

WYROK
z dnia 7 lipca 2025 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Justyna Tomkowska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **3 lipca 2025 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **6 czerwca 2025 roku** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **(1) Jantar 2 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupsku (Lider); (2) Jantar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupsku (Partner); (3) Sekret Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupsku (Partner)** (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Centrum Sztuki Współczesnej Łaźnia z siedzibą w Gdańsku** przy udziale **Przystępującego** zgłaszającego przystąpienie **po stronie Zamawiającego**: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) TARGET Spółka Jawna A.Ł. M.R. z siedzibą w Warszawie (Lider); (2) ASPEKT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Partner)**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego, następnie nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego - Centrum Sztuki Współczesnej Łaźnia z siedzibą w Gdańsku** następujący sposób:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3 617 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset siedemnaście złotych zero groszy) poniesioną przez **Odwołującego** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i opłaty skarbowej,

a także kwotę **369 zł 00 gr** (słownie: trzystu sześćdziesięciu dziewięciu złotych zero groszy) poniesioną przez **Odwołującego** tytułem kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę przed Izbą oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) poniesioną przez **Zamawiającego** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę **338 zł 00 gr** (słownie: trzystu trzydziestu ośmiu złotych zero groszy) poniesioną przez **Zamawiającego** tytułem kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę przed Izbą;

2.2. zasądza od **Zamawiającego - Centrum Sztuki Współczesnej Łaźnia z siedzibą w Gdańsku** na rzecz – **Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: (1) Jantar 2 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupsku (Lider); (2) Jantar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupsku (Partner); (3) Sekret Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupsku (Partner)** kwotę **11 486 zł 00 gr** (słownie: jedenastu tysięcy czterystu osiemdziesięciu sześciu złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wpłaconego wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu.

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

Przewodnicząca:

.....

KIO 2288/25

UZASADNIENIE

Zamawiający: Centrum Sztuki Współczesnej Łaźnia z siedzibą w Gdańsku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym - przetarg nieograniczony, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) pn. „Świadczenie usługi dozoru i ochrony fizycznej osób i mienia na potrzeby Centrum Sztuki Współczesne ŁAŹNIA”. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 28 marca 2025 r. pod numerem 2025/BZP/00167825

Dnia 6 czerwca 2025 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 i art. 514

ustawy Pzp odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: (1) Jantar 2 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupsku (Lider); (2) Jantar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupsku (Partner); (3) Sekret Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupsku (Partner) dalej jako „Odwołujący”.

Odwołujący powziął wiadomość o czynnościach i zaniechaniach Zamawiającego dnia 12 maja 2025 r., kiedy poinformowany został o wyborze oferty najkorzystniejszej. Termin na złożenie odwołania został zachowany. Odwołujący uiścił wpis od odwołania w kwocie stosownej na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

Odwołanie złożono na czynności i zaniechania Zamawiającego polegających na:

- 1) odrzuceniu oferty Odwołującego,
- 2) wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum TARGET sp. j. A.Ł., M.R. i ASPEKT sp. z o.o. (dalej jako „Konsorcjum Target”).

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c Pzp poprzez błędne uznanie, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, gdyż treść referencji nie potwierdza należytego wykonania usługi realizowanej na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Gdańsku, a w konsekwencji spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. VI ust. 1 pkt 1.2 ppkt 1.2.2 SWZ.
- 2) art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez naruszenie zasady przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny, i wybranie jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum TARGET.

Odwołujący wnosił o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał, iż ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych w odwołaniu przepisów, ponieważ oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza.

W dniu 03 czerwca 2025r. Zamawiający doręczył Odwołującemu zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz zawiadomienie o odrzuceniu m.in. oferty złożonej przez Odwołującego. Zatem termin na złożenie odwołania został zachowany. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu a Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Z uzasadnienia zawiadomienia o wynikach postępowania wynika, że oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c Pzp, ponieważ

w ocenie Zamawiającego Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający

w kontekście oceny spełnienia przez Wykonawcę SEKRET Sp. z o.o. warunku udziału

w postępowaniu, nie mógł uznać usługi realizowanej na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddziału w Gdańsku, bowiem nie została ona należycie wykonana, co wynika bezpośrednio z treści przedłożonych referencji.

W ocenie Odwołującego czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego i wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum TARGET stanowi naruszenie przepisów wskazanych w petitum odwołania.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c Pzp.

W uzasadnieniu prawnym zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującej, Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Stosownie natomiast do art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Natomiast w uzasadnieniu faktycznym Zamawiający wskazał, że Wykonawcy Jantar 2 Sp. z o.o., Jantar Sp. z o.o. i SEKRET Sp. z o.o., wszyscy z siedzibą przy ul. Zygmunta Augusta 71, 76-200 Słupsk, złożyli w przedmiotowym postępowaniu ofertę jako wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia w ramach konsorcjum.

W konsekwencji, zgodnie z dyspozycją art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, Wykonawcy przedłożyli Zamawiającemu wraz z ofertą oświadczenie, z którego ma wynikać,

że kompleksową usługę ochrony osób i mienia będą realizowali wszyscy trzej wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, w tym wykonawca SEKRET Sp. z o.o.

W dniu 28 kwietnia 2025r. Wykonawcy złożyli podmiotowe środki dowodowe, które nie potwierdzały spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. VI ust. 1 pkt 1.2 ppkt 1.2.2 SWZ przez wykonawcę SEKRET Sp. z o.o. Wykonawca w wykazie usług wskazał na 3 usługi, które – zgodnie z przedłożonymi referencjami – wykonali wykonawcy Jantar Sp. z o.o. i Jantar 2 Sp. z o.o.

W odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień z dnia 8 maja 2025r. Wykonawcy (Odwołujący) potwierdzili, że wykonawca SEKRET Sp. z o.o. będzie realizował kompleksową usługę ochrony osób i mienia.

Kolejnym pismem z dnia 13 maja 2025r. Zamawiający wezwał Wykonawców do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, tj. wykazu usług (w zakresie wskazanym w rozdz. VI ust. 1 pkt 1.2. SWZ) w stosunku do wykonawcy SEKRET Sp. z o.o.

Wykonawca w ramach pisma z dnia 15 maja 2025r. złożył podmiotowe środki dowodowe, które również nie potwierdzały spełnienia warunku udziału w postępowaniu,

o którym mowa w rozdz. VI ust. 1 pkt 1.2 ppkt 1.2.2 SWZ przez wykonawcę SEKRET Sp. z o.o.

Wykonawcy wskazali w wykazie usług trzy usługi, w tym usługę realizowaną na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Gdańsku, ul. Chmielna 27/33, 80-748 Gdańsk.

W odniesieniu do wskazanej usługi, w treści załączonych przez Wykonawców referencji podano: „*Na Wykonawcę nałożono karę umowną w wysokości 1.200,00 zł z tytułu nienależytego wykonania umowy.*”

Zamawiający w kontekście oceny spełnienia przez Wykonawcę SEKRET Sp. z o.o. warunku udziału w postępowaniu nie mógł zatem uznać usługi realizowanej na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddziału w Gdańsku, bowiem nie została ona należycie wykonana, co wynika bezpośrednio z treści przedłożonych referencji. W konsekwencji spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. VI ust. 1 pkt 1.2 ppkt 1.2.2 SWZ nie zostało wykazane w odniesieniu do Wykonawcy SEKRET Sp. z o.o.

Stosownie do rozdz. VI ust. 1 pkt 1.2 ppkt 1.2.2 SWZ, Wykonawca musiał bowiem wykazać, że okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, należycie wykonał lub wykonuje co najmniej trzy usługi z zakresu ochrony fizycznej osób i mienia w budynku/budynkach użyteczności publicznej, przy czym wynagrodzenie brutto za wykonanie każdej z usług było nie mniejsze niż 200.000 zł.

W ocenie Odwołującego brak uznania przez Zamawiającego, w kontekście oceny spełnienia przez Wykonawcę SEKRET Sp. z o.o. warunku udziału w postępowaniu, usługi realizowanej na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddziału w Gdańsku, wskutek całkowicie błędnej interpretacji treści przedmiotowej referencji, należy uznać za rażące naruszenie przepisów ustawy Pzp.

Znamiennym jest, że Zamawiający przytaczając fragment spornej referencji informujący o nałożeniu na Wykonawcę kary umownej, pominął i przemilczał całkowicie następny jej fragment (zdanie), w którym zawarte jest stwierdzenie: „*W pozostałej części umowa została wykonana należycie i zgodnie z jej postanowieniami.*” Zważyć w tym miejscu należy, że wartość przedmiotowej umowy wyniosła 5.446.975,68 zł. Zatem kwota nałożonej kary umownej wyniosła zaledwie 0,02 % !!! wartości umowy. Wyraźnego podkreślenia wymaga fakt potwierdzenia w przedmiotowej referencji, że umowa została wykonana należycie i zgodnie z jej postanowieniami. Zatem uznanie przez Zamawiającego, że przedmiotowa usługa nie została należycie wykonana jest wprost rażąco sprzeczne z treścią przedmiotowej referencji.

Kwestia nałożonych kar umownych w kontekście oceny należytego wykonania umowy była wielokrotnie przedmiotem orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący przywołał orzeczenia KIO z dnia 02 września 2021r. (sygn. akt: KIO 2203/21), wyrok z dnia 02 kwietnia 2021r. (sygn. akt: KIO 270/21).

Skoro treść przedłożonej przez Odwołującego referencji, potwierdza należyte wykonanie usługi realizowanej na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Gdańsku, to w konsekwencji Odwołujący potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. VI ust. 1 pkt 1.2 ppkt 1.2.2 SWZ. Wobec powyższego całkowicie nieuzasadnione było odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c Pzp, jako oferty złożonej przez Wykonawców, którzy nie złożyli podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. VI ust. 1 pkt 1.2 ppkt 1.2.2 SWZ w odniesieniu do wykonawcy SEKRET Sp. z o.o. i nie wykazali spełnienia przez niego wskazanego warunku.

Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 Pzp.

W związku z bezzasadnym odrzuceniem oferty Odwołującego i wyborem oferty złożonej przez Konsorcjum TARGET Zamawiający naruszył zasadę przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji

oraz równe traktowanie wykonawców. W konsekwencji Zamawiający pozbawił Odwołującego możliwości wykonania zamówienia za najniższą cenę.

Wobec powyższego wniesienie odwołania stało się konieczne i uzasadnione.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem, który złożył ofertę w postępowaniu i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Brak wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oraz czynność odrzucenia oferty Odwołującego godzi w interesy ekonomiczne Odwołującego i naraża go na szkodę w postaci utraty zamówienia i możliwości osiągnięcia zysku z realizacji przedmiotu zamówienia.

Zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: (1) TARGET Spółka Jawna A.Ł. M.R. z siedzibą w Warszawie (Lider): (2) ASPEKT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

z siedzibą w Warszawie (Partner Konsorcjum). Izba potwierdziła skuteczność zgłoszenia

i dopuściła wykonawcę jako Przystępującego (dalej jako „Przystępujący” lub „konsorcjum Target”).

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości.

Zamawiający zaznaczył, że sam fakt nałożenia na Odwołującego Sekret Sp. z o.o. jako członka konsorcjum realizującego zamówienie dla Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Gdańsku kary umownej z tytułu nienależytego wykonania umowy uniemożliwia uznanie tej usługi za należycie wykonaną, bez względu na wysokość tej kary w stosunku do wartości całej umowy. Doktryna i judykatura wyjaśnia, iż określenie *"należyte wykonanie zobowiązania"* jest pojęciem ogólnym, niedookreślonym. O nienależytym spełnieniu świadczenia można mówić w aspekcie zachowania terminu, miejsca, sposobu lub jakości świadczenia itp. warunków wynikających z zawartej umowy. Przy nienależytym wykonaniu zobowiązania świadczenie jest wprawdzie spełnione, lecz nie jest ono prawidłowe, gdyż odbiega w większym lub mniejszym stopniu od świadczenia wymaganego. Podkreślić należy, że należyte wykonanie umowy ma szczególne znaczenie w stosunkach między przedsiębiorcami. Nienależyte wykonanie świadczenia określonego w kontrakcie może wywołać dotkliwe skutki dla kontrahenta, który nie wywiązał się ze swoich obowiązków (odsetki, kary umowne, odszkodowanie) [Wyrok KIO z 18.04.2013 r., KIO 724/13, LEX nr 1315321].

Zamawiający za w pełni słuszne uznaje orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w którym wskazywano, że nie można stopniować winy poprzez uznanie, że nieprawidłowa realizacja części zamówienia (w niewielkim stopniu - poniżej 1%) wyklucza uznanie, że wykonawca wykonał zamówienie nienależycie. Żaden przepis ustawy P.z.p. oraz aktów wykonawczych wydanych do niej nie przewiduje możliwości gradacji uchybień w realizacji zamówienia pozwalający na przyjęcie, że niewielka część nienależycie wykonanego zamówienia nie powoduje skutku w postaci wykluczenia wykonawcy, który nie potwierdził należytego wykonania zamówienia (wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1500/09, wyrok KIO z dnia 24 listopada 2009 r. sygn. akt: KIO/UZP 1432/09). Okoliczność, czy usługi, które wymieniają referencje zostały wykonane należycie lub nienależycie należy analizować przez pryzmat przepisów kodeksu cywilnego księgi III dotyczącej zobowiązań.

Jak wynika z dyspozycji art. 483 § 1 k.c. można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Kara umowna jest zatem dodatkowym zastrzeżeniem umownym, wprowadzanym do umowy w ramach swobody kontraktowania, mającym na celu wzmocnienie skuteczności więzi powstałej między stronami w wyniku zawartej przez nie umowy i służy realnemu wykonaniu zobowiązań (wyrok SN z 8 sierpnia 2008 r., sygn. akt: V CSK 85/08). W jednym z wyroków Sąd Najwyższy skonstatował, że

"w razie kary umownej zastrzeżonej na wypadek niewykonania zobowiązania, kara należy się jedynie, gdy dojdzie do zwłoki dłużnika (art. 476 k.c.). Dłużnik może się uwolnić od obowiązku zapłaty kary umownej, jeżeli obali wynikające z art. 471 k.c. domniemanie, że opóźnienie

w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność" (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 października 2010 r., sygn. akt: II CSK 180/10).

W niektórych okolicznościach dłużnik będzie zwolniony od obowiązku zapłaty kary umownej. Skoro bowiem przesłanką uzasadniającą zwolnienie dłużnika z odpowiedzialności z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania jest wykazanie, że przyczyną takiego stanu rzeczy są okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi, to

przyjąć trzeba, że analogiczne zasady obowiązują w odniesieniu do omawianego dodatkowego zastrzeżenia umownego. Wykonawca zatem będzie zwolniony z obowiązku zapłaty kary umownej, jeżeli wykaze, że przyczyną opóźnienia są okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności (W. Czachorski, Zobowiązania, 2009, s. 350; Z. Radwański, A. Olejniczak, Zobowiązania, 2008, s. 343; T. Wiśniewski (w:) G. Bieniek, Komentarz, t. I, 2007, s. 626). Od odszkodowania sensu stricto kara umowna różni się tylko tym, że należy się bez względu na wysokość szkody (art. 484 § 1 k.c.), jeżeli chodzi natomiast o podstawy odpowiedzialności, ustawodawca nie wprowadził w tym zakresie zasad odrębnych (wyrok Sądu Najwyższego z 20 marca 1968 r., sygn. akt: II CR 419/67).

W stanie faktycznym sprawy, sam fakt nałożenia na Odwołującego Sekret Sp. z o.o. jako członka konsorcjum kary umownej z tytułu nienależytego wykonania umowy przesądza, że nie sposób uznać zrealizowanej przez niego usługi na rzecz ZUS Oddział w Gdańsku za należyte wykonaną. Zamawiający nie jest uprawniony do gradacji uchybień w realizacji zamówień, ich wartościowania i ustalania procentowej granicy dla wysokości kar umownych nałożonych na wykonawcę, której przekroczenie ma determinować możliwość uznania całości usługi za należyte lub nienależyte wykonaną. Zamawiający nie jest bowiem władny samodzielnie oceniać, czy właściwą granicą jest 0,1%; 1%, czy może 10%.

Zgodnie z § 9 ust. 4 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. poz. 2415 ze zm.) oraz odpowiadającym mu rozdz. VII SWZ, obowiązkiem Odwołujących było przedstawienie na dowód posiadanego doświadczenia zawodowego nie tylko wykazu usług, ale również dokumentów potwierdzających należyte ich wykonanie. Obowiązek ten odnieść należy do treści przedstawionych przez Odwołujących referencji z wystawienia ZUS Oddział w Gdańsku. W referencjach tych wskazano „*Na Wykonawcę nałożono karę umowną w wysokości 1.200,00 zł z tytułu nienależytego wykonania umowy. W pozostałej części umowa została wykonana należyte i zgodnie z jej postanowieniami.*” Zauważyć zatem należy, że Odwołujący nie przedstawili w istocie potwierdzenia należytego wykonania usługi jako całości, bowiem pozytywna ocena wykonania odnosi się jedynie do jej części. Dokument potwierdzający należyte wykonanie usługi winien tymczasem potwierdzać należyte wykonanie całości usługi. Zamawiający nie mógł zatem uznać wskazanej w wykazie usługi zrealizowanej na rzecz ZUS Oddział w Gdańsku za należyte wykonaną i w konsekwencji przyjąć, że Odwołujący Sekret Sp. z o.o. wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Nawet gdyby zaaprobować pogląd Odwołującego, że nałożenie kary umownej nie wyklucza możliwości uznania umowy za należyte wykonaną, jeśli kara umowna stanowi znikomy procent wartości umowy, to przyjęcie takie nie może wpływać na ocenę sprawy.

Po pierwsze kara umowna w przypadku komentowanej usługi została naliczona „z tytułu nienależytego wykonania umowy” – zaniebdania istotnych merytorycznych obowiązków wykonawcy, po drugie w referencjach brak jest pozytywnej oceny wykonania usługi jako całości, pomimo naliczenia kary umownej. Odwołujący chcąc poprzeć swoje stanowisko przytaczają orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, jednak nie dostrzegają istoty cytowanych orzeczeń. Nawet bowiem, jeśli Izba dopuszczała w niektórych orzeczeniach uznanie usługi za należyte wykonaną pomimo naliczenia kary umownej, to uznanie to musi wynikać z wyrażonej przez wystawcę referencji pozytywnej oceny wykonania usługi jako całości (orzeczeniu KIO z dnia 02.09.2021 r. (sygn. akt KIO 2203/21). Inaczej natomiast, w ocenie Izby, należy ocenić referencje, w których wystawca poświadczenia nie zawiera pozytywnej opinii dotyczącej wykonania przez dany podmiot umowy, a jedynie informację, że takie wykonanie umowy miało miejsce i podaje informację dotyczącą naliczenia kar umownych.

W treści ostatniego z poświadczeń widnieje informacja o naliczeniu kar umownych, należy wskazać, że sama okoliczność naliczenia kar umownych nie przesądza automatycznie o braku należytego wykonania usługi. W treści ww. poświadczenia odbiorca usługi, pomimo faktu naliczenia kar umownych, potwierdza jej należyte wykonanie (Wyrok KIO z 22.04.2021 r., KIO 689/21, LEX nr 3198780). Również w innym orzeczeniu podniesiono: W ocenie Izby nie ma przeszkód ani formalnych, ani prawnych aby wykonawca pomimo w tym przypadku zapłaconych kar umownych uzyskał od zamawiającego pozytywną ocenę. Tak też uczynił zamawiający w przedmiotowym przypadku (Wyrok KIO z 28.03.2018 r., KIO 459/18, LEX nr 2508410). Wobec powyższego podkreślić należy stanowczo, że w komentowanych referencjach ZUS Oddział w Gdańsku nie ocenił jednocześnie pozytywnie wykonania usługi jako całości, pomimo naliczenia kar umownych. Wystawca pozytywnie ocenił jedynie część usługi, a nie jej całość. Zauważyć należy, że Wystawca użył zwrotu „w pozostałym zakresie”, a zatem z wyłączeniem zakresu, w związku z którym Odwołujący Sekret Sp. z o.o. został obciążony karą umowną. Nie sposób zatem uznać, że fakt naliczenia kar umownych nie wpłynął na ocenę należytego wykonania usługi przez wystawcę referencji.

Wystawca wskazał w swoich referencjach wprost, że w części usługa nie została należyte wykonana, za co naliczona została Odwołującemu kara umowna, co przesądza

o tym, że nie można uznać całości usługi za należycie wykonaną.

Wskazana w referencjach kara umowna została nałożona za istotne i zdaniem Zamawiającego – rażące uchybienie, które uniemożliwia uznanie całościowej usługi za należycie wykonaną: niewłączenie systemu alarmowego oraz pozostawienie otwartych drzwi wejściowych w budynku Inspektoratu w Pucku w okresie od godziny 21.00 17 kwietnia 2023 r do godziny 5.00 18 kwietnia 2023 r. (Dowód: pismo ZUS Oddział w Gdańsku z dnia 31 maja 2023 r. w przedmiocie nałożenia kary umownej wraz z protokołem wykonania usługi ochrony z dnia 4 maja 2023 r.) Zaniedbanie Wykonawcy, polegające na niezabezpieczeniu chronionego budynku na całą noc, dotyczyło obowiązku, który wpisuje się w istotę świadczonych usług ochrony i narażało zlecającego usługi na poważne zagrożenie.

Nie sposób wobec tego uznać, aby usługa wskazana przez Sekret Sp. z o.o. w wykazie została należycie wykonana. Nawet w orzecznictwie, zgodnie z którym nałożenie kary umownej nie wyklucza możliwości uznania umowy za należycie wykonaną, podkreśla się, że warunkiem dla takiego przyjęcia jest nałożenie kary umownej za niewielkie, nieistotne uchybienie. Chodzi zwłaszcza o naruszenie obowiązków formalnych, pobocznych, które nie wpisują się w istotę świadczonych usług. Zaniedbanie, którego odpuścił się Sekret Sp. z o.o. jako członek konsorcjum realizującego zamówienie, nie tylko jest rażące, ale przede wszystkim dotyczy istoty przedmiotu usług.

Żadnego uzasadnienia zdaniem Zamawiającego nie znajduje zarzut Odwoływających, przypisujący naruszenie zasady przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób przejrzysty, proporcjonalny, zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i przejrzystości doszłoby natomiast w przypadku przyjęcia stanowiska Odwoływających, zgodnie z którym Zamawiający może uznać usługę za należycie wykonaną, gdy kara umowna posiada niewielką wartość w odniesieniu do wartości umowy. Przyznanie Zamawiającemu uprawnienia do gradacji uchybień, które przykładowo pozwalałoby mu na uznanie usługi z nałożoną karą umowną w wysokości 0,9% wartości umowy za należycie wykonaną, a w przypadku 1% (jedynie 0,1% więcej) za nienależycie wykonaną, bez żadnego umocowania przepisami prawa, prowadzi do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i przejrzystości prowadzonego postępowania. Przepisy prawa zamówień publicznych mają zapewniać efektywne, przejrzyste i uczciwe wydatkowanie środków publicznych w ramach przewidzianych procedur. Przyznanie zamawiającym uprawnienia do dowolnej, uznaniowej gradacji uchybień przy ocenie należytego wykonania usług, wskazanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, stanowiłoby szerokie pole do nadużyć. Stanowi to kolejny argument przemawiający za wadliwością stanowiska Odwoływających.

Odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Jantar 2 Sp. z o.o., Jantar Sp. z o.o. i Sekret Sp. z o.o. nie zasługuje na uwzględnienie i wobec tego winno zostać oddalone w całości.

Izba ustaliła, że z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynika, że Zamawiający podał, że o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać Wykonawcy, którzy posiadają koncesję wydaną przez Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia.

Co do warunku zdolności technicznej lub zawodowej, wskazano, że Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, należycie wykonał lub wykonuje co najmniej trzy usługi z zakresu ochrony fizycznej osób i mienia w budynku/budynkach użyteczności publicznej, przy czym wynagrodzenie brutto za wykonanie każdej z usług było nie mniejszej niż 200.000 zł.

Uwaga:

- 1) Budynek użyteczności publicznej to budynek w rozumieniu § 3 pkt 6 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków jakimi powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1225 ze zm.).
- 2) W przypadku usług będących w trakcie wykonywania wymaga się, aby od dnia rozpoczęcia wykonywania usługi do upływu terminu składania ofert była wykonywana usługa za wynagrodzenie brutto o wartości wyżej określonej.
- 3) W przypadku, gdy za wykonane przez Wykonawcę usługi rozliczenie nastąpiło w innej niż w PLN walucie, Wykonawca w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w niniejszym postępowaniu zobowiązany jest do przeliczenia wartości wykonanych usług przyjmując średni kurs złotego w stosunku do walut obcych określony w tabeli kursów średnich walut obcych Narodowego Banku Polskiego opublikowanych na dzień zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu na stronie Zamawiającego.
- 4) Przez trzy usługi rozumie się usługi wykonanie na podstawie różnych umów.
- 5) Jeżeli Wykonawca w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu polega na zdolnościach technicznych lub zawodowych innego podmiotu, powyższy warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli spełnia go w całości ten podmiot.
- 6) W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, wyżej wymieniony warunek udziału w postępowaniu winien spełniać w całości co najmniej jeden z Wykonawców.

Oceniając zdolność techniczną lub zawodową, zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli posiadanie przez wykonawcę sprzecznych interesów, w szczególności zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.

Zaznaczono też, że Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia składają łącznie Formularz ofertowy.

W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonują usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. W takim przypadku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają do oferty oświadczenie, z którego wynika, które usługi wykonają poszczególni wykonawcy.

Informując o wyniku postępowania Zamawiający podał, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.* Powyższe Zamawiający odniósł do oferty Odwołującego.

Wskazano także, że stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.*

W myśl art. 117 ust. 1 ustawy Pzp, *zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne.* W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane (ust. 3).

W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający wskazał, że Wykonawcy Jantar 2 Sp. z o.o., Jantar Sp. z o.o. i SEKRET Sp. z o.o., wszyscy z siedzibą przy ul. Zygmunta Augusta 71, 76-200 Słupsk, złożyli w postępowaniu ofertę wspólnie jako wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia w ramach konsorcjum.

W konsekwencji, zgodnie z dyspozycją art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, Wykonawcy przedłożyli Zamawiającemu wraz z ofertą oświadczenie, z którego ma wynikać, które usługi wykonają poszczególni wykonawcy na etapie realizacji zamówienia.

Ze złożonego przez Wykonawców oświadczenia wynika, że kompleksową usługę ochrony osób i mienia będą realizowali wszyscy trzej wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, w tym wykonawca SEKRET Sp. z o.o.

W ramach pisma z dnia 28 kwietnia 2025 r. Zamawiający wezwał Wykonawców do złożenia podmiotowych środków dowodowych:

2) wykazu usług (w zakresie wskazanym w rozdz. VI ust. 1 pkt 1.2. SWZ) wykonanych

w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich przedmiotu, wartości, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane (wg wzoru wskazanego w załączniku nr 4 do SWZ) oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są:

a. referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane,

b. a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy;

2) dokumentów dotyczących podmiotu udostępniającego zasoby na zasadach określonych w art. 118 ustawy, w celu wykazania spełnienia w zakresie, w jakim Wykonawca powołuje się na jego zasoby, warunków udziału w postępowaniu – jeżeli wykonawca polega na zasobach podmiotu trzeciego.

W dniu 28 kwietnia 2025 r. Wykonawcy złożyli podmiotowe środki dowodowe, które nie potwierdzały spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. VI ust. 1 pkt 1.2 ppkt 1.2.2 SWZ przez wykonawcę SEKRET Sp. z o.o. Wykonawca w wykazie usług wskazał na 3 usługi, które – zgodnie z przedłożonymi referencjami – wykonali wykonawcy Jantar Sp. z o.o. i Jantar 2 Sp. z o.o.

Zamawiający w rozdz. VI ust. 1 pkt 1.2 ppkt 1.2.2. SWZ przewidział, że *Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, należycie wykonał lub wykonuje co najmniej trzy usługi z zakresu ochrony fizycznej osób i mienia w budynku/budynkach użyteczności publicznej, przy czym wynagrodzenie brutto za wykonanie każdej z usług było nie*

mniejszej niż 200.000 zł.

Zamawiający zastrzegł, że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, wyżej wymieniony warunek udziału w postępowaniu winien spełniać w całości co najmniej jeden z Wykonawców (rozdz. VI ust. 1 pkt 1.2 ppkt 1.2.2. pppkt 6 SWZ).

Zastrzegając powyższe, Zamawiający skorzystał z przysługującego mu stosownie do art. 117 ust. 1 ustawy Pzp, uprawnienia do określenia szczególnego, obiektywnie uzasadnionego, sposobu spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się

o udzielenie zamówienia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający uznał, że z uwagi na charakter zamówienia istotne jest, aby wykonawca faktycznie realizujący zamówienie

w zakresie usług ochrony fizycznej osób i mienia posiadał doświadczenie w kilkukrotnej realizacji podobnych usług, bowiem naturalnie będzie posiadał on większe doświadczenie od wykonawców, którzy w ramach wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia i kumulacji doświadczenia, wykonali jedynie po jednej tego rodzaju usłudze.

Niezależnie od powyższego, w rozdz. VI ust. 6 pkt 9 SWZ, Zamawiający przewidział, że w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. W takim przypadku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają do oferty oświadczenie, z którego wynika, które usługi wykonają poszczególni wykonawcy.

Powyższy wymóg wynika bezpośrednio z art. 117 ust. 3 ustawy Pzp i nie jest zależny od woli Zamawiającego.

Wskazane zastrzeżenia łącznie interpretować należy w ten sposób, że Zamawiający wymaga, aby każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, który w ramach realizacji zamówienia będzie świadczyć usługi z zakresu ochrony fizycznej osób

i mienia, wykazał spełnienie w całości i samodzielnie warunku udziału w postępowaniu,

o którym mowa w rozdz. VI ust. 1 pkt 1.2 ppkt 1.2.2 SWZ.

W wyroku z 7.07.2022 r., KIO 1602/22, LEX nr 3399148, Krajowa Izba Odwoławcza uznała: *art. 117 ust. 4 odwołuje się wprost do ust. 2 i 3 ustawy p.z.p. O ile w dotychczasowym stanie prawnym struktura wspólnego ubiegania się o zamówienie pozwalała na dowolne ustalenie podziału zadań i obowiązków pomiędzy członków konsorcjum, obecnie w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jest to zasadnicza zmiana, bowiem w wyniku wprowadzenia regulacji w art. 117 ust. 2 in fine oraz ust. 3 in fine, członkowie konsorcjum zostali zobligowani do osobistego wykonania części zamówienia, do których realizacji wymagane są zdolności wykazane przez te podmioty na etapie postępowania. Przepisy art. 117 ust. 2 i 3 ustawy p.z.p. wprowadzają warunek polegania na zdolnościach poszczególnych członków konsorcjum w postaci rzeczywistego zaangażowania danego członka konsorcjum w realizację odpowiedniej części zamówienia, z którą wiąże się jednocześnie obowiązek posiadania konkretnych uprawnień, doświadczenia, kwalifikacji lub wykształcenia. Ma to na celu wyeliminowanie sytuacji, w których umowa w sprawie zamówienia publicznego byłaby wykonywana przez członka konsorcjum nieposiadającego wymaganych w SWZ cech (np. stosownych uprawnień lub określonego w SWZ doświadczenia). Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu wymaga zatem od Zamawiającego uzyskania wiedzy o sposobie realizacji zamówienia publicznego już na etapie oceny i badania wniosków / ofert, właśnie w postaci oświadczenia złożonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w trybie ustawy p.z.p. Oświadczenie składane w trybie art. 117 ust. 4 ustawy p.z.p. ma umożliwić Zamawiającemu weryfikację, czy planowany podział zadań pomiędzy członków Konsorcjum zapewnia realizację zamówienia przez podmiot, który posiada stosowne uprawnienia i wymagane doświadczenie. Zgodnie z nowymi regulacjami tylko ten spośród wykonawców, który wykazuje spełnienie warunku określonego w SWZ, może realizować zakres świadczenia, do wykonania którego określone zdolności są wymagane.*

W wyroku z 18.09.2023 r., KIO 2591/23, LEX nr 3612626, Izba podkreśliła, że oświadczenie składane w trybie art. 117 ust. 4 p.z.p. powinno być analizowane w świetle celu, w jakim jest ono składane przez wykonawcę. Nie może ono zatem stanowić wyłącznie formalnego odhaczenia wymogu określonego przez ustawodawcę, ale ma służyć zapewnieniu, że konsorcjum będzie realnie korzystać z doświadczenia współkonsorcjanta.

W kontekście wykazania spełnienia warunku udziału w postępowania zasady dotyczące realności przekazania doświadczenia przez konsorcjanta są tożsame z zasadami wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu poprzez powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego. W obu przypadkach chodzi o realne i rzeczywiste udostępnienie takich zasobów,

o ochronę podmiotów publicznych przed fikcyjnym angażowaniem przez wykonawców podmiotów na etapie ubiegania się o realizację zamówienia tylko w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Podobnie w doktrynie, zauważa się, że *jeżeli zamawiający stawia warunki udziału w postępowaniu dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub*

usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Wykonawcy mogą więc przedstawić w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu zespół osób, jakim dysponuje jeden z wykonawców, lub doświadczenie jednego z nich. Norma ust. 4 zdaje się wskazywać, że jeżeli jeden z podmiotów posiada wymagane kwalifikacje lub doświadczenie, to on będzie zobowiązany do wykonania zadania, do którego zdolności te należy uznać za niezbędne." M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz Warszawa 2021, art. 117.

„W myśl przepisu art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, w przypadku, o którym mowa w art. 117 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają odpowiednio do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy. W przypadku polegania przez członków konsorcjum na uprawnieniach, doświadczeniu, kwalifikacjach lub wykształceniu członka takiego konsorcjum, łączenie zdolności członków konsorcjum w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie może następować w sposób dowolny. Liczy się rola, jaką członek grupy odegra przy realizacji zamówienia." Opinia prawna UZP Oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, jako podmiotowy środek dowodowy, <https://www.gov.pl/web/uzp/oswiadczenie-o-ktorym-mowa-w-art-117-ust-4-ustawy-pzp-jako-podmiotowy-srodek-dowodowy> (dostęp: 10.04.2023 r.).

Na skutek wezwania do wyjaśnień z dnia 8 maja 2025 r. Wykonawcy potwierdzili, że wykonawca SEKRET Sp. z o.o. będzie realizował kompleksową usługę ochrony osób i mienia.

W ramach pisma z dnia 13 maja 2025 r. Zamawiający wezwał Wykonawców do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, tj. wykazu usług (w zakresie wskazanym w rozdz. VI ust. 1 pkt 1.2. SWZ) wykonanych w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich przedmiotu, wartości, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane (wg wzoru wskazanego w załączniku nr 4 do SWZ) oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są:

- a. referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane,
- b. a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy,

w stosunku do wykonawcy SEKRET Sp. z o.o., ul. Zygmunta Augusta 71, 76-200 Słupsk.

Wykonawca w ramach pisma z dnia 15 maja 2025 r. złożył podmiotowe środki dowodowe, które również nie potwierdzały spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. VI ust. 1 pkt 1.2 ppkt 1.2.2 SWZ przez wykonawcę SEKRET Sp. z o.o. Wykonawcy wskazali w wykazie usług trzy usługi, w tym usługę realizowaną na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Gdańsku, ul. Chmielna 27/33, 80-748 Gdańsk.

W odniesieniu do wskazanej usługi, w treści załączonych przez Wykonawców referencji podano: „Na Wykonawcę nałożono karę umowną w wysokości 1.200,00 zł z tytułu nienależytego wykonania umowy.”.

Zamawiający w kontekście oceny spełnienia przez Wykonawcę SEKRET Sp. z o.o. warunku udziału w postępowaniu nie mógł zatem uznać usługi realizowanej na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddziału w Gdańsku, bowiem nie została ona należycie wykonana, co wynika bezpośrednio z treści przedłożonych referencji. W konsekwencji spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. VI ust. 1 pkt 1.2 ppkt 1.2.2 SWZ nie zostało wykazane w odniesieniu do Wykonawcy SEKRET Sp. z o.o.

Stosownie do rozdz. VI ust. 1 pkt 1.2 ppkt 1.2.2 SWZ, Wykonawca musiał bowiem wykazać, że okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, należycie wykonał lub wykonuje co najmniej trzy usługi z zakresu ochrony fizycznej osób i mienia w budynku/budynkach użyteczności publicznej, przy czym wynagrodzenie brutto za wykonanie każdej z usług było nie mniejsze niż 200.000 zł.

Wykonawcy nie wskazali tymczasem wykonania przez SEKRET Sp. z o.o. 3 usług z zakresu ochrony fizycznej osób i mienia w budynku/ budynkach użyteczności publicznej w sposób należyty, pomimo tego, że Wykonawca ten będzie realizował usługi ochrony, do których wymagane jest posiadanie doświadczenia zgodnie z przyjętym w postępowaniu warunkiem udziału w postępowaniu.

Uzasadnione jest wobec tego również przyjęcie, że Wykonawcy w przewidzianym przez Zamawiającego terminie nie złożyli podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnianie przez Wykonawcę SEKRET Sp. z o.o. warunku udziału

w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. VI ust. 1 pkt 1.2 ppkt 1.2.2 SWZ.

Zauważyć należy, że Zamawiający wystosował już wcześniej do Wykonawców wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, wskazując na konieczność wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do SEKRET Sp. z o.o. Wobec tego, nie jest możliwe sanowanie wskazanego braku przez

skierowanie kolejnego wezwania do uzupełnienia, bowiem dotyczyłoby ono tego samego zakresu co pierwotnie wystosowane wezwanie.

W odniesieniu do art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiącego podstawę wezwania do uzupełnienia dokumentów, w doktrynie podkreśla się, że *choć treść przepisu nie zawiera wprost ograniczenia liczby wezwań wykonawcy do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia dokumentów, to zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej wezwanie takie może być skierowane do wykonawcy jednokrotnie. Nie jest przy tym istotna liczba wystąpień zamawiającego, lecz zakres kierowanego wezwania. Wykonawca ma szansę na uzupełnienie lub poprawienie złożonych dokumentów jeden raz w zakresie wskazanym przez zamawiającego w wezwaniu* (M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 128).

Wobec powyższego uzasadnione i konieczne jest odrzucenie oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Jantar 2 Sp. z o.o., Jantar Sp. z o.o. i SEKRET Sp. z o.o., wszyscy z siedzibą przy ul. Zygmunta Augusta 71, 76-200 Słupsk, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c w zw. z art. 266 ustawy Pzp, jako oferty złożonej przez Wykonawców, którzy nie złożyli podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. VI ust. 1 pkt 1.2 ppkt 1.2.2 SWZ w odniesieniu do wykonawcy SEKRET Sp. z o.o. i nie wykazali spełnienia przez niego wskazanego warunku.

Biorąc pod uwagę poczynione ustalenia, Izba uznała, że odwołanie w całości zasługiwało na uwzględnienie.

Okolicznością bezsporną było, że w ramach zadania referencyjnego, które wykonywał jeden z członków konsorcjum doszło do naliczenia kary umownej. Nie była także sporna wysokość tej kary (1200 zł) oraz wartość całego kontraktu (5.446.975,68 zł). Zamawiający nie oponował również wyliczeniu procentowego stosunku kary do wartości kontraktu i że wyniósł on zaledwie 0,02 %. Karę tę naliczono, co wynika z referencji złożonej Zamawiającemu, z tytułu nienależytego wykonania umowy. Następnie wystawca referencji wskazał, że w pozostałej części umowa została wykonana należycie i zgodnie z jej postanowieniami. Odwołujący na rozprawie oświadczył, że kara została potrącona z faktury, należność została więc uiszczona na rzecz zamawiającego referencyjnego. Zamawiający nie poniósł żadnej szkody w wyniku zdarzenia, które doprowadziło do naliczenia kary. Co więcej, zamawiający udzielił Odwołującemu zamówienia na okres uzupełniający, wydłużając łączącą strony umowę.

Na podstawie tych informacji nie sposób stwierdzić, iż Odwołujący realizując wskazane powyżej umowy w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonywał lub nienależycie je wykonywał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie z nich i skutkowało m.in. zapłatą odszkodowania. Uwzględniając wielkość i rodzaje naruszenia oraz stosunek nałożonej kary do wartości umowy nasuwa się wniosek, że nawet gdyby uznać zdarzenie jednorazowe za nienależyte wykonanie obowiązków umownych, to miało ono charakter zupełnie marginalny, niemający większego znaczenia dla osiągnięcia celów umowy i niewpływający na ogólną ocenę sposobu realizacji umów. Zauważenia wymaga, że wystąpienie przy realizacji umów pojedynczych naruszeń, skutkujących nałożeniem kar umownych, jest zjawiskiem bardzo częstym i nie może być automatycznie utożsamiane z nienależytym wykonaniem umowy (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, sygn. akt: KIO 251/25 z dnia 17 lutego 2025 r.).

Nie można również tracić z pola widzenia, iż mimo naliczenia kar umownych ZUS w Gdańsku stwierdził, że prace były wykonywane w sposób należyty i zadania były realizowane terminowo, wystawiając referencje potwierdzające należyte wykonanie umowy, w której naliczyło podaną karę umowną. Nie skorzystano z trybu wypowiedzenia umowy, odstąpienia od jej dalszego wykonywania.

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nadmiernie skupia się na treści referencji, która odnosi się do sytuacji jednostkowej, incydentalnej. Oczywiście, wystąpienie takiej sytuacji po stronie Odwołującego miało naganny charakter, jednak jak wynika z innych dokumentów tego zamówienia, w tym tych do których dotarł sam Zamawiający (protokoły odbioru, umowa), zamawiający referencyjny mimo wszystko uznał umowę za należyte wykonaną. Jeśli nawet kierować się zapisem, że „w pozostałej części” umowa została wykonana, to odnosi się to stwierdzenie do o wiele wyższej wartości niż wysokość naliczonej kary umownej. Tylko na podstawie posłużenia się przez zamawiającego referencyjnego takim zwrotem nie można wywodzić, że cel umowy o ochronę usług nie został osiągnięty, podmiot ochraniający został wystawiony na możliwość wystąpienia szkody, czy zdarzeń niebezpiecznych (podobnie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej dnia 2 września 2021 r., sygn. akt KIO 2203/21 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 marca 2018 r., sygn. akt KIO 459/18).

Izba popiera stanowisko Odwołującego i przyjmuje za własne podglądy doktryny, z których można wyprowadzić wnioski, że dopiero wystąpienie szkody może mieć znaczenie dla oceny niewłaściwego, nienależytego wykonania zobowiązania umownego przez dany podmiot. Sam zaś fakt nałożenia kary umownej nie dyskwalifikuje Wykonawcy i nie czyni go podmiotem nienależycie wykonującym umowę lub jej niewykonyjącym. Każdorazowo rozważyć należy okoliczności, w których doszło do naliczenia danej kary. Izba nie podziela zapatrywań Zamawiającego, że umowa na zadaniu referencyjnym kwalifikuje się do umów nienależycie wykonanych. Zamawiający

takich dowodów nie przedstawił. Jak zaś podkreślił

i wskazał Odwołujący referencje te przedstawiane były w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego u innych zamawiających i nigdy nie zostały zakwestionowane.

Skoro nienależyte wykonanie pewnych obowiązków umownych miało charakter incydentalny, niemający istotnego znaczenia dla osiągnięcia celów umowy i niewpływający na ogólną ocenę sposobu realizacji umów, to nie można uznać, że całe zamówienie referencyjne zostało wykonane niewłaściwie, czemu przeczą wystawione przez ZUS w Gdańsku referencje (poświadczenia). Tylko wówczas można byłoby uznać taką umowę za nienależyte wykonaną, gdyby jej cel całkowicie lub w znaczącym stopniu został przez Odwołującego niewykonany.

W przedmiotowym przypadku Izba wyraża przekonanie, że miało miejsce jednostkowe niedopełnienie obowiązków służbowych pracownika Odwołującego, z czego wyciągnął on wnioski. Zatem interes zamawiającego, określony w umowie, został zaspokojony w sposób określony treścią zobowiązania, a sam wydzźwięk otrzymanego przez Odwołującego dokumentu poświadczającego wykonanie umowy ma wydzźwięk pozytywny.

Nie można tracić z pola widzenia, że gdyby zamawiający referencyjny uważał umowę za nienależyte wykonaną, to najprawdopodobniej odmówiłby wystawienia odpowiedniego dokumentu. Tymczasem zamawiający ocenił wykonanie umowy pozytywnie i zaznaczył,

że w toku jej wykonywania miało miejsce naliczenie kary umownej. Sama zaś kwestia użycia w dokumencie pewnych sformułowań nie zależy od wykonawcy, zamawiający może posłużyć się własną siatką sformułowań i określić. Ocena dokumentów złożonych przez wykonawcę jako referencje nie powinna ograniczać się do ich wybranych fragmentów, w tym do stwierdzenia nałożenia na wykonawcę kar umownych bądź zawarcia w dokumencie sformułowania „w pozostałym zakresie (...) należyte wykonane”. Należy badać cały dokument i całokształt przekazanych informacji, w tym że umowa nie została rozwiązana, ile kar zostało naliczonych, jaka była wartość kontraktu, w jakiej wysokości naliczono karę, czy kontrakt był po jej naliczeniu kontynuowany, itp. Biorąc pod uwagę przedmiot i skalę zamówienia oraz specyfikę i sposób świadczenia usług będących jego przedmiotem nie sposób w ocenie składu orzekającego Izby uznać, że miało miejsce nienależyte wykonanie zamówienia referencyjnego.

Reasumując, w ocenie Izby z treści złożonych przez Odwołującego referencji pochodzących od ZUS Oddział w Gdańsku wynikała pozytywna ocena wykonania usługi.

Z tych powodów Izba uznała, że zarzuty odwołania potwierdziły się i uwzględniła odwołanie, nakazując Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, następnie ponowienie badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) 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), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Zamawiającego.

Przewodnicząca:

.....