

Sygn. akt: KIO 1939/22

WYROK
z dnia 11 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 sierpnia 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 lipca 2022 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Seris Konsalnet Ochrona Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Jana Kazimierza 55, 01-267 Warszawa, **Seris Konsalnet Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Jana Kazimierza 55, 01-267 Warszawa, **Target spółka jawna A.Ł., M.R.**, ul. Gwiazdzista 15A lok. 400, 01-651 Warszawa, **Aspect Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Modlińska 51 lok. 223, 03-188 Warszawa, **J.G. J.K. Zamek spółka jawna**, ul. Gwieździsta 15A lok. 400, 01-651 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Muzeum II Wojny Światowej w Gdańsku**, Pl. Władysława Bartoszewskiego 1, 80-862 Gdańsk

przy udziale

wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Agencja Ochrony K. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Chmielna 34, 00-020 Warszawa, **Agencja Ochrony MK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Jana Kazimierza 64/128, 01-240 Warszawa, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę **4.082,25 zł** (słownie: cztery tysiące osiemdziesiąt dwa złotych dwadzieścia pięć groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika, kosztami dojazdu oraz opłaty skarbowej.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1939/22

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym przez Zamawiającego – Muzeum II Wojny Światowej w Gdańsku na „świadczenie usługi ochrony fizycznej osób i mienia dla Muzeum II Wojny Światowej w Gdańsku” (nr ref. PA.280.3(1).2022), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 maja 2022 r. pod numerem 2022/S 087-236595, wobec czynności polegającej na wadliwym badaniu i ocenie ofert, a także wyborze oferty najkorzystniejszej (Konsorcjum K.), Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o., Seris Konsalnet Security Sp. z o.o., Target spółka jawna A.Ł., M.R., Aspect Sp. z o.o., J.G. J.K. Zamek spółka jawna (Konsorcjum Seris) wnieśli w dniu 25.7.2022 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1839/22).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1. art. 239 ust. 1 Pzp poprzez wybór oferty Konsorcjum K., w sytuacji, gdy oferta ta powinna zostać odrzucona;
2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum K., które w sposób zawiniony poważnie naruszyło obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość polegające na nienależytym wykonaniu umowy zawartej z Archiwum Państwowym w Warszawie poprzez brak zapewnienia licencjonowanych pracowników ochrony mienia posiadających broń obiektywą do realizacji usługi i realizację usługi przez osoby nie posiadające stosownych kwalifikacji;
3. art. 111 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum K. w związku z zaistnieniem wobec tego wykonawcy przesłanki wskazanej w art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie odrzucenia oferty Konsorcjum K. oraz wykluczenie tego wykonawcy i dokonanie ponownej oceny ofert.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca – Konsorcjum spółek: Agencja Ochrony K. Sp. z o.o., Agencja Ochrony MK Sp. z o.o. (Konsorcjum K.).

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości (pismo z 7.8.2022 r.).

Odwołujący podtrzymał wszystkie zarzuty odwołania.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniach zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, zwana dalej Ustawą.

Odwołanie nie podlegało odrzuceniu i takich wniosków również nie formułowano w pismach procesowych, jak i w toku posiedzenia niejawnego przed otwarciem rozprawy.

Izba na posiedzeniu oddaliła zarzuty Odwołującego dotyczące skuteczności umocowania pełnomocników Zamawiającego, dla których podstawy Odwołujący upatrywał w ograniczonym zakresie pełnomocnictwa Zastępcy Dyrektora Muzeum z 01.08.2021 r. Przedłożone na posiedzeniu pełnomocnictwa Izba oceniła jako prawidłowe, w szczególności uznając, iż wymienione w pełnomocnictwie dla Zastępcy Dyrektora czynności, nie stanowią zamkniętego katalogu działań, do jakich został on umocowany. Treść pełnomocnictwa z dnia 01.08.2021 r. wprost wskazuje na umocowanie do wykonywania wszelkich czynności faktycznych i prawnych w imieniu Muzeum, w tym w zakresie przekraczającym zwykły zarząd. Wskazane w pkt 2 umocowanie do dokonywania czynności w postępowaniach przetargowych obejmuje również udzielanie pełnomocnictwa do reprezentowania Zamawiającego, którego decyzje mogą prowadzić do sporu przed Krajową Izbą Odwoławczą. Skoro Zastępca Dyrektora wykonuje w imieniu Muzeum czynności w postępowaniu przetargowym – działa jako Zamawiający, to również może udzielić umocowania do reprezentowania go w sporze przed KIO. Odwołujący formułując wniosek nie uwzględnił pełnej treści pełnomocnictwa, co nie mogło prowadzić do uwzględnienia zarzutów.

Rozpoznając odwołania Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym dowody dotyczące umowy z 20.05.2020 r. realizowanej na rzecz Archiwum Państwowego w Warszawie przez Konsorcjum K. w okresie od 27.05.2020 r. do 1.06.2021 r.

Izba ustaliła i zważyła.

Zamawiający przewidział w rozdziale 13 pkt 3 swz fakultatywną przesłankę wykluczenia wykonawców na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 Ustawy.

Konsorcjum K. świadczyło na podstawie umowy z 20.05.2020 r. usługi ochroniarskie na rzecz Archiwum Państwowego w Warszawie. Umowa zakończyła się w terminie wskazanym w umowie (01.06.2021 r.).

Odwołujący pismem z 15.07.2022 r. poinformował Zamawiającego o uchybieniach do jakich miało dojść w trakcie świadczenia usługi i polegających na wykonywaniu usługi przez osoby nie posiadające stosownych kwalifikacji pracownika ochrony mienia i bez broni, jak również samowolnym opuszczeniu przez pracowników miejsca świadczenia usług. Wykonawca załączył dokumenty uzyskane od Archiwum Państwowego, tj. zawiadomienie o unieważnieniu postępowania z 30.04.2021 r., z którego wynika, iż wykonawca naruszył zapisy umowy, nienależycie wykonał zamówienie i został wykluczony z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 Ustawy.

Zamawiający wezwał pismem z 18.07.2022 r. Konsorcjum K. do wyjaśnienia oświadczenia złożonego w JEDZ w zakresie braku podstaw do wykluczenia, w szczególności podstawy z art. 109 ust. 1 pkt 5 Ustawy. Zamawiający oczekiwał podania szczegółowych informacji zawartych w pytaniach, na które wykonawca udzielił odpowiedzi w piśmie z 20.07.2022 r. Wykonawca wskazał na częste rotacje pracowników, do których dochodziło w związku z dużą ilością zachorowań pracowników na COVID-19 i obowiązkową kwarantanną pracowników mających kontakt z osobami chorymi. Wskazywane przez Archiwum Państwowe uchybienia dotyczyły niewielkiego zakresu zamówienia i nie wpłynęło na poziom bezpieczeństwa Archiwum Państwowego. Umowa nie została wypowiedziana, a usługi poza incydentami były realizowane należycie i kompletnie do końca okresu jej obowiązywania. Po zakończeniu realizacji umowy sporządzony został „Protokół przekazania obiektu”, z którego wynika, iż wszystkie obiekty oraz mienie chronione przez Konsorcjum K. przekazane zostały bez uwag zamawiającego. Archiwum nie wystąpiło również z żadnymi roszczeniami w zakresie uchybień lub szkód. Z uwagi na unieważnienie postępowania oraz brak zainteresowania i woli dalszym świadczeniem usług na rzecz Archiwum, wykonawca nie zdecydował się na wniesienie odwołania w postępowaniu, o którym mowa w zawiadomieniu. Do pisma załączył protokół z 1.06.2021 r. kończący świadczenie usługi ochrony na podstawie zawartej umowy z 20.05.2020 r. Dodatkowo wykonawca przekazał pismo, jakie otrzymał od Archiwum Państwowego z 28.04.2021 r. zatytułowane „Informacja o nienależyтым wykonaniu umowy”, z którego wynika, że w okresie od 01.04.2021 r. do 29.04.2021 r. aż czterokrotnie dochodziło do zmiany pracownika świadczącego usługi ochroniarskie w obiekcie przy ul. Krzywe Koło 7 w Warszawie. Zgodnie z umową Zamawiający wymagał, aby w okresie realizowania umowy Wykonawca nie dokonywał zmiany pracowników (poza przypadkami losowymi). *Zamawiający takie postępowanie stanowczo neguje i traktuje jako nienależyte wykonanie umowy.*

Zamawiający wystąpił również w piśmie z 15.07.2022 r. do Archiwum Państwowego w Warszawie o udzielenie informacji oraz udostępnienie dokumentów istotnych w zakresie oceny istnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Zamawiający prosi o udzielenie odpowiedzi na pytania:

- 1. Czy w prowadzonym przez Państwa postępowaniu Wykonawca Agencja Ochrony K. Sp. z o.o. ul. Chmielna 34,00-020 Warszawa- lider, Agencja Ochrony MK Sp. z o.o. ul. Jana Kazimierza 64, 01-248 Warszawa- partner odwołał się od decyzji Zamawiającego o jego wykluczeniu? Jeżeli tak to prosimy o przekazanie kopii odwołania Wykonawcy oraz kopii orzeczenia KIO w przedmiotowej sprawie.*
- 2. Na czym polegało nienależyte wykonywanie umowy przez Wykonawcę Agencja Ochrony K. Sp. z o.o. ul. Chmielna 34,00-020 Warszawa- lider, Agencja Ochrony MK Sp. z o.o. ul. Jana Kazimierza 64, 01-248 Warszawa- partner , opisane przez Państwa w zawiadomieniu o unieważnieniu z dnia 30.04.2021 r. Prosimy o przekazanie szczegółowego uzasadnienia faktycznego podjętej decyzji, które Zamawiający z pewnością przekazał wykluczalnemu Wykonawcy.*
- 3. Jakie konsekwencje wywołało u Zamawiającego przedmiotowe nienależyte wykonanie umowy przez Wykonawcę?*
- 4. Czy podczas trwania Umowy z ww. Wykonawcą Zamawiający- Archiwum Państwowe w Warszawie ul. Krzywe Koło 7 00-270 Warszawa stwierdził inne naruszenia wykonania umowy, jeżeli tak - jakiego rodzaju były to naruszenia, jaki miały charakter (poważne naruszenia obowiązków umownych czy mniej istotne), jaki skutek naruszenia przyniosły dla Zamawiającego i Wykonawcy?*
- 5. Czy ww. Wykonawcy podczas trwania umowy zostały naliczone kary umowne? Jeżeli tak to w jakiej wysokości i jaką wagę stanowiły w stosunku do całości zamówienia?*
- 6. Prosimy o przekazanie pism kierowanych do Wykonawcy w toku realizacji przez Wykonawcę przedmiotu Umowy wskazujących na zakres naruszeń, wagę naruszeń oraz ich konsekwencje, ewentualnie wzywających do prawidłowego wykonywania przedmiotu Umowy?*
- 7. Czy Wykonawca, mimo stwierdzonych naruszeń wykonywał przedmiot Umowy do końca okresu obowiązywania Umowy czy też Umowa została Wykonawcy przez Państwa wypowiedziana?*
- 8. W kontekście obowiązującej doktryny i judykatury, statuującej konieczności posiadania przez Zamawiającego dowodów na „poważne naruszenie obowiązków zawodowych” przez Wykonawcę zwracamy się z prośbą o przekazanie kopii dowodów na których oparliście Państwo swoją decyzję o wykluczeniu Wykonawcy z prowadzonego postępowania,*

9. *Przekazanie innych wyżej nie wskazanych informacji lub dokumentów, dowodzących na wypełnienie w Państwa przypadku przesłanek wykluczenia Wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 5) ustawy Pzp.*

W odpowiedzi Archiwum przekazało Zamawiającemu pismo z 14.04.2021 r., jakie przekazane zostało do Konsorcjum K. zawierające informacje o nienależytym wykonaniu umowy. w piśmie tym wskazane zostało, iż *W dniu 31.03.2021 r. w godzinach popołudniowych pracownik Wykonawcy posiadający kwalifikacje pracownika ochrony wraz z pozwoleniem na broń obiekтовую, opuścił stanowisko pracy nie informując o fakcie przedstawiciela żadnej ze strony umowy. Zamawiający poinformował telefonicznie o tym fakcie Wykonawcę, który zobowiązał się niezwłocznie zapewnić zastępstwo, aby realizować usługę zgodnie z zapisami umowy. Wykonawca zapewnił zastępstwo przez osobę nie posiadającą odpowiednich kwalifikacji zawodowych oraz nie posiadającą pozwolenia na broń obiekтовую. Powyższy fakt nie został przedstawiony Zamawiającemu przez Wykonawcę. Zamawiający sam stwierdził naruszenie zapisów w umowie, wykonując kontrolę obiektu w godzinach wieczornych w dniu 31.03.2021 r. Podobna sytuacja miała miejsce w IV kwartale 2020 r. kiedy to pracownik świadczący pracę na rzecz Wykonawcy opuścił stanowisko pracy, wychodząc na rzekome ćwiczenia na strzelnicy. W związku z ujawnionymi przypadkami opuszczenia stanowiska pracy przez pracownika Wykonawcy należy z całą mocą stwierdzić, że wykonywanie usługi zostało przez Wykonawcę przerwane. Przerwanie świadczenia usługi naraziło Zamawiającego na potencjalne zagrożenia i starty. Wykonawca poważnie naruszył obowiązki przewidziane w umowie, co podważa jego uczciwość i pokazuje rażące niedbalstwo. Dodatkowo przekazane zostało Zamawiającemu pismo z 28.04.2021 r. (załączone przez Wykonawcę do wyjaśnień z 20.07.2022 r.).*

Archiwum odnosząc się do pytań Zamawiającego udzieliło w piśmie z 20.07.2022 r. dalszych informacji:

W nawiązaniu do Państwa pisma znak jw., Archiwum Państwowe w Warszawie przesyła odpowiedzi na postawione pytania:

- 1) *W prowadzonym postępowaniu nr DAG.26.4.2021 Wykonawca Konsorcjum: Agencja Ochrony K. Sp. z o.o. ul. Chmielna 34, 00-020 Warszawa – lider, Agencja Ochrony MK ul. Jana Kazimierz 64, 01-248 Warszawa – partner, nie odwołał się od decyzji Zamawiającego o wykluczeniu z postępowania nr DAG.26.4.2021.*
- 2) *Nienależyte wykonanie umowy polegało na samowolnym opuszczeniu miejsca pracy przez pracownika ochrony, nie informując o tym fakcie żadnej ze stron umowy (w załączeniu pisma z dnia 14.04.2021 r. oraz 28.04.2021 r.).*
- 3) *Wspomniane nienależyte wykonanie umowy nie skutkowało u Zamawiającego bezpośrednimi konsekwencjami ale naraziło Archiwum na wystąpienie takowych.*

- 4) *Poza wspomnianymi przypadkami samowolnego opuszczenia miejsca pracy przez pracownika ochrony, nie odnotowano innych naruszeń obowiązków umownych.*
- 5) *Archiwum nie naliczyło kar umownych za nienależyte wykonanie umowy.*
- 6) *Pisma z dnia 14.04.2021 r. i 28.04.2021 r. stanowią załącznik do niniejszej odpowiedzi.*
- 7) *Wykonawca, mimo stwierdzonych naruszeń, wykonywał przedmiot umowy do końca okresu obowiązywania umowy.*
- 8) *Zamawiający czynności kontrolne przeprowadził osobiście w siedzibie Archiwum poza godzinami pracy urzędu, co skutkowało stwierdzeniem nieobecności pracownika ochrony.*
- 9) *Archiwum nie dysponuje innymi dowodami nienależytego wykonania umowy przez Konsorcjum: Agencja Ochrony K. Sp. z o.o. ul. Chmielna 34, 00-020 Warszawa – lider, Agencja Ochrony MK ul. Jana Kazimierz 64, 01-248 Warszawa – partner.*

Zamawiający ocenił, iż w świetle okoliczności potwierdzonych w korespondencji z Wykonawcą oraz Archiwum Państwowym, nie ma podstaw do wykluczenia Konsorcjum K. z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 Ustawy – co szczegółowo przedstawił w piśmie z 21.07.2022 r. skierowanym do Odwołującego w odpowiedzi na jego wniosek. Zamawiający przedstawił własne wnioski, jakie wywiódł z informacji uzyskanych od stron umowy i dodatkowo wskazał na zapisy zawartej umowy zgodnie, z którymi zastrzeżono, że: *Zamawiającemu przysługuje prawo do naliczenia kar umownych w przypadku stwierdzenia poważnych naruszeń w zakresie wykonania Umowy przez Wykonawcę, w szczególności w przypadku nie podejmowania prac objętych przedmiotem zamówienia, lub gdy działanie Wykonawcy bądź zaniechanie działania grozi Zamawiającemu utratą lub zniszczeniem mienia objętego ochroną Wykonawcy, w wysokości 10% wynagrodzenia Wykonawcy brutto, o którym mowa w § 4 ust. 1 umowy. Zgodnie z § 8 ust. 3 umowy Zamawiający miał również prawo wypowiedzenia Umowy ze skutkiem natychmiastowym bez wypłaty odszkodowania, jeżeli Wykonawca narusza postanowienia Umowy lub powierzyć jej wykonanie osobom trzecim, które również nie zostało, z którego Archiwum również nie zrealizowało.*

Izba oddaliła odwołanie w całości.

Izba oddaliła odwołanie uznając, iż Odwołujący nie wykazał wystąpienia podstawy do wykluczenia Konsorcjum K. z postępowania w związku z wykonaną na rzecz Archiwum Państwowego w Warszawie umową. W szczególności dowody, w tym informacje potwierdzone przez tego zamawiającego nie prowadzą do uznania, iż doszło do poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, co miałyby podważać rzetelność wykonawcy i prowadzić do jego wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 Ustawy.

Izba w całości podziela ocenę okoliczności dotyczących umowy zawartej z Archiwum Państwowym przedstawioną przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, w świetle również poprawnej wykładni przepisu art. 109 ust. 1 pkt 5 Ustawy.

W przypadku podstawy z art. 109 ust. 1 pkt 5 Ustawy ocena ziszczenia się przesłanek objętych normą pozostawiona została zamawiającemu, na którym spoczywa ciężar dowodowy. Przepis stanowi, iż z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, *który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów*. Poważne naruszenie obowiązków zawodowych, w szczególności prowadzące do niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia, może prowadzić do podważenia uczciwości wykonawcy, a w konsekwencji prowadzić do jego wykluczenia z postępowania, niezależnie od pozytywnej oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z Dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych *poważne wykroczenie zawodowe może poddawać w wątpliwość uczciwość wykonawcy, a tym samym sprawić, że nie będzie on odpowiedni, by uzyskać zamówienia publiczne, niezależnie od tego, czy dany wykonawca posiadałby poza tym techniczną i ekonomiczną zdolność do realizacji zamówienia (...)* Instytucje te powinny także mieć możliwość wykluczenia kandydatów lub oferentów, którzy przy wykonywaniu wcześniejszych zamówień publicznych wykazali poważne braki w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów; *było to np. niedostarczenie produktu lub niewykonanie zamówienia znaczące wady dostarczonego produktu lub świadczonej usługi, które spowodowały ich niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem, lub niewłaściwe zachowanie poddające w poważną wątpliwość wiarygodność wykonawcy (...)* Stosując fakultatywne podstawy wykluczenia, instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności. *Drobne nieprawidłowości powinny jedynie w wyjątkowych okolicznościach prowadzić do wykluczenia wykonawcy. Powtarzające się przypadki drobnych nieprawidłowości mogą jednak wzbudzać wątpliwości co do wiarygodności wykonawcy, co może uzasadniać jego wykluczenie (motyw 101).*

Ustawodawca krajowy w art. 109 ust. 3 Ustawy wprowadził dodatkowy miernik, który zamawiający powinien uwzględnić przy ocenie wystąpienia fakultatywnej przesłanki wykluczenia z postępowania, przez konieczność oceny stopnia naruszeń, ich znaczenia dla uznania danego wykonawcy za niewiarygodnego, co stanowić powinno miarę proporcjonalności. Nie każde zatem uchybienie w realizacji umowy będzie automatycznie oznaczało, że wykonawca utracił wiarygodność.

Powyższe nakłada na zamawiającego obowiązek dokładnego zbadania okoliczności, w jakich miało dojść do niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia, a następnie oceny w jakim stopniu może to wpłynąć na sposób wykonania zamówienia.

W ocenie składu orzekającego Zamawiający podjął niezbędne kroki w celu tak umożliwienia wykonawcy odniesienia się do okoliczności, w jakich doszło do uchybień w trakcie wykonywania umowy na rzecz Archiwum Państwowego w Warszawie, jak również oceny wyjaśnień samego wykonawcy. Zamawiający w tym celu wystąpił do ówczesnego zamawiającego o dalsze informacje i dowody, co pozwoliło uzyskać pełniejszy obraz sytuacji, niż przedstawiony w samym odwołaniu, a wcześniej wniosku, jaki otrzymał Zamawiający od Odwołującego przed wniesieniem odwołania.

W tym miejscu Izba wskazuje, że informacja, jaką uzyskał Odwołujący od Archiwum Państwowego nie przedstawiała pełnego obrazu uchybień i ich znaczenia dla oceny rzetelności i wiarygodności wykonawcy. Tylko ustalone i potwierdzone okoliczności mogą mieć znaczenie dla dokonania prawidłowej oceny sytuacji mającej prowadzić do podważenia wiarygodności wykonawcy w związku z wcześniej wykonywanymi umowami. Skoro Archiwum Państwowe w piśmie skierowanym do Zamawiającego nie potwierdziło skali ani skutków naruszeń, jakie miały miejsce, pozwalających ocenić je jednoznacznie, jako prowadzące do utraty wiarygodności zawodowej, Zamawiający nie mógł przyjąć stanowiska Odwołującego wywodzonego ze szczątkowej informacji o wystąpieniu naruszenia, co do którego nawet nie potwierdzono jak długo ono trwało i jakie mogło mieć skutki dla zamawiającego. Z uwagi na sposób, w jaki Archiwum Państwowe zredagowało odpowiedzi na pytania Zamawiającego, nie można jednoznacznie stwierdzić, czy rzeczywiście doszło do sytuacji, w której do realizacji usługi Konsorcjum K. skierować miało osobę nie spełniającą wymagań (bez uprawnień). Wprawdzie w piśmie z 14.04.2021 r. skierowanym do wykonawcy AP wskazuje na zastąpienie pracownika osobą bez wymaganych uprawnień do posiadania broni, to w odpowiedzi na pytania obecnego Zamawiającego wprost w piśmie tej okoliczności nie podnosi, co może budzić wątpliwości, co do wystąpienia rzeczywiście zdarzenia opisanego w odwołaniu, jako wystarczającego do podważenia wiarygodności wykonawcy. Archiwum potwierdziło wprost jedynie występowanie licznych rotacji pracowników, co stanowiło o naruszeniu obowiązków, jednak nadal wymagało oceny w świetle wyjaśnień wykonawcy i wskazywanej sytuacji pandemicznej w kraju. Jako potwierdzoną można również przyjąć informację o incydentalnych (w skali całej rocznej umowy) przypadkach zejścia pracownika ze stanowiska ochrony, bez informowania o tym fakcie przełożonych, jak i zamawiającego, co jeszcze nie daje pełnego obrazu sytuacji. Nie można bowiem ustalić, jak długo występował stan, w którym obiekt pozostawał bez ochrony i czy doszło do jakiś zdarzeń z tym związanych. Zamawiający nie mógł zatem w oparciu li

tylko o treść odwołania ustalić ponad wszelką wątpliwość, iż rzeczywiście zdarzenia które miały miejsce uzasadniały uznanie wykonawcy za niewiarygodnego. Zasada proporcjonalności czynić musi decyzję o wykluczeniu z postępowania obiektywnie uzasadnioną, tak aby nie doszło do pokrzywdzenia wykonawcy w sytuacji, gdy jego faktyczne czynności mogły zapobiec ewentualnym skutkom naruszeń, minimalizowaniu ich zasięgu, jak również usunięciu uchybień w przyszłości. Skoro umowa została zakończona w terminie, nie doszło do naliczenia kar, a wykonawca reagował na zgłoszone nieprawidłowości, to okoliczności te również nie mogły być pominięte przez Zamawiającego.

Nie można zgodzić się z argumentem Odwołującego, iż dla spełnienia przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 5 Ustawy wystarczającym będzie jednokrotne, zawinione i poważne naruszenie obowiązków. Oceny przesłanki nie da się sprowadzić do takiego ogólnego wskazania, które nie uwzględnia szerszego spojrzenia na okoliczności, w jakich miało dojść do naruszenia, jak również jego znaczenia na sposób spełnienia świadczenia. W ocenie składu orzekającego nie można przy tej ocenie pomijać tego, w jaki sposób wykonawca reagował na sytuacje i czy reakcje te pozwoliły uchylić skutki naruszeń i jak wpływały one na osiągnięcie celu zamówienia. W badanej sprawie Zamawiający dysponował wyłącznie informacją o tym, że doszło do pewnych uchybień po stronie wykonawcy, bez wskazania jakie negatywne konsekwencje miało to dla umowy. Odpowiedź AP, w której potwierdza ono, iż nie wystąpiły inne zdarzenia w trakcie umowy, które miałyby wskazywać na nienależyte wykonanie zobowiązań wskazuje również na pozytywną ocenę zamawiającego, która została również potwierdzona w protokole przekazania obiektu – dokumencie stwierdzającym zakończenie wykonywania umowy.

Dla oceny spełnienia przesłanki nie jest wystraszającym samo stwierdzenie, iż doszło do naruszenia obowiązków wykonawcy, konieczne jest bowiem przeprowadzenie dalszej analizy, która prowadziłaby do jednoznacznego wskazania na utratę wiarygodności wykonawcy. Celem wprowadzenia przesłanki fakultatywnej było umożliwienie zbadania wiarygodności w oparciu o dotychczasowy sposób wykonywania obowiązków zawodowych, czego nie można sprowadzać li tylko do wskazania naruszeń, jakie miały miejsce w innych zamówieniach.

Odwołujący w tym zakresie odnosił się do wyższego standardu oczekiwanego od podmiotów, które prowadzą działalność koncesjonowaną, co jeszcze nie potwierdzało wystąpienia podstaw do kwestionowania wykonywania obowiązków w sposób spełniający wymagania ustawy o ochronie osób i mienia. Skoro żaden organ nie wszczął wobec podmiotu koncesjonowanego postępowania w celu uchylecia koncesji w związku ze zdarzeniami jakie miały mieć miejsce, to nie było podstaw do formułowania zarzutu o utracie wiarygodności zawodowej wykonawcy. Zamawiający, na którym spoczywa ciężar wykazania

podstawy do wykluczenia, nie miał podstaw do wyciągnięcia tak daleko idących wniosków, jakie prezentował Odwołujący.

Ponieważ w odwołaniu nie przedstawiono dowodów, które pozwoliłyby uznać Konsorcjum K. za podmiot, który utracił wiarygodność, to brak było podstaw do podważenia oceny dokonanej przez Zamawiającego.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 5, § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Na poczet kosztów postępowania odwoławczego zaliczony został wpis w wysokości 15.000,00 zł. oraz koszty pełnomocnika Zamawiającego w łącznej wysokości 4.082,25 zł, obejmujące wynagrodzenie, koszty dojazdu, opłaty skarbowej i obciążyła nimi Odwołującego.

Przewodniczący: