Sygn. akt: KIO 4672/25

WYROK

Warszawa, dnia 8 grudnia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza **- w składzie:**

Przewodnicząca:Katarzyna Odrzywolska

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie z udziałem stron i uczestnika postępowania w dniu 3 grudnia 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu27 października 2025 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Ekotrade Sp. z o.o., AgopolEkotrade Sp. z o.o., Ekspert Security Sp. z o.o., Ekspert Security AP Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest: 22 Baza Lotnictwa Taktycznego z siedzibą w Malborku

przy udziale uczestnika wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Stekop S.A., Stekop - Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Warszawie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.oddala odwołanie;

2.kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Ekotrade Sp. z o.o., AgopolEkotrade Sp. z o.o., Ekspert Security Sp. z o.o., Ekspert Security AP Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Warszawie, i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Ekotrade Sp. z o.o., AgopolEkotrade Sp. z o.o., Ekspert Security Sp. z o.o., Ekspert Security AP Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Warszawie, tytułem wpisu od odwołania.

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:……..

Sygn. akt: KIO 4672/25

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

22 Baza Lotnictwa Taktycznego z siedzibą w Malborku (dalej: „zamawiający") prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r., poz. 1320 ze zm.) - dalej: „ustawa Pzp" postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu ograniczonego w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, pn.: „Świadczenie całodobowej ochrony osób i mienia w systemie zmianowym realizowanym przez specjalistyczne uzbrojone formacje obronne (SUFO) na rok 2026 dla 22. Bazy Lotnictwa Taktycznego w Malborku, 49. Bazy Lotniczej w Pruszczu Gdańskim, 8. Batalionu radiotechnicznego - kompleks wojskowy 5429 Lasowice Wielkie, Regionalnego Centrum Informatyki - Punkt Obserwacyjny i Łączności nr 30 Skowronki."; numer postępowania: 22.BLT.SZP.2612.44.2025 (dalej „postępowanie" lub „zamówienie").

Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2025/S 119- 411198.

W dniu 27 października 2025 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Ekotrade Sp. z o.o., AgopolEkotrade Sp. z o.o., Ekspert Security Sp. z o.o., Ekspert Security AP Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Warszawie zostało wniesione odwołanie na czynności zamawiającego podjęte w postępowaniu, polegające na:

1.dokonaniu błędnej oceny sytuacji podmiotowej lidera odwołującego - spółki Ekotrade Sp. z o.o., oraz przyjęcie, na skutek tej oceny, że odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania, co doprowadziło do nieuzasadnionego odrzucenia wniosku odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz podjęcia czynności zaproszenia do składania ofert z bezpodstawnym pominięciem odwołującego;

2.zaniechaniu uwzględnienia reguły proporcjonalności odnośnie oceny złożonego przez odwołującego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w zakresie okoliczności wskazanych szczegółowo w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów:

1.art. 405 ust. 2 pkt 5 w związku z art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że odwołujący

podlega wykluczeniu z postępowania, podczas gdy nie została spełniona żadna z przesłanek wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp;

2.art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione odrzucenie przez zamawiającego wniosku odwołującego, podczas gdy brak było podstaw do wykluczenia odwołującego z postępowania, a odwołujący spełnił wszystkie warunki udziału w postępowaniu i nie podlegał wykluczeniu, co bezsprzecznie narusza bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron i prowadzi do naruszenia praw podmiotowych wykonawcy;

3.art. 16 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 109 ust. 3 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości, polegającej na zastosowaniu sankcji wykluczenia w stosunku do odwołującego, bez poprzedzenia tej decyzji dodatkową analizą w zakresie jej proporcjonalności oraz interesu ogólnego.

Podnosząc powyższe odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;

2.unieważnienia czynności zaproszenia do składania ofert;

3.unieważnienia czynności odrzucenia wniosku odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;

4.powtórzenia czynności oceny i badania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;

5.uznania, że wniosek odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu czyni zadość wymaganiom zamawiającego, w tym nie podlega odrzuceniu, a odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania;

6.dokonania powtórnego zaproszenia do składnia ofert z uwzględnieniem odwołującego.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia.

W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Stekop S.A., Stekop - Ochrona Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Warszawie (dalej „przystępujący").

Zamawiający, działając na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył odpowiedź na odwołanie - pismo z 28 listopada 2025 r., a następnie uzupełnił swoje stanowisko w piśmie z 2 grudnia 2025 r., wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Swoje stanowisko w piśmie z 2 grudnia 2025 r. zaprezentował również przystępujący.

Odwołujący na posiedzeniu w dniu 3 grudnia 2025 r. podtrzymał zarzuty odwołania, w konsekwencji Izba skierowała sprawę do rozpoznania na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przesłaną przez zamawiającego do akt sprawy, po zapoznaniu się z treścią odwołania, odpowiedzią zamawiającego na nie, pismem procesowym przystępującego, jak też po zapoznaniu się ze stanowiskiem procesowym stron i uczestnika postępowania, złożonym ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania, która przejawia się w następujący sposób.

Odwołujący złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jednak na skutek podjętych przez zamawiającego czynności, został on odrzucony. W przypadku skutecznego zakwestionowania przez odwołującego tej decyzji, odwołujący będzie miał możliwość złożenia oferty w postępowaniu.

Zamawiającego ocenił, że odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jako podmiot, którego wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu należało odrzucić. Ustalił, że lider konsorcjum odwołującego - spółka Ekotrade Sp. z o.o. podlega wykluczeniu z postępowania.

Odwołujący, jako podmiot zainteresowany złożeniem oferty w postępowaniu i zawarciem umowy z zamawiającym, posiada zatem interes we wniesieniu odwołania, a uwzględnienie odwołania umożliwi mu dalsze ubieganie się o uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Izba włączyła w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania przesłaną przez zamawiającego do akt sprawy.

Izba dopuściła i oceniła dowody, o przeprowadzenie których wnioskowały strony i uczestnik postępowania, na okoliczności przez nich wskazane.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z opisem zawartym w Rozdziale 3 specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ") są usługi w zakresie bezpośredniej ochrony osób i mienia realizowane w formie:

bezpośredniej stałej ochrony fizycznej, stałego dozoru sygnałów przesyłania gromadzonych i przetwarzanych w elektronicznych urządzeniach i systemach alarmowych określone w szczegółowych opisach przedmiotu zamówienia oraz w projektach umów.

W Rozdziale 7 SWZ zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie:

1)art. 405 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie art. 108 ustawy Pzp;

2)art. 405 ust. 2 pkt. 4 i pkt. 5 ustawy Pzp w zakresie art. 109 ust. 1 pkt. 4 i pkt. 5 ustawy Pzp;

3)art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13.04.2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (Dz. U z 2025r. poz. 514);

4)art. 5k rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014 z dnia 31 lipca 2014 r., dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie (Dz. Urz. UE nr L 229 z 31.07.2014r.) w brzmieniu nadanym rozporządzeniem Rady (UE) 2022/576 w sprawie zmiany rozporządzenia (UE) nr 833/2014 dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie (Dz. Urz. UE nr L 111 z 08.04.2022 r.).

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, zgodnie z Działem VI ustawy Pzp, jak dla zamówień, których wartość przekracza progi unijne. Tym samym zamawiający prowadzi przedmiotowe postępowanie w ramach tzw. procedury dwuetapowej. Wykonawcy, zainteresowani realizacją zamówienia, w pierwszej kolejności zobowiązani byli złożyć wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Dopiero na dalszym etapie, po weryfikacji podmiotowej, zamawiający kierował zaproszenia do złożenia oferty do zweryfikowanych pozytywnie podmiotów.

Dla każdej z części zostało złożonych 9 wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W dniu 12 września 2025 r. zamawiający poinformował o dokonanej ocenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dla części od 1 do 4, uznając, że wszystkie wnioski, w tym wniosek odwołującego, spełniają wymagania zawarte w SWZ.

Następnie, w dniu 24 września 2025 r. zamawiający unieważnił czynności w zakresie części od 1 do 4, dotyczące wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz zaproszenia do składania ofert. Następnie zamawiający przystąpił do ponownej analizy złożonych w toku postępowania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W dniu 15 października 2025 r. zamawiający przekazał odwołującemu zawiadomienie o wynikach ponownej oceny wniosków w zakresie części od 1 do 4. Zgodnie z treścią zawiadomienia odwołujący został wykluczony z postępowania na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. a) w związku z art. 405 ust. 2 pkt 5 oraz art. 109 ust. 1 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu zamawiający stwierdził, że dokonując analizy złożonych wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, dokumentów dotyczących konsorcjum firm: Ekotrade Sp. z o.o., AGOPOL - Ekotrade Sp. z o.o., Ekspert Security Sp. z o.o., Ekspert Security AP Sp. z o.o. w tym oświadczeń o braku podstaw do wykluczenia odnoszących się do wszystkich członków, w których to, członkowie nie wskazali, że istniałaby wobec nich jakiekolwiek okoliczność rzutujące na ich wykluczenie z postępowania, w tym na ich uczciwość szeroko pojętą (czasami zdarza się, że wykonawcy ad hoc próbują się wytłumaczyć, załączając dodatkowe poza wymaganymi, dokumenty), nie podjął żadnej wątpliwości co stanu faktycznego z nich wynikającego, przyjął je jako prawdziwe i ocenił wszystkie oświadczenia pozytywnie.

W wyniku wniesionego odwołania zamawiający pozyskał jednak dodatkową wiedzę na temat jednego z członków konsorcjum, przystąpił do weryfikacji przedstawionych w nim informacji, jak i wykonał czynności dodatkowe w zakresie ponownej oceny złożonych wniosków.

W wyniku zebranego jak i posiadanego materiału dowodowego, zamawiający stwierdził, że członek konsorcjum: Ekotrade Sp. z o.o., w sposób zawiniony, poważnie naruszył obowiązki zawodowe co podważa jego rzetelności.

W szczególności, wykonawca dopuścił się poważnego naruszenia obowiązków wynikających z wcześniej realizowanych umów zawartych w trybie zamówień publicznych, polegających na: niewykonaniu umowy/ nienależytym wykonaniu umowy/ rażącym opóźnieniu w realizacji/ odstąpieniu od umowy; co zostało stwierdzone przez zamawiającego lub inny podmiot publiczny i skutkowało naliczeniem kar umownych/ odstąpieniem od umowy.

Wskazane naruszenie obowiązków zawodowych zostało udokumentowane poprzez: korespondencję z wykonawcą, dokumenty dotyczące naliczenia kar umownych, oświadczenie zamawiającego, co pozwala na jednoznaczne stwierdzenie zawinienia wykonawcy oraz powagi naruszenia.

Zamawiający wskazał, że Lider odwołującego - spółka Ekotrade Sp. z o.o., dopuściła się poważnych naruszeń obowiązków zawodowych w związku z realizacją wcześniejszych umów zawartych z innymi podmiotami w trybie przepisów ustawy Pzp. W szczególności zamawiający wskazał następujące sytuacje:

1)podczas realizacji umowy zawartej z zamawiającym - Muzeum Gross-Rosen w Rogoźnicy, doszło po stronie Ekotrade Sp. z o.o. do szeregu uchybień organizacyjnych i naruszeń obowiązków, w tym niewłaściwej opieki nad psami

służbowymi oraz do zaniedbań w utrzymaniu terenu;

2)podczas realizacji umowy zawartej z zamawiającym - Archiwum Państwowym w Olsztynie, doszło do rozwiązania umowa na mocy porozumienia stron, z uwagi na nienależyte wykonywanie usług przez Ekotrade Sp. z o.o.

Zamawiający opisał zarówno rodzaj naruszenia, do którego doszło, co dla danej instytucji spowodowało stwierdzone naruszenie, jak też wskazał dowody, na jakich się oparł dokonując powyższych ustaleń.

Zamawiający wywiódł, że oczywistym jest, że Ekotrade Sp. z o.o., naruszyła obowiązki zawodowe przypisane dla branży ochroniarskiej. Źródłem naruszeń nie były tylko umowy ale również ustawy i normy obowiązujące w danym zawodzie. Naruszenia zasadniczo zmieniły jakość przedmiotu zamówienia jak i w niektórych przypadkach w ogóle uniemożliwiły osiągnięcie celu, w jakim została zawarta umowa (wyrok SO w Warszawie z 20 maja 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 22/22), dlatego też zamawiający zgodnie z dyspozycją wyrażonąw dokumentacji postępowania skorzystał z uprawnienia nadanego mu treścią art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp i postanowił wykluczyć z postępowania ww. wykonawcę, który w sposób zawiniony naruszył obowiązki zawodowe co podważa jego uczciwość oraz zgodnie z art. 146 ust. 1 pkt. 2 lit. a) odrzucić wniosek wykonawcy podlegającego wykluczeniu.

Ponadto zamawiający przywołał dodatkową okoliczność - incydent związany z cyberbezpieczeństwem, który miał miejsce 31 sierpnia 2025 r. i który został potwierdzony komunikatem Pełnomocnika Rządu ds. Cyberbezpieczeństwa. Według informacji uzyskanych przez zamawiającego, w wyniku ataku hakerskiego na infrastrukturę IT Lidera odwołującego - spółkę Ekotrade Sp. z o.o., doszło do wycieku danych kadrowo - płacowych, a także danych dotyczących pracowników, umów, korespondencji służbowej oraz danych technicznych dotyczących realizowanych umów i planów ochrony obiektów.

Zamawiający uznał, że zdarzenie to stanowi dowód niedostatecznego zabezpieczenia informacji wrażliwych oraz budzi wątpliwości co do zdolności wykonawcy do realizacji usług związanych z ochroną obiektów wojskowych, objętych klauzulami tajności.

W ocenie zamawiającego powyższe zachowania potwierdzały, że Ekotrade Sp. z o.o.w sposób zawiniony poważnie naruszyła obowiązki zawodowe, co uzasadniało wykluczenie Konsorcjum Ekotrade z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zamawiający powołał się przy tym na zasadę solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum, zgodnie z którą przesłanka wykluczenia jednego z partnerów skutkuje wykluczeniem całego konsorcjum z postępowania.

Mając na uwadze powyższe, odwołujący został wykluczony z postępowania we wszystkich czterech częściach zamówienia, a jego wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu został odrzucony.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron oraz zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie należy przypomnieć treść przepisów, które znajdą zastosowanie przy rozpoznaniu zarzutów odwołania.

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: (1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; (2) przejrzysty; (3) proporcjonalny.

Art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów.

Z kolei zgodnie z art. 109 ust. 3 ustawy Pzp w przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 1-5 lub 7, zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne, w szczególności gdy kwota zaległych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne jest niewielka albo sytuacja ekonomiczna lub finansowa wykonawcy, o którym mowa w ust. 1 pkt 4, jest wystarczająca do wykonania zamówienia.

Art. 405 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp przewiduje, że z postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zamawiający może wykluczyć wykonawcę o którym mowa w art. 109.

Z kolei przepis art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jeżeli ten został złożony przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia.

Na wstępie należy przypomnieć, że w art. 109 ust. 1 ustawy Pzp zostały określone fakultatywne podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania. Owa fakultatywność przejawia się w tym, że zamawiający nie ma obowiązku weryfikowania ich wystąpienia w razie braku przewidzenia stosownych zapisów w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. W sytuacji jednak, gdy zastrzeże on taką możliwość i zdecyduje się na wprowadzenie jednej z przesłanek fakultatywnych, to ma on każdorazowo obowiązek wykluczenia takiego wykonawcy, w stosunku do którego

ta przesłanka zaistnieje.

Przywołana regulacja wiąże się też z innymi obowiązkami zamawiającego, które są wynikiem tego poprzedniego tj. koniecznością udowodnienia przez zamawiającego, że powyższe zaistniały wobec danego wykonawcy, przy tym przekazując informację wykonawcy, że został on wykluczony z postępowania na podstawie wskazanej podstawy prawnej, zamawiający zobowiązany jest podać stosowną argumentację odnoszącą się do każdej z okoliczności określonych w tym przepisie oraz przedstawić powody, dla których uznał, że zostały one kumulatywnie spełnione.

Zatem na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego to na zamawiającego nałożony został ciężar dowodu, iż przesłanka wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp znalazła zastosowanie w odniesieniu do danego wykonawcy. W decyzji o wykluczeniu zamawiający powinien zatem podać, oprócz wskazania samej podstawy prawnej, także uzasadnienie faktyczne swojej decyzji. Przy tym, dokonując oceny istnienia, bądź nie przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający może posługiwać się różnymi środkami dowodowymi i mogą nimi być zarówno orzeczenia sądów stwierdzających wystąpienie naruszenia (przy czym omawiana przesłanka wykluczenia nie wymaga, aby wobec wykonawcy w tym względzie został wydany wyrok, a tym bardziej prawomocny), decyzje, protokoły odbiorów, ekspertyzy, korespondencje stron itp. (tak: A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, art. 109). Przy czym, opierając się na wyżej opisanym materiale dowodowym, ma obowiązek w sposób kompleksowy zakomunikować i wskazać wykonawcy w swojej decyzji, z jakich powodów taka została podjęta.

Powyższe ma dodatkowo znaczenie o tyle, że wykonawca, jeśli oceny zamawiającego nie podziela, może do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować się, wnosząc odwołanie. Jak wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wykonawcy nie mogą domyślać się podstaw decyzji zamawiającego, ani domniemywać zakresu stwierdzonych przez niego nieprawidłowości w ofertach. Na zamawiającym spoczywa obowiązek szczegółowego przytoczenia w swoim uzasadnieniu wykluczenia faktycznych okoliczności, które wskazują powody niespełnienia warunku. Z kolei brak należytego sporządzenia uzasadnienia faktycznego uniemożliwia prawidłową kontrolę tego rozstrzygnięcia. Tym samym obowiązek zamawiającego w zakresie sporządzania i przekazywania uzasadnienia faktycznego i prawnego ma gwarantować ocenę prawidłowości działań zamawiającego i realną możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej.

Przyczyny podane w informacji o wykluczeniu wykonawcy czy też odrzuceniu oferty warunkują zakres składanych środków ochrony prawnej i ich uzasadnienie. Z kolei Izba ocenia zasadność zarzutów odwołania, kwestionujących czynność wykluczenia wykonawcy z postępowania, wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przedstawione jako uzasadniające tę decyzję. Ocena w tym zakresie nie może więc wykraczać poza uzasadnienie przedstawione przez zamawiającego i polegać na badaniu takich przyczyn, które wprawdzie nie zostały wskazane w decyzji o wykluczeniu, ale takich o których wspomina zamawiający dopiero na etapie postępowania odwoławczego (tak też w wyroku KIO z 23 maja 2022 r., sygn. akt: KIO 1132/22).

Przenosząc powyższe na okoliczności rozpoznawanej sprawy przypomnieć należy, że zamawiający podejmując decyzję o wykluczeniu odwołującego z postępowania wskazał w uzasadnieniu faktycznym swojej decyzji, że Lider odwołującego - spółka Ekotrade Sp. z o.o., dopuściła się poważnych naruszeń obowiązków zawodowych, w związku z realizacją wcześniejszych umów zawartych z innymi podmiotami w trybie przepisów ustawy Pzp.

W szczególności zamawiający wskazał następujące sytuacje: (1) podczas realizacji umowy zawartej z zamawiającym - Muzeum Gross-Rosen w Rogoźnicy, miało dojść po stronie Ekotrade Sp. z o.o. do szeregu uchybień organizacyjnych i naruszeń obowiązków, w tym niewłaściwej opieki nad psami służbowymi oraz do zaniedbań w utrzymaniu terenu; (2) podczas realizacji umowy zawartej z zamawiającym - Archiwum Państwowym w Olsztynie, miało dojść do rozwiązania umowa na mocy porozumienia stron z uwagi na nienależyte wykonywanie usług przez Ekotrade Sp. z o.o.

Zamawiający przywołał też dodatkową okoliczność - incydent związany z cyberbezpieczeństwem, który miał miejsce 31 sierpnia 2025 r. i który został potwierdzony komunikatem Pełnomocnika Rządu ds. Cyberbezpieczeństwa. Według informacji uzyskanych przez zamawiającego, w wyniku ataku hakerskiego na infrastrukturę IT Lidera odwołującego - spółkę Ekotrade Sp. z o.o., doszło do wycieku danych kadrowo-płacowych, a także danych dotyczących pracowników, umów, korespondencji służbowej oraz danych technicznych dotyczących realizowanych umów i planów ochrony obiektów. Zamawiający uznał, że zdarzenie to stanowi dowód niedostatecznego zabezpieczenia informacji wrażliwych oraz budzi wątpliwości co do zdolności wykonawcy do realizacji usług związanych z ochroną obiektów wojskowych, objętych klauzulami tajności.

Zamawiający stwierdził, że w jego ocenie powyższe zachowania potwierdzały, że Ekotrade Sp. z o.o. w sposób zawiniony poważnie naruszyła obowiązki zawodowe, co uzasadniało wykluczenie odwołującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, gdyż zasada solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum skutkuje tym, że zaistnienie przesłanki wykluczenia wobec jednego z partnerów powoduje wykluczenie całego konsorcjum z

postępowania.

Izba stwierdziła, że zamawiający, biorąc pod uwagę okoliczności które miały miejsce w ramach realizacji kontraktów (umowy zawarte z zamawiającymi Muzeum Gross-Rosenw Rogoźnicy oraz Archiwum Państwowym w Olsztynie), powołując się na informacje przekazane mu w złożonym przez innego wykonawcę odwołaniu trafnie doszedł do przekonania, że ocena zdarzeń mających miejsce przy realizacji ww. kontraktów prowadzi do wniosku, że członek konsorcjum „poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego rzetelność". Zamawiający przy tym w tabeli wymienił o jakie naruszenia chodziło, jaki był skutek tych naruszeń, jakie dowody zdecydowały o tym, że podjął decyzję o wykluczeniu odwołującego z postępowania. Elementy te uznać należy za wystraczające do tego, aby uznać, że decyzja zamawiającego była poprawna, tj. zgodna z przepisami ustawy Pzp.

Wbrew twierdzeniom odwołującego, zamawiający w sposób dostateczny wypełnił ciążący na nim obowiązek w postaci podania w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu wniosku odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i wykazania wszystkich okoliczności i dowodów, które przesądziły o zastosowaniu sankcji wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty. Nie sposób zatem zakwestionować decyzji zamawiającego z tego powodu, że nie dopełnił ciążącego na nim w tym przypadku obowiązku wykazania i udowodnienia, że ziściły się wszystkie przesłanki obligujące go do wykluczenia odwołującego, w oparciu o przepis art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Trafnie zamawiający, po analizie okoliczności związanych z realizacją przez odwołującego wcześniejszych kontraktów doszedł do wniosku, że naruszenie przez wykonawcę jego zobowiązań miało charakter kwalifikowany. Ustalenie poważnego naruszenia obowiązków zawodowych wymaga każdorazowo indywidualnej oceny wykonawcy w stosunku do konkretnego stanu faktycznego. Zamawiający wykazał też jakimi dowodami dysponował w tej sprawie, które pozwoliły mu na ustalenie dlaczego zachowanie wykonawcy kwalifikuje jako wypełniające dyspozycję opisywanej przesłanki wykluczenia z postępowania.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do umowy nr DZI/080/56/2023 r., której przedmiotem była ochrona i dozór mienia Muzeum Gross-Rosen w Rogoźnicy oraz monitorowanie terenu Muzeum w Wałbrzychu, zawartej w dniu 11 października 2023 r. przez wykonawcę Ekotrade Sp. z o.o. z Muzeum Gross-Rosen w Rogoźnicy należy wskazać na następujące kwestie.

Umowa niniejsza została rozwiązana w dniu 27 maja 2024 r., gdyż zamawiający złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy, uzasadniając to faktem naliczenia wyżej wskazanemu wykonawcy czterech kar umownych w łącznej kwocie 2 600,00 zł. Muzeum Gross-Rosen uznało, że wykonawca nie wykonał lub nienależycie wykonał swoje obowiązki wynikające z umowy, dlatego też nałożył na niego następujące kary umowne: w kwocie 300,00 zł. na podstawie noty księgowej z 18 stycznia 2024 r., w kwocie 1 000,00 zł. na podstawie noty księgowej z 11 marca 2024 r., w kwocie 1 000,00 zł. na podstawie noty księgowej z 4 kwietnia 2024 r., w kwocie 300,00 zł. na podstawie noty księgowej z 17 maja 2024 r.

Nałożenie na Ekotrade Sp. z o.o. tych kar było bezpośrednią przyczyną wypowiedzenia powyższej umowy, albowiem w jej § 10 ust. 1 pkt 1) lit. b) i pkt 2 przewidziano taką możliwość. Dodatkowo, co wynika z oświadczenia z dnia 27 maja 2024 r. Muzeum Gross-Rosenw Rogoźnicy, Niemiecki Nazistowski Obóz Koncentracyjny i Zagłady (1940-1945) odstąpiło od umowy z zawartej z Ekotrade sp. z o.o., zawartej w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia pn. „Ochrona i dozór mienia Muzeum Gross-Rosen w Rogoźnicy oraz monitorowanie terenu Muzeum w Wałbrzychu", ze względu na liczne przypadki nienależytego wykonania umowy, których dopuścił się Ekotrade Sp. z o.o. Muzeum Gross - Rosen w wyniku dalszych naruszeń umowy przez Ekotrade sp. z o.o., ostatecznie „odstąpił od umowy bez zachowania okresu wypowiedzenia z winy Wykonawcy" (oświadczenie o odstąpieniu w aktach sprawy).

Tym samym nie sposób zgodzić się z odwołującym, który wywodził w odwołaniu, że stwierdzone naruszenia miały charakter incydentalny, skoro jak stwierdził zamawiający w oświadczeniu o odstąpieniu przypadki, które wystąpiły w trakcie wykonania umowy stanowiły o istotnym naruszeniu obowiązków zawodowych, zaś konsekwencją tych naruszeń było odstąpienie od umowy „bez zachowania okresu wypowiedzenia". Zaznaczenia przy tym wymaga, że wykonawca Ekotrade Sp. z o.o. nie kwestionował skuteczności dokonanego przez Muzeum odstąpienia, a wręcz w odwołaniu i na rozprawie przyznaje, że do naruszeń tych doszło, w konsekwencji naliczenie kar umownych miało swoje podstawy.

Dowody, które przedstawił odwołujący na rozprawie są zatem nieprzydatne do rozstrzygnięcia tej sprawy o tyle, że te mogłyby posłużyć jako argumenty w sporze z zamawiającym dla którego odwołujący realizował umowę, nie zaś w trakcie rozprawy przed Izbą.

W związku z powyższym należało uznać, że doszło w tym przypadku do naruszenia przez wykonawcę Ekotrade Sp. z o.o. jego obowiązków zawodowych, w wyniku nienależytego wykonania wskazanej powyżej umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Ekotrade Sp. z o.o. można przypisać co najmniej rażące niedbalstwo z tej przyczyny, że odstąpienie od umowy nastąpiło, jak wskazał zamawiający, z powodu wielokrotnego, uporczywego nienależytego wykonywania zobowiązań wynikających z umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Nie zasługuje też na uwzględnienie argumentacja odwołującego, że stwierdzone naruszenia nie dotyczyły

świadczenia głównego, albowiem zakres usług obejmował świadczenie całodobowej ochrony mienia, zaś kary umowne dotyczyły przypadków: odśnieżania terenu, niezapewnienia pokarmu psom służbowym, nieterminowego opłacania faktur za opiekę weterynaryjną, skierowania pracownika spoza wykazu osób do zapewnienia zastępstwa za niedysponowanego pracownika. Jak wynika z treści umowy (w aktach sprawy) jej przedmiotem była „Ochrona i dozór mienia Muzeum Gross-Rosen w Rogoźnicy oraz monitorowanie terenu Muzeum w Wałbrzychu", w jej treści wyraźnie wymieniono obowiązki wykonawcy, których ten nie dochował, a które skutkowały naliczeniem kar umownych. Ani analiza treści umowy, ani też inne okoliczności nie pozwalają uznać, że obowiązki utrzymania psów i terenu, a także zgłoszenia pracowników były obowiązkami nieistotnymi czy pobocznymi. Odwołujący oprócz twierdzeń, że tak właśnie jest, nie przedstawił też żadnej szerszej argumentacji z jakich powodów należało obowiązki w tym zakresie uznać za mające mniejsze znaczenie zwłaszcza, że to właśnie naruszenia w tym zakresie powodowały naliczenie kar umownych, a ich bezpośrednią konsekwencją było wypowiedzenie umowy.

Bez znaczenia jest też w tym przypadku wysokość naliczonych kar oraz relacja tych kar do zrealizowanej, całkowitej wartości umowy. Istotny w tym przypadku jest bowiem skutek w postaci odstąpienia, które jak zamawiający wskazywał miało miejsce z powodu wielokrotnego, uporczywego nienależytego wykonywania zobowiązań wynikających z umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W stosunku do odwołującego zachodzi więc przesłanka opisana w art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, powodująca konieczność wykluczenie tego wykonawcy z postępowania.

Odnosząc się z kolei do realizacji umowy zawartej przez Ekotrade Sp. z o.o.z zamawiającym - Archiwum Państwowym w Olsztynie, zamawiający powołał się w tym przypadku na ogłoszenie o wykonaniu umowy 2025/BZP 00362322/01 z 5 sierpnia 2025 r., z którego wynika, że umowę tę rozwiązano za porozumieniem stron.

Odwołujący jako główny argument, że decyzja zamawiającego była nieprawidłowa wskazywał na okoliczność, że porozumienie o rozwiązaniu umowy jest odrębną instytucją od jej wypowiedzenia, czy też odstąpienia od niej, zaś samo rozwiązanie umowy na podstawie porozumienia stron nie spełnia ustawowych przesłanek warunkujących możliwość wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Twierdzenie powyższe jest o tyle nietrafione, że zamawiający w treści zawiadomienia o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z dnia 15 października 2025 r. wskazując na rodzaj naruszenia ustalił jednocześnie, że podstawą rozwiązania umowy było nienależyte wykonanie umowy przez odwołującego, które to twierdzenie zostało dodatkowo poparte dowodem tj. ogłoszeniem o wykonaniu umowy z dnia 5 sierpnia 2025 r.

Z wyżej wskazanego ogłoszenia jasno i bezsprzecznie wynika, że odwołujący nienależycie wykonał umowę.

Z samego porozumienia o rozwiązaniu umowy z dnia 28 lipca 2025 r. nr DAG.260.1.2024 (załącznik do stanowiska procesowego przystępującego) wynika, że odwołujący zobowiązał się uiścić karę umowną w wysokości 10% wynagrodzenia brutto, o której mowa w §7 ust. 1 umowy Nr DAG.260.1.2024 z 5 listopada 2024 r., tj. kwotę84 794,23 zł., płatne w ciągu 14 dni od zakończenia umowy na rachunek bankowy wskazany w nocie księgowej (nota nr 1/07/2025 z dnia 29 lipca 2025 r. - załącznik do pisma procesowego przystępującego). Dodatkowo wykonawca zrzekł się wynagrodzenia z tytułu usługi monitorowania systemów alarmowych i konserwacji systemu sygnalizacji włamania i napadu oraz telewizji przemysłowej za okres od stycznia do lipca 2025 r.

Z treści umowy zawartej pomiędzy Archiwum Państwowym w Olsztynie a odwołującym (§ 7 ust. 3) wynika z kolei, że kara w tej wysokości należna jest stronie w przypadku odstąpienia od umowy (dowód przystępującego: umowa z dnia 5 listopada 2024 r., nr DAG.620.1.2024).

Izba wzięła również pod uwagę dowody przedstawione przez przystępującego, które ten pozyskał w trybie dostępu do informacji publicznej, związane z realizacją wyżej wymienionej umowy, z których wynika, że powodem rozwiązania umowy był brak zapewnienia przez Ekotrade Sp. z o.o. stacji monitorowania w Olsztynie, a zgodnie z rozdziałem IX pkt 1 Opisu przedmiotu zamówienia: „Centrum monitorowania ma się znajdować na terenie miasta Olsztyna z minimum dwuosobową obsadą na zmianie, posiadającą wymagane kwalifikacje określone przepisami", zaś odwołujący wykazywał brak współpracy przy realizacji zamówienia z zamawiającym (dowody załączone przez przystępującego do pisma procesowego: odpowiedź na wniosek o dostęp do informacji publicznej, korespondencja Archiwum Państwowego w Olsztynie z Ekotrade Sp. z o.o.).

Ze zgromadzonych w sprawie dokumentów wynika, że w ramach kontraktu Ekotrade Sp. z o.o. zobowiązane było do zapewnienia w trakcie realizacji umowy centrum monitorowania na terenie miasta Olsztyna z minimum dwuosobową obsadą na zmianie, posiadającą wymagane kwalifikacje określone przepisami. Realizacja usług ochrony miała trwać od 1 stycznia 2025 r. Komenda Wojewódzka Policji Wydział Postępowań Administracyjnych w protokole z dnia 24 kwietnia 2025 r., stwierdziła że Ekotrade sp. z o.o. posiada Uzbrojone Stanowisko Interwencyjne usytuowane na obszarze województwa mazowieckiego a nie w Olsztynie. Pismem z dnia 16 czerwca 2025 r., tj. po 6 miesiącach realizacji usługi, Ekotrade Sp. z o.o. wskazało na możliwość przeprowadzenia kontroli w Centrum Monitorowaniaw Olsztynie, która to okoliczność posiadania takiego centrum nie została potwierdzona przez Komendę Wojewódzką Policji.

Ekotrade Sp. z o.o. przez wskazany wyżej okres realizowało umowę, nie zapewniając Centrum Monitorowania w Olsztynie, wbrew nałożonym na niego w treści umowy obowiązkom. Powyższe, w ocenie Izby świadczy o zawinionym naruszeniu obowiązków zawodowych, które wynikało z winy wykonawcy, prowadząc do nienależytego wykonania zamówienia.

Ponownie należy w tym miejscu wskazać, że punktem wyjścia do zastosowania przesłanki wykluczenia jest zawinione, poważne naruszenie przez wykonawcę obowiązków zawodowych. Z kolei zwrot „poważne naruszenie obowiązków zawodowych" jest wyrażeniem niedookreślonym. W jego rozumieniu pomocne jest niewątpliwie stanowisko Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wyrażone w wyroku z dnia 13 grudnia 2012 r. sygn. akt C- 465/11 (Forposta), w którym pojęcie "poważnego wykroczenia" zawartego w art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/18/WE w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi wyłożono w ten sposób, że odnosi się ono zwykle do zachowania danego wykonawcy wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony. Jak podkreślił TSUEw przywołanym wyroku stwierdzenie istnienia poważnego wykroczenia wymaga co do zasady przeprowadzenia konkretnej i zindywidualizowanej oceny postawy danego wykonawcy.

Jak wskazują zgromadzone w sprawie dowody zaistniała w tym przypadku podstawa do zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, albowiem można mówić o wystąpieniu istotnego naruszenia podstawowych warunków realizacji zamówienia. Zachowanie wykonawcy, który realizował umowę pomimo, że nie spełniał wymagań w zakresie posiadania stacji monitorowania w Olsztynie jest rażącym naruszeniem, które podważa jego uczciwość w stopniu, który prowadzi do uznania, że należało tego wykonawcę z postępowania wykluczyć.

Izba nie podzieliła natomiast wniosków zamawiającego w zakresie, w jakim argumentował w piśmie z 15 października 2025 r., że fakt wystąpienia incydentu cyberataku u jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - Ekotrade Sp. z o.o. powoduje, że wobec odwołującego wyczerpane zostały przesłanki skutkujące wykluczeniem wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W odniesieniu do tego zdarzenia, co wynika z treści informacji przekazanej odwołującemu w toku postępowania wynika, że zamawiający ustalił co następuje. Z pozyskanych z treści złożonego uprzednio odwołania wynika, że w dniu 31 sierpnia 2025 r. doszło do wycieku danych (komunikat Pełnomocnika Rządu do spraw Cyberbezpieczeństwa w sprawie wycieku danych w wyniku cyberataku wobec firmy EKOTRADE Sp. z o.o.). Przedmiotem ataku była infrastruktura IT, w której znajdowała się m.in. baza informacji kadrowo-płacowych dotyczących pracowników firmy. Zgodnie z komunikatem firmy Ekotrade Sp. z o.o. oraz analizą krajowych zespołów CSIRT wykradzione dane mogą obejmować: dane osobowe, zawarte umowy, informacje o realizowanych przetargach, zawartość skrzynek pocztowych pracowników i baz danych firmy, dane dostępowe do kont serwisowych u klientów, specyfikacje techniczne projektów, inne wrażliwe informacje.

Dalej zamawiający wywiódł, że powyższa okoliczność dowodzi tego, że wykonawca ten w sposób niedostateczny zabezpieczył dane wrażliwe w swoim przedsiębiorstwie, co ma wpływ na realizację wszystkich zawartych umów. Z uwagi na to, że przedmiotowe zamówienie dotyczy usługi na świadczenie całodobowej ochrony osób i mienia w systemie zmianowym, realizowanym przez specjalistyczne uzbrojone formacje obronne (SUFO) na rok 2026 dla jednostek wojskowych (baz lotniczych, węzłów teleinformatycznych obiektów radiotechnicznych) czyli takich obiektów, które objęte są klauzulami niejawności od ZASTRZEŻONEGO do TOP SECRET, powyższe zdarzenie, jeg skutki, jak i podjęcie przez wykonawcę próby naprawczej (ciężkiej do potwierdzenia w jaki długim czasie, i czy z gwarancją powodzenia), zostało ocenione przez zamawiającego jako ryzykowne w obszarze prawidłowego zabezpieczenia danych, zgodnie z ustawą o ochronie informacji niejawnych.

Zamawiający zidentyfikował powyższą sytuację jako pewne zagrożenia wobec tego, że realizacja zamówienia wiąże się z przekazaniem odwołującemu danych o klauzuli co najmniej „Z - zastrzeżone" między innymi wyciągu z „Planu ochrony". Ryzyko, że informacje o znajomości terenu, obszaru, budynków, pomieszczeń (cały teren jednostki wojskowej znajduje się w strefie III) wypłyną na zewnątrz i mogą zostać udostępnione osobom postronnym - jest wobec raz zaistniałego zdarzenia zbyt duże.

Jakkolwiek Izba rozumie obawy zamawiającego i jego troskę o to, aby przekazywane w toku udzielanego zamówienia informacje i dane były w sposób należyty chronione, to jednak samo stwierdzenie wcześniejszego faktu wystąpienia incydentu cyberataku, nie jest wystarczającą podstawą do wykluczenia danego podmiotu z postępowania, w oparciu o przepis art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Jak wskazywała Izba powyżej, aby stwierdzić, że zaistniała wobec wykonawcy powyższa podstawa zamawiający, w uzasadnieniu wykluczenia, opierając się na dowodach, powinien podać wykonawcy informacje odnoszące się do następujących kwestii: (i) na czym polegało nienależyte wykonanie umowy przez wykonawcę, (ii) czy miało ono charakter poważny, (iii) dlaczego podważa ono uczciwość wykonawcy oraz (iv) jakie okoliczności wskazywały na winę wykonawcy i jaki był stopień zawinienia.

Zamawiający ustalił jedynie, że do takiego incydentu doszło, tym niemniej nie ustalił żadnej z pozostałych okoliczności, tj. na ile poważny był incydent, czy do ataku doszło z winy wykonawcy czy też może, jak twierdzi odwołujący doszło do niego pomimo tego, że dochował on należytej staranności, utrzymując odpowiedni poziom zabezpieczeń w zakresie Cyberbezpieczeństwa, a zatem zgodnie z przepisami ustawy o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa, RODO i z zachowaniem zasad staranności wymaganej w tego rodzaju systemach zabezpieczeń. Zamawiający nie wyjaśnił także z jakich powodów uważa, że mający miejsce incydent podważa uczciwość odwołującego, gdyż sam fakt, że doszło do cyberataku nie oznacza jeszcze, że realizacja innych umów przez tego wykonawcę wiąże się ze zwiększonym poziomem ryzyka w przyszłości.

Faktem notoryjnym jest, że w ostatnim czasie dochodzi do wielu takich prób i nie ulega wątpliwości, że pomimo stosowania coraz nowszych zabezpieczeń, w dalszym ciągu takie sytuacje będą miały miejsce. Jak wynika z danych Europejskiego Repozytorium Cyberincydentów (dalej „ERC"), w latach 2023 - 2024 odnotowano ok. 1,4 tys. cyberataków, z czego ponad połowa (812) była wymierzona w infrastrukturę krytyczną. Ze względu na stopień skomplikowania odpowiedzialne są za nie przede wszystkim wrogie państwa. ERC ocenia,że najczęściej ofiarami ataków są systemy opieki zdrowotnej, organizacje finansowe, również sektory telekomunikacyjny, transportowy i energetyczny. Natężenie cyberzagrożeń związane jest przede wszystkim z agresją Rosji na Ukrainę, coraz częściej Rosja próbuje osłabić sojuszników Ukrainy za pomocą cyberataków, podpaleń i innych form ataków. Jak podaje ERC co piąty można przypisać rosyjskim atakom hybrydowym czy szpiegostwu.

Tym samym wskazać należy, że każdy podmiot, w tym te które posiadają zabezpieczenia na bardzo wysokim poziomie mogą stać się podmiotem takiego ataku, co nie przesądza jeszcze ani o rażącym niedbalstwie wykonawcy, ani nawet o winie tego wykonawcy, jeśli ten stosuje wewnątrz swojej organizacji określone procedury, przestrzega obowiązujących przepisów prawa i odpowiednio reaguje na takie zdarzenia.

Jak wskazywał odwołujący, niezwłocznie po tym incydencie poinformował o nim właściwe organy, w tym Centralne Biuro Zwalczania Cyberprzestępczości, zespół CERT Polska oraz Urząd Ochrony Danych Osobowych Aktualnie wskazane instytucje są na etapie wyjaśniania sprawy, a odwołujący zaoferował swoją pełną współpracę przy wyjaśnieniu przyczyn i skutków zdarzenia. Przy tym, zgodnie z jego najlepszą wiedzą, w analizowanym przypadku brak jest jakichkolwiek dowodów wskazujących na istnienie winy po stronie wykonawcy.

Powyższe powoduje, że nie ziściła się przesłanka wykluczenia odwołującego z postępowania ze wskazanych wyżej powodów. Tym niemniej jest to okoliczność, która nie ma znaczenia wobec tego, że zaktualizowała się ona wobec tego wykonawcy z powodów opisywanych wcześniej, tj. wobec poważnego naruszenia obowiązków wynikających z wcześniej realizowanych umów na rzecz zamawiających: Muzeum Gross-Rosen w Rogoźnicy i Archiwum Państwowego w Olsztynie.

Izba nie podzieliła także zarzutów odwołującego w zakresie w jakim wskazywał, że zamawiający naruszył przepisy art. 16 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 3 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości, polegającej na zastosowaniu sankcji wykluczenia w stosunku do odwołującego, bez poprzedzenia tej decyzji dodatkową analizą w zakresie jej proporcjonalności oraz interesu ogólnego. Odwołujący wskazywał w szczególności, że zamawiający powinien był wskazane wyżej naruszenia ocenić w kontekście całokształtu prowadzonej przez odwołującego działalności.

Odpowiadając na tak przedstawione zarzuty Izba pragnie przywołać stanowisko zaprezentowane w Wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 25 października 2023 r., sygn. akt XXIII Zs 64/23, w którym trafnie Sąd zwrócił uwagę, że: „Przepis art. 109 ust. 3 Pzp zapobiega wykluczeniu z postępowania wykonawcy w przypadkach, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 1-5 lub 7 Pzp, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne. Wyrażenie "jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne" jest wprawdzie niedookreślone, jednak wskazuje, że wykluczenie wykonawcy w przypadkach wskazanych byłoby nieracjonalne z punktu widzenia samego zamawiającego (J. E. Nowicki [w:] P. Wiśniewski, J. E. Nowicki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. V, Warszawa 2023, art. 109). Pozostawia to siłą rzeczy po stronie Zamawiającego pewien zakres uznaniowości, czy w konkretnym wypadku określony stan faktyczny uzasadnia stwierdzenie, że zachodzi oczywista nieproporcjonalność wykluczenia wykonawcy z postępowania. Jak wskazuje się bowiem w orzecznictwie, zasada proporcjonalności to zachowanie adekwatne do danej sytuacji, tym samym musi być ono właściwe w okolicznościach danej sprawy, co oznacza, że podejmowane działania muszą odpowiadać założonym celom (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 14 marca 2017 r., KIO 371/17). W tym zakresie wielokrotnie wypowiadały się organy orzecznicze takie jak Trybunał Europejski ora Trybunał Konstytucyjny i choć tezy ujęte w orzeczeniach tych organów dotykają innego poziomu normatywnego, jakim jest zgodność przepisów bezwzględnie obowiązującego prawa i norm usytuowanych hierarchicznie znacznie wyżej to mają one charakter uniwersalny i pozwalają bez trudu na ich przeniesienie na poziom oceny zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Samo rozumienie zasady proporcjonalności pozostaje bowiem

bardzo zbliżone, niezależnie od punktu odniesienia, dla którego jest ona oceniana i konstruowana. Zatem wypracowane w orzecznictwie obu Trybunałów metody oceny i badania spełnienia zasady proporcjonalności mogą być z powodzeniem stosowane i przeniesione na poziom zupełnie niższy, tj. na poziom oceny czynności Zamawiającego w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z wyrokiem Trybunału Europejskiego z dnia 22 listopada 2005 roku w sprawie C-144/05 (...) "Poszanowanie zasady proporcjonalności wymaga mianowicie, by każde ograniczenie prawa podmiotowego w możliwie najwyższym stopniu godziło wymogi równego traktowania z realizowanym celem (zob. podobny wyrok z dnia 19 marca 2002 r, - 10037 w sprawie C-476/99 (...))." Analiza tego orzeczenie pozwala przyjąć, że ocena dotyczy tego, czy przyjęte założenia są skorelowane z celami jakie mają zostać osiągnięte. To natomiast prowadzi do wniosku, który można łatwo przenieść na grunt zamówień publicznych, że przyjęte przez Zamawiającego wymagania muszą być adekwatne do uzyskania zamierzonego w danym postępowaniu celu".

Powyższe stanowisko wprost przeczy takiemu rozumieniu tej instytucji, jak zdaje się ją rozumieć odwołujący. Izba, podzielając stanowisko wyrażone w wyżej cytowanym wyroku wskazuje, że w szczególności nie sposób zgodzić się z twierdzeniem, że podejmując decyzję o wykluczeniu zamawiający powinien mieć na względzie całokształt działalności odwołującego. Wystarczyło ustalenie, że ten nie wykonał w sposób należyty umów w innym postępowaniu o zamówienie publiczne. Z tych też względów podnoszone argumenty, dotyczące nieproporcjonalności decyzji o odrzuceniu wniosku odwołującego, nie zasługiwały na uwzględnienie.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia się zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie, ponieważ zamawiający w sposób prawidłowy, biorąc pod uwagę okoliczności wskazane w treści pisma z 15 października 2025 r. prawidłowo ocenił zachowania odwołującego mające miejsce podczas realizacji umowy zawartej z zamawiającym - Muzeum Gross-Rosen w Rogoźnicy oraz Archiwum Państwowym w Olsztynie, co skutkowało wykluczeniem odwołującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Wskutek tego, na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp, zamawiający odrzucił jego wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jako, że ten został złożony przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 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).

Przewodnicząca: …….