Sygn. akt: KIO 1118/24

WYROK

Warszawa, dnia 22 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Joanna Gawdzik-Zawalska
Protokolant:Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 kwietnia 2024 r. przez wykonawców:

ADS ŚWIECH sp. j. w Brzozówce

ADS sp. z o.o. w Brzozówce

ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Uniwersytet Jagielloński- Collegium Medicum w Krakowie

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy ubiegającego się o udzielnie zamówienia:

B.D. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą BD Zieleń B.D. w Krakowie

orzeka:

Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

a)unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wykluczenia i odrzucenia oferty odwołującego,

b)dokonać ponownej oceny i badania ofert;

Kosztami postępowania odwoławczego w całości obciąża zamawiającego i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego koszty: 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania oraz poniesione przez odwołującego i zamawiającego koszty po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) każdy tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i poniesione przez zamawiającego koszty 1 035 zł 50 gr (słownie: jeden tysiąc trzydzieści pięć złotych pięćdziesiąt groszy) tytułem kosztów noclegu i 68 zł 00 gr (słownie: sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictw;

2.2.zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

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.

Przewodniczący:……..…...……..

U z a s a d n i e n i e

Uniwersytet Jagielloński - Collegium Medicum w Krakowie (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U.2023.1605 z późn. zm.) (dalej Ustawa lub Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Wykonywanie usługi utrzymania czystości na terenach Uniwersytetu Jagiellońskiego - Collegium Medicum w Krakowie, w tym na terenach wpisanych do Rejestru Zabytków lub Gminnej Ewidencji Zabytków” -, numer publikacji ogłoszenia: 00776067-2023, numer wydania Dz.U. S: 246/2023 Data publikacji: 2023-12-21Z (dalej Postępowanie). Przedmiot zamówienia, warunki udziału, kryteria oceny ofert oraz zasady prowadzenia Postępowania określa specyfikacja warunków zamówienia (dalej SWZ).

W dniu 18 kwietnia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie wykonawców ADS ŚWIECH sp. j. w Brzozówce oraz ADS sp. z o.o. w Brzozówce ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego (dalej Odwołujący) od niezgodnych z Ustawą czynności Zamawiającego.

Odwołujący wniósł odwołanie od wy boru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę BD Zieleń B.D. oraz odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. a) Ustawy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.Art.109 ust. 1 pkt 5 Pzp przez bezzasadne wykluczenie Odwołującego z Postępowania z powołaniem się na okoliczność poważnego naruszenia przez niego, w sposób zawiniony, obowiązków zawodowych, co podważa jego uczciwość, w szczególności, gdy w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, podczas gdy Odwołujący nie dopuścił się poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, zaś Zamawiający nie wykazał przesłanek uzasadniających wykluczenie na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp ;

2.Art.109 ust.1 pkt 8 Pzp przez bezzasadne wykluczenie Odwołującego z Postępowania z powołaniem się na zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo w wyniku którego wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu, podczas gdy Odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania w okolicznościach określonych w art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, bowiem Zamawiający nie wykazał przesłanek uzasadniających wykluczenie Odwołującego na podstawie art.109 ust. 1 pkt 8 Pzp;

3.Art.109 ust.1 pkt 10 Pzp przez bezzasadne wykluczenie Odwołującego z Postępowania z powołaniem się na przedstawienia przez niego w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, podczas gdy Odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania w okolicznościach określonych w art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, gdyż Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek uzasadniających wykluczenie go na tej podstawię tym bardziej, że Zamawiający dysponował pełną informacją i dokumentami odnośnie postępowania o udzielenie zamówienia oraz przebiegu realizacji umowy nr 141.2711.74.2021 z dnia 7.04.2022r. –

4.Art.226 ust.1 pkt 2 Pzp przez uznanie, że zachodzą przesłanki wykluczenia Odwołującego z postępowania obligujące Zamawiającego do odrzucenia oferty Odwołującego w sytuacji gdy Zamawiający nie wykazał przesłanek wykluczenia Odwołującego,

5.Art.253 ust.1 pkt 2 Pzp poprzez brak uzasadnienia faktycznego i prawnego przez Zamawiającego decyzji o wykluczeniu Odwołującego w oparciu o art. 109 ust.1 pkt 5, pkt 8, pkt 10 Pzp, w tym w szczególności ziszczenia się przesłanek wykluczenia Odwołującego

ewentualnie - na wypadek nieuwzględnienia choćby jednego z zarzutów wskazanych w pkt. 1 -3 powyżej:

6.Naruszenie art. 128 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wykluczenia Odwołującego z Postępowania i odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazanie ponownego badania i oceny ofert.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

Pismem z 2 kwietnia 2024 r. przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił w związku z przesłaniem 29 marca 2024 r. przez Zamawiającego odwołania wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza - B.D. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą BD Zieleń B.D. w Krakowie (dalej Przystępujący)Izba wobec zachowania terminu i wykazania spełniania przesłanek z art. 525 Ustawy uznała zgłoszenie przystąpienia za skuteczne.

Strony powoływały się na dokumenty składające się na dokumentację postępowania, w szczególności ofertę Odwołującego wraz z wykazem usług i referencjami, oświadczenie Odwołującego w przedmiocie braku podstaw wykluczenia JEDZ, decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej, wykluczeniu i odrzuceniu oferty Odwołującego z22 marca 2024 r. (dalej Decyzja), korespondencję w tym także korespondencję email pomiędzy Zamawiającym i Odwołującym dotyczącą realizacji przez Odwołującego zawartej z Zamawiającym umowy na wykonywanie usługi utrzymania czystości na terenach Uniwersytetu Jagiellońskiego – Collegium Medicum w Krakowie z dnia 7 kwietnia 2022 r. nr 141.2711.75.2021 (dalej: Umowa 2022 r.), oraz dodatkowo przedłożone przez strony Umowa 2022 oraz dotyczące jej realizacji złożone przez Zamawiającego:

- dowód 1a - wykaz osób do Umowy 2022 i dokumenty potwierdzające zatrudnienie osób na umowę o pracę,
- dowód 1b - zaktualizowany Wykaz osób i umowa nowego pracownika,
- dowód 1c - informacja od pracownika zgłoszenie na bezrobocie,
- dowód 1d - korespondencja w sprawie kolejnych zgłoszeń od pracowników, początek wyjaśnień zatrudnienia,
- dowód 1e - wyjaśnienia zatrudnienia (korespondencja Zamawiajacego i Wykonawcy),
- dowód: 1f - cd. wyjaśnienia zatrudnienia (korespondencja Zamawiajacego i Wykonawcy),
- dowód 1g - cd. wyjaśnienia zatrudnienia (wezwanie Zamawiajacego),
- dowód 1h- cd. wyjaśnienia zatrudnienia (wezwanie Zamawiajacego),
- dowód 1i - cd. wyjaśnienia zatrudnienia (korespondencja Zamawiajacego i Wykonawcy),
- dowód 1j - dowód 2f - pismo Zamawiającego dot. naliczenia kary za opóźnienia w wyjaśnieniach dot. zatrudnienia pracowników, nałożenie kary na Wykonawcę,
- dowód 1k - dowód 2g - pismo Zamawiającego dot. naliczenia kary za brak ciągłości zatrudnienia pracowników, nałożenie kary na Wykonawcę, wyjaśnienia Wykonawcy,
- dowód 2a - dodatkowa kara (nie ujęta w piśmie Zamawiającego z dn. 22.03.2024r.) za niewykonanie usługi, protokół z niewykonania usługi, nałożenia kary na Wykonawcę,
- dowód 2b - protokoły dot. nienależytego wykonania umowy i niewykonania uslugi, nałożenie kary na Wykonawcę,

- dowód 2c - dodatkowa kara (nie ujęta w piśmie Zamawiającego z dn. 22.03.2024r.) za niewykonanie i nienależyte wykonanie umowy, protokół z niewykonania usługi, nałożenia kary na Wykonawcę,
- dowód 2d - protokół z niewykonania usługi, nałożenie kary na Wykonawcę,
- dowód 2e - protokół z niewykonania usługi, nałożenie kary na Wykonawcę,
- dowód 2h - protokół z niewykonania usługi, nałożenie kary na Wykonawcę,
- dowód 2i - protokół z niewykonania usługi, nałożenie kary na Wykonawcę,
- dowód 3 - ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Uni Europejskiej nr 246/2023 opublikowane w dniu 21.12.2023r. pod numerem 00776067-2023,
- dowód 4 - specyfikacja warunków zamówienia (SWZ),
- dowód 6 - wykaz usług Konsorcjum Wykonawców ADS Świech Sp. J. oraz ADS Sp. z o.o.,
- dowód 5 - korespondencja w sprawie referencji,
- dowód 7 - 1 wniosek o waloryzację z uwagi na wzrost wynagrodzenia i wzrost cen (po terminie),
- dowód 7a - uzupełnienie wyjaśnień do waloryzacji, częściowa zgoda na waloryzację i aneks nr 3 do umowy (waloryzacja),
- dowód 8a - JEDZ ADS Świech Sp. J.,
- dowód 8b - JEDZ ADS Sp. z o.o.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy. Izba uznała również, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy.

Mając na uwadze zebrany w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutów podstawowych naruszenia normy art. 109 ust. 1 pkt. 5), 8) i 10) Pzp pozostawiając zarzut ewentualny naruszenia art. 128 ust. 4 Pzp bez rozpoznania.

Odwołujący sformułował zarzuty podstawowe dotyczące nieuzasadnionego wykluczenia i w konsekwencji odrzucenia oferty oraz w stosunku do nich ewentualny zaniechania wezwania do wyjaśnień w zakresie oświadczenia z art. 125 ust. 1 Ustawy. Izba stwierdza, że w takiej sytuacji istnieją zarzuty, co do których Izba orzeka kolejno, w pierwszym rzędzie rozstrzygając, co do zarzutów podstawowych. Jeżeli żądanie główne okaże się uzasadnione, nie ma konieczności orzekania o żądaniu ewentualnym. Uznając zarzut podstawowy za niezasadny i oddalając go Izba orzeka o zarzucie ewentualnym. W niniejszej sprawie wobec uwzględnienia zarzutu podstawowego, zarzuty ewentualne nie podlegają rozstrzygnięciu.

Ustalając stan faktyczny Izba dopuściła dowody wnioskowane przez strony. Oparła się na dokumentacji postępowania i uwzględniła stanowiska i oświadczenia stron zaprezentowane w pismach procesowych i na rozprawie. Izba ustaliła, że w niniejszej sprawie stan faktyczny Postępowania nie był sporny. Różna była ocena zachowania Odwołującego dotyczącego realizacji Umowy 2022 jako wypełniającego lub nie hipotezę normy art. 109 ust. 1 pkt. 5) i dalej pkt. 8) i 10) Ustawy, w tym również prawidłowości uzasadnienia decyzji o wykluczeniu i odrzuceniu oferty Odwołującego w Postępowaniu z dnia 22 marca 2024 r.

Izba ustaliła bezsporne pomiędzy stronami, że:

1. Odwołujący realizuje na rzecz Zamawiającego usługi analogiczne do objętych Postępowaniem na mocy Umowy 2022 o wartości usługi 1 393 284,14 zł brutto od dnia 1 maja 2022 r. do 30 kwietnia 2024 r.; przedmiot usługi obejmuje tereny Zamawiającego o łącznej powierzchni 103 372, 06 m2 w lokalizacjach:

- teren przy Domach Studenckich „A" „B" „C", ul. Badurskiego 13, 15, 17 oraz przy Budynku „D", ul. Badurskiego 19, powierzchnia terenu ogółem 31 000,33m2,
- teren przy Domu Studenckim „D", ul. Racławicka 9a, powierzchnia terenu ogółem 3 032,00m2,
- teren przy Obiekcie Wydziału Lekarskiego UJ CM, ul. Kopernika 12, powierzchnia terenu ogółem 3 836m2,
- teren przy Obiektach Wydziału Lekarskiego UJ CM, ul. Kopernika 7, powierzchnia terenu ogółem 8281m2,
- teren przy Centrum Dydaktyczno - Kongresowym Wydziału Lekarskiego UJ CM, ul. św. Łazarza 16, powierzchnia terenu ogółem 4 555,44m2,
- teren przy Obiekcie Wydziału Lekarskiego UJ CM, ul. Grzegórzecka 16, powierzchnia terenu ogółem 4 874m2,
- teren przy Obiekcie Dydaktyczno - Administracyjnym UJ CM m ul. Skawińska 8, powierzchnia terenu ogółem 4000m2,
- teren przy Obiekcie Dydaktycznym UJ CM, ul. Kopernika 40, powierzchnia terenu ogółem 2 042,29m2,
- teren przy Obiekcie Dydaktycznym Wydziału Nauk o Zdrowiu UJ CM, ul. Michałowskiego 12, powierzchnia terenu ogółem 2392m2,
- teren przy Obiekcie Dydaktycznym Wydziału Nauk o Zdrowiu UJ CM, ul. Kopernika 25, powierzchnia terenu

ogółem 1261m2,

- teren przy Obiekcie Dydaktycznym Wydziału Farmaceutycznego UJ CM, ul. Medyczna 9, powierzchnia terenu ogółem 33 183m2,

- teren przy Obiekcie Biblioteki Medycznej UJ CM, ul. Medyczna 7, powierzchnia terenu ogółem 4914m2.

2.Zgodnie z Umową 2022 (par 8) Wykonawca zobowiązuje się do zatrudnienia na czas realizacji umowy takiej liczbę osób, która gwarantuje należyte wykonanie przedmiotu umowy i przedstawienia Zamawiającemu najpóźniej w dniu poprzedzającym rozpoczęcie realizacji umowy a także na żądanie Zamawiającego w ciągu 14 dni oraz w przypadku zmiany personelu w ciągu 14 dni od zmiany (pod warunkiem zapewnienia ciągłości zatrudnienia) imiennego wykazu osób zatrudnionych na umowę o pracę przez Wykonawcę do realizacji umowy, wykonujących prace polegające na utrzymywaniu czystości na terenach min. koszenie, zamiatanie, odśnieżanie - z podziałem na poszczególne tereny, wraz z dokumentami potwierdzającymi zatrudnienie na umowę o pracę, oraz do informowania o zmianach osobowych upoważnioną przez Zamawiającego osobę. Niedostarczenie przez Wykonawcę wymaganych imiennych wykazów wraz z wymaganymi dokumentami skutkować może odstąpieniem przez Zamawiającego od umowy z winy Wykonawcy i naliczeniem przewidzianej z tego tytułu kary umownej

3.Umowa 2022 przewidywała szereg kar umownych (par. 13) w tym z tytułu

(ust. 2):

a) za każdy dzień niewykonania usługi dla każdego terenu oddzielnie w wysokości 10% wartości brutto wynagrodzenia za każdy miesiąc, w którym uchybienie zostało stwierdzone,

b) za każdy dzień nienależytego wykonania usługi dla każdego terenu oddzielnie w wysokości 5% wartości brutto wynagrodzenia za każdy miesiąc, w którym uchybienie zostało stwierdzone,

c) przypadku odstąpienia od umowy lub rozwiązania umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, w wysokości 10% wartości umowy brutto ustalonej w § 3 ust. 1;

d) za każdy dzień zwłoki w wykonaniu obowiązku nałożonego na Wykonawcę w § 3 ust 5.1 w wysokości 150 zł (słownie: sto pięćdziesiąt złotych) (przedstawienie kalkulacji cen jednostkowych);

e) w przypadku braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom z tytułu zmiany wysokości wynagrodzenia, o której mowa w § 3 ust.4 lit. e) w wysokości 0,5% wartości umowy brutto ustalonej w § 3 ust. 1; za każdy dzień zwłoki w stosunku do terminu określonego w § 4 ust. 2;

f) w przypadku uchybienia obowiązkowi, o którym mowa w § 9 ust. 4 w wysokości 150 zł (słownie: sto pięćdziesiąt złotych) za każdy dzień uchybienia (udział osoby posiadającej uprawnienia konserwatora zabytków);

g) w przypadku niedotrzymania terminu, o którym mowa w § 9 ust. 8 w wysokości 100 zł (słownie: sto złotych) za każdy dzień uchybienia (poinformowanie o zmianie posiadającej uprawnienia konserwatora zabytków).

(ust.3) w odniesieniu do obowiązków zatrudnienia osób na umowę o pracę lub zatrudnienia osób niepełnosprawnych :

a) w przypadku niespełnienia przez Wykonawcę lub podwykonawcę wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wskazanych w §8 ust 7 lub § 8 ust 14*** w wysokości 500 zł liczone za każdy dzień zwłoki w wykonaniu tegoż obowiązku dla każdej osoby oddzielnie;

b)w przypadku naruszenia obowiązku wskazanego w § 8 ust 8 lub § 8 ust 15*** tj. za brak ciągłości w zatrudnieniu wskazanych tam osób w wysokości 500 zł liczone za każdy dzień zwłoki w wykonaniu tegoż obowiązku dla każdej osoby oddzielnie;

c)w przypadku spełnienia wymogu zatrudnienia jednak uchybienia terminowi, o którym mowa w § 8 ust. 10 pkt 1) lub w §8 ust. 18 lit. a)*** lub - § 8 ust. 12 zd. drugie lub § 8 ust. 13 lub § 8 ust. 16*** w wysokości 50 zł za każdy dzień zwłoki liczone dla każdej osoby oddzielnie;

d)w przypadku uchybienia terminowi, o którym mowa w § 8 ust. 3 - w wysokości 2000 zł za każdy dzień.

4.Strony ustalają, że w przypadku niespełnienia przez Wykonawcę lub podwykonawcę wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez Zamawiającego w SWZ czynności w stopniu nie mniejszym niż wskazany w toku postępowania o udzielenie zamówienia, nieokazanie dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w § 8 ust. 10 pkt 1), może skutkować odstąpieniem przez Zamawiającego od umowy z winy Wykonawcy i naliczeniem kary umownej wymienionej w ust. 2 lit. c). Oświadczenie o odstąpieniu od umowy może zostać złożone na piśmie w ciągu 30 dni kalendarzowych od powzięcia przez Zamawiającego wiedzy o wymienionym powyżej zdarzeniu uzasadniającym odstąpienie od umowy.

(ust. 5)

Strony ustalają, że zmniejszenie przez Wykonawcę ilości osób wskazanych w Załączniku nr 6 do niniejszej umowy (w stosunku do zadeklarowanej ilości osób w ofercie z dnia

), nieokazanie dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w § 8 ust. 10 może skutkować odstąpieniem przez

Zamawiającego od umowy z winy Wykonawcy i naliczeniem kary umownej wymienionej w niniejszym paragrafie w ust. 2 lit. c). Oświadczenie o odstąpieniu od umowy może zostać złożone na piśmie w ciągu 30 dni kalendarzowych od powzięcia przez Zamawiającego wiedzy o wymienionym powyżej zdarzeniu uzasadniającym odstąpienie od umowy. ***

(ust. 6) Zamawiającemu przysługiwać będzie prawo do odstąpienia od umowy w przypadku gdy, naliczone kary umowne przekroczą 25% wartości umownej brutto o której mowa w § 3 ust.1. Oświadczenie o odstąpieniu od umowy może zostać złożone na piśmie w ciągu 30 dni od dnia zdarzenia uzasadniającego odstąpienie.

4. W ramach Umowy 2022 Zamawiający stwierdził nienależyte wykonanie usług w niektórych lokalizacjach objętych Umową 2022, z czego spisano protokoły i obciążono Odwołującego karami umownymi:

a) nota księgowa z dnia 19.09.2022 r. – 510,83 zł obejmująca niewykonanie usługi w dniach 24, 30 i 31 maja 2022 r. na terenie przy ul. Racławickiej 9A

b) nota księgowa z dnia 10.11.2022 r - 764,55 obejmująca nienależyte wykonanie usługi w dniu 24 października 2022 r. na terenie przy ul. Badurskiego 13,15,17,19

c) nota księgowa z dnia 11.01.2023 r. - 2 290,96 zł - obejmująca kary umowne za niewykonanie i nienależyte wykonanie usługi w dniach 15, 11-12, 19, 20, 21, 23 grudnia 2022 r. na terenach: Badurskiego 13-19, Medycznej 7, Skawińskiej 8, Michałowskiego 12, Racławickiej 9a

d) nota księgowa z dnia 14.02.2023 r. - 142,04 zł - obejmująca kary umowne za niewykonanie usługi w dniach 19, 27 31 stycznia 2023 r. na terenie obiektu - Michałowskiego 12

e) nota księgowa z dnia 13.04.2023 r. - 47,35 zł - obejmująca kary umowne za niewykonanie usługi w dniach 17 marca 2023 r. na terenie obiektu - Michałowskiego 12

f) nota księgowa z dnia 28.08.2023 r. - 134,34 zł - obejmująca kary umowne za niewykonanie usługi w dniach 17 kwietnia 2023 r. na terenie obiektu - Michałowskiego 12

g) nota księgowa z dnia 28.12.2023 r. - 135,36 zł - obejmująca kary umowne za niewykonanie usługi w dniach 8 oraz 11 grudnia 2023 r. na terenie obiektu - Michałowskiego 12

Powyższe kary naliczane były w związku z wystąpieniem w łącznie 18 dniach w toku realizacji usług utrzymania w czystości terenów w części lokalizacji Zamawiającego powierzonych Odwołującemu w ramach Umowy 2022 uchybień na skutek nieobecności w danym dniu lub spóźnienia w danym dniu pracownika Odwołującego do pracy w danej lokalizacji i wiążącym się z tym nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem do określonej godziny danego dnia całego lub części zakresu usługi. Prace, w większości przypadków były realizowane w danym dniu, ale z opóźnieniem przez danego pracownika lub z opóźnieniem przez innego pracownika delegowanego przez Odwołującego w miejsce nieobecnego. Jedynie w kilku przypadkach część prac wykonana została przez pracownika Zamawiającego. Uchybienia, jakich dopuścił się Odwołujący w okresie zimowym związane były z niesprzyjającymi warunkami atmosferycznymi, dużym opadem śniegu i oblodzeniami. (Izba ustaliła powyższe w oparciu o noty księgowe wraz z protokołami i załączanymi do not księgowych pismami Zamawiającego oraz uwzględniając wyjaśnienia Odwołującego niekwestionowane przez Zamawiającego)

h) nota księgowa z dnia 19.04.2023 r, - 44 400,00 zł - obejmująca kary umowne za zatrudnianie pracowników - brak udzielenia wyjaśnień w terminie wynikającym z umowy

Nota wystawiona została w związku z wezwaniem Odwołującego przez Zamawiającego w dniu 25 sierpnia 2022 r. do wyjaśnienia w terminie do 8 września 2022 r. kwestii zatrudnienia czterech wskazanych w wezwaniu pracowników realizujących zgodnie z wykazem obejmującym 10 osób usługę w ramach Umowy 2022 za okres od 1 maja do 1 lipca 2022 r. i nieudzieleniem satysfakcjonującej Zamawiającego odpowiedzi mimo upływu 222 dni licząc od terminu wyznaczonego pierwszym wezwaniem. Zamawiający ponawiał wezwania i nie otrzymywał lub otrzymywał niejasne w jego ocenie odpowiedzi Odwołującego. Odwołujący wyjaśniał w pismach motywy rozwiązania umów o pracę z czterema pracownikami w oparciu, o które realizowano usługę od 1 maja 2022 r. możliwością pozyskania dofinansowania z Urzędu Pracy wobec wymienionych czterech pracowników. Przedstawił zaktualizowany wykaz pracowników wobec rozwiązania umów z pracownikami, w tym też jednym z czterech wymienionych wobec ciężkiego naruszenia obowiązków pracowniczych. Czterej pracownicy zatrudnieni zostali w związku z przejęciem terenu do utrzymania w czystości przez Odwołującego. Wcześniej zatrudnieni byli przez poprzedniego wykonawcę usługi analogicznej do objętej Umową 2022. (Izba ustaliła powyższe w oparciu o notę księgową, załączone do noty pismo Zamawiającego i korespondencję Zamawiającego z Odwołującym oraz uwzględniając wyjaśnienia Odwołującego niekwestionowane przez Zamawiającego)

i) nota księgowa z dnia 13.06.2023 r. - 17 000,00 zł - obejmująca kary umowne za zatrudnianie pracowników - brak ciągłości zatrudnienia,

Nota wystawiona została w związku z wyjaśnieniem wątpliwości co do zatrudnienia wymienionych czterech pracowników

Odwołującego i wskazaniem w piśmie z dnia 19 stycznia 2023 r. przekazanym Zamawiającemu wraz z pismem z dnia 27 kwietnia 2023 r. w odpowiedzi na wezwanie z dnia 9 grudnia 2022 r. przez Odwołującego, że przerwa w ich zatrudnieniu trwała w doniesieniu do każdego z nich 6, 8, 7 albo 13 dni i wynikała z wypowiedzenia pierwotnie zawartych umów o prace z dnia 27 kwietnia 2022 r. z rozpoczęciem pracy w dniu rozpoczęcia realizacji Umowy 2022 tj. od 1 maja 2022 r. i niezwłocznego zawarcia ponownie umów o pracę po zawarciu umów z Urzędami Pracy. Czterej pracownicy zostali zatrudnieni przez Odwołującego, jako że wcześniej wykonywali prace na rzecz innego wykonawcy na danych lokalizacjach Zamawiającego. Nie było w toku realizacji Umowy 2022 innych przypadków braku ciągłości zatrudnienia. (Izba ustaliła powyższe w oparciu o notę księgową, załączone do noty pismo Zamawiającego i korespondencję Zamawiającego z Odwołującym oraz uwzględniając wyjaśnienia Odwołującego niekwestionowane przez Zamawiającego)

Dalej Izba ustaliła w oparciu o SWZ i ofertę wraz z załącznikami Odwołującego, w tym także oświadczeniem o braku podstaw wykluczenia i wykazem usług referencyjnych a także Decyzję bezsporne okoliczności, że:

5. Zakres przedmiotu zamówienia w Postępowaniu określa SWZ – Załącznik nr 1 do umowy Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, obejmujący szereg szczegółowo opisanych czynności, które realizowane miały być codziennie do określonych godzin od poniedziałku do piątku, w razie potrzeb dyżury w soboty, niedziele podczas imprez takich jak „Juwenalia", „Medykalia", zjazdy i inne. „W okresie zimowym w zależności od warunków atmosferycznych usługa również realizowana w soboty, niedziele i święta. Wykonawca zobowiązany jest, bez wezwania ze strony Zamawiającego, do kontroli stanu ciągów komunikacyjnych w soboty, niedziele i święta. Zamawiający z co najmniej jednodniowym wyprzedzeniem powiadomi Wykonawcę o konieczności świadczenia usług w soboty i/lub niedziele podczas organizacji imprez t.j. „Juwenalia", „Medykalia", zjazdy i inne. Codzienne utrzymywanie czystości terenu, zbieranie i usuwanie śmieci oraz innych nieczystości. W/w czynności należy wykonywać najpóźniej do godziny 10.00 a w razie potrzeby na bieżąco w ciągu dnia. Koszenie trawy ok. 12 razy w okresie od 1 kwietnia do 31 października w okresie trwania umowy, wywóz skoszonej trawy, usuwanie zeschłych liści i gałęzi. Koszenie powinno nastąpić w ciągu 2 dni od zgłoszenia przez Zamawiającego konieczności wykonania prac oraz musi być wykonane w ciągu 4 dni od ich rozpoczęcia, sprzątanie krawędzi chodników i obrzeży ogrodzenia po ich zakończeniu. Dbanie o dobry stan trawników, w razie konieczności dosiewanie trawy i nawożenie oraz odchwaszczanie. Likwidacja miejscowych braków w trawniku oraz zapadlisk ziemi (wyrównanie powierzchni) poprzez nawiezienie ziemi, posiane trawy i ogrodzenie odtwarzanego fragmentu do momentu wzrostu trawy na odtwarzanym miejscu. Likwidacja kretowisk oraz dociskanie powierzchni trawnika(np. walcowanie) w miejscach gdzie została ona podniesiona przez gryzonie . UWAGA: DO KOSZENIA TRAWY NA TERENIE ZDS ZABRONIONE JEST UŻYWANIE CIĘŻKICH CIĄGNIKÓW. Dopuszcza się stosowanie kosiarek samojezdnych i małych traktorków ogrodowych. W okresach po długich opadach należy wykonać próbę przed rozpoczęciem koszenia sprawdzającą czy urządzenie koszące nie spowoduje zniszczeń trawnika (zagłębień). Podczas koszenia osłaniać wszelkie elementy infrastruktury dodatkowej takie jak elementy siłowni zewnętrznej i ścieżek zdrowia, wiaty grillowe, grille, murki, barierki, poręcze, ogrodzenia i inne sprzęty i urządzenia przed trawą wyrzucaną z kosiarki. W razie nieudanej próby osłonięcia natęży w/w oczyścić niezwłocznie po koszeniu Należy chronić również zaparkowane pojazdy. Przycinanie i pielęgnacja drzew oraz krzewów, uzupełnianie kory w rabatach i na skarpach obsadzonych krzewami, utrzymywanie w dobrym stanie technicznym palików podtrzymujących i zabezpieczających nowo nasadzone drzewa, w razie ich zniszczenia wymiana na nowe oraz usunięcie palikowania po zgłoszeniu takiej potrzeby przez Zamawiającego. Utrzymywanie w dobrym stanie technicznym wszelkich zabezpieczeń skarp (geowłóknina, siatka wzmacniająca, obrzeża utrzymujące korę), a w razie zniszczenia wymiana. Utrzymywanie w dobrym stanie wszelkich nasadzeń zarówno pod względem jakościowym i ilościowym, w przypadku dotknięcia ich chorobą lub ich zniszczenia odtworzenie. Podczas odtwarzania nasadzeń konieczne jest zastosowanie tego samego gatunku i kolorystyki jak również w miarę możliwości wielkości (wieku), powyższe nie dotyczy drzew kilkudziesięcioletnich. Zamawiający zastrzega, że w przypadku uszkodzenia, zniszczenia lub degradacji, jakiegokolwiek elementu terenów zielonych a w szczególności wymienionych w punktach 2 i 3 i konieczności jego wymiany na nowy, Wykonawca zobowiązany będzie do ich odtworzenia na własny koszt. Eliminacja szkodników z roślin zielonych i drzewek (np. mszyc, ślimaków, grzybów) – środki ochrony roślin zapewnia Zamawiający, Usuwanie i wywóz liści i gałęzi (Zamawiający zastrzega, że w przypadku, kiedy zmieni się okres z letniego wykonywania usługi na zimowy, a liście nadal pozostaną na drzewach lub na terenach zielonych nadal muszą być usuwane). Wczesne usuwanie chwastów z rabat, oraz samosiewów drzew z trawników i rabat po konsultacji z Zamawiającym Koszeniu, sprzątaniu i pielęgnacji podlega całość terenów zielonych na terenie Zespołu Domów Studenckich (ZDS) oraz teren wskazany na mapie, znajdujący się poza terenem ZDS o powierzchni 1 390 m2 od ogrodzenia domów prywatnych i ogrodzenia ZDS, wzdłuż drogi pożarowej do ulicy Medycznej. Tereny utwardzone - 13 525,33 m2W okresie tym

do utrzymania zalicza się: chodniki, taras, rampy, podjazdy i windy dla niepełnosprawnych, schody, drogi wewnętrzne, pożarowe, parkingi, boiska, ścieżki zdrowia wraz ze stanowiskami i urządzeniami do ćwiczeń, grille, wiaty rowerowe i śmietnikowe, podjazd gospodarczy w budynku D, znajdujące się na ogrodzonym terenie ZDS oraz chodnik w kierunku galerii handlowej, a także dwie drogi pożarowe znajdujące się poza terenem ZDS (zaznaczone na mapie) w kierunku galerii handlowej i Biblioteki Medycznej oraz w kierunku wjazdu na parking Wydziału Farmaceutycznego. Codzienne w razie potrzeby wielokrotne zamiatanie i sprzątanie terenu wraz z usuwaniem suchych liści i gałęzi. Do zamiatania stosować szczotki z twardym włosiem. Nie dopuszczać do pojawienia się mchu lub innych roślin, na terenach utwardzonych. Oczyszczanie krawężników i ciągów komunikacyjnych oraz ścieżek zdrowia, stanowisk do ćwiczeń i wiat grillowych z trawy i mchu wraz z ich wywozem. Nie zaleca się usuwania trawy i mchów za pomocą ostrych narzędzi, ponieważ może to naruszyć strukturę materiału. W celu ich usunięcia można stosować środki chemiczne do usuwania tego typu zanieczyszczeń po wcześniejszym przeprowadzeniu prób (w mało widocznym miejscu, na 24 godziny przed pierwszym zastosowaniem preparatu). Doczyszczanie zabrudzeń z terenów utwardzonych zalecane jest regularne mycie całej powierzchni kostki brukowej i płyt chodnikowych (za wyjątkiem ścieżek zdrowia i stanowisk do ćwiczeń) Do zabrudzeń które nie dają się usunąć podczas normalnej pielęgnacji stosować myjkę ciśnieniową (za wyjątkiem ścieżek zdrowia i stanowisk do ćwiczeń) W przypadku ciężkich zabrudzeń np. resztek tynku, plam z oleju można stosować specjalne środki chemiczne przeznaczone do czyszczenia powierzchni betonowych Codzienne utrzymywanie w czystości boisk sportowych 5.1 Do Ping-pongaNawierzchnia - nie dopuszczać do pojawienia się mchu lub innych roślin, które mogą rosnąć na nawierzchni. Częste szczotkowanie boiska uniemożliwia rozwój roślin, Stoły do ping-ponga - utrzymywać w czystości 5.2 Wielofunkcyjne Nawierzchnia - aby utrzymać je w czystości należy usuwać zanieczyszczenia, liście, resztki skoszonej trawy, gumę do żucia oraz inne nieczystości. Należy również okresowo myć boisko przy użyciu pistoletu ciśnieniowego. W celu zachowania higieny i estetyczności wyglądu nie częściej niż raz w roku można zastosować środki biobójcze (po uprzedniej konsultacji z producentem systemu), Bramki, słupki do siatki, tablice wraz z słupkami do koszykówki – utrzymywać w czystości. 5.3 Do tenisa Nawierzchnia - nie dopuszczać do pojawienia się mchu lub innych roślin, które mogą rosnąć na nawierzchni. Częste szczotkowanie boiska uniemożliwia rozwój roślin, Słupki do siatki – utrzymywać w czystości 5.4 Do siatkówki plażowej Nawierzchnia - Zalecane jest regularne (codzienne) zamiatanie powierzchni boiska przy użyciu miękkiej miotły w celu usunięcia zanieczyszczeń w postaci liści i śmieci. Na bieżąco usuwać wyrastającą trawę i chwasty z terenu boiska. Słupki do siatki i stanowisko sędziego – utrzymywać w czystości Codzienne utrzymywanie w czystości wiat rowerowych i stojaków rowerowych, urządzeń do ćwiczeń na ścieżkach zdrowia, ławek na terenie ZDS oraz koszy na śmieci Codzienne czyszczenie wiat grillowych (przecieranie ławek i stołów, usuwanie śmieci i resztek jedzenia) oraz grilli (czyszczenie rusztów oraz wymiatanie popiołu i niedopalonych resztek, czyszczenie zewnętrznej powierzchni grilli) Codzienne w razie potrzeby wielokrotne opróżnianie koszy na śmieci (wymiana worków – worki dostarczane przez wykonawcę usługi). Sprzątanie i dezynfekcja wiat śmietnikowych, usuwanie zabrudzeń z kostki brukowej w wiatach i ich okolicach, natychmiast po ich powstaniu, dbanie o właściwą segregację odpadów, w razie stwierdzenia niewłaściwego odpadu w kontenerze przeniesienie go do odpowiedniego pojemnika. Przygotowywanie w danym dniu do wywiezienia odpowiednich kontenerów (odpady komunalne i segregowane, BIO, papier, szkło) Oczyszczanie nawierzchniowe studzienek ściekowych oraz kratek odpływowych, powodujące prawidłowe odprowadzanie wody. Co najmniej raz w miesiącu czyścić wszystkie balustrady środkami nieścierającymi powierzchni i niezawierającymi rozpuszczalnika, do mycia należy stosować tradycyjne detergenty o wartości pH 5 i 9. Sprzątanie podjazdu gospodarczego w budynku D, ul. Badurskiego 19, (powierzchnia podjazdu wynosi 365 m2) w miarę potrzeby nie rzadziej niż dwa razy w miesiącu, W celu usunięcia zanieczyszczeń z powierzchni posadzki podjazdu należy stosować mechaniczne urządzenia myjące ze szczotkami obrotowymi silikonowymi lub polipropylenowymi średniej twardości w połączeniu z odkurzaczem (nie wolno stosować twardych szczotek) oraz odpowiednie środki czyszczące i detergenty. Nie wolno stosować rozpuszczalników typu aceton, toluen, ksylen trichloroetylen itp. Środki czyszczące nie mogą zawierać silnych związków alkalicznych oraz rozpuszczalników organicznych. Niedopuszczalne jest również czyszczenie posadzki środkami o odczynie kwasowym jak np. kwas chlorowodorowy i octowy nawet, jeżeli są rozcieńczone. Również alkohole i glikole mogą z czasem uszkodzić powierzchnię posadzki dlatego są zabronione.Odpowiednie środki myjące i czyszczące muszą mieć odczyn lekko zasadowy, czyli pH powyżej 7. Należy przestrzegać zaleceń producenta środków. Każde mycie (pielęgnacja) powinno być odnotowane w książce przeglądów, w dniu wykonania, znajdującej się w administracji ZDS (brak wpisu traktowany będzie jak niewykonanie tej usługi).„ Przy czym analogicznie szczegółowo określono przedmiot zamówienia dla okresu zimowego tj np.: „okresie zimowym: Łączna powierzchnia terenu w tym okresie wynosi 9 525,51 m2 W okresie tym do utrzymania zalicza się: chodniki, taras,

rampy, podjazdy i windy dla niepełnosprawnych, schody, drogi wewnętrzne, pożarowe, parkingi, grille, wiaty rowerowe i śmietnikowe, podjazd gospodarczy w budynku D (jak w pkt 11 Okresu Letniego), znajdujące się na ogrodzonym terenie ZDS oraz chodnik w kierunku galerii handlowej i dwie drogi pożarowe znajdujące się poza terenem ZDS w kierunku galerii handlowej i Biblioteki Medycznej oraz w kierunku wjazdu na parking Wydziału Farmaceutycznego (zaznaczone na mapie) Usuwanie śniegu i błota pośniegowego z chodników, tarasu, ramp, podjazdów i wind dla niepełnosprawnych, schodów, dróg wewnętrznych i dojazdowych, pożarowych oraz parkingów. Usuwanie sopli z zadaszeń przed budynkami, wiat rowerowych i śmietnikowych, w razie potrzeby wielokrotnie w ciągu dnia. Nawierzchnię z betonowej kostki i płyt betonowych na bieżąco odśnieżać nie dopuszczając do powstania warstwy ubitego śniegu, lodu (zabronione jest stosowanie ostrych narzędzi do jego usuwania). Posypywanie piaskiem chodników, ramp, podjazdów dla niepełnosprawnych, schodów, dróg wewnętrznych i dojazdowych, pożarowych oraz parkingów - w razie potrzeby wielokrotnie w ciągu dnia – piasek zapewnia wykonawca (piasek płukany 0,2 mm). Teren nie może być posypywany solą. Zaleca się jak najszybsze usunięcie piasku z powierzchni kostki brukowej. Pozostawiony osad piaskowy, przykryty śniegiem lub lodem przyczynia się do powstania jasnych i trudno usuwalnych śladów na powierzchni kostki. Uwaga na terenie ZDS nie ma miejsca do zmagazynowania piasku. Po zakończeniu sezonu zimowego należy usunąć pozostałości piachu z posypywanych terenów. W/w czynności należy wykonywać najpóźniej do godziny 700 a w razie potrzeby na bieżąco w ciągu dnia.

Postanowienia ogólne Wszelkie zauważone uszkodzenia, zniszczenia lub braki w wyposażeniu terenu ZDS jak również uszkodzenia chodników, ramp, podjazdów i wind dla niepełnosprawnych, schodów, dróg wewnętrznych i dojazdowych, pożarowych oraz parkingów, które obsługuje Wykonawca należy natychmiast zgłosić w administracji ZDS, a w przypadku nieobecności jej pracowników na recepcji budynku A. Do dyspozycji Wykonawcy oddaje się pomieszczenie P39 w budynku przy ulicy Badurskiego 19 na podręczny sprzęt do sprzątania.

Zabrania się przechowywania w tym pomieszczeniu paliwa, butli gazowych oraz innych substancji łatwopalnych i wybuchowych. Klucz do pomieszczenia jest dostępny na recepcji budynku A i po zakończeniu pracy ma być tam zwracany. Za zagubienie klucza Wykonawca będzie obciążony zgodnie z cennikiem za dorobienie klucza, aktualnym w dniu jego wykonania. Przed opuszczeniem pomieszczenia należy bezwzględnie wyłączyć oświetlenie oraz wszystkie urządzenia elektryczne w pomieszczeniu. Pomieszczenie dozorowane jest przez Centralę Sygnalizacji Pożaru i w razie jego powstania informacja taka przekazywana jest bezpośrednio do straży pożarnej. W razie wystąpienia pożaru w pomieszczeniu oddanym do użytkowania Wykonawcy będzie on obciążony kosztami interwencji straży pożarnej oraz przywrócenia pomieszczenia do stanu pierwotnego. Uwaga: administracja zastrzega sobie prawo do kontroli pomieszczenia w dowolnej chwili. „

Obowiązki opisane zostały również z podziałem na poszczególne lokalizacje objęte Umową 2022

6. Zgodnie z pkt. 8) ppkt. 2.4.1 SWZ, Wykonawca winien był wykazać, że: „posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie, tj. wykazać, iż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował lub realizuje minimum 2 usługi utrzymywania czystości na terenach zewnętrznych (tj. drogach wewnętrznych, parkingach, chodnikach, boiskach itp.) wraz z pielęgnacją zieleni lub nasadzeniami zieleni na obszarze o łącznej powierzchni objętej utrzymaniem czystości w wykazanych łącznie dwóch usługach nie mniejszej niż 50 000m2, a w tym co najmniej jedną usługę na terenie wpisanym do Rejestru Zabytków lub znajdujących się w strefie chronionej albo wpisanym do Gminnej Ewidencji Zabytków, wykonane lub wykonywane należycie, każda przez okres co najmniej 12 miesięcy w ramach jednego kontraktu.";
7. Odwołujący w ramach Postępowania na wezwanie Zamawiającego złożył Jednolity Europejski Dokument Zamówienia (ESPD) (dalej JEDZ) osobno dla ADS Świech Sp. J. i ADS Sp. z o.o., w których Odwołując przedstawili informacje, że nie zachodzą wobec nich obligatoryjne, a także fakultatywne podstawy wykluczenia, przewidziane w Postępowaniu oraz Wykaz usług, stosownie do wzoru określonego Załącznikiem C do SWZ, celem potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania zdolności technicznej i zawodowej, określonego przez Zamawiającego oraz wskazał w poz. 1 tabeli Wykazu usług, że jest w trakcie realizacji na rzecz Zamawiającego usługi w ramach Umowy 2022 nie dołączając żadnego dokumentu, potwierdzającego, czy usługi, są należycie wykonywane. Także w Wykazie usług, pod tabelą, w miejscu przeznaczonym do wskazania dokumentów, jakie Wykonawca dołącza na potwierdzenie, że wykazane wyżej usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, Wykonawca podał tylko informację na temat dokumentu (referencji) dotyczącego usługi, wskazanej w poz. 2 tabeli Wykazu usług;
8. Zamawiający uznając, że nie może potwierdzić, że usługi stanowiące przedmiot zamówienia Umowy 2022 są

wykonywane należycie wykluczył i w konsekwencji odrzucił ofertę Odwołującego decyzją z dnia 22 marca 2024 r. wskazując jako uzasadnienie wykluczenia normę art. 109 ust. 1 pkt. 5), 8) i 10) Ustawy (dalej również Decyzja).

9. Uzasadniając Decyzję Zamawiający przywołał podstawy prawne wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt. 5), 8) 10) Ustawy i ich wykładnię oraz wskazał, że przywołał dla uzasadnienia wykluczenia w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt. 5), 8) i 10) Pzp uchybienia Odwołującego w zakresie niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy 2022 będące już wcześniej „przedmiotem korespondencji prowadzonej za pośrednictwem poczty elektronicznej e-mail w okresie między 27.07.2023r., a 08.08.2023r. pomiędzy Wykonawcą, a Zamawiającym. W związku ze zwróceniem się Wykonawcy o wystawienie referencji, Zamawiajacy udzielił mu informacji, że może przygotować referencje, jednakże w treści konieczne będzie wskazanie, iż zapisy umowy nie są realizowane w sposób należyty".

10. W Decyzji i wcześniejszej odmowie wydania referencji Zamawiający przywołał 7 z 9 wystawionych not księgowych, tj:

1. nota księgowa z dnia 11.01.2023 r. - 2 290,96 zł
2. nota księgowa z dnia 14.02.2023 r. - 142,04 zł
3. nota księgowa z dnia 13.04.2023 r. - 47,35 zł
4. nota księgowa z dnia 19.04.2023 r, - 44 400,00 zł
5. Nota księgowa z dnia 13.06.2023 r. - 17 000,00 zł
6. Nota księgowa z dnia 28.08.2023 r. - 134,34 zł
7. Nota księgowa z dnia 28.12.2023 r. - 135,36 zł

Zamawiający wskazał również, że „w związku z zaistniałymi, udokumentowanymi sytuacjami potwierdzającymi nieprawidłowości przy realizacji usługi, Zamawiający nie mógł postanowić inaczej i nie mógł potwierdzić należytego wykonywania usługi. Wobec powyższego, Wykonawca oświadczając w dokumencie JEDZ, że nie podlega wykluczeniu oświadczył nieprawdę i celowo wprowadził Zamawiającego w błąd." oraz nie dokonał samooczyszczenia.

Izba stwierdza, że zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt. 5), 8), 10) oraz ust. 2 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

5) który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów;

8) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych;

10) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 1, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

Zgodnie z art. 16 w zw. z art. 17 ust. 2 w zw. z art. 239 ust. 1 Ustawy : Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; przejrzysty; proporcjonalny. Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. a) Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Zgodnie z normą art. 253 Pzp zamawiający zobowiązany jest w decyzji o wykluczeniu i odrzuceniu oferty przedstawić podstawę prawną i faktyczną czynności. Izba wskazuje tutaj, że norma art. 253 ust.1 pkt 2 Pzp nakazująca Zamawiającemu określić w uzasadnieniu czynności wykluczenia i odrzucenia oferty podstawę prawną i faktyczną danej czynności ma znaczenia dla oceny prawidłowości jej podjęcia. Nie zamyka jednak i nie stanowi sama w sobie uzasadnienia dla bierności, którejkolwiek ze stron, co do aktywności dowodowej na etapie postępowania odwoławczego zarówno, co do składania dowodów na okoliczności, z których strona wywodzi dla siebie skutki prawne jak i przeciwdowodów dla dowodów i twierdzeń oponenta a zaniechanie inicjatywy dowodowej pociąga dla strony skutki procesowe. Ciężar dowodowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie wyłącza odpowiedzialności procesowej za rozstrzygnięcie wiążącej się z aktywnością dowodową stron na etapie postępowania odwoławczego.

Izba stoi na stanowisku, że dla wypełnienia hipotezy art. 105 ust. 1 pkt. 5 Ustawy nie jest wystarczające wykazanie niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w rozumieniu przepisów kodeksu cywilnego. Dla stwierdzenia delictu w rozumieniu Pzp konieczne jest wykazanie przez Zamawiającego, że zachowanie wykonawcy miało charakter

zawiniony i poważny co podważa jego uczciwość zawodową. Kwalifikowany charakter naruszenia powoduje, że należy wykazać i rozważyć okoliczności związane z realizacją kontraktu w kontekście tego, czy uchybienia są tego rodzaju i zakresu, że podważają uczciwość zawodową wykonawcy uzasadniającą wykluczenie go z potencjalnej realizacji nie tylko danego kontraktu, ale in genere kontraktów w reżimie prawa zamówień publicznych na dalszych parę lat, również w aspekcie proporcjonalności wykluczenia, o której mowa art. 109 ust. 3 Ustawy i zgodnie z art. 111 Pzp. Takie działanie przepisów potwierdzone zostało między innymi w wyroku Sądu Zamówień Publicznych z dnia 4 kwietnia 2023 r., sygn. XXIII Zs 15/23 wskazaniem, iż wykluczenie z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 (podobnie pkt. 5) jest quasi sankcją karną, nie ogranicza się bowiem w swoich skutkach tylko do tego przetargu, w którym zostaje orzeczona, ale (poprzez art. 111 pkt 4 Pzp) rozciąga się dalej w czasie na okres kolejnych 3 lat, wykracza więc poza odpowiedzialność czysto kontraktową (podobne stanowisko w wyroku sygn. akt XXIII Zs 71/22). Poza skutkiem decyzji u danego zamawiającego o wykluczeniu, stanowi ona dla wykonawcy sygnał, w jaki sposób należy sytuację tą uwzględniać w kolejnych postępowaniach. Wykonawca zobowiązany jest w takiej sytuacji potwierdzić fakt podlegania wykluczeniu (jeżeli okres, na jaki to wykluczenie następuje z mocy prawa nie upłynął), co pozwala na skorzystanie z samooczyszczenia. Tylko w przypadku, gdy zachodzi podstawa wykluczenia mechanizm ten może znaleźć zastosowanie (por. wyrok z 17.06.2022, sygn. XXIII Zs 71/22). Mając na uwadze brzmienie normy art. 109 ust. 12 pkt. 5) Pzp i dotkliwość konsekwencji jej zastosowania, szczególnie istotne jest dla oceny wykluczenia dokonanie analizy uchybień, jakich dopuścił się wykonawca w danym postępowaniu – ich charakteru, dotkliwości, rozmiarów, powtarzalności i częstotliwości a także czy wystąpienie ich jest działaniem zawinionym lub rażącym niedbalstwem wykonawcy podważającym jego uczciwość.

W niniejszej sprawie bezsporny był fakt nienależytego wykonania, niektórych obowiązków wykonawcy określonych Umową 2022. Niesporny był ich zakres i częstotliwość.

W ocenie Izby czynność Zamawiającego w świetle charakteru i liczby naruszeń przywołanych w Decyzji oraz zakresu i czasu trwania świadczenia usług w ramach Umowy 2022 była nadmiarowa. Uzasadnienie uznania uchybień za wypełniające hipotezę podstawy wykluczenia niewystarczające, jako sprowadzające się ogólnikowych stwierdzeń, które nie zasługują na ocenę jako prawidłowe wobec liczby i rodzaju naruszeń przywołanych w Decyzji, wobec czasu trwania Umowy i zakresu obowiązków Odwołującego opisanych załącznikiem nr 1 do SWZ i do projektu umowy.

Spóźnienia i nieobecności nie były nagminne. Kwestia przerw w zatrudnieniu, choć z opóźnieniem, ale została wyjaśniona i nie miała charakteru powtarzalnego.

Uchybienia opisane Decyzją nie są wystarczające dla uznania, że Zamawiający wykazał zaistnienie zawinionego lub wynikającego z rażącego niedbalstwa, poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, co podważa uczciwość Odwołującego jako wykonawcy, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie. Zamawiający nie wykazał ani nie uprawdopodobnił zawinienia wykonawcy, zamierzonego lub rażącego niedbalstwa, którego wynikiem byłyby wskazane uchybienia, ani że waga uchybień wskazanych jako podstawa wykluczenia uzasadnia utratę zaufania do Odwołującego podważając jego uczciwość zawodową.

Konsekwencją braku istnienia naruszenia kwalifikowanego w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt. 5) Pzp jest nieprawidłowość wykluczenia Odwołującego w trybie art. 109 ust. 1 pkt. 8) i 10) Pzp wobec braku elementu stanu faktycznego, który winien być ujawniony - wykluczenia.

Mając na uwadze powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553, art. 554 ust. 1 pkt. 1) Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 575 i art. 574 Ustawy oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt. 1 zw. z § 5 Rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca :……