

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Izabela Niedziałek-Bujak
Aneta Młacka
Andrzej Niwicki
Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie 20 grudnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 2 grudnia 2024 r. przez odwołującego – wykonawcę **Lares Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Marszałkowska 58, 00-545 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Warszawski Uniwersytet Medyczny**, ul. Żwirki i Wigury 61, 02-091 Warszawa

przy udziale przystępującego po stronie zamawiającego – uczestnika, wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **DGP Clean Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** ul. Żytnia 15/23, 01-014 Warszawa, **CTG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** ul. Najświętszej Marii Panny 14 lok. 3, 59-220 Legnica, **7 MG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. ul. Najświętszej Marii Panny 14 lok. 3, 59-220 Legnica

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2 Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego 15.000 zł 00 gr. (piętnaście tysięcy złotych) wpisu oraz 3.600 zł 00 gr. (trzy tysiące sześćset złotych) kosztów przystępującego po stronie zamawiającego;

2.2 zasądza od odwołującego na rzecz przystępującego po stronie zamawiającego 3.600 zł 00 gr. (trzy tysiące sześćset złotych) kosztów obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika uczestnika wnoszącego sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego odwołania w całości.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

.....

.....

KIO 4545/24

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Uniwersytet Medyczny w Warszawie, w trybie podstawowym na usługę *sprzątania i utrzymania czystości powierzchni wewnętrznych oraz terenów zewnętrznych w obiektach Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego* (nr postępowania: AEZ/S-098/2024), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 08.08.2024 r., S 154/2024 477709-2024, wobec czynności badania i wyboru oferty najkorzystniejszej, wniesione zostało 02.12.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawcy Lares sp. z o.o. z/s w Warszawie (sygn. akt KIO 4545/24).

Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez konsorcjum w składzie: DGP Clean Partner Sp. z o.o. z/s w Warszawie, 7 MG Sp. z o.o. z/s w Legnicy, CTG Sp. z o.o. z/s w Legnicy (Konsorcjum DGP) - 20.11.2024 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 239 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a lub b ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5 lub 7 lub 8 lub 10 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty, podczas gdy Wykonawca ten nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz podlega wykluczeniu;

2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) i b) ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum DGP, podczas gdy wykonawca ten podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu z uwagi na wprowadzenie w błąd Zamawiającego przez podanie nieprawdziwych informacji w wyjaśnieniach wykazu usług w zakresie wartości usług wykonanych przez DGP Clean Partner Sp. z o.o. w ramach realizacji umowy na rzecz Urzędu Miasta w Krakowie, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w

postępowaniu o udzielenie zamówienia i odrzucenie jego oferty;

- 3) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu Konsorcjum DGP, podczas gdy Wykonawca ten podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu z uwagi na nienależyte wykonanie następujących umów: umowy na usługi w zakresie kompleksowego sprzątnięcia pomieszczeń, w tym obsługi szatni podczas spotkań, sesji RM Wrocławia oraz bieżącego serwisu porządkowego w obiektach UM Wrocławia, Sukiennice, Rynek Ratusz oraz umowy na świadczenia usług w zakresie kompleksowego sprzątnięcia obiektów oraz terenów zewnętrznych Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddziału w Sosnowcu oraz podległych Inspektoratów i odrzucenie oferty Konsorcjum DGP;
- 4) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu Konsorcjum DGP, podczas gdy Wykonawca ten podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu z uwagi na zamierzone wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu i doprowadziło do wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej w postępowaniu i odrzucenie oferty Konsorcjum DGP.
- 5) zarzut ewentualny w przypadku nieuwzględnienia zarzutów 1-4: naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nie wezwanie Konsorcjum DGP do uzupełnienia wykazu usług, podczas gdy ze złożonego na wezwanie z art. 126 ust. 1 Pzp wykazu usług i referencji wynika, że w zakres usługi wykazywanej przez Konsorcjum DGP na rzecz Uniwersytetu w Siedlcach zaliczono powierzchnię i wartość usługi realizowanej na obiekcie sportowym, podczas gdy w warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający określił, że wykazywana usługa miała być realizowana wyłącznie w budynkach biurowych lub edukacyjnych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty Konsorcjum DGP, ewentualnie (w przypadku nie uwzględnienia zarzutów 1-4) wezwanie Konsorcjum DGP do uzupełnienia wykazu usług.

W uzasadnieniu zarzutów odwołujący zakwestionował prawdziwość informacji przekazanych przez Konsorcjum DGP, a dotyczących spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, jak również samego oświadczenia w JEDZ DGP Clean Partner Sp. z o.o.

