Sygn. akt KIO 2538/23

WYROK
z dnia 11 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Magdalena Rams

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 sierpnia 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Security Emporio Sp. z o.o. Sp. k., z siedzibą w Poznaniu, Emporio Sp. z o.o., z siedzibą w Poznaniu oraz Vigor Security Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Akademię Sztuki w Szczecinie,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Maxus Sp. z o.o., z siedzibą w Łodzi oraz MM SERVICE SECURITY Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi**zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Security Emporio Sp. z o.o. Sp. k., z siedzibą w Poznaniu, Emporio Sp. z o.o., z siedzibą w Poznaniu oraz Vigor Security Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** 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 **Konsorcjum: Security Emporio Sp. z o.o. Sp. k., z siedzibą w Poznaniu, Emporio Sp. z o.o., z siedzibą w Poznaniu oraz Vigor Security Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** tytułem wpisu od odwołania;

2.2.zasądza od wykonawcy **Konsorcjum: Security Emporio Sp. z o.o. Sp. k., z siedzibą w Poznaniu, Emporio Sp. z o.o., z siedzibą w Poznaniu oraz Vigor Security Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** na rzecz zamawiającego kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę **1 902 zł 81** gr (słownie: jeden tysiąc dziewięćset dwa złote osiemdziesiąt jeden groszy) tytułem zwrotu innych uzasadnionych kosztów postępowania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2023 r., poz. 1605 ze zmianami) 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 2538/23

UZASADNIENIE

W dniu 28 sierpnia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołaniewykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Security Emporio Sp. z o.o. Sp. k., z siedzibą w Poznaniu, Emporio Sp. z o.o., z siedzibą w Poznaniu oraz Vigor Security Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej „Odwołujący" lub „Konsorcjum") zarzucając zamawiającemu Akademii Sztuki w Szczecinie (dalej „Zamawiający") naruszenie:

1)art. 226 ust. 1 pkt 2a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5, 7 oraz 8 pzp przez niezasadne przyjęcie, że wobec Konsorcjum zachodziły przywołane podstawy wykluczenia i w konsekwencji niezasadne odrzucenie oferty Konsorcjum;

2)art. 109 ust. 1 pkt 5 pzp przez błędne uznanie, że umowa Odwołującego z Sądem Okręgowym w Piotrkowie Trybunalskim nie była wykonywana należycie i że Odwołujący przy wykonywaniu tej umowy w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, mimo że umowa z Piotrkowem Trybunalskim była wykonywana należycie, Odwołujący kwestionował nakładane kary umowne, a ewentualne naruszenia - o ile można stwierdzić, że zaistniały – nie były zawinione i nie stanowiły poważnego naruszenia obowiązków zawodowych i podważenia uczciwości;

3)art. 109 ust. 1 pkt 7 pzp przez błędne uznanie, że w trakcie wykonywania umowy Odwołującego z Sądem Okręgowym w Piotrkowie Trybunalskim doszło do nienależytego wykonywania istotnego zobowiązania, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy i odszkodowania, mimo że umowa z Piotrkowem Trybunalskim była wykonywana należycie, Odwołujący kwestionował nakładane kary umowne, do zakończenia umowy doszło wskutek odstąpienia przez Odwołującego, a ewentualne naruszenia - o ile można stwierdzić, że zaistniały – nie stanowiły długotrwałego nienależytego wykonywania istotnych zobowiązań;

4)art. 109 ust. 1 pkt 8 pzp przez błędne uznanie, że Odwołujący w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, mimo że nie doszło do wprowadzenia w błąd, a działanie Odwołującego nie było zamierzone ani nie wynikało z rażącego niedbalstwa

5)art. 253 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5,7 i 8 oraz w zw. z art. 16 pkt 2 pzp przez niepodanie w informacji o odrzuceniu oferty rzetelnego uzasadnienia faktycznego i prawnego;

6)art. 16 pkt 1 i 2 pzp przez nieprzekazanie Odwołującemu pism Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim;

7)art. 16 pkt 1 i 2 przez uniemożliwienie Odwołującemu ustosunkowania się do informacji wynikających z drugiego pisma Sądu Okręgowego, a oparcie rozstrzygnięcia na okolicznościach wskazanych w tym piśmie, ewentualnie – w przypadku uznania, że zachodziły podstawy do wykluczenia Odwołującego w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 5 lub 7 pzp – naruszenie art. 109 ust. 3 pzp przez wykluczenie Odwołującego, mimo że wykluczenie było w sposób oczywisty nieproporcjonalne.

Wobec powyżej przytoczonych zarzutów, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego. Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania.

Odwołujący wnosi o przeprowadzenie dowodu z: a. umowy dwojga członków Konsorcjum z Zamawiającym Akademią Sztuki w Szczecinie z dnia 20 lipca 2021 r. na fakt wykonywania usług ochrony osób i mienia przez członków Konsorcjum na rzecz Zamawiającego, nieproporcjonalności wykluczenia Zamawiającego z postępowania.

W uzasadnieniu przedstawionych zarzutów Odwołujący wskazał, że Zamawiający w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia na świadczenie usług ochrony osób, mienia, obiektów i terenów Akademii Sztuki w Szczecinie, dokonał w dniu 21 sierpnia 2023 roku wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucił ofertę Odwołującego. Jako powód odrzucenia wskazano art. 226 ust. 1 pkt 2a pzp, w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 5, 7 oraz 8 pzp.

Powyżej wskazane przesłanki fakultatywne były uwzględnione w SWZ. W toku postępowania Odwołujący złożył oświadczenie wstępne o niepodleganiu wykluczeniu. Pismem z dnia 7 sierpnia 2023 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienia w związku z informacjami dotyczącymi wykonywania przez Odwołującego umowy udzielonej w trybie zamówienia publicznego przez Sąd Okręgowy w Piotrkowie Trybunalskim, w oparciu o ogłoszenie nr 2023/BZP 00273065 oraz informacje uzyskane od Sądu Okręgowego.Odwołujący odpowiedział na to wezwanie i złożył wyjaśnienia. Zamawiający ponownie zwrócił się do Sądu Okręgowego o kolejne informacje. Następnie zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego i rozstrzygnął przetarg.

Odwołujący wskazał, że uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego przez Zamawiającego nie spełnia wymogów uzasadnienia prawnego i faktycznego w rozumieniu art. 253 ust. 1 pkt 2 pzp. Zamawiający przywołał trzy podstawy wykluczenia, tj. art. 109 ust. 1 pkt 5, 7 oraz 8, ale potraktował je łącznie, mimo że każda z nich stanowi odmienną, niezależną podstawę, o innych przesłankach i okolicznościach zastosowania. Co prawda zamawiający opisał zachowanie Konsorcjum, które potraktował jako nienależyte wykonywanie umowy (błędnie, o czym szerzej poniżej), jednak samo to uznał za niespełnienie warunków udziału w postępowaniu wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 5, 7 i 8 pzp. Zamawiający wskazał: „W ocenie Zamawiającego jednoznacznie na podstawie dokumentów otrzymanych z Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim można stwierdzić, że umowa była wykonywana nienależycie, tym samym Wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu wskazanych w art. 109 ust.1 pkt 5, 7 oraz 8 Ustawy Pzp.”. Tymczasem zgodnie z orzecznictwem KIO, to zamawiający musi udowodnić istnienie podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, podając przy tym w uzasadnieniu faktycznym czynności wykluczenia wykonawcy argumentację odnoszącą się do każdej z przesłanek. W przypadku podstaw wykluczenia, które zawierają szereg ocennych i niedookreślonych pojęć, zamawiający powinien zachować szczególną staranność przy konstrukcji uzasadnienia czynności wykluczenia wykonawcy (tak KIO w wyroku z 18.4.2019 r., KIO 589/19).

W ocenie Odwołującego, ze względu na lakoniczność uzasadnienia, połączenie trzech przesłanek w jedną i nieodniesienie się do poszczególnych kryteriów danej przesłanki, Odwołującemu w zasadzie trudno jest ustosunkować się do uzasadnienia odrzucenia jego oferty. Działanie Zamawiającego narusza więc art. 253 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 pzp. Jest to istotne naruszenie, ponieważ jak wskazuje się w orzecznictwie: „(…) obowiązek zamawiającego polegający na konieczności uzasadnienia dokonanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

czynności, stanowi wyraz realizacji naczelnych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, tj. zasady jawności postępowania oraz równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Zważyć bowiem należy, iż to na podstawie zawiadomienia (…) wykonawca podejmuje decyzję w przedmiocie zasadności skorzystania z przysługujących mu środków ochrony prawnej, a następnie, w przypadku pozytywnej decyzji o potrzebie wniesienia odwołania, podejmuje decyzję jakie zarzuty należy sformułować w odwołaniu oraz w jaki sposób zamierza polemizować ze stanowiskiem zamawiającego." (tak KIO w przywołanym wyżej wyroku).Zamawiający jest zobowiązany do rzetelnego uzasadnienia odrzucenia oferty i udowodnienia zastosowania przesłanek wykluczenia już w chwili podejmowania czynności. Uzasadnienie odrzucenia oferty nie może być uzupełniane na etapie postępowania odwoławczego.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący wskazał, że w związku z nabraniem wątpliwości przez Zamawiającego co do oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu, Zamawiający pismem z dnia 7 sierpnia 2023 r. zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienia, w oparciu o ogłoszenie nr 2023/BZP 00273065 oraz informacje uzyskane od Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim. Do wezwania Zamawiający nie dołączył przywołanego pisma Sądu Okręgowego, przez co naruszył art. 16 pkt 1 i 2 pzp. W wezwaniu wskazano: „Z odpowiedzi, jaką otrzymaliśmy z Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim jednoznacznie wynika, iż umowa nie została należycie wykonana oraz, że umowa została wypowiedziana z winy Wykonawcy, a na Wykonawcę konsorcjum Security Emporia sp. z o.o. sp.k., Emporio sp. z o.o., Vigor Security sp. z o.o. zostały nałożone wysokie kary umowne". Treść wezwania wskazuje, że Zamawiający powziął wątpliwości co do zakończenia umowy Konsorcjum z Sądem Okręgowym w Piotrkowie Trybunalskim, a nie co do całego okresu wykonywania umowy. Gdyby tak było, w wezwaniu użyto by wyrażenia „umowa nie była należycie wykonywana".

Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 10 sierpnia 2023 r. Odwołujący odpowiedział na wezwanie Zamawiającego, odnosząc się do sposobu zakończenia umowy z Sądem Okręgowym w Piotrkowie Trybunalskim, w szczególności co do tego, że do rozwiązania umowy doszło wskutek działania Konsorcjum, a z winy Sądu Okręgowego. Odwołujący do wyjaśnień przedłożył stosowne dokumenty.

W ocenie Odwołującego, w świetle treści wezwania Zamawiającego, dotyczącego wyłącznie kwestii zakończenia wykonywania umowy w Piotrkowie Trybunalskim, Odwołujący odniósł się do tego zagadnienia, a nie co do całości trwania umowy. Nie było to konieczne i nie było obowiązkiem Odwołującego, skoro Zamawiający nie wyraził takiego oczekiwania w wezwaniu z 7 sierpnia 2023 r. W szczególności w piśmie tym Zamawiający nie podniósł zarzutu nieprzestrzegania postanowień SWZ dotyczących m.in. zatrudniania pracowników na umowę o pracę w systemie dwuzmianowym oraz obowiązku zapewnienia odpowiedniego stanu etatowego, aby liczba wypracowanych nadgodzin była zgodna z kodeksem pracy. Odwołujący nie mógł więc odnieść się do tych konkretnych twierdzeń na etapie składania wyjaśnień. Po złożeniu wyjaśnień przez Odwołującego, Zamawiający ponownie zwrócił się do Sądu Okręgowego w Piotrowie Trybunalskim i uzyskał dalsze wyjaśnienia. Pismo to ponownie nie zostało przekazane Konsorcjum, a ponadto Konsorcjum nie umożliwiono złożenia dalszych wyjaśnień, wobec nowych informacji pozyskanych z Sądu Okręgowego. Tym samym ponownie doszło do naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 pzp. Zamawiający oparł uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego na okolicznościach, o których nie poinformował Konsorcjum i do których Konsorcjum nie mogło się odnieść.

Wykluczenie w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 5 pzp

Odwołujący wskazał, że podstawą do wykluczenia oferty w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 5 pzp jest stwierdzenie przez zamawiającego, że wykonawca 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. Zamawiający musi być w stanie to wykazać za pomocą stosownych dowodów.

Zamawiający Akademia Sztuki w Szczecinie wskazał w uzasadnieniu odrzucenia oferty, że w ramach wykonywania umowy z Sądem Okręgowym w Piotrkowie Trybunalskim Konsorcjum miało nie przestrzegać postanowień SWZ dotyczących m.in. zatrudniania pracowników na umowę o pracę w systemie dwuzmianowym oraz obowiązku zapewnienia odpowiedniego stanu etatowego, aby liczba wypracowanych nadgodzin była zgodna z kodeksem pracy. Zamawiający nie wskazał:

- jakie konkretne postanowienia SWZ zamówienia w Sądzie Okręgowym w Piotrkowie Trybunalskim nie były przestrzegane,
- na czym dokładnie polegało rzekome naruszenie postanowień SWZ, kiedy nastąpiło, ile trwało,
- czy dane postanowienia SWZ dotyczyły obowiązków zawodowych Odwołującego,
- czy rzekome naruszenie obowiązków zawodowych było zawinione,
- czy rzekome naruszenie obowiązków zawodowych było poważne,
- czy i dlaczego rzekome naruszenie obowiązków podważa uczciwość Odwołującego,
- czy Odwołujący działał w warunkach zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, - czy i w jaki sposób doszło do niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia.

Zamawiający nie wykazał wszystkich powyższych okoliczności, a zatem wykluczenie Odwołującego nie było zasadne. W tym miejscu Odwołujący wskazał, że nie odniósł się do kwestii rzekomego nieprzestrzegania postanowień SWZ

dotyczących m.in. zatrudniania pracowników na umowę o pracę w systemie dwuzmianowym oraz obowiązku zapewnienia odpowiedniego stanu etatowego w piśmie z dnia 10 sierpnia 2023 r., ponieważ Zamawiający nie wezwał do wyjaśnień w zakresie całego wykonywania umowy.
W ocenie Odwołującego, niezależnie od powyższego i niezależnie od tego, że obowiązek udowodnienia zaistnienia podstaw do wykluczenia spoczywa na Zamawiającym, Odwołujący wskazał, że nie zachodziły podstawy do wykluczenia go w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 5 pzp.
Odwołujący nie zgadza się z twierdzeniem, że w trakcie wykonywania umowy z Sądem Okręgowym w Piotrkowie Trybunalskim dochodziło do naruszenia postanowień SWZ i że tamtejszy zamawiający zasadnie nałożył kary umowne. Spór między Sądem Okręgowym w Piotrkowie Trybunalskim a Konsorcjum dotyczył interpretacji postanowień SWZ w zakresie sposobu zapewnienia obsady posterunków w systemie zmianowym oraz liczby pracowników wykonujących w danym miesiącu usługi. Konsorcjum zapewniało właściwą obsadę posterunków oraz właściwy stan etatowy. Wbrew stanowisku Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim, Konsorcjum mogło przesuwać pracowników pomiędzy posterunkami i organizować czas pracy w granicach wynikających z przepisów prawa pracy. Natomiast w odniesieniu do liczby pracowników skierowanych do usługi należy wskazać, że wykonawca musi uwzględniać planowe i nieplanowe nieobecności pracowników. Jeśli nie dochodzi do nieprzewidzianych nieobecności (np. z powodu choroby) lub jeszcze nie dochodzi do planowanych nieobecności (bo nie rozpoczął się sezon urlopowy), to wykonawca jest w stanie zapewnić wykonanie usługi mniejszą liczbą pracowników. Natomiast definicja pracy w godzinach nadliczbowych zawarta jest w art. 151 § 1 kodeksu pracy i zgodnie z nią pracą w godzinach nadliczbowych jest praca wykonywana ponad obowiązujące pracownika normy czasu pracy, a także praca wykonywana ponad przedłużony dobowy wymiar czasu pracy, wynikający z obowiązującego pracownika systemu i rozkładu czasu pracy. W układzie zbiorowym pracy lub w regulaminie pracy albo w umowie o pracę jest dopuszczalne ustalenie innej liczby godzin nadliczbowych w roku kalendarzowym niż 150 wynikające z art. 151 § 3 kodeksu pracy. W ocenie Odwołującego, w konsekwencji niewłaściwej interpretacji SWZ przez Sąd Okręgowy w Piotrkowie Trybunalskim, zamawiający nałożył na Konsorcjum niezasadnie kary umowne, które Konsorcjum kwestionuje. Już z tego tylko względu nie można uznać, że działanie Odwołującego było zawinione, poważne czy wynikające z zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, skoro doszło do odmiennej interpretacji niejednoznacznych postanowień SWZ przez Konsorcjum i zamawiającego.
Odwołujący podkreślił, że usługi ochrony osób i mienia, a więc główne zobowiązanie Konsorcjum wynikające z umowy z 5 grudnia 2022 r. były przez cały czas wykonywane (do momentu rozwiązania umowy z winy zamawiającego), obsada posterunków zapewniona i nie doszło do przerw w wykonywaniu usługi. Nie można więc uznać, że doszło do zawinionego i poważnego naruszenia obowiązków zawodowych.
Odwołujący wskazał, że strony umowy z dnia 5 grudnia 2022 r. pozostają w sporze co do zasadności nałożenia kar umownych, przy czym nie istnieje orzeczenie uprawnionego organu stwierdzające, że Odwołujący nieprawidłowo czy nienależycie wykonywał umowę. Jeżeli powyższe okoliczności stanowiły podstawę do uznania przez Zamawiającego Akademię Sztuki w Szczecinie, że doszło do zaistnienia przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 5 pzp (co Odwołujący nie jest w stanie jednoznacznie stwierdzić w oparciu o uzasadnienie wykluczenia), to te same okoliczności nie mogą być podstawą do wykluczenia w oparciu o pkt 7 i 8 przywołanego przepisu.
W ocenie Odwołującego, w świetle powyższego nie można jednak uznać, że Konsorcjum w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonało lub nienależycie wykonało zamówienie z Sądem Okręgowym w Piotrkowie Trybunalskim i nie można uznać, by Odwołujący w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważałoby jego uczciwość. Zamawiający dokonał czynności wykluczenia Odwołującego w sposób automatyczny, nie przedstawiając jakichkolwiek dowodów jego winy. Odwołujący podkreślił, że dwoje z trzech członków Konsorcjum dotychczas wykonywało usługi ochrony osób i mienia w obiektach Akademii Sztuki w Szczecinie (na podstawie umowy z 20 lipca 2021 r.). Przy ocenie ewentualnych podstaw wykluczenia Zamawiający powinien więc wziąć pod uwagę także jego własne doświadczenia z członkami Konsorcjum i sposób wykonywania umów, co do którego nie było zarzutów.
Wykluczenie w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7 pzp
Odwołujący wskazał, że podstawą do wykluczenia oferty w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7 pzp jest stwierdzenie przez zamawiającego, że wykonawca 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. W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie przywołał w uzasadnieniu innych okoliczności niż opisane wyżej, dotyczących wykonywania umowy z Sądem Okręgowym w Piotrkowie Trybunalskim. Zamawiający nie wskazał:

- czy Odwołujący nie wykonał umowy w znacznym stopniu lub zakresie,
- czy Odwołujący nienależycie wykonał umowę w znacznym stopniu lub zakresie,

- czy Odwołujący długotrwale nienależycie wykonywał zobowiązanie, które było istotne,
- czy doszło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy,
- czy doszło do odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Wręcz przeciwnie, Zamawiający wprost wskazał, że „rolą Zamawiającego nie jest rozstrzyganie poprawności wypowiedzianych umów". Zatem Zamawiający nie uznał, by rzekome nienależyte wykonanie umowy doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy. Odwołujący wskazał w odpowiedzi z 10 sierpnia 2023 r., że do rozwiązania umowy doszło z winy Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim i odniósł się do kary umownej nałożonej z tego powodu, bo do tego wzywał Zamawiający Akademia Sztuki w Szczecinie.Zamawiający nie rozważył także w uzasadnieniu wykluczenia, jaki był charakter kar umownych niezasadnie nałożonych przez Sąd Okręgowy w Piotrkowie Trybunalskim, a co za tym idzie, czy spełnił się drugi element pozwalający na zastosowanie art. 109 ust. 1 pkt 7, tj. doszło do odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Nie ulega bowiem wątpliwości, że kara umowna jako taka nie stanowi bezpośrednio odszkodowania, wykonania zastępczego ani realizacji uprawnień z tytułu rękojmi. Sam fakt nałożenia kar umownych na wykonawcę realizującego umowę nie oznacza też automatycznie, że umowa realizowana jest nienależycie.

Odwołujący wskazał, że co prawda w wezwaniu z dnia 7 sierpnia 2023 r. Zamawiający wskazał, że w jego ocenie sam fakt nałożenia kar umownych powinien skutkować oświadczeniem Konsorcjum o występowaniu przesłanek wykluczenia i powołał się na pismo Urzędu Zamówień Publicznych z 2 listopada 2022 r., jednak w samym uzasadnieniu wykluczenia w żaden sposób nie wyjaśnił, dlaczego kary umowne od Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim miały mieć charakter odszkodowawczy. Co więcej, w powołanym piśmie Urzędu Zamówień Publicznych z 2 listopada 2022 r. wprost wskazano, że nie każda kara umowna będzie mieścić się w katalogu sankcji wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp oraz że sam fakt naliczenia kary umownej nie stanowi automatycznie podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

W odniesieniu do przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 Odwołujący podtrzymuje okoliczności i argumenty wskazane w odwołaniu powyżej, a więc że nie miało miejsce nienależyte wykonywanie umowy, a Sąd Okręgowy w Piotrkowie Trybunalskim nieprawidłowo interpretował SWZ. Nie istnieje orzeczenie uprawnionego organu stwierdzające, że Odwołujący nieprawidłowo czy nienależycie wykonywał umowę. Nie można też uznać, by zarzuty Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim dotyczyły istotnego zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy, skoro usługa cały czas była wykonywana i obsada pracowników zapewniona. Zamawiający automatycznie wykluczył Odwołującego, bez odniesienia się do poszczególnych elementów składających się na przesłankę z art. 109 ust. 1 pkt 7 pzp. Tymczasem ocena prawidłowości działania danego podmiotu w ramach wykonywanego zobowiązania umownego wymaga od zamawiającego odniesienia się w ramach wskazywanych przez strony umowy nieprawidłowości do konkretnego przedmiotu zamówienia, jego zakresu, specyfiki, zasad współpracy, współdziałania podmiotów (tak KIO w wyroku z dnia 14 marca 2022 r., KIO 375/22).

Wykluczenie w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8 pzp

Odwołujący wskazał, że podstawą do wykluczenia oferty w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp jest stwierdzenie przez zamawiającego, że wykonawca 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. Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym wykluczenia nie stwierdził nawet wprost, że Odwołujący wprowadził go w błąd i nie wskazał, by doszło do zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Tymczasem art. 109 ust. 1 pkt 8 pzp to przepis o charakterze sankcyjnym, którego konsekwencją jest wykluczenie wykonawcy z postępowania i dlatego nie jest dopuszczalna wykładnia rozszerzająca Zastosowanie tego przepisu powinno mieć miejsce wyłącznie w sytuacjach, w których okoliczności stanu faktycznego wskazują w sposób bezsporny na istniejące po stronie wykonawcy zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo, którego skutkiem było wprowadzenie zamawiającego w błąd.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający w żaden sposób nie wykazał przesłanek stanowiących podstawę wykluczenia w oparciu o ten przepis. W świetle powyżej opisanych okoliczności, a więc odmiennej interpretacji postanowień SWZ przez Odwołującego i Sąd Okręgowy w Piotrkowie Trybunalskim, sporu co do nienależytego wykonywania umowy, nałożenia kar umownych i rozwiązania umowy, oceny wagi ewentualnych naruszeń oraz braku orzeczenia właściwego organu stwierdzającego nienależyte wykonanie umowy przez Konsorcjum, nie można uznać, aby przy składaniu oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu, Odwołujący w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd.

Przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 pzp zawierają szereg ocennych i niedookreślonych pojęć, a zatem nie można czynić zarzutu Odwołującemu, że wprowadził Zamawiającego w błąd, a już na pewno nie można stwierdzić, że jego działanie

było zamierzone lub rażąco niedbałe. Przepisy prawa zamówień publicznych nie przewidują informowania zamawiającego w trakcie postępowania o wszystkich wykonywanych umowach i ewentualnych wątpliwych sytuacjach, które mogą być podstawą do zarzucenia nienależytego wykonywania umowy. Skoro w ocenie Odwołującego nie zachodziły podstawy do wykluczenia, to nie mogła znaleźć zastosowania procedura self-cleaningu, o której Zamawiający wspomina w uzasadnieniu odrzucenia oferty.

Nawet jeśli Zamawiający uznał, że doszło do spełnienia przesłanki wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 lub 7 pzp, to okoliczność niespełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie może być każdorazowo utożsamiana z zaistnieniem przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 p.z.p. (tak KIO w wyroku z dnia 24 lutego 2023 r., KIO 373/23). Zamawiający rażąco naruszył więc art. 109 ust. 1 pkt 8 i niezasadnie wykluczył Odwołującego.

Nieproporcjonalność wykluczenia

Niezależnie od powyższego, z ostrożności i ewentualnie Odwołujący wskazał, że w przypadku uznania, że zaszły przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 5 lub 7 pzp, to Zamawiający powinien był rozważyć zaniechanie wykluczenia Odwołującego w oparciu o art. 109 ust. 3 pzp, ze względu na to, że wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne. W ocenie Odwołującego, nieproporcjonalność należy ocenić w kontekście liczby umów wykonywanych przez Odwołującego w trybie zamówień publicznych, co do których zamawiający nie wnoszą zastrzeżeń, a także w kontekście współpracy Zamawiającego z członkami Konsorcjum w oparciu o umowę z 20 lipca 2021 r. W trakcie dwuletniej współpracy Zamawiający nie wnosił zastrzeżeń do wykonywania usług przez członków Konsorcjum, umowa została w całości wykonana zgodnie z jej warunkami i postanowieniami SWZ. Zamawiający powinien więc ocenić proporcjonalność wykluczenia Odwołującego ze względu na okoliczności dotyczące innej umowy w trybie zamówienia publicznego, z innym zamawiającym i inną SWZ wobec dwuletniej współpracy i własnych doświadczeń z członkami Konsorcjum Zamawiający zaniechał dokonania takiej oceny, przez co w oczywiście nieproporcjonalny sposób wykluczył z zamówienia wykonawcę, z którym dotychczasowo współpracował i który zapewniał pełne i rzetelne wykonanie usługi na jego obiektach.

Izba ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Świadczenie usług ochrony osób, mienia, obiektów i terenów Akademii Sztuki w Szczecinie". Zamówienie jest podzielone na dwie odrębne części:

część 1 - USŁUGA OCHRONY FIZYCZNEJ (wraz ze wsparciem grupy interwencyjnej)

część 2 - USŁUGA GRUPY INTERWENCYJNEJ

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określa załącznik nr 7a (dla części 1) oraz załącznik nr 7b (dla części 2) do SWZ.

Izba ustaliła, że w Rozdziale V SWZ, pkt 6 Zamawiający wskazał:

1. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się Wykonawców, w stosunku do których zachodzi którakolwiek z okoliczności, o których mowa:
   a)w art. 108 ust. 1 ustawy Pzp;
   b)w art. 109 ust. 1:
      - pkt 1 ustawy Pzp, tj.: który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 3, chyba że wykonawca odpowiednio przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności;
      - pkt 2c ustawy Pzp, tj.: który naruszył obowiązki w dziedzinie ochrony środowiska, prawa socjalnego lub prawa pracy: wobec którego wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska, prawa pracy lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym, jeżeli wymierzono tą decyzją karę pieniężną;
      - pkt 4 ustawy Pzp, tj.: w stosunku do którego otwarto likwidację, ogłoszono upadłość, którego aktywami zarządza likwidator lub sąd, zawarł układ z wierzycielami, którego działalność gospodarcza jest zawieszona albo znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury;
      - pkt 5 ustawy Pzp, tj.: 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;
      - pkt 7 ustawy Pzp, tj.: 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;

- pkt 8 ustawy Pzp, tj.: 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

2. Wykluczenie wykonawcy następuje przy uwzględnieniu przepisu art. 111 ustawy Pzp.
3. Wykonawca, nie podlega wykluczeniu w okolicznościach o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2c, 4, 5, 7 i 8 ustawy Pzp, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie następujące przesłanki:
   a) naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne;
   b) wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym;
   c) podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności:
   d) zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy,
      - zreorganizował personel,
      - wdrożył system sprawozdawczości i kontroli,
      - utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów,
      - wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.

Powyższy katalog jest katalogiem otwartym Wykonawca może wskazywać również inne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, niż wymienione powyżej.

4. Zamawiający ocenia, czy podjęte przez Wykonawcę czynności, o których mowa w pkt 2 są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu Wykonawcy. Jeżeli podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w pkt 2, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zamawiający wyklucza wykonawcę.
5. Zamawiający może wykluczyć Wykonawcę na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba ustalił, że Zamawiający w Rozdziale VI SWZ wskazał, że wykonawca składa wraz z ofertą aktualne na dzień składania ofert oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz o braku podstaw do wykluczenia z postępowania uwzględniające przesłanki wykluczenia art. 7 ust. 1 Ustawy o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego z postępowania zgodnie z treścią załącznika nr 2 do SWZ.

Izba ustaliła, że Odwołujący złożył ofertę na wykonanie części 1 zamówienia. Wraz z ofertą na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia, Odwołujący (wszyscy członkowie jego konsorcjum) złożył wypełniony załącznik nr 2 do SWZ — Oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia z postępowania składane na podstawie art, 125 ust. 1 Pzp, w którym Odwołujący (wszyscy członkowie jego konsorcjum) oświadczył, że na dzień składania ofert nie podlega wykluczeniu z Postępowania na podstawie art, 108 ust 1 oraz art. 109 ust. 1 pkt 1, 2c, 4, 7, 8 Pzp.

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 31 lipca 2023 r. na podstawie art. 128 ust. 5 Pzp zwrócił się do Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim z wnioskiem o udzielenie informacji na temat należytego wykonania przez Odwołującego umowy zawartej w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Świadczenie usługi ochrony osób i mienia w obiekcie Sądu Okręgowego i Rejonowego w Piotrkowie Trybunalskim w 2023 roku” (ogłoszenie o zamówieniu nr 2022/S 176-498464).

Izba ustaliła, że w wyniku powyższego Zamawiający uzyskał odpowiedź z Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim, z której wynika, iż umowa nie została należycie wykonana oraz że umowa została rozwiązana z winy Odwołującego, na którego również zostały nałożone kary umowne. Zamawiający w piśmie wskazał, że wykonawca – Odwołujący był zobowiązany do świadczenia usługi na dwóch portierniach w systemie dwuzmianowym 12/24- całodobowo, 1 pracownik na jednej zmianie na każdej portierni. Odwołujący realizował usługę ochrony w liczbie mniej niż wskazana w ofercie.

Zamawiając wskazał, że kierowanie pracownika z jednej portierni po 12 godzinach pracy na drugą portiernię na kolejne 12h pracy stanowiło obejście postanowień SWZ. Izba ustaliła, że do pisma zostało załączone oświadczenia Odwołującego o odstąpieniu do umowy z dnia 14 czerwca 2023 r. W oświadczeniu tym wykonawca wskazał, że nie doszło do naruszenia obowiązków wskazanych w pkt VI SWZ i nie było podstaw do naliczenia kar umownych. Wykonawca wezwał zamawiającego do zapłaty zaległego wynagrodzenia. Izba ustaliła, że do pisma zostało również dołączone oświadczenie zamawiającego o rozwiązaniu umowy z Odwołującym z dnia 19 czerwca 2023 r., z oświadczeniem o obciążaniu wykowany karą umowną w wysokości 97.464,71. W oświadczeniu tym zamawiający wskazał, że oświadczenie od odstąpieniu jest nieskuteczne, bowiem nie było podpisane przez wszystkich konsorcjantów.

Izba ponadto ustaliła, że pismem z dnia 12 maja, 10 i 14 marca oraz 19 czerwca 2023 r. zamawiający Sąd Okręgowy w Piotrkowie Trybunalskim powiadomił Odwołującego o naliczeniu kar umownych. We wszystkich pismach podstawą naliczenia były te same okoliczności faktyczne tj. ustalenie przez zamawiającego na podstawie Księgi Służby, że pracownicy Odwołującego są w pracy 24h, nie zaś 12h, jak wymagał Zamawiający oraz, że Odwołujący wykonuje zamówienia z pomocą 11-12 pracowników, nie zaś 14, jak wskazał w wykazie z dnia 5 i 20 stycznia i 15 pracowników w wykazie z dnia 21 lutego 2023 r.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 17 sierpnia 2023 r. Zamawiający wystąpił po raz kolejny do Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim o dalsze wyjaśnienia. Izba ustaliła, że w odpowiedzi Dyrektor Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim pismem z dnia 21 sierpnia 2023 r. wskazał, iż pomimo kilkukrotnego nałożenia na Odwołującego kar umownych realizacja usługi nadal odbywała się niezgodnie z postanowieniami zawartej umowy. W dniu 15 czerwca 2023 r. Odwołujący złożył oświadczenie o odstąpieniu od tej umowy, zaś w dniu 16 sierpnia 2023 r. Odwołujący zaprzestał świadczenia usługi ochrony osób i mienia w obiekcie Sądu Okręgowego i Rejonowego w Piotrkowie Trybunalskim. Do dnia sporządzenia przedmiotowego pisma Dyrektor Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim nie został poinformowany o wniesieniu pozwu przez Odwołującego ani zawezwania do próby ugodowej. Ponadto Dyrektor Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim stwierdził, iż nie ma możliwości porozumienia z Odwołującym, gdyż nałożenie kar umownych było zasadne.

Do akt sprawy zostało również złożone pismo Odwołującego z dnia 20 marca 2023 r., w którym to piśmie wykonawca oświadczył, że odmawia zapłaty kary umownej. Wykonawca wskazał, że w punkcie VI SWZ nie ma wskazania, że praca ma być świadczona w trybie dwuzmianowym, w związku z tym naliczenie na tej podstawie kary jest niezadane. Wykonawca ponadto wskazał, że nie ma zakazu, aby pracownik po zakończeniu dyżuru na Posterunku nr 1 rozpoczął dyżur na Posterunku nr 2. Wykonawca wskazał, że zgodnie z postanowieniami SWZ wykonawca był zobowiązany do zapewnienia odpowiedniej liczby pracowników, nie wymagał zaś zamawiający, aby umowa był wykonywana przez określoną liczbę pracowników.

Ponadto do akt sprawy zostały złożone przez Zamawiającego pismo Odwołującego z dnia 17 kwietnia i 1 czerwca 2023 r. wzywające zamawiającego do zapłaty należnego wynagrodzenia

Izba ustaliła, na podstawie SWZ dot. zamówienia pn. „Świadczenie usługi ochrony osób i mienia w obiekcie Sądu Okręgowego i Rejonowego w Piotrkowie Trybunalskim w 2023 roku” oraz umowy nr 83/2022/1nw z dnia 5 grudnia 2022 r., że zamawiający Sąd Okręgowy w Piotrkowie Trybunalskim, w Rozdziale V SWZ – Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia wskazał:

Usługa będzie wykonywana przez pracowników ochrony wpisanych na listę Kwalifikowanych Pracowników Ochrony Fizycznej (dotyczy wszystkich pracowników):

a)Od ulicy Słowackiego 5, przy Posterunku nr 2

przez trzech pracowników ochrony (obsługa bramki) w dni robocze zgodnie z następującym harmonogramem:

- W poniedziałek - w godz.07:30 do 15:30 przez 1 pracownika ochrony w godz. 10:00 do 18:00 przez 1 pracownika ochrony
- wtorku do piątku w godz. 07:00 do 15:00 przez 1 pracownika ochrony, w godz.07:30 do 15:30 przez 1 pracownika ochrony, w godz. 08:00 do 16:00 przez 1 pracownika ochrony.

przez jednego pracownika ochrony (obsługa portierni całodobowo 1 pracownik ochrony na jednej zmianie).

Wykonywanie usługi ochrony od ul. Słowackiego 5 (portiernia) odbywać się będzie w systemie dwuzmianowym, tj. 12/24. Posterunek funkcjonuje 24 godziny na dobę. Pracownicy Wykonawcy świadczą usługę 7 dni w tygodniu w tym również niedziele i święta w systemie zmianowym.

b)od ul. Toruńskiej 4 przy posterunku nr 1:

przez jednego pracownika ochrony (obsługa portierni całodobowo 1 pracownik ochrony na jednej zmianie).

Wykonywanie usługi ochrony od ul. Toruńskiej 4 (portiernia) odbywać się będzie w systemie dwuzmianowym, tj. 12/24. Posterunek funkcjonuje 24 godziny na dobę. Pracownicy Wykonawcy świadczą usługę 7 dni w tygodniu w tym również niedziele i Święta w systemie zmianowym.

Izba ustaliła, że powyższe zapisu zostały przeniesione do umowy z Odwołującym.
Ponadto, Izba ustaliła, że w SWZ zostały zawarte następujące postanowienia:
Rozdział VI - Zamawiający wymaga, aby wszyscy pracownicy, o których mowa w pkt. V SWZ byli zatrudnieni przez Wykonawcę na podstawie umowy o pracę (czynności wykonywane w ramach niniejszego zamówienia wymagają zatrudnienia na podstawie umowy o pracę). Wymóg ten dotyczy również podwykonawcy. Wykonawca zobowiązany jest zapewnić odpowiedni stan etatowy, aby liczba wypracowanych nadgodzin była zgodna z kodeksem pracy, Powyższy wymóg nie dotyczy pracowników grup interwencyjnych. Zamawiający zastrzega, że powyższy wymóg weryfikować będzie m.in. poprzez przedłożenie przez Wykonawcę oświadczenia zawierającego imienny wykaz osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w celu realizacji niniejszego zamówienia. Oświadczenie, o którym mowa w zadaniu pierwszym, należy przedłożyć każdorazowo wraz z fakturą za dany miesiąc, Wymagane jest, aby ww. oświadczenie wskazywało osoby zatrudnione w danym miesiącu, którego dotyczy okres rozliczeniowy. Złożenie oświadczenia wraz z fakturą stanowi warunek zapłaty faktury. W przypadku uzasadnionych wątpliwości co do przestrzegania prawa pracy przez Wykonawcę, Zamawiający może zwrócić się o przeprowadzenie kontroli przez Państwową Inspekcję Pracy.
Rozdział VI, pkt 7 Zamawiający wskazał: Wykonawca, z którym zostanie zawarta umowa, zobowiązany będzie do dnia 31.12.2022 r. przedłożyć Zamawiającemu: imienny wykaz osób, które będą wykonywać zamówienie wraz z podaniem informacji na temat posiadanych kwalifikacji (w zakresie osób wpisanych na listę osób Kwalifikowanych Pracowników Ochrony Fizycznej oświadczenie Wykonawcy, że osoby te posiadają takowy wpis).
Izba ponadto ustaliła, że we wzorze umowy §1, Zamawiający wskazał: „Wykonawca oświadcza, że pracownicy zatrudnieniu na podstawie umowy o pracę spełniają wszystkie wymagania określone w SWZ. Ponadto, Zamawiający wskazał w umowie, że oferta wykonawcy i SWZ stanowią integralną część umowy.
Izba ustaliła, że pismem z dnia 7 sierpnia 2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie oświadczenia wstępnego na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał m.in., że w postępowaniu uwzględnił dodatkowe fakultatywne przesłanki wykluczenia z postępowania, o których mowa w art.109 ust. 1 ustawy Pzp., m.in. przesłankę z pkt 5, 7 oraz 8 ustawy Pzp. Zamawiający przytoczył w piśmie treść regulacji. Wykonawca (wszyscy członkowie konsorcjum) złożył oświadczenia wstępne (art. 125 ust. 1 ustawy Pzp) wskazując, iż nie podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie przesłanek przez wskazanych w SWZ. Zamawiający wskazał, że powziął wątpliwość co do prawdziwości złożonego oświadczenia. Sugerując się opublikowanym w dniu 23.06.2023 r. przez Sąd Okręgowy w Piotrkowie Trybunalskim ogłoszeniem o wykonaniu umowy (ogłoszenie nr 2023/BZP 00273065) oraz wskazanymi tam informacjami odnośnie tego, iż umowa nie została wykonana należycie Zamawiający działając na podstawie art. 128 ust. 5 ustawy Pzp zwrócił się do wskazanego podmiotu z wnioskiem o udzielenie informacji na temat należytego wykonania wspomnianej wyżej umowy dotyczącej usług ochrony, zawartej 05.12.2022 r. na skutek wyłonienia Wykonawcy w ogłoszonym przez Sąd Okręgowy postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Świadczenie usługi ochrony osób i mienia w obiekcie Sądu Okręgowego i Rejonowego w Piotrkowie Trybunalskim w 2023 roku” (ogłoszenie o zamówieniu nr 2022/S 176-498464).
Zamawiający wskazał, że z odpowiedzi jaką otrzymał z Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim wynika, iż umowa nie została należycie wykonana oraz, że umowa została wypowiedziana z winy Wykonawcy, a na Wykonawcę konsorcjum Security Emporio Sp. z o.o. Sp. k., Emporio Sp. z o.o., Vigor Security Sp. z o.o. zostały nałożone wysokie kary umowne. Zamawiający wskazał, że już sam ten fakt winien skutkować złożeniem przez Państwa oświadczenia o wystąpieniu okoliczności skutkujących wykluczeniem, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 lub 7 ustawy Pzp. Nałożona kara umowna nie miała bowiem w tym przypadku charakteru porządkowego, ale odszkodowawczy, a art. 109 ust. 1 pkt 7 wskazuje na doprowadzenie do „odszkodowania” oraz „realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady”. Powyższe potwierdza także pismo z dnia 2 listopada 2022 roku Urzędu Zamówień Publicznych, zatytułowane: „Kara umowna w kontekście przesłanki wykluczenia wykonawcy z powodu nieprawidłowości w realizacji wcześniejszych umów a sposób wypełnienia JEDZ” — w załączeniu. Zatem powinni Państwo zostać wykluczeni już tylko z powodu zatajenia informacji o powyższych okolicznościach przed Zamawiającym w oświadczeniu, stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ, albowiem stosownie do art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje. W związku z powyższym Zamawiający, działając na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp wzywa do złożenia wyjaśnienia dlaczego Wykonawca złożył oświadczenie wstępne (z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez Zamawiającego, o których mowa w art. 108 ust. 1 Pzp, oraz w art. 109 ust. 1 pkt 1, 2c, 4-5, 7-8 Pzp), że nie podlega wykluczeniu. Zamawiający wskazał, że jego ocenie w tym przypadku zachodzą podstawy wykluczania. Wobec tego Wykonawca powinien złożyć oświadczenie, że podlega wykluczeniu i ewentualnie zastosować procedurę self-cleaning.
Izba ustaliła, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Odwołujący złożył wyjaśnienia w piśmie z dnia 9 sierpnia

2023 r. Odwołujący wskazał, że nie jest prawdą, że umowa z dnia 5 grudnia 2022 r. zawarta przez konsorcjum z Sądem Okręgowym w Piotrkowie Trybunalskim nie była należycie wykonywana i że doszło do jej wypowiedzenia z winy wykonawcy, a co za tym idzie, że zaistniały przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 pzp. Wykonawca wskazał, że oświadczeniem z dnia 14 czerwca 2023 r., doręczonym w dniu 15 czerwca 2023 r. konsorcjum jako wykonawca odstąpiło od powyższej umowy, z przyczyn leżących po stronie zamawiającego Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim. Następnie zamawiający nieskutecznie próbował rozwiązać umowę pismem z dnia 19 czerwca 2023 r. doręczonym w dniu 22 czerwca 2023 r., do czego jednak nie mogło dojść, bo umowa już wtedy nie obowiązywała. Tym samym niezasadnie zamawiający próbował nałożyć na wykonawcę karę umowną. Do zakończenia wykonywania umowy doszło z przyczyn leżących po stronie zamawiającego i na skutek odstąpienia od umowy przez konsorcjum. Konsorcjum kwestionuje zatem czynności podejmowane przez Sąd Okręgowy w Piotrkowie Trybunalskim i prowadzona jest korespondencja przedsądowa, natomiast należy podkreślić, że nie istnieje wyrok sądu ani innego uprawnionego organu stwierdzający, iż odstąpienie przez wykonawcę było nieskuteczne i że doszło do skutecznego rozwiązania umowy z winy wykonawcy oraz że wykonawca zobowiązany jest do zapłaty kar umownych. Do stwierdzenia takich okoliczności nie jest uprawniona Akademia Sztuki w Szczecinie jako zamawiający w przedmiotowym postępowaniu. Należy natomiast wskazać, że w Ogłoszeniu o wyniku postępowania Usługi „Świadczenie usługi ochrony osób i mienia w obiekcie Sądu Okręgowego i Rejonowego w Piotrkowie Trybunalskim" z dnia 20 czerwca 2023 r., nr 2023/BZP 00266537, Sąd Okręgowy w Piotrkowie Trybunalskim jako zamawiający wskazał w pkt 3.1.1: „Z powodu odstąpienia od umowy Wykonawcy świadczącego usługę ochrony osób imienia na terenie Sądu Okręgowego i Rejonowego w Piotrkowie Trybunalskim, zachodzi konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia." (pogrubienie własne). Tym samym wbrew odpowiedzi przekazanej Akademii Sztuki w Szczecinie, w powyższym ogłoszeniu Sąd Okręgowy w Piotrkowie Trybunalskim stwierdził, że do zakończenia umowy doszło w wyniku odstąpienia od umowy przez wykonawcę, a nie z powodu wypowiedzenia przez zamawiającego z winy wykonawcy. Dalej Odwołujący wskazał: (…) Mając na uwadze powyższe nie można stwierdzić, że przy wykonywaniu umowy z dnia 5 grudnia 2022 r. na rzecz Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim konsorcjum w sposób zawiniony poważnie naruszyło obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość ani że z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, 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, a co za tym idzie, nie można stwierdzić, by konsorcjum powinno było złożyć oświadczenie o wystąpieniu okoliczności skutkujących wykluczeniem, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 lub 7 pzp. Nie istnieją przesłanki do wykluczenia konsorcjum w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 5 lub 7 pzp i nie można stwierdzić, że oświadczenie konsorcjum wprowadzało zamawiającego Akademię Sztuki w Szczecinie w błąd. Tym samym nie można uznać, iż doszło do spełnienia przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 8 pzp i że konsorcjum powinno być wykluczone na tej podstawie, w szczególności biorąc pod uwagę opisany powyżej stan faktyczny, nie doszło do zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa we wprowadzeniu w błąd. Ponadto, skoro oświadczenie wykonawcy o braku podstaw do wykluczenia było prawidłowe i nie ma podstaw do wykluczenia, to nie zachodziły przesłanki do zastosowania procedury self - cleaningu.

Izba ustaliła, że w dniu 21 sierpnia 2023 r. Zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty Odwołującego. Jako uzasadnienie powyższego wskazał, iż na podstawie dokumentów otrzymanych z Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim można stwierdzić, że umowa o przedmiocie pn.: „Świadczenie usługi ochrony osób i mienia w obiekcie Sądu Okręgowego i Rejonowego w Piotrkowie Trybunalskim w 2023 roku" była wykonywana przez Odwołującego nienależycie, a tym samym zachodzą przesłanki wykluczenia Wykonawcy z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5, 7 i 8 Pzp.

Ponadto, Izba ustaliła, że zamawiający Sąd Okręgowy w Piotrkowie Trybunalskim w dniu 23 czerwca 2023 r. opublikował ogłoszeniem o wykonaniu umowy (ogłoszenie nr 2023/BZP 00273065). Ogłoszeniu zostało wskazane, że umowa nie została wykonana należycie. Ponadto, w odpowiedzi na pytanie czy umowa został wykonana, zamawiający udzielił odpowiedzi, że nie.

Izba zważyła co następuje:

W ocenie Izby zarzuty podniesione w odwołaniu nie zasługują na uwzględnienie, co skutkowało oddaleniem odwołania przez Izbę.

Zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 5, pkt 7, jak i pkt 8 ustawy Pzp

W ocenie Izby zarzut jest niezasadny. Należy wskazać, że zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 5, 7 i 8 ustawy Pzp, Zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę:

- pkt 5 ustawy Pzp, tj.: 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;

- pkt 7 ustawy Pzp, tj.: 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;
- pkt 8 ustawy Pzp, tj.: 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

Odnosząc się do przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo wykluczył Odwołującego na podstawie w/w przepisu ustawy. Zgodnie z przywołaną regulacją, zamawiający wyklucza z postępowania 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. Za naruszenie zasad zawodowych uznać należy również niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań umownych. Przykładem takiego naruszenia jest nienależyta realizacja zamówienia publicznego skutkująca wcześniejszym rozwiązaniem umowy, co w analizowanym stanie faktycznym Zamawiający wykazał za pomocą stosownych dowodów. Po pierwsze, Odwołujący w sposób świadomy nienależycie wykonywał nałożone na niego zobowiązania wynikające ze spornej umowy zawartej z Sądem Okręgowym w Piotrkowie Trybunalskim, powołując się na rzekomą odmienną interpretację postanowień SWZ i znaczenie oświadczeń złożonych Zamawiającemu co do liczby pracowników jaką zatrudni w celu realizacji zamówienia. Zdaniem Izby, przyjęta przez Odwołującego interpretacja postanowień SWZ i umowy zawartej z Sądem Okręgowym w Piotrkowie Trybunalskim nie był poprawna i prowadziła do obejścia zasad wykonywania zamówienia określonych przez zamawiającego i wynikających z oświadczeń, jakie Odwołujący złożył zamawiającemu. W tym zakresie, Izba wskazuje, że Odwołujący sam potwierdził w odpowiedzi na zawiadomienie o naliczeniu kary umownej i wezwania do zapłaty, że zamiast 15 pracowników do wykonywania zamówienia kierował jedynie od 11 do 12 osób oraz to, że od 6 do 7 pracowników Odwołującego, w tym pracownicy ochrony do obsługi portierni od ul. Toruńskiej i od ul. Słowackiego wykonywało pracę w systemie 24/24 (najpierw jedna osoba pracowała 12h obsługując jedną portiernię, by bezpośrednio po tym przez kolejne 12h pracując przy obsłudze drugiej portierni). Powyższe, zdaniem Izby, naruszało obowiązek Odwołującego wynikający z postanowienia §1 umowy oraz Rozdziału V i VI SWZ stanowiących integralną cześć umowy, zgodnie z którymi Odwołujący obowiązany był do zatrudnienia pracowników ochrony do obsługi portierni w systemie dwuzmianowym, tj. w wymiarze 12/24, przy czym posterunki funkcjonują 24 godzin na dobę. Odwołujący obowiązany był zatrudnić wszystkich pracowników na podstawie umowy o pracę i zapewnić odpowiedni stan etatowy, aby liczba wypracowanych nadgodzin była zgodna z kodeksem pracy (pkt VI ppkt 5 SWZ). Od spełnienia powyższych obowiązków w tym zakresie nie przewidziano żadnych odstępstw. Przyjęta zaś przez Odwołującego interpretacja postanowień umowy i SWZ czyniła wymaganie zamawiającego martwym, bowiem pracownicy Odwołującego pracowali systemie 24/24, a nie systemie pracy dwuzmianowej. Wprowadzany przez Odwołującego system pracy dwuzmianowej był systemem iluzorycznym, gdyż pracownik *de facto* wykonywał pracę 24/24.

Zdaniem Izby, z postanowień SWZ wynikało, że wykonawca miał zatrudnić pracowników w systemie pracy dwuzmianowej 12/24, tymczasem pracownicy Odwołującego wykonywali pracę systemie 24/24. To, że pracownik zmieniał lokalizacje i po 12h pracy na jednej posterunku przechodził na inny posterunek na kolejne 12h pracy nie oznacza, że pracownik wykonywał pracę w systemie dwuzmianowym. Interpretacja przedstawiona przez Odwołującego prowadzi *de facto* do obejścia wymagania zawartego w SWZ co do zatrudnienia w systemie pracy dwuzmianowej. Jest oczywistym dla Izby, że celem wprowadzonego zapisu było zapewnienie przez zamawiającego, aby pracownicy nie pracowali w systemie 24h, bowiem rodzi to zasadne wątpliwości co do efektywnego wykonywania swoich obowiązków przez pracownika ochrony. Ma to szczególne znaczenie dla funkcjonowania takich instytucji publicznych jako sądy powszechne, których ochrona wymaga pełnego zaangażowania pracowników i zapewnienia bezpieczeństwa funkcjonariuszom publicznym. Odnosząc się do stwierdzeń Odwołującego o konieczności przedłużenia czasu pracy ze względu na choroby i inne nieprzewidywalne zdarzenia, słusznie wskazał Zamawiający, że zapis pkt VI ppkt 8 SWZ umożliwiał Odwołującemu dokonanie zmiany osób wskazanych w imiennym wykazie osób w trakcie realizacji zamówienia z ważnych względów, np. długotrwałej choroby. Odwołujący jednak z powyższego nie korzystał w celu uzupełnienia osób kierowanych do realizacji zamówienia. Ponadto niewiarygodne są twierdzenia o planowanej czy

nieplanowanej nieobecności pracowników w sytuacji, gdy Odwołujący przez cały okres realizacji przedmiotowego zamówienia kierował zbyt małą liczbę pracowników do wykonywania tego zamówienia, pomimo cyklicznego nakładania na niego kary umownej z tej przyczyny. Bez znaczenia dla powyższego są również twierdzenia, że przepisy pracy w określonych okolicznościach (w układzie zbiorowym pracy lub w regulaminie pracy) dopuszczają ustalenie innej liczby godzin nadliczbowych w roku kalendarzowym niż 150. Przedmiotowe postanowienie SWZ odsyła bowiem do liczby godzin wskazanej w kodeksie pracy (150 godzin w roku kalendarzowym zgodnie z art. 151 §3 Kodeksu pracy), a nie do układu zbiorowego pracy, regulaminu pracy czy umowy o pracę. Jest to zresztą całkowicie zrozumiałem mając na uwadze, iż gdyby dopuścić niczym nie ograniczoną liczbę godzin nadliczbowych określoną w układzie zbiorowym pracy czy regulaminie pracy albo w umowie o pracę, to mogłoby się okazać, że przedmiotowe postanowienie nie miałoby żadnego praktycznego zastosowania. Wskazać również należy, że Odwołujący nie przedstawił układu zbiorowego pracy, regulaminu pracy czy umów o pracę, które dopuszczałyby pracę w godzinach nadliczbowych ponad limit 150 godzin w roku kalendarzowym.
Zdaniem Izby, Odwołujący w sposób świadomy wykonywał zamówienia z uchybieniem obowiązków wynikających z SWZ w zakresie zasad zatrudnienia w trybie dwuzmianowym, dokonując interpretacji postanowień SWZ w taki sposób, aby obejść wymóg dwuzmianowości. Sposób interpretacji SWZ dokonany przez Odwołującego pomija cel wprowadzonej regulacji, istotę ochrony szczególnych budynków, jakimi są sądy powszechne i opiera się wyłącznie na stwierdzeniu, że zamawiający nie zakazał przechodzenia pracownika z jednego posterunek po zakończeniu dyżury na drugi posterunek. Zdaniem Izby zapisy SWZ właśnie świadczą o tym, że zamawiający zakazał takiej praktyki wymagając zatrudnienia w systemie pracy dwuzmianowej i dążąc do tego, aby wykonawca zamówienia oddelegowywał do wykonywania usługi ochrony pracowników wypoczętych, zapewniając tym samym właściwy poziom wykonywanych usług. Powoływania się na odmienną interpretację postanowień SWZ jest, w ocenie, Izby niezasadnym argumentem w sprawie.
Odnosząc się w dalszej kolejności do stwierdzeń Odwołującego, że nie miało znaczenia oświadczenie wykonawcy składane zamawiającemu co do liczby pracowników z pomocą, których wykonawca wykonuje zamówienie, bowiem z postanowień SWZ i umowy nie wynika obowiązek określenia takiej liczby, Izba uważa takie stanowisko za nieprawidłowe. Zasadne jest postawienie pytania w jakim celu Odwołujący składał zamawiającemu oświadczenia – imienny wykaz osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w celu realizacji zamówienia? Zdaniem Izby, skoro wykonawca deklaruje liczbę osób z pomocą których wykona zamówienie, to jest on związany swoim oświadczeniem. Przyjęcie odmiennej interpretacji, wprowadzałoby zamawiającego w błąd co do liczby osób zaangażowanych w realizację zamówienia, a tym samym pozbawiałoby zmawiającego możliwości weryfikacji czy wykonawca rzeczywiście prawidłowo wykonuje swoje zobowiązania. Tymczasem w okolicznościach sprawy, Odwołujący twierdzi, że złożone przez niego oświadczenia nie miały żadnego znaczenia, a zatem na ich podstawie nie można wyciągać względem wykonawcy negatywnych konsekwencji. Nie można zgodzić się z takim stanowiskiem. Oświadczenia były wymagane zgodnie z postanowieniami SWZ (Rozdział VI pkt 5). Wraz z zawarciem umowy, Odwołujący przedłożył imienny wykaz osób, które będą wykonywać zamówienie. Aktualne wykazy stanowiły element konieczny do wypłaty wynagrodzenia, na ich podstawie zamawiający weryfikował liczbę zaangażowanych pracowników, a tym samym badał, czy rzeczywiście wykonawca zaangażował określona przez siebie liczbę pracowników i czy liczba ta jest wystarczająca do wykonania usługi w sposób prawidłowy. Skoro zatem wykonawca oświadczył, że zaangażuje 14 – 15 pracowników w realizację zamówienia, to był zobowiązany realizować zamówienia z tą właśnie liczbą pracowników. Zdaniem Izby, Odwołujący nie tylko zinterpretował postanowienia SWZ w taki sposób, aby wyeliminować obowiązek zatrudnienia pracownika w trybie pracy dwuzmianowej, ale również wykonywał zamówienia wbrew zobowiązaniu jakie sam na siebie nałożył składając oświadczenia o liczbie pracowników jakie zatrudni w celu realizacji zamówienia. Izba podkreśla, że sporna umowa została podpisana z Odwołującym w wyniku przeprowadzenia postępowania przetargowego. Jest to istotna okoliczność, jaką wykonawca pomija w ocenie swojego zachowania i przyjętego sposobu jego realizacji. Interpretacja postanowień SWZ dokonana przez Odwołującego jest oderwana od celu w jakim zamawiający wprowadził postanowienia co do wymogu pracy w systemie pracy dwuzmianowej. Klauzule społeczne stanowią istotną część systemu zamówień publicznych i mają na celu kształtowanie m.in. pozytywnych zachowań związanych z sytuacją pracowników na rynku pracy. Służą one ochronie pracowników, którym niejednokrotnie pracodawca narzuca warunki pracy nie dające możliwości ich efektywnego i prawidłowego wykonywania. W przedmiotowym postępowaniu, system pracy dwuzmianowej wymagany przez zamawiającego służył zapewnieniu, że usługa ochrony będzie wykonywana przez pracowników, którym zagwarantowane jest czas na wypoczynek, a to z kolei zapewni prawidłowy i efektywny sposób świadczenia usługi ochrony sądu. Ostatnią rzeczą jaką chciałaby zamawiający to dysponować pracownikiem ochrony, który śpi podczas wykonywania swoich obowiązków. Waga instytucji publicznej jaką są sądy wymaga zapewnienia, że ochrona jest rzeczywiście świadczona. Odwołujący jako profesjonalista, mając świadomość uwarunkowań w jakich umowa ma być realizowana, dąży do obejścia postanowień o pracy dwuzmianowej dokonując wykładni postanowień SWZ i spornej umowy w sposób wybiórczy, operacja się *de facto* na jednym stwierdzeniu – skoro coś nie było zakazane, to jest

dopuszczalne. Izba nie może uznać takiego stanowiska za zasadne. Interpretacja spornych zapisów odbywa się w kontekście całego zamówienia, całości postanowień umowy i uwarunkowań w jakich ona jest realizowana.
W konsekwencji, Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo ustalił, że w stosunku do Odwołującego ziściły się podstawy wykluczenia określone w art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zgromadzony materiał dowodowy w sprawie uzasadnił stwierdzenie, że Odwołujący w sposób nienależyty wykonywał zamówienia, co skutkowało wcześniejszym rozwiązaniem spornej umowy. Zdaniem Izby, działanie Odwołującemu było działaniem celowym, zmierzającym do realizacji zamówienia w sposób, które powodował ominięcie wymagania wykonania zamówienia przez pracowników zatrudnionych w systemie pracy dwuzmianowej oraz z pominięciem zobowiązań jakie wykonawca sam na siebie nałożył w oświadczeniach składanych zmawiającemu co do liczby pracowników zatrudnionych w celu realizacji zamówienia.
W ocenie Izby, spełnione zostały również przesłanki wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, tj.: Odwołujący z przyczyn leżących po jego stronie w znacznym stopniu nie wykonał istotnego zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Izba wskazuje, że sposób wykonania zamówienia jest determinowany postanowieniami SWZ oraz umowy. Wykonawca, który podejmuje się realizacji zadań na rzecz zamawiającego zobowiązany jest do wykonywania nałożonych na niego obowiązków, działając w dobrej wierze, we współpracy z zamawiającym. Tymczasem w analizowanym stanie faktycznym postawa Odwołującego jest zaprzeczeniem profesjonalizmy, jakiego można by wymagać od wykonawcy zobowiązującego się do wykonania usługi ochrony budynku sądu powszechnego. Po pierwsze, Odwołujący w dniu 15 czerwca 2023 r. złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy, zaś w dniu 16 sierpnia 2023 r. Odwołujący zaprzestał świadczenia usługi ochrony osób i mienia w obiekcie Sądu Okręgowego i Rejonowego w Piotrkowie Trybunalskim, pozostawiając zamawiającego z dnia na dzień bez usługi ochrony, która jest konieczna do funkcjonowania budynku sądu powszechnego. O ile nie można odmówić wykonawcy prawa odstąpienia od umowy, o tyle sposób wykonania z tego prawa powinien uwzględniać zasady współżycia społecznego. Zachowanie zaś wykonawcy w żaden sposób takich zasad nie uwzględniało. Po drugie, z okoliczności sprawy wynika, że Odwołujący nie tylko realizował zamówienia za pomocą mniejszej liczy pracowników niż tej wynikającej z jego własnego oświadczenia złożonego zamawiającemu w dniu 21 lutego 2023 r. (wcześniej w dniu 5 i 20 stycznia 2023 r.), ale również realizował usługę w sposób, który prowadził do obejścia wymogu zamawiającego w zakresie pracy dwuzmianowej. To zaś doprowadziło do wypowiedzenia umowy przez Sąd Okręgowy w Piotrkowie Trybunalskim w dniu 19 czerwca 2023 r. oraz nałożenia przez sąd na Odwołującego kary umownej w kwocie 97.464,71 zł z tytułu rozwiązania umowy z przyczyn leżących po stronie Odwołującego. Jak Izba wskazała powyżej, przyjęte przez Odwołującego interpretacja postanowień SWZ i spornej umowy, jak również ocena znaczenia oświadczeń składanych przez Odwołującego zmawiającemu w zakresie liczby osób zaangażowanych w realizację zamówienia jest nieprawidłowa i nie zasługuje na aprobatę. Zdaniem Izby, Zamawiający opierając się na zgormadzonych informacji i dowodach zasadnie uznał, że Odwołujący nie wynikał istotnego zobowiązania umownego wynikającego z umowy zawartej w Sądem Okręgowym w Piotrkowie Trybunalskim tj. zobowiązania do zatrudnienia pracowników delegowanych do wykonania zamówienia w systemie pracy dwuzmianowej oraz zobowiązania do realizacji zamówienia w taką liczbą pracowników, jaką określił sam Odwołujący w składanych oświadczeniach.
Zdaniem Izby, spełnione zostały również przesłanki wykluczenia Odwołującego z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, tj.: Odwołujący w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu przez to, że Odwołujący (wszyscy członkowie jego konsorcjum) składając wraz z ofertą wypełniony załącznik nr 2 do SWZ — Oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia z postępowania składane na podstawie art. 125 ust. 1 Pzp oświadczył, że na dzień składania ofert nie podlega wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 108 ust 1 oraz art. 109 ust. 1 pkt 1, 2c, 4, 5, 7, 8 Pzp, pomimo, że — jak wykazano powyżej — podlegał wykluczeniu na podstawie art. 109 ust, 1 pkt 5 oraz 7 Pzp, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu. Należy wskazać, że zgodnie art. 8 ust. 1 ustawy Pzp do oceny czynności dokonywanych przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, tym samym należy uwzględnić art. 355 § 1 K.c., zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przez należytą staranność rozumie się określony sposób postępowania, mający prowadzić do spełnienia świadczenia, pewien model czy wzorzec skonstruowany z reguł postępowania. Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności, przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (patrz Komentarz). Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż zgodnie z art. 355 § 2 K.c. należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności, a zatem konstruując

wzorzec należytej staranności przedsiębiorcy w stosunkach jednostronnie i obustronnie profesjonalnych, należy brać pod uwagę to, że jego działalność ma charakter profesjonalny (zawodowy), co oznacza m.in., że prowadzona jest stale i przynajmniej w założeniu, oparta na szczególnej wiedzy i umiejętnościach. Prowadzenie działalności profesjonalnej uzasadnia zwiększone oczekiwania otoczenia co do wiedzy, skrupulatności i rzetelności podmiotu prowadzącego taką działalność, Za takiego profesjonalistę należy również uznać co do zasady wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Wzorzec należytej staranności nakłada zatem na wykonawcę, który składa ofertę, podmiotowe środki dowodowe we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości, mają one bowiem wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego.
W analizowanym stanie faktycznym sposób w jaki działał Odwołujący pozbawił Zamawiającego możliwości dokonania stosowanej oceny okoliczności związanych z umową realizowaną na rzecz Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim, bowiem Odwołujący, po pierwsze, w oświadczeniu co do braku podstaw wykluczenia udzielił negatywnej odpowiedzi na pytanie związane wykluczeniem z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5, 7 i 8 ustawy Pzp. Po drugie, Odwołujący na wezwanie Zamawiającego, w piśmie z dnia 9 sierpnia 2023 r., nie przedstawił i nie wyjaśnił okoliczności faktycznych związanych z rozwiązaniem umowy przez zamawiającego – Sąd Okręgowy w Piotrkowie Trybunalskim. Argumentacja wykonawca koncentrowała się wokół skuteczności czynności prawnej, jakiej dokonał zamawiający, nie dotyczyła zaś okoliczności faktycznych leżących u jej podstaw. Takie zachowanie Odwołującego było, zdaniem Izby, działaniem, którego celem było nieujawnianie Zamawiającemu w przedmiotowym postępowaniu istotnych okoliczności związanych z realizacją spornej umowy, co mogło wprowadzić Zamawiającego w błąd. Gdyby Zamawiający samodzielnie nie przeprowadził dochodzenia w zakresie spornej umowy, mógłby nigdy nie uzyskać wiedzy co do wcześniejszego rozwiązania umowy z Odwołującym przez innego zamawiającego i w konsekwencji dokonać wybory oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Odwołujący miał pełną wiedzę o sporze co do sposobu interpretacji SWZ, wezwaniach skierowanych do Odwołującego przez Sąd Okręgowy co do zmiany sposobu wykonywania usługi, nałożonych karach umownych. Żadna z tych okoliczności nie została przywołana w piśmie Odwołującego z dnia 9 sierpnia 2023 r. i nie została wyjaśniona przez wykonawcę. Zdaniem Izby, fakt wcześniejszego zakończenia umowy przez zamawiającego, niezależnie od przyczyn leżących u jej podstaw, winien być co do zasady ujawniony przez wykonawcę. Jest to okoliczność istotna z punktu widzenia oceny rzetelności wykonawcy. Przyjęcie odmiennie interpretacji i pozostawienie wykonawcy swobodniej oceny przyczyn rozwiązania umowy i determinowania na tej podstawie właściwej odpowiedzi co do podstaw wykluczenia jest niedopuszczalne. Prowadziłoby to bowiem to pozbawiania zamawiającego jest ustawowego prawo do oceny okoliczności faktycznych związanych z wcześniejszym rozwiązaniem umowy. Sposób postępowania Odwołującego *de facto* uniemożliwił Zamawiającemu oceny podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu wcześniejszego rozwiązania umowy, bowiem to wykonawca dokonał takiej oceny za Zamawiającego. Zdaniem Izby Odwołujący był zobowiązany przedstawić wszystkie istotne okoliczności związane z rozwiązaniem spornej umowy i wyjaśnić dlaczego uważa, że takie rozwiązanie nie było zasadne. Odwołujący zaniechał przekazania takich okoliczności, koncentrując się (celowo) nie na okolicznościach faktycznych związanych z realizacją umowy, ale na ocenie skuteczności czynności prawnej zamawiającego. Nie ma żadnych podstaw, aby termin „rozwiązanie" umowy utożsamiać z analizą skutków prawnych wynikających z takiej czynności. Na potrzeby oceny podstaw wykluczenia istotny jest fakt, że zamawiający złożył oświadczenie o wcześniejszym rozwiązaniu umowy i ten fakt winien być ujawniany przez Odwołującego, wraz z okolicznościami faktycznymi znanymi wykonawcy i stanowiącymi przyczynę rozwiązania umowy. Wykonawca może oczywiście wskazać, że działanie zamawiającego było nieuprawnione, ale ostateczna ocena czy takie okoliczności skutkują wykluczeniem wykonawcy z postępowania należy do Zamawiającego. W konsekwencji, Izba uznała, zarzut za niezasadny. Zdaniem Izby, działania Odwołującego świadczą o zamierzonym nieujawnianiu istotnych okoliczności związanych z realizacją spornej umowy. Odwołujący nie tylko zaniechał przekazania Zamawiającemu w oświadczeniu o braku podstaw wykluczenia faktu wcześniejszego rozwiązania umowy, ale również zaniechał wyjaśnienia okoliczności faktycznych związanych z realizacji spornej umowy w piśmie z dnia 9 sierpnia 2023 r. Takie działanie skutkowało tym, że Zamawiający był wprowadzony w błąd co do podstaw związanych z wykluczaniem z postępowania, bowiem Odwołujący celowo nie przekazał Zamawiającemu kluczowych informacji na podstawie, których Zamawiający miałby możliwość oceny czy istnieją zasadne podstawy do wykluczenia Odwołującego z postępowania.
Odnosząc argumentów Odwołującego o naduszeniu art. 16 pkt 1 i 2 z powodu braku dołączanie do wezwania skierowanego do Odwołującego o złożenie wyjaśnień pisma Sądu Okręgowego, na jakie Zamawiający się powołuje w treści wezwania, Izba uznała argumenty wykonawcy za niezasadne. Pismo jakie Zamawiający otrzymał od Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim zostało zreferowane przez Zamawiającego w wezwaniu do złożenia wyjaśnień. Co więcej, Odwołujący nie wykazał w żaden sposób jakie okoliczności podniesione przez Sąd Okręgowy w Piotrkowie Trybunalskim nie były mu znane i stanowią okoliczności nowe dla wykonawcy. Zdaniem Izby, Odwołujący w sposób nieuprawniony przyjmuje, że jego obowiązkiem było wyłącznie ustosunkowanie się stricte do kwestii zakończenia

wykonywania umowy w Piotrkowie Trybunalskim, nie zaś do całości okoliczności faktycznych związanych z realizacją umowy. W swojej argumentacji Odwołujący pomija istotny fakt – to wykonawca składa oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia i do wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego jest zobowiązany wykazać prawdziwość twierdzeń zawartych w oświadczeniu. Tymczasem w analizowanym stanie faktyczny, nie tylko Odwołujący nie wykazuje braku podstaw do wykluczenia, ale przerzuca na Zamawiającego ciężar dowodu w tym zakresie. Wobec powzięcia przez Zamawiającego zasadnych wątpliwości co do prawidłowości realizacji zamówienia w Piotrkowie Trybunalskim, Odwołujący winien dochować należytej staranności i wykazać Zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie, że jego oświadczenie co do braku podstaw wykluczenia było prawdziwe. Odwołujący zaś przerzuca na Zamawiającego ciężar wykazania, że oświadczenie wykonawcy było nieprawdziwe.

Nie zasługuje również na uwzględnienie twierdzenie Odwołującego, że nie odniósł się do kwestii rzekomego nieprzestrzegania postanowień SWZ dotyczących m.in. zatrudniania pracowników na umowę o pracę w systemie dwuzmianowym oraz obowiązku zapewnienia odpowiedniego stanu etatowego w piśmie z dnia 10 sierpnia 2023 r., ponieważ Zamawiający nie wezwał do wyjaśnień w zakresie całego wykonywania umowy. Zdaniem Izby, Odwołujący był zobowiązany przedstawić w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wszystkie okoliczności faktyczne związane z realizacją umowy w Piotrkowie Trybunalskim, bowiem to na wykonawcy ciąży ciężar dowodu wykazania braku podstaw do wykluczenia. Odwołujący, zdaniem Izby, intepretuje zawężająco treść wezwania Zamawiającego. W piśmie z dnia 7 sierpnia 2023 r. Zamawiający wskazał, że sporna umowa nie została należycie wykonana oraz, że umowa została wypowiedziana z winy wykonawcy, a na wykonawcę konsorcjum Security Emporio Sp. z o.o. Sp. k., Emporio Sp. z o.o., Vigor Security Sp. z o.o. zostały nałożone wysokie kary umowne. Zamawiający wyjaśnił, że w/w okoliczności stanowią, w jego ocenę podstawę do wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5, 7 i 8 ustawy Pzp. Co więcej, Zamawiający wyjaśnił, że nieujawnienie tych informacji na etapie złożenia oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia traktuje jako ich zatajenie i wprowadzenie Zmawiającego w błąd. Jednocześnie, Zamawiający wskazał, żew jego ocenie zachodzą podstawy wykluczania wykonawcy z postępowania i wykonawca powinien złożyć oświadczenie, że podlega wykluczeniu i ewentualnie zastosować procedurę self-cleaning. Zdaniem Izby z treści wezwania wynikało jednoznacznie co stanowi podstawę do uznania, że zachodzą wobec Odwołującego podstawy do wykluczenia z postępowania. Okoliczność, że zostały naliczone kary umowne z tytułu nieprawidłowego wykonywania umowy została sprecyzowana w piśmie Zamawiającego, zaś z dokumentów jakie Zamawiający złożył do akt sprawy wynika, że Odwołujący miał pełną wiedzę co stanowiło podstawę do naliczenia kar umownych.

Zdaniem Izby, w odpowiedzi na w/w wezwanie Zmawiającego, Odwołujący celowo nie przedstawił wszystkich okoliczności faktycznych związanych z realizacją zamówienia. Okoliczności te były znane Odwołującemu, bowiem Sąd Okręgowy w Piotrkowie Trybunalskim kierował do wykonawcy informacje w sprawie nieprawidłowego wykonywania umowy i naliczenia kar umownych. W piśmie z dnia 9 sierpnia 2023 r. Odwołujący nie odniósł się w ogóle do przyczyn naliczania kar umownych przez Zamawiającego, nie wyjaśnił dlaczego odstąpił od umowy z winy Zamawiającego i w czym ta wina Zamawiającego miałaby się przejawiać. Odwołujący ograniczył się wyłącznie do stwierdzenia bezskuteczności rozwiązania umowy przez Zamawiającego, skutecznego odstąpienia przez Odwołującego z winy zamawiającego i stwierdzenia, że nie zachodzą podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania, a zatem nie ma podstaw do dokonywania self – cleaningu. Zdaniem Izby, Odwołujący w przedmiotowym piśmie *de facto* nie odniósł się w żaden sposób do okoliczności faktycznych leżących u podstaw odstąpienia od umowy przez wykonawcę czy rozwiązania umowy przez zamawiającego. A te okoliczności stanowią podstawę do oceny czy zachodziły podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania. To, że Odwołujący odstąpił od umowy z winy zamawiającego nie oznacza, że nie zachodzą podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania. W kontekście podstaw wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 5, 7 i 8 ustawy Pzp ocenie podlegają okoliczności faktyczne leżące u podstaw czynności wykonawcy/zamawiającego. Te okoliczności, zdaniem Izby, były celowo pomijane przez Odwołującego. Izba stoi na stanowisko, Odwołujący miał obowiązek przedstawić Zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego okoliczności faktyczne związane z realizacją umowy. Wykonawca winien opisać spór z zamawiającym dotyczący interpretacji SWZ i sposobu realizacji zamówienia. Wykonawca winien wskazać, że zostały naliczone kary umowne i na jakiej podstawie, niezależnie czy kwestionuje taką okoliczność czy nie. Zamawiający powinien pozyskać od wykonawcy opis okoliczności faktycznych związanych z realizacją umowy, na podstawie którego dokonałby oceny przesłanek dotyczących wykluczenia. Tymczasem w przedmiotowym postępowaniu, stanowisko Odwołującego sprowadzało się do nieujawniania okoliczności faktycznych, a wyłącznie do powoływania się na odstąpienie do umowy z winy zamawiającego, przy czym wina ta nie została w żadne sposób wykazana.

Dalej Izba wskazuje, że nie można zgodzić się ze stwierdzeniem Odwołującego zawartym w piśmie z dnia 15 czerwca, że nie istnieje wyrok sądu ani innego uprawnionego organu stwierdzający, iż odstąpienie przez wykonawcę było nieskuteczne i że doszło do skutecznego rozwiązania umowy z winy wykonawcy oraz że wykonawca zobowiązany jest do zapłaty kar umownych. Do stwierdzenia takich okoliczności nie jest uprawniona Akademia Sztuki w Szczecinie jako

zamawiający w przedmiotowym postępowaniu. Izba wskazuje, że ustawa Pzp określa w art. 109 ust. 1 określa przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowaniu. Ani art. 109 ust. 1 pkt 5 ani art. 109 ust. 1 pkt 7 czy 8 ustawy Pzp nie referuje do orzeczenia sądu ani orzeczenia innego uprawnionego organu. Ustawodawca w pkt 5 odwołuje się do stosowanych dowodów, nie do orzeczeń sądu czy innego organu. Oczywiście jeśli takie są dostępne, to mogą one stanowić podstawę do wykluczenia. Niemniej jednak, ustawodawca w żaden sposób nie zawęził „stosownych dowodów" do orzeczeń sądowych czy decyzji innych organów. Zamawiający w tym postępowaniu oparł swoją decyzję o stosowne dowody, bowiem dokonał analizy realizacji umowy zawartej z Sądem Okręgowym w Piotrkowie Trybunalskim, sposobu jej wykonywania przez Odwołującego, posiadał dokumenty źródłowe dokonując takiej oceny. Przedłożone przez Zamawiającego dokumenty są, zdaniem Izby, „stosownymi dowodami". Również w pkt 7 ustawodawca nie referuje do żadnych orzeczeń sądowych czy decyzji organów. Ustawodawca wymaga wyłączenie ustalenia czy doszło do niewykonania czy nienależytego wykonania zobowiązań wynikających 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 z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Taką analizę musi przeprowadzić Zamawiający przed podjęciem decyzji w sprawie wykluczenia wykonawcy z postępowania. Izba nie ma żadnych wątpliwości, że Zamawiający w tym postępowaniu przeprowadził taką dogłębną analizę i w sposób prawidłowy ustalił, że zachodzą podstawy do wykluczenia. Odwołujący bowiem z przyczyn leżących po jego stronie nienależycie wykonywał zobowiązania nałożone na niego w umowie, co doprowadziło do jej rozwiązania przez zamawiającego. Zdaniem Izby okoliczność, że Odwołujący dokonał wcześniejszego odstąpienia od umowy, a tym samym uważa, że oświadczenie o rozwiązaniu umowy przez zamawiającego jest nieskuteczne nie ma znaczenia dla oceny podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania. Oczywistym jest dla Izby, że ani Izba ani zamawiający nie mają uprawnień do wydawania orzeczeń w zakresie kompetencji należących do sądów powszechnych. Tym samy, tylko sąd powszechny będzie władny do rozstrzygnięcia skuteczności oświadczeń złożonych przez Odwołującego i zamawiającego w zakresie zakończenia stosunku prawnego jaki łączył strony w kontekście przepisów kodeksu cywilnego. Okoliczność ta jednak nie czyni regulacji zwartych w ustawie Pzp martwymi. Jak Izba wskazała powyżej, na gruncie ustawy Pzp nie jest konieczne legitymowanie się orzeczeniem sądu do zastosowania przesłanek wykluczenia wynikających z art. 109 ust. 1 pkt 5, 7 czy 8. Ocenie podlegają okoliczności faktyczne związane z danym wykonawcą i realizacją danej umowy. Te okoliczności faktyczny związane z realizacją umowy z Sądem Okręgowym w Piotrkowie Trybunalskim zostały prawidłowe wyjaśnione przez Zamawiającego i dokonał on ich prawidłowej kwalifikacji prawnej. Zamawiający był uprawniony do ich oceny i nadania im określonego znaczenia prawnego w świetle ustawy Pzp bowiem takie uprawnienia wprost wynika z art. 109 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący odmiennie interpretuje okoliczności faktyczne związane z realizacją umowy w Piotrkowie Trybunalskim i wyciąga odmienne wnioski niż Zamawiającego. Izba uważa jednak, że Odwołujący dokonał błędniej oceny, a jego działania w trakcie procedury wyjaśnienia okoliczności leżący u podstaw naliczenia kar umownych wskazują, że dążył on do utajnienia istotnych okoliczności faktycznych, nie zaś do zobrazowania przyczyn odstąpienia/rozwiązania spornej umowy.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 5, 7 i 8 za niezasadny.

Odnosząc się do zarzutu, że uzasadnienie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego naruszało art. 253 ust. 1 ustawy Pzp, Izba uznała zarzut za niezasadny. Zdaniem Izby, Zamawiający przekazując informację o odrzuceniu oferty Odwołującego podał, iż odrzucenie oferty Odwołującego następuje wskutek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5, 7 oraz 8 Pzp w związku z nienależytym wykonaniem, naliczeniem Odwołującemu kar umownych, a także z uwagi na zatajenie powyższych okoliczności w oświadczeniu Odwołującego składanym na podstawie art. 125 ust. 1 Pzp i brak przeprowadzenia procedury samooczyszczenia. Treść uzasadnienia w sposób wyczerpujący wskazywało podstawę faktyczną decyzji Zamawiającego, zaś treść odwołania złożonego przez Odwołującego potwierdza, że wykonawca miał pełną świadomość na jakiej podstawie jego oferta została odrzucona.

Zdaniem Izby niezasadne są również zarzuty naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 Pzp. Prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób przejrzysty, zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców nie oznacza konieczności załączania do wezwania o złożenie wyjaśnień dokumentów, które Zamawiający otrzymał w wyniku weryfikacji oświadczeń Odwołującego. Czynienie z powyższego zarzutu jest tym bardziej chybione zważywszy na fakt, iż Zamawiający zreferował treść otrzymanego pisma Odwołującemu w wezwaniu do złożenia wyjaśnień, a nadto treść pism Dyrektora Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim odpowiada dobrze znanemu Odwołującemu stanowisku tego Sądu dotyczącemu realizacji spornej umowy. Z okoliczności sprawy i złożonych dowodów do akt sprawy wynika, że Odwołujący miał pełną wiedzę o przyczynach rozwiązania umowy przez Sąd Okręgowy w Piotrkowie Trybunalskim. Żaden przepis prawa nie nakłada na Zamawiającego obowiązku przekazywania wykonawcy pism jakie Zamawiający otrzymał od innych podmiotów w ramach prowadzonego postępowania wyjaśniającego. Zamawiający w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazał, że uzyskał informacje od Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim oraz o nałożonych karach umownych. Analiza dokumentacji złożonej do akt sprawy wskazuje, że

wszystkie okoliczności wskazane w pismach Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim były wcześniej adresowane w pismach do Odwołującego.

Słusznie również wskazał Zamawiający, że uzupełnienia wyjaśnień w odniesieniu do okoliczności rozwiązania umowy z Sądem Okręgowym w Piotrkowie Trybunalskim i złożonego przez Odwołującego oświadczenia na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy Pzp prowadziłoby do zastąpienia informacji nieprawdziwych, informacjami prawdziwymi. Gdyby przyjąć, że w każdym przypadku, gdy wykonawca składa informacje wprowadzające w błąd możliwe jest wezwanie do uzupełnienia dokumentów, to czyniłoby art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 PZP przepisami martwymi.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 109 ust. 3 ustawy Pzp, zdaniem Izby w analizowanym stanie faktycznym Odwołujący nie wykazał, że ziściły się przesłanki do odstąpienie od wykluczenia, z uwagi na zasadę proporcjonalności. Regulacja zawarta w art. 109 ust. 3 Pzp ma charakter wyjątku od zasady, jaką jest obowiązek wykluczenia wykonawcy, wobec którego zaistniały podstawy wykluczenia przewidziane w postępowaniu. Zastosowanie tego wyjątku wymaga wskazania jakiś szczególnych okoliczności związanych z indywidualną sytuacją wykonawcy. Takich okoliczności Odwołujący nie wykazał. Izba również nie dostrzega takich okoliczności. Zachowanie Odwołującego, składane przez niego wyjaśnienia i sposób wykonania spornej umowy wskazuje, że wykonawca celowo nie ujawniał okoliczności związanych z realizacją spornej umowy, dokonał interpretacji zapisów SWZ w ramach spornej umowy w sposób, który powoduje ominięcie zakazu pracy dwuzmianowej. W niniejszej sprawie mamy do czynienia nie z drobnymi nieprawidłowościami, ale z poważnym uchybieniem, polegającym na niewykonaniu przedmiotu zamówienia publicznego, co skutkowało wypowiedzenie umowy w sprawie zamówienia publicznego przez zamawiającego oraz naliczeniem kar umownych o znacznej wysokości. Zatem nie ma podstaw do zastosowania art. 109 ust. 3 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący: ……..…...