Sygn. akt KIO 758/15

WYROK
z dnia 1 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska
Agnieszka Trojanowska
Renata Tubisz

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 7 maja 2015 r., 15 maja 2015 r. 22 maja 2015 r. oraz 26 maja 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 kwietnia 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego T – matic Systems SA w Warszawie oraz ADD Production S.R.L. w Kiszyniowie, w postępowaniu prowadzonym przez Energa Operator SA w Gdańsku,
przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Andra spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Atende Software spółki z ograniczona odpowiedzialnością w Warszawie – przystępujących do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego T – matic Systems SA w Warszawie i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr [słownie: piętnastu tysięcy złotych, zero groszy] uiszczoną przez Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego T – matic Systems SA w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
   2. 2. zasądza od Odwołującego – T – matic Systems SA w Warszawie, na rzecz Zamawiającego – Energa Operator SA w Gdańsku kwotę 3 600 zł 00 gr [słownie: trzech

---

tysięcy sześciuset złotych zero groszy], stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych [t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.], na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Skład orzekający:

Sygn. akt: KIO 758/15

UZASADNIENIE

I. W postępowaniu, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest *„dostawa i uruchomienie Zestawów Koncentratorowo – Bilansujących dla ENERGA – OPERATOR SA”* Zamawiający Energa Operator SA w Gdańsku dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Andra spółki z o.o. w Warszawie i Atende Software sp. z o.o. w Warszawie [dalej: konsorcjum Andra], wykluczając wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego T – Matic Systems SA w Warszawie i ADD Production S.R.L. w Kiszyniowie na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych [t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.], zwanej dalej ustawą.

Zamawiający, w uzasadnieniu czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania podał siedem kontraktów wraz z opisem relacji łączących go z Odwołującym, wskazując na

nieterminową realizację a także niewykonanie odpowiednich funkcjonalności w niektórych z nich oraz odstąpienie od umowy na wykonanie infrastruktury pośredniczącej w technice PLC. Zamawiający przywołał dokumenty, przykładowo wzajemnie wymieniane pisma, protokoły, noty odsetkowe, dokumentacje postępowań, które w jego ocenie uzasadniały wniosek, że w tych umowach doszło do niewykonania lub nienależytego wykonania [pismo Zamawiającego z 31 marca 2015 r. EOP–AZL–000171–2015].

II. Odwołujący wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego T – Matic Systems SA w Warszawie i ADD Production S.R.L. w Kiszyniowie w dniu 13 kwietnia 2015. złożyli odwołanie wobec własnego wykluczenia oraz wyboru zaniechania wykluczenia konsorcjum Andra. Odwołujący zarzucili naruszenie przepisów:

1. art. 24 ust 2a ustawy w związku z art. 26 ust. 4 ustawy w związku z art. 25 ust. 1 ustawy, poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania bez uprzedniego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia złożonego przez Odwołującego i załączonego do oferty w związku z twierdzeniami Zamawiającego dotyczącymi podstaw do wykluczenia Odwołującego ujawnionymi w piśmie Zamawiającego o ogłoszeniu wyników postępowania datowanym na 31 marca 2015 r. przesłanym Odwołującemu w dniu 3 kwietnia 2015 r., podczas gdy przepisy ustawy wymagają od Zamawiającego

wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
2. art. 24 ust. 2a ustawy, poprzez wykluczenie Odwołującego bez uprzedniego umożliwienia Odwołującemu udowodnienia, że podjął niezbędne środki, o których mowa w art. 24 ust. 2a ustawy oraz bez umożliwienia Odwołującemu zobowiązania się do naprawienia szkody podczas, gdy przepis zakazuje wykluczenia w przypadku wykonania ww. czynności przez wykonawcę;
3. art. 24 ust. 2a ustawy poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania, gdy na Zamawiającym spoczywa ciężar udowodnienia istnienia poważnego i zawinionego naruszenia obowiązków zawodowych;
4. art. 24 ust. 2a ustawy poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania w przypadku, gdy Zamawiający nie sprecyzował nawet wysokości poniesionej szkody, a tym bardziej nie udowodnił wysokości poniesionej szkody, podczas gdy sprecyzowanie przez Zamawiającego wysokości poniesionej szkody jest warunkiem koniecznym do umożliwienia Odwołującemu zobowiązania się do jej naprawienia;
5. art. 24 ust. 2a ustawy w związku z art. 10 ust. 2 Konstytucji RP w związku z art. 177 Konstytucji RP poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania na podstawie jednostronnie przedstawionej przez Zamawiającego wersji wydarzeń, którą Odwołujący kwestionował poza postępowaniem dowodami przeciwnymi, podczas gdy wykluczenie zgodnie z tym przepisem może mieć miejsce tylko w przypadku udowodnienia przez Zamawiającego zawinionego oraz poważnego naruszenia obowiązków zawodowych przez Odwołującego, a udowodnienie winy w przypadku konieczności oceny dowodów prowadzących do sprzecznych wniosków powinno być dokonane przez Sąd cywilny w wyroku;
6. art. 24 ust. 2a ustawy poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania w oparciu o opis stanu faktycznego zamieszczony w piśmie Zamawiającego, podczas gdy dowody przeciwne wskazują, że odpowiednio Odwołujący nie był zobowiązany do świadczenia lub – jeśli był zobowiązany; a świadczenia nie wykonał – to nie ponosi winy, ponieważ dołożył należytej staranności wymaganej od profesjonalisty, a nawet gdyby w jakimś zakresie można było Odwołującemu przypisać winę, to okoliczności powołane przez Zamawiającego nie stanowią poważnego naruszenia obowiązków zawodowych;
7. art. 24 ust. 2a ustawy w zw. z art. 57 ust. 4 litera C dyrektywy 2014/24/UE poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania i uznanie że rzekome naruszenia obowiązków zawodowych, mają charakter poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, podczas gdy prounijna wykładnia wskazanego przepisu prowadzi do twierdzenia, że stwierdzenie poważnego naruszenia musi poddawać w wątpliwość

uczciwość wykonawcy, a uczciwość Odwołującego nie została poddana w wątpliwość;

8. art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum firm Andra sp. z o.o. i Atende Software sp. z o.o. i zaniechanie uznania oferty Konsorcjum Andra za odrzuconą z mocy prawa w związku z podaniem nieprawdziwych informacji dotyczących spełniania wymogów udziału w postępowaniu określonych w dziale IX ust. 2 pkt 3) tabeli w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia [dalej: SIWZ] i złożenie referencji potwierdzających, że referencyjne urządzenia spełniają wymaganie SIWZ podczas gdy faktycznie referencyjne urządzenia nie spełniają przedmiotowego wymagania, a ewentualnie art. 24 ust. 2 pkt. 4) ustawy w związku z art. 22 ust. 1 pkt. 2) ustawy oraz art 24 ust. 4 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Andra i zaniechanie uznania oferty Konsorcjum Andra za odrzuconą z mocy prawa w związku niespełnieniem wymogów udziału w postępowaniu określonych w dziale IX ust 2 pkt 3 tabeli w SIWZ z powodu przedstawienia referencji dotyczących dostawy innych urządzeń niż wymagane przez Zamawiającego w tym pkt. SIWZ.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert i unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności uznania oferty Odwołującego za odrzuconą, unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert.

Odwołujący – na podstawie art. 189 ust. 6 ustawy wniósł również o wyłączenie jawności rozprawy w części dotyczącej zarzutów 3–7 odwołania, ze względu na to, że w postępowaniu mają być ujawniane okoliczności które Zamawiający w umowach wskazanych w piśmie Zamawiającego [dołączonych do protokołu postępowania] zastrzegł jako informacje poufne i zobowiązał Odwołującego do ich nieudostępniania a ponadto informacje również stanowić będą informacje poufne Odwołującego.

W zakresie interesu we wniesieniu odwołania, Odwołujący podał, że głównym kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej jest cena [waga – 85 %]. Oferta Odwołującego jest ofertą o najniższej cenie. Pomocniczym kryterium oceny ofert był okres gwarancji jakiej wykonawca udziela na oferowane urządzenia [waga – 15%]. Odwołujący w ofercie udzielił gwarancji na 8 lat, co powoduje że oferta Odwołującego uzyskuje maksymalną ilość punktów możliwych dla tego kryterium. W przypadku uwzględnienia odwołania i unieważnienia czynności jak w petitum oraz dokonania ponownej oceny ofert, oferta Odwołującego zostanie uznana za najkorzystniejszą, zatem Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący podał, że interes we wniesieniu odwołania w zakresie zarzutu nr 8 polega na tym,

że każdy wykonawca ma interes w kontrolowaniu zgodności z prawem wszelkich czynności podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a referencje przedłożone przez Konsorcjum Andra nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Konsorcjum Andra. Za uznaniem posiadania interesu Odwołującego w zakresie zarzutu nr 8 przemawia – zdaniem Odwołującego – obowiązek po stronie Zamawiającego rozpatrzenia wszystkich ofert z uwzględnieniem obowiązujących przepisów i obligujących Zamawiającego do wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia oferty oraz wynikającą z nich zasadą koncentracji środka odwoławczego. Sanowanie uchybień Zamawiającego prowadzić będzie do udzielenia zamówienia wykonawcy, który nie wykazał, iż jest zdolny do jego wykonania. O dopuszczalności składania odwołania przez wykonawcę kwestionującego poprawność ofert podmiotów niżej sklasyfikowanych wypowiadała się Izba m.in. w wyroku z dnia 15 maja 2012 r., sygn. akt KIO 800/12, KIO 803/12, KIO 804/12, KIO 807/12; w wyroku z dnia 20 czerwca 2011 r. sygn. akt KIO 1237/11, w wyroku z dnia 16 kwietnia 2013 r. sygn. akt KIO 623/13, KIO 631/13. Odwołujący podał, że zgodnie ze stanowiskiem Sądu Okręgowego w Warszawie wyrażonym w wyroku z dnia 19 grudnia 2007 r. sygn. akt V Ca 2506/07: *„Interes prawny w uzyskaniu zamówienia zostaje zagrożony lub naruszony także wtedy, gdy w postępowaniu naruszono zasady uczciwej konkurencji. Interes prawny w uzyskaniu zamówienia – zdaniem Sądu – to nie tylko interes, który sprowadza się do tego, by oferent został wybrany w danym postępowaniu [uzyskał zamówienie], ale także*

jest to interes polegający na tym, aby sam proces udzielenia zamówienia odbywał się zgodnie z zasadami określonymi w Prawie zamówień publicznych".

W zakresie zarzutu nr 1, tj. braku wezwania do złożenia wyjaśnień, Odwołujący wskazał, że Zamawiający wykluczył go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2a zdanie 1 ustawy, pismem otrzymanym przez Odwołującego w dniu 3 kwietnia 2015 r. Wcześniej Zamawiający prowadził korespondencję z Odwołującym w ramach tego postępowania [pismo Zamawiającego wzywające do usunięcia braków oferty z 16 marca 2015 r.], jednak nie wspomniał w tym piśmie o zamiarze wykluczenia Odwołującego z powodu istnienia okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 2a ustawy, ani nie wezwał Odwołującego do wyjaśnienia złożonego oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia wykonawcy.

Odwołujący podkreślił, że w dziale IX ust. 7 SIWZ, na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia określonych w pkt 1 i 2 w tabeli, w tym okoliczności o której mowa w art. 24 ust. 2a ustawy, Zamawiający zażądał złożenia oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia. Zamawiający posiadając informacje o istnieniu podstaw do wykluczenia Odwołującego i zamierzając wykluczyć Odwołującego na tej podstawie, powinien wykonać dyspozycję art. 26 ust. 4 ustawy i wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonego

oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia poprzez wyjaśnienie dlaczego Odwołujący uważa, że brak jest podstaw do wykluczenia, skoro Zamawiający dysponuje określonymi informacjami ujawnionymi w piśmie Zamawiającego. Brak wezwania do złożenia wyjaśnień wprost narusza regulację art. 26 ust. 4 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy w związku z pkt. 1 i 2 w tabeli w dziale IX ust. 7 SIWZ. Podmiotem prowadzącym postępowanie wyjaśniające jest Zamawiający. Izba natomiast jest organem kontrolnym [nadzorczym], którego kognicja obejmuje badanie czy czynności lub zaniechania zamawiającego zostały wykonane zgodnie z przepisami ustawy. Akceptując zaś praktykę, w której zamawiający dopuszcza się zaniechania przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego co do podstaw wykluczenia – uniemożliwiając wykonawcy przedstawienie własnego stanowiska – dojdzie do przerzucenia ciężaru sporu z toku postępowania przetargowego na tok postępowania odwoławczego. Spowoduje to, iż dopiero Izba będzie merytorycznie badać podstawy wykluczenia wykonawcy – nie zaś kontrolować [nadzorować] czynności i zaniechania zamawiającego w tym zakresie. Co więcej, spowoduje to pozbawienie wykonawcy jednej instancji środków ochrony prawnej, gdyż możliwe będzie wydanie orzeczenia kontrolnego tylko przez jeden organ – tj. sąd okręgowy. Odwołujący podkreślił, że w podobnej sprawie Izba zajmowała już stanowisko i Izba stwierdziła, że prawidłowe korzystanie ze środków ochrony prawnej wymaga od Zamawiającego wyczerpującego uzasadnienia podjętej czynności i udowodnienia w postępowaniu wyjaśniającym okoliczności stanowiących podstawę wykluczenia [wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 145/15].

W zakresie zarzutu nr 2, tj. braku wezwania do zajęcia stanowiska Odwołujący podał, że art. 24 ust 2a ustawy zdanie 2 stanowi, że zamawiający nie wyklucza z postępowania wykonawcy, który:

1) udowodni, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz

2) naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia.

Zgodnie z tym przepisem Zamawiający nie może wykluczyć wykonawcy, jeśli ten podejmie „czynności naprawcze" wskazane w tym przepisie. Skoro zamawiający, zgodnie z przepisem „nie może wykluczyć" wykonawcy, oznacza to, że zanim Zamawiający dokona czynności wykluczenia, powinien umożliwić wykonawcy spełnienie przesłanek wskazanych w omawianym przepisie.

Zamawiający zatem powinien wezwać Odwołującego do przedłożenia wyjaśnień co do podjęcia przez niego „czynności naprawczych" oraz co do naprawienia lub zobowiązania się

do naprawienia powstałych szkód – wraz z umożliwieniem przedstawienia odpowiednich dowodów.

Zamawiający nie wezwał Odwołującego do spełnienia przesłanek określonych w art. 24 ust 2a ustawy zdanie 2, zatem wykluczenie z postępowania było przedwczesne. Skoro według ustawodawcy wykonawca nie podlega wykluczeniu w sytuacji gdy wykaże, iż podjął kroki mające zapobiegać naruszeniom oraz naprawił szkody, to czynność wykluczenia nie może być podjęta bez umożliwienia wykonawcy zajęcia stanowiska w tej sprawie.

W podobnej sprawie, w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 lutego 2015 r., sygn. akt: KIO 142/15, Izba stwierdziła, że Zamawiający powinien dać możliwość wykonawcy do zajęcia stanowiska w sprawie podjętych przez wykonawcę środków, o których mowa w tym przepisie, aby wykluczyć możliwość zaistnienia podobnych naruszeń w przyszłości.

W zakresie zarzutu nr 3, tj. braku udowodnienia winy zgodnie z ciężarem dowodu, Odwołujący podkreślił, że zgodnie z art. 24 ust. 2a ustawy to na zamawiającym spoczywa obowiązek udowodnienia okoliczności poważnego i zawinionego naruszenia obowiązków zawodowych przez wykonawcę. Zamawiający powinien w sposób wyczerpujący przedstawić dowody na wszelkie okoliczności, z których wywodzi skutki prawne i udostępnić je wykonawcom do wglądu jako załączniki do protokołu postępowania. Wyczerpujące postępowanie dowodowe powinno być przeprowadzone przez Zamawiającego i uwzględniać stanowisko drugiej strony, tj. wszelkie okoliczności sprawy. Zwlekanie z przedstawieniem dowodów do postępowania przez Izbą stanowi nieuzasadnioną zwłokę Zamawiającego i próbę przerzucenia ciężaru dowodu na Odwołującego.

Brak zaś załączenia do protokołu postępowania [art. 96 ust. 1 ustawy] dowodów na okoliczności wskazywane przez Zamawiającego w piśmie Zamawiającego stanowi naruszenie ustawy. Mimo pozornej obszerności wywodu Zamawiającego pomija on kwestie zasadnicze z punktu widzenia możliwości wykluczenia Odwołującego. Zamawiający w swoim piśmie w pkt. ad. 1, 2, 3, 4, 5 udowadnia istnienie opóźnień w dostawach spełniających wymogi Zamawiającego. W rzeczywistości w wykonaniu wszystkich tych umów Odwołujący dostarczał produkty w terminie, jednak Zamawiający bezzasadnie odmawiał ich odbioru z powodu ich rzekomej niepełnej funkcjonalności lub z innych przyczyn. Tymczasem zgodnie z tym przepisem, zamawiający musi udowodnić winę wykonawcy i to winę kwalifikowaną – winę stanowiącą poważne naruszenie obowiązków zawodowych co powoduje podjęcie wątpliwości co do uczciwości takiego wykonawcy. Zamawiający nie podjął nawet próby udowodnienia istnienia zwłoki po stronie Odwołującego, a ograniczył się do przedstawienia argumentacji [bez dowodów na jej poparcie] na okoliczność istnienia opóźnienia w realizacji

projektów. Wina w tym przypadku nie może być w żadnym stopniu domniemana, a ciężar dowodu braku winy nie może spoczywać na Odwołującym. W szczególności wskazać należy, że brak tutaj regulacji na wzór rozkładu ciężaru dowodu przy rażąco niskiej cenie [art. 190 ust. 1a ustawy].

Odwołujący podniósł, w odniesieniu do umów wskazanych w pkt ad. 6 i 7 pisma Zamawiającego, że Zamawiający pomija całkowicie, znany mu fakt o pierwotnej niemożliwości świadczenia, który powoduje nieważność umowy zgodnie z art. 387 kodeksu cywilnego. Zamawiający jest w posiadaniu opinii instytutów energetycznych wydanych w tej sprawie, jednak bezpodstawnie pomija te okoliczności w swoim wywodzie zamieszczonym w piśmie Zamawiającego, co mają potwierdzać: pismo T–matic z 17 listopada 2014 r., opinia ITR nr R 9451 z dnia 23 stycznia 2014 r. a także Porozumienie z 21 maja 2012 r.

W zakresie zarzutu nr 4, tj. braku sprecyzowania wysokości szkody i braku udowodnienia tej wysokości, Odwołujący podał, że Zamawiający unika wskazania wysokości poniesionej szkody. Nigdy w toku rozmów ugodowych Zamawiający nie wskazał kwoty wyceny rzeczywiście poniesionych przez Zamawiającego szkód. Zamawiający również nie wzywał nigdy Odwołującego do naprawienia rzeczywiście poniesionych szkód. W wyniku omawianych opóźnień Zamawiający w ogóle nie poniósł szkody lub – jeśli ją poniósł – to w minimalnych rozmiarach [łączna wartość zrealizowanych zamówień przekroczyła znacznie 100 milionów złotych]. Odwołujący natomiast nie ponosi odpowiedzialności za szkodę

spowodowaną pierwotną niemożliwością świadczenia, o której Odwołujący nie wiedział i przy zachowaniu należytej staranności nie mógł się dowiedzieć. Z powyższych tytułów Zamawiający naliczył kary umowne. Odwołujący podkreślił, że jego zdaniem brak było podstawy do naliczenia kar umownych. W omawianym przepisie nie ma jednak mowy o konieczności zapłaty naliczonych kar umownych na rzecz Zamawiającego, tylko o konieczności wezwania do naprawienia szkody, której istnienie Zamawiający jest w stanie udowodnić. Z tego względu Zamawiający w wezwaniu do naprawienia szkody przez Odwołującego powinien wskazać i udowodnić wysokość poniesionej przez Zamawiającego szkody, która ma zostać naprawiona. Odwołujący nie znając wysokości szkody nie może zobowiązać się do jej naprawienia na podstawie przepisu art. 24 ust. 2a zdanie drugie ustawy.

W zakresie zarzutu nr 5, tj. braku wyroku Sądu w przypadku konieczności dokonania oceny dowodów przeciwnych, kwestionujących odpowiedzialność wykonawcy co do zasady, Odwołujący podkreślił, że zgodnie z załączoną do odwołania odpowiedzią Prezesa UZP Jacka Sadowego na interpelację, celem nowelizacji było ograniczenie możliwości wykluczania wykonawców z postępowania tylko do sytuacji, gdy obowiązki zawodowe zostały naruszone przez wykonawców w sposób poważny oraz zawiniony, a zatem wyłącznie do istotnych

przypadków niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. W szczególności chodziło o zaprzestanie praktyki wykluczania wykonawców w przypadku, gdy naliczone kary umowne osiągnęły jakiś określony procent wynagrodzenia brutto, co powodowało konieczność automatycznego wykluczania wykonawców z postępowań bez względu na naturę okoliczności, jakie spowodowały naliczenie kar. W pkt. I wspomnianej odpowiedzi na interpelację wskazano, że zamawiający nie powinien wykluczać wykonawców wskutek arbitralnych decyzji, a swoje decyzje opierać o obiektywnie uzasadnione okoliczności faktyczne udowodnione w szczególności orzeczeniem sądu. Jak wskazano w wyroku TSUE z 13 grudnia 2012 r. w sprawie C–465/11 oraz wyroku KIO z 17 czerwca 2014 r., sygn. akt: KIO 1111/14, zamawiający powinien przeanalizować orzeczenie sądu wydane przeciwko wykonawcy w sprawie i zbadać czy okoliczności stwierdzające zawinione przez wykonawcę niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy mają charakter poważnego naruszenia obowiązków zawodowych. Nie każdy bowiem wyrok sądu dokumentujący konieczność naprawienia szkody przez wykonawcę będzie potwierdzał poważne [istotne] naruszenie obowiązków zawodowych wykonawcy. We wskazanym wyroku Trybunał stwierdził, że:

1) jakiekolwiek nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części może ewentualnie wykazać niższe kompetencje zawodowe danego wykonawcy, lecz nie jest równoważne z poważnym wykroczeniem;
2) pojęcia „poważnego wykroczenia" nie można zastępować pojęciem „okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność" dany wykonawca.

Jednocześnie okoliczność poważnego naruszenia może być dowiedziona dowolnymi środkami dowodowymi. Oznacza to że jeśli okoliczności poważnego naruszenia obowiązków zawodowych nie wynikają z uzasadnienia wyroku Sądu, można sięgnąć po wszelkie środki dowodowe celem wykazania tych okoliczności.

Powyższe nie oznacza jednak, że Zamawiający może zaniechać lub zwlekać z dążeniem do rozstrzygnięcia sporu przez sąd cywilny i przerzucać na Izbę konieczność wchodzenia w kompetencje sądu cywilnego. Krajowa Izba Odwoławcza nie jest właściwa do rozstrzygania o istnieniu zawinienia wykonawcy czy też innych okolicznościach, dla których ustalenia kompetencję ma Sąd cywilny. Z przyczyn czysto proceduralnych, między innymi ze względu na to, że KIO jest „sądem jednodniowym" i powinno rozpoznać odwołanie w przeciągu 15 dni, niezasadne jest przerzucanie na KIO obowiązku czynienia ustaleń, których dokonuje sąd cywilny podczas procesu trwającego często kilka lat. W szczególności jest to niezasadne, gdy stan faktyczny jest wysoce sporny pomiędzy stronami, zaś osądzenie

meritum sporu wymaga zasięgnięcia opinii szeregu biegłych sądowych i wysłuchania

świadków – jak ma to miejsce w niniejszej sprawie.

Okoliczności opisywane przez Zamawiającego, które były podstawą do wykluczenia Odwołującego z postępowania w większości zaistniały w latach 2011 i 2012. Tymczasem minęło kilka lat, a Zamawiający nawet nie zainicjował żadnego postępowania [z wyjątkiem pojednawczego] celem rozstrzygnięcia spornych okoliczności. Jeśli zaś roszczenia Zamawiającego wobec Odwołującego byłyby tak oczywiste i jednoznaczne, jak to próbuje przedstawić Zamawiający – Zamawiający złożyłby odpowiednie pozwy już w latach ubiegłych, czego nie uczynił.

Zgodnie z art. 24 ust. 2a ustawy oraz źródłami powołanymi w uzasadnieniu zarzutu, Izba jest właściwa do stwierdzenia, czy wykluczenie Odwołującego jest zgodne z ustawą, to jest czy udowodnione przez Zamawiającego okoliczności faktyczne mają charakter „poważnego naruszenia obowiązków zawodowych'". Oczywiście w przypadku, gdy wina wykonawcy jest niekwestionowana [wykonawca ją przyznaje], wówczas Izba bez rozstrzygania o spornych pomiędzy stronami okolicznościach faktycznych może uznać zawinione działanie lub zaniechanie wykonawcy za okoliczności o charakterze poważnego naruszenia obowiązków zawodowych. Rozstrzygając jednak o istocie sporu między stronami Izba realizuje kompetencje sądu cywilnego, który jak się wydaje byłby związany orzeczeniem Izby na zasadzie prejudykatu na podstawie art. 365 § kpc w zw. z 1212 § 1 kpc w zw. z art. 185 § 7 ustawy, co nie może zostać uznane za zgodne z regulacją procesu cywilnego określoną w kodeksie postępowania cywilnego. Rozstrzyganie o sporze pomiędzy stronami dotyczącym wykonania umów o zamówienie publiczne przez Izbę zgodnie z regulaminem i pomocniczo stosowanymi regulacjami dotyczącymi sądownictwa polubownego, ze skutkami prejudykatu, pośrednio pozbawiałoby Odwołującego prawa do obrony swoich praw w procesie cywilnym. Ustalenia Izby byłyby bowiem wiążące dla sądu, a jednak praktyka prowadzenia postępowania dowodowego przed Izbą jest zasadniczo inna niż w procesie cywilnym. Z tych wszystkich względów, Zamawiający chcąc wykluczyć Odwołującego na podstawie spornych okoliczności, powinien udowodnić winę Odwołującego wyrokiem sądu cywilnego.

W zakresie zarzutu nr 6, tj. błędnego ustalenia stanu faktycznego, zdaniem odwołującego, Zamawiający przedstawił w piśmie jednostronną wersję wydarzeń. Nie przedstawił w żadnym zakresie stanowiska reprezentowanego przez Odwołującego w zakresie roszczeń Zamawiającego, które Zamawiający w części zna z wcześniejszej korespondencji stron. Ponadto Zamawiający nie dał szansy Odwołującemu na przedstawienie swojej wersji stanu faktycznego.

Tymczasem Odwołujący kwestionował i nadal kwestionuje:

1) istnienie winy Odwołującego w powstaniu opóźnienia wynikającego z umów realizacyjnych na dostawę i uruchomienie infrastruktury licznikowej: z 9 września 2011 r. nr ZP/62/AZU/2011, 26 sierpnia 2011 r. nr ZP/63/AZU/2011, 26 sierpnia 2011 r. nr ZP/64/AZU/2011;

2) ważność umów z 25 października 2011 r. na wykonanie infrastruktury pośredniczącej w technice PLC: ZP/66/AZU/2011 oraz ZP/67/AZU/2011, z uwagi na fakt, że dotyczyły one spełnienia świadczenia niemożliwego o którym mowa w art 387 kodeksu cywilnego;

3) podstawę naliczenia kar z umowy na dostawę i montaż systemu GPS oraz usługę wsparcia technicznego, z 13 października 2011 r. ZP/15/RZU/2011.

Powyższe umowy wskazane w pkt. 1) i 3) są w trakcie realizacji, Odwołujący wykonał dostawy i obecnie nadal świadczy usługi na podstawie tych umów. W zakresie umowy realizacyjnej na dostawę oraz uruchomienie infrastruktury licznikowej z 1 lutego 2013 r. [W/1/AZL/00071/12] umowa jest w trakcie realizacji i obecnie strony negocjują aneks do umowy, aby doprowadzić o realizacji projektu zgonie z jego celami.

Ponadto, istotne jest że realizacje umów ZP/62/AZU/2011, nr ZP/63/AZU/2011, nr ZP/64/AZU/2011, nr W/1/AZL/00071/12, Zamawiający komunikuje jako sukces wystawił Odwołującemu referencje dotyczące należytego wykonania tych umów [załącznik do

odwołania]. W tym zakresie twierdząc, że Odwołujący poważnie naruszył obowiązki zawodowe, Zamawiający sam sobie przeczy, czego potwierdzeniem są dwa dokumenty referencji na dostawę łącznie ponad 400 tys. sztuk liczników energii elektrycznej wystawione dla T–matic Systems S.A. przez Zamawiającego.

W zakresie zarzutu nr 7, tj. że udowodnione okoliczności nie świadczą o braku uczciwości, Odwołujący podał, że wykładnia art. 24 ust. 2a ustawy powinna być dokonywana z uwzględnieniem brzmienia dyrektywy, którą przepis implementuje, tj. zgodnie z art. 57 ust. 4 litera C dyrektywy 2014/24/UE. Zgodnie z tym przepisem zamawiający powinien wykazać za pomocą stosownych środków, że wykonawca jest winny poważnego, wykroczenia zawodowego, które. podaje w wątpliwość jego uczciwość. W niniejszym stanie faktycznym niemożliwe jest postawienie Odwołującemu zarzutu nieuczciwości.

Odwołujący podał, że zawsze pozostawał w kontakcie z Zamawiającym przy wykonywaniu umów, na bieżąco informował o wszelkich przyczynach zaistnienia omawianych

opóźnień i z należytą starannością zarówno przeciwdziałał okolicznościom powodującym opóźnienia, jak i wykonywał wszelkie polecenia Zamawiającego, w tym o charakterze prac dodatkowych, a w szczególności przeciwdziałał powstawaniu szkód po stronie Zamawiającego. Brak jest jakichkolwiek podstaw, aby kwestionować uczciwość kupiecką Odwołującego – w szczególności zaś Zamawiający nie wykazał zgodnie z ciążącym na nim obowiązkiem, aby takie podstawy zaistniały. Zasady uczciwości kupieckiej – rozumianej powszechnie jako postępowanie zgodne z dobrymi obyczajami – nie zostały przez Odwołującego w żadnym przypadku naruszone. Sam zaś fakt opóźnienia w wykonaniu zobowiązania umownego – nawet, jeśli byłby należycie udowodniony – nie przesądza o naruszeniu dobrych obyczajów, a zatem nie przesądza również o nieuczciwości danego podmiotu.

W zakresie zarzutu nr 8, dotyczącego referencji konsorcjum Andra, Odwołujący podniósł, że w dziale IX ust. 2 pkt 3 tabeli w SIWZ Zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem w postaci wykonania dostawy co najmniej 50 sztuk Zestawów Koncentratorowo–Bilansujących lub koncentratorów bądź urządzeń równoważnych. Pod pojęciem urządzeń równoważnych Zamawiający rozumie urządzenia koncentrujące dane, takie jak kolektory i rejestratory danych, itp. Konsorcjum Andra przedłożyło dwa dokumenty referencji: pierwszy wystawioną przez T–mobile 26 stycznia 2015 r. i drugi wystawioną przez Tauron 25 lutego 2015 r. Oba dokumenty dotyczą dostawy urządzeń, które nie spełniają wymogu określonego w SIWZ. Oba dokumenty wskazują w swej treści nieprawdziwe informacje. Odwołujący, na potwierdzenie stawianych tez załączył pismo T–matic z dnia 17 listopada 2014 r., opinię ITR nr R 9451 z dnia 23 stycznia 2014 r., Porozumienie z dnia 21 maja 2012 r., odpowiedź Prezesa UZP Jacka Sadowego na interpelację, dwa dokumenty referencyjne wystawione przez Zamawiającego dla T–matic Systems SA.

Pismem z dnia 24 kwietnia 2015 r. Odwołujący dopełnił uzasadnienie zarzutu 6, zaś pismem z dnia 27 kwietnia 2015 r. podał szczegółowe uzasadnienie mające przekonywać o zasadności wykluczenia konsorcjum Andra.

III. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której podał że kwestionuje interes Odwołującego w domaganiu się odrzucenia oferty konsorcjum Andra, bowiem Odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną, oferując jednocześnie identyczny okres gwarancji na urządzenia, jak konsorcjum Andra [tj. 8 lat]. Przyjmując założenie, że oferta Odwołującego nie byłaby uznana za odrzuconą, wyniki postępowania na pierwszych dwóch miejscach przedstawiałyby się następująco: T–matic Systems S.A. oraz ADD Production S.R.L cena 9 888 093,00 zł [85,00 pkt], gwarancja 8 lat [15,00 pkt] oraz konsorcjum Andra cena 9 926 370,60 zł [84,67], gwarancja 8 lat [15,00 pkt]. Tylko uwzględnienie odwołania

w zakresie zarzutów nr 1–7, w których zakwestionowano prawidłowość wykluczenia Odwołującego, może wpłynąć na pozycję Odwołującego w postępowaniu. Jeżeli bowiem Odwołujący zostanie przywrócony do postępowania, jego oferta będzie najkorzystniejsza

niezależnie od tego, jaki będzie los oferty konsorcjum Andra. W tym stanie rzeczy, w zakresie zarzutów odnoszących się do oferty konsorcjum Andra [zarzut nr 8], wbrew sugestiom Odwołującego nie zostały spełnione przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy. Przepis ten nakłada na wykonawców obowiązek wykazania relacji między zarzucanym naruszeniem, a potencjalnym uszczerbkiem po stronie wykonawcy – innymi słowy, konsekwencją uwzględnienia danego zarzutu musi być poprawienie sytuacji wykonawcy przez zniwelowanie szkody – tak np. w wyroku KIO z 10 października 2012 r, KIO 2037/12 i KIO 2047/12 i wyroku KIO z 11 grudnia 2013 r., KIO 2777/13, które zapadły w analogicznych stanach faktycznych, tj. w sytuacji podniesienia zarzutów przeciwko „mniej korzystnej" ofercie. Nie można upatrywać w nim podstawy do kompleksowej kontroli poprawności działań zamawiającego w postępowaniu. Taka wykładnia całkowicie pomijałaby zarówno wyraźne odniesienie w art. 179 ust. 1 ustawy do interesu konkretnego wykonawcy w uzyskaniu danego zamówienia, jaki i przesłankę możliwości poniesienia przez konkretnego wykonawcę szkody. Zamawiający podał, że analizując orzecznictwo powołane przez Odwołującego można stwierdzić, że rozstrzygnięcia te zapadły w zupełnie innych stanach faktycznych, a nawet w innym stanie prawnym, w szczególności:

– wyrok KIO z 15 maja 2012 r., KIO 800/12 KIO 803/12 KIO 804/12 KIO 807/12, zapadł w stanie faktycznym, w którym oferta odwołującego została uznana za najkorzystniejszą, jednak istniało ryzyko zakwestionowania jej oceny w zakresie kryterium pozacenowego – taka sytuacja nie może mieć miejsca w niniejszym postępowaniu;

– postanowienie [mylnie oznaczone jako wyrok] KIO z 20 czerwca 2011 r., KIO 1237/11 dotyczyło przypadku, w którym oferta odwołującego co prawda została uznana za najkorzystniejszą, ale inny wykonawca złożył ofertę z korzystniejszą ceną, która została odrzucona, a zatem istniało ryzyko przywrócenia go do postępowania i pozbawienia odwołującego szans na realizację zamówienia – taka sytuacja nie występuje w niniejszym postępowaniu:

– wyrok z 16 kwietnia 2013 r., KIO 623/13 KIO 631/13 zapadł w sytuacji, w której wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, domagał się uzupełnienia podstaw odrzucenia innego wykonawcy, który złożył tańszą ofertę, obawiając się skutecznego zakwestionowania podstaw pierwotnie podanych przez zamawiającego – taka sytuacja nie występuje w niniejszym postępowaniu,

– wyrok Sądu Okręgowego z 19 grudnia 2007 r., V Ca 2506/07 zapadł przede wszystkim w poprzednim stanie prawnym, w którym system środków ochrony prawej był skonstruowany inaczej, a art. 179 ust. 1 ustawy odwoływał się do szerszego pojęcia „zagrożenia interesu prawnego" i nie wymagał od wykonawcy składającego odwołanie wykazania możliwości poniesienia szkody. Ponadto, cytowane przez Odwołującego rozważania sądu nie dotyczyły wcale kwestionowania oferty sklasyfikowanej niżej, lecz zagadnienia, czy wykonawca składający protest zgodnie z ówczesnymi przepisami, a następnie wykluczony z postępowania, ma interes we wniesieniu odwołania.

W związku z tym, Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu nr 8 dotyczącego rzekomego naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 24 ust. 4 ustawy, przez zaniechanie wykluczenia konsorcjum Andra z postępowania.

W zakresie zarzutu nr 1 [zarzut naruszenia art. 24 ust. 2a i art. 26 ust 4 ustawy przez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień] i zarzutu nr 2 [zarzutu naruszenia art. 24 ust 2a ustawy przez zaniechanie wezwania do zajęcia stanowiska] Zamawiający podał, że Odwołujący zmierza do wykazania, że wykluczenie z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 2a ustawy powinno być poprzedzone wezwaniem skierowanym przez Zamawiającego, czy to na podstawie art. 26 ust. 4, czy to na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy, a wezwanie to miałoby być obowiązkowym elementem postępowania, z uwagi na możliwość „dania szansy" wykonawcy do odniesienia się do twierdzeń Zamawiającego i potencjalnego wykazania okoliczności wskazanych w art. 24 ust. 2a zdanie drugie ustawy. W ocenie Zamawiającego powyższe stanowisko jest błędne w odniesieniu do obydwu zarzutów. W ocenie

Zamawiającego kluczowe znaczenie ma wykładnia art. 24 ust. 2a ustawy, tj. żaden zwrot użyty w art. 24 ust. 2a ustawy nie daje podstaw do uznania, że przepis ten przewiduje procedurę wzywania do złożenia wyjaśnień. Na gruncie ustawy – Prawo zamówień publicznych, ilekroć mowa jest o kierowaniu do wykonawców wezwań, ustawodawca posługuje się bądź zwrotem „wzywa" [art. 26 ust. 3, art. 26 ust. 4, art. 91 ust. 5, art. 143b ust. 9, art. 184 ustawy], „może żądać" [art. 87 ust. 1, art. 87 ust. 1a ustawy] lub „zwraca się" [art. 24b ust. 1, art. 85 ust. 2 ustawy, 90 ust. 1 ustawy]. Żaden z tych zwrotów, ani w tej, ani zbliżonej postaci, nie znalazł się w art. 24 ust. 2a ustawy.

Wprowadzenie procedury „wyjaśniającej" jest możliwe na dwa sposoby: albo przez odesłanie do istniejących procedur, albo przez wprowadzenie nowej, autonomicznej procedury. Tymczasem żaden przepis ustawy nie odsyła, przy stosowaniu art. 24 ust. 2a, ani do art. 26 ust. 3, ani do art. 26 ust. 4 ustawy. Odesłanie tego typu zostało ujęte np. w art. 26 ust. 2d ustawy [dotyczącym listy podmiotów z grupy kapitałowej]. Brak analogicznej decyzji

ustawodawcy w odniesieniu do przesłanki z art. 24 ust. 2a ustawy. zdaniem Zamawiającego, nawet zresztą gdyby zastosować art. 26 ust. 4 ustawy, to ewentualne wezwanie do wyjaśnienia treści oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia nie miało podstaw z prostego powodu; Odwołujący zarówno w treści formularza ofertowego [s. 1 oferty], jak i w postaci odrębnych dokumentów dołączonych do oferty [s. 43 oferty] złożył jednoznaczne oświadczenie. W świetle tego oświadczenia, Odwołujący stoi na stanowisku, że nie podlega wykluczeniu. Ewentualne zastosowanie procedury z art. 26 ust. 4 ustawy nie zmieniłoby pozycji Odwołującego.

Z kolei tam, gdzie nowej przesłance wykluczenia z postępowania towarzyszy autonomiczna procedura wyjaśniająca, jej wprowadzenie nastąpiło w drodze wyraźnej decyzji ustawodawcy. W szczególności jest to widoczne w przypadku przesłanki wprowadzonej przez art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy [niedozwolone powiązania kapitałowej]. Wejściu w życie tego przepisu towarzyszyło pojawienie się procedury wyjaśniającej z art. 24b ust. 1–3 ustawy. Takiej decyzji ustawodawca nie podjął w przypadku art. 24 ust. 2a ustawy.

Zamawiający podał, że Odwołujący oczekuje od Zamawiającego de facto jednej czynności, czyli wezwania skierowanego w toku postępowania w związku z potencjalnym wykluczeniem, równolegle w oparciu o dwie podstawy prawne [art. 26 ust. 4 ustawy i art. 24 ust. 2a ustawy]. Albo zatem stara się forsować koncepcję nieznaną przepisom ustawy, albo – co wydaje się bardziej prawdopodobne – sam nie potrafi zdecydować, która podstawa byłaby „właściwa". W dotychczasowych wypowiedziach doktryny na temat art. 24 ust. 2a ustawy albo w ogóle brak sugestii, że zamawiający miałby prowadzić procedurę wyjaśniającą w toku postępowania [zob. J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. 13, Legalis 2015] oraz M. Stachowiak w: M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. VI, Lex 2014], albo wskazano, że zamawiający nie powinien „popadać w przewlekłą procedurę wyjaśniającą" [zob. R. Szostak, Wykluczenie nierzetelnego wykonawcy z ubiegania się o zamówienie publiczne w nowym ujęciu, Ustawy Kwartalnik 1/2015, s. 118], albo wprost dostrzeżono brak wprowadzenia do ustawy podstawy prawnej do takiego wezwania [zob. M. Prętnicki, Wykluczenie nierzetelnego wykonawcy, Wspólnota 24/2014, s. 47]. Zdaniem Zamawiającego., Odwołujący stara się podeprzeć swoje stanowisko dwoma wyrokami Krajowej Izby Odwoławczej [wyrok KIO z 3 lutego 2015 r., KIO 142/15 i wyrok KIO z 9 lutego 2015 r., KIO 145/15], nie dostrzega jednak, że w obu wypadkach inny był stan faktyczny leżący u podstaw rozstrzygnięcia: w sprawie KIO 142/15 Zamawiający wadliwie [zbyt szeroko] zastrzegł
w SIWZ podstawę wykluczenia, a w sprawie KIO 145/15 wykonawca nie był świadomy, na czym Zamawiający opiera swoje rozstrzygnięcie. Żadna z tych sytuacji nie ma miejsca w niniejszym postępowaniu. Z kolei ogólne wypowiedzi zawarte w obu wyrokach sprowadzają

się do tezy, że wykonawca powinien mieć szansę na przedstawienie swojego stanowiska i, przede wszystkim, mieć świadomość zarzutów zamawiającego, aby móc skorzystać ze środków odwoławczych. Jak wskazano w wyroku w sprawie KIO 145/15: wykonawca *„musi znać dowody, które zamawiający jest w stanie przedłożyć w przypadku zawiśnięcia sporu, aby*

móc ocenić swoje szanse obrony. Musi też znać wszystkie przyczyny i pełną argumentację uzasadniającą podjęte przez zamawiającego decyzje". W niniejszym postępowaniu obie przesłanki są spełnione. Zdarzenia leżące u podstaw wykluczenia Odwołującego z postępowania są związane z realizacją przez spółkę T–matic Systems S.A. szeregu zamówień publicznych na rzecz Zamawiającego, w okresie od 2012 do 2015 r. Zamawiający i T–matic Systems S.A. przez dłuższy czas toczyli rozmowy w sprawie nienależytego wykonania tych zamówień, a zatem Odwołujący miał pełną świadomość treści zarzutów kierowanych przeciwko niemu, a także wysokości roszczeń Zamawiającego, na długo przed wszczęciem niniejszego postępowania. „Procedura wyjaśniająca", której przeprowadzenia domaga się Odwołujący, toczy się od ponad dwóch lat:

a) W odniesieniu do umów na dostawę oraz uruchomienie infrastruktury licznikowej [ujętych w punktach 1–3 wykazu w uzasadnieniu wykluczenia] i umów na wykonanie infrastruktury pośredniczącej w technice PLC [ujętych w punktach 6–7 wykazu w uzasadnieniu wykluczenia], rozmowy przedstawicieli stron w tym przedmiocie miały miejsce już w lutym 2013 r.

W trakcie kolejnych miesięcy strony odbywały kolejne spotkania. W celu sformalizowania rozmów ugodowych, w dniach 20 listopada 2013 r. i 6 marca 2014 r. Zamawiający wniósł o zawezwanie T–matic Systems S.A. wraz z Arcus S.A. do próby ugodowej. Już pobieżna analiza tych wniosków pokazuje, że opisane w nich zarzuty praktycznie w całości pokrywają się z zarzutami wskazanymi w uzasadnieniu wykluczenia w niniejszym postępowaniu. W ostatnich miesiącach 2013 r. i na początku 2014 r. odbywały się kolejne spotkania [m.in. spotkanie w siedzibie Zamawiającego w dniu 4 grudnia 2013 r., posiedzenie pojednawcze przed Sądem Rejonowym dla m.st. Warszawy w dniu 30 grudnia 2013 r., spotkanie w siedzibie Zamawiającego w dniu 7 stycznia 2014 r.]. Ostatecznie Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy na posiedzeniu w dniu 17 lipca 2014 r. stwierdził, że do ugody nie doszło – co symptomatyczne – „wobec niestawiennictwa strony przeciwnej" [czyli T–matic Systems S.A. i Arcus SA].

b) W odniesieniu do umowy na dostawę oraz uruchomienie infrastruktury licznikowej [ujętej w punkcie 4 wykazu w uzasadnieniu wykluczenia], rozmowy na temat poprawienia wadliwego oprogramowania w urządzeniach dostarczanych przez T–matic Systems S.A. toczyły się już w 2014 r.

c) W odniesieniu do umowy na dostawę i montaż systemu GPS oraz usługę wsparcia technicznego [ujętej w punkcie 5 wykazu w uzasadnieniu wykluczenia], strony prowadziły korespondencję w sprawie nienależytego wykonania zobowiązań w latach 2013–2014, a w sierpniu 2014 r. sam T–matic Systems S.A. wnioskował o odbycie spotkania w tej sprawie.

Fakt prowadzenia rozmów ugodowych potwierdza zresztą sam Odwołujący w treści odwołania. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający nie jest „instancją" w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający prowadzi postępowanie i to on, w oparciu o art. 24 ust. 2a ustawy, ma dokonać oceny dowodów, którymi dysponuje i następnie zdecydować o wykluczeniu bądź niewykluczeniu danego wykonawcy z postępowania [zob. R. Szostak, Wykluczenie nierzetelnego wykonawcy z ubiegania się o zamówienie publiczne w nowym ujęciu, Ustawy Kwartalnik 1/2015, s. 117–118]. W ostatecznym rozrachunku, tak jak w przypadku każdej innej przesłanki wykluczenia, poprawność działań zamawiającego jest kontrolowana przez Krajową Izbę Odwoławczą.

W ocenie Zamawiającego, Odwołujący nie został pozbawiony możliwości weryfikacji działań Zamawiającego. Uzasadnienie wykluczenia jest szczegółowe, wyczerpujące i odnosi się do materiału dowodowego, który jest znany Odwołującemu. Wszystkie dokumenty albo zostały przekazane T–matic Systems S.A. przez Zamawiającego, albo wręcz pochodzą od T–matic Systems S.A. Odwołujący nie wyjaśnia przy tym, w jaki sposób ewentualne wezwanie miałoby doprowadzić do zmiany jego pozycji w postępowaniu, zwłaszcza do wykazania przesłanek z art. 24 ust. 2a zd. drugie ustawy. Zastosowanie negatywnych przesłanek z tego przepisu zakłada przyznanie przez T–matic Systems SA, że w jego dotychczasowej relacji z Zamawiającym dopuścił się naruszenia obowiązków zawodowych [jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku w sprawie KIO 145/15, zobowiązanie do naprawienia szkody lub jej

naprawienie to działanie *„de facto* świadczące *o przyjęciu na siebie winy za niepowodzenie kontraktu"].* Tymczasem Odwołujący, również w treści odwołania, kwestionuje swoją odpowiedzialność jako taką.

Zamawiający podkreślił, że Zamawiający i T–matic Systems S.A. przez blisko dwa lata usiłowali rozstrzygnąć spór na drodze polubownej. Próby dojścia do porozumienia zakończyły się jednak niepowodzeniem, o czym może najlepiej świadczyć fakt, że w dniu 7 kwietnia 2015 r. Zamawiający wniósł do Sądu Okręgowego w Gdańsku pozew o zapłatę 23 125 480,70 zł, obejmujący roszczenia z umów na dostawę oraz uruchomienie infrastruktury licznikowej [ujętych w punktach 1–3 wykazu w uzasadnieniu wykluczenia], umowy na dostawę i montaż systemu GPS oraz usługę wsparcia technicznego [ujętej w punkcie 5 wykazu w uzasadnieniu wykluczenia] i umów na wykonanie infrastruktury pośredniczącej w technice PLC, ujętych w punktach 6–7 wykazu w uzasadnieniu wykluczenia].

Dowodem na potwierdzenie tych tez maja być: wnioski zamawiającego o zawezwanie do próby ugodowej, noty obciążeniowe, przedsądowe wezwanie do zapłaty, pismo Arcus S.A. z 18 grudnia 2014 r. oraz pozew złożony do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Zamawiający podał, że prowadzenie dodatkowej „procedury wyjaśniającej" nie tylko nie ma umocowania w przepisach, co wykazano na wstępie, ale w realiach niniejszego postępowania zmieniłoby przetarg w kolejną, długotrwałą serię rozmów ugodowych. Byłoby to zaprzeczeniem celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W zakresie zarzutu nr 3, tj. zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2a ustawy z uwagi na brak udowodnienia winy, Zamawiający podał, co do sposobu wykazania winy, że nie można zgodzić się z tezą o rzekomym naruszeniu przepisu art. 96 ust. 1 ustawy przez brak załączenia dowodów do protokołu postępowania. Zarzut jest wadliwy już na poziomie konstrukcji, ponieważ ewentualny brak załączenia pewnego dokumentu do protokołu nie może w żadnym razie skutkować naruszeniem art. 96 ust. 1 ustawy. Przepis ten reguluje bowiem kwestię samego protokołu, czyli dokumentu sporządzanego na druku [w niniejszym postępowaniu: ZP–PN] stosownie do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Żaden przepis ustawy nie nakłada na Zamawiającego takiego obowiązku. Dowody zaistnienia przesłanki wykluczenia nie zostały wymienione ani w powołanym przez Odwołującego jako podstawa zarzutu art. 96 ust. 1 ustawy, ani w art. 96 ust. 2 ustawy, ani w powołanym rozporządzeniu. Nowelizacja ustawy – Prawo zamówień publicznych, związana z wprowadzeniem art. 24 ust. 2a ustawy, nie pociągnęła za sobą ani zmiany w art. 96 ust. 1–2 ustawy, ani w przepisach wykonawczych do ustawy. Kwestię udostępnienia dowodów wykonawcy, który został wykluczony, można co najwyżej rozpatrywać z perspektywy art. 92 ust. 1 ustawy i zasady, zgodnie z którą wykonawca powinien posiadać informacje pozwalające mu w razie potrzeby zakwestionować rozstrzygnięcie postępowania. Do tego przepisu [a konkretniej: do art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy] nawiązała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 9 lutego 2015 r., KIO 145/15. W tym kontekście, wbrew twierdzeniom Odwołującego, wina T–matic Systems S.A. została wyczerpująco udowodniona przez Zamawiającego. Zamawiający nie zwlekał też z przedstawieniem dowodów, ponieważ są w całości w posiadaniu T–matic Systems SA, a w istotnej części zostały sporządzone przez ten podmiot. Zamawiający nie powołał też w rozstrzygnięciu żadnego dokumentu, który nie byłby elementem komunikacji między nim a T–matic Systems S.A. dotyczącej problematyki nienależytego wykonania umów wymienionych w rozstrzygnięciu. Nie można zatem mówić o jakiejkolwiek próbie „zaskoczenia" Odwołującego czy „przerzucenia ciężaru dowodu" na Odwołującego. Prawie wszystkie [6 z 7] zamówienia

powołane w rozstrzygnięciu mają związek z budową przez Zamawiającego systemu inteligentnego opomiarowania [AMI]. Umowy te dotyczyły infrastruktury licznikowej, czyli liczników i koncentratorów danych pomiarowych, co dotyczy umów: umowa realizacyjna na dostawę oraz uruchomienie infrastruktury licznikowej z 9 września 2011 r. [ZP/62/AZU/2011], umowa realizacyjna na dostawę oraz uruchomienie infrastruktury licznikowej z 26 sierpnia

2011 r. [ZP/63/AZU/2011], umowa realizacyjna na dostawę oraz uruchomienie infrastruktury licznikowej z 26 sierpnia 2011 r. [ZP/64/AZU/2011], umowa realizacyjna na dostawę oraz uruchomienie infrastruktury licznikowej z 1 lutego 2013 r. [W/1/AZL/00071/12]. Odwołujący w odniesieniu do omawianych umów zarzucił jedynie, że „dostarczał produkty w terminie, jednak Zamawiający bezzasadnie odmawiał ich odbioru z powodu ich rzekomej niepełnej funkcjonalności". Zdaniem Zamawiającego, trudno polemizować z tak ogólnym twierdzeniem.

Zamawiający podniósł – co się tyczy pierwszych trzech umów na dostawę oraz uruchomienie infrastruktury licznikowej [ZP/62/AZU/2011, ZP/63/AZU/2011, ZP/64/AZU/2011], że zarzuca zwłokę w dostarczeniu makiety infrastruktury licznikowej spełniającej wymagania opisane w umowach, ponieważ makieta spełniająca te wymagania została dostarczona z ok. 6 tygodniami zwłoki, po odrzuceniu przez Zamawiającego pierwszego świadczenia zgłoszonego przez T–matic Systems do odbioru. Odwołujący pomija – zdaniem Zamawiającego – okoliczność, że nawet gdyby uznać, że Zamawiający bezpodstawnie odmówił odbioru makiety zgłoszonej pierwotnie do odbioru, to także pierwsze zgłoszenie nastąpiło ze zwłoką wynoszącą od kilku dni [dla umowy ZP/62/AZU/2011] do kilku tygodni [dla umów ZP/63/AZU/2011 i ZP/64/AZU/2011]. Niezależnie od tego, Odwołujący w żaden sposób nie wykazuje, że pierwotne świadczenia spełniało wymagania opisane w umowach. Sam wykonawca, zgłaszając pierwotnie odrzuconą makietę do ponownego odbioru, stwierdzał, że zgłasza „produkt P1.4 Makieta Infrastruktury licznikowej pozbawiony wad ujętych w Raporcie o istotnych wadach".

W związku z realizacją umowy ZP/63/AZU/2011 zgłaszam do odbioru produkt P1.4 „Makieta Infrastruktury Licznikowej" pozbawiony wad ujętych w Raporcie o Istotnych wadach z dnia 29.09.2011. Tym samym, Zamawiający podtrzymał argumentację zawartą w uzasadnieniu rozstrzygnięcia oraz złożył jako dowody szczegółowe dokumenty związane z realizacją umów.

W odniesieniu do dostaw liczników i koncentratorów danych pomiarowych, dla których istnieje podstawa do naliczenia proporcjonalnie najwyższych kar umownych [blisko 20 mln złotych], Zamawiający podał, że wbrew sugestiom Odwołującego, Zamawiający nie powołuje się w rozstrzygnięciu na niepełną funkcjonalność produktów, tylko zaistnienie znacznej zwłoki w realizacji dostaw. Wobec braku przedstawienia w odwołaniu jakichkolwiek argumentów w

tej mierze, Zamawiający podtrzymał twierdzenia zawarte w rozstrzygnięciu, załączając dokumenty obrazujące realizację umowy.

Zamawiający podkreślił, że także w odniesieniu do kolejnej umowy na dostawę oraz uruchomienie infrastruktury licznikowej [W/1/AZL/00071/12], umowy na dostawę i montaż systemu GPS [tzw. systemu TiMS], w braku sprecyzowania argumentacji zawartej w odwołaniu, Zamawiający podtrzymuje twierdzenia zawarte w rozstrzygnięciu, opatrując stanowisko zestawem dokumentów dotyczących tych umów.

Odnosząc się do podniesionej w odwołaniu tezy o zgodności świadczeń T–matic Systems z treścią umowy i rzekomej bezzasadnej odmowie jego odbioru, należy w pierwszej kolejności wskazać, że wykonawca nie stawiał takiej tezy w trakcie realizacji umowy. W szczególności protokoły odbiorów wskazujące na błędy były podpisywane także przez przedstawicieli T–matic Systems.

Jeśli chodzi o umowy wskazane w punktach 6–7 rozstrzygnięcia, tj. dotyczące infrastruktury pośredniczącej, która ma na celu przekazywanie informacji pomiędzy infrastrukturą licznikową a centralnym systemem informatycznym Zamawiającego, Zamawiający podkreślił, że znane mu są argumenty Odwołującego dotyczące rzekomej pierwotnej niemożliwości świadczenia; w treści rozstrzygnięcia Zamawiający odniósł się do nich wyraźnie, powołując zarówno pismo T–matic Systems z 17 listopada 2014 r. cytowane w odwołaniu, jak i odpowiedź udzieloną na nie w dniu 1 grudnia 2014 r. Zamawiający podał, że istotą obu umów było wykonanie łączy pomiędzy koncentratorami danych pomiarowych, zainstalowanymi w należących do zamawiającego stacjach transformatorowych [tzw. stacje SN/nN], a węzłami sieci korporacyjnej za pośrednictwem których następuje komunikacja z centralnymi systemami informatycznymi Zamawiającego. Jak stanowił punkt 1.1 Załącznika

nr 8 do każdej z umów, T–matic Systems był zobowiązany do wykonania tych łączy za pomocą techniki PLC średnionapięciowego, a zatem dane miały być przesyłane przy wykorzystaniu sieci energetycznej średniego napięcia. System inteligentnego opomiarowania wymaga przesłania w określonym czasie określonej ilości danych zbieranych przez liczniki energii elektrycznej do systemów informatycznych. W związku z tym, w punkcie 5.1 Załącznika nr 8 do każdej z umów postawiono wymaganie, aby przepływność transmisji danych wynosiła co najmniej 64 kilobity na sekundę [kb/s] w każdym kierunku niezależnie, mierzonej w warstwie aplikacji [czyli danych użytkowych]. Nigdzie jednak nie narzucano ani charakteru technologii [wąskopasmowa, szerokopasmowa], ani jej bardziej szczegółowych cech, takich jak modulacja [SFSK, OFDM itp.]. Kwestie te zostały pozostawione do decyzji wykonawców ubiegających się o zamówienia. T–matic Systems ubiegając się o zamówienia zaoferował parametry dwukrotnie przekraczające minimalne wymagania. W ofercie zawarto opis

istniejącego – wedle treści oferty – rozwiązania ADDAX, a nie przyszłego rozwiązania, które dopiero ma zostać opracowane. Potwierdza to lektura części oferty, w której znalazła się karta katalogowa modemu/routera RTR7E.MG–1. Wskazano w niej szczegółowe informacje na temat jakości komunikacji. Zatem już z oferty T–matic Systems wynikało, że oferowana przepływność transmisji z wykorzystaniem każdego łącza, w każdym kierunku niezależnie, mierzona w warstwie aplikacyjnej, będzie wynosić nie 64 kb/s, nie 128 kb/s. Zamawiający podkreślił, że Odwołujący usiłuje twierdzić, że pierwotnie niemożliwe jest świadczenie spełniające wymagania dwa razy łagodniejsze od cech, jakimi miał dysponować gotowy produkt, o którego istnieniu spółka T–matic Systems zapewniała Zamawiającego ubiegając się o zamówienie. Zamawiający podkreślił, że o zamówienia na wykonanie infrastruktury pośredniczącej w technice PLC ubiegało się łącznie sześć podmiotów. Pozostali wykonawcy oferowali takie same lub jeszcze wyższe parametry. Trzech wykonawców, przedstawiając opisy technologii, zaoferowało rozwiązania szerokopasmowe, osiągające przepływności wielokrotnie szybsze od wymaganych, w tym liczone nie w kilobitach, lecz w megabitach na sekundę [Mikronika, iPLS intelligent PowerLine Systems sp. z o.o. i Andra sp. z o.o.]. Dwóch kolejnych wykonawców [Action S.A. i BMCG sp. z o.o.], podobnie jak T–matic Systems sp. z o.o., zaoferowało rozwiązanie zakładające przepływność dwukrotnie przekraczającą wymagania określone w SIWZ. Zdaniem Zamawiającego, zaskakujące jest powoływanie się przez T–matic Systems na rzekomą niemożliwość świadczenia, skoro przedstawiciele tej spółki jeszcze w październiku 2013 r. nie tylko nie deklarowali „niemożliwości" świadczenia, ale przekonywali Zamawiającego, że rozwiązanie problemu będzie możliwe dzięki zastosowaniu modemów PLC nowej generacji. W celu osłonięcia wymaganej jakości transmisji został opracowany i wyprodukowany nowy modom komunikacyjny w technice PLCMV. Zmiany konstrukcyjne dotyczą zarówno zastosowanych komponentów elektronicznych, Uw.: hardware oraz oprogramowania modemu, tzw.: software. Powoływane przez T–matic Systems dokumenty w żaden sposób nie odnoszą się do konkretnych uwarunkowań związanych z umowami ZP/66/AZU/2011 i ZP/67/AZU/2011 - wskazany w odwołaniu materiał Instytutu Tele– i Radiotechnicznego zatytułowany „Raport nr R_9451" opisuje krótko charakterystykę niektórych wąsko i szeroko–pasmowych technologii PLC SN. Materiał ten był oceniany przez Zamawiającego przed wniesieniem powództwa sądowego. Z jego treści wprost wynika, że szereg z technologii PLC jest w stanie z naddatkiem spełnić wymagania postawione w umowach, którym nie sprostał T–matic Systems. Tym samym, żadna okoliczność nie przemawia za uznaniem, że zobowiązania z umów realizacyjnych na dostawę infrastruktury pośredniczącej w technice PLC cechowałyby się pierwotną niemożliwością świadczenia. Skoro jednak Odwołujący podnosi rzekomą niemożliwość świadczenia, to nie kwestionuje jednocześnie, że T–matic Systems nie wykonał żadnej z przedmiotowych umów.

W odniesieniu do zarzutu nr 4 [zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2a ustawy z uwagi na brak sprecyzowania szkody] Zamawiający nie zgodził się z zarzutem, jakoby Zamawiający „unikał wskazania wysokości poniesionej szkody", co miałoby świadczyć o wadliwości wykluczenia Odwołującego z postępowania. W ocenie zamawiającego, Odwołujący wykazuje się niezrozumieniem instytucji kary umownej. W art. 483 § 1 k.c. jednoznacznie wskazano, że kara umowna ma na celu naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego

wykonania zobowiązania. Charakter kary umownej jako surogatu odszkodowania był wielokrotnie potwierdzany w orzecznictwie. Specyfika kary umownej przejawia się w tym, że wierzyciel [w tym wypadku Zamawiający] jest zwolniony z obowiązku udowodnienia dokładnej wysokości szkody [tak np. uchwała Sądu Najwyższego z 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03, wyrok Sądu Najwyższego z 11 stycznia 2007 r., II CSK 400/06], ale jednocześnie nie ma wątpliwości, że instytucja kary umownej jest elementem reżimu odpowiedzialności odszkodowawczej i stanowi ryczałtowe odszkodowanie za niewykonanie [niewłaściwe wykonanie] zobowiązania, które ma kompensować negatywne dla wierzyciela konsekwencje wynikające ze stanu naruszenia zobowiązania [zob. wyrok Sądu Najwyższego z 14 kwietnia 2005 r., II CK 626/04 i wyrok Sądu Najwyższego z 29 maja 2014 r., V CSK 402/13]. Wysokość kwot dochodzonych przez Zamawiającego została jednoznacznie wskazana zarówno w uzasadnieniu rozstrzygnięcia niniejszego postępowania, jak i we wnioskach o zawezwanie do próby ugodowej, przedsądowym wezwaniu do zapłaty oraz w pozwie wniesionym do Sądu Okręgowego w Gdańsku. Na gruncie art. 24 ust. 2a ustawy, przesłanką wykluczenia jest sytuacja, w której wykonawca w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe. Inaczej niż w przypadku uchylonych art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy, wyrządzenie szkody jako takie nie jest niezbędne, aby zastosować omawianą przesłankę wykluczenia. Analogiczny pogląd wyrażono w doktrynie: J. Pieróg komentując art. 24 ust. 2a ustawy wskazuje: „Dodatkowo *należy zauważyć, iż to zawinione działanie nie musi już wiązać się z wyrządzeniem szkody, która została wyeliminowana jako niezbędna przesłanka wykluczenia, istniejąca we wcześniejszych przepisach"* [zob. J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. 13, Legalis 2015]. Podobnie R. Szostak stwierdza: „Dla *wykluczenia z art. 24 ust. 2a ZamPublU nie ma jednak znaczenia fakt wyrządzenia szkody ani to, czy w ogóle doszło do uruchomienia odpowiedzialności deliktowej. W szczególności brak lub znikomy rozmiar szkody nie eliminuje możliwości wykluczenia wykonawcy z ubiegania się o zamówienie publiczne"* [zob. R. Szostak, Wykluczenie nierzetelnego wykonawcy z ubiegania się o zamówienie publiczne w nowym ujęciu, Ustawy Kwartalnik 1/2015, s. 114].

Co się tyczy negatywnych przesłanek z art. 24 ust. 2a zdanie drugie ustawy – w ocenie Zamawiającego - Odwołujący pomija okoliczność, że nic nie stoi na przeszkodzie, aby wykonawca uznał swą odpowiedzialność co do zasady. Dopuszczalność takiej czynności

jest bezsporna w orzecznictwie [zob. np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 14 grudnia 2012 r., I ACa 1205/12, wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 14 stycznia 2014 r., I ACa 644/13, wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 27 maja 2014 r., I ACa 376/13, wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 11 czerwca 2014 r., I ACa 249/14]. Na taką możliwość, na gruncie art. 24 ust. 2a ustawy, zwraca uwagę także R. Szostak, według którego *„Dowód „zobowiązania się do naprawienia szkód" zamiast dowodu ich rzeczywistego naprawienia będzie właściwy zwłaszcza wtedy, gdy szkody nie zostały jeszcze dokładnie obliczone"* [zob. R. Szostak, Wykluczenie nierzetelnego wykonawcy z ubiegania się o zamówienie publiczne w nowym ujęciu, Ustawy Kwartalnik 1/2015, s. 117]. Z kolei kwestionowanie przez Odwołującego wysokości kar umownych i podstawy ich naliczenia raz jeszcze potwierdza, że w niniejszej sprawie, nawet gdyby Zamawiający był zobowiązany do wezwania Odwołującego do złożenia deklaracji co do naprawienia szkody, byłoby to bezprzedmiotowe.

W zakresie zarzut nr 5 [zarzut naruszenia art. 24 ust. 2a ustawy w zw. z art. 10 ust. 2 i art. 177 Konstytucji RP w związku z brakiem wyroku sądu], Zamawiający podniósł, że uzasadnienie zarzutu Odwołującego sprowadza się do tezy, że ilekroć wina wykonawcy nie jest niekwestionowana [ilekroć wykonawca nie przyznaje, że dopuścił się poważnego naruszenia obowiązków zawodowych], przesłanką wykluczenia wykonawcy z postępowania jest wyrok sądu potwierdzający okoliczności leżące u podstawy wykluczenia. W ocenie Zamawiającego Odwołujący całkowicie pomija zmianę normatywną w stosunku do poprzednio obowiązującego art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy. O ile w stanie prawnym obowiązującym przed 19 października 2014 r., prawomocne orzeczenie sądu było oczywistą przesłanką wykluczenia, o tyle art. 24 ust. 2a ustawy jednoznacznie wskazuje, że zamawiający może w celu dowiedzenia słuszności swojego stanowiska powołać się na dowolne środki dowodowe. Tym samym, brak wymogu powołania się na orzeczenie sądowe wynika już z jednoznacznego brzmienia

przepisu [zob. J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. 13, Legalis 2015 oraz R. Szostak, Wykluczenie nierzetelnego wykonawcy z ubiegania się o zamówienie publiczne w nowym ujęciu, Ustawy Kwartalnik 1/2015, s. 114–115]. O tym, że taka intencja towarzyszyła już projektowi omawianego przepisu, świadczy zresztą także wypowiedź Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dołączonej do odwołania odpowiedzi na interpelację. Jak wskazano na s. 3 odpowiedzi: *„Dzięki otwarciu katalogu dowodów, którymi zamawiający będzie mógł posłużyć się w celu wykazania istnienia podstaw wykluczenia wykonawcy, otrzyma on elastyczne narzędzie umożliwiające niedopuszczenie do sytuacji, w której realizacja zamówienia jest powierzana wykonawcy nielegitymizującemu się wiarygodnością zawodową..."*. W dalszej części pisma wskazano, że jako dowody mogą służyć *„...wszelkie dokumenty posiadane przez zamawiającego poświadczające dopuszczenie się przez*

wykonawcę co najmniej rażącego niedbalstwa przy realizacji zobowiązań, w szczególności w zakresie realizacji zamówienia publicznego. W szczególności będą to protokoły z postępowań, protokoły dotyczące odebrania zamówienia, dokumenty sądowe dotyczące dochodzenia roszczeń związanych
z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia". Innymi słowy, odpowiedź na interpelację wymienia dokładnie te kategorie dokumentów, którymi posłużył się Zamawiający w niniejszym postępowaniu. Stanowisko Odwołującego jest też całkowicie sprzeczne z wynikami wykładni prounijnej. W art. 45 ust. 2 lit. d] dyrektywy 2004/18/WE, która ma w niniejszym postępowaniu zastosowanie na mocy odesłania z art. 54 ust. 4 dyrektywy 2004/17/WE, wprost przyznano zamawiającym kompetencję do udowodnienia poważnego wykroczenia zawodowego dowolnymi środkami dowodowymi.

O braku konieczności posłużenia się orzeczeniem sądu wypowiedział się TSUE w motywie 28 uzasadnienia wyroku z 13 grudnia 2012 r. w sprawie C–465/11, czyli dokładnie tej samej sprawie, która legła u podstawy nowelizacji wprowadzającej art. 24 ust. 2a ustawy.

Bez znaczenia jest tu też okres, jaki mija od zaistnienia okoliczności dającej podstawę do wykluczenia do chwili ewentualnego wniesienia pozwu do sądu [co w omawianej sprawie ostatecznie nastąpiło 7 kwietnia 2015 r.]. Ograniczenie co do okresu, który jest relewantny dla podjęcia decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania, wynika z art. 24 ust. 2a ustawy, który wprost mówi o okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania. Okoliczności wskazane w uzasadnieniu wykluczenia miały miejsce w tym okresie. Wbrew sugestiom Odwołującego, wykluczenie go z postępowania nie miało charakteru arbitralnego. W ślad za postulatami zawartymi w wyroku TSUE w sprawie C–465/11 i zgodnie z duchem art. 24 ust. 2a ustawy, Zamawiający przeprowadził konkretną i zindywidualizowaną ocenę postawy danego wykonawcy, której wyniki w jasny sposób przedstawił w uzasadnieniu rozstrzygnięcia. Nie ma też podstaw twierdzenie, że wyrok Krajowej Izby Odwoławczej miałby skutek prejudycjalny wobec wyroku sądu powszechnego. Odwołujący powołuje się, dla poparcia tej tezy, na art. 365 k.p.c, w zw. z art. 1212 §1 k.p.c. w zw. z art. 185 ust. 7 ustawy, pomija jednak trzy istotne okoliczności:

a) po pierwsze, art, 1212 §1 k.p.c. w ogóle nie ma zastosowania do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, ponieważ ustawa – Prawo zamówień publicznych zawiera szczególną regulację w kwestii skutków wyroku Izby i sposobu stwierdzenia jego wykonalności, zawartą w art. 197 ust. 1–2 ustawy.

b) po drugie, art. 185 ust. 7 ustawy powołany przez Odwołującego nie reguluje w ogóle kwestii skutków wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, a jedynie prowadzenia postępowania

odwoławczego.

c) po trzecie, ustawa – Prawo zamówień publicznych samodzielnie reguluje kwestie powagi rzeczy osądzonej w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej. Zasada res iudicata obowiązuje w zakresie, w jakim dany odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się [art. 189 ust. 2 pkt

4] oraz w zakresie, w jakim odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu [art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy].

Mając na uwadze, że Izba orzeka wyłącznie co do trafności zarzutów zawartych w odwołaniu [art. 192 ust. 7 ustawy], nie można doszukać się podstawy do związania sądu orzeczeniem Izby co do samego obowiązku zapłaty – tym bardziej, że proces w tym przedmiocie toczy się już przed Sądem Okręgowym w Gdańsku.

Tym samym, także teza o możliwości naruszenia przez Zamawiającego – w tym lub jakimkolwiek innym postępowaniu – przepisów art. 10 ust. 2 i art. 177 Konstytucji RP, jest oczywiście bezzasadna.

W zakresie zarzutu nr 6 [zarzut naruszenia art. 24 ust. 2a ustawy z uwagi na błąd w ustaleniach faktycznych], Odwołujący nie powołał żadnej konkretnej okoliczności, co uniemożliwia bliższe odniesienie się do zarzutu. W szczególności Odwołujący, nie wskazał żadnej konkretnej okoliczności, która świadczyłaby o braku podstaw do naliczenia kar umownych, czy też braku winy w niedotrzymaniu terminów.

Co się tyczy powołanych przez Odwołującego „listów referencyjnych", Odwołujący wydaje się nie dostrzegać, że żaden element tych dokumentów nie przeczy faktom podniesionym w uzasadnieniu rozstrzygnięcia. I tak: w odniesieniu do niedatowanego dokumentu dołączonego na s. 48 odwołania Zakres prac Dostawa 109.000 szt inteligentnych liczników energii elektrycznej firmy ADD z komunikacją PLC S–FSK pracujących w systemie AMI wraz z dostawą oprogramowania narzędziowego służącego do obsługi tych liczników w okresie pierwszego półrocza 2012 r. - przyporządkowany do umowy na dostawę i uruchomienie infrastruktury licznikowej nr ZP/62/AZU/2011, ZP/63/AZU/2011 i ZP/64/AZU/2011 - dostawy miały miejsce w pierwszym półroczu 2012 r. Fakt ten ma zresztą potwierdzenie w treści protokołów dostaw. Dokument powołany przez Odwołującego nie przeczy jednak stwierdzeniu, że T–matic Systems dopuścił się zwłoki w wykonaniu każdej z

transz dostaw. Co znamienne, w żadnym miejscu omawianego dokumentu nie stwierdzono, że zamówienie zostało wykonane należycie. W zakresie dostawy 80.000 szt. inteligentnych liczników energii elektrycznej firmy ADD z komunikacją PLC PRIME pracujących w systemie AMI wraz z dostawą oprogramowania narzędziowego służącego do obsług i tych liczników w okresie od kwietnia do lipca 2013 r. [Umowa na dostawę i uruchomienie infrastruktury licznikowej nr W/1/AZL/00071/12] - kwestia liczników energii elektrycznej dostarczonych w ramach omawianej umowy w ogóle nie została poruszona w rozstrzygnięciu postępowania. Zamawiający zakwestionował funkcjonalności tzw. zestawów koncentratorowo–bilansujących dostarczanych w ramach tej umowy, o których jednak dokument dołączony do odwołania w ogóle nie wspomina. Co do dostawy kolejnych 230.000 szt. inteligentnych liczników energii elektrycznej firmy ADD [umowa na dostawę uruchomienie infrastruktury licznikowej - kwestia liczników energii elektrycznej dostarczonych w ramach omawianej umowy w ogóle nie została poruszona komunikacją PLC PRIME pracujących w systemie AMI wraz z dostawą oprogramowania narzędziowego służącego do obsługi tych liczników. Nr W/1/AZL/00071/12 w rozstrzygnięciu postępowania. Zamawiający zakwestionował funkcjonalności tzw. zestawów koncentratorowo – bilansujących dostarczanych w ramach tej umowy, o których jednak dokument dołączony do odwołania w ogóle nie wspomina. Zakres prac dostawy ponad 250.000 szt. elektronicznych liczników bezpośrednich energii elektrycznej typu AMI jedno– i trójfazowych produkcji firmy S.C. ADD Production S.R.L. z dwukierunkową komunikacją w technologii PLC [pasmo CENELEC A]
w standardzie PRIME - umowa na dostawę i uruchomienie infrastruktury licznikowej nr W/1/AZL/00071/12 - kwestia liczników energii elektrycznej dostarczonych w ramach omawianej umowy w ogóle nie została poruszona w rozstrzygnięciu postępowania. Zamawiający zakwestionował funkcjonalności tzw. zestawów koncentratorowo - bilansujących dostarczanych w ramach tej umowy, o których jednak dokument dołączony do odwołania w ogóle nie wspomina.

Wdrożenie ponad 10 000 szt. elektronicznych liczników bezpośrednich energii elektrycznej typu AMI jedno– i trójfazowych produkcji firmy S.C. ADD Production S.R.L. z dwukierunkową komunikacją w technologii PLC [pasmo CENELEC A] w standardzie PRIME

Umowa na dostawę i uruchomienie infrastruktury licznikowej nr W/1/AZL/00071/12 - kwestia liczników energii elektrycznej dostarczonych w ramach omawianej umowy w ogóle nie została poruszona w rozstrzygnięciu postępowania. Zamawiający zakwestionował funkcjonalności tzw. zestawów koncentratorowo–bilansujących dostarczanych w ramach tej umowy, o których jednak dokument dołączony do odwołania w ogóle nie wspomina.

Dostarczenie koncentratorów danych produkcji S.C. ADD Production S.R.L. - umowy

---

na dostawę i uruchomienie infrastruktury licznikowej nr ZP/62/AZU/2011, ZP/63/AZU/2011 i ZP/64/AZU/2011 - Zamawiający zakwestionował poprawność funkcjonalności tzw. zestawów koncentratorowo – bilansujących, pełniących m.in. funkcję koncentratora danych, ale dostarczanych w ramach umowy na dostawę i uruchomienie infrastruktury licznikowej nr W/1/AZL/00071/12. T–matic Systems dostarcza w ramach tej umowy urządzenia produkowane przez Current, a nie przez ADD Production. Omawiany tu dokument w ogóle nie odnosi się do zakwestionowanych urządzeń produkcji Current.

Dostarczenie ponad 60.000 elektronicznych liczników bezpośrednich energii elektrycznej typu AMI jedno– i trójfazowych produkcji S.C. ADD Production S.R.L. z dwukierunkową komunikacją w technologii PLC [pasmo CENELEC A] w standardzie PRIME Umowa na dostawę i uruchomienie infrastruktury licznikowej nr W/1/AZL/00071/12 Kwestia liczników energii elektrycznej dostarczonych w ramach omawianej umowy w ogóle nie została poruszona w rozstrzygnięciu postępowania. Zamawiający zakwestionował funkcjonalności tzw., zestawów koncentratorowo–bilansujących dostarczanych w ramach tej umowy, o których jednak dokument dołączony do odwołania w ogóle nie wspomina.

Dostarczenie 5.100 liczników bezpośrednich energii elektrycznej typu AMI jedno– i trójfazowych produkcji S.C. ADD Production S.R.L. i Sogecam Industrial S.A. z dwukierunkową komunikacją w technologii PLC [pasmo CENELEC A] w standardzie PRIME - odrębne umowy dotyczące programów pilotażowych, dotyczące niewielkiej liczby liczników, zawierane na podstawie regulaminu udzielania zamówień obowiązującego u Zamawiającego, a nie ustawy – Prawo zamówień publicznych. Kwestia liczników energii elektrycznej dostarczonych w ramach umów pilotażowych w ogóle nie została ujęta w rozstrzygnięciu postępowania. Rozstrzygnięcie powołuje się na wadliwość realizacji siedmiu innych umów o znacznie większej skali.

Tym samym, w żadnym miejscu w omawianych dokumentach Zamawiający nie potwierdził należytego, czyli zgodnego z treścią umów, wykonania zobowiązań, co do których wypowiedział się w uzasadnieniu rozstrzygnięcia w niniejszym postępowaniu.

W zakresie zarzutu nr 7 [zarzut naruszenia art. 24 ust. 2a ustawy z uwagi na niepotwierdzenie braku uczciwości] Zamawiający wskazał, że art. 24 ust. 2a ustawy trudno uznać za przepis implementujący postanowienia dyrektywy 2014/24/UE, czyli tzw. nowej dyrektywy klasycznej. Omawiany akt prawny ma zostać implementowany do przepisów krajowych dopiero 18 kwietnia 2016 r. i dopiero z tym dniem ma zostać uchylona dyrektywa 2014/18/WE. Analogicznie, tzw., nowa dyrektywa sektorowa 2014/25/UE ma zostać implementowana do 18 kwietnia 2016 r., a do tego terminu pozostaje w mocy dotychczasowa

---

dyrektywa 2014/17/WE. Sam Odwołujący powołuje się na odpowiedź na interpelację poselską, z której wynika, iż wprowadzenie nowej przesłanki wykluczenia z postępowania jest spowodowane wyrokiem TSUE z 13 grudnia 2012 r., który zapadł na gruncie obowiązujących przepisów, zanim uchwalono dyrektywy 2014/24/UE i 2014/25/UE.

Właściwym punktem odniesienia dla art. 24 ust. 2a ustawy w przepisach europejskich jest zatem art. 45 ust. 2 lit. d dyrektywy 2004/17 WE, który brzmi: *Z udziału w zamówieniu*

można wykluczyć każdego wykonawcę, który; jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami *przez instytucje zamawiające.* Tym samym, z normatywnego punktu widzenia, „poddanie uczciwości wykonawcy w wątpliwość" jako wyraźna, dodatkowa przesłanka wykluczenia zacznie obowiązywać dopiero z chwilą uchylenia dyrektywy 2014/17AA/E. Nawet jednak, gdyby stosować w niniejszym postępowaniu przepisy nowych dyrektyw 2014/24/UE i 2014/25/UE, nie zmienia to sytuacji Odwołującego. Gdyby traktować art. 24 ust. 2a ustawy jako przejaw wdrożenia nowych dyrektyw, to implementuje on także normę art. 57 ust. 4 lit. g dyrektywy 2014/24/UE przewidujący wykluczenie wykonawcy, który *„wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym lub wcześniejszą umową w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej wcześniejszej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji".*

W treści rozstrzygnięcia Zamawiający wykazał, że do przypadków niewykonania lub nienależytego wykonania doszło w związku z realizacją siedmiu [a ściślej: wszystkich siedmiu] zamówień publicznych udzielonych T–matic Systems S.A. przez Zamawiającego. W ocenie Zamawiającego, daje to podstawę do traktowania T–matic Systems S.A. jako wykonawcę podlegającego wykluczeniu zarówno z punktu widzenia art. 57 ust. 4 lit. c dyrektywy 2014/24/UE, jak i z punktu widzenia art. 57 ust. 4 lit. g tej dyrektywy. Ustawodawca europejski wprost przewidział zresztą, że powtarzające się przypadku nawet drobnych nieprawidłowości mogą uzasadniać wykluczenie z postępowania [punkt 101 preambuły dyrektywy 2014/24/UE i punkt 106 preambuły dyrektywy 2014/25/UE].

W zakresie zarzutu nr 8 [zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy i art. 24 ust. 4 ustawy przez zaniechanie wykluczenia konsorcjum Andra z postępowania] Zamawiający podkreślił, że niezależnie od braku interesu w kwestionowaniu oferty konsorcjum Andra, zarzut Odwołującego dotyczący oferty konsorcjum Andra jest bezzasadny. Zgodnie z Działem X pkt 2 ppkt 3 SIWZ, w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu wymagane było, aby w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia

działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonawca należycie zrealizował – w przeciągu 12 miesięcy – dostawę lub dostawy *„co najmniej 50 sztuk Zestawów Koncentratorowo–Bilansujących lub koncentratorów bądź urządzeń równoważnych. Pod pojęciem urządzeń równoważnych Zamawiający rozumie urządzenia koncentrujące dane, takie jak kolektory i rejestratory danych, itp".* W treści poświadczeń wystawionych dla Andra sp. z o.o. przez T–mobile Polska S.A. i Tauron Dystrybucja Pomiary sp. z o.o. wprost wskazano, że urządzenia dostarczane w ramach omawianego tam zamówienia pełnią rolę koncentratorów. W imieniu firmy T–Mobiie Polska S.A. niniejszym potwierdzono, że firma ANDRA Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie przy ul. Pryzmaty 6/8 zrealizowała dla T–Mobile Polska S.A. w okresie od czerwca 2014 r. do grudnia 2014 r. dostawę 442 sztuk urządzeń o wysokim poziomie jakości i niezawodności, a także że urządzenia pełnią rolę koncentratorów dla danych pomiarowych z urządzeń zainstalowanych na stacjach SN/nn [poświadczenie T–Mobile Polska S.A. dla Andra sp. z o.o. - s. 9 oferty].

Co do amiRouter LTE, to urządzenia pełnią rolę koncentratorów danych pomiarowych z urządzeń zainstalowanych na stacjach SN/nn. Wartość zamówienia wyniosła ponad 470 000,00 zł [poświadczenie Tauron Dystrybucja Pomiary sp. z o.o. dla Andra sp. z o.o. - s. 10 oferty].

Dla uniknięcia wątpliwości Zamawiający wezwał konsorcjum Andra do złożenia wyjaśnień, czy urządzenia wskazane w poświadczeniach spełniają przesłanki opisane w warunku udziału w postępowania. W treści wyjaśnień z 20 marca 2015 r. konsorcjum Andra szczegółowo wyjaśniło cechy techniczne i funkcjonalne tych urządzeń. Na podstawie treści poświadczeń i późniejszych wyjaśnień Zamawiający stwierdził, że dostawy wykazane przez konsorcjum Andra potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że zamówienia wykazane w ofercie konsorcjum Andra nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a tym

bardziej nie wykazał, że doszło do złożenia nieprawdziwych informacji.

W istocie, posługując się bardzo ogólnym stwierdzeniem, że „obie *referencje dotyczą dostawy urządzeń, które nie spełniają wymogu określonego w SiWZ"* Odwołujący nie wskazał podstawy faktycznej swoich twierdzeń, mimo że jest to konieczny element zarzutu [tak np. w wyroku KIO z 6 maja 2013 r., KIO 936/13 i wyroku KIO z 22 stycznia 2014 r., KIO 15/14]. Tym samym, w ocenie Zamawiającego tak sformułowany „zarzut" należy uznać za podniesiony nieskutecznie.

Zamawiający, pismem z 5 maja 2015 r. dopełnił argumentację o polemikę

z argumentami Odwołującego podniesionymi w pismach z 24 kwietnia 2015 r. oraz z 27 kwietnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – w razie potwierdzenia stawianych zarzutów i uwzględnienia odwołania, Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia w tym postępowaniu. Dotyczy to także zarzutów kierowanych wobec oferty konsorcjum Andra [zaniechania wykluczenia tego podmiotu], bowiem przesłanki materialnoprawne w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy odnoszą się do odwołania, nie zaś poszczególnych zarzutów lub czynności.

Na wstępie zauważenia wymaga kwestia objęcia zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa przez Odwołującego całego odwołania. Podkreślenia wymaga, że objęcie zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa jest sytuacją wyjątkową, obejmuje stany w których istotny i rzeczywisty interes wykonawcy przemawia za uznaniem, że pewne dokumenty doznają ograniczenia w jawnym przecież z natury postępowaniu o zamówienie publiczne [art. 8 ust. 1 – 3 ustawy], a także że temu interesowi należy przyznać prymat nad uprawnieniami innych wykonawców do prowadzenia jawnego i otwartego postępowania odwoławczego.

Zasada jawności postępowania o zamówienie publiczne jest bowiem jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych, określoną wprost w art. 8 ust. 1 ustawy – *Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.* Przejawia się ona w szeregu czynności podejmowanych przez zamawiającego i uczestników postępowania, począwszy od publicznego, jawnego ogłoszenia o zamówieniu, przez jawne otwarcie ofert i udostępnienie protokołu, ofert, oświadczeń składanych w toku postępowania aż po jawność umowy w sprawie zamówienia publicznego. Art. 8 ust. 1 ustawy nadał jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rangę zasady o doniosłym znaczeniu. Jak wskazuje się w doktrynie, jawność postępowania o zamówienie publiczne *„z jednej strony jest prawem każdego oferenta gwarantującym dostęp do informacji o toczącym się postępowaniu. Z drugiej strony jest nakazem skierowanym do zamawiających, prowadzących postępowanie, aby na każdym jego etapie zagwarantowali oferentom dostęp do informacji na temat zamówienia publicznego";* a także *„Realizacja zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest ustawowym priorytetem. Orzecznictwo jednoznacznie wskazuje na konieczność wyjątkowego ograniczenia tej zasady ze względu na wszelkiego rodzaju „tajemnice". Wyłączenie jawności postępowania możliwe jest tylko przy wykazaniu potrzeby*

ochrony określonych ustawą wartości. Z tego powodu zamawiający jest zobowiązany prowadzić postępowanie wyjaśniające w celu weryfikacji zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, oferenci zaś powinni wykazać, że zastrzegli poufność danych w sposób uprawniony. Zawsze zastrzeżenie ma charakter wyjątkowy wobec jawności postępowania [zob. wyrok KIO UZP z 19 lipca 2010 r., KIO/UZP 1400/10, LexPolonica nr 2369090]" [tak: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, S. Babiarz, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, wyd. 2 , LexisNexis Polska, Warszawa 2010, s. 114–115]. Wyjątek od zasady jawności postępowania wyraża przepis art. 8 ust. 3 ustawy, zgodnie z którym *nie ujawnia się informacji*

stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy. Art. 86 ust. 4 ustawy wymienia enumeratywnie elementy, jakie w złożonej ofercie nie mogą zostać zastrzeżone – należą do nich nazwa [firma], adres wykonawcy a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach. Ustawodawca tym samym, *a contrario* dopuścił możliwość objęcia pozostałych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą. W zakresie informacji, które nie podlegają udostępnieniu ustawa odsyła do definicji tajemnicy przedsiębiorstwa ujętej w Ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. [Dz. U. z 2003 r., Nr 153 poz. 1503 ze zm.]. Zgodnie z treścią art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się *nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.* Przyjmuje się w oparciu o ugruntowane orzecznictwo [wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., sygn. akt I CKN 304/00], że aby daną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione łącznie następujące warunki:

1. informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
2. informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
3. podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Informacja ma charakter technologiczny, techniczny jeśli dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może to być informacja znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem.

Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle. Wskazać w tym miejscu należy, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczający w reżim oparty na zasadzie jawności, powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Godna uwagi w tym miejscu jest teza wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 września 2001 r. [sygn. akt I CKN 1159/2000], gdzie wskazano, że: „zakresem *tajemnicy przedsiębiorstwa nie mogą być objęte informacje powszechnie znane lub takie, o których treści każdy zainteresowany może się legalnie dowiedzieć".*

Wspomnienia w tym miejscu wymagają także wytyczne stawiane w orzecznictwie, dotyczące jawności w ramach procedur odwoławczych – Trybunał Sprawiedliwości w sprawie C–450/06 zajmował się problemem informacji poufnych na gruncie poprzedniej dyrektywy 89/665/EEC. ETS stwierdził, że „Zasada *ochrony informacji poufnych i tajemnic handlowych musi być tak stosowana, by dało się ją pogodzić z wymogami skutecznej ochrony prawnej i poszanowaniem prawa do obrony stron sporu".* Z kolei w sprawie C–438/04 ETS zauważył, że „organ *powołany do rozpoznania odwołania od decyzji krajowego organu regulacyjnego zgodnie z art. 4 dyrektywy ramowej powinien dysponować wszelkimi informacjami wymaganymi do tego, by z pełną znajomością rzeczy orzekać*

w przedmiocie zasadności takiego odwołania, w tym informacjami poufnymi. Niemniej jednak ochrona takich informacji i tajemnic handlowych musi być zagwarantowana i tak dostosowana, by dało się ją pogodzić z wymogami skutecznej ochrony prawnej i poszanowaniem prawa do obrony stron sporu." Europejski Trybunał Sprawiedliwości [dziś TSWE] kładzie zatem akcent na zachowanie równowagi pomiędzy interesem wykonawcy w

zachowaniu poufności pewnych informacji, wyrażającym się w potrzebie ochrony jego wartości gospodarczych, z koniecznością zapewnienia środków ochrony prawnej innym wykonawcom.

Podkreślenia następnie wymaga, że odwołanie jest środkiem ochrony prawnej, który z definicji rozpoczyna jawną procedurę odwoławczą. Zadaniem wykonawcy jest więc zaprezentowanie zarzutów i ich uzasadnienia w taki sposób, który pozwoli na realizację obowiązku przekazania odwołania wykonawcom zainteresowanym udziałem w postępowaniu. Zgodnie bowiem z treścią art. 185 ust. 1 ustawy, nie doznającym ograniczeń obowiązkiem zamawiającego jest przekazanie kopii odwołania wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu. Zgodnie z tym przepisem, zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub jest udostępniana specyfikacja, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Jak wskazuje się w doktrynie w odniesieniu do procesu cywilnego, jawność w stosunku do stron (uczestników) stanowi jedną z ogólnych reguł procesowych, jako powiązaną z naczelnymi zasadami: ustności oraz bezpośredniości; zasada jawności ogólnej (zasada otwartości, publiczności, transparentności, przejrzystości), jako zasada konstytucyjna, jest jedną z naczelnych zasad sądowego wymiaru sprawiedliwości czy szerzej rzecz ujmując, w ogóle porządku prawnego. Zasada jawności stanowi, jak wskazuje się w nowszej literaturze, gwarancję bezstronności sędziego i rzetelnego procesu, w ramach którego strony mogą realizować prawo do sądu, przy czym systemowy wymiar tej reguły jest jednak znacznie szerszy. Wprowadzenie jej do procesu cywilnego niewątpliwie stanowi realizację zasad konstytucyjnych i międzynarodowych, ale przede wszystkim ma na celu zabezpieczenie funkcjonowania porządku prawnego państwa poprzez stworzenie gwarancji prawidłowego działania wymiaru sprawiedliwości. Można powiedzieć, że jawność procesu jest gwarancją „lojalnej" sprawiedliwości [tak: G. Gajda – Roszczynialska, Zasada jawności w postępowaniu cywilnym, Iustitia 1/2013]. Powyższe rozważania są aktualne także w stosunku do postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, realizującego przecież prawo do rozpatrzenia w warunkach opartych na zasadzie kontradyktoryjności sporu wynikłego na tle czynności lub zaniechań zamawiającego w postępowaniu o zamówienie publiczne.

W postępowaniu Odwołujący, zobowiązany do wykazania szczególnych okoliczności, które mogłyby uzasadniać uczynienie wyjątku od tych fundamentalnych zasad, nie przedstawił

takich powodów, które by przemawiały za odstąpieniem od prowadzenia postępowania w warunkach pełnej transparentności. Nie wskazał w szczególności takich dóbr i wartości, wzgląd na ochronę których mógłby dawać podstawę do uznania odwołania i wszystkich związanych z nim materiałów za niepodlegające ujawnieniu. Ponadto większość tez zawartych w odwołaniu a także dopełniających je pismach odnosiła się do dokumentów jawnych, wymienionych przykładowo w piśmie Zamawiającego o rozstrzygnięciu postępowania.

Stąd odwołanie oraz wszystkie załączniki do niego a także składane w postępowaniu odwoławczym pisma podlegały ujawnieniu.

Poddając następnie zarzuty podniesione w odwołaniu w odniesieniu do

przypisywanego Zamawiającemu zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Andra spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Atende Software spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, podkreślenia wymaga, po pierwsze, że zarzut – w kształcie, w jakim został wyartykułowany w odwołaniu – należało uznać za nazbyt ogólny i w istocie pozbawiony uzasadnienia faktycznego, pozwalającego na jego rzeczową jego ocenę. Zarzut ten sprowadził się bowiem do zreferowania postanowień SIWZ traktujących o obowiązku wykazania się dostawą co najmniej 50 sztuk Zestawów Koncentratorowo–Bilansujących lub koncentratorów bądź urządzeń równoważnych [dział IX ust. 2 pkt 3) tabeli], a także wskazania, że pod pojęciem urządzeń równoważnych Zamawiający rozumie urządzenia koncentrujące dane, takie jak kolektory i rejestratory danych, itp. oraz przytoczenia stanu faktycznego, zgodnie z którym „Konsorcjum Andra przedłożyło dwa dokumenty referencji: pierwszy wystawioną przez T–mobile 26 stycznia 2015 r. i drugi wystawioną przez Tauron 25 lutego 2015 r. Uzasadnienie tezy o złożeniu przez zwycięskie konsorcjum nieprawdziwych informacji sprowadza się do stwierdzenia, że *„oba dokumenty dotyczą dostawy urządzeń, które nie spełniają wymogu określonego w SIWZ. Oba dokumenty wskazują w swej treści nieprawdziwe informacje."* W oparciu o powyższe należy stwierdzić, że tak postawiony zarzut nie pozwala na ocenę jego zasadności. Z jego uzasadnienia nie dowiadujemy się, jakiego wymogu mają nie spełniać urządzenia referencyjne, która z podanych w nich informacji dotyczących urządzeń jest niezgodna z rzeczywistością.

Przypomnienia wymaga w tym miejscu, że odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie Zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń. Orzecznictwo wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność

wykraczania poza jego treść. O treści zarzutu decyduje przytoczona podstawa faktyczna, okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, jak i przypisana im kwalifikacja prawna, szczególnie, że ta kwalifikacja prawna decyduje o uwzględnieniu żądania odwołania. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, „O *tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego,* że *można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej."* Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: „W *zakresie postępowania odwoławczego art. 180 ust. 1 i 3 pzp stanowi,* że *odwołanie które powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 pzp KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z jednej strony zostało więc wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezwartych w odwołaniu. (…) Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są* ściśle *określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.".*

Reasumując, odwołanie nie może mieć charakteru kadłubowego; powinno konkretyzować zarzuty, nakierowane na uwzględnienie odpowiadających im żądań; wskazywać okoliczności faktyczne i prawne, które pozwalają na dokonanie oceny zasadności tych zarzutów.

Na zarzut składa się bowiem zastrzeżenie kierowane wobec czynności i zaniechań

zamawiającego, skonkretyzowane do tych zachowań, czytelnie ukierunkowane na wykazanie niedoskonałości postępowania zamawiającego, które – wraz z dopełniającą argumentacją ma przekonywać o zasadności odpowiadającego mu żądania. Za zarzuty należy uznać zatem te oświadczenia wykonawcy, w których wykazuje on istnienie okoliczności faktycznych, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego w toku postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego, rozumianą jako zgodność czynności zamawiającego z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych i które stanowią zarazem podstawę zgłaszanych żądań. Tylko tak postawione zarzuty pozwalają bowiem na ocenę ich zasadności – pełne, konkretne i opatrzone argumentacją uzasadniającą stawianą tezę odwołanie stanowi źródło wiedzy dla Zamawiającego o kierowanych wobec jego czynności zastrzeżeniach. Dopiero poznając tę argumentację Zamawiający może opracować odpowiedź na odwołanie, rozważyć decyzję o uwzględnieniu zarzutów w całości. Poznanie pełnej treści zarzutów, żądań, okoliczności faktycznych i prawnych oraz załączonych dowodów zawartych w odwołaniu złożonym w terminie zakreślonym przez prawo, pozwala na prawidłową ocenę zarzutów. W wyniku dokonanej analizy zamawiający może uwzględnić zarzuty odwołania albo przygotować stanowisko zmierzające do ich oddalenia, a wykonawcy biorący udział w postępowaniu mogą podjąć decyzję o zgłoszeniu przystąpienia oraz
o ewentualnym sprzeciwie wobec uwzględnienia zarzutów przez zamawiającego. Postawienie zarzutów blankietowych, pozbawionych uzasadnienia pozwalającego na ich ocenę a następnie późniejsze – po terminie na wniesienie odwołania – dopełnienie ich argumentacją oraz dowodami mającymi przekonywać o ich zasadności, w istocie zmierza do obejścia przepisów o terminie na wniesienie odwołania. W analizowanej sprawie znamienne jest, że zarzut kierowany wobec konsorcjum Andra, w odwołaniu sprowadzający się do jednego zwięzłego zdania, został rozwinięty w obszernym piśmie z 27 kwietnia 2015 r.,
w którym dopiero wyartykułowano powody, dla których w ocenie Odwołującego dwie sporne dostawy nie spełniają wymagań stawianych w tym postępowaniu i podano, że urządzenia scharakteryzowane w referencjach, zdaniem Odwołującego, nie pełnią funkcji koncentratorów. W samym odwołaniu nie pojawia się nawet cień tego rodzaju argumentacji. Także dopiero przy tym piśmie Odwołujący załączył dowody [siedem dokumentów], mające dopełniać wyartykułowane w piśmie tezy. Powyższe nakazuje uznać, że w odwołaniu zarzut postawiony został w sposób blankietowy, a w rzeczywistości Odwołujący wyartykułował go po terminie na wniesienie odwołania, to jest w piśmie z 27 kwietnia 2015 r.

Po drugie, nawet jeśli przyjąć za dopuszczalną tego rodzaju praktykę przedstawienia po terminie na wniesienie odwołania zarzutów, których w odwołaniu nawet zarysu nie sposób się dopatrzeć i wziąć pod uwagę również stanowisko Odwołującego zaprezentowane w piśmie datowanym na 27 kwietnia 2015 r. [a złożonym w dacie 5 maja 2015 r.], także ta argumentacja nie potwierdziła zasadności zastrzeżeń wobec wyboru oferty konsorcjum Andra oraz zaniechania wykluczenia z postępowania tego wykonawcy. Podkreślenia bowiem wymaga, że w tej mierze Odwołujący wskazał, iż dwie dostawy: jedna wykonana na rzecz T – mobile sp. z o.o. oraz druga – dla Tauron Dystrybucja Pomiary sp. z o.o., nie mają za swój przedmiot urządzeń koncentrujących, przy czym to stanowisko zostało wywiedzione na

podstawie samodzielnych ustaleń Odwołującego co do każdej z tych dwóch umów, w tym zidentyfikowania dostawy na rzecz Tauron Dystrybucja SA jako wynikającej z umowy której dotyczy załączona do odwołania SIWZ oraz złożona na rozprawie w dniu 7 maja 2015 r. karta katalogowa urządzenia. Tymczasem, jak ustalono, Odwołujący nietrafnie zidentyfikował tę dostawę zaś kwestionowana jako mająca zawierać nieprawdziwe informacje dostawa dla Tauron Dystrybucja Pomiary sp. z o.o. [referencje ze str. 10 oferty konsorcjum Andra] nie dotyczy przywołanej przez odwołującego umowy lecz innej. Tym samym, Odwołujący nie sprostał wykazaniu, że w tej mierze mamy do czynienia ze złożeniem nieprawdziwych informacji, skoro cała argumentacja w odniesieniu do jednej z dwóch dostaw odnosi się do całkowicie innej dostawy aniżeli ta, którą przedstawiło na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu konsorcjum Andra. W rezultacie wspomniana argumentacja pozostaje niejako obok przedmiotu sporu, skoro nie odnosi się do tej dostawy, którą wskazano w wykazie

dostaw oraz w referencjach Tauron Dystrybucja Pomiary sp. z o.o. zamieszczonych na str. 10 oferty konsorcjum Andra. Dostrzeżenia dalej wymaga, że Zamawiający nie wymagał dwóch, ale przynajmniej jednej dostawy mającej za przedmiot określone urządzenia w jednorazowym wolumenie minimum 50 sztuk urządzeń. Przystępujący przedstawił na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dwie takie dostawy, a zatem fakt skierowania argumentacji przez Odwołującego wobec dostawy, którą w rzeczywistości Przystępujący się nie posłużył w tym postępowaniu, czyni zarzut sformułowany w piśmie z 27 kwietnia 2015 r. – całkowicie niepotwierdzonym.
W konsekwencji, jakiekolwiek zastrzeżenia wobec drugiej dostawy, tej wykonanej na rzecz T – Mobile, nie mogą mieć już znaczenia dla oceny podstawy do wykluczenia konsorcjum Andra, skoro – wobec niewykazania złożenia nieprawdziwych informacji co do dostawy na rzecz Tauron Dystrybucja Pomiary sp. z o.o. [postawienia argumentacji w odniesieniu do umowy, która rzeczywiście okazała się nie tą, na którą powołał się Przystępujący w swojej ofercie] – dostawa wykonana na rzecz Tauron Dystrybucja Pomiary sp. z o.o. nie została zakwestionowana. Zgodnie z treścią art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, złożenie nieprawdziwych informacji, mające skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania wymaga, by posiadało ono wpływ na wynik postępowania. Natomiast wskazanie dwóch dostaw na potwierdzenie spełnienie warunku udziału w postępowaniu, w warunkach, kiedy zarzut wobec jednej z nich nie został nie tylko wykazany, ale nawet prawidłowo przez Odwołującego nie została zidentyfikowana umowa, której on dotyczy, w kontekście wymagania przynajmniej jednej takiej dostawy, powoduje, że nie można mówić
w odniesieniu do drugiej dostawy – nawet jeśli postawiony zarzut okazałby się wobec niej trafny – o jakimkolwiek wpływie na wynik postępowania.

Tym samym, w świetle przywołanych okoliczności, nie sposób dopatrzeć się zasadności zarzutu zaniechania wykluczenia konsorcjum Andra na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, z powodu złożenia nieprawdziwych informacji. Ponadto, dostrzeżenia wymaga, że Odwołujący zasadności tego zarzutu upatruje w złożeniu oświadczenia – przedstawieniu wraz z ofertą referencji potwierdzających należyte wykonanie dwóch dostaw, których przedmiot ma – w ocenie Odwołującego – nie obejmować koncentratorów ale routery, które nie pełnią funkcji koncentrujących, a tym samym mają być niezgodne z SIWZ. Odwołujący nie dostrzega jednak, że ewentualnej niezgodności wykazywanych zadań z SIWZ nie sposób automatycznie rozpatrywać przez pryzmat złożenia nieprawdziwych informacji. W tym postępowaniu wykonawca złożył dokumenty potwierdzające sporne dwie dostawy, zawierające ich opis a także wskazanie przedmiotu, złożył w tej mierze dodatkowo na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia, czym dał Zamawiającemu możliwość zweryfikowania tych oświadczeń. Trudno zatem dopatrywać się – jak czyni to Odwołujący – w tego rodzaju zestawie czynności Przystępującego, złożenia nieprawdziwych informacji.

Nie potwierdziły się także kolejne zarzuty, to jest te, kierowane wobec czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy. Przepis ten przewiduje, że zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, 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 dowolnych środków dowodowych, jeżeli zamawiający przewidział taką możliwość wykluczenia wykonawcy w ogłoszeniu
o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji. Zamawiający nie wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, który udowodni, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia.

Zamawiający zastosował powyższy przepis wobec Odwołującego, wskazując w uzasadnieniu czynności wykluczenia siedem umów, które łączyły go z Odwołującym, co do których Zamawiający dopatrzył się niewykonania lub nienależytego ich wykonania, a także podając, że doszło do poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, jak również,

że wykonawca nie był w stanie ani w wiarygodny sposób udokumentować swoich tez o braku odpowiedzialności za zwłokę w dostawach liczników energii elektrycznej ani wykazać wpływu podnoszonych przez siebie okoliczności na realizację konkretnych transz dostaw, ani

w wiarygodny sposób wykazać braku odpowiedzialności za niewykonanie łączy w technice PLC.

Poddając analizie podniesione wobec powyższej czynności zarzuty, czynność zamawiającego należało uznać za poprawną. Na wstępie dostrzeżenia wymaga charakter powyższej przesłanki wykluczenia z postępowania. Treść przywołanego przepisu wskazuje, że wiąże się ona z badaniem rzetelności wykonawcy, ustaleniem takiej wiarygodności wykonawcy, która – na podstawie wcześniejszej historii kontraktowej – da zamawiającemu przekonanie, że wykonawca w sposób prawidłowy wykona zamówienie. Na taki charakter omawianej przesłanki wskazuje się w literaturze: *„(…) funkcje wykluczenia z powodu „poważnego wykroczenia zawodowego" odgrywają fundamentalną rolę, zwłaszcza z punktu widzenia efektywnego wydatkowania* środków *publicznych i ochrony uczciwej konkurencji. Efektywne bowiem zamówienie to umowa ekwiwalentna, zawarta z wiarygodnym wykonawcą, rzeczywiście zdolnym do należytego wykonania zamówienia. Zaufanie do kwalifikacji i doświadczenia wykonawcy, popartych dobrą reputacją, stanowi odwieczną gwarancję realnego wykonania zamówienia publicznego"* [R. Szostak, wykluczenie nierzetelnego wykonawcy z ubiegania się o zamówienie publiczne w nowym ujęciu, Prawo zamówień publicznych, Kwartalnik 1/2015, s. 112].

Przepis dla wykluczenia wykonawcy z postępowania wymaga, by ten dopuścił się poważnego naruszenia obowiązków zawodowych w odpowiednim stopniu winy, zaś jako przykłady takiego naruszenia obowiązków wskazane zostały niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia. Wbrew stanowisku prezentowanemu przez Odwołującego, dla wykluczenia wykonawcy nie jest zatem niezbędne ustalenie wystąpienia szkody oraz odpowiedzialności wykonawcy z tego tytułu, a jedynie fakt niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia. Wynika to wprost z brzmienia przepisu, który – w przeciwieństwie do przepisu obowiązującego przed zmianą ustawy, tj. art. 24 ust. 1 pkt 1 nie wymaga powstania szkody ani ustalenia odpowiedzialności wykonawcy za wyrządzoną szkodę. Treść przepisu wskazuje więc, że wystąpienie lub nie szkody w wyniku niewykonania albo nienależytego wykonania zamówienia jest neutralne dla wystąpienia przesłanki wykluczenia, o której traktuje zdanie pierwsze przepisu art. 24 ust. 2a ustawy. Kwestia ta może mieć jedynie znaczenie przy wyłączeniu tej podstawy wykluczenia, która zależy od inicjatywy wykonawcy. Jeśli bowiem wykonawca chce podjąć starania, by nie zostać wykluczonym, obowiązany jest wykazać, że podjął odpowiednie środki techniczne, organizacyjne lub kadrowe mające przeciwdziałać tego rodzaju sytuacjom a dodatkowo naprawić szkodę lub zobowiązać się do jej naprawienia. Jeśli więc stwierdzeniu niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia towarzyszy ustalenie wystąpienia szkody – wykonawca, dla wyłączenia wynikającej z powołanego

przepisu podstawy wykluczenia obowiązany jest dokonać restytucji skutków niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia. Jeśli natomiast w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia taka szkoda nie wystąpiła, albo nie została ona ustalona w sposób bezsporny, skutkiem tego jest nie niemożność wykluczenia wykonawcy, ale złagodzony, łatwiejszy warunek dla niewykluczenia wykonawcy, to jest nie obejmujący naprawienia lub zobowiązania się do naprawienia szkody. Innymi słowy, jeśli w konkretnych okolicznościach nie ustalono szkody, jej wysokości, odpowiedzialności wykonawcy za jej naprawienie, to nie skutkuje to brakiem możliwości zastosowania przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 2a ustawy, a jedynie tym, że wykonawca co do którego taka przesłanka zachodzi, dla wyłączenia skutku w postaci wykluczenia musi wykazać jedynie, że podjął odpowiednie środki techniczne, organizacyjne lub kadrowe, mające zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych
w przyszłości. Błędne jest więc stanowisko Odwołującego w tej części, w której wskazując na niewykazanie wysokości szkody, fakt istnienia sporu co do jej powstania albo wysokości,

upatruje on niemożności wykluczenia wykonawcy z postępowania. Brak definitywnych, bezspornych ustaleń w kwestii poniesionej przez Zamawiającego szkody nie stanowi przeszkody dla stwierdzenia podstawy wykluczenia wykonawcy, tę bowiem stanowi stwierdzenie faktu niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia. Skutkiem zaś nieprzesądzonej kwestii w odniesieniu do owej szkody jest nie brak możliwości wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy, ale brak obowiązku naprawienia [lub zobowiązania się do naprawienia] tego, czego wobec wykonawcy nie stwierdzono.
W odniesieniu do siedmiu umów łączących Zamawiającego z Odwołującym Zamawiający naliczył kary umowne, łącznie w kwocie ponad 23 mln zł. Naliczenie kar umownych, stanowiąc niejako uproszczoną, jeśli chodzi o dochodzenie i ustalenie wysokości formę dochodzenia odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nie wymaga ustalenia szkody, przy czym zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody [Uchwała składu siedmiu sędziów z 6 listopada 2003 r. w spr. III CZP 61/03]. Odwołujący, po otrzymaniu odpowiednich not obciążeniowych oraz wezwań do zapłaty nie zapłacił wynikających z nich kwot; jak wskazano w pisemnym uzasadnieniu wykluczenia, na jego str. 14 *„w związku z wszystkimi umowami Zamawiający pozostaje w sporze z T–Matic Systems SA”,* przy czym między stronami zawisł także spór przed sądem cywilnym, wywołany pozwem Zamawiającego z 7 kwietnia 2015 r. o zapłatę 23 125 480,70 zł. Tym samym biorąc pod uwagę, fakt że kwestia wzajemnych roszczeń jest sporna, istnieje także możliwość miarkowania przez sąd kar umownych, trudno mówić o jednoznacznym ustaleniu szkody w określonej wysokości, co jednak samo w sobie nie stanowi przeszkody dla stwierdzenia omawianej przesłanki

wykluczenia. Ta bowiem odnosi się nie do wystąpienia szkody, ale do stwierdzenia niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia.

W rozpatrywanej sprawie Zamawiający w odniesieniu do wskazanych siedmiu łączących go z Odwołującym kontraktów wykazał, że doszło do niewykonania lub nienależytego wykonania zamówień. W odniesieniu do zasadniczej części umów stwierdzone zostało wykonanie umów, poszczególnych dostaw nań się składających po terminie wynikającym z harmonogramów przewidzianych co do tych umów. Sam fakt nieterminowej realizacji zasadniczo nie jest przy tym sporny między stronami, skoro Odwołujący w odniesieniu do trzech umów na dostawę oraz uruchomienie infrastruktury licznikowej dla obszarów Koszalina, Gdańska i Kalisza [ZP/62/AZU/2011, ZP/63/AZU/2011 oraz ZP/64/AZU/2011] w piśmie z dnia 24 kwietnia 2015 r. w tabeli zawartej na str. 9 przyznaje, że *„rzeczywiste dostawy urządzeń nastąpiły z opóźnieniem w stosunku do dat określonych harmonogramem, jednak opóźnienie to wynikło z przyczyn niezawinionych przez Konsorcjum”.*
W zasadzie niesporny jest też okres uchybień terminów w dostawie wskazanych piętnastu transzy, bowiem liczba dni tych uchybień jest niemal w całości zgodna z tą, jaką podał Zamawiający w piśmie z 31 marca 2015 r. o wykluczeniu wykonawcy,
a jedynie różnice wynikające z pisma Odwołującego są zasadniczo „na niekorzyść wykonawcy” i dotyczą dostawy transzy trzeciej w umowie ZP/62/AZU/2011, gdzie Zamawiający powołał się na realizację dostawy 25 dni po terminie, zaś wykonawca wskazał 26 dni, a także umowy ZP/64/AZU/2011, gdzie zamawiający dla pięciu transzy dostawy podał odpowiednio następujące ilości dni dostawy po terminie: 59, 82, 106, 104 i 144 dni, zaś wykonawca wskazał: 59, 88, 118, 11 oraz 112 dni po terminie.

Także w odniesieniu do kolejnej umowy, tj. W1/AZL/00071/12 z 1 lutego 2013 r. na dostawę i uruchomienie 310 500 szt. liczników oraz 3200 zestawów koncentratorowo – bilansujących, nie jest sporne powstanie opóźnień w dostawie – potwierdza je zarówno stanowisko Odwołującego w piśmie z 24 kwietnia 2015 r. jak i treść aneksu nr 2 [§ 1 ust. 2 tego aneksu], wprowadzającego możliwość warunkowego odbioru makiety.

Kolejna umowa, z dnia 13 września 2011 r. nr ZP/15/RZU/2010, mająca za przedmiot zakup urządzeń i usługi monitorowania pojazdów w oparciu o GPS także została zrealizowana po terminach przewidzianych dla każdego z etapów o ok. 3 miesiące [jak podał zamawiający, wg. korzystniejszej dla wykonawcy daty początkowej liczenia tego terminu, tj. daty dokonania istotnych ustaleń dot. wykonywania umowy: dla etapu I i II – z uchybieniem 100 dni, oraz dla

etapu III – z uchybieniem 133 dni].

42

Co do ostatnich dwóch umów, mających za przedmiot wykonanie infrastruktury pośredniczącej w technice PLC, zawartych 25 października 2011 r. [umowy nr ZP/66/AZU/2011 i ZP/67/AZU/2011] oczywistym jest fakt ich niezrealizowania: wobec niemożności osiągnięcia przez wykonawcę przepływności transmisji na poziomie 64 kilobity na sekundę w każdym kierunku niezależnie, mierzonej w warstwie aplikacji od umowy nr ZP/66/AZU/2011 Zamawiający pismem z 1 grudnia 2014 r. odstąpił, zaś druga umowa nie jest wciąż zrealizowana. W świetle powyższych okoliczności zasadnym jest stwierdzenie, że w odniesieniu do wskazanych przez Zamawiającego siedmiu umów, Zamawiający miał podstawy do uznania, że doszło do ich nienależytego wykonania oraz – co do umowy ZP/66/AZU/2011 – niewykonania. Na uwagę zasługuje przy tym fakt, że wskazane siedem umów, co do których stwierdzone zostały uchybienia w wykonywaniu kontraktów obejmuje nie skromny wyrywek z wielu relacji, jakie łączą strony, ale są to wszystkie umowy zawarte między stronami. Ponadto, umowy te zawarto jako następstwo umowy ramowej, co uzasadnia twierdzenie, że Odwołujący w odniesieniu do całego kontaktu wykazywał istotne niedostatki staranności wymaganej od profesjonalnego wykonawcy.

Ponadto, umowy te Okoliczności przywoływane przez Odwołującego, mające przekonywać, że nieterminowa realizacja odpowiednich umów na dostawę liczników była spowodowana przyczynami od niego niezależnymi, mającymi charakter siły wyższej [zestaw nieszczęśliwych okoliczności, takich jak zamarznięcie Morza Czarnego w lutym 2012 r.; święta prawosławne w Mołdawii między 19 a 22 stycznia 2012 r.; zaburzenia w sprawnej realizacji procedur celnych w trakcie przewozu w okresie od grudnia 2011 r. do kwietnia 2012 r., trwających między 7 a 10 dni zamiast standardowych 2 dni; śnieżyce i nieprzejezdność dróg na Węgrzech i w Rumunii co spowodowało opóźnienie w dostawie wyświetlaczy LCD transportowanych od 10 lutego 2012 r. z Xiamen w Chinach do Wiednia, następnie od 15 lutego 2012 r. z Wiednia do Kiszyniowa, gdzie z powodu zaburzeń w ruchu spowodowanych śnieżycami dotarły 23 lutego 2012 r.; jednodniowa awaria prądu w dniu 18 stycznia 2012 r. w zakładzie producenta ADD Pruduction] albo leżącymi po stronie Zamawiającego [demontaż podświetlenia LED wyświetlacza na licznikach oraz montaż dodatkowej plomby na licznikach 1–fazowych i 3–fazowych], w istocie nie uzasadniają wskazanej nieterminowości w dostawie. Podkreślenia – po pierwsze – wymaga, że gdyby było tak, jak stara się wykazać Odwołujący, że niewymagane w umowach mających za przedmiot dostawę liczników „życzenia" Zamawiającego dotyczące demontażu podświetlenia LED oraz montażu dodatkowej plomby spowodowały lawinę późniejszych opóźnień i że wykonawca spełnił, na zasadzie dobrej woli i życzliwej współpracy dodatkowe prośby Zamawiającego, do których nie był obowiązany [jak wskazywał Odwołujący – „zamówienia dodatkowe"], czym naraził się na niedochowanie terminów, to znalazłoby to wyraz

43

w odpowiednim porozumieniu między stronami – czy to w formie aneksu, czy choćby oświadczenia Zamawiającego, które by wskazywało, że wykonawca wypełni dodatkowe oczekiwania, a ich realizacja nie będzie w określonym czasie skutkować uznaniem, że nie dopełniono terminów dostawy transz liczników, określonych w harmonogramach dostaw. Jeśliby tak było, to takie porozumienie, czy jakikolwiek dokument, który by wskazywał, że Zamawiający, w związku z wyartykułowaniem owych dodatkowych wymagań nie będzie nakładał na wykonawcę konsekwencji kontraktowych zostałby tym bardziej przez Odwołującego zainicjowanym na etapie dostaw, zanim ten przystąpiłby do realizacji takiej modyfikacji liczników do której miał być niezobowiązany, skoro z uchybieniem terminów dostaw wiązały się bardzo wysokie kary umowne. Wynosiły one, dla wszystkich trzech umów, realizowanych równolegle około 320 tys. złotych za dzień. Trudno więc zgodzić się, że wykonawca podjął się dodatkowego zadania demontażu podświetlenia LED oraz montażu plomb, do czego miał nie być zobowiązany, a jednocześnie nie zadbał o uregulowanie tej kwestii, kiedy za każdy dzień nieterminowej realizacji groziły mu kary umowne w tak wysokiej kwocie.

Tymczasem Odwołujący, z jednej strony stawiając tezę, że zgodził się wykonać na rzecz Zamawiającego takie dodatkowe czynności – bardzo przecież uciążliwe i zakłócające poważnie proces produkcyjno – dostawczy a także skutkujące niedotrzymaniem wynikających z umów terminów, nie był w stanie wykazać, że skutkiem takiego dobrowolnego działania było przesunięcie wiążących go terminów. Oczywistym jest w tej sytuacji, że gdyby owe czynności dotyczyły tego, do czego Odwołujący nie był zobowiązany, to mając w perspektywie sankcje kontraktowe za niedotrzymanie terminów w postaci wysokich kar umownych, wykonawca świadcząc takie dodatkowe, nieobowiązkowe działania, nie miałby problemu z uzyskaniem od zadowolonego z takiego dodatkowego świadczenia Zamawiającego wyraźnego potwierdzenia, że powyższe skutkuje przesunięciem terminów, albo w określonym zakresie wyłącza ewentualne roszczenia z tytułu nieterminowej realizacji. W obrocie profesjonalnym, tego rodzaju zachowanie byłoby nieodzowne. Tymczasem między stronami nie udokumentowano takiego uzgodnienia. Co więcej, należy uznać że działania wykonawcy miały raczej na celu wyeliminowanie niedoskonałości przedmiotu dostawy, co do których nie było w trakcie jej dokonywania wątpliwości, że nie spełnia on wymagań Zamawiającego. Brak jest dowodów, by Odwołujący w dacie dostawy oponował przeciwko stwierdzeniu, że niezbędna jest dodatkowa plomba legalizacyjna jak i że podświetlenie LED jest niezgodne z wymaganiami umowy, a przeciwnie – przystąpił do dostosowania przedmiotu dostawy w zakresie owej plomby i podświetlenia. Dopiero następczo, gdy Zamawiający wyartykułował roszczenia z tytułu nieterminowej realizacji umowy [naliczył kary umowne] wykonawca podjął działania mające wykazywać, że wykonywał czynności do których nie był obowiązany i to

spowodowało opóźnienia w dostawie. Znamienne jest bowiem, że opinia odpowiedniego instytutu, mająca wykazać, że nie było potrzeby w świetle obowiązujących regulacji montować dodatkowej plomby sporządzona została nie w dacie, gdy ta kwestia mogła być otwarta i podlegać dyskusji między stronami, tj. w datach umownych terminów dostaw [grudzień 2011 – luty 2012], ale znacznie później tj. 11 marca 2015 r. [opinia Instytutu Tele i Radiotechnicznego a także pismo ADD Production S.R.L.].

Poddając następnie ocenie przywoływane okoliczności, mające być wynikiem splotu niekorzystnych zdarzeń [siły wyższej], stojących na przeszkodzie terminowej realizacji dostaw, podkreślenia wymaga, że każdorazowo przedmiot umów [zarówno tych dotyczących dostawy liczników, jak i zestawów koncentratorowo – bilansujących, montażu GPS, czy infrastruktury pośredniczącej w technice PLC] był znany i wynikał z dokumentacji postępowania. W razie wątpliwości, w postępowaniu o zamówienie publiczne, wykonawcy przysługiwała jeszcze możliwość nieograniczonego zadawania pytań, co pozwoliłoby poznać szczegółowo wymagania Zamawiającego jak i te uwarunkowania istotne dla wykonania zamówienia, które spoczywały po stronie infrastruktury Zamawiającego. Wykonawca znał te uwarunkowania, oraz – jak wykazały wyniki rozprawy – w toku wykonywania umów Zamawiający czynnie, a wręcz życzliwie współpracował z wykonawcą w realizacji odpowiednich umów, dostarczał informacje niejednokrotnie z wyprzedzeniem [nawet jeszcze przed wszczęciem postępowania w celu zawarcia umowy realizacyjnej, przykładowo jeśli chodzi o dokumentację techniczną dotyczącą protokołu komunikacji DCSML, późniejszego DCSAP w odniesieniu do umowy na uruchomienie infrastruktury licznikowej W1/AZL/00071/12]. Wykonawca dysponował zatem pełną informacją co do jego obowiązków, składał także oferty w odpowiednich postępowaniach ze świadomością podjętych zobowiązań. W każdym z nich znany był harmonogram realizacji odpowiedniego zadania, zatem to wykonawca winien był odpowiednio zaplanować i zorganizować proces produkcji i dostawy, tak, by było realne uczynienie zadość obowiązkom wynikającym
z umów, wkomponowując w ten plan ryzyka ewentualnych nieprzewidywanych zdarzeń i z odpowiednim wyprzedzeniem składać zamówienia na komponenty. O ile bowiem w toku wykonywania zamówień mogą zdarzyć się jednostkowe sytuacje, że określony element łańcucha dostawy zostanie zachwiany, że nie wszystko da się przewidzieć i nie wszystkie zdarzenia losowe wyprzedzić, to jednak tego rodzaju sytuacje winny być wyjątkowe, ograniczone do incydentu. Tymczasem w trakcie realizacji wymienionych siedmiu umów musiałyby występować same niesprzyjające okoliczności, zaskakujące na każdym kroku realizacji zamówień przez wykonawcę. Wszak opisywane potknięcia w realizacji umów dotyczą siedmiu kontraktów, nie stanowią jednostkowych sytuacji, które wystąpiły

epizodycznie. Przeciwnie, skala nieterminowości, ich regularne powtarzanie się

i permanentne niedociągnięcia w uzyskiwaniu zakładanych funkcjonalności wskazują na to, że realizacja wszystkich tych zamówień odbywała się na granicy ryzyka dochowania terminów, lub nawet w warunkach graniczących z pewnością, że nie uda się wykonać prawidłowo [w terminie] zakładanych rezultatów. Wszak gwarantem pomyślnej, niezakłóconej, pozwalającej na uzyskanie opisanych w umowach rezultatów, terminowej realizacji zamówienia, jest wykonawca. On to bowiem składał w tych postępowaniach ofertę, przyjmował na siebie określone zobowiązania i na nim spoczywała taka organizacja procesu produkcji i dostawy, by sprostać zobowiązaniom kontraktowanym. Nie wykazano przy tym, by po stronie Zamawiającego zachodziły przeszkody, które by powodowały niewłaściwą realizację zamówień – Zamawiający współdziałał czynnie i życzliwie w każdym z nich, udzielał niezbędnych informacji, podejmował ze swej strony starania by niwelować ryzyko i wysokość szkód. Nie było między stronami sporne, przykładowo w odniesieniu do umowy na dostawy liczników, że nieterminowe realizacje dostaw, a także dostawy w mniejszych ilościach niż przewidziane transze powodowały konieczność przesunięć wykwalifikowanych pracowników Zamawiającego, których zadaniem miała być montaż liczników, choć wobec opóźnień w dostawach nie dysponowali oni przedmiotem swoich prac. Tego rodzaju działania optymalizacyjne po stronie Zamawiającego dostrzegalne są w odniesieniu do wszystkich kontraktów. Nie sposób przy tym zapominać o takich gestach Zamawiającego, jak – w odniesieniu do umowy na dostawę oraz uruchomienie infrastruktury licznikowej – podpisanie korzystnego dla wykonawcy [by nie powiedzieć – ratującego sytuację] protokołu odbioru warunkowego Makiety Infrastruktury Licznikowej, po to by prace mogły posuwać się dalej. Przekazywał także niezbędne informacje, jak przykładowo - co umowy z 1 lutego 2013 r. na uruchomienie infrastruktury licznikowej W1/AZL/00071/12 – warsztaty w przedmiocie wykonania tej umowy, przekazanie dostępu do kodów źródłowych, wybór dogodnego dla wykonawcy języka programistycznego, czy tłumaczenie dokumentacji technicznej albo udostępnienie specyfikacji technicznej protokołu DSCAP.

Tym samym, w kontekście dokumentów związanych z realizacją poszczególnych umów, zasadnym jest wniosek wywiedziony przez Zamawiającego o nienależytym wykonaniu zamówień, a także niewykonaniu, jeśli chodzi o ten kontrakt na wykonanie infrastruktury pośredniczącej w technice PLC, co do którego Zamawiający odstąpił od umowy, a także drugi – co do którego nie udało się osiągnąć założonego rezultatu w postaci wymaganej treścią SIWZ oraz treścią oferty przepływności, jak również w zakresie dostawy i uruchomienia infrastruktury licznikowej, gdzie nie udało się uzyskać komunikacji pomiędzy koncentratorami a systemem centralnym Zamawiającego za pomocą protokołu DCSAP i co do którego ostatecznie nastąpiło powierzenie wykonania tego elementu innemu podmiotowi niż Odwołujący.

Nie sposób też podzielić argumentacji Odwołującego mającej na celu wykazanie, że w odniesieniu do dwóch umów na wykonanie infrastruktury pośredniczącej w technice PLC mamy do czynienia z nieważnością umów, w związku z tym, że mają one mieć za przedmiot świadczenie niemożliwe do wykonania. Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że w świetle argumentacji Odwołującego, rozważać można jedynie niemożliwość świadczenia następczą i to o charakterze ekonomicznym, to jest związaną z niemożliwością świadczenia przez wykonawcę przy założonych przez niego kosztach i nakładach. Postawa Odwołującego w toku wykonywania tych umów wskazuje, że tego rodzaju wniosek stanowi raczej ścieżkę obrony w związku z nieuzyskaniem, mimo wielu prób, założonego rezultatu. Zamawiający nie narzucił przy tym charakteru technologii [wąskopasmowa, szerokopasmowa], ani jej bardziej szczegółowych cech, pozostawiając wybór w powyższym zakresie do decyzji wykonawców ubiegających się o zamówienia i Odwołujący takiego wyboru dokonał. Podkreślenia przy tym wymaga, że Odwołujący złożył ofertę, w której zobowiązał się do określonego świadczenia, samodzielnie i autonomicznie dokonał wyboru technologii wąskopasmowej, wskazał też w ofercie przepływność, jaka miała być uzyskana tj. 64 kb/s w każdym kierunku niezależnie, mierzona w warstwie aplikacji [z oferty – dołączonej do niej karty katalogowej wynika

przepływność na poziomie 128 kb/s]. Odwołujący znał też warunki sieci [z wyjaśnień treści siwz], to jest że dotyczy to sieci średniego napięcia, należącej do Zamawiającego. Podkreślenia przy tym wymaga, że umowy zawarto w dacie 25 października 2011 r. i wykonawca przystąpił do realizacji zamówienia, nie sygnalizując na samym początku realizacji, po zapoznaniu się ze stroną techniczną przedsięwzięcia, że jest ono niemożliwe do wykonania, jeszcze do końca 2012 r. podejmował różne starania o uzyskanie deklarowanej przepływności, co nie przyniosło efektu, czego rezultatem było odstąpienie przez Zamawiającego od umowy w dniu 1 grudnia 2014 r. Wobec wyboru technologii, dokonanego przez Odwołującego, trudno uznać za uzasadnione oczekiwanie, by Zamawiający miał się zgodzić na zastosowanie częściowo technologii GSM. Sam Odwołujący podaje w piśmie z 24 kwietnia 2015 r., że o niemożności świadczenia dowiedział się w dniu 23 stycznia 2014 r. tj., w dacie uzyskania opinii Instytutu Tele – i Radiotechnicznego, co wskazuje, że dopiero nieudane, przy przyjętych założeniach technologicznych, wdrożenie Infrastruktury Pośredniczącej spowodowało przekonanie Odwołującego o niemożliwości świadczenia.

Stąd zasadnym jest wniosek, że w analizowanym postępowaniu spełniona została przesłanka wykluczenia mówiąca o niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu zamówień.

W analizowanym postępowaniu wykazana została także przesłanka zawinionego poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, wyrażająca się – w szczególności –

niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Wina nieumyślna, utożsamiana z niedbalstwem wiąże się z niezachowaniem staranności wymaganej w stosunkach danego rodzaju. Rażące niedbalstwo odnoszone jest do naruszenia elementarnych reguł prawidłowego zachowania się w danej sytuacji lub nieprzestrzegania podstawowych zasad ostrożności. Ma to być szczególnie negatywna, naganna ocena postępowania dłużnika; stopień naganności postępowania, które drastycznie odbiega od modelu właściwego w danych warunkach [wyrok SN z 22 kwietnia 2004 r. w spr. II CK 142/03]. Jak wskazano w wyroku SN z 10 marca 2004 r. w spr. IV CK 151/03: *„Przypisanie określonej osobie niedbalstwa uznaje się za uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Przez rażące niedbalstwo rozumie się natomiast niezachowanie minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji. O przypisaniu pewnej osobie winy w tej postaci decyduje więc zachowanie się przez nią w określonej sytuacji w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej".* Stopień winy w przypadku działalności gospodarczej powinien przy tym uwzględniać staranność wymaganą w postępowaniu prowadzonym między profesjonalnymi podmiotami, w zorganizowanym obrocie gospodarczym a także fakt, że co do zasady wykonawca jest odpowiedzialny za rezultat w postaci zadowalającej i efektywnej realizacji umowy na rzecz innego podmiotu. Jak podano w wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 8 marca 2006 r. sygn. akt I ACa 1018/05 niepubl.: *„Należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie, co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności".* Podobnie w uzasadnieniu wyroku SN z 22 września 2005 r. w spr. IV CK 100/05, wskazano: *„W takiej sytuacji należytą staranność określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności; jest to ocena staranności surowsza od staranności ogólnie wymaganej (art. 355 § 1 i § 2 k.c.). W istotę działalności gospodarczej wkomponowane jest bowiem wymaganie posiadania niezbędnej wiedzy fachowej, obejmującej nie tylko czysto formalne kwalifikacje, ale także doświadczenie wynikające z praktyki zawodowej oraz ustalone zwyczajowo standardy wymagań (zob. np. art. 19 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej, Dz. U. Nr 173, poz. 1807 ze zm.)."*

W analizowanej sprawie, Zamawiający, powołując się na okoliczności wykonywania siedmiu umów łączących go z Odwołującym [co obejmuje wszystkie umowy łączące strony], wskazując na poszczególne uchybienia kontraktowe, nieterminową realizację, kilkukrotnie

nieosiągnięcie rezultatu, jaki był celem danej umowy, wykazał, że mamy do czynienia z poważnym naruszeniem obowiązków zawodowych, którego przejawem jest nienależyte wykonanie [nieterminowe] części umów a także ich niewykonanie [co do tych umów, co do których Odwołujący nie osiągnął założonego rezultatu oraz umowy, od której Zamawiający odstąpił] będące wynikiem przynajmniej rażącego niedbalstwa. Wykonawca zawierając umowy przyjął bowiem na siebie określone, wynikające z nich zobowiązania. Stał się gwarantem uzyskania opisanych w ich rezultatów. Rzeczą wykonawcy było więc takie zorganizowanie procesu wykonania zamówień, by osiągnąć cel końcowy umów a także uczynić to terminowo. Skala nieterminowych realizacji, częstotliwość niedotrzymania terminu, dezorganizacja po stronie Zamawiającego wymagająca przesunięć pracowników dokonujących montażu liczników i związane z tym niedogodności oraz przede wszystkim nieosiągnięcie komunikacji z zastosowaniem protokołu DCSAP oraz nieuzyskanie wymaganej przepływności w postępowaniach na wykonanie infrastruktury pośredniczącej w technice PLC wskazują na to, że Odwołujący przyjmował nadmiernie optymistyczne założenia przy planowaniu dostaw, nie przewidywał oczywistych terminów i samonarzucających się ryzyk związanych z ich dochowaniem, takich jak – przy dostawie liczników – uwzględnienie świąt prawosławnych w Mołdawii czy czas trwania procedur celnych [trudno zresztą zgodzić się, że takimi nieprzewidzianymi przedłużającymi się procedurami wykonawca był zaskakiwany przez relatywnie długi czas od grudnia 2011 r. do kwietnia 2012 r.]. Powyższe nakazuje przyjąć za uzasadnione stwierdzenie po stronie wykonawcy rażącego niedbalstwa przy wykonywaniu zamówień. Dotyczy to także pozostałych kontraktów, w których nieterminowa realizacja, mimo otwartej i współdziałającej postawy Zamawiającego była wynikiem działań wykonawcy, zaś nieosiągnięcie zamierzonych rezultatów także było spowodowane przyczynami leżącymi po stronie wykonawcy. Nie sposób zresztą przyjąć, że wszystkie siedem kontraktów realizowane było nieterminowo z przyczyn od wykonawcy niezależnych i że zaszło w odniesieniu do każdego z nich tyle niesprzyjających okoliczności, które stawały na przeszkodzie dochowaniu terminów, szczególnie że nieterminowa realizacja zwykle nie sprowadzała się do kilku nieistotnych dni, ale liczona była w miesiącach, jedynie w jednostkowych sytuacjach [co do dostawy liczników] obejmowała '"jedynie" kilka tygodni. Zakres i waga tych uchybień kontraktowych nie może być traktowana jako drobna, nieistotna niestaranność
w wykonywaniu zamówienia. Ich skala oraz częstotliwość, fakt, że dotyka aż siedmiu umów [tj. wszystkich łączących strony] pozwala na przyjęcie, że naruszenie obowiązków zawodowych jest w tym wypadku poważne, wystarczająco doniosłe i dotkliwe dla Zamawiającego, by można mówić o rażącym niedbalstwie. Zamawiający przy tym w pisemnym uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z postępowania zaakcentował ten subiektywny element, jakim jest waga i szkodliwość uchybień dla zainteresowanego. Podał,

że „przewinienia" Odwołującego miały istotny wpływ na działalność zamawiającego, w szczególności: w wyniku zwłoki w dostawach liczników na podstawie trzech umów, istotnie opóźniła się ich instalacja, a w konsekwencji realizacja kluczowego dla Energa–Operator SA wdrożenia systemu inteligentnego opomiarowania; w wyniku nienależytego wykonania oprogramowania Zestawów Koncentratorowo–Bilansujących w ramach kolejnej umowy i praktyczne porzucenie prób naprawienia tego stanu przez wykonawcę, zamawiający został zmuszony do poszukiwania alternatywnej metody zapewnienia odpowiedniego działania tych urządzeń, w wyniku zwłoki w realizacji umowy na dostawę i montaż systemu GPS, zamawiający był pozbawiony możliwości korzystania z systemu śledzenia pojazdów w technice GPS, w wyniku niewykonania łączy w technice PLC średnionapięciowego w ramach dwóch umów na dostawę infrastruktury pośredniczącej w technice PLC, doszło do istotnego opóźnienia wykonania komunikacji między infrastrukturą pomiarową a systemami informatycznymi, a zamawiający został zmuszony do poszukiwania alternatywnych metod jej zapewnienia (wymagających wszczęcia odrębnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego), co także opóźniło realizację wdrożenia systemu inteligentnego opomiarowania.

W świetle powyższych okoliczności, uzasadnione było stwierdzenie, ze wykonawca dopuścił się poważnego naruszenia obowiązków zawodowych. Doniosłość naruszeń

z perspektywy odbiorcy przedmiotu tych umów, jakim jest Zamawiający wyraża się nie tylko brakiem możliwości korzystania z przedmiotu umów przez czas nieterminowej ich realizacji, ale także nieosiągnięcia docelowego rezultatu, jakim jest wdrożenie systemu inteligentnego opomiarowania. Niewykonanie łączy w technice PLC średnionapięciowego odnosi się do umów zawartych relatywnie dawno, tj. 25 października 2011 r., a finalnie, mimo upływu czasu i warunkowych odbiorów i przedstawiania produktu do odbioru nie uzyskano wcale krytycznej przepływności 64 kb/s w każdym kierunku niezależnie, mierzonej w warstwie aplikacji. O wadze omawianych uchybień świadczy także konieczność powierzenia wykonania części umowy, związanej z opracowaniem protokołu DCSAP innemu podmiotowi, jak i potrzeba wyłonienia kolejnego wykonawcy w celu wykonania infrastruktury pośredniczącej w technice PLC.

Dla dokonania powyższych ustaleń nie jest przy tym konieczne przeprowadzenie dowodów ze świadków postulowanych przez Odwołującego a także z opinii biegłego. Ustalenia wynikają bowiem z dokumentów, zaś okoliczności, które miały być ustalone za pomocą zeznań świadków [takie jak spotkania z Zamawiającym, określone porozumienia] nie są sporne, sporna jest jedynie ocena co do ich skutku. Podobnie, opinie biegłego – co do konieczności montażu dodatkowych plomb na licznikach a także możliwości osiągnięcia zadeklarowanej przez wykonawcę przepływności w postępowaniu na wykonanie infrastruktury

pośredniczącej w technice PLC, na obecnym etapie nie mogą mieć znaczenia, jeśli wykonawca, w dacie podejmowania zobowiązań a także wykonywania umów przyjął na siebie określone obowiązki. Co więcej, jeśli chodzi o stwierdzenie przez biegłego ewentualnej niemożliwości osiągnięcia zadeklarowanej przez wykonawcę przepływności w postępowaniu na wykonanie infrastruktury pośredniczącej w technice PLC, ewentualne potwierdzenie tezy zgodnie z wnioskiem Odwołującego stanowiłoby potwierdzenie nienależytego wykonania zamówienia, skoro to wykonawca zobowiązał się do realizacji umów według przyjętej przez siebie koncepcji i technologii, był w tym zakresie pomysłodawcą i projektantem stosowanego rozwiązania co po takim czasie wykonywania zamówienia, czy też raczej prób sprostania zobowiązaniu, miałoby się okazać niemożliwym do wykonania. Byłoby to dowodem na niewłaściwą realizacje zamówienia już u samej podstawy, to jest dotyczącej przyjęcia określonych założeń wykonawczych, adekwatnych do zakreślonego celu.

Następnie, podkreślenia wymaga, że wbrew zarzutom stawianym w odwołaniu, dla skutecznego zastosowania podstawy wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy, jeśli Zamawiający przewidział ją w SIWZ lub ogłoszeniu, nie jest konieczne uprzednie wezwanie wykonawcy do wyjaśnień w kwestii ewentualnego wykluczenia, czy to na podstawie powołanego przepisu, czy na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy. Po pierwsze – obowiązek takiego wezwania nie wynika z treści art. 24 ust. 2a ustawy. Przepis ten nie wskazuje, odmiennie przykładowo od art. 26 ust. 2d ustawy, na konieczność stosowania przepisu art. 26 ust. 3 i 4 ustawy, a i te przepisy mają zastosowanie do tych dokumentów, które składane są przez wykonawcę, nie zaś do okoliczności, które wynikają z brzmienia ustawy [art. 24 ust. 2a ustawy] i ogłoszenia lub SIWZ. Celowość takiego zasygnalizowania zamysłu wykluczenia wykonawcy może wynikać z okoliczności konkretnego postępowania, przykładowo, gdy zamawiający rozważa umowy wykonane na rzecz innego podmiotu, o których powziął wiedzę bez udziału wykonawcy albo gdy jego ocena o podstawie wykluczenia wynika z wcześniejszych relacji z wykonawcą, ale zastrzeżenia co do niewłaściwego przebiegu wykonania umowy nie zostały temu wykonawcy zakomunikowane [takie sytuacje miały miejsce w stanach faktycznych opisanych w wyrokach KIO z 3 lutego 2015 r. w spr. KIO 142/15 oraz z 9 lutego 2015 r. w spr. KIO 145/15]. Inaczej jest, gdy wskazane jako stanowiące podstawę wykluczenia umowy dotyczą relacji zamawiającego z danym wykonawcą, znane są między nimi okoliczności ich wykonywania oraz wzajemne zastrzeżenia i roszczenia. Taka sytuacja ma miejsce w analizowanej sprawie: Zamawiający oraz Odwołujący są w fazie odpowiednio zaawansowanego sporu co do wspomnianych siedmiu umów; Zamawiający wystosował wezwania do zapłaty opatrzone notami obciążeniowymi, prowadzono rozmowy ugodowe, Zamawiający wniósł o zawezwanie T–Matic Systems S.A. wraz z Arcus S.A. do próby ugodowej; na przełomie 2013 r. i 2014 r. odbywały

się kolejne spotkania co do wzajemnych roszczeń, miało miejsce posiedzenie pojednawcze przed Sądem Rejonowym dla m.st. Warszawy z dniu 30 grudnia 2013 r., które nie przyniosło rezultatu i zakończyło się umorzeniem na posiedzeniu w dniu 17 lipca 2014 r. postępowania z powodu niestawiennictwa Odwołującego oraz Arcus SA. Tym samym Odwołujący, który miał wiedzę o wzajemnych relacjach z Zamawiającym wynikających z zawartych wcześniej kontraktów oraz roszczeniach jakie na tym tle są wobec niego formułowane, musiał – ubiegając się o zamówienie w postępowaniu, w którym zamawiający przewidział podstawę wykluczenia przewidzianą w art. 24 ust. 2a ustawy – liczyć się z tym, że zaszłości wynikające z realizacji kontraktów, jakie miały miejsce w ciągu trzech lat poprzedzających wszczęcie postępowania zostaną poddane ocenie. Wszak sam fakt wskazania w SIWZ lub ogłoszeniu, że zamawiający przewiduje w postępowaniu omawianą przesłankę wykluczenia jest wystarczającym sygnałem dla wykonawcy, że jego dokonania kontraktowe poddane zostaną ocenie. Tym bardziej, wykonawca musi przewidywać, że jeśli łączyły go z danym zamawiającym umowy i istniały sporne sytuacje co do wykonywanych umów, to zostaną one przez zamawiającego w pierwszym rzędzie dostrzeżone i przywołane jako świadczące o nierzetelności.

To na wykonawcy także ciąży inicjatywa w zakresie powoływania się na okoliczności, o których mówi art. 24 ust. 2a ustawy, pozwalające na odstąpienie przez zamawiającego od wykluczenia z postępowania. Przepis art. 24 ust. 2a ustawy w zdaniu drugim mówi bowiem że zamawiający nie wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, który udowodni, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia. Przepis nie wskazuje na obowiązek jakiegokolwiek działania zamawiającego w tym zakresie ale nakłada na zainteresowanego ciężar i – przede wszystkim – inicjatywę w zakresie wykazania, że szkodę naprawił lub zobowiązał się do jej naprawienia a także, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości. Tym samym zamawiający nie ma obowiązku sygnalizowania zamiaru wykluczenia, jego podstawy faktycznej, która jest między stronami znana a także wzywania, by wykonawca przedstawił okoliczności dla niego korzystne, pozwalające mu na oczyszczenie się ze stwierdzonego faktu poważnego wykroczenia zawodowego. Jak się wskazuje w doktrynie, w odniesieniu do wykazania przesłanek pozwalających na odstąpienie od wykluczenia, brak dowodu w terminie odpowiednim należy interpretować na niekorzyść wykonawcy [R. Szostak, wykluczenie nierzetelnego wykonawcy z ubiegania się

o zamówienie publiczne w nowym ujęciu, Prawo zamówień publicznych, Kwartalnik 1/2015, s. 118].

Stąd brak jest podstaw do czynienia Zamawiającemu zarzutu, że nie zwracał się do Odwołującego z informacją o zamiarze wykluczenia, czy też że nie wzywał wykonawcy do wykazania przesłanek pozwalających na odstąpienie od sankcji wykluczenia.

Odwołujący powoływał się również na konieczność rozstrzygnięcia sądowego w razie zamiaru skorzystania przez zamawiającego z przesłanki wykluczenia opisanej w art. 24 ust. 2a ustawy. Z przepisu tego nie wynika jednak obowiązek posiadania takiego orzeczenia, w przeciwieństwie do uchylonego przepisu art. 24 ust. 1a ustawy. Brak konieczności dysponowania przez zamawiającego orzeczeniem sądowym zaakcentowano też w wyroku TSUE z 13 grudnia 2012 r. w spr. C–465/11, w następstwie którego wprowadzono przepis art. 24 ust. 2a ustawy w obecnym brzmieniu. Motyw 28 tego wyroku mówi, że *artykuł 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18 upoważnia bowiem instytucje zamawiające do udowodnienia dowolnymi* środkami *wykroczenia zawodowego. Ponadto w odróżnieniu od wspomnianego art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. c), prawomocny wyrok nie jest wymagany do stwierdzenia wykroczenia zawodowego w rozumieniu przepisu art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d).* [tak też: R. Szostak, wykluczenie nierzetelnego wykonawcy z ubiegania się o zamówienie publiczne w nowym ujęciu, Prawo zamówień publicznych, Kwartalnik 1/2015, s. 115]. Nie stanowi także przeszkody dla zastosowania wspomnianej przesłanki wykluczenia

fakt rozstrzygnięcia sprawy przez Krajową Izbę Odwoławczą niezależnie od toczącego się postępowania sądowego w związku ze zdarzeniami będącymi podstawą faktyczną wykluczenia. Dostrzeżenia wymaga, że okoliczności mające służyć za podstawę wykluczenia z postępowania [zawinione w odpowiednim stopniu niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia] są niezależne od zakresu podlegającego rozpatrzeniu w postępowaniu sądowym w związku z roszczeniami wynikającymi z niewykonanych lub nienależycie wykonanych umów. W każdym z postępowań inne są podstawy i okoliczności podlegające rozpatrzeniu. W postępowaniu o zamówienie publiczne, w którym zamawiający zamierza zastosować podstawę wykluczenia przewidzianą w art. 24 ust. 2a ustawy istotne jest, czy zamawiający ma dostateczne podstawy, odpowiednio uzasadnione, by uznać, że wykonawca nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie w sposób odpowiednio zawiniony. Dobitnie podkreślone zostało to w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 października 2012 r. w spr. V Ca 1982/12 w odniesieniu do przesłanki wykluczenia z powodu poważnego wykroczenia zawodowego wyrażonej w treści poprzednio obowiązującego przepisu art. 24 ust. 1a ustawy:

„Odnosząc się do zarzutów obu skarg dotyczących zajęcia przez Krajową Izbę Odwoławczą stanowiska, iż w związku z zawisłą pomiędzy stronami sprawą przed sądem powszechnym, nie posiada ona kompetencji do rozstrzygania czy w przypadku wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt la ustawy Pzp zaszły przesłanki, o których mowa w ww. artykule ustawy Pzp, Sąd Okręgowy podziela stanowisko skarżących, iż pogląd Izby w tym przedmiocie jest nieuprawniony nieuprawnione i stoi w sprzeczności z normą art. 190 i nast. ustawy prawo zamówień publicznych. Ze wskazanego przepisu wynika bardzo szeroka kognicja KIO. Zgodnie z nim strony są obowiązane składać dowody na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne, KIO może dopuścić dowód niewskazany przez strony. Nadto KIO, o ile wymaga tego ustalenie stanu faktycznego, może przeprowadzać dowody ze świadków, *dokumentów a nawet z opinii biegłego, a z urzędu winna uwzględnić fakty powszechnie znane. Izba może także odmówić przeprowadzenia dowodu, ocenia moc i wiarygodność dowodów, może prowadzić postępowanie wyjaśniające. W przypadku zawarcia umowy prowadzi ustalenie przesłanek jej unieważnienia. Przedstawiony zakres uprawnień jest zbliżony do zakresu kognicji sądu powszechnego. Tym samym należy podzielić stanowisko skarżących, że KIO co do zasady ma wszelkie kompetencje do merytorycznego rozpoznania sprawy w zakresie objętym konkretnym odwołaniem. Tym samym KIO w związku z konkretnym odwołaniem może a nawet powinna dokonać merytorycznej oceny wiążącego strony stosunku prawnego, a w jej ramach badać takie kwestie jak odstąpienie, wypowiedzenie, rozwiązanie umowy i skuteczność złożonych w tym przedmiocie ewentualnych oświadczeń woli. Oznacza to, że w przedmiotowej sprawie KIO miała wszystkie kompetencje do tego aby móc ustalać uczy zaszły przesłanki wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy tj. do merytorycznej oceny okoliczności istotnych z punktu widzenia hipotezy tej normy prawnej. Jednocześnie, wbrew twierdzeniom odwołującego oraz KIO zawartym uzasadnieniu zaskarżonego wyroku ani Krajowa Izba Odwoławcza, ani sąd rozpoznający skargi od jej wyroku, nie wkraczają w kompetencje sądu rozpoznającego sprawy o zapłatę czy ustalenie, a pomiędzy orzeczeniami tych organów nie zachodzi zależność, której się doszukują. W* świetle *art. 366 k.p.c. wyrok prawomocny ma bowiem powagę rzeczy osądzonej tylko co do tego, co w związku z podstawą sporu stanowiło przedmiot rozstrzygnięcia, a ponadto tylko między tymi samymi stronami. Przepis ten nie stanowi podstawy związania sądu cywilnego ustaleniami Krajowej Izby Odwoławczej i sądu rozpoznającego skargę na jej orzeczenie. Odpowiedź na wątpliwości KIO tkwi w pojęciu podstawy sporu, o którym mowa w przywołanym przepisie. Chodzi w nim bynajmniej nie o oceniane przez organy stosujące prawo okoliczności faktyczne, ale o rodzaj roszczenia oddanego pod osąd. Z uwagi na to,* że *w postępowaniu niniejszym kontroli podlega prawidłowość decyzji podjętych przez zamawiającego w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego, orzeczenie wydane w takiej*

sprawie wiąże sąd tylko w zakresie tego, czy konkretna czynność zamawiającego była prawidłowa, czy nie. Sąd powszechny nie jest natomiast związany oceną stanu faktycznego,

która legła u podstaw takiego rozstrzygnięcia. Rozbieżność ocenna nie jest wprawdzie zjawiskiem pożądanym, ale nieuniknionym, tym bardziej, że postępowanie inicjowane odwołaniem do Krajowej Izby Odwoławczej – mając charakter ekspresowy – siłą rzeczy może nie ujawnić wszystkich istotnych okoliczności sprawy, co jednak nie usprawiedliwia tezy, w świetle *której Izba ma być zwolniona od takiej oceny."*

Powyższe rozważania poczynione przez Sąd w odniesieniu do przepisu w uchylonym brzmieniu, znajdują aktualność także do rozpoznawanego stanu faktycznego. W zakresie obaw Odwołującego co do ustaleń w postępowaniu o zamówienie publiczne a także w postępowaniu odwoławczym, które miałyby mieć charakter prejudykatu wobec zawisłego między stronami sporu cywilnego o zapłatę kwoty 23 125 480,70 zł, na uwagę zasługują spostrzeżenia dokonywane w doktrynie w odniesieniu do relacji orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej do orzeczeń sądowych oraz wzajemnego ich wpływu. Wskazuje się w nich, w odniesieniu do styku orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądowego na gruncie zatrzymania wadium, że wyrok KIO nie stoi na przeszkodzie, aby sąd powszechny w sposób samodzielny, niezawisły i autonomiczny dokonywał ustaleń [tak: Ł. Błaszczak, Moc wiążąca wyroków Krajowej Izby Odwoławczej w postępowaniach sądowych związanych ze zwrotem wadium, Iustitia 1/2013, Ł. Błaszczak: Problematyka dochodzenia roszczeń o zwrot nienależnie zatrzymanego wadium w procesie cywilnym. Uwagi na marginesie art. 46 ust. 4a prawa zamówień publicznych, Radca Prawny, Zeszyty Naukowe 1/2014, s. 55 i nast., a także powołany wyżej wyrok SO z w Warszawie z dnia 29 października 2012 r. w spr. V Ca 1982/12].

W postępowaniu nie wykazano również, by zachodziły przesłanki pozwalające na odstąpienie od wykluczenia [art. 24 ust. 2a zd. drugie ustawy]. W szczególności kwestia szkody, jej wysokości a także ewentualnego obowiązku naprawienia jest na tyle sporna, że trudno przyjąć, że mamy do czynienia z ustaloną szkodą, którą Odwołujący – dla uchronienia się od wykluczenia – musiałby naprawić lub zobowiązać się do jej naprawienia. Dostrzeżenia wymaga również, że taki akt naprawienia lub zobowiązania się do naprawienia szkody, polegający na zapłacie kwoty kar umownych [lub zobowiązaniu się do zapłaty] niweczyłby z pozycji wykonawcy sens procesu cywilnego i obrony w nim. Dostrzeżenia wymaga bowiem charakter kar umownych jako surogatu odszkodowania, mającego uprościć wierzycielowi kompensację poniesionej przez niego szkody. Sama kara umowna, stanowiąc swoistą, zryczałtowaną formę naprawienia szkody nie wymaga stwierdzenia i ustalenia wysokości szkody, jest więc od niej o tyle niezależna. Konsekwencją tego jest, że dopiero jednoznacznie,

w sposób odpowiednio stabilny ustalona między stronami szkoda [przykładowo uznane roszczenie, porozumienie co do jej szkody, bezsporny fakt wystąpienia i wysokości szkody] powinna – w celu zwolnienia się z sankcji wykluczenia – pociągać za sobą obowiązek jej naprawienia lub zobowiązania się do jej naprawienia.

Jeśli chodzi o drugi element związany z przesłanką pozwalającą na niewykluczenie wykonawcy, jest nim przedstawienie zamawiającemu dowodów, że wykonawca podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości. Jak wskazano, ciężar dowodu, że wdrożono taki plan naprawczy [podjęto konkretne środki] spoczywa na zainteresowanym wykonawcy. W analizowanej sprawie Odwołujący nie przedstawił takich instrumentów naprawczych, które by uzasadniały prognozę, że stwierdzone naruszenia obowiązków zawodowych nie będą miały miejsca. Stanowisko prezentowane przez Odwołującego sprowadzało się do zwalczania tezy o zaistnieniu szkody, z którą utożsamiał naliczone – i sporne między stronami, wobec zawisłego sporu – kary umowne. Tymczasem Odwołujący pominął aspekt wspomnianych działań naprawczych, mających eliminować na przyszłość ryzyka naruszeń obowiązków zawodowych, co jest przesłanka niezbędną dla zwolnienia się z sankcji wykluczenia z postępowania w oparciu o przepis art. 24 ust. 2a ustawy. Ocena takich działań spoczywałaby na Zamawiającym i – mimo że nie miała miejsca, skoro Odwołujący nie przedstawił charakterystyki zastosowanych środków naprawczych – powinna prowadzić do stwierdzenia, że w organizacji wykonawcy, jego strukturze zarządczej, stosowanych rozwiązaniach kadrowych, technicznych wprowadzono takie zmiany, które prowadzą do zniwelowania ryzyka powtórzenia się sytuacji stwierdzonych wykroczeń

zawodowych.

Tymczasem analiza zachowania Odwołującego w zakresie poddanych analizie siedmiu kontraktów już tylko w ostatnim okresie poprzedzającym wykluczenie wskazuje, że stan nie uległ zmianie, skoro relatywnie niedawno, tj. 1 grudnia 2014 r. doszło do odstąpienia w zakresie z kontraktów na wykonanie infrastruktury pośredniczącej w technice PLC. Innymi słowy, gdyby takie działania były podjęte, to w pierwszym rzędzie znalazłyby one odzwierciedlenie w zakresie dotychczas wykonywanych kontraktów [a zasadnicza część z nich jest cały czas wykonywana] zaś ich efektywność mogłyby zostać namacalnie zweryfikowana w warunkach trwających dotychczas relacji między stronami. W sprawie nie tylko nie miało jednak miejsca przedstawienie przez wykonawcę takich środków naprawczych, ale realia wykonywania dotychczasowych kontraktów nie wskazują, by zastosowano środki dające nadzieję na poprawę sytuacji i wyeliminowanie ryzyka naruszeń w przyszłości.

Tym samym brak jest też podstaw do stwierdzenia przesłanek wyłączających sankcję wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy. w konsekwencji, czynność wykluczenia Odwołującego na tej podstawie należy uznać za prawidłową i znajdującą potwierdzenie w dyspozycji przywołanego przepisu jak i powołanych przez Zamawiającego okoliczności związanych z realizacją dotychczasowych siedmiu kontraktów.

Nie znalazły również potwierdzenia te zarzuty, które skierowane zostały wobec wyboru [zaniechania wykluczenia] wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Andra spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Atende Software spółki z ograniczona odpowiedzialnością w Warszawie.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania – na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1] i 2] *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* [Dz.U. Nr 41 poz. 238].

Skład orzekający: