

WYROK
z dnia 9 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 maja 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 kwietnia 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **MM SERVICE MONITORING Sp. z o. o. z siedzibą w Kruszowie (Lider Konsorcjum), ul. Trybunalska 21, 95-080 Kruszów i MAXUS Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi (Konsorcjant), ul. 3-go Maja 64/66 N, 93-408 Łódź** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Międzyleski Szpital Specjalistyczny w Warszawie, ul. Bursztynowa 2, 04-749 Warszawa**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności: unieważnienia postępowania i wykluczenia z postępowania oraz odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **MM SERVICE MONITORING Sp. z o. o. z siedzibą w Kruszowie (Lider Konsorcjum) i MAXUS Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi (Konsorcjant)** oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert z udziałem wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **MM SERVICE MONITORING Sp. z o. o. z siedzibą w Kruszowie (Lider Konsorcjum) i MAXUS Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi (Konsorcjant)**.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego **Międzyleski Szpital Specjalistyczny w Warszawie, ul. Bursztynowa 2, 04-749 Warszawa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **MM SERVICE MONITORING Sp. z o. o. z siedzibą w Kruszowie (Lider Konsorcjum), ul.**

Trybunalska

21,

95-080 Kruszów i MAXUS Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi (Konsorcjant),
ul. 3-go Maja 64/66 N, 93-408 Łódź tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od zamawiającego **Międzyleskiego Szpitala Specjalistycznego w Warszawie, ul. Bursztynowa 2, 04-749 Warszawie** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **MM SERVICE MONITORING Sp. z o. o. z siedzibą w Kruszowie (Lider Konsorcjum), ul. Trybunalska 21, 95-080 Kruszów i MAXUS Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi (Konsorcjant), ul. 3-go Maja 64/66 N, 93-408 Łódź** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) 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:

Uzasadnienie

Międzyleski Szpital Specjalistyczny w Warszawie, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710), zwaną dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Kompleksową usługę w zakresie ochrony fizycznej osób i mienia na okres 12 miesięcy”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 21 marca 2023 r. pod nr 2023/BZP 00144951/01.

W dniu 19 kwietnia 2023 r. (pismem z tej samej daty) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia MM SERVICE MONITORING Sp. z o. o. z siedzibą w Kruszowie (Lider Konsorcjum) i MAXUS Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi (Konsorcjant), zwani dalej „Odwołującym”, wnieśli odwołanie wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu oraz zaniechanie czynności do której Zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy tj.:

- 1) wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp i w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego,
- 2) wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp i w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego,
- 3) nieudzielenie zamówienia Odwołującemu który nie podlega wykluczeniu oraz którego oferta jest najkorzystniejsza spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 109 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania z uwagi na rzekome poważne naruszenie obowiązków zawodowych, gdy w rzeczywistości Odwołującemu nie można przypisać poważnego naruszenia obowiązków zawodowych i nie zachodzi wobec niego przesłanka wykluczenia, a Zamawiający nie wykazał za pomocą stosownych dowodów, że wszystkie przesłanki wykluczenia określone w art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp kumulatywnie zaistniały wobec Odwołującego,
- 2) art. 109 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez wykluczenie z postępowania Konsorcjum z uwagi na rzekome nienależyte wykonywanie istotnego zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 oraz art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp,
- 2) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp,
- 3) powtórzenie oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz udzielenie zamówienia Odwołującemu jako Wykonawcy który złożył najkorzystniejszą ofertę,
- 4) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł m.in., iż w dniu 14 kwietnia 2023 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o wykluczeniu Odwołującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 oraz art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp i w konsekwencji unieważnieniu postępowania ze względu, iż cena najkorzystniejszej oferty niepodlegającej odrzuceniu przekracza kwotę jaką Zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek wymienionych w art. 109 ust. 1 pkt 5 i pkt 7 ustawy Pzp uprawniających do zastosowania wskazanych przepisów a lakoniczne uzasadnienie wykluczenia, ograniczające się do jednego zdania, nie spełnia zasady przejrzystości wyrażonej w art. 16 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał bowiem, iż „Wykonawca nagminnie nie wykonywał swoich obowiązków służbowych, pomimo upominań nieustannie nie stosował się do zapisów umowy tym samym nie wykonywał obowiązków wynikających z zapisów umowy swoim niewykonywaniem obowiązków niejednokrotnie naraził Szpital na straty- liczne kradzieże”. Okoliczności te - jak dalej wskazał Zamawiający - „jest w stanie udowodnić i potwierdzić stosownymi dowodami”. Tak sporządzone uzasadnienie uniemożliwia jednak Odwołującemu odniesienie się do faktycznych podstaw wykluczenia i tym samym ogranicza w znaczny sposób możliwość podjęcia obrony jego słusznym interesów. Odwołujący powołał się w tym zakresie na wyrok Izby z dnia 8 czerwca 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1067/21, zgodnie z którym „w przypadku wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie przepisów art. 109 ust. 1 pkt 5 lub pkt 7 p.z.p. zamawiający obowiązany jest do przedstawienia wyczerpującego uzasadnienia ww. czynności i tym samym umożliwienia wykonawcy podjęcia obrony w postępowaniu odwoławczym”. Orzeczenie to w sposób niebudzący wątpliwości potwierdza fakt naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 109 ust 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp poprzez brak przedstawienia wyczerpującego uzasadnienia ich zastosowania.

Odnosząc się do zarzutu pierwszego, tj. naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, iż naruszenie obowiązków zawodowych musi być zawinione i poważne. Wagę stawianych zarzutów trzeba ocenić przez pryzmat rodzaju umowy. W przedmiotowym

stanie faktycznym należy mieć na względzie fakt, że usługa ochrony jest wykonywana w sposób ciągły, a w przypadku ochrony obiektu Zamawiającego, to jest 24 godziny na dobę, przy udziale 3 pracowników, 365 dni w roku. Nierealnym jest zatem, że w kontrakcie który przewidywał 26 280 roboczogodzin ochrony, nie było żadnych uchybień. W takiej sytuacji należy ocenić, czy faktycznie te uchybienia miały poważny charakter oraz czy nienależyte wykonanie zobowiązania przybrało postać ciągłą lub często powtarzającą się. Zdaniem Odwołującego, ewentualne uchybienia miały charakter incydentalny i dotyczyły kwestii pobocznych, tj. takich które nie miały wpływu na stan bezpieczeństwa w chronionym obiekcie. Nieprawdziwe są twierdzenia Zamawiającego, że wielokrotnie dochodziło do kradzieży w Szpitalu. Według ustaleń Odwołującego w ogóle takiej sytuacji nie miała miejsca, a przynajmniej taka informacja nie dotarła do Odwołującego. W okresie obowiązywania wskazanego kontraktu Zamawiający tylko raz naliczył Odwołującemu karę umowną za przypadek nienależytego wykonania umowy. Nawet w tym przypadku Zamawiający nie poniósł znacznej szkody wskutek naruszenia - jedyna odnotowana szkoda to zniszczona kłódka a zdarzenie zostało wykryte przez służbę ochrony Odwołującego. Odwołujący powołał orzeczenie Izby z dnia 25 października 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2706/21, w treści którego wskazano, że „nie każde uchybienie w realizacji umowy stanowi przesłankę wykluczenia, ale takie które ma charakter kwalifikowany, muszą być to takie, które zasadniczo zmienia jakość przedmiotu zamówienia lub w ogóle uniemożliwia osiągnięcie celu, w jakim została zawarta umowa. W konsekwencji ocena wymaga odniesienia się do stwierdzonych nieprawidłowości do konkretnego przedmiotu zamówienia, jego zakresu i specyfiki”.

Odwołujący podkreślił, iż umowa o świadczenie usług ochrony jest umową zlecenia więc ma charakter umowy starannego działania. Jej istotą jest sumienne, odpowiedzialne działanie przyjmującego zlecenie nie zaś obiecanie osiągnięcia konkretnego rezultatu. Przyjmujący zlecenie, którym w tym przypadku był Odwołujący zobowiązał się do świadczenia usług ochrony w ramach przydzielonych mu sił i środków z najlepszą starannością (w tym przypadku 3 pracowników ochrony na każdej zmianie). Międzyleski Szpital Specjalistyczny w Warszawie zajmuje powierzchnię ponad 4 hektarów a na jego terenie znajduje się duża liczba zabudowań, do których nie ma ograniczeń co do możliwości dostępu. W dodatku występują liczne ubytki w ogrodzeniu obiektu a system monitoringu wizyjnego obejmuje zaledwie 12 kamer. Tym samym niemożliwym jest aby każde niepożądane zdarzenie było natychmiast zauważone przez służby ochrony i zostało udaremnione w trakcie. Wskazać zatem należy, iż do zakwalifikowania określonego zdarzenia jako powstałego na skutek zaniechania działania lub nieprawidłowego działania służby ochrony jest wykazanie mechanizmu przyczynowo - skutkowego. Nie można z góry

zakładać, iż każda kradzież bądź inne niepożądane zdarzenie jest efektem niedbalstwa służby ochrony obiektu.

Odwołujący nadto dodał, że Zamawiający pomimo rzekomych rażących naruszeń ze strony Odwołującego zawarł z nim po upływie uprzednio zawartej umowy na świadczenie usług ochrony, która zakończyła się w dniu 22 marca 2023 r. kolejną umowę na świadczenie usług ochrony na 1 miesiąc. Stanowi to kolejny argument przeczący stanowisku Zamawiającego stanowiącemu podstawę do wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania. Logicznym bowiem jest, iż skoro według twierdzeń Zamawiającego Odwołujący swoje usługi wykonywał nienależycie i naraził Zamawiającego na liczne kradzieże, Zamawiający nie powinien kontynuować z Odwołującym współpracy, narażając się na ryzyko wystąpienia kolejnych tego typu zdarzeń. Tym samym zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp potwierdził się. Zamawiający nie wykazał bowiem, że spełniły się przesłanki do wykluczenia Odwołującego na podstawie wskazanej podstawy prawnej.

Odnosnie zarzutu drugiego Odwołujący podniósł, że możliwość wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp istnieje wówczas gdy wykonawca w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie 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 wady. Odwołujący podkreślił, że jednorazowe uchybienie skutkujące naliczeniem kary umownej nie uprawnia Zamawiającego do zastosowania tego przepisu. Usługa była świadczona w sposób ciągły przez 12 miesięcy, a stwierdzone przez Zamawiającego naruszenie miało charakter incydentalny. Innymi słowy nienależyte wykonanie umowy nie przybrało długotrwałej postaci, ani też nie można przyjąć, że zobowiązanie nie zostało wykonane w znacznym stopniu. Istotne znaczenie dla uchybienia skutkującego karą umowną jest rozmiar szkody, jaką Zamawiający poniósł w związku z zarzucanym Odwołującemu naruszeniem. W rzeczywistości jedyną szkodę jaką Zamawiający poniósł była uszkodzona kłódka. Usługa ochrony jest umową starannego działania, a nie rezultatu. Oznacza to, że nie można rozliczać firmy ochrony tylko i wyłącznie przez pryzmat kradzieży lub występowania innego rodzaju szkód. Na różnego rodzaju negatywne zdarzenia w chronionym obiekcie wpływ ma wiele czynników, jak chociażby odpowiednia ilość pracowników skierowanych do obiektu, planowany harmonogram obchodów i pozostały zakres obowiązków pracowników ochrony. Z tego względu irracjonalna jest interpretacja jednorazowego incydentu jako nienależytego wykonania istotnego zobowiązania, w okolicznościach gdzie skutki naruszenia nie przybrały znacznych rozmiarów.

Zamawiający w dniu 20 kwietnia 2023 r. przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia kopię odwołania za pośrednictwem platformy prowadzonego postępowania.

Termin na zgłoszenie przystąpienia upływał w dniu 24 kwietnia 2023 r. W tym terminie do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

W dniu 4 maja 2023 r. (pismem z dnia 2 maja 2023 r.) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości, obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego oraz dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów ze wskazanych w piśmie dokumentów.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust 1 ustawy Pzp.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska oraz oświadczenia Stron wyrażone w pismach oraz złożone ustnie przez Strony do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba dopuściła zawnioskowany i załączony przez Odwołującego do odwołania dowód, tj. umowę zawartą pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym na świadczenie usług ochrony od 23 marca 2023 r. do 22 kwietnia 2023 r.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Zamawiającego i załączone do złożonej odpowiedzi na odwołanie, tj.:

- 1) wniosku komisji przetargowej - unieważnienie postępowania z dnia 12.04.2023 r. - fakt unieważnienia postępowania, odrzucenia ofert Agencji Ochrony ARGUS Sp. z o.o. oraz Biura Ochrony Pantera BOGDAN, wykluczenia konsorcjum MM Service Monitoring Sp. z o.o. oraz Maxus Sp. z o.o.;
- 2) Procedury Okresowej Oceny Wykonawców oraz Oceny Wykonawcy MM Service Monitoring Sp. z o.o. i Maxus Sp. z o.o. z dnia 23.03.2023 r. - fakt uzyskania przez Wykonawcę 4 pkt., sklasyfikowania Wykonawcy w grupie C, podstaw do wykluczenia Wykonawcy w związku z przeprowadzoną oceną;
- 3) notatki służbowej z dnia 17 lutego 2023 r. - fakt nienależytego wykonywania umowy, uszkodzenia kasy automatycznej przez pracownika ochrony;
- 4) protokołu odbioru prac z dnia 13.03.2023 r. oraz faktury z dnia 24.03.2023 r. - fakt nienależytego wykonywania umowy, wystąpienia szkody majątkowej Zamawiającego w związku z realizacją usługi przez Konsorcjum;
- 5) pisma Zamawiającego z dnia 17 lutego 2023 r., notatki służbowej z dnia 15 lutego 2023 r., korespondencji mailowej, pisma Zamawiającego z dnia 16 lutego 2023 r., pisma Komendy Miejskiej Straży Państwowej Straży Pożarnej z dnia 9 lutego 2023 r. - fakt nienależytego wykonywania umowy, niezgłoszenia przez Wykonawcę interwencji straży pożarnej;
- 6) korespondencji mailowej z dnia 21 grudnia 2022 r., paragonu fiskalnego na kwotę 130,02 zł, notatki z dnia 19 grudnia 2022 r., notatki z dnia 8 grudnia 2022 r. - fakt nienależytego wykonywania umowy, fakt napadu i kradzieży kluczy na terenie Zamawiającego przez nieznaną osobę;
- 7) notatki z dnia 15 marca 2023 r. - fakt nienależytego wykonywania umowy, braku zamknięcia drzwi przez pracowników ochrony;
- 8) informacji z dnia 15 marca 2023 r., noty księgowej nr NK/030002/2023, notatek służbowych (dwóch) z dnia 14 marca 2023 r., potwierdzenia złożenia zawiadomienia z dnia 15 marca 2023 r. - fakt nienależytego wykonywania umowy nr 77/U/22 - rażącego zaniedbania obowiązków umownych, braku reakcji na włamanie, dopuszczenie, by samochód bezprawnie wjechał na parking, opóźnienie w wykonaniu obchodu, braku wezwania Policji w związku z włamaniem;

- 9) pism Zamawiającego z dnia 1 sierpnia 2022 r. oraz 28 lipca 2022 r. -fakt nienależytego wykonywania umowy, upominania Wykonawcy, by pracownicy ochrony korzystali z masek ochronnych na terenie Szpitala;
- 10) notatki z dnia 24 listopada 2022 r., pisma Zamawiającego z dnia 23 listopada 2022 r., notatki z dnia 22 listopada 2022 r. - fakt nienależytego wykonywania umowy przez Wykonawcę, aroganckiego zachowania pracowników ochrony, doprowadzenia do powstania szkody w związku ze zniszczeniem położonej świeżo powłoki akrylowej;
- 11) pisma Zamawiającego z dnia 20 czerwca 2022 r., korespondencji mailowej, pisma Zamawiającego z dnia 20 czerwca 2022 r., korespondencji mailowej, pisma Wykonawcy z dnia 27 lipca 2022 r., protokołu wykonania usługi z dnia 27 czerwca 2022 r., notatki z dnia 28 czerwca 2022 r., pisma Zamawiającego z dnia 5 kwietnia 2022 r., wykazu pracowników z dnia 01.04.2022 r., pisma Zamawiającego z dnia 6 kwietnia 2022 r., notatki służbowej z dnia 6 kwietnia 2022 r., korespondencji mailowej - fakt nienależytego wykonywania umowy przez Wykonawcę, skierowania przez Wykonawcę do pracy pracowników z dysfunkcją ruchu, nieprzeszkolonych, bez strojów służbowych wbrew wymogom Zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzuty:

- 1. naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania z uwagi na rzekome poważne naruszenie obowiązków zawodowych, gdy w rzeczywistości Odwołującemu nie można przypisać poważnego naruszenia obowiązków zawodowych i nie zachodzi wobec niego przesłanka wykluczenia, a Zamawiający nie wykazał za pomocą stosownych dowodów, że wszystkie przesłanki wykluczenia określone w art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp kumulatywnie zaistniały wobec Odwołującego (zarzut 1 odwołania),**
- 2. naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez wykluczenie z postępowania Odwołującego z uwagi na rzekome nienależyte wykonywanie istotnego zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego (zarzut 2 odwołania),**

nie potwierdziły się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny tożsamy dla obydwu podniesionych zarzutów:

Zamawiający w treści SWZ i ogłoszeniu o zamówieniu przewidział fakultatywne przesłanki wykluczenia Wykonawców z postępowania, wskazując że „z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć również Wykonawców, którzy (...):

- 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; (...)
- 7) który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie 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 wady; (...).”.

Odwołujący wraz z ofertą złożył oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 ustawy Pzp.

W dniu 14 kwietnia 2023 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu informację („Zawiadomienie o wynikach”), w treści której wskazał, że Odwołujący „zostaje wykluczony na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, tym samym roz. IV pkt 6 ppkt 5 i 7 SWZ – wykluczeniu podlega wykonawca, 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 oraz – który z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie 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 wady. Wykonawca nagminnie nie wykonywał swoich obowiązków służbowych, pomimo upominań nieustannie nie stosował się do zapisów umowy tym samym nie wykonywał obowiązków wynikających z zapisów umowy swoim niewykonywaniem obowiązków niejednokrotnie naraził Szpital na straty – liczne kradzieże. Zamawiający jest to w stanie udowodnić i potwierdzić stosownymi dokumentami. Tym samym należało postąpić jak na wstępie. Należy nadmienić, że Zamawiający wyraźnie zaznaczył w SWZ oraz ogłoszeniu, że wykluczy Wykonawcę w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że „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”. Przepis ten nie definiuje przy tym naruszenia obowiązków zawodowych. Jego interpretacja powinna być dokonywana zgodnie z regułami prośpółnotowej wykładni, a więc poprzez umożliwienie instytucji zamawiającej ocenę uczciwości i rzetelności każdego z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Tak więc naruszenie obowiązków zawodowych musi być zawinione i poważne. Zwykle naruszenie obowiązków zawodowych jest zawinione i poważne, jeżeli zachowanie danego wykonawcy wykazuje zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony. Wagę niedbalstwa należy odnosić zarówno do postawy danego wykonawcy, jak i obiektywnych skutków naruszenia oraz jego wpływu na utratę zaufania do danego wykonawcy. Przykładem takiego naruszenia może być niewykonanie zobowiązań umownych przez wykonawcę wynikające z zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Wykluczenie na tej podstawie nie może mieć przy tym charakteru automatycznego. Zawsze należy ocenić rozmiar i powagę naruszenia oraz stopień zawinienia. Oznacza to, że jakiegokolwiek nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części może ewentualnie wykazywać niższe kompetencje zawodowe danego wykonawcy, lecz nie jest automatycznie równoważne z poważnym naruszeniem obowiązków zawodowych, nawet w przypadku naliczenia kar umownych czy odstąpienia od umowy. Stąd stwierdzenie istnienia zawinionego i poważnego naruszenia obowiązków zawodowych wymaga co do zasady przeprowadzenia konkretnej i zindywidualizowanej oceny wcześniejszego zamówienia publicznego.

Z kolei art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp stanowi, że wykluczeniu podlega wykonawca, który z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji lub wykonał tę umowę nienależycie w istotnym stopniu lub zakresie, lub też długotrwale nienależycie ją wykonywał, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnienia z tytułu rękojmi za wady. Dla zastosowania sankcji wykluczenia z postępowania wynikającej ze wskazanego przepisu konieczne jest stwierdzenie kumulatywnego zaistnienia przesłanek enumeratywnie wymienionych w tym przepisie. Wykluczeniu z postępowania podlega więc wykonawca, który:

- 1) w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał swoje zobowiązanie umowne, albo
 - długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie umowne,
 - zobowiązania wykonawcy wynikały z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego,

- 2) niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy wynikało z przyczyn leżących po jego stronie wykonawcy,
- 3) skutkiem nienależytego wykonania lub nienależytego wykonywania obowiązków umownych było wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy, odszkodowanie, wykonanie zastępcze lub realizacja uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Odnosząc powyższe do przedmiotowego stanu faktycznego stwierdzić należy, że Zamawiający, przekazując odwołującemu się wykonawcy informacje o wykluczeniu go z przedmiotowego postępowania poza wskazaniem podstawy prawnej wykluczenia (art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp) i jednozdaniowego ogólnego uzasadnienia nie przedstawił okoliczności wypełniających przesłanki zastosowania tych przepisów. Zauważyć bowiem należy, że wykluczenie wykonawcy z postępowania a w konsekwencji odrzucenie jego oferty jest najdalej idącym dla wykonawcy skutkiem uchybień w złożonej ofercie. Dlatego też tak ważne jest podanie okoliczności uzasadniających wykluczenie wykonawcy i odrzucenie jego oferty. Zamawiający zobowiązany jest do jednoznacznego wskazania podstaw, na których oparł decyzję o wykluczeniu wykonawcy z postępowania. Stanowisko to musi być wyrażone w sposób czytelny i umożliwiający wykonawcy odniesienie się do konkretnych przesłanek wykluczenia. To na podstawie tych informacji ma on bowiem możliwość podjęcia decyzji o skorzystaniu ze środków ochrony prawnej. Tymczasem Zamawiający podał jedynie, że wykonawca „nagminnie nie wykonywał swoich obowiązków służbowych, pomimo upomnień nie stosował się do zapisów umowy (...) nie wykonywał obowiązków wynikających z zapisów umowy swoim niewykonywaniem obowiązków niejednokrotnie naraził Szpital na straty – liczne kradzieże”. Nie podał jednak jakich to obowiązków wykonawca nie realizował w trakcie wykonywania przedmiotowej umowy, jak również do jakich zapisów umowy się nie stosował. Zapisów tych także nie powołał. Mimo, że Zamawiający wskazał na liczne kradzieże, jakie miały mieć miejsce na terenie objętym wykonywaną przez Odwołującego usługą to nie podał szczegółowych informacji precyzujących chociażby ile takich zdarzeń miało miejsce, jakie straty w związku z tym zostały przez Zamawiającego poniesione, jakie konsekwencje poniósł Wykonawca i czy w ogóle je poniósł. Zamawiający w treści informacji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania i odrzucenia jego oferty wskazał jedynie, że „jest to w stanie udowodnić i potwierdzić stosownymi dokumentami”. Twierdzenia te nie znalazły jednak odzwierciedlenia w treści przekazanej wykonawcom informacji. Podkreślić bowiem należy, że „ciężar udowodnienia zasadności wykluczenia wykonawcy spoczywa na zamawiającym, który ma wykazać niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania w wyniku co najmniej rażącego niedbalstwa” (wyrok SO w Gdańsku z dnia 22 września 2015 r., sygn. akt XII GA 397/15). Tak więc to Zamawiający zobowiązany jest wykazać zaistnienie przesłanek zastosowania przepisów stanowiących podstawę wykluczenia z postępowania. A tych

okoliczności Zamawiający, podając przyczyny wykluczenia wykonawcy z postępowania i odrzucenia jego oferty, nie wykazał.

Zamawiający dopiero na etapie postępowania odwoławczego podjął próbę wykazania zaistnienia tylko niektórych z przesłanek zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp. Przykładowo wskazał na włamanie do jakiego doszło na terenie monitorowanego przez Odwołującego terenu (wjazd nieznanego pojazdu po sforsowaniu kłódki umieszczonej na bramie) i brak poinformowania o tym fakcie Zamawiającego, jak również odpowiednich służb. Przyznał jednak, że szkoda została naprawiona przez Odwołującego a kara umowna uiszczona (kara umowna stanowiła 0,2% wartości umowy). W kontekście powyższego istotnym jest, że karę umowną naliczono wyłącznie w tym jednym przypadku mimo, iż – jak twierdził Zamawiający - w trakcie realizacji umowy wystąpiło szereg uchybień, które winny skutkować jej naliczeniem, i które przykładowo podał jako te, które świadczą o nienależyтым wykonywaniu zamówienia (wykonywanie usługi przez osoby, które zgodnie z SWZ nie powinny jej wykonywać; arogancja pracowników realizujących usługę; brak komunikacji z Zamawiającym; brak maseczek; zniszczenie parkometru). Nie wykazał przy tym ani w piśmie informującym o wykluczeniu wykonawcy z postępowania, ani też na etapie postępowania odwoławczego, że zaistnienie wskazanych okoliczności miało charakter zawiniony i poważny. Tym bardziej, że jakiegokolwiek nieprawidłowe wykonanie umowy lub jej części nie stanowi automatycznie poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, nawet jeżeli w odniesieniu do którejś z nich doszło do naliczenia kar umownych. Dla stwierdzenia istnienia zawinionego i poważnego naruszenia obowiązków zawodowych wymagane jest przeprowadzenie konkretnej i zindywidualizowanej oceny wcześniejszego zamówienia publicznego. A takiej analizy – jak wynika z treści przekazanej wykonawcy informacji – Zamawiający nie przeprowadził.

Nie wykazał także, mając na uwadze treść art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, wystąpienia przesłanek zastosowania tego przepisu, tj. że wykonawca (Odwołujący) „w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał swoje zobowiązanie umowne, albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie umowne”, „niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy wynikało z przyczyn leżących po stronie wykonawcy” a ich skutkiem „było wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy, odszkodowanie, wykonanie zastępcze lub realizacja uprawnień z tytułu rękojmi za wady”.

Tym samym Izba stwierdziła, że nie zaistniały przesłanki do wykluczenia wykonawcy z postępowania, uznając że zarzuty podniesione przez Odwołującego w odwołaniu potwierdziły się.

Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez Odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 2) lit. b) 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), ograniczając wysokość wynagrodzenia pełnomocnika do kwoty 3 600,00 zł.

Przewodniczący: