

Sygn. akt: KIO 1549/18

## WYROK

z dnia 21 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący

Monika Szymanowska

Członkowie:

Bartosz Stankiewicz

Klaudia Szczytowska - Maziarz

Protokolant:

Norbert Sierakowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 sierpnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 sierpnia 2018 r. przez wykonawcę B. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BARTBUD R. B. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa - Ministra Obrony Narodowej, reprezentowanego przez Dyrektora Zakładu Inwestycji Organizacji Traktatu Północnoatlantyckiego w Warszawie

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

1.1. unieważnienie informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania,

1.2. dokonanie ponownego badania i oceny wniosków, z uwzględnieniem wniosku odwołującego,

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Skarb Państwa - Ministra Obrony Narodowej, reprezentowanego przez Dyrektora Zakładu Inwestycji Organizacji Traktatu Północnoatlantyckiego w Warszawie i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez wykonawcę B. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BARTBUD R. B. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Skarbu Państwa - Ministra Obrony Narodowej, reprezentowanego

przez Dyrektora Zakładu Inwestycji Organizacji Traktatu Północnoatlantyckiego w Warszawie na rzecz wykonawcy B. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BARTBUD R. B. w Warszawie kwotę w wysokości 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione przez powyższego tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

do wyroku z dnia 21 sierpnia 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1549/18

Zamawiający Skarb Państwa - Minister Obrony Narodowej, reprezentowany przez Dyrektora Zakładu Inwestycji Organizacji Traktatu Północnoatlantyckiego,

ul. Nowowiejska 28a, 02 - 010 Warszawa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Sprawowanie kompleksowego nadzoru nad robotami budowlanymi oraz opracowanie rozliczenia rzeczowo - finansowego w ramach realizacji zadań: Budowa i modernizacja składu paliw lotniczych i samochodowych zgodnie z MWWO-U Mińsk Mazowiecki”, o numerze nadanym przez zamawiającego NCB/7/2018, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 czerwca 2018 r. pod numerem 2018/S 121-276221, zwane dalej jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie dotyczące zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego, o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), dalej jako „p.z.p.”.

W dniu 27 lipca 2018 r. zamawiający przekazał wykonawcy B. R. prowadzącemu działalność gospodarczą pod firmą BARTBUD R. B., ul. Husarska 60, 02 - 489 Warszawa, dalej zwanemu jako „odwołujący”, informację o wykluczeniu go z postępowania. Od tej czynności zamawiającego odwołujący w dniu 6 sierpnia 2018 r. wniósł odwołanie, w którym - zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 3 p.z.p. - postawił następujące zarzuty naruszenia:

1. art. 22d ust. 2 w zw. z art. 131e ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p., poprzez uznanie, że odwołujący nie posiada wymaganych zdolności, ponieważ

zaangażowanie jego zasobów zawodowych w inne przedsięwzięcia gospodarcze może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia, na skutek czego odwołujący został wykluczony z postępowania,

2. art. 26 ust. 3 p.z.p., poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów,
3. art. 26 ust. 4 p.z.p., poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnień,
4. art. 131j ust. 2 pkt 1 p.z.p., poprzez podjęcie decyzji o zawieszeniu postępowania bez uwzględnienia odwołującego jako wykonawcy kwalifikującego się do dalszej części postępowania.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, unieważnienie informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, unieważnienie decyzji o zawieszeniu postępowania oraz nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego badania wniosków z uwzględnieniem wniosku odwołującego. Odwołujący sformułował wniosek ewentualny o nakazanie wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów i nakazanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień.

Uzasadniając wniesienie środka ochrony prawnej odwołujący podniósł co następuje. W zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 22d ust. 2 w zw. z art. 131e ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p., poprzez uznanie, że odwołujący nie posiada wymaganych zdolności, ponieważ zaangażowanie jego zasobów zawodowych w inne przedsięwzięcia gospodarcze może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia, na skutek czego odwołujący został wykluczony z postępowania, odwołujący podniósł, że w jego ocenie stanowisko zamawiającego w przedmiocie braku dostępności u odwołującego zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia będącego przedmiotem postępowania, nie jest prawidłowe.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zamawiający dysponuje pewną dozą swobody w ocenie dokonywanej na podstawie art. 22d ust. 2 p.z.p., lecz nie oznacza to, że ocena ta może być dowolna, arbitralna i oderwana od rzeczywistych okoliczności związanych z zaangażowaniem zasobów wykonawcy. W przypadku, gdy zamawiający przekracza granice swobody oceny, można postawić zarzut naruszenia tego przepisu, gdyż brak takiej możliwości pozostawiałby istotną część decyzji zamawiających poza jakąkolwiek kontrolą w ramach środków ochrony prawnej.

Odwołujący przypomniał, że zamawiający w piśmie z dnia 27.07.2018 r. wskazał, iż bieżąca realizacja przez odwołującego sześciu umów na rzecz zamawiającego może mieć niekorzystny wpływ na wykonanie przedmiotowego zamówienia. Według odwołującego wniosek taki, w świetle poniższych okoliczności, nie jest wnioskiem uzasadnionym. Umowa, która zostanie zawarta w efekcie przeprowadzenia przedmiotowego przetargu będzie realizowana przez 34 miesiące, a zatem zakładając, że jej podpisanie nastąpi w dniu 01.09.2018 r. będzie ona realizowana do czerwca 2021 roku. Tymczasem, w zakresie terminów zakończenia obecnie realizowanych przez odwołującego dla zamawiającego umów, należy zaznaczyć, że:

- a) termin realizacji umowy U/26/2017 kończy się 30.11.2018 r.
- b) termin realizacji umowy U/43/2017 kończy się 02.12.2019 r.
- c) termin realizacji umowy U/60/2017 kończy się 20.03.2019 r.
- d) termin realizacji umowy U/10/2018 kończy się 02.09.2019 r.
- e) poszczególne etapy umowy U/59/2017 kończą się: 20.12.2018 i 20.03.2019 r.
- f) poszczególne etapy umowy U/61/2017 kończą się: 20.12.2018 i 20.03.2019 r.

Zatem w trakcie realizacji zamówienia objętego przedmiotowym postępowaniem, poszczególne umowy będą wygasły i ich realizacja nie będzie miała wpływu na wykonanie spornego zamówienia.

Jedyną umową, która swoim zakresem odpowiada zobowiązaniom wynikającym z rzeczzonego zamówienia jest umowa U/26/2017, której przedmiotem jest nadzór nad

robotami budowlanymi na lotnisku wojskowym w Mińsku Mazowieckim, a więc dokładnie w tym miejscu, w którym będą wykonywane czynności nadzoru na podstawie niniejszego zamówienia. Umowa ta, jak wyżej wskazano, kończy się 30.11.2018 r., ale jej wykonywanie nie tylko nie będzie kolidowało z przedmiotowym zamówieniem, ale wręcz przyczyni się do efektywniejszego wykorzystywania zasobów odwołującego, który już sprawuje nadzór nad robotami w tym samym miejscu. Ponadto, zgodnie z umową nr U/26/2017, obecność odwołującego na terenie budowy ograniczona jest, w zależności od danego specjalisty, do jednego razu w tygodniu, bądź do dwóch razy w miesiącu. Również odległość od siedziby odwołującego do miejsca wykonywania zamówienia objętego postępowaniem jest na tyle niewielka, że stanowi to dodatkowy argument za efektywnością organizacji pracy odwołującego.

Następnie odwołujący podniósł, że w ramach umów, które ma obecnie podpisane z zamawiającym, do ich realizacji wskazywany był podwojony skład osobowy, tj. na każdą funkcję, na którą zamawiający przewidywał jedną osobę, odwołujący wskazywał dwie. Zatem, zdaniem odwołującego, jest on w pełni zabezpieczony na wypadek wystąpienia szczególnych okoliczności, związanych bądź z nieobecnością części personelu, czy nagłym przyrostem zakresu pracy do wykonania. W każdą z obecnie realizowanych dla zamawiającego umów zaangażowanych jest od 3 - 5 osób, z czego wynika więc, że odwołujący dysponuje znacznym zapasem potencjału kadrowego.

Odwołujący wskazał również, iż w ramach umów nr U/59/2017, U/60/2017 oraz U/61/2017 znaczna część obecnie wykonywanych prac związana jest z kwestiami formalnymi (administracyjnymi), a osoby z wykazu w ogóle nie biorą w tych pracach udziału. Kwestiami formalno - prawnymi zajmują się bowiem dedykowani do tego specjaliści, których w wykazie w ogóle się nie ujmuje.

Następnie odwołujący podkreślił, że co do zastrzeżeń w zakresie realizacji umów nr U/43/2017 i U/10/2017, odwołujący zajął w tym przedmiocie stanowisko - pismo z dnia

18.07.2018 r. zostanie złożone na rozprawie jako dowód - w którym to odwołujący kwestionuje zarzuty zamawiającego, gdyż nie zostały one przedstawione w trybie

przewidzianym umową, a także z uwagi na ich niezasadność. Ponadto, odwołujący dodał, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie jest właściwym forum dla

rozwiązywania sporów pomiędzy wykonawcą, a zamawiającym.

W dalszej części uzasadnienia odwołania, odwołujący zaznaczył, że w jego ocenie zamawiający nie jest uprawniony do badania, czy ewentualne zaangażowanie odwołującego w realizację zamówienia będącego przedmiotem postępowania mogłoby mieć wpływ na inne przedsięwzięcia gospodarcze odwołującego, zaś art. 22 ust. 1 p.z.p. pozwala wyłącznie na ocenę wpływu bieżącego zaangażowania zasobów odwołującego na możliwość realizacji zamówienia będącego przedmiotem postępowania, a zatem jest to ocena jednokierunkowa. Zdaniem odwołującego ocena realizacji bieżących zobowiązań może być dokonywana wyłącznie w oparciu o postanowienia łączącej strony umowy. Zatem w tymże zakresie zamawiający naruszył przepis art. 22d ust. 2 p.z.p., albowiem w piśmie z 27.07.2018 r., którym poinformował odwołującego o wykluczeniu go z postępowania, zamawiający odwołał się także do potencjalnych niekorzystnych skutków udzielenia przedmiotowego zamówienia na realizację umów już wykonywanych. Wskazanie przez zamawiającego na ten aspekt, w ocenie odwołującego, wskazuje na to, że było to brane pod uwagę przy ocenie zasobów odwołującego, a więc ewidentnie doszło do naruszenia komentowanego przepisu.

W konsekwencji powyższego według odwołującego nie istnieje podstawa do wykluczenia go z postępowania.

W stosunku do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 p.z.p., poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów, odwołujący zaznaczył, że stawia ten zarzut z ostrożności, gdyż w przypadku, gdy zamawiający korzysta z uprawnienia przewidzianego w art. 22d ust. 2 p.z.p., winien - przed wykluczeniem odwołującego - wezwać go do uzupełnienia wykazu osób.

W opinii odwołującego nie ma żadnego uzasadnienia dla tego, aby wykonawca, który jest wykluczany z postępowania na podstawie art. 24 ust. 12 p.z.p. był w lepszej sytuacji, niż ten, który jest wykluczany w związku z art. 22d ust. 2 p.z.p. Jeśli zamawiający są zobowiązani do wzywania do uzupełnienia dokumentów wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to tym bardziej powinni być zobowiązani do takiego wezwania wobec wykonawców, którzy co do zasady wykazali się spełnieniem warunków. O ile wykonawcy, którzy popełnili np. błąd przy sporządzaniu wykazu i umieścili

w nim osoby nie spełniające warunków, przy zachowaniu najdalej idącej ostrożności mogli byli się przed takim błędem ustrzec, o tyle wykonawca wykluczany z uwzględnieniem art. 22 ust. 2 p.z.p. nie ma możliwości przewidzenia oceny zamawiającego, gdyż jak wcześniej zauważono, cechuje się ona pewną dozą subiektywizmu.

Odwołujący podniósł również, że dodatkowym uzasadnieniem dla konieczności wezwania odwołującego do uzupełnienia wykazu może być argument odwołujący się do instytucji self - cleaningu. Według odwołującego p.z.p., w licznych przypadkach, umożliwia wykonawcom odniesienie się do okoliczności, które mogłyby leż u podstawy ich wykluczenia. Trudno jest przyjąć, iż ustawodawca nie miał zamiaru objąć instytucją uzupełnienia dokumentów lub self - cleaningu, jednego tylko przypadku w ustawie, który nie stanowi akurat największego zagrożenia dla interesów zamawiających. W przypadku gdy wykonawca zostanie wezwany do uzupełnienia np. wykazu osób, będzie miał wybór - wnieść od czynności wezwania odwołanie lub zastosować się do treści wezwania i wymienić kadrę na inną, która nie jest zaangażowana w realizację zamówień w stopniu zagrażającym prawidłowemu wykonaniu zamówienia objętego przedmiotem danego postępowania. W takim przypadku wykonawca, który prawidłowo uzupełni wykaz będzie dawał zamawiającemu rękojmię należytego wykonania zamówienia. Nie dojdzie też wówczas do naruszenia art. 7 ust. 1 p.z.p., tzn. zasady równego traktowania wykonawców.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 4 p.z.p., poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnień, odwołujący uzasadnił jak niżej.

Art. 22d ust. 2 p.z.p. wykładany w sposób literalny nie nakłada na zamawiającego obowiązku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień przed podjęciem decyzji o wykluczeniu, z powodu nadmiernego zaangażowania zasobów w inne przedsięwzięcia gospodarcze. Jednakże mając na uwadze restrykcyjny charakter decyzji o wykluczeniu, a także i to, że zamawiający nie mają pełnej wiedzy na temat czynności podejmowanych przez wykonawców i bieżącego stanu ich zasobów, który przecież może się zmieniać, należy komentowany przepis wyklądać celowościowo, a także systemowo, z uwzględnieniem pozostałych przepisów p.z.p. - taka wykładnia prowadzi do wniosku, iż zamawiający powinien wezwać wykonawcę, którego zamierza wykluczyć na podstawie art. 22d ust. 2 p.z.p., do złożenia wyjaśnień w zakresie zasobów, którymi dysponuje i do odniesienia się do stanowiska zamawiającego, w kwestii zagrożenia dla realizacji zamówienia objętego postępowaniem, ze względu na zaangażowanie zasobów na innych kontraktach.

Ponadto, w ocenie odwołującego, zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy p.z.p. zamawiający wzywa wykonawcę także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 p.z.p. Zatem skoro każdy wykonawca składa oświadczenie, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu, to nie ma przeszkód, aby w stosunku do takiego oświadczenia złożone zostały wyjaśnienia, w oparciu o art. 26 ust. 4 p.z.p.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego, dopuszczenie dowodów z dokumentów wymienionych w treści uzasadnienia odpowiedzi na odwołanie, wskazanych dla potwierdzenia faktów, z których zamawiający wywodzi skutki prawne oraz obciążenie odwołującego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami wynagrodzenia zastępstwa procesowego, zgodnie z fakturą VAT złożoną na rozprawie.

W uzasadnieniu złożonego stanowiska procesowego zamawiający przytoczył stan faktyczny sprawy oraz część argumentacji podniesionej w odwołaniu. Ponadto zamawiający podkreślił, że współpracuje z odwołującym od ponad roku i w tym okresie miał możliwość oceny "zaangażowania zasobów (...) zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze" zamawiającego, a tym samym miał możliwość samodzielnej oceny wpływu tego zaangażowania na "realizację zamówienia" objętego sporem. Wpływ ten zamawiający ocenił jako negatywny i z tej przyczyny wykluczył odwołującego z przetargu ograniczonego, w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, nr NCB/7/2018. Zamawiający podniósł także, iż prowadzi on wnikliwą ewaluację własnych zadań prowadzonych przez odwołującego i dostrzega, że zasoby zawodowe odwołującego wyczerpały się w sposób uniemożliwiający bezskutkowe wejście w nowe zamówienie, dotyczące kompleksowego nadzoru inwestorskiego nad specjalistycznymi robotami budowlanymi, wartymi ponad 100 000 000,00 złotych. Wyczerpanie zasobów zawodowych zamawiający dostrzegł we wszystkich obszarach podnoszonych przez odwołującego, przy czym ocena ta jest diametralnie różna od dokonanej przez wykonawcę. W tym zakresie przede wszystkim wymaga sprostowania kilka faktów, bowiem według zamawiającego, wydaje się, że odwołujący w sposób wykraczający poza swobodę procesową przedstawia własną pozycję zawodową.

Zamawiający wskazał, że obecnie realizowane przez odwołującego zamówienia ulegną zakończeniu najwcześniej w okresie 02/2020, co jest terminem pierwotnie planowanym, który według wiedzy stron zostanie przedłużony, m.in. na zadaniu w Mińsku Mazowieckim i Gdyni o minimum 5 miesięcy. W efekcie niewykluczenie odwołującego miałoby ten skutek, że siedem zadań byłoby prowadzonych w jednym czasie przez jeden podmiot (dowód: porównanie zadań bieżących i zadania planowanego).

Następnie zamawiający podkreślił, że w jego ocenie równie bezsporną okolicznością jest fakt, że planowane zamówienie cechuje się niewspółmiernie - do zadań bieżących - wysokim stopniem skomplikowania i rozmiarem zakresu rzeczowego. W ujęciu rzeczowym zadania bieżące uwzględniane łącznie obejmują czwartą część (1/4) zadania planowanego. Tym samym dla sprawy nie ma znaczenia, że miejsce realizacji spornego zamówienia pokrywa się z miejscem realizacji już prowadzonego zadania w Mińsku Mazowieckim, bowiem nie da się porównać rzeczy nieporównywalnych. Zamawiający podniósł również, że oba zamówienia nadzorcze dzieli 10 - krotna różnica skali, zarówno w zakresie obiektów powierzchni lotniskowych, jak i w zakresie obiektów kubaturowych. Ponadto planowane zadanie paliwowe objęte przedmiotowym zamówieniem charakteryzuje się znacznie większym rozmiarem i specjalistycznym charakterem, w odróżnieniu od obiektów lotniskowych zadania bieżącego (aktualnie realizowanego), z uwagi na jego specyfikę w której dominującą infrastrukturą jest infrastruktura podziemna magazynowo - dystrybucyjna wraz z instalacjami i urządzeniami towarzyszącymi, co przekłada się na wartość nadzorowanych robót planowanych wynoszącą 118 000 000,00 złotych (netto) w stosunku do kontraktu dotyczącego nadzoru bieżącego nad obiektami lotniskowymi wynoszącymi 7 030 000,00 złotych (netto), co stanowi 5,9 % wartości kontraktu bieżącego w stosunku do planowanego (dowód: porównanie rzeczowe objętych kompleksowym nadzorem inwestorskim zadań planowanego i bieżącego w Mińsku Mazowieckim).

Zamawiający przytoczył fragment komentarza do art. 22d p.z.p. pod red. J.E. Nowickiego, wyd. Wolters Kluwer Polska S.A., 2018 r. oraz zaznaczył, iż czytelną ilustracją "zaangażowania zasobów (...) zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze" (zadania bieżące) jest zderzenie informacji o liczbie osób zgłoszonych przez odwołującego do realizacji zadań bieżących i liczba osób faktycznie wykonujących obowiązki. W tym kontekście podnoszony przez odwołującego "podwojony skład osobowy" zaangażowanego personelu, w ocenie zamawiającego, jest argumentem o tyle chybionym, że papierowe zaangażowanie personelu nigdy nie przekłada się na efektywność faktyczną. Innymi słowy, według zamawiającego, w żadnej pracy odwołującego nie dostrzegł on zaangażowania większego niż 6-osobowe, co widać w danych z dokumentacji projektowej odwołującego oraz w danych z załączonych list obecności. Dane te zaprzeczają twierdzeniom odwołującego o uczestnictwie w zadaniach bieżących 27 osób przeznaczonych do prac projektowych i nadzorczych, i potwierdzają że odwołujący dysponuje wyłącznie i realnie zespołem jedynie 6 osób, wśród których kluczowy personel odwołującego (M.B., B.R., K.S.) obsługuje kilka specjalności i branż projektowych i nadzorczych, w ramach każdorazowej umowy z zamawiającym (dowód: listy obecności dokumentujące zaangażowanie zawodowe odwołującego, zestawienie osób zgłoszonych przy zawieraniu umów, zestawienie osób zaktualizowane 27.03.2018, pismo odwołującego z dnia 28.03.2018 r., nr 1399/18).

W dalszej kolejności zamawiający argumentował, że w jego ocenie na uwagę zasługuje twierdzenie odwołującego, że zadaniami zamawiającego zajmują się osoby "których w wykazie w ogóle się nie ujmuje", gdyż przepisy o ochronie informacji niejawnych wykluczają by osoby spoza wykazu osób miały styczność z pracami realizowanymi na rzecz zamawiającego. Stanowi o tym każdorazowo zapis kontraktowy, zgodnie z którego brzmieniem zmiana którejkolwiek z osób wymienionych w wykazie osób wymaga "pisemnego zaakceptowania przez zamawiającego", pod rygorem "odstąpienia od umowy przez zamawiającego z winy wykonawcy". W tej sytuacji okoliczność ta jest przedmiotem odrębnego badania, podobnie jak naruszenie przez odwołującego przepisów o ochronie informacji niejawnych, podnoszonych przez Wojewodę Wielkopolskiego w piśmie z dnia 27 lipca 2018 r. Dowodzi ono samodzielnie, że odwołujący klauzulowane materiały niejawne przekazuje w ramach jawnych kanałów dystrybucji, bez zachowania rygorów przepisów o ochronie informacji niejawnych, co spowodowało wdrożenie przez zamawiającego postępowania wyjaśniającego (dowód: pismo Wojewody Wielkopolskiego).

Zamawiający podniósł również, iż powodu licznych uwag zamawiającego co do jakości pracy odwołującego, w tym w obszarze ochrony informacji niejawnych, ten w najbliższym czasie będzie zmuszony zwiększyć zaangażowanie w prace bieżące prowadzone na rzecz zamawiającego. Przełoży się to wydatnie na negatywnie oceniany przez zamawiającego wpływ "zaangażowania zasobów (...) zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze" zamawiającego (zadania bieżące), na "realizację zamówienia" objętego sporem (zamówienie planowane). Z uwagi natomiast na to, że "dowodem naruszenia w sposób zawiniony przez odwołującego obowiązków zawodowych, w szczególności, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa może być nie

tylko wyrok sądowy" (tak KIO w wyroku z 19.06.2015, sygn. akt 120/15), zamawiający w załączeniu przedstawia dowody wymaganego zwiększenia aktywności odwołującego na już realizowanych dla zamawiającego zadaniach, co dotyczy zadań w Mińsku Mazowieckim, Mirosławcu, Powidzu i Gdyni. To zwiększone zaangażowanie, w tym skala pracy, jaka pozostaje w zakresie obowiązków odwołującego przy zadaniach bieżących, realnie wiąże zasoby zawodowe (potencjał ludzki) odwołującego i w efekcie nie pozwala na przyjęcie, że zadanie planowane odwołujący zrealizuje poprawnie. W takich sytuacjach, według zamawiającego, ustawodawca poprzez art. 22d ust. 2 p.z.p. pozwala uznać, że faktycznie wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, bowiem nie daje gwarancji prawidłowej realizacji planowanego zamówienia. W konsekwencji in casu zamawiający uprawniony był przyjąć, że odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 131e ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22d ust. 2 p.z.p. Taka decyzja zamawiającego podlega przy tym ochronie według art. 22d ust. 2 p.z.p., ponieważ została podjęta w zbadanych okolicznościach (znanych zamawiającemu z urzędu) uzasadniających jej zastosowanie. (dowód: pisma stron dot. realizowanych dla zamawiającego zadań z dnia 20.07.2018 r., z dnia 11.07.2018 r., z dnia 20.07.2018 r., z dnia 27.07.2018 r., z dnia 17.07.2018 r., z dnia 04.07.2018 r. wraz z pełnomocnictwem PGS SW Sp. z o.o.).

W ocenie zamawiającego negatywny wpływ zadań bieżących jest podzielany przez samego odwołującego, bowiem zamawiający z powołaniem się na art. 22d ust. 2 p.z.p. wykluczył już odwołującego z innego postępowania przetargowego w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa - nr NCB/5/2018. Tej decyzji odwołujący nie oprotestował pomimo, że opierała się na tych samych podstawach faktycznych i prawnych, co obecnie skarżona decyzja zamawiającego (dowód: zawiadomienie zamawiającego z 06.07.2018 r.).

Następnie zamawiający zaznaczył, że nie badał potencjalnych niekorzystnych skutków udzielenia zamówienia na realizację umów już wykonywanych, co czyni zarzut bezprzedmiotowym.

W zakresie zarzutu zaniechania wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów i do złożenia wyjaśnień zamawiający wskazał, że art. 22d ust. 2 p.z.p. nie nakazuje zamawiającemu przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego we wskazanym zakresie, co potwierdza stanowisko tut. Izby (tak KIO w wyroku z dnia 09.11.2017 r., sygn. akt 2214/17). Z treści powołanego przepisu, w opinii zamawiającego wynika, że zamawiający ocenia warunki dotyczące zdolności technicznej i zawodowej m.in. przez pryzmat dostępności wymaganych zasobów do prawidłowego wykonania zamówienia. W przypadku gdy wskazane zasoby są już wykorzystywane do realizacji innych przedsięwzięć gospodarczych, co zagraża obiektywnie prawidłowej realizacji udzielanego zamówienia, zamawiający może uznać, że warunek nie jest spełniony.

Komentowany przepis ma zapobiec wyborowi wykonawcy, który wprawdzie odpowiednie zasoby posiada i wykazał je zamawiającemu, jednakże te wykazane zasoby są już wykorzystywane do wykonywania innych umów lub własnych przedsięwzięć wykonawcy. Zaangażowanie w inne przedsięwzięcia powoduje więc, że zasoby nie mogą być wykorzystane do realizacji przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego, a należyte wykonanie zobowiązania może być zagrożone (tak M. Stachowiak, Komentarz do art.22(d) ustawy - Prawo zamówień publicznych). Ponadto odwołujący zacytował fragment komentarza do art. 22 d p.z.p., red. J. Pieróg, wyd. 14, oraz podniósł, że zamawiający nie ma obowiązku suplementować się dokumentami odwołującego lub jego wyjaśnieniami, co dodatkowo prawnie nie jest dopuszczalne ze względu na to, że wspomniane instytucje uzupełnienia dokumentów oraz złożenia wyjaśnień odnoszą się do wad stwierdzonych w dokumentach, a nie w rzeczywistym stanie rzeczy dotyczącym potencjału odwołującego. Tym samym zarzut odwołującego nie ma uzasadnienia prawnego.

W stosunku co do ostatniego zarzutu - decyzji o zawieszeniu postępowania, według zamawiającego, nie został on w żaden sposób umotywowany, co uniemożliwia polemikę i nie spełnia wymogów art. 180 ust. 3 p.z.p. Na potwierdzenie swojego stanowiska zamawiający przytoczył fragment wyroku Izby z 25.05.2016 r. sygn. akt KIO 787/16.

Tak określone, na podstawie art. 180 ust. 3 p.z.p., zarzuty i stanowiska stron zakreśliły zakres sporu objętego kognicją Krajowej Izby Odwoławczej w ramach przedmiotowego postępowania. Zgodnie bowiem z art. 192 ust. 7 p.z.p. Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały podniesione w odwołaniu, a zatem a contrario musi orzec co do tych zarzutów, które w odwołaniu zostały zawarte.

Izba jest zatem związana przedstawionymi zarzutami i co do zasady nie może orzekać w zakresie szerszym niż wskazano w odwołaniu, co jednak nie oznacza związania Izby podstawą prawną wskazaną przy dokonywaniu kwalifikacji naruszenia prawa przez zamawiającego. Izba jest uprawniona do orzekania w sytuacji, gdy okoliczności faktyczne

podniesione w zarzutach odwołania, a także opis czynności lub zaniechania zamawiającego wskazują na faktyczne naruszenie przepisów ustawy i nie budzą jakichkolwiek wątpliwości (vide wyrok KIO z 26.04.2012 r., sygn. akt KIO 711/12).

Zakres kognicji Krajowej Izby Odwoławczej i związanie go bezpośrednio z zarzutami, które odwołujący stawia zachowaniu zamawiającego był wielokrotnie potwierdzany przez orzecznictwo samej Izby (tak KIO w wyrokach: z 08.12.2015 r., sygn. akt KIO 2598/15; z 09.09.2016 r., sygn. akt KIO 1610/16) jak i Sądów powszechnych i Sądu Najwyższego (tak Sąd Najwyższy w Uchwale z dnia 17 lutego 2016 r. w sprawie o sygn. akt III CZP 111/15, Sąd Okręgowy w Gdańsku z 25 maja 2012 r. w sprawie o sygn. akt XII Ga 92/12).

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem dowodowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedstawioną w kopii uwierzytelnionej przez zamawiającego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, gdzie odwołujący i zamawiający podtrzymali stanowiska przedstawione pisemnie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż niniejsza sprawa, w zakresie zarzutów podniesionych przez odwołującego, mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p. i że odwołanie, które ją zainicjowało zostało wniesione przez podmiot uprawniony i dotyczy materii określonej w art. 179 ust. 1 p.z.p. oraz art. 180 ust. 1 p.z.p., a więc podlega kognicji Krajowej Izby Odwoławczej. Ponadto Izba ustaliła, że odwołanie podlega rozpoznaniu na podstawie art. 187 ust. 1 p.z.p. i że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 p.z.p., a których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek materialnoprawnych wskazanych w art. 179 ust. 1 p.z.p., co warunkuje możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej przez odwołującego.

Jak podniósł odwołujący działania i zaniechania zamawiającego uniemożliwiły odwołującemu otrzymanie przedmiotowego zamówienia, wobec czego odwołujący może ponieść szkodę. Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu i w związku z tym winien być zakwalifikowany do dalszej części postępowania. W przypadku, gdyby zamawiający prawidłowo zastosował przepisy p.z.p. odwołujący zostałby dopuszczony do dalszego etapu postępowania i mógłby złożyć zamawiającemu najkorzystniejszą ofertę, a tym samym miałby szansę na uzyskanie zysku z realizacji zamówienia.

W konsekwencji powyższego skład orzekający stwierdził, iż odwołujący wykazał, a zamawiający nie zakwestionował interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia, przejawiającego się możliwością poniesienia przez odwołującego szkody, w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów p.z.p.

Postawione przez odwołującego zarzuty wniesionego środka ochrony prawnej sprowadzały problematykę sprawy do dwóch osi sporu - w pierwszej kolejności co do prawidłowości czynności wykluczenia odwołującego przez zamawiającego z postępowania, - w dalszej co do ewentualnego zaniechania czynności wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów, a także w przedmiocie wezwania do złożenia wyjaśnień, dotyczących dysponowania odpowiednimi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Izba dokonała oceny stanu faktycznego, ustalonego w sprawie, mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że: "Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia". Uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności ustalenia poczynione na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dostarczonej przez zamawiającego oraz zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu, w konfrontacji z dowodami złożonymi przez strony, Izba stwierdziła, iż sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W oparciu o okoliczności faktyczne ujęte w odwołaniu, skład orzekający stwierdził



naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy skutkujące nieprawidłowym wykluczeniem odwołującego z postępowania, co istotnie wpływa na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zaś twierdzenia podnoszone w tym przedmiocie przez zamawiającego Izba uznała za gołosłowne, zmierzające wyłącznie do poprawy sytuacji procesowej strony i nie mogące uchylić obiektywnej bezprawności odpowiednich, zakwestionowanych przez odwołującego czynności i zaniechań zamawiającego. Konsekwencją uwzględnienia zarzutów odwołania jest nakazanie zamawiającemu unieważnienia informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania oraz dokonanie ponownego badania i oceny wniosków, z uwzględnieniem wniosku odwołującego.

Izba nie uwzględniła wniosku odwołującego o unieważnienie czynności zamawiającego w przedmiocie zawieszenia postępowania, gdyż zgodnie z pkt 9 protokołu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, wnioski złożyły dwa podmioty - odwołujący i konsorcjum wykonawców ZAZ Sp. z o.o. w Warszawie i KAROX Sp. z o.o. w Poznaniu, zaś zamawiający zawiesił postępowanie na podstawie art. 131j ust. 2 pkt 1 p.z.p., ze względu na zbyt niską liczbę wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu, która zgodnie z art. 131j ust. 1 p.z.p. wynosi nie mniej niż 3 wykonawców. Zatem przy przywróceniu odwołującego do postępowania nadal zachodzą ustawowe przesłanki zawieszenia postępowania, natomiast wobec braku wykazania, że działanie zamawiającego było nieprawidłowe Izba nie znalazła podstaw dla podważenia tej czynności zamawiającego. Na marginesie należy nadmienić, że zawieszając postępowanie, zamawiający nie dokonuje formalnego zakończenia postępowania, a wykorzystuje ustawową instytucję właściwą jedynie dla zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa.

Na wstępie rozważań należy zaznaczyć, że wykluczenie odwołującego

z postępowania nastąpiło poprzez przekazanie mu informacji z dnia 27 lipca 2018 r. - zawiadomienie o wykluczeniu z postępowania, w treści której zamawiający jako podstawę prawną wskazał art. 131e ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 24 ust 1 pkt 12 w zw. z art. 22 p.z.p.

W uzasadnieniu prawnym przytoczono art. 22d ust. 2 p.z.p. i fragment wyroku Izby sygn. akt KIO 352/17 o zakazie automatycznego stosowania przepisu i obowiązku wykazania przesłanek przepisu. Natomiