Sygn. akt: KIO 353/16

WYROK
z dnia 23 marca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff
Członkowie: Klaudia Szczytowska - Maziarz
Justyna Tomkowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **18 marca 2016 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **10 marca 2016 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Konsorcjum firm: 1) Izan+ Sp. z o.o. (Lider), 2) Naprzód Service Sp. z o.o. (Partner), 3) Medassist Sp. z o.o. (Partner), 4) Naprzód Sp. z o.o. (Partner), 5) Yendi Servis Sp. z o.o. (Partner); z adresem dla siedziby lidera: ul.** Żabiniec **46, 31-215 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Powiatowy im. Jana Pawła II w Bartoszycach, ul. Wyszyńskiego 11, 11-200 Bartoszyce**

przy udziale wykonawców **Konsorcjum Firm: 1) DGP Clean Partner Sp. z o.o. (Lider), 2) P.U. GOS-ZEC Sp. z o.o. (Partner), 3) Seban Sp. z o.o. (Partner), 4) DGP Catering Partner Sp. z o.o. (Partner), z adresem dla siedziby lidera: ul. Najświętszej Marii Panny 5e, 59-220 Legnica** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

---

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 29 lutego 2016 r. oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny oferty Przystępującego w ramach której nakazuje Zamawiającemu wykluczenie Przystępującego, czyli wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum Firm: 1) DGP Clean Partner Sp. z o.o. (Lider), 2) P.U. GOS-ZEC Sp. z o.o. (Partner), 3) Seban Sp. z o.o. (Partner), 4) DGP Catering Partner Sp. z o.o. (Partner), z adresem dla siedziby lidera: ul. Najświętszej Marii Panny 5e, 59-220 Legnica na podstawie art. 24 ust. 2a Pzp, w pozostałym zakresie oddala zarzuty odwołania i uznaje żądania **Odwołującego za niezasadne.**

2. kosztami postępowania obciąża **Szpital Powiatowy im. Jana Pawła II w Bartoszycach, ul. Wyszyńskiego 11, 11-200 Bartoszyce** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Konsorcjum firm: 1) Izan+ Sp. z o.o. (Lider), 2) Naprzód Service Sp. z o.o. (Partner), 3) Medassist Sp. z o.o. (Partner), 4) Naprzód Sp. z o.o. (Partner), 5) Yendi Servis Sp. z o.o. (Partner); z adresem dla siedziby lidera: ul.** Żabiniec **46, 31-215 Kraków** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od **Szpitala Powiatowego im. Jana Pawła II w Bartoszycach, ul. Wyszyńskiego 11, 11-200 Bartoszyce** na rzecz **Konsorcjum firm: 1) Izan+ Sp. z o.o. (Lider), 2) Naprzód Service Sp. z o.o. (Partner), 3) Medassist Sp. z o.o. (Partner), 4) Naprzód Sp. z o.o. (Partner), 5) Yendi Servis Sp. z o.o. (Partner); z adresem dla siedziby lidera: ul.** Żabiniec **46, 31-215 Kraków** kwotę w wysokości **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Olsztynie.**

Przewodniczący:

……

Członkowie:

……

……

Sygn. akt KIO 353/16

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: *„Usługę* żywienia *i sprzątania",* zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2015/S 226-411719 z 21.11.2015 r., przez Szpital Powiatowy im. Jana Pawła II, ul. Kardynała Stefana Wyszyńskiego 11, 11-200 Bartoszyce zwaną dalej: *„Zamawiającym".*

W dniu 29.02.2016 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Konsorcjum Firm: 1) DGP Clean Partner Sp. z o.o. (Lider), 2) P.U. GOS-ZEC Sp. z o.o. (Partner), 3) Seban Sp. z o.o. (Partner), 4) DGP Catering Partner Sp. z o.o. (Partner), z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Najświętszej Marii Panny 5e, 59-220 Legnica zwane dalej: *„Konsorcjum DGP"* albo *„Przystępującym".* Drugą pozycje w rankingu złożonych ofert zajęło - Konsorcjum firm: 1) Izan+ Sp. z o.o. (Lider), 2) Naprzód Service Sp. z o.o. (Partner), 3) Medassist Sp. z o.o. (Partner), 4) Naprzód Sp. z o.o. (Partner), 5) Yendi Servis Sp. z o.o. (Partner); z adresem dla siedziby lidera: ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków zwane dalej: *„Konsorcjum Izan+Naprzód"* albo *„Odwołującym"*

W dniu 10.03.2016 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za skrzynki podawczej) pośrednictwem elektronicznej Konsorcjum Izan+Naprzód wniosło odwołanie na w/w czynność z 29.02.2016 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 10.03.2016 r. (e-mailem).

Stwierdził, że wnosi odwołanie wobec czynności Zamawiającego:
1. nieprawidłowej oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej Wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum DGP,
2. zaniechania wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum DGP na podstawie art. 24 ust. 2a ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: *„Pzp",* pomimo iż wykonawcy podlegają wykluczeniu na podstawie tego przepisu, albowiem wykonawcy w sposób zawiniony poważnie naruszyli obowiązki zawodowe, co Zamawiający udowodnił, a Wykonawcy nie udowodnili, że podjęli konkretne

---

środki techniczne, organizacyjne i kadrowe mające zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawili szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych albo zobowiązali się do ich naprawienia;
3. zaniechania odtajnienia wszystkich dokumentów załączonych do wyjaśnień wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum DGP z 18.02.2016 r.

Zarzucił Zamawiającemu naruszenie:
1. art. 24 ust. 2a Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum DGP, w sytuacji gdy wykonawcy podlegają wykluczeniu na podstawie tego przepisu, ponieważ wielokrotnie dopuścili się poważnego

naruszenia swoich obowiązków zawodowych z własnej winy lub na skutek rażącego niedbalstwa, co zostało potwierdzone wyrokiem KIO z 10.02.2016 r., sygn. akt: KIO 101/16, a nie udowodnili podjęcia konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz że naprawili szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązali się do ich naprawienia;
2. art. 8 ust. 3 Pzp poprzez utajnienie części dokumentów załączonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum DGP do wyjaśnień z 18.02.2016 r., które to dokumenty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa oraz potwierdzają spełnienie przez wykonawców przesłanki negatywnej udziału w postępowaniu, tj. podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawienie szkód powstałych w wyniku poważnego naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązanie się do ich naprawienia;
3. 7 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez nieuwzględnienie faktu, iż wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum DGP podlegają wykluczeniu z postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2a Pzp oraz poprzez utajnienie części dokumentów załączonych przez wykonawców do wyjaśnień z 18.02.2016 r., co uniemożliwia Odwołującemu ustosunkowanie się do wyjaśnień wykonawców i obrony swojego stanowiska, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, tj. konsorcjum DGP powinni podlegać wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2a Pzp.

Żądał nakazania Zamawiającemu:
1. odtajnienie następujących dokumentów złożonych przez Konsorcjum DGP:
1) umowy z pracownikami wyższego szczebla, 2) zarządzenie nr 15/2014 w sprawie wprowadzenia zasad podjęcia środków technicznych, kadrowych i organizacyjnych, 3) standardy w zakresie świadczenia usług, 4) kopia ustaleń z audytu, 5) zestawienie zakupu sprzętu w 2015 r. z kopiami faktur sprzedażowych i zakupowych, 6) zestawienie faktur za

zakup środków w 2014 i 2015 r., 7) kopie umowy na dostawę środków chemicznych, artykułów higienicznych oraz sprzętu z aneksami, 8) kopia umowy z dodatkowym dostawcą, 9) zarządzenie Nr 12/2015 w sprawie systemu motywacyjnego, 10) umowa o pracę dla nowego technologa wraz z zakresem obowiązków, 11) zarządzenia z lat 2013, 2014, 2015 w sprawie organizacji szkoleń z planami szkoleń.
2. unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum DGP na podstawie art. 24 ust. 2a Pzp.,
4. dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert ważnych.
Wnosił o przeprowadzenie dowodu z dokumentów wskazanych w uzasadnieniu odwołania na okoliczność ich treści. Wnoszę o dołączenie do niniejszej sprawy akt sprawy toczącej się przed KIO 101/16 i przeprowadzenie dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach tej sprawy na okoliczność ich treści.

Wyrokiem z 10.02.2016 r., sygn. akt: KIO 101/16 nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i ponowienie czynności badania i oceny ofert, mając na uwadze, że zachodzą przesłanki wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum DGP na podstawie art. 24 ust. 2a Pzp. Tym samym KIO stwierdziła poważne naruszenie obowiązków zawodowych przez Konsorcjum DGP. Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz pismem z 17.02.2016 r. wezwał Konsorcjum DGP do udowodnienia, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia. Pismem z dnia 18 lutego 2016 roku Konsorcjum DGP złożyli wyjaśnienia wraz z dowodami, zastrzegając jednocześnie pismo wraz z załącznikami jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający utajnił następujące dowody mające potwierdzać podjęte przez Konsorcjum DGP konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawienie szkód powstałych w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązanie się do ich naprawienia:

1) umowy z pracownikami wyższego szczebla, 2) zarządzenie nr 15/2014 w sprawie wprowadzenia zasad podjęcia środków technicznych, kadrowych i organizacyjnych, 3) standardy w zakresie świadczenia usług, 4) kopia ustaleń z audytu, 5) zestawienie zakupu sprzętu w 2015 r. z kopiami faktur sprzedażowych i zakupowych, 6) zestawienie faktur za zakup środków w 2014 i 2015 r., 7) kopie umowy na dostawę środków chemicznych, artykułów higienicznych oraz sprzętu z aneksami, 8) kopia umowy z dodatkowym dostawcą, 9) zarządzenie Nr 12/2015 w sprawie systemu motywacyjnego, 10) umowa o pracę dla

nowego technologa wraz z zakresem obowiązków, 11) zarządzenia z lat 2013, 2014, 2015 w sprawie organizacji szkoleń z planami szkoleń.

I. UTAJNIENIE WYJAŚNIEŃ KONSORCJUM DGP

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 8 ust. 3 Pzp poprzez utajnienie większości złożonych przez Konsorcjum DGP dowodów potwierdzających podjęte przez Konsorcjum DGP konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawienie szkód powstałych w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązanie się do ich naprawienia. Złożone dokumenty mają potwierdzać spełnienie przez Konsorcjum DGP przesłanek ekskulpacyjnych określonych w art. 24 ust. 2a zd. 2 Pzp, a więc spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Dokumenty złożone przez Konsorcjum DGP wraz z wyjaśnieniami z dnia 18 lutego 2016 roku nie powinny podlegać utajnieniu. Zgodnie z art. 8 ust. 1 Pzp zasadą jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Możliwość zastrzeżenia niektórych informacji czy dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa musi być zatem stosowana w sposób ostrożny. Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego winien każdorazowo badać, czy oświadczenia wykonawców, że dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, rzeczywiście zawierają informacje podlegające ochronie. Badanie to powinno polegać na wszechstronnej analizie, po pierwsze - treści zawartych w tych dokumentach, po drugie - okoliczności towarzyszących zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa. Niedopuszczalne jest zastrzeganie informacji jako niejawnych wyłącznie w celu uniknięcia możliwości weryfikacji ich przez innych wykonawców.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej dominuje pogląd, że należy odtajnić informacje będące podstawą do oceny spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu (tak też KIO w wyroku z dnia 6 grudnia 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 2493/10; KIO/UZP 2494/10; KIO/UZP 2496/10). To samo powinno dotyczyć przesłanek wykluczenia z postępowania. Nadużywanie instytucji utajniania dokumentów prowadzi bowiem, do pozbawiania innych uczestników postępowania środków ochrony prawnej. Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle. Wskazać w tym miejscu należy, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczający w reżim oparty na zasadzie jawności, powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zakresem tajemnicy przedsiębiorstwa nie mogą być objęte informacje powszechnie znane lub takie, o których treści każdy zainteresowany może się legalnie dowiedzieć (tak też Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 5 września 2001 r., sygn. akt I CKN 1159/2000). Tym samym nie powinny podlegać utajnieniu dokumenty związane z wynikami finansowymi Konsorcjum DGP, jako że wynik finansowy spółek kapitałowych i tak podlega publikacji w Monitorze Sądowym i Gospodarczym. Informacje dotyczące wyników finansowych są jawne. Zasada ochrony informacji poufnych i tajemnic handlowych musi być tak stosowana, by dało się ją pogodzić z wymogami skutecznej ochrony prawnej i poszanowaniem prawa do obrony stron sporu (tak też Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 14 lutego 2008 r., w sprawie C-450/06). Organ powołany do rozpoznania odwołania od decyzji krajowego organu regulacyjnego zgodnie z art. 4 dyrektywy ramowej powinien dysponować wszelkimi

informacjami wymaganymi do tego, by z pełną znajomością rzeczy orzekać w przedmiocie zasadności takiego odwołania, w tym informacjami poufnymi. Niemniej jednak ochrona takich informacji i tajemnic handlowych musi być zagwarantowana i tak dostosowana, by dało się ją pogodzić z wymogami skutecznej ochrony prawnej i poszanowaniem prawa do obrony stron sporu (tak też Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 14 lutego 2008 r., w sprawie CM38/04). Konsekwencją przystąpienia do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest konieczność respektowania zasady jawności postępowania. Skoro Konsorcjum DGP nie chcieli ujawnienia informacji związanych z podjęciem przez nich konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawieniem szkód powstałych w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązaniem się do ich naprawienia - nie powinni brać udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.
II. PODJĘCIE ŚRODKÓW NAPRAWCZYCH Odwołujący wskazuje, że przedstawione przez Konsorcjum DGP wyjaśnienia wraz z dowodami nie mogą być uznane za wystarczające do uznania, że Konsorcjum DGP wykazali istnienie przesłanek ekskulpacyjnych, o których mowa w art. 24 ust. 2a zd. 2 Pzp. Fakt dopuszczenia się przez Konsorcjum DGP poważnego naruszenia obowiązków zawodowych został stwierdzony w wyroku KIO z 10.02.2016 r., sygn. akt: KIO 101/16.
Na potwierdzenie Odwołujący przedstawia wraz z odwołaniem:
- wyrok KIO z 10.02.2016 r., sygn. akt: KIO 101/16.
Przepis art. 24 ust. 2a Pzp przewiduje możliwość *„samooczyszczenia się”* wykonawcy, poprzez spełnienie dwóch kumulatywnych przesłanek:
1. Wykonawca udowodnił, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości.

2. Wykonawca naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia. Wyjaśnienia Konsorcjum DGP nie dowodzą spełnienia przez nich przesłanki podjęcia konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości. W udzielonych wyjaśnieniach Konsorcjum DGP powołali się na zarządzenia wewnętrzne nr 15/2014 z 18 października 2014 r. wprowadzone przez Prezesa Zarządu DGP Clean Partner sp. z o.o. Zarządzenie to *„określa* środki *techniczne, kadrowe i organizacyjne, niezbędne do zapobieżenia poważnym naruszeniom obowiązków zawodowych w przyszłości”.* zarządzenia nie jest Wprowadzenie wewnętrznego wystarczające do wykazania podjęcia konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości. Zarządzenie wyraża jedynie stawiane przez Zarząd Spółki cele do zrealizowania, ale nie potwierdza ich realizacji. O tym, że wprowadzone zarządzenie nie wywołało zamierzonych skutków świadczy fakt, że podczas realizacji usług na rzecz Szpitala Wolskiego im. dr Anny Gostyńskiej w Warszawie oraz Powiatu Świebodzińskiego oraz WOG w Bydgoszczy Konsorcjum DGP dopuścili się poważnego naruszenia obowiązków zawodowych. Zarządzenie nr 15/2014 z 18 października 2014 roku (o ile jest w ogóle reakcją na naruszenia rzeczywistym zarządzeniem, które weszło w życie) nie jest obowiązków zawodowych z roku 2015. Naruszenia obowiązków zawodowych wobec Szpitala Wolskiego im. dr Anny Gostyńskiej w Warszawie, Powiatu Świebodzińskiego oraz WOG w Bydgoszczy miały charakter następczy w stosunku do tego zarządzenia, a zatem, co oczywiste, zarządzenie to nie mogło wprowadzać środków naprawczych wobec tych naruszeń.
Na potwierdzenie Odwołujący przedstawia wraz z odwołaniem:
- umowę nr 13/ZP/2015 z dnia 26.01.2015 roku, - wezwanie z dnia 11.03.2015 roku z załącznikami. - protokół z kontroli i wezwanie z dnia 19.06.2015 roku, - przykładowe noty księgowe z dnia 15.07.2015 i 13.08.2015 roku, - wezwanie z 17.09.2015 roku, - wypowiedzenie umowy z dnia 22.09.2015 roku, - umowa nr PEZ.273.1.2015.BN z dnia 20 marca 2015 roku, - umowa konsorcjalna nr SH/275/15 z dnia 16 lutego 2015 roku, - nota księgowa nr 3 z dnia 1 lipca 2015 roku, - pismo Powiatu z dnia 3 lutego 2016 roku, - umowa z WOG w Bydgoszczy z dnia 14 kwietnia 2014 roku, - wykaz notatek służbowych maj 2015

roku z kontroli wraz z tymi notatkami służbowymi.

Podkreślił, że przyjęcie przez Konsorcjum DGP minimalnych standardów w zakresie świadczenia usług porządkowych i kontroli ich jakości nie rozwiązuje problemu poważnego naruszania obowiązków zawodowych. Wdrożenie minimalnych standardów usług jest środkiem nieadekwatnym w stosunku do problemu poważnego naruszania obowiązków zawodowych, skoro obowiązki te wyznaczane są postanowieniami poszczególnych umów.

Każdy zamawiający ma inne potrzeby, a co za tym idzie inaczej określa obowiązki wykonawcy zamówienia publicznego. Z uwagi na odmienną specyfikę poszczególnych zamawiających, nie istnieje możliwość standaryzacji usług. Wdrożenie przez Konsorcjum DGP minimalnych standardów oznacza wyrównywanie poziomu jakości świadczonych usług „w dół". Wykonawca winien zaś organizować własną działalność tak, aby odmienne potrzeby różnych zamawiających były zaspokajane zgodnie z ich oczekiwaniami. Zamawiający oceniając przedstawione przez Konsorcjum DGP środki naprawcze, w tym aneks do zarządzenia nr 15/2014, winien zważyć, czy minimalne standardy usług wystarczają do spełnienia wymagań, które postawił Wykonawcom. Ponadto winien ocenić, czy przewidziane środki zaradcze są wystarczająco konkretne (nie ogólne) i stanowią rzeczywistą reakcję na poważne naruszenia obowiązków zawodowych, których Konsorcjum DGP się dopuścili (a zatem nie są abstrakcyjne - ale stanowią odpowiedź na konkretne zaistniałe naruszenia). Nie sposób również zgodzić się z Członkami Konsorcjum, że przypadki poważnego naruszania obowiązków zawodowych, których się dopuścili, były wyłącznie wynikiem sprawowania niedostatecznej kontroli nad personelem szeregowym. W przypadku usługi realizowanej na rzecz Powiatu Świebodzińskiego, poważne naruszenie obowiązków zawodowych polegało na bezprawnym, nieprzewidzianym postanowieniami umowy zaniechaniu podjęcia realizacji usługi. Umowa z Powiatem Świebodzińskim winna być realizowana przez: DGP Clean Partner sp. z o.o., DGP Dozorbud Grupa Polska sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC sp. z o.o. Każdy z tych wykonawców w umowie konsorcjum z dnia 16 lutego 2015 roku oświadczył, że jest przygotowany organizacyjnie, ekonomicznie do świadczenia usług i każdy posiada niezbędne kadry wykonawcze oraz sprzęt i urządzenia - a następnie żaden z tych wykonawców nie przystąpił do wykonywania umowy. Jednocześnie, zgodnie z art. 141 Pzp, każdy z w/w wykonawców miał obowiązek podjąć wykonywanie zamówienia (solidarna odpowiedzialność wykonawców za wykonanie zamówienia).
Na potwierdzenie Odwołujący przedstawia wraz z odwołaniem:
- umowa nr PEZ.273.1.2015.BN z dnia 20 marca 2015 roku, - umowa konsorcjalna nr SH/275/15 z dnia 16 lutego 2015 roku, - nota księgowa nr 3 z dnia 1 lipca 2015 roku, - pismo Powiatu z dnia 3 lutego 2016 roku.

Nie przystępując do realizacji usługi każdy z tych wykonawców dopuścił się poważnego naruszenia obowiązków zawodowych. Za powyższe poważne naruszenie obowiązków zawodowych nie odpowiadali pracownicy szeregowi, ani nawet pracownicy nadzoru. Nieprzystąpienie do realizacji usługi, pomimo zawarcia umowy, było wynikiem decyzji Zarządów Konsorcjum DGP . Konsorcjum DGP nie wykazali w żaden sposób, aby podjęli środki organizacyjne zmierzające do zapobieżenia podobnemu zdarzeniu w przyszłości (zmiana składu zarządów poszczególnych spółek, które to zarządy podjęły

---

decyzję o niewykonywaniu kontraktu). Za gołosłowne oraz niewystarczające należy uznać również inne wyjaśnienia Konsorcjum DGP, np. w zakresie zakończenia współpracy z osobami, które odpowiadały za należytą realizację usług, przy realizacji których Konsorcjum DGP dopuścili się poważnego naruszenia obowiązków zawodowych. Konsorcjum DGP nie złożyli żadnych dowodów na potwierdzenie rozwiązania umowy o pracę z konkretnymi osobami oraz zakresu obowiązków tych osób. Konsorcjum DGP przedłożyli zarządzenia Prezesa Zarządu DGP Clean Partner sp. z o.o. z lat 2013, 2014 i 2015 w sprawie szkoleń wraz z załączonymi harmonogramami. Pomimo rzekomych szkoleń w latach 2013 -2015 doszło do poważnego naruszenia obowiązków zawodowych przy realizacji usługi na rzecz: Szpitala Wolskiego im. dr Anny Gostyńskiej w Warszawie, 11 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Bydgoszczy, Szpitala Wojewódzkiego im. Jana Pawła II w Bełchatowie czy Powiatu Świebodzińskiego.
Na potwierdzenie Odwołujący przedstawia wraz z odwołaniem:

- umowę nr 13/ZP/2015 z dnia 26.01.2015 roku, - wezwanie z dnia 11.03.2015 roku z załącznikami. - protokół z kontroli i wezwanie z dnia 19.06.2015 roku, - przykładowe noty księgowe z dnia 15.07.2015 i 13.08.2015 roku, - wezwanie z 17.09.2015 roku, - wypowiedzenie umowy z dnia 22.09.2015 roku, - umowę nr 46/2013-2017/11WOG z dnia 03.12.2015 roku, - oświadczenie z dnia 29.04.2015 roku o odstąpieniu zamawiającego od umowy, - notatki służbowe - 6 sztuk, - wezwanie do zapłaty kary umownej 297.082,17 złotych, - umowę nr 114/2014-2017/11WOG z dnia 14 kwietnia 2014 roku - przykładowe notatki, - wezwanie do wykonania obowiązków umowy z dnia 08.05.2015 r. - odstąpienie od umowy z dnia 18.05.2015 - wezwanie do zapłaty z dnia 27.05.2015 r.- pismo Zamawiającego z dnia 3.02.2016 r. w przedmiocie udzielenia informacji publicznej wraz z załącznikami (Opinia Radcy Prawnego z dnia 11.01.2016 r., ostateczne przedsądowe wezwanie do zapłaty wraz z propozycją pozasądowego rozwiązania sporu z dnia 5.01.2016 r., ostateczne przedsądowe wezwanie do zapłaty z dnia 4.12.2016 r., postanowienie Prokuratorii Generalnej Skarbu Państwa z dnia 7 października 2015 r.). - umowę nr GZP/2801/82/2014 z dnia 16 kwietnia 2014 roku, - pismo wewnętrzne Szpitala z dnia 21.07.2014 roku, - pismo wewnętrzne Szpitala z dnia 25.07.2014 roku, - pismo w sprawie nienależytego wykonania umowy z dnia 01.08.2014 roku, - notę obciążeniową nr 7/2014 z dnia 4.08.2014 r. na kwotę 141.050,00 złotych, - pismo Szpitala Wojewódzkiego im. Jana Pawła II w Bełchatowie z dnia 01.02.2016 roku. - umowa nr PEZ.273.1.2015.BN z dnia 20 marca 2015 roku, - umowa konsorcjalna nr SH/275/15 z dnia 16 lutego 2015 roku, - nota księgowa nr 3 z dnia 1 lipca 2015 roku, - pismo Powiatu z dnia 3 lutego 2016 roku.

Ponadto podnieść należy, że art. 24 ust. 2a zd. 2 Pzp wymaga, aby podjęte środki miały charakter konkretny, tj. odnosiły się do stwierdzonego przypadku poważnego naruszenia obowiązków zawodowych. Należy zatem ustalić przyczynę poważnego

---

naruszenia obowiązków zawodowych oraz przedsięwziąć działania ją eliminujące. Nie wystarczy zatem przeprowadzenie pracownikom jakichkolwiek szkoleń, jeśli nie odnoszą się one do stwierdzonych uchybień w ich pracy. Przedstawione przez Konsorcjum DGP podjęte środki techniczne dotyczyły zmiany polityki zakupowej w 2015 roku. Konsorcjum DGP nie wskazali precyzyjnie, kiedy dokonali przeglądu bazy sprzętowej, jakie stwierdzono braki oraz kiedy i jaki sprzęt został nabyty. Ponadto nieistotne jest wykazanie dokonanych transakcji sprzedaży bez odniesienia ich do konkretnych, realizowanych przez tego wykonawcę usług. Konsorcjum DGP podnieśli, że w roku 2015 wzrosła skala ich działalności, nie wykazali zatem, że zwiększenie wolumenu wydatków na sprzęt było związane z doposażeniem w dodatkowy sprzęt pracowników realizujących usługi przy realizacji konkretnych usług - w celu podniesienia jakości realizowanych usług. We wrześniu 2015 roku Szpital Wolski im. dr Anny Gostyńskiej w Warszawie rozwiązał z członkami konsorcjum umowę nr 13/ZP/2015 m.in. właśnie z powodu braków sprzętowych. Wobec niedostarczenia przez Konsorcjum DGP : 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 i wielu innych maszyn i urządzeń - nie było możliwe wykonywanie usługi w sposób należyty. Zwiększone wydatki na sprzęt w roku 2015 nie przełożyły się na poprawę wyposażenia pracowników Konsorcjum DGP realizujących usługę w Szpitalu Wolskim im. dr Anny Gostyńskiej w Warszawie, ani na poprawę jakości świadczonej u tego zamawiającego usługi.
Na potwierdzenie Odwołujący przedstawia wraz z odwołaniem:
- umowę nr 13/ZP/2015 z dnia 26.01.2015 roku, - wezwanie z dnia 11.03.2015 roku z załącznikami. - protokół z kontroli i wezwanie z dnia 19.06.2015 roku, - przykładowe noty księgowe z dnia 15.07.2015 i 13.08.2015 roku, - wezwanie z 17.09.2015 roku, - wypowiedzenie umowy z dnia 22.09.2015 roku. Dowodu na podjęcie skutecznych działań zmierzających do zapobieżenia zawinionemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości nie mogą stanowić poświadczenia prawidłowej realizacji innych usług. Okresy realizacji usług, których dotyczą poświadczenia pokrywają się z okresami realizacji usług, których dotyczyły stwierdzone poważne naruszenia obowiązków zawodowych, tj. usług świadczonych na rzecz: Szpitala Wolskiego im. dr Anny Gostyńskiej w Warszawie, Powiatu Świebodzińskiego, 11 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Bydgoszczy czy Szpitala Wojewódzkiego im. Jana Pawła II w Bełchatowie. Poświadczenia prawidłowej realizacji usług przedłożone wraz z wyjaśnieniami przez Konsorcjum DGP nie potwierdzają zatem skuteczności

przedsięwziętych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych. W tym samym czasie były realizowane usługi, które zostały ocenione przez zamawiających jako wykonane

należycie, jak i te co do których Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła poważne naruszenie obowiązków zawodowych.
Na potwierdzenie Odwołujący przedstawia wraz z odwołaniem:
- umowę nr 13/ZP/2015 z dnia 26.01.2015 roku, - wezwanie z dnia 11.03.2015 roku z załącznikami. - protokół z kontroli i wezwanie z dnia 19.06.2015 foku, - przykładowe noty księgowe z dnia 15.07.2015 i 13.08.2015 roku, - wezwanie z 17.09.2015 roku, - wypowiedzenie umowy z dnia 22.09.2015 roku, - umowę nr 46/2013-2017/11WOG z dnia 03.12.2015 roku, - oświadczenie z dnia 29.04.2015 roku o odstąpieniu zamawiającego od umowy, - notatki służbowe - 6 sztuk, - wezwanie do zapłaty kary umownej 297.082,17 złotych, - pismo Zamawiającego z dnia 3.02.2016 r. w przedmiocie udzielenia informacji publicznej wraz z załącznikami (Opinia Radcy Prawnego z dnia 11.01.2016 r., ostateczne przedsądowe wezwanie do zapłaty wraz z propozycją pozasądowego rozwiązania sporu z dnia 5.01.2016 r., ostateczne przedsądowe wezwanie do zapłaty z dnia 4.12.2016 r., postanowienie Prokuratorii Generalnej Skarbu Państwa z dnia 7 października 2015 r.). - umowę nr GZP/2801/82/2014 z dnia 16 kwietnia 2014 roku, - pismo wewnętrzne Szpitala z dnia 21.07.2014 roku, - pismo wewnętrzne Szpitala z dnia 25.07.2014 roku, - pismo w sprawie nienależytego wykonania umowy z dnia 01.08.2014 roku, - notę obciążeniową nr 7/2014 z dnia 4.08.2014 r. na kwotę 141.050,00 złotych, - pismo Szpitala Wojewódzkiego im. Jana Pawła II w Bełchatowie z dnia 01.02.2016 roku. - umowa nr PEZ.273.1.2015.BN z dnia 20 marca 2015 roku, - umowa konsorcjalna nr SH/275/15 z dnia 16 lutego 2015 roku, - nota księgowa nr 3 z dnia 1 lipca 2015 roku, - pismo Powiatu z dnia 3 lutego 2016 roku.

Nie można ocenić jako środki naprawcze działań, które nie odnoszą się do konkretnego przypadku poważnego naruszenia obowiązków zawodowych. Nie jest istotne podejmowanie przez Konsorcjum DGP jakichkolwiek środków mających poprawić jakość usługi. Konsorcjum DGP w odpowiedzi na wezwanie winni wykazać podjęcie środków naprawczych będących reakcją na konkretny przypadek poważnego naruszenia obowiązków zawodowych. Dla skuteczności środków naprawczych niezbędna jest należyta analiza konkretnego przypadku poważnego naruszenia obowiązków zawodowych i zaakceptowanie faktu zaistnienia naruszenia obowiązków zawodowych oraz jego powagi. Materiał dowodowy zebrany w sprawie toczącej się przed Krajową Izbą Odwoławczą pod sygn. akt KIO 101/16 i będący podstawą do stwierdzenia przez Izbę, że miało miejsce poważne naruszenie obowiązków zawodowych, wskazuje że Konsorcjum DGP w żadnym wypadku nie zaakceptowali faktu dopuszczenia się poważnego naruszenia obowiązków zawodowych. Wręcz przeciwnie, Konsorcjum DGP zakwestionowali ustalenia zamawiających oraz nie zgadzali się z obciążaniem ich karami umownymi. Konsorcjum DGP firm wdali się w spory sądowe z: Samodzielnym Publicznym Szpitalem Wojewódzkim w Gorzowie Wielkopolskim, Wojewódzkim Szpitalem Zespolonym w Koninie, Szpitalem Wojewódzkim im. Jana Pawła II

w Bełchatowie, Powiatem Świebodzińskim, Szpitalem Wolskim im. dr Anny Gostyńskiej w Warszawie. We wszystkich tych sprawach wykonawcy nie zaakceptowali faktu naruszenia obowiązków zawodowych i wyrządzenia jakiejkolwiek szkody zamawiającym - a skoro w ogóle nie zaakceptowali powyższych faktów (tylko rozpoczęli procesy sądowe), trudno aby wyrazili czynny żal wobec zamawiających i naprawili szkody, które kwestionują oraz wdrożyli czynności naprawcze wobec - ich zdaniem nieistniejących - naruszeń.
Na potwierdzenie Odwołujący przedstawia wraz z odwołaniem: - umowę nr ZP/N/65/11 z dnia 14 grudnia 2011 roku, - wezwanie szpitala z dnia 26 stycznia 2012 roku do wykonawcy do wykonywania umowy, - oświadczenie szpitala z dnia 1 lutego 2012 roku o odstąpieniu od umowy, - wniosek szpitala z dnia 13 sierpnia 2012 roku o zawezwanie wykonawcy do próby ugodowej, - postanowienie Sądu Rejonowego w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 19 listopada 2012 roku, - pozew wykonawcy z dnia 22 kwietnia 2013 roku o zapłatę, - sprzeciw szpitala z dnia 7 czerwca 2013 roku, - wyrok Sądu Okręgowego w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 15 kwietnia 2015 roku, w sprawie pod sygn. akt I C 3227/13. - wezwanie do zapłaty z dnia 29 marca 2012r., - pozew o zapłatę z dnia 10

listopada 2015r. - umowę nr 43/2011 z dnia 20 grudnia 2011 roku, - notę obciążeniową nr 169/34a/13 na kwotę 159.505,49 złotych, - notę obciążeniową nr 170/24a/13 na kwotę 21.504,31 złotych, - wyrok Sądu Okręgowego w Koninie z dnia 31 marca 2015 roku, sygn. akt I C 370/14. - umowę nr GZP/2801/82/2014 z dnia 16 kwietnia 2014 roku, - pismo wewnętrzne Szpitala z dnia 21.07.2014 roku, - pismo wewnętrzne Szpitala z dnia 25.07.2014 roku, - pismo w sprawie nienależytego wykonania umowy z dnia 01.08.2014 roku, - notę obciążeniową nr 7/2014 z dnia 4.08.2014 r. na kwotę 141.050,00 złotych, - pismo Szpitala Wojewódzkiego im. Jana Pawła II w Bełchatowie z dnia 01.02.2016 roku. - umowa nr PEZ.273.1.2015.BN z dnia 20 marca 2015 roku, - umowa konsorcjalna nr SH/275/15 z dnia 16 lutego 2015 roku, - nota księgowa nr 3 z dnia 1 lipca 2015 roku, - pismo Powiatu z dnia 3 lutego 2016 roku.

W przypadku sporu z 11 Wojskowym Obszarem Gospodarczym wykonawcy wzywali zamawiającego (w tym, ostatecznie, przedsądowo poprzez kancelarię adwokacką) do zwrotu kar umownych, nienależnie ich zdaniem potrąconych z wynagrodzeniem. Nie są zatem wiarygodne wyjaśnienia Konsorcjum DGP , że w reakcji na poważne naruszenia obowiązków zawodowych, których dopuścili się przy realizacji tej usług podjęli środki techniczne, organizacyjne i kadrowe w celu zapobieżenia poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości.

Na potwierdzenie Odwołujący przedstawia wraz z odwołaniem:

- umowę nr 46/2013-2017 /11WOG z dnia 03.12.2015 roku, - oświadczenie z dnia 29.04.2015 roku o odstąpieniu zamawiającego od umowy, - notatki służbowe - 6 sztuk, - wezwanie do zapłaty kary umownej 297.082,17 złotych, - pismo Zamawiającego z dnia

---

3.02.2016 r. w przedmiocie udzielenia informacji publicznej wraz z załącznikami (Opinia Radcy Prawnego z dnia 11.01.2016 r., ostateczne przedsądowe wezwanie do zapłaty wraz z propozycją pozasądowego rozwiązania sporu z dnia 5.01.2016 r., ostateczne przedsądowe wezwanie do zapłaty z dnia 4.12.2016 r., postanowienie Prokuratorii Generalnej Skarbu Państwa z dnia 7 października 2015 r.).

III. NAPRAWIENIE SZKODY LUB ZOBOWIĄZANIE DO JEJ NAPRAWIENIA

Druga przesłanką ekskulpacji przewidzianą w art. 24 ust. 2a Pzp jest naprawienie szkody lub zobowiązanie się do jej naprawienia. Ustawodawca posłużył się strona czynną i czasem przeszłym czasownika naprawić i zobowiązać się, co wskazuje na obowiązek naprawienia szkody lub zobowiązania się do jej naprawienia w drodze świadomego, dobrowolnego aktu wykonawcy. Oznacza to, że naprawienie szkody musi mieć charakter definitywny i winno obejmować: zaakceptowanie faktu naruszenia postanowień umownych, zaakceptowanie faktu wyrządzenia szkody zamawiającemu i jej wysokości, naprawienie tej szkody przez wykonawcę. Przekładając powyższe na kanwę niniejszej sprawy podnieść należy, co następuje: Szpital Wojewódzki im. Jana Pawła II w Bełchatowie został pozwany przez wykonawców (postępowanie jest w toku). Pomimo zaistniałych naruszeń umowy, wykonawcy sprzeciwili się naprawieniu szkody i dochodzą w postępowaniu sądowym wynagrodzenia, z którym została potrącona kara umowna. Szpital Wojewódzki im. Jana Pawła II w Bełchatowie nie uzyskał dotychczas definitywnego zaspokojenia swoich interesów. Tak długo, jak wykonawcy wykorzystują wszystkie możliwe środki prawne w celu uzyskania potrąconego wynagrodzenia, tak długo nie można stwierdzić faktu naprawienia szkody. Interesy Szpitala Wojewódzkiego im. Jana Pawła II w Bełchatowie nie zostały definitywnie zaspokojone, skoro musi się bronić w postępowaniu sądowym przed roszczeniami wykonawców.

Na potwierdzenie Odwołujący przedstawia wraz z odwołaniem: - umowę nr GZP/2801/82/2014 z dnia 16 kwietnia 2014 roku, - pismo wewnętrzne Szpitala z dnia 21.07.2014 roku, - pismo wewnętrzne Szpitala z dnia 25.07.2014 roku, - pismo w sprawie nienależytego wykonania umowy z dnia 01.08.2014 roku, - notę obciążeniową nr 7/2014 z dnia 4.08.2014 r. na kwotę 141.050,00 złotych, - pismo Szpitala Wojewódzkiego im. Jana Pawła II w Bełchatowie z dnia 01.02.2016 roku.

Szkoda wyrządzona przez wykonawców Powiatowi Świebodzińskiemu nie została przez nich zaakceptowana, a Powiat Świebodziński musiał dochodzić naprawienia szkody za zerwanie kontraktu przez wykonawców przed sądem. Postępowanie sądowe okazało się w pełni skuteczne dla zamawiającego. Wykonawcy nie uznali faktu wyrządzenia zamawiającemu szkody oraz odmawiali jej naprawienia. Zamawiający musiał szukać ochrony swoich praw w postępowaniu sądowym. Dopiero w wyniku potwierdzenia przez sąd zasadności obciążenia wykonawców karą umowną, wykonawcy zdecydowali się zapłacić

karę umowną (Powiatowi przysługiwały już środki przymusu). Wykonawcy dokonali zapłaty dopiero po uprawomocnieniu się wyroku, tj. w dniu 27 stycznia 2016 r.

Na potwierdzenie Odwołujący przedstawia wraz z odwołaniem:
- umowa nr PEZ.273.1.2015.BN z dnia 20 marca 2015 roku, - umowa konsorcjalna nr SH/275/15 z dnia 16 lutego 2015 roku, - nota księgowa nr 3 z dnia 1 lipca 2015 roku, - pismo Powiatu z dnia 3 lutego 2016 roku. Ponadto wskazać należy, że wykonawcy nie naprawili szkody w całości. Zamawiający oszacował wartość całej szkody na kwotę 17.145,00 złotych.

Tymczasem spór sądowy dotyczył jedynie części szkody, której naprawienie miało polegać na zapłacie kary umownej. Pozostała część szkody wyliczona przez zamawiającego nie została ani zapłacona, ani wykonawcy nie zobowiązali się do jej naprawienia. Na wykonawcach, którzy wyrządził szkodę spoczywał obowiązek zadeklarowania się co do naprawienia całej szkody, której wysokość ustalił zamawiający. Wykonawcy natomiast nie wykazali, aby zobowiązali się do naprawienia całej szkody. Fakt ograniczenia przez zamawiającego wytoczonego powództwa do wysokości kary umownej, nie zwalnia wykonawcy z naprawienia całej szkody. Wykonawca, który uznałby fakt wyrządzenia szkody, winien zadeklarować wolę jej pełnego naprawienia. Podkreślić należy, że art. 24 ust. 2a Pzp powinien być interpretowany z uwzględnieniem art. 57 ust. 6 zdanie drugie dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę2004/18/W, zgodnie z którym wykonawca winny poważnym uchybieniom zawodowym winien zrekompensować instytucji zamawiającej wszelkie szkody.

Na potwierdzenie Odwołujący przedstawia wraz z odwołaniem:
- pismo Powiatu z dnia 3 lutego 2016 roku, - Protokół Nr 24/2015 z posiedzenia Zarządu Powiatu Świebodzińskiego odbytego w dniu 22 maja 2015 roku, - wyrok Sądu Rejonowego w Świebodzinie z dnia 23 grudnia 2015 roku, sygn. akt I C 542/15. Odwołujący kwestionuje również spełnienie przesłanki z art. 24 ust. 2a zdanie drugie
Pzp wobec 11 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Bydgoszczy. Wykonawcy sprzeciwili, się naprawieniu jakiejkolwiek szkody. Po pierwsze zamawiający wzywał wykonawców do zapłaty kar umownych związanych z odstąpieniem z winy wykonawców od obu umów - z roku 2013 i 2014 (wezwania z 26 maja 2015 roku i wezwanie z 27 maja 2015 roku). Wykonawcy nie wykonali wezwań. Po drugie w postępowaniu sądowym o udzielenie zabezpieczenia wykonawcy zażądali, aby sąd zakazał zamawiającemu dochodzenia zapłaty jakichkolwiek kwot objętych gwarancją należytego wykonania kontraktu. Wykonawcy - wobec odmowy sądu I instancji składali nieskuteczne zażalenie na postanowienie - w dalszym ciągu domagając się takiego orzeczenia (Sąd Okręgowy w Bydgoszczy w postanowieniu z dnia 3 września 2015 roku oddalił wniosek Wykonawcy o udzielenie zabezpieczenia roszczenia, a z kolei Sąd Apelacyjny w Gdańsku postanowienie z dnia 27 listopada 2015 roku oddalił

zażalenie postanowienie sądu - vide: informacja publiczna o oddaleniu zażalenia z dnia 3 lutego 2016 roku). Po trzecie wykonawcy sprzeciwiali się też potrąceniu przez zamawiającego kar umownych na łączną kwotę 64.833,87 złotych z tytułu nienależytego wykonywania umowy. Wykonawcy żądali (wezwania do zapłaty z dnia 4 grudnia 2015 roku i 5 stycznia 2016 roku i) zwrotu całości potrąconych kwot - w tym ostatecznie i przedsądowo przez kancelarię adwokacką. Wykonawcy sprzeciwili się działaniom zamawiającego, który zgodnie z postanowieniem umowy, chciał uzyskać naprawienie wyrządzonych mu szkód (Strony w umowie ustaliły odpowiedzialność odszkodowawczą w formie kar umownych - § 11 umowy z roku 2013 i § 10 umowy z roku 2014). W przypadku sprzeciwiania się samodzielnemu naprawieniu szkody przez zamawiającego i podjęciu procedury przedsądowej nie można stwierdzić, że wykonawca naprawił szkodę lub zobowiązał się do jej naprawienia. Wykonawcy złożyli na potwierdzenie naprawienia szkody wezwania InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń Społecznych S.A. (na kwotę 3.911,27 złotych i na kwotę 297.082,17 złotych-kary umowne za odstąpienie od umów). Konsorcjum DGP nie złożyli potwierdzeń przelewów, z których wynikałoby, że szkody wyrządzone zamawiającemu zostały naprawione przez podmiot trzeci (brak też oświadczenia samego WOG w Bydgoszczy, że szkoda została naprawiona). Wobec powyższego wykonawcy nie naprawili żadnej szkody wyrządzonej zamawiającemu, a-jeśli zamawiający próbował

samodzielnie uzyskać zaspokojenie roszczenia - sprzeciwiali się temu lub żądali zwrotu potrąconych kwot. Nie można powyższego uznać za naprawienie szkody w myśl art. 24 ust. 2a Pzp.
Na potwierdzenie Odwołujący przedstawia wraz z odwołaniem:
- umowę nr 46/2013-2017/11WOG z dnia 03.12.2015 roku, - oświadczenie z dnia 29.04.2015 roku o odstąpieniu zamawiającego od umowy, - notatki służbowe - 6 sztuk, - wezwanie do zapłaty kary umownej 297.082,17 złotych, - umowę nr 114/2014-2017/11WOG z dnia 14 kwietnia 2014 roku - pismo Zamawiającego z dnia 3.02.2016 r. w przedmiocie udzielenia informacji publicznej wraz z załącznikami (Opinia Radcy Prawnego z dnia 11.01.2016 r., ostateczne przedsądowe wezwanie do zapłaty wraz z propozycją pozasądowego rozwiązania sporu z dnia 05.01.2016 r., ostateczne przedsądowe wezwanie do zapłaty z dnia 4.12.2016 r., postanowienie Prokuratorii Generalnej Skarbu Państwa z dnia 7 października 2015 r.); - wezwanie do wykonania obowiązków umowy z dnia 08.05.2015 - odstąpienie od umowy z dnia 18.05.2015 - wezwanie do zapłaty z dnia 27.05.2015 - postanowieniu z dnia 3 września 2015 roku Sadu Okręgowego w Bydgoszczy - postanowienie z dnia 27 listopada 2015 roku Sąd Apelacyjny w Gdańsk

Wykonawcy zaprzestali wykonywania zamówienia publicznego na rzecz Szpitala Wolskiego im. dr Anny Gostyńskiej SPZOZ. W związku z zaprzestaniem realizacji umowy przez wykonawcę - Szpital (po kolejnych wezwaniach do uzupełnienia sprzętu

i wykonywania umowy) wypowiedział umowę wykonawcom i nałożył na wykonawców kary umowne. Kary umowne zostały potrącone z wynagrodzeniem. Wykonawcy sprzeciwili takiej formie naprawienia szkody i pozwali Szpital o zwrot potrąconych kwot. Nie doszło zatem do definitywnego zaspokojenia interesów Szpitala. Wykonawcy sprzeciwili się samodzielnemu uzyskaniu zaspokojenia swojej szkody przez Szpital i zażądali zwrotu całości potrąconych kwot.
Na potwierdzenie Odwołujący przedstawia wraz z odwołaniem:
- umowę nr 13/ZP/2015 z dnia 26.01.2015 roku, - wezwanie z dnia 11.03.2015 roku z załącznikami. - protokół z kontroli i wezwanie z dnia 19.06.2015 roku, - przykładowe noty księgowe z dnia 15.07.2015 i 13.08.2015 roku, - wezwanie z 17.09.2015 roku, - wypowiedzenie umowy z dnia 22.09.2015 roku. - Pozew z dnia 25 lutego 2016 roku.

Podkreślił, że zamawiający zawsze ponosi szkodę w sytuacji, gdy otrzymuje świadczenie niezgodne z wymogami zawartymi w umowie (np. Szpital Wojewódzki im. Jana Pawła II w Bełchatowie, który nie był wyposażony przez wykonawcę w środki myjące i dezynfekujące, papier, ręczniki, kosze zewnętrzne, wewnętrzne, maty, wycieraczki, wózki do transportu posiłków, termosy aż do końca kontraktu itp. - zgodnie z pismem z dnia 21 lipca 2014 roku), a także w sytuacji gdy jest zmuszony do odstąpienia od umowy z winy wykonawcy (co oznacza, że wszystkie inne środki doprowadzenia do prawidłowego wykonywania zobowiązań okazały się zupełnie nieskuteczne) - i konieczne jest ponawianie procedury przetargowej, pozyskiwanie wykonawcy na okres trwania nowego przetargu, wprowadzanie na obiekt nowego wykonawcy itp. O powyższym świadczy wyrok Sądu Okręgowego w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 15 kwietnia 2015 roku, sygn. akt I C 3227/13 str. 34: *„szkoda to potrzeba ogłaszania nowego przetargu wcześniej aniżeli po 36 miesiącach i wiążące się z tym koszty, dodatkowy nakład kosztów i pracy dla wprowadzenia kolejnego wykonawcy”* (wyrok w załączeniu), a także wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 sierpnia 2008 r., V CSK 85/08: *„Z punktu widzenia wierzyciela samo niewykonanie zobowiązania jest szkodą, a umówiona kara umowna służy w sposób ogólny jej naprawieniu”.* Jeśli wykonawcy domagają się zwrotu w postępowaniu sądowym całości kwot, które zamawiający sami uzyskali celem zadośćuczynienia wyrządzonym ich szkodom - wykonawcy nie chcą naprawić szkody w żadnym zakresie. Wobec powyższego w odniesieniu do podmiotów wskazanych w wezwaniu Zamawiającego z 17.02.2016 r. Konsorcjum DGP nie wykazali spełnienia przesłanek „samooczyszczenia się” wymaganych w ustawie, a mieli obowiązek to zrobić w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie - do dnia 22.02.2016 r.
IV. MOMENT NA USTALANIA PRZESŁANEK „SAMOOCZYSZCZENIA SIĘ” KONSORCJUM DGP

Niezależnie od powyższego podnieść należy również, przesłanki wykluczenia bada się na dzień składania ofert (w niniejszym postępowaniu na dzień 29.12.2015 r.), wobec

czego nawet podjęcie środków naprawczych lub naprawienie szkody po złożeniu oferty jest pozbawione jakiegokolwiek znaczenia i nie wpływa na obowiązek wykluczenia wykonawcy. Powołany przepis wyraźnie ustala dzień istnienia stanu podlegającego udowodnieniu. W przypadku Powiatu Świebodzińskiego DPG Clean Partner sp. z o.o. dokonała przelewu w dniu 27.01.2016 r., czyli po dniu składania ofert. Ponadto koszty postępowania DPG Clean Partner sp. z o.o. zwróciła Wojewódzkiemu Szpitalowi Zespolonemu w Koninie dopiero w dniu 16.02.2016 r. Podkreślenia wymaga, że w chwili składania oferty Konsorcjum DGP złożyli oświadczenie o braku postaw do wykluczenia ich z postępowania. Zatem podjęcie czynności naprawczych oraz naprawienie szkody winno być oceniane również na dzień składania ofert.

Zamawiający w dniu 11.03.2016 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 14.03.2016 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za skrzynki podawczej) pośrednictwem elektronicznej Konsorcjum DGP zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z po oświadczeń, jak przedstawionymi poniżej dowodami, wysłuchaniu i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego oferta uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu złożonych ofert, w wypadku potwierdzenia zarzutów ma szanse na uzyskanie zamówienia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie: dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem w sprawie KIO 101/16 oraz w sprawie KIO 353/16, w tym w szczególności wezwanie wystosowane przez Zamawiającego do Przystępującego z 17.02.2016 r. oraz wyjaśnienia z 18.02.2016 r. /data wpływu 22.02.2016 r./ stanowiące odpowiedź na wezwanie wraz z załączonymi dowodami, jak i pismo Zamawiającego z 29.02.2016 r. – informacja o odtajnieniu części złożonych dokumentów, tudzież informacja o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej z 29.02.2016 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego akta sprawy o sygn. KIO 101/16, w szczególności załączony tam opis przedmiotu zamówienia – . załącznik nr 4 /w zakresie opisu przedmiotu zamówienia będącego przedmiotem umowy z Powiatem Świebodzińskim/.

Nadto dopuszczono złożone przez Odwołującego wraz z odwołaniem załączniki: 1. wyrok KIO z 10.02.2016 r., sygn. akt: KIO 101/16, 2. umowa nr 13/ZP/2015 z 26.01. 2015 r., 3. wezwanie z 11.03.2015 roku z załącznikami, 4. protokół z kontroli i wezwanie z 19.06.2015 r., 5. przykładowe noty księgowe z 15.07.2015 i 13.08.2015 r., 6. wezwanie z 17.09.2015 r., 7. wypowiedzenie umowy z 22.09.2015 r., 8. umowa nr PEZ.273.1.2015.BN z 20.03.2015 r., 9. umowa konsorcjalna nr SH/275/15 z 16.02.2015 r., 10. nota księgowa nr 3 z 01.07.2015 r., 11. pismo Powiatu z 03.02.2016 r., 12. umowa nr 46/2013-2017/11WOG z 03.12.2015 r., 13. oświadczenie o odstąpieniu zamawiającego od umowy z 29.04.2015 r., 14. notatki służbowe - 6 sztuk, 15. wezwanie do zapłaty kary umownej 297.082,17 zł, 16. umowę nr 114/2014-2017/11WOG z 14.04.2014 r. 17. przykładowe notatki, 18. wezwanie do wykonania obowiązków umowy z 08.05.2015 r., 19. odstąpienie od umowy z 18.05.2015

r., 20. wezwanie do zapłaty z 27.05.2015, 21. pismo Zamawiającego z 03.02.2016 r. w przedmiocie udzielenia informacji publicznej wraz z załącznikami (Opinia Radcy Prawnego z 11.01.2016 r., ostateczne przedsądowe wezwanie do zapłaty wraz z propozycją pozasądowego rozwiązania sporu z 05.01.2016 r., ostateczne przedsądowe wezwanie do zapłaty z 04.12.2016 r., postanowienie Prokuratorii Generalnej Skarbu Państwa z 07.10.2015 r.), 22. postanowieniu z 03.09.2015 r. Sadu Okręgowego w Bydgoszczy; postanowienie z dnia 27.11.2015 r. Sąd Apelacyjny w Gdańsku, 23. umowa nr GZP/2801/82/2014 z 16.04.2014 r., 24. pismo wewnętrzne Szpitala z 21.07.2014 r., 25. pismo wewnętrzne Szpitala z 25.07.2014 r., 26. pismo w sprawie nienależytego

wykonania umowy z 01.08.2014 r., 27. nota obciążająca karą umowną 141.050,00 zł, 28. pismo Szpitala Wojewódzkiego im. Jana Pawła II w Bełchatowie z 03.02.2016 r., 29. umowa nr ZP/N/65/11 z 14.12.2011 r., 30. oświadczenie o odstąpieniu od umowy z 01.02.2012 r., 31. wniosek szpitala z 13.08.2012 r. o zawezwanie wykonawcy do próby ugodowej, 32. postanowienie Sądu Rejonowego w Gorzowie Wielkopolskim z 19.11.2012 r., 33. pozew wykonawcy z 22.04.2013 r. o zapłatę, 34. sprzeciw szpitala z 07.06.2013 r., 35. wyrok Sądu Okręgowego w Gorzowie Wielkopolskim z 15.04.2015 r., w sprawie pod sygn. akt I C 3227/13, 36. pismo Powiatu z 03.02.2016 r., 37. Protokół Nr 24/2015 z posiedzenia Zarządu Powiatu Świebodzińskiego odbytego w dniu 22.05.2015 r., 38. wyrok Sądu Rejonowego w Świebodzinie z 23.12.2015 r., sygn. akt I C 542/15. 39. umowę nr 13/ZP/2015 z dnia 26.01.2015 r., 40. wezwanie z 11.03.2015 r. z załącznikami. 41. protokół z kontroli i wezwanie z 19.06.2015 r., 42. przykładowe noty księgowe z 15.07.2015 i 13.08.2015 r., 43. wezwanie z 17.09.2015 r., 44. wypowiedzenie umowy z 22.09.2015 r. 45. pozew z 25.02.2016 r.

Izba dopuściła dodatkowo jako dowody w sprawie złożone przez Odwołującego na rozprawie:
1) kopie pozwu o zapłatę w postępowaniu upominawczym z 29.08.2014 r. bez załączników;
2) kopie wniosku o udzielnie zabezpieczenia przed wytoczeniem powództwa z 27.08.2015 r. z załącznikami;
3) umowę ze Szpitalem Wolskim 13/ZP/2015, korespondencję, która miała miejsce w związku z zaistniałym sporem /pismo z 11.03.2015 r. wraz z protokołem; pismo /protokół/ z 19.06.2015 r.; noty księgowe z 15.07.2015 r., 13.08.2015 r.; pismo z 17.09.2015 r. Szpitala Wolskiego odnośnie wypowiedzenia umowy najmu oraz pismo z 22.09.2015 r., tj. wypowiedzenie umowy przez Szpital Wolskiego/ i wezwanie do usunięcia przeszkód nadane 4 września 2015 r. wraz z oświadczeniem Odwołującego o odstąpieniu z 16.09.2015 r. i odpowiedzią Szpitala Wolskiego z 17.09.2015 r. nie uznające odstąpienia za skuteczne;
4) kopie dowodów przelewu z 10.12.2015 r. na rzecz 11 WOG w Bydgoszczy z tytułu dwóch umów dokonane przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń SA – wraz z wyliczeniem wysokości odsetek / w zakresie wyliczenia odsetek Izba nie uznaje niniejszego pisma za dowód ale twierdzenia Odwołującego/;
5) notatkę służbową z dnia 27.03.2015 r.;
6) pismo procesowe złożone przez Przystępującego w innej sprawie – podczas rozprawy o sygn. akt: KIO 252/16.

Izba dopuściła dodatkowo jako dowody w sprawie złożone przez Przystępującego na rozprawie:

- kopię pozwu o zapłatę w postępowaniu upominawczym z 29.08.2014 r. wraz z załącznikami.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, przystąpienie, pismo procesowe Przystępującego złożone na rozprawie, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W tym zakresie, Izba przywołuje wynikające z odwołania okoliczności faktyczne. Odnosząc się do poszczególnych zagadnień w ramach rozpatrywania poszczególnych zarzutów. Wezwanie do wyjaśnień z 17.02.2016 r. wystosowane przez Zamawiającego wyznaczało termin do ich złożenia do dnia 22.02.2016 r. Stosowne wyjaśnienia wraz z dowodami – pismo z 18.02.2016 r. – wpłynęło 22.02.2016 r. Jednocześnie wskazując, że stan faktyczny nie był sporny, a przedmiotem sporu była ocena tego stanu faktycznego w świetle obowiązującego prawa i dopuszczalność działania Zamawiającego w kontekście obowiązujących przepisów Pzp.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego - art. 8 ust. 3 Pzp poprzez utajnienie części dokumentów załączonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum DGP do wyjaśnień z 18.02.2016 r., które to dokumenty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa oraz potwierdzają spełnienie przez wykonawców przesłanki negatywnej udziału w postępowaniu, tj. podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawienie szkód powstałych w wyniku poważnego naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązanie się do ich naprawienia – Izba oddala – uzasadniając poniżej.

Izba podkreśla, że po pierwsze, udzielone przez Przystępującego wyjaśnienia z 18.02.2016 r. są w znacznej części /prawie w całości/ jawne, z niewielkimi zaczernionymi przez Zamawiającego fragmentami (na str. od 7 do 10), po drugie znaczna część załączników do wyjaśnień została udostępniona Odwołującemu (1/ 38 poświadczeń /referencji/; 2/ noty księgowe z 02.06.2015 r., 28.05.2015 r., 14.05.2015 r., faktury z 07.06.2015 r., 14.03.2015 r., 09.03.2015 r., potwierdzenia transakcji z 15.05.2015 r., 16.04.2015 r.; 3/ aktualne certyfikaty dla kadry nadzorującej jakość świadczenia usługi (technologów) – 12 sztuk z wyczernionymi danymi osobowymi oraz danymi firmy szkoleniowej oraz 4 sztuki zaświadczeń potwierdzających ukończenie dodatkowych szkoleń z wyczernionymi danymi osobowymi oraz danymi dotyczącymi Głównego Technologa; 4/ Certyfikat ISO 9001:2008 z 28.01.2014 r. wraz z potwierdzeniem ważności wymienionych w nim certyfikatów oraz 4-stronicowym załącznikiem do tego potwierdzenia; 5/ kopie not obciążeniowych, faktur oraz oświadczeń o dokonaniu kompensaty wobec Szpitala Wolskiego; wezwania do zapłaty z 10.12.2015 r. oraz 21.10.2015 r. skierowane przez InterRisk TU SA wobec DGP Dozorbud Grupa Polska Sp. z o.o.; kopii oświadczenia o potraceniu z 05.08.2014 r. dokonanego przez Szpital Wojewódzki w Bełchatowie; potwierdzenia transakcji z 27.01.2016 r. na rzecz Powiatu Świebodzińskiego oraz noty księgowej nr 3; wyrok SA w Poznaniu z 01.12.2015 r., sygn. akt: I ACa 707/15; potwierdzenie transakcji na rzecz Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Koninie z 16.02.2016 r.). W tym zakresie, Izba wskazuje także na pismo Zamawiającego z 29.02.2016 r. – informacja o odtajnieniu części złożonych dokumentów. W rezultacie dokonane zastrzeżenia w żaden sposób nie uniemożliwiły Odwołującemu złożenie odwołania wraz z wyczerpującą argumentacją oraz dowodami. W pozostałym zakresie, Izba podtrzymuje dokonane zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (m.in. w zakresie: 1) umowy z pracownikami wyższego szczebla administracyjnego, 2) zarządzenie nr 15/2014 w sprawie wprowadzenia zasad podjęcia środków technicznych, kadrowych i organizacyjnych, 3) standardów w zakresie świadczenia usług, 4) kopii ustaleń z audytu, 5) zestawienia zakupu sprzętu w 2015 r. z kopiami faktur sprzedażowych i zakupowych, 6) zestawienie faktur za zakup środków w 2014 i 2015 r., 7) kopii umowy na dostawę środków chemicznych, artykułów higienicznych oraz sprzętu z aneksami, 8) kopii umowy z dodatkowym dostawcą, 9) zarządzenie Nr 12/2015 w sprawie systemu motywacyjnego, 10) umowy o pracę dla nowego technologa wraz z zakresem obowiązków, 11) zarządzenia z lat 2013, 2014, 2015 w sprawie organizacji szkoleń z planami szkoleń), uznając, że Wykonawca wykazał zasadność ich zastrzeżenia, w szczególności podjęcie działań w celu zachowania stosownych informacji w poufności. W tym zakresie zostały załączone stosowne dowody na

potwierdzenie powyższego – odnosi się to do umów o pracę z Dyrektorem Oddziału, czy też Kierownikiem Działu Wsparcia Sprzedaży (zawierają stosowne paragrafy dotyczące poufności). Załączono także umowę o zakazie konkurencji w czasie trwania stosunku pracy. Nadto, kopie umów na dostawę środków chemicznych, artykułów higienicznych oraz sprzętu z aneksami oraz kopii umowy z dodatkowym dostawcą – zawierają stosowne paragrafy dotyczące poufności).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego - art. 24 ust. 2a Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum DGP, w sytuacji gdy wykonawcy podlegają wykluczeniu na podstawie tego przepisu, ponieważ wielokrotnie dopuścili się poważnego naruszenia swoich obowiązków zawodowych z własnej winy lub na skutek rażącego niedbalstwa, co zostało potwierdzone wyrokiem KIO z 10.02.2016 r., sygn. akt: KIO 101/16, a nie udowodnili podjęcia konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz że naprawili szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązali się do ich naprawienia - Izba uwzględniła zarzut – uzasadnienie poniżej.

Zasadniczą okolicznością, która zadecydowała o ostatecznym uwzględnieniu zarzutu, jak i całego odwołania przez Izbę, była okoliczność naprawienia szkody powstałej w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych – po terminie składnia ofert. Niniejsze miało miejsce 27.01.2016 r. w stosunku do Powiatu Świebodzińskiego. Izba uznała, że momentem na jaki Wykonawca powinien naprawić szkodę powstałą w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązać się do ich naprawienia winien być termin składnia ofert, w tym wypadku – 29.12.2015 r. Izba wyszła z założenia, że w tym zakresie należy wziąć pod uwagę zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wyrażoną w art. 7 ust.1 Pzp. W jej ocenie, dla wszystkich uczestników postępowania winien być jednakowy termin, na wykazanie się zaistnieniem przesłanek ekskulapcyjnych z art. 24 ust. 2a zd. 2 Pzp, m.in. na tej podstawie znając treść ogłoszenia zawierającą fakultatywną przesłankę wykluczenia zawartą w tym przepisie, Wykonawcy będą każdorazowo decydować, czy brać udział w postępowaniu i złożyć ofertę.

Izba podkreśla, że była w stosunku do zaniechania Przystępującego zaistniałego w ramach umowy z Powiatem Świebodzińskim, jako poważnego naruszenia obowiązków zawodowych związana wyrokiem KIO o sygn. akt: 101/16 /jak i względem pozostałych

przypadków tam wskazanych wobec innych Zamawiających/. Jednakże, stoi na stanowisku, że niepodjęcie się w ogóle realizacji kontraktu po podpisaniu umowy, co miało miejsce względem Powiatu Świebodzińskiego, jest cięższym naruszeniem niż jego wadliwe realizowanie, gdyż Zamawiający pozostaje *„z niczym”,* mimo podpisaniu umowy i wcześniejszej deklaracji Wykonawcy o gotowości do realizacji przedmiotu zamówienia z przetargu w ramach złożonej oferty.

Dodatkowo Izba podnosi, że w obecnym stanie prawnym w odróżnieniu od uchylonego art. 24 ust.1 pkt 1 Pzp podstawą stwierdzenia poważnego naruszenia zawodowego, a w konsekwencji naprawienia szkody – nie musi być, czy też nie jest to warunkiem – wyrok sadowy. Podobnie motyw 28 wyroku ETS z 13.12.2012 r. w sprawie C-465/11 Forposta i ABC Direct Contact. Mogą to być przykładowo także protokoły z realizacji zamówienia publicznego stwierdzające nieprawidłowości lub inne dowody potwierdzające delikt (tak też stwierdzono w relacji wideo z posiedzenia Podkomisji nadzwyczajnej do rozpatrzenia: - poselskich projektów ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych z 21.03.2014 r.). W odniesieniu do Powiatu Świebodzińskiego należy także podkreślić, że przed terminem składnia ofert Wykonawca dysponował wyrokiem z 23.12.2015 r. Sądu Rejonowego w Świebodzinie zasadzającym od Wykonawcy na rzecz Powiatu Świebodzińskiego należność z tytułu wypowiedzenia umowy, czyli potwierdzający jego nieprawidłowe działanie, a mimo to zwlekał z zapłatą kary.

W ocenie Izby, brak było jakichkolwiek przeszkód, wobec zamiaru złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu, przy jednoczesnej wiedzy wynikającej z treści ogłoszenia, odnośnie obowiązywania fakultatywnej przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 2a Pzp, aby w takiej sytuacji złożyć oświadczenie w stosunku do Zamawiającego wraz z ofertą, że zobowiązuje się w związku z wydanym wyrokiem do naprawienia powstałej szkody w późniejszym terminie, tzn. po terminie składnia ofert.

W zakresie umów ze Szpitalem Wojewódzkim im. Jana Pawła II w Bełchatowie, Szpitalem Wolskim oraz dwóch umów z 11 WOG w Bydgoszczy /kolejne przypadki poważnego naruszenia obowiązków zawodowych wskazane w ramach wyroku KIO o sygn. akt: KIO 101/16/ miało miejsce bezsprzecznie naprawienie szkody w terminie składnia ofert (w pierwszym wypadku - oświadczenie o potraceniu z 05.08.2014 r. z faktury z 31.05.2014 r. /nota obciążeniowa nr 7/2014 z 04.08.2014 r./, w drugim wypadku – kwoty – kompensata z 09.06.2015 r. potrącona 10.06.2015 r., nota księgowa nr 122 z 15.07.2015 r. potracona 17.07.2015 r., nota księgowa nr 131 z 13.08.2015 r. potrącona 13.08.2015 r., nota księgowa nr 143 z 02.09.2015 r. potracona 10.09.2015 r., nota księgowa nr 144 z 04.09.2015 r. oraz nota księgowa nr 148 z 09.10.2015 r. potrącone 15.10.2015 r., jak i również potracenie z 18.11.2015 r., w trzecim wypadku – dowody dokonania dwóch przelewów przez InterRisk

TU SA – w dniu 22/23.09.2015 r. oraz 10.12.2015 r.). Izba stoi na stanowisku, że sposób jej naprawienia – nie musi być „dobrowolny", w odróżnieniu od stanu prawnego obowiązującego pod rządami uchylonego przepisu – art. 24 ust.1 a Pzp.

Jednocześnie Izba wskazuje – odnośnie kwestii konieczności naprawienia „wszelkich szkód", że w zakresie Powiatu Świebodzińskiego - niniejszy Zamawiający ograniczył żądanie co do wysokości odszkodowania zgodnie z wysokością pozwu wniesionego /Protokół Nr 24/2015 z posiedzenia Zarządu Powiatu Świebodzińskiego odbytego w dniu 22.05.2015 r. – str. 3, Ad.5/, brak jest w konsekwencji, w ocenie Izby, dopatrywania się konieczności naprawienia szkody ponad żądanie strony zainteresowanej. W zakresie umów ze Szpitalem Wojewódzkim im. Jana Pawła II w Bełchatowie, Szpitalem Wolskim oraz dwóch umów z 11 WOG w Bydgoszczy – przywołani Zamawiający mogli dochodzić odszkodowania uzupełniającego na mocy stosownych postanowień zawartych umów, ale z powyższego uprawnienia nie skorzystali ograniczając się do potrącenia wysokości kary umownej z wysokości wynagrodzenia, a w ostatnim wypadku do skorzystania z gwarancji zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

W kwestii naliczonych przez Odwołującego odsetek /w tym zakresie przedstawił stosowne wyliczenie na rozprawie/, które należą się w jego ocenie 11 WOG w Bydgoszczy od Przystępującego, Izba wskazuje, że okoliczność ich nie dochodzenia przez 11 WOG w Bydgoszczy świadczy o tym, iż w ocenie tego Zamawiającego, szkoda została naprawiona. Możliwość zaś ich naliczania jest niezależna od szkody.

Odnośnie umów zawartych z Samodzielnym Publicznym Szpitalem Wojewódzkim w Gorzowie Wielkopolskim (odstąpienie od umowy 01.02.2012 r.) z Generalną Dyrekcją Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku (odstąpienie od umowy 10.01.2012 r.) oraz Wojewódzkim Szpitalem Zespolonym w Koninie (wypowiedzenie umowy z 12.04.2012 r. – szkoda naprawiona w dniu 16.02.2016 r.) /kolejne przypadki poważnego naruszenia obowiązków zawodowych wskazane w ramach wyroku KIO o sygn. akt: KIO 101/16/ nie mogą być poddane ocenie w zakresie zarzutów odwołania i na podstawie art. 24 ust. 2a Pzp z uwagi na fakt, iż dotyczą zdarzeń mających miejsce ponad 3 lata przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Względem podjętych kroków, tj. czynności naprawczych, Izba uznała przedstawione w tym zakresie wyjaśnienia z 18.02.2016 r. wraz z załączonymi dowodami, za wiarygodne. Wykonawca przedstawił konkretne podjęte czynności oraz wyjaśnił czemu mają zapobiegać, co potwierdził załączonymi dowodami. Inaczej mówiąc określił jakie działania przedsięwziął, czyli co zamierza i w jaki sposób, aby poważne naruszenia obowiązków zawodowych się nie

powtórzyły.

Wdrożone kroki mają za zadanie służyć głównie zapobieganiu, czyli przeciwdziałać

ponownemu ich wystąpieniu. Powyższe środki podejmowane przez Wykonawców mogą przykładowo polegać jak wskazuje się w piśmiennictwie, Aleksandra Sołtysińska w ramach - Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunek zmian, pod red. H. Nowicki i P. Nowicki, Wrocław 2015 - *„Nowe tendencje w zakresie podstaw wykluczenia wykonawców - stosowanie zasady proporcjonalności": „(…) na wyjaśnieniu właściwym organom lub instytucją zamawiającej wszystkich okoliczności „niewiarygodnego" zachowania, naprawienia szkody, zwolnienia osób odpowiedzialnych, przeprowadzenia szkoleń wdrążających personel do przestrzegania określonych reguł, odsunięcia osób winnych przestępstw od zarządzania lub nadzoru, wprowadzeniu dodatkowych systemów kontroli"* (str. 246).

W przedmiotowym stanie faktycznym - wprowadzono m.in. zarządzenie wewnętrzne nr 15/2014 z 18.10.2014 r. w sprawie wprowadzenia zasad podjęcia środków technicznych, kadrowych i organizacyjnych, niezbędnych do zapobieżenia poważnym naruszeniom obowiązków zawodowych w przyszłości. Powyższy wewnętrzny akt prawny został dodatkowo aneksowany – Aneks nr 1 z 16.10.2015 r. Na jego mocy zobowiązano określone osoby do opracowania harmonogramu szkoleń oraz ustanowiono minimalne standardy świadczenia usługi poprzez wprowadzenie nowej: Koncepcji wykonania usługi porządkowej na obiekcie szpitalnym oraz nieszpitalnym. Powyższe Koncepcje zostały załączone do przedmiotowych wyjaśnień wraz z założeniami technologicznymi, zaktualizowaną koncepcją monitoringu i kontroli, wzorami harmonogramów konserwacji, kart ewidencji usługi cotygodniowej i interwencyjnej, kart zgłoszenia reklamacji, zaktualizowanych protokołów kontroli utrzymania czystości, listy obecności na szkoleniu, instrukcji mycia i dezynfekcji, instrukcji sprzątania mycia i dezynfekcji gabinetów zabiegów oraz sal, wyposażenia oraz tym podobnych, oraz zaktualizowanymi kartami technologicznymi. Izba wzięła także pod uwagę załączoną kopie ustaleń z audytu – pismo z 26.01.2016 r. – dokonanego w kontekście certyfikatów ISO ważnych do stycznia 2017 r. Przeanalizowano również zestawienia zakupu sprzętu w 2015 r. (cały rok) z kopiami faktur sprzedażowych i zakupowych, które są zgodne ze stanowiskiem ze str. 7 wyjaśnień. Podobnie zestawienie faktur za zakup środków w 2014 i 2015 r. oraz kopia umowy na dostawę środków chemicznych, artykułów higienicznych oraz sprzętu z aneksami – potwierdza okoliczności przywołane na str. 7 wyjaśnień oraz wartości tam wskazane. Izba także wskazuje na kopię umowy z dodatkowym dostawcą z początku 2015 r. Niewątpliwe także celem zarządzenie Nr 12/2015 z 24.09.2015 r. w sprawie systemu motywacyjnego było zapewnienie prawidłowej realizacji usług, podnoszenia jakości, zwiększenia efektywności działań poprzez wprowadzenie – nowego - motywacyjnego systemu wynagradzania pracowników w 2015 r. Izba także zauważa, że zaświadczenia dotyczą m.in. osób związanych z umową ze Szpitalem Wolskim,

---

które zostały poddane dodatkowemu szkoleniu, co wynika wprost z treści tej umowy. Z kolei z umowy o pracę dla nowego technologa wraz z zakresem obowiązków wynika, że w listopadzie 2015 roku został zatrudniony dodatkowy technolog, który został poddany szkoleniu zewnętrznemu wynikającemu z załączonych certyfikatów i nie było to tylko szkolenie dotyczące *„Akcji czyste Ręce",* ale również *„(...) zakresu, stosowania profesjonalnych preparatów chemicznych oraz nowoczesnych technologii utrzymania czystości i higieny w obiektach medycznych i użyteczności publicznej".* Dotyczy to także dotychczasowego technologa, jak i całej kadry nadzorującej świadczenia usługi - technologów. Odnośnie zarządzeń z lat 2013, 2014, 2015 w sprawie organizacji szkoleń z planami szkoleń, Izba wskazuje, że udział w określonych szkoleniach ma względem niektórych osób charakter obowiązkowy, jak wynika z ich treści. Z załączonych planów szkoleń na lata 2014, 2015 i 2016 wynika także, że obejmują one zarówno szkolenia wewnętrzne, jak i zewnętrzne. Należy także zauważyć, że kwestia wynikła w zakresie umowy z Powiatem Świebodzińskim była wynikiem działań Dyrektora Oddziału /co wynikałoby z notatki służbowej złożonej na rozprawie przez Odwołującego/. Zgodnie z wskazanymi powyżej zarządzeniami dotyczącymi szkoleń – udział w szkoleniach Dyrektorów Oddziałów ma charakter obligatoryjny. Nadto, biorąc pod uwagę treść wprowadzonego motywacyjnego system nagradzania pracowników – zaistniała sytuacja powinna wymiernie negatywnie wpłynąć na nagrodę dla Dyrektora Oddziału.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego - 7 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez

nieuwzględnienie faktu, iż wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum DGP podlegają wykluczeniu z postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2a Pzp oraz poprzez utajnienie części dokumentów załączonych przez wykonawców do wyjaśnień z 18.02.2016 r., co uniemożliwia Odwołującemu ustosunkowanie się do wyjaśnień wykonawców i obrony swojego stanowiska, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, tj. konsorcjum DGP powinni podlegać wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2a Pzp - Izba uwzględniła wobec potwierdzenia się zarzutu naruszenia art. 24 ust.2a Pzp, a w pozostałych działaniach Izba nie dopatrzyła się naruszenia.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

28

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. w maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

……

Członkowie:

……

……

29