Zastrzeżenia dotyczą doświadczenia, jakie DGP Clean Partner Sp. z o.o. miał zdobyć w ramach dwóch wskazanych w wykazie usług, tj. udziału wartościowego w realizacji umów zawartych w konsorcjum. Na podstawie wyjaśnień samego wykonawcy odwołujący wskazał, że udział w umowie realizowanej na rzecz Urzędu Miasta Krakowa wynosił 72,00% całego zamówienia, a jej wartość w okresie 12 miesięcy wynosić miała 2.218.017,60 zł (co wynika z przeliczenia części wynagrodzenia lidera za okres 36 miesięcy wynoszącego 6.654.214,80 zł z całości umowy – 9.299.127,83 zł brutto). Wskazana wartość w ocenie odwołującego jest nieprawidłowa, gdyż wykonawca nie otrzymywał od zamawiającego w każdym miesiącu świadczenia usługi takiej samej kwoty. W okresie 12 miesięcy na rzecz konsorcjum wystawione zostały faktury na 1.791.043,86 zł brutto. Uwzględniając procentowy udział DGP, otrzymać miało ono wynagrodzenie w wysokości 1.289.551,58 zł brutto.

W ramach natomiast usługi świadczonej na rzecz Uniwersytetu w Siedlcach (poz. 1), wartość w okresie 12 miesięcy usług świadczonej przez DGP wyniosła 1.940.645,19 zł brutto. Suma tych dwóch usług nie osiąga wymaganej treścią warunku wartości nie mniejszej, niż 4.000.000,00 zł brutto.

Ponieważ zamawiający zastrzegł zastosowanie fakultatywnej przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 10 Ustawy, zobowiązany był do wykluczenia Konsorcjum DGP z postępowania z uwagi na nieprawdziwe oświadczenia w zakresie wartości usługi zrealizowanej przez DGP Clean Partner Sp. z o.o.

W zakresie zarzutów nr 3 i 4 odwołujący wskazał na oświadczenia w JEDZ członków konsorcjum, w których na pytanie, czy podmiot składający oświadczenie winien jest poważnego wykroczenia zawodowego oraz czy miało miejsce rozwiązanie umowy przed czasem, odszkodowania lub inne porównywalne sankcje, udzielił odpowiedzi negatywnej.

Tymczasem z dostępnych na stronie e-Zamówienia ogłoszeniach o wykonaniu umów realizowanych przez tego wykonawcę wynika, że usługi w zakresie kompleksowego sprzątnięcia pomieszczeń na obszarze Gminy Wrocław, jak i ZUS w Sosnowcu, nie zostały należycie wykonane. Okoliczności te powinny być uwzględnione w oświadczeniu JEDZ w odpowiedzi na pytanie. Wykonawca zataił informacje dotyczące dwóch nienależytych wykonanych umów, co wprowadziło zamawiającego w błąd, a w konsekwencji wpłynęło na decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W odniesieniu do zarzutu ewentualnego odwołujący wskazał, że usługa na rzecz Uniwersytetu w Siedlcach realizowana

była na obiekcie sportowym, którego nie można uznać za budynek edukacyjny, a zatem jego powierzchnia i wartość nie powinna być uwzględniona dla wykazania wymaganego doświadczenia.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie zamawiającego wykonawca – Konsorcjum DGP.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie z 18.12.2024 r., w której uwzględnił zarzuty i złożył dowody – dokumenty otrzymane od podmiotów: ZUS Oddział w Sosnowcu, Urząd Miejski Wrocławia, Uniwersytet w Siedlcach, Urząd Miasta Krakowa. Zamawiający uzyskał informację o nienależytym wykonaniu umowy na rzecz ZUS Oddział w Sosnowcu i o odstąpieniu od jej realizacji przez zamawiającego (umowa nr 1083612 z 12.04.2022 r.), co stoi w sprzeczności z odpowiedzią na pytanie w JEDZ (część III lit. C). Ponadto zamawiający ustalił, że umowy realizowane na rzecz Urzędu Miasta Krakowa oraz Uniwersytetu w Siedlcach były wykonywane w konsorcjum przez pięciu członków, co może poddawać pod wątpliwość informacje wykonawcy z 14.11.2024 r., w którym wykonawca opisuje doświadczenie jako wyłącznie lidera.

Przystępujący po stronie zamawiającego wniósł na posiedzeniu sprzeciw wobec uwzględnienia w całości odwołania przez zamawiającego. Przystępujący przedstawił szereg dowodów dla odparcia zarzutów kierowanych wobec jego oświadczeń składanych w ofercie, jak i w wyjaśnieniach jej treści.

Stanowisko izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.).

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, a także stanowiska stron i uczestnika prezentowane ustnie na rozprawie i w pismach procesowych.

W poczet materiału dowodowego włączona została dokumentacja postępowania przekazana w wersji elektronicznej przez zamawiającego, jak również dowody składane do akt sprawy na rozprawie i w pismach procesowych.

Odwołanie podlegało rozpoznaniu na skutek sprzeciwu wniesionego przez przystępujące po stronie zamawiającego Konsorcjum DGP wobec uwzględnienia w całości odwołania przez zamawiającego.

Ustalenia izby.

Okoliczności sprawy sprowadzały się do ustalenia treści oświadczeń składanych przez Konsorcjum DGP na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznych lub zawodowych, jak również oświadczenia w JEDZ w zakresie odpowiedzi na pytanie z cz. III lit C *Czy wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego?, Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?*, których prawdziwość była kwestionowana zarówno w kierunku wykazania braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jak i wypełnienia przesłanek do wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 5, 7 8 i 10 Ustawy.

Konsorcjum DGP do oferty załączyło oświadczenia członków konsorcjum w JEDZ, w których potwierdzali spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia, w tym na pytania w części III lit. C *–Czy wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego?, Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?* udzielili odpowiedzi „Nie”.

Zamawiający wymagał w zakresie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej realizacji w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, *świadczenia w okresie 12 miesięcy, nie więc niż dwóch usług sprzątnia i utrzymania czystości w budynkach biurowych lub edukacyjnych, o łącznej wartości brutto tych usług nie mniejszej niż 4 000 000,00 zł i łącznej powierzchni wewnętrznej obiektów objętych tą usługą nie mniejszej niż 40 000,00 m².*

Zamawiający wezwał pismem z 8.11.2024 r. Konsorcjum DGP do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Konsorcjum złożyło na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej wykaz usług wraz z referencjami. W wykazie wskazane zostały dwie usługi realizowane przez lidera Konsorcjum DGP – DGP Clean Partner Sp. z o.o. na rzecz:

- Uniwersytetu w Siedlcach, w okresie 1.07.2021 r- 30.06.2025 r., której wartość dla DGP Clean Partner Sp. z o.o. miała

wynieść 6.145.376,43 zł brutto, powierzchnia wewnętrzna budynków 40.287 m²;

- Urząd Miasta Krakowa, wartość usługi świadczonej w budynkach biurowych przez DGP Clean Partner Sp. z o.o. wynieść miała 6.654.214,80 zł brutto, termin realizacji usługi 01.07.2021r.-30.06.2024 r.

Wykonawca przedstawił referencję wystawioną przez Uniwersytet w Siedlcach dla Lidera Konsorcjum DGP Clean Partner Sp. z o.o., określającą wartość całkowitą umowy realizowanej w okresie 48 miesięcy na 7.762.580,75 zł (pismo z 19.08.2024 r.). W referencji wskazano, że usługi są realizowane w sposób należyty i zgodny z umową.

W referencji Urzędu Miasta Krakowa z 08.07.2024 r. wskazano na konsorcjum realizujące umowę nr W/II/1512/OU/70/2021 r. z 14.06.2021 r. z udziałem Lidera – DGP Clean Partner Sp. z o.o., o całkowitej wartości 9.299.127,83 zł brutto i potwierdzono jej realizację zgodnie z umową.

Pismem z 13.11.2024 r. zamawiający wezwał Konsorcjum DGP na podstawie art. 128 ust. 4 Ustawy do wyjaśnienia informacji zawartych w wykazie usług, wskazując na okres świadczenia dwóch usług, dłuższy niż 12 miesięcy, co nie potwierdza jednoznacznie spełnienia warunku w zakresie wymaganej wartości usług sprzątnia powierzchni biurowych lub edukacyjnych w okresie 12 następujących po sobie miesięcy. Zamawiający oczekiwał potwierdzenia, czy *wartość zrealizowany usług w ramach 2 zadań wskazanych w wykazie w okresie 12 miesięcy następujących po sobie była nie mniejsza niż 4 000 000,00 złotych i dotyczyła wyłącznie powierzchni biurowych lub edukacyjnych nie mniejszych niż 40 000 m² łącznie.*

Wykonawca w wyjaśnieniach z 14.11.2024 r. potwierdził wartość obu usług, jako spełniającą warunek udziału w postępowaniu, wskazując dokładne wartości usług, tj. wartość całkowitą, wartość umowy zrealizowaną przez DGP Clean Partner Sp. z o.o., w tym wartość w okresie 12 miesięcy następujących po sobie.

Poniżej wskazujemy dokładne wartości usług wykonanych w okresie 12 miesięcy::

1.Uniwersytet w Siedlcach, ul. Konarskiego 2, 08-110 Siedlce:

całkowita wartość brutto umowy: 7 762 580,75 zł brutto

wartość umowy zrealizowanej przez DGP Clean Partner Sp. z o.o. do dnia 12.08.2024 r.: 6 145 376,43 zł brutto

wartość umowy zrealizowanej przez DGP Clean Partner Sp. z o.o. w okresie 12 miesięcy następujących po sobie miesięcy dotycząca wyłącznie budynków edukacyjnych o powierzchni wewnętrznej 40 287 m²: 1 940 645,19 zł brutto

2.Urząd Miasta Krakowa, Pl. Wszystkich Świętych 3-4, 31-004 Kraków:

Całkowita wartość brutto: 9 299 127,83 zł brutto

Wartość umowy zrealizowanej przez DGP Clean Partner Sp. z o.o. dotycząca wyłącznie budynków biurowych o powierzchni 31 463,35 m²: 6 654 214,80 zł brutto

Wartość umowy zrealizowanej przez DGP Clean Partner Sp. z o.o. w okresie 12 miesięcy następujących po sobie miesięcy dotycząca wyłącznie budynków biurowych o powierzchni wewnętrznej 31 463,35 m²- 2 218 071,60 zł brutto.

Do akt sprawy złożone zostały dowody:

- umowa nr WOU.DO/272/21/2024/OB. z Gminą Wrocław z 29.01.2024 r. zawarta przez konsorcjum w składzie: DGP Clean Partner Sp. z o.o., Seban Sp. z o.o., DGP Provider Sp. z o.o., 7MG Sp. z o.o., Partner Medica Sp. z o.o., na okres 2 miesięcy na kwotę 164.000,81 zł, przy której realizacji naliczone zostały kary umowne w wysokości 3.507,00 zł. Zgodnie z umową kara w wysokości 5% wartości miesięcznego wynagrodzenia nakładana miała być za każdorazowe stwierdzenie nienależytego wykonania usługi bez względu na zakres (§ 8 ust. 1 pkt 1).

- informacja Urzędu Miejskiego Wrocławia z 4.12.2024 r. dotycząca kary umownej naliczonej w kwocie 3.507,53 zł brutto (opłacona 19.04.2024 r.) za nienależyte wykonanie usługi sprzątnia polegające na nieumyciu podłóg, kafli na ścianach oraz pokryw od pojemników na odpady w toaletach budynku, wraz z protokołem stwierdzającym podstawę naliczenia kary w wysokości 5% wartości miesięcznego wynagrodzenia brutto;

- informacja ZUS dotycząca umowy nr 1083611, w której doszło do braku wykonania czynności wchodzących w zakres umowy lub ich wykonaniu niezgodnie z zapisami umowy, co dotyczyło trzech inspektoratów oddziału ZUS w Sosnowcu. Łączna wysokość kar wyniosła 55.350,00 zł i zostały potrącone z wynagrodzenia wykonawcy. wykonawca kwestionował wysokość kar, a także ich zasadność (mail z 11.12.2024 r.);

- umowa nr 1083612 z 12.04.2022 r. zawarta pomiędzy ZUS a konsorcjum w składzie: DGP Clean Partner Sp. z o.o., Partner Medica Sp. z o.o., DGP Provider Sp. z o.o., 7 MG Sp. z o.o., Seban Sp. z o.o. wraz z odstąpieniem z winy zamawiającego z 5.08.2022 r. i ogłoszeniem o wykonaniu umowy nr 2022/BZP 00322350 z 20.08.2022 r.,

- umowa nr 1083611 z 12.04.2022 r. zawarta pomiędzy ZUS a konsorcjum w składzie: DGP Clean Partner Sp. z o.o.,

Partner Medica Sp. z o.o., DGP Provider Sp. z o.o., 7 MG Sp. z o.o., Seban Sp. z o.o.,

- odpis wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 8.08.2024 r., sygn. XX GC 608/22 zasądający od ZUS na rzecz lidera konsorcjum DGP Clean Partner sp. z o.o. w Warszawie kwotę 87.971,30 zł wraz z odsetkami za opóźnienie, potrącanej z wynagrodzenia należnego z tytułu świadczonej umowy nr 1071257 z 7.06.2019 r. w związku z nieprawidłowościami w jej realizacji, w którym sąd stwierdza nieskuteczność naliczonych kar umownych w związku z niewykonaniem usługi;
- wykaz płatności na rzecz Lidera konsorcjum z podziałem na powierzchnie wewnętrzne i zewnętrzne w rozbiciu na miesiące realizacji usługi, tj. 07.2021 – 06.2024 na rzecz Urzędu Miasta Krakowa, na łączną kwotę brutto 6.956.381,70 zł (powierzchnie wewnętrzne);
- porozumienia wykonawcze nr 3 i 4 do umowy konsorcjum nr SH/331/21 z dnia 22.01.2021 r. określające podział obowiązków pomiędzy członkami konsorcjum przy realizacji umowy z 14.06.2021 r. z Urzędem Miasta Krakowa.

Do odpowiedzi na odwołanie załączone zostały dowody:

- informacja ZUS z 9.12.2024 r. dotycząca ogłoszenia nr 2024/BZP 00322356 z 26.08.2022 r. o realizacji umowy nr 1083612 z dnia 12.04.2022 r., w której doszło do naliczenia kar umownych w łącznej wysokości 365.910,26 zł, która częściowo została potrącona z wynagrodzenia. Nienależyte wykonanie powyższej umowy polegało na braku wykonania czynności wchodzących w zakres umowy lub ich wykonaniu niezgodnie z zapisami umowy, co odnosi się zarówno do codziennego sprzątnięcia, jak i okresowego we wszystkich oddziałach ZUS w Sosnowcu. Obecnie przez Sądem Rejonowym w Sosnowcu toczy się postępowanie w sprawie wyegzekwowania do firmy DGP Clean Partner Sp. z o.o. zapłaty należności za wystawione kary umowne;
- oświadczenie ZUS z 24.06.2022 r. o odstąpieniu od umowy nr 1083612 z dnia 12.04.2022 r. złożone w związku z nienależytym wykonywaniem umowy;
- raport z realizacji zamówienia objętego umową nr 1083612 z dnia 12.04.2022 r., zakończonej jej rozwiązaniem z dniem 31.07.2022 r. i wskazaną wysokością nałożonych kar umownych, tj. 365.910,26 zł i opisem przyczyn odstąpienia;
- ogłoszenie o wykonaniu umowy nr 1083612 nr 2022/BZP 00322356;
- aneksy do umowy zawartej 14.06.2021 r. z Gminą Miejską Kraków nr W//1512/OU/70/2021 oraz faktury za okres od 08.2021 – 07.2024.

Izba oddaliła odwołanie w całości.

W pierwszej kolejności izba uznała, że na moment wniesienia odwołania jak również wydania orzeczenia w sprawie odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, pomimo rozstrzygnięcia zapadłego w sprawie odwoławczej o sygn. akt KIO 3688/24 i odrzucenia w następstwie tego wyroku oferty odwołującego. Odwołujący wniósł bowiem skargę, co oznacza, że wyroki KIO nie jest prawomocny i nie wpływa na ocenę możliwości korzystania z środków ochrony prawnej wobec kolejnych czynności zamawiającego w postępowaniu. W szczególności rozstrzygnięcie to nie prowadzi do pozbawienia statusu wykonawcy, w sytuacji gdy podmiot korzysta z prawa do wniesienia skargi. Podniesiona przez uczestnika kwestia wniesienia opłaty od skargi może budzić wątpliwości, jednak na moment wniesienia odwołania, jak i rozstrzygnięcia nie można wykluczyć, że ewentualny brak zostanie uzupełniony. Odwołujący na rozprawie wskazał, że oczekuje ewentualnego wezwania do uzupełnienia braku, co jeszcze nie miało miejsca.

Stanowisko to pozostaje w zgodzie z wytycznymi rozumienia interesu, o jakim mowa w art. 505 Ustawy, który powinien istnieć na datę wniesienia odwołania. Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z 07.04.2022 r., sygn. XXIII Zs 2/22 - *legitymowanie się przez wykonawcę wnoszącego odwołanie interesem w uzyskaniu zamówienia oznacza stan, w którym ma on lub miał realną szansę na uzyskanie zamówienia, zaprzepaszczonej niezgodnymi z przepisami czynnościami zamawiającego lub zaniechaniem czynności, do których zamawiający jest zobowiązany. Interes ten powinien istnieć na datę wnoszenia odwołania, zatem – co do zasady – czynności zamawiającego dokonane po wniesieniu odwołania, nawet prowadzące do odpadnięcia tego interesu, nie pozbawiają wykonawcy prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej (zob. wyrok KIO z 14.1.2017 r., KIO 2443/16).* Dalej sąd wskazał na zmianę, jaka w rozumieniu interesu w uzyskaniu zamówienia nastąpiła po wyroku TSUE z 5.04.2016 r., w sprawie C-689, co również uległo uwzględnione w nowym brzmieniu art. 505 ust. 1 Ustawy. Omawiając orzecznictwo TSUE sąd wskazał, m.in. na stanowisko Trybunału potwierdzające możliwość odmówienia dostępu do odwołania od decyzji o udzieleniu zamówienia oferentowi, którego oferta została wykluczona, w sytuacji gdy decyzja o wykluczeniu wspomnianego oferenta została utrzymana w mocy orzeczeniem, które nabrało powagi rzeczy osądzonej, zanim sąd, do którego zaskarżono decyzję o udzieleniu zamówienia, wydał orzeczenie, w związku z czym oferenta tego należało uważać za ostatecznie wykluczonego z

danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (por. wyrok TSUE z dnia 21 grudnia 2016 r., (...) C-355/15, EU:C2016:988, pkt 13-16, 31, 36), ale w ocenie sądu okręgowego z uwagi na brzmienie art. 505 ust. 2 Pzp interes w uzyskaniu zamówienia powinien być interpretowany szeroko, jako odnoszący się nie do uzyskania zamówienia w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia, ale do możliwości pozyskania świadczenia będącego przedmiotem zamówienia, niezależnie od tego, w jakim postępowaniu zostanie ono wykonawcy udzielone (...) W niniejszej sprawie żądania odwołania zmierzały do podważenia wyniku oceny oferty (...) i jej odrzucenia, a wówczas w postępowaniu nie pozostałaby żadna ważna oferta i doszłoby do unieważnienia postępowania. W przypadku zaś kolejnego postępowania, skarżący mógłby złożyć kolejną ofertę zgodną z SWZ.

Przenosząc powyższe na ocenę interesu odwołującego, co do którego decyzja o odrzuceniu oferty na moment wniesienia odwołania nie nabrała powagi rzeczy osądzonej (wniesiona została bowiem skarga na wyrok w sprawie sygn. akt KIO 3688/24), skład orzekający uznał, że dążenie do podważenia wyniku postępowania obecnym odwołaniem, ma na celu ochronę interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Bez wniesienia bowiem odwołania wynik postępowania prowadziłby do zawarcia umowy, co ostatecznie oznaczałoby utratę możliwości uzyskania zamówienia.

Odwołanie podlegało rozpoznaniu na skutek sprzeciwu Konsorcjum DGP wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w całości.

Należy zauważyć, że nowe podstawy faktyczne, jakie wynikały z dowodów załączonych do odpowiedzi zamawiającego na odwołanie, nie mogły być uwzględnione, co prowadziło do rozszerzenia zarzutów i naruszało art. 555 Ustawy.

Uwzględniając zakres zarzutu izba uznała, że odwołujący nie wykazał zasadności twierdzeń, tak co do braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jak również wprowadzenia zamawiającego w błąd oświadczeniami składanymi w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W szczególności należy podkreślić, że dla rozstrzygnięcia mogły mieć znaczenie wyłącznie kwestie podniesione w odwołaniu w zakresie umów, których poprawność wykonania miała być podstawą oceny oświadczenia w JEDZ. Załączone zatem do odpowiedzi na odwołanie nowe okoliczności ustalone po wniesieniu odwołania, nie mogły prowadzić do rozszerzenia podstawy faktycznej zarzutów, w których odwołujący nie wskazywał na skutki oświadczenia o odstąpieniu przez ZUS od umowy nr 1083612 z dnia 12.04.2022 r..

W zakresie zarzutu nr 1 izba stwierdza, że odwołujący nie wykazał zasadności twierdzeń, na jakich opierał zarzut braku wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Uzasadnienie w odwołaniu opiera się na ocenie doświadczenia Lidera Konsorcjum DGP wynikającego z umowy realizowanej w konsorcjum na rzecz Miasta Krakowa i podważeniu wartości wskazanej w wykazie usług, jak i w wyjaśnieniach z 14.11.2024 r. Odwołujący dokonał wyliczenia rzeczywistej wysokości wynagrodzenia otrzymanego przez lidera na podstawie pierwszych 12 miesięcy świadczenia usługi, przyjmując również wskaźnik 72%, jako identyfikujący udział w realizowanych pracach, co pozwoliło przyjąć wartość 1.289.551,58 zł brutto.

Odnosząc się do założeń stanowiących podstawę wyliczeń odwołującego należy zakwestionować zarówno przyjęty wskaźnik 72%, jak również zasadność przyjęcia pierwszych 12 miesięcy usługi, która obejmowała 36 miesięcy, a wysokość faktur była różna i rosła w kolejnych miesiącach, co prezentuje zestawienie przygotowane przez uczestnika. Odwołujący określił wskaźnik przyjmując jako wyjściową całkowitą wartość umowy (9.299.127,83 zł brutto) i wartość wskazaną w wykazie usług odpowiadającą części wynagrodzenia otrzymanego przez lidera (6.654.214,80 zł). Ustalenie, że lider zrealizował prace, których wartość stanowi 72% całego kontraktu nie oznacza, że należało wskaźnik ten odnieść do faktur obejmujących część prac wykonanych przez lidera. Ponadto odwołujący przyjął okres świadczenia, w którym wartość faktur była najniższa, a na rozprawie przyznał, że kolejne okresy świadczenia usługi przez lidera pozwoliły osiągnąć wartość potwierdzającą spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Należy również zauważyć, że wzywając do wyjaśnienia wartości prac w okresie 12 miesięcy zamawiający dokonał nieuprawnionego doprecyzowania treści warunku przez wskazanie na okres 12 następujących po sobie miesięcy. Zgodnie z treścią warunku wykonawca mógł wykazać się usługą realizowaną w okresie 12 miesięcy, co pozwalało przyjąć dowolne 12 miesięcy z umowy realizowanej w okresie 36 miesięcy.

Brak spełnienia warunku udziału w postępowaniu odwołujący wywodził z sumowania wartości dwóch usług, w tym przyjmując zaniżoną w stosunku do rzeczywistej wartości umowy z pozycji nr 2 wykazu. Jednocześnie na rozprawie odwołujący próbował wskazać nowe okoliczności mające podważać doświadczenie wynikające z umowy realizowanej na rzecz Uniwersytetu w Siedlcach, co izba oceniła jako niedopuszczalne rozszerzenie podstawy faktycznej zarzutu. Ponieważ odwołujący nie wykazał zasadności przyjęcia niższej wartości usługi zrealizowanej przez DGP na rzecz Urzędu Miasta Krakowa, zarzut braku spełnienia warunku izba oddaliła. Wykonawca w wyjaśnieniach z 14.11.2024 r.

podał wartość zrealizowanych prac przez DGP Clean Partner Sp. z o.o. w okresie 12 miesięcy następujących po sobie miesięcy dotycząca wyłącznie budynków biurowych o powierzchni wewnętrznej 31 463,35 m²- 2 218 071,60 zł brutto. Po zsumowaniu z wartością usługi świadczonej na rzecz Uniwersytetu w Siedlcach (1.940.645,19 zł brutto), wykonawca wykazał się doświadczeniem w realizacji dwóch usług o wartości nie mniejszej niż 4.000.000,00 zł brutto.

Konsekwencją braku wykazania przez odwołującego zarzutu nr 1 było również oddalenie zarzutu naruszenia nr 2 – tj. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) i b) Ustawy w zw. z art. 109 ust. 10 Ustawy przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum DGP, podczas gdy wykonawca ten podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu z uwagi na wprowadzenie w błąd zamawiającego przez podanie nieprawdziwych informacji w wyjaśnieniach wykazu usług w zakresie wartości usług wykonanych przez DGP Clean Partner Sp. z o.o. w ramach realizacji umowy na rzecz Urzędu Miasta w Krakowie, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia i odrzucenie jego oferty.

Zarzuty nr 3 i 4 odwołujący opiera na wykazaniu nienależytego wykonania umów zawartych z Gminą Wrocław oraz Zakładem Ubezpieczeń Społecznych, które uzasadniać miało wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Ustawy, jak również w konsekwencji wprowadzenia zamawiającego w błąd oświadczeniami składanymi w JEDZ, na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Ustawy. Odwołujący na podstawie ogłoszeń o realizacji dwóch umów, w których zamieszczono informację o braku należytej realizacji, wywodził wypełnienie przesłanek fakultatywnych wykluczenia z postępowania, czego wykonawca nie wskazał w oświadczeniach składanych w JEDZ przez współkonsorcjantów, którzy realizowali obie umowy (DGP Clean Partner Sp. z o.o. i 7MG Sp. z o.o.). Wykonawca miał zataić informacje dotyczące dwóch nienależyte wykonanych umów oświadczając, że nie jest winien poważnego wykroczenia zawodowego oraz że nie miało miejsce rozwiązanie umowy przed czasem, odszkodowanie lub inne porównywalne sankcje.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Ustawy, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależyte wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów, lub który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależyte wykonał albo długotrwale nienależyte wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wad.

W odniesieniu do umowy realizowanej na rzecz Gminy Wrocław, zawartej 29.01.2024 r. skład orzekający ustalił, że naliczona kara umowna w wysokości 3.507,00 zł miała marginalne znaczenie tak z uwagi na wysokość, jak i charakter naruszeń, które nie uzasadniają uznania naruszeń jako poważnych naruszeń obowiązków zawodowych. Odwołujący nie podjął próby wykazania, aby naruszenia polegające na nieumyciu podłóg, kafli na ścianach oraz pokryw od pojemników na odpady w toaletach budynku, stwierdzone w protokole kontroli, traktować, jako istotne zobowiązania, poważne naruszenia obowiązków zawodowych. Tym samym samo wskazanie na fakt naliczenia kary umownej nie mogło prowadzić do stwierdzenia wystąpienia zdarzenia wyczerpującego przesłankę, czy to z art. 109 ust. 1 pkt 5 czy też pkt 7 Ustawy do wykluczenia z postępowania. Należy przy tym wskazać, że kluczowe znaczenie w świetle art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy ma ustalenie, czy dana kara umowna pełni funkcje odszkodowawczą (kompensacyjną), czy też nie, na co wskazuje Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 6.03.2024 r., sygn. akt XXIII Zs 2/24. Sąd podkreśla, że nie każda kara umowna będzie mieścić się w katalogu sankcji wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy, lecz jedynie kara mającą charakter odszkodowawczy. Odwołujący wskazując na kary naliczone w ramach kontraktu realizowanego na rzecz Gminy Wrocław w żadnym z argumentów nie odnosił się do charakteru kary, co w ocenie izby prowadzić musiało do uznania argumentacji za niepełną i niewystarczającą dla stwierdzenia wystąpienia podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Ustawy.

Również druga z umów wskazanych w odwołaniu, tj. zawarta z ZUS o nr 1083611, przy realizacji której naliczono kary umowne w wysokości 55.350,00 zł – potrącone z wynagrodzenia wykonawcy nie mogła z tych samych powodów uzasadniać stwierdzenia wystąpienia podstawy do wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 jak i 7 Ustawy. Odwołujący również w odniesieniu do tej umowy nie odnosił się do charakteru naruszeń i ich znaczenia, jako poważnego naruszenia zawodowego, czy też odszkodowawczego charakteru kary umownej. Przystępujący na odparcie zarzutów przedstawił odpis wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 8.08.2024 r., sygn. XX GC 608/22 zasądający od ZUS na rzecz lidera konsorcjum DGP Clean Partner sp. z o.o. w Warszawie kwotę 87.971,30 zł wraz z odsetkami za opóźnienie, potrącaną z wynagrodzenia należnego z tytułu świadczonej umowy nr 1071257 z 7.06.2019 r. w związku z

nieprawidłowościami w jej realizacji, w którym sąd stwierdza nieskuteczność naliczonych kar umownych w związku z niewykonaniem usługi. Wyrok ten nie odnosi się do umowy wskazanej w odwołaniu, jednak analogia przyjętych w kontraktach kształtowanych postanowieniami dokumentacji przetargowej ZUS klauzul umownych, również uzasadnia przyjęcie za niewystarczającą argumentację odwołującego, w której brak jest analizy postanowień umownych i ich charakteru w zakresie kształtowania odpowiedzialności kontraktowej za wskazane naruszenia obowiązków umownych.

Należy ponownie wskazać, że dla oceny zasadności zarzutów nie mogły mieć znaczenia ustalenia poczynione przez zamawiającego w zakresie innej umowy realizowanej przez GDP w konsorcjum na rzecz ZUS o nr. 1083612, w której doszło do odstąpienia od umowy. Okoliczności dotyczące tej umowy wykraczały poza podstawę faktyczną zarzutu, w której, jak wskazał sam odwołujący na rozprawie, nie odnosi się do umowy załączonej do odpowiedzi na odwołanie (protokół godzina 00:32:50). Izba pominęła dowody złożone wraz z odpowiedzią na odwołanie i dotyczące umowy z ZUS o nr 1083612, jako wykraczające poza zakres merytoryczny rozpoznania zarzutów odwołania.

Konsekwencją oddalenia zarzutu nr 3 jest oddalenie zarzutu nr 4 dotyczącego wprowadzenia zamawiającego w błąd oświadczeniami składanymi w JEDZ, które odwołujący opiera na ocenie obu kontraktów, w których doszło do naliczenia kar umownych.

Ponownie izba wskazuje na przywołany powyżej wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie, sygn. XXIII Zs 2/24, w którym sąd odnosi się do odpowiedzi na pytania sformułowane w JEDZ wskazując, że pytanie w JEDZ nie jest abstrakcyjnym, odnoszącym się do wszelkich innych przypadków przebiegu realizacji przeszłych umów. Oceniając obowiązek wykonawcy do udzielenia odpowiedzi sąd wskazał, że nie był on zobowiązany do podania wszystkich informacji, całej historii zawartych umów aby dopiero zamawiający po zbadaniu tej historii mógł dokonać oceny przyczyn rozwiązania umów i stwierdzić, czy zachodzą przesłanki do wykluczenia. Dalej sąd podkreślił, że informacja w JEDZ dotycząca uprzednich nieprawidłowości w realizacji umów powinna być skorelowana z przesłanką wykluczenia z art. 109.1. pkt 7.

Ponieważ odwołujący nie wykazał, aby nieprawidłowości przy realizowaniu obu kontraktów wskazywały na naruszenia, które prowadzą do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Ustawy izba nie miała podstaw do uznania, że wykonawca złożonym oświadczeniem w JEDZ wprowadził zamawiającego w błąd. W szczególności kontrakt z ZUS, do którego odnosił się odwołujący w podstawie zarzutu nie został rozwiązany przez odstąpienie od jej wykonania, a charakter kary nie został przez odwołującego wykazany, jako odszkodowawczy. Dyscyplinujący charakter kar wyklucza ocenę zdarzeń, jako wypełniających podstawy wykluczenia w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Ustawy. Jednocześnie należy przyjąć jako wytyczną dla oceny wprowadzonych w kontraktach ZUS klauzul umownych, ocenę analogicznych postanowień przedstawioną w wyroku sądu powszechnego, na podstawie którego ZUS zwrócił wykonawcy potrącone kary umowne.

Również zarzut ewentualny nr 5 - naruszenia art. 128 ust. 1 Ustawy przez zaniechanie wezwanie Konsorcjum DGP do uzupełnienia wykazu usług, podczas gdy ze złożonego na wezwanie z art. 126 ust. 1 Pzp wykazu usług i referencji wynika, że w zakres usługi wykazywanej przez Konsorcjum DGP na rzecz Uniwersytetu w Siedlcach zaliczono powierzchnię i wartość usługi realizowanej na obiekcie sportowym, podczas gdy w warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający określił, że wykazywana usługa miała być realizowana wyłącznie w budynkach biurowych lub edukacyjnych – izba oddaliła. Uzasadnienie w odwołaniu sprowadza się do postawienia tezy o niezgodności obiektu pod względem warunku, w którym zamawiający określił budynek jako edukacyjny, bez dalszej argumentacji. Tak skąpe uzasadnienie nie pozwalało na merytoryczną jego ocenę, co w konsekwencji czyniło zarzut gołosłownym.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 2 poz. 2437).

Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis w wysokości 15.000 zł oraz koszty uczestnika przystępującego po stronie zamawiającego, który wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przez zamawiającego w wysokości 3.600 zł obejmującej wynagrodzenie pełnomocnika i obciążyła nimi w całości odwołującego.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....

.....

.....