadomego działania wykonawcy albo braku staranności wykonawcy w obliczeniu ceny oferty zgodnie z przyjętym przez zamawiającego sposobem obliczenia ceny (vide: Komentarz do art. 90 ustawy - Prawo zamówień publicznych. J.E. Nowicki - Lex). ”W ocenie oferty przedstawionej przez konsorcjum nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia. Odwołujący opiera swoje zarzuty m. im. na znajomości obiektu Zamawiającego wynikającego z 10-cio letniego świadczenia usługi na obiekcie Zamawiającego, na znajomości rynkowych cen usług objętych zamówieniem, a przede wszystkim w oparciu o opis przedmiotu zamówienia wskazany w SIWZ. Pomimo to zamawiający wybrał ofertę konsorcjum, chociaż w świetle przedstawionych powyżej okoliczności oferta ta, zgodnie z dyspozycją art. 83 ust 1 ppk 4), podlega odrzuceniu jako oferta zawierająca rażąco niską cenę.
W toku rozprawy odwołujący podtrzymał stanowisko. W zakresie 1 zarzutu dotyczącego przesłanek wykluczenia Przystępującego z postępowania wskazał, że przedstawione w odwołaniu dowody odnoszące się do zawartych przez członków konsorcjum Przystępującego umów były oceniane w postępowaniu odwoławczym w sprawie KIO 101/16 jako wiarygodne. Ponownie stwierdził, że Przystępujący nie wykonywał zawartych umów. Umowy te były wypowiadane przez Zamawiających, którzy również obciążali wykonawcę karami umownymi. Złożył do akt kopie umów opisanych w uzasadnieniu odwołania.
W zakresie zarzutu 2 wskazał na wymóg jawności postępowania i brak podstaw do utajnienia informacji zawartych w wyjaśnieniach Przystępującego dotyczących wysokości zaoferowanej ceny. Przypomniał, że wymóg zatrudniania osób wykonujących zamówienie w niniejszym postępowaniu na podstawie stosunku pracy wynika z treści wzoru umowy. Na potwierdzenie prawidłowości i realności dokonanych wyliczeń własnych złożył, zastrzegając tajemnicę informacji zawartych, 2 dokumenty, z których jeden stanowi wydruk z systemu księgowego z wyliczeniem kosztów za styczeń 2016 r. u Zamawiającego, drugi zaś stanowi ofertę cenową na zakup mopów oraz faktura dotycząca usługi alpinistycznego mycia okien. Zauważył, że w SIWZ wskazano wymogi dotyczące obsady pracowniczej w określonych miejscach i czasie i z wymogów tych wynika niezbędna liczba pracowników, tj. taka, jaka została przyjęta w treści odwołania. Podkreślił, że odmówiono mu udostępnienia utajnionych wyjaśnień Przystępującego dotyczących zaoferowanej ceny. Zauważył, że Zamawiający, prowadząc postępowanie, ma możliwość badania prawdziwości składanych oświadczeń i ich

oceny, także po wniesieniu odwołania w postępowaniu. Stwierdził, że w każdym z trzech przypadków wskazanych Zamawiający odstępowali od umowy i obciążali Odwołującego karami umownymi. Zauważył, że Przystępujący wyjaśniał 18 lutego 2016 r. szpitalowi w Bartoszycach, że uiścił należne kary umowne, a tym samym naprawił szkodę, natomiast pozostaje w sporach o zapłatę kar umownych, co wykazał w toku rozprawy. W ocenie Odwołującego przedstawione 3 przypadki umów wskazują na zaistnienie przesłanki z art. 24 ust. 2a ustawy.
Odnośnie zaoferowanej ceny stwierdził dodatkowo, iż wobec faktu przewidywanego przejęcia pracowników wykonujących usługę liczba osób niepełnosprawnych zatrudnionych u Przystępującego nie ma bezpośredniego związku z realizacją przedmiotu zamówienia, w tym z kalkulowaniem kosztów.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że w toku badania i ceny ofert, a także w dacie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, nie dysponował jakimikolwiek informacjami o podstawach wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy. W odróżnieniu od sprawy odwoławczej o sygn. KIO 101/16, Zamawiający

nie otrzymał z żadnego źródła informacji, które wymagałyby sprawdzenia wykonawców w zakresie zaistnienia przesłanek z art. 24 ust. 2a. Przystępujący wraz z ofertą złożył oświadczenie o niepodleganiu wykluczenia i złożył 3 dokumenty potwierdzające należyte wykonanie umów referencyjnych na rzecz innych Zamawiających. Złożone przez Odwołującego w niniejszym postępowaniu odwoławczym dokumenty nie mogą być uznane za wystarczające do przyjęcia winy lub rżącego niedbalstwa, o którym mowa powołany przepisie ustawy. Wskazał, że oceniając oferty zażądał od Przystępującego wyjaśnień co do wysokości zaoferowanej ceny. Wyjaśnienia takie otrzymał i uznał za wystarczające. Uznał również za zasadne zastrzeżenie tajemnicy informacji w nich zawartych. Zauważył, że cena zaoferowana przez Przystępującego była niższa od średniej ceny wszystkich zaoferowanych o 25%, a od wartości inwestorskiej o 26%. Wyjaśnił, że w treści SIWZ nie określono wymaganej liczby zatrudnionych pracowników, liczbę taką wykonawcy określali samodzielnie, uwzględniając sprecyzowany w SIWZ zakres wymagań. W zał. nr 2 określono harmonogram działań.
Potwierdził, że uznał za uzasadnione utajnienie zał. nr 1 i 2 do wyjaśnień Przystępującego złożonych w zakresie ceny.
Przypomniał, że Odwołujący nie przedstawił wcześniej żadnych informacji dotyczących konkurencyjnych wykonawców, a po raz pierwszy uczynił to w złożonym odwołaniu.

Odpowiadając na pytanie wyjaśnił, że Odwołujący nie zwracał się o udostępnienie mu treści wyjaśnień Przystępującego.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania. Przedstawił stanowisko w złożonym piśmie procesowym.
W pierwszej kolejności zauważył, że powołane w odwołaniu dwie umowy wskazane w pkt 4 oraz 5 odwołania tj. zawarta z Samodzielnym Publicznym Szpitalem Wojewódzkim w Gorzowie Wielkopolskim oraz z Generalną Dyrekcją Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku nie mogą być poddane ocenie w zakresie zarzutów odwołania i na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy pzp z uwagi na fakt, iż dotyczą zdarzeń mających miejsce ponad 3 lata przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
Następnie przystępujący wskazał na treść przepisu art. 24 ust. 2a i jego wykładnię w orzecznictwie krajowym i Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej podkreślając w szczególności pojęcie „poważnego wykroczenia zawodowego". Zauważył, że już w poprzednim stanie prawnym (art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy) niewystarczającym do wykluczenia z postępowania wykonawcy było stwierdzenie, że z przyczyn przez niego zawinionych doszło do odstąpienia od umowy zawartej z zamawiającym, ale dodatkowo należało wykazać, że to zawinione naruszenie obowiązków umownych, które stanowiło podstawę odstąpienia od umowy, jest jednocześnie uchybieniem zasadom profesjonalizmu, a do tego naruszenie to musi być poważne. Rozumienie pojęcia wykroczenia zawodowego nie uległo istotnej zmianie w związku z wejściem w życie regulacji art. 24 ust. 2a ustawy pzp.
Zauważył, że niewystarczające jest stwierdzenie, że względem wykonawcy zostały naliczone kary umowne z tytułu odpowiedzialności kontraktowej, lub że złożone zostało przez zamawiającego oświadczenie o odstąpieniu od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, lecz także ustalenie, w jakich okolicznościach doszło do tych zdarzeń, jakie przyczyny doprowadziły do nienależytego wykonania przez wykonawcę umowy, w szczególności, czy świadczą one o celowym działaniu wykonawcy lub jego rażącym niedbalstwie oraz czy te naruszenia mają charakter poważnych.
W ocenie przystępującego wskazane w odwołaniu okoliczności, jak i dowody przedstawione przez wykonawcę wskazują, że uchybienia w poszczególnych sprawach nie mają takiego charakteru, by można mówić o poważnym, zawinionym naruszeniu przez wykonawcę obowiązków zawodowych.
Odnośnie umowy z 26.01.2015 r. na usługi na rzecz Szpitala Wolskiego w Warszawie stwierdził, ze uchybienie w postaci nie zapewnienia odpowiedniej ilości sprzętu opisane w wezwaniu zamawiającego z 11.03.2015 r. dotyczyło tylko niektórych sprzętów i to w sytuacji możliwości wykonywania prac innym sprzętem. Ponadto uchybienia w tym zakresie nie

zostały stwierdzone w kolejnej kontroli dnia 19.06.2015 r. W protokole z tej kontroli stwierdzono wprawdzie inne uchybienia, jednak są to niedociągnięcia, jakie zdarzają się przy realizacji umowy tego typu, zwłaszcza w dużych szpitalach zlokalizowanych w różnych budynkach. Same w sobie nie są jeszcze poważnym naruszeniem obowiązków zawodowych. Uchybienia te nie były także podstawą do wypowiedzenia przez zamawiającego umowy w trybie natychmiastowym, lecz jak wynika z pisma zamawiającego z 22.09.2015 r. przyczyną wypowiedzenia był brak realizacji przez wykonawcę usługi w dnia 19-21 września 2015 r. Wykonawca przypomniał zastrzeżenia z lipca i sierpnia 2015 r. co do sposobu realizacji usługi (ze skutkiem w postaci naliczenia kar umownych, co wskazano w odwołaniu), lecz uchybienia te powstały nie z jego winy, a z uwagi na okoliczność, że na terenie zewnętrznym szpitala są prowadzone prace budowlane, a szpital nie zapewnia odpowiedniego utrzymania czystości tego terenu. Dnia 2.09.2015 r. wykonawca wezwał zamawiającego do usunięcia przeszkód w wykonaniu umowy z zastrzeżeniem odstąpienia od umowy, a następnie 16.09.2015 r. oświadczył, ze odstępuje od umowy wskazując że będzie świadczył usługę do dnia 18.09.2015 r. Brak świadczenia usług w dniach kolejnych był więc skutkiem odstąpienia jako konsekwencji braku współdziałania zamawiającego. Między stronami toczy się w tej sprawie spór sądowy.

Odnośnie umowy z 3.12.2013 r. na usługi na rzecz 11 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Bydgoszczy stwierdził, że zamawiający pismem z 29.04.2015 r. odstąpił od umowy z powodu niewykonania usług polimeryzacji i czyszczenia verticali ze wskazaniem na uchybienia wynikające z notatek służbowych, które podają incydentalne niedociągnięcia; było to 40 uchybień na rok i 4 miesiące świadczenia usługi w różnych pomieszczeniach, w różnych budynkach, których było ponad 140, w różnym czasie, nie mające poważnego charakteru. Co do przyczyny odstąpienia wykonawca wskazał, że niemożność wykonania polimeryzacji i czyszczenia verticali w pełnym zakresie wynikła z faktu ciągłego wyłączania przez zamawiającego kolejnych pomieszczeń (wyłączenia okresowe), stąd oświadczenie o odstąpieniu zamawiającego wykonawca uznał za nieskuteczne i dnia 8.05.2015 sam odstąpił od umowy, gdyż zamawiający po swoim oświadczeniu uniemożliwił wykonywanie prac. Między stronami toczy się spór sądowy.

Odnośnie umowy z 16.04.2014 r. na usługi na rzecz Szpitala Wojewódzkiego w Bełchatowie przystępujący stwierdził, że umowę zawarto z wolnej ręki na okres trzech miesięcy z szerokim zakresem usługi i koniecznością przejęcia obiektu „z dnia na dzień” (umowa zawarta 16.04, początek świadczenia usług 22.04.2014 r. W czerwcu zamawiający wystawił referencje i każdym miesiącu podpisywał protokół odbioru prac bez uwag. Stan higieniczno-techniczny obiektów i urządzeń określano w protokole zdawczo odbiorczym jako dobry. Wykonawca kwestionuje fakt naliczenia mu (dnia 4 sierpnia 2014 r.) po zakończeniu

usługi kar umownych z kar odmowę wystawienia mu każdy z 91 dni świadczenia usługi i odmowę wystawienia mu referencji. Między stronami toczy się spór sądowy.

Przystępujący podkreśla, ze samo odstąpienie od umowy oraz naliczenie kar umownych nie może być uznane za równoznaczne z rażącym, zawinionym naruszeniem obowiązków zawodowych. Pojęcia te nie są tożsame, okoliczności, których dochodzi do stwierdzenia powyższych sytuacji również nie są tożsame. Samo nienależyte wykonanie umowy nie oznacza zaistnienia rażącego naruszenia obowiązków zawodowych. Zauważa, że zastrzeganie kar umownych jest powszechną praktyka, a kary te mogą być należne także przy braku szkody po stronie zamawiającego. Zamawiający nie domagali się także odszkodowania uzupełniającego zastrzeganego w umowach.

Z ostrożności procesowej, na wypadek przyjęcia przez Izbę, że wykonawca winny jest poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, przystępujący wskazał, że jak wskazano w wyroku sygn. akt KIO 101/16, nie jest możliwe wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy pzp, bez uprzedniego wezwania go do złożenia wyjaśnień odnośnie tego, czy podjął on środki, o których mowa w art. 24 ust. 2a zdanie drugie ustawy i naprawił szkodę. W niniejszej sprawie wezwanie takie nie zostało skierowane do przystępującego.

Na marginesie podnosi, że we wskazanych sprawach naprawił szkody uiszczając kary umowne (kary zostały potrącone z bieżącego wynagrodzenia wykonawcy lub pokryte z zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Wykonawca podjął także odpowiednie środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, by w

przyszłości zapobiec nienależytemu wykonywaniu umów zawartych z zamawiającymi.
W konsekwencji opisanych okoliczności wskazał na niezasadność kolejnego zarzutu odwołania tj. naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp.
Odnośnie zarzutu nieuprawnionego utajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych zamawiającemu wniósł o jego oddalenie podtrzymał stanowisko, że złożone informacje są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

W zakresie zarzutu zaoferowania rażąco niskiej ceny w złożonej ofercie wskazał, że jego cena nie jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, a różnica między cenami dwóch pierwszych (odwołującego i przystępującego) nie jest rażąca i wynosi 10%, co jest wartością rynkową. Pomimo braku obowiązku zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp bez wskazania, jakie okoliczności zdecydowały o tym wezwaniu. Złożone wyjaśnienia potwierdziły, że cena ma znamion rażąco niskiej; zostały uzupełnione o odpowiednie dowody. Wskazał na brak dowodów ze strony odwołującego, że wymienione w odwołaniu koszty nie mogą być niższe, niż w kalkulacji odwołującego. Stwierdził, że

---

odwołujący nawet nie uprawdopodobnił nierynkowego charakteru ceny przystępującego. Zamawiający ocenił wyjaśnienia jako wiarygodne.

W toku rozprawy strony i uczestnik przedstawili stanowiska do protokołu.

Odwołujący w zakresie 1 zarzutu dotyczącego przesłanek wykluczenia Przystępującego z postępowania wskazał, że przedstawione w odwołaniu dowody odnoszące się do zawartych przez członków konsorcjum Przystępującego umów były oceniane w postępowaniu odwoławczym w sprawie KIO 101/16 jako wiarygodne. Stwierdził, że Przystępujący nie wykonywał zawartych umów. Umowy te były wypowiadane przez Zamawiających, którzy również obciążali wykonawcę karami umownymi.
W zakresie zarzutu 2 wskazał na wymóg jawności postępowania i brak podstaw do utajnienia informacji zawartych w wyjaśnieniach Przystępującego dotyczących wysokości zaoferowanej ceny. Przypomniał, że wymóg zatrudniania osób wykonujących zamówienie w niniejszym postępowaniu na podstawie stosunku pracy wynika z treści wzoru umowy. Na potwierdzenie prawidłowości i realności dokonanych wyliczeń własnych złożył, zastrzegając tajemnicę informacji zawartych, 2 dokumenty, z których jeden stanowi wydruk z systemu księgowego z wyliczeniem kosztów za styczeń 2016 r. u Zamawiającego, drugi zaś stanowi ofertę cenową na zakup mopów oraz faktura dotycząca usługi alpinistycznego mycia okien. Zauważył, że w SIWZ wskazano wymogi dotyczące obsady pracowniczej w określonych miejscach i czasie i z wymogów tych wynika niezbędna liczba pracowników, tj. taka, jaka została przyjęta w treści odwołania. Podkreślił, że odmówiono mu udostępnienia utajnionych wyjaśnień Przystępującego dotyczących zaoferowanej ceny. Zauważył, że Zamawiający, prowadząc postępowanie, ma możliwość badania prawdziwości składanych oświadczeń i ich oceny, także po wniesieniu odwołania w postępowaniu. Stwierdził, że w każdym z trzech przypadków wskazanych Zamawiający odstępowali od umowy i obciążali Odwołującego karami umownymi. Zauważył, że Przystępujący wyjaśniał 18 lutego 2016 r. szpitalowi w Bartoszycach, że uiścił należne kary umowne, a tym samym naprawił szkodę, natomiast pozostaje w sporach o zapłatę kar umownych, co wykazał w toku rozprawy. W ocenie Odwołującego przedstawione 3 przypadki umów wskazują na zaistnienie przesłanki z art. 24 ust. 2a ustawy.
Odnośnie zaoferowanej ceny stwierdził dodatkowo, iż wobec faktu przewidywanego przejęcia pracowników wykonujących usługę liczba osób niepełnosprawnych zatrudnionych u Przystępującego nie ma bezpośredniego związku z realizacją przedmiotu zamówienia, w tym z kalkulowaniem kosztów.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził że w toku badania i ceny ofert, a także w dacie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, nie dysponował jakimikolwiek informacjami o podstawach wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy. W odróżnieniu od sprawy odwoławczej o sygn. KIO 101/16, Zamawiający

nie otrzymał z żadnego źródła informacji, które wymagałyby sprawdzenia wykonawców w zakresie zaistnienia przesłanek z art. 24 ust. 2a. Przystępujący wraz z ofertą złożył oświadczenie o niepodleganiu wykluczenia i złożył 3 dokumenty potwierdzające należyte wykonanie umów referencyjnych na rzecz innych Zamawiających. Złożone przez Odwołującego w niniejszym postępowaniu odwoławczym dokumenty nie mogą być uznane za wystarczające do przyjęcia winy lub rżącego niedbalstwa, o którym mowa powołany przepisie ustawy. Wskazał, że oceniając oferty zażądał od Przystępującego wyjaśnień co do wysokości zaoferowanej ceny. Wyjaśnienia takie otrzymał i uznał za wystarczające. Uznał również za zasadne zastrzeżenie tajemnicy informacji w nich zawartych. Zauważył, że cena zaoferowana przez Przystępującego była niższa od średniej ceny wszystkich zaoferowanych o 25%, a od wartości inwestorskiej o 26%. Wyjaśniła, że w treści SIWZ nie określono wymaganej liczby zatrudnionych pracowników, liczbę taką wykonawcy określali samodzielnie, uwzględniając sprecyzowany w SIWZ zakres wymagań. W zał. nr 2 określono harmonogram działań. Potwierdził, że uznał za uzasadnione utajnienie zał. nr 1 i 2 do wyjaśnień Przystępującego złożonych w zakresie ceny.
Z okoliczności faktycznych przedstawionych na rozprawie wywodzi, iż zasadne jest stanowisko Przystępującego, co jednocześnie uzasadnia wniosek o oddalenie odwołania. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że umowy z pkt 4 i 5 uzasadnienia odwołania nie mogą być brane pod uwagę z uwagi na upływ ustawowego terminu, tj. 3 lat przed wszczęciem postępowania. Co do pozostałych wskazał, co następuje.
Odnośnie szpitala Wolskiego przedstawił okoliczności opisane w złożonym piśmie i szłożył kopię pozwu z załącznikami, w których to dokumentach opisano szerzej okoliczności sporu z Zamawiającym. Stwierdził, iż te informacje nie potwierdzają zaistnienia przesłanki z art. 24 ust. 2a ustawy. Ponownie zauważył, że wykonawca odstąpił od umowy 16 września, natomiast Zamawiający złożył oświadczenie o wypowiedzeniu umowy dnia 22 września. Stwierdził, że podstawą odstąpienia od umowy z Zamawiającym był brak współdziałania polegający nie nieudostępnieniu obiektów i brak utrzymania terenów zewnętrznych, na których były prowadzone prace budowlane.
Odnośnie XI WOG w Bydgoszczy złożył SIWZ na okoliczność zakresu wymaganych prac, liczby budynków, skali obiektów do obsługi. Podkreślił relacje stwierdzonych uchybień do wielkości prac. Zauważył, że Zamawiający określał uchybienia jako niedociągnięcia. Złożył

kopię wniosku o zabezpieczenie roszczenia i zauważył, że wobec Zamawiającego złożył pozew o zwrot potrąconych kar umownych, w tym przedstawił okoliczności faktyczne sporu.
Odnośnie szpitala w Bełchatowie wskazał na okoliczności zawarcia umowy z wolnej ręki i konieczność przejęcia obiektu do obsługi z dnia na dzień. SZłożył kopię poświadczenia z 10 czerwca o należytym wykonaniu usługi oraz protokołu zdawczo-odbiorczego z lipca 2015 r. Neguje fakt obciążenia go przez Zamawiającego karami umownymi, a swoje stanowisko przedstawił w piśmie oraz uzasadnieniu pozwu o zapłatę.
Stwierdził, że w wyniku wykonania wyroku KIO 101/16 po złożeniu przez wykonawcę wyjaśnień Zamawiającemu, wykonawca ten został ponownie wybrany. Złożył do akt treść tych wyjaśnień złożonych Zamawiającemu (szpital w Bartoszycach) z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa. W konsekwencji stanowiska uznał, iż również zarzut złożenia nieprawdziwych informacji jest niezasadny.
Wskazał, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w treści wyjaśnień złożonych Zamawiającemu na okoliczność zaoferowanej ceny przedstawił w części 1 tych wyjaśnień. Stwierdził, że wyjaśnienia zawierają wszystkie elementy kosztotwórcze. W zakresie kosztów pracowniczych stwierdził, że założenie Odwołującego o minimalnej liczbie 160 pracowników jest nieudowodnione. Również założenie dotyczące liczby osób niepełnosprawnych zostało przyjęte inaczej u Odwołującego i odmiennie u Przystępującego. SZłożył, jako tajemnicę przedsiębiorstwa, dokument wskazujący na liczbę osób niepełnosprawnych w stosunku do liczby zatrudnionych u poszczególnych członków konsorcjum. Stwierdził, że również pozostałe, poza osobowymi, koszty, tj. materiałowe i sprzętowe, są odmienne, niż przyjęte przez Odwołującego, co wynika także z treści złożonych wyjaśnień. Wskazał na różnicę ceny mopa wskazanej w wyjaśnieniach w stosunku do prezentowanej przez Odwołującego. Ponadto złożył do akt kopię oferty na mycie alpinistyczne. W podsumowaniu stwierdził, że kalkulacja ceny została dokonana odmiennie, niż uczynił to Odwołujący. Zauważył, że w skalkulowanych kosztach, koszty pozaosobowe w jego ofercie są wyższe, niż przyjęte przez Odwołującego. Ponownie

stwierdził, że sam fakt uiszczenia kar umownych nie oznacza uchybień obowiązków zawodowych. Stwierdził, że pewne uchybienia w wykonywaniu podobnych usług popełnia wiele podmiotów, w tym Odwołujący. Wskazał na pismo skierowane do Zamawiającego z 1 marca br. Przypomniał okoliczności realizacji omawianych umów podkreślając obowiązek współdziałania stron, tj. Zamawiających i wykonawcy. Stwierdził, że przy realizacji niniejszego zamówienia nie przewiduje się przejęcia pracowników wykonujących konkretne czynności.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie, wzięciu pod uwagę stanowisk stron i uczestnika przedstawionych na piśmie i do protokołu wraz z przedstawionymi dowodami, uwzględniając także dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treść oferty przystępującego w zakresie objętym zarzutami odwołania zważyła, co następuje.

Oceniając zarzut zaoferowania przez przystępującego ceny ofertowej będącej rażąco niską, co winno skutkować odrzuceniem tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp, skład orzekający uznaje zarzut za niezasadny i nieudowodniony. Wskazać należy, że cena zaoferowana przez Przystępującego była niższa od średniej ceny wszystkich zaoferowanych o 25%, a od wartości inwestorskiej o 26%. Również porównanie wysokości ceny oferty wybranej do ceny kolejnej w rankingu wskazuje na różnicę ok. 10%, co może uzasadniać wniosek o rynkowym charakterze kwestionowanej ceny. W toku badania ofert, wobec wątpliwości zamawiającego przeprowadzona została procedura wyjaśnienia wysokości ceny zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy pzp, w ramach której zamawiający otrzymał od wykonawcy wyjaśnienia zawierające kalkulację kosztów wykonywania usługi z uwzględnienie kosztów osobowych, sprzętowych, materiałowych i pozostałych z ceną wynikową w wysokości zgodnej ze wskazaną w ofercie. W wyjaśnieniach przedstawione zostały dowody wskazujące na realność cen składników rzeczowych. Jednocześnie wyjaśnienia zostały opatrzone zastrzeżeniem, że informacje w nich zawarte stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Skład orzekający uznaje, że zamawiający w wyniku analizy wyjaśnień poprawnie ocenił cenę ofertową jako nie noszącą znamion rażąco niskiej. Odnośnie zarzutu nieuprawnionego utajnienia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, złożonych zamawiającemu Izba zauważa, że jakkolwiek informacje o niektórych składnikach cenotwórczych nie powinny być co do zasady zastrzegane jako tajemnica przedsiębiorstwa, nakazanie ich udostępnienia pozostawałoby bez wpływu na wynik dokonanej oceny zarzutu wobec wysokości ceny. W okolicznościach sprawy rozpatrywanej nie bez znaczenia wydaje się także potrzeba zachowania swoistej symetrii procesowej przy dopuszczaniu dowodów przedstawianych przez obydwie strony, które zarówno odwołujący jak i przystępujący zastrzegli jako utajnione.
Odnośnie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 a ustawy pzp przez zaniechanie zastosowania tego przepisu wobec 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 wykluczenia tego konsorcjum z postępowania, Izba zważyła, co następuje.

Zgodnie z art. 24 ust. 2a ustawy pzp zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który w okresie 3 lat przed wszczęciem

postępowania, w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności, gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych, jeżeli zamawiający przewidział taką możliwość wykluczenia wykonawcy w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji. Niesporne jest, że zarówno w ogłoszeniu, jak i siwz zamawiający potwierdził, że będzie stosował wskazaną wyżej przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania.

W tym miejscu należy przypomnieć, że podstawy wykluczenia wykonawcy z

postępowania określone w przepisach prawa obowiązują w toku całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zdefiniowanego, co do ram czasowych, w art. 2 ust. 7a ustawy pzp, czyli do momentu zawarcia umowy.

W trakcie rozprawy zamawiający wiarygodnie wyjaśnił, że w czasie badania i oceny ofert nie dysponował żadnymi informacjami, iż którykolwiek wykonawca poważnie naruszył obowiązki zawodowe w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania. Z tą wiedzą i świadomością dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej. Taka okoliczność faktyczna jest zrozumiała i naturalna, co nie zmienia jednak faktu obowiązywania wyżej wskazanych przesłanek prawnych sposobu oceny spełniania warunków podmiotowych. Doświadczenie życiowe wskazuje, że niemal wyłącznie wiedza w jest zakresie zawinionego poważnego naruszenia obowiązków zawodowych konkurencyjnych wykonawców, którzy pozyskiwana przez zamawiających od przekazują zamawiającemu takie informacje w celu uzyskania własnej korzystniejszej pozycji w postępowaniu.

Zważywszy na określone w cytowanym przepisie granice czasowe Izba zauważa, że ewentualna ocena zaistnienia przesłanek zastosowania przepisu może dotyczyć trzech spośród pięciu wymienionych w odwołaniu kontraktów tj. zamówień wykonywanych przez przystępującego lub wykonawców wchodzących obecnie w skład konsorcjum przystępującego. Są to:
1/ Umowa nr 13/ZP/2015 z dnia 26 stycznia 2015 roku na świadczenie kompleksowej usługi sprzątania i transportu wewnątrzszpitalnego wykonywana m.in. przez DGP Clean Partner sp. z .o.o.. Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC sp. z o.o. oraz SEBAN sp. z o.o. na rzecz Szpitala Wolskiego im. dr Anny Gostyńskiej SPZOZ w Warszawie,
2/ Umowa nr 46/2013-2017/11 WPG z dnia 3 grudnia 2013 roku na kompleksowe

utrzymanie czystości w kompleksach wojskowych wykonywana m.in. przez DGP Clean Partner sp. z .o.o.. i Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC sp. z o.o. na rzecz 11 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Bydgoszczy i
3/ Umowa nr GZP/2801/82/2014 z dnia 16 kwietnia 2014 roku na usługę kompleksowego utrzymania czystości, w tym obsługę pomieszczeń kuchenek oddziałowych, obrót bielizna oraz czynności pomocnicze przy pacjencie wykonywana m.in. przez DGP Clean Partner sp. z .o.o.. i Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC SP . z o.o. na rzecz Szpitala Wojewódzkiego im. Jana Pawła II w Bełchatowie.

W zakresie pierwszej z wyżej wskazanych umów, gdzie zamawiającym był Szpital Wolski w Warszawie Izba uznała za udowodnione, iż nienależyte wykonanie umowy polegało na nieprawidłowym, niepełnym, sprzecznym z opisem przedmiotu zamówienia wskazanym w SIWZ wymiarze świadczonej pracy, przeznaczeniu do wykonania umowy mniejszej ilości niż wymagany w SIWZ sprzętu. Przystępujący nie kwestionował tej okoliczności. W toku realizacji umowy wykonawca był wzywany przez zamawiającego do natychmiastowego zaprzestania naruszania warunków umowy. W wezwaniu z 11.03.2015 roku zamawiający stwierdził "wadliwa *realizacja umowy ma bezpośredni wpływ na podstawową działalność szpitala, tj.* świadczenie *usług medycznych i naraża zamawiającego na wymierne straty finansowe".* Z załączonego przez zamawiającego do wezwania wykazu sprzętu, sporządzonego w wyniku kontroli, wynika, że wykonawca nie dostarczył wymaganej ilości sprzętu i wykonywał usługę w sposób niezgody z umową bez wymaganego wyposażenia. Ograniczenie ilości sprzętu było sprzeczne z zawarta umową, a także złożoną ofertą. Fakt nie dostarczenia wymaganego sprzętu i wykonywanie przy pomocy niewystarczającej ilości środków samo w sobie wskazuje na umyślność działania tego wykonawcy, trudno bowiem uznać, że taka sytuacja spowodowana była jedynie rażącym niedbalstwem. Treść korespondencji zamawiającego wskazuje na niejednokrotne naruszenia warunków umowy, co potwierdzały wyniki kontroli z 2 i 3 czerwca 2015 r., 18 czerwca 2015 r.

Z korespondencji zamawiającego kierowanej do wykonawcy wynika, że wykonawca ten realizował usługę w sposób nienależyty w stopniu rażącym. W wezwaniu z dnia 19.06.2015 roku zamawiający wskazuje np. *podczas kontroli w dniach 2-3.06.2015 roku przedstawiciele Szpitala zobowiązali kierownictwo DGP Clean Partner do szybkiej poprawy wszystkich nieprawidłowości. W dniu 18.06.2015 roku ponownie dokonano przeglądu w trakcie którego stwierdzono nadal m. in. brak umycia okien, brak akryli w salach chorych, brak odkamieniania*

łazienek, brak maszynowego mycia podłóg (..) W związku z powyższym, że umowa jest realizowana w sposób nienależyty, a ilość wykonanych prac po naliczeniu kar przekraczałaby wartość miesięcznej umowy wyznaczam Państwu ostateczny termin do zrealizowania wszystkich zaległych prac oraz bieżących w terminie do dnia 30.06.2015 roku. Na skutek szeregu stwierdzonych przez zamawiającego nieprawidłowości spowodowanych niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy w danym zakresie, wykonawca w ogóle zaprzestał świadczenia umowy podając za przyczynę, że odstępuje od umowy z powodu nierealizowania przez Szpital nieokreślonego świadczenia wzajemnego. W toku postępowania odwoławczego wykonawca wyjaśnił, że podstawowym uchybieniem zamawiającego wskazującym na brak współdziałania przez zamawiającego przy wykonywaniu umowy był fakt niezapewnienia właściwego stanu czystości na zewnątrz obiektów szpitalnych w szczególności w powiązaniu z prowadzonymi na terenie szpitala pracami budowlanymi. Podkreślił, że możliwość należytego wykonania zobowiązań była niweczona przez konkretne przeszkody. Wskazał, że obiekt składa się z 11 pawilonów, budynków magazynowych, znajdujących się na dość niewielkim terenie. W środku trwała wówczas budowa nowego oddziału kardiologii oraz remont pawilonu nr 11. Przeszkody dotyczyły w szczególności braku sprzątania terenu przed szpitalem, na którym realizowane były wówczas prace budowlane.
W ocenie składu orzekającego wskazane przez przystępującego przeszkody jakkolwiek mogące mieć wpływ na utrudnienie w wykonywaniu umowy utrzymania czystości wewnątrz obiektów, nie pozostają w żadnym związku z faktem nie zapewnienia wymaganego wyposażenia obiektów w umówione jednostki sprzętowe i zaniechanie wykonania szeregu rodzajów usług, wyżej wskazanych w obiektach zamawiającego, w tym także tych, które nie pozostawały w bezpośredniej bliskości z terenem budowy. Za rażące naruszenie obowiązków zawodowych Izba uznaje w istocie natychmiastowe pozostawienie miejsca świadczenia usługi, co z uwagi na charakter prac do wykonania i szczególne reżimy obiektów szpitala winno być ocenione jako szczególnie naganne.

Skład orzekający uznaje, że także Umowa z dnia 3 grudnia 2013 roku na kompleksowe utrzymanie czystości w kompleksach wojskowych wykonywana na rzecz 11 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Bydgoszczy była wykonywana w sposób mający znamiona rażącego naruszenia obowiązków zawodowych przez wykonawcę, co skutkowało odstąpieniem od niej przez zamawiającego po uprzednim bezskutecznym wzywaniu do wykonania tych czynności i wyznaczania dodatkowych terminów. Zgodnie z umową i SIWZ wykonawca był zobowiązany m.in. do

wykonywania usługi polimeryzacji podłóg oraz usług czyszczenia (prania lub czyszczenia chemicznego) verticali firan, żaluzji, rolet. Po trzykrotnym przedłużaniu terminu do wykonania prac oraz ustaleniach pisemnych - wykonawca tych prac nie wykonał. Poza tym zamawiający wskazał także inne okoliczności nienależytego wykonywania usługi, co wskazano w szeregu notatek sporządzonych przez zamawiającego. Wykonawca nie wykonywał podstawowych czynności wynikających z przedmiotu umowy, tj. nie. mył podłóg, nie odkurzał, nie mył sanitariatów, pozostawiał pomieszczenia brudne, w sposób jednoznaczny ignorował zobowiązanie umowne.

W odniesieniu do oceny realizacji Umowy nr GZP/2801/82/2014 z dnia 16 kwietnia

2014 roku na usługę kompleksowego utrzymania czystości, w tym obsługi pomieszczeń kuchenek oddziałowych, obrót bielizna oraz czynności pomocnicze przy pacjencie wykonywana m.in. przez DGP Clean Partner sp. z .o.o.. i Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC SP . z o.o. na rzecz Szpitala Wojewódzkiego im. Jana Pawła II w Bełchatowie skład orzekający w wyniku analizy dokumentacji uznaje, że miało miejsce nienależyte jej wykonanie przez wykonawcę polegające m. In. nie dostarczeniu określonych wymaganych elementów materiałowych i sprzętowych. Przypisanie tej okoliczności cechy zawinionego poważnego naruszenia obowiązków przez nienależyte zawodowych, w szczególności wykonanie zamówienia w lub działania rażącego wyniku zamierzonego niedbalstwa rozumianych jako wina kwalifikowana, nie zostało w ocenie Izby udowodnione przez odwołującego. Należy bowiem zauważyć, że zamawiający w toku realizacji umowy sukcesywnie potwierdzał jej wykonanie bez negatywnych uwag, a stanowisko to uległo zmianie po rozwiązaniu umowy.

Mając powyższe na względzie, skład orzekający uznaje, że w dwóch z pięciu powoływanych przez odwołującego umowach, w toku i w wyniku ich realizacji ziściły się przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy pzp. Z uwagi na treść przepisu i możliwość przeprowadzenia przez wykonawcę czynności, które zniweczą skutek faktyczny i prawny w postaci wykluczenia, orzeczono, jak w sentencji.

29

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

Przewodniczący: ……

……

……

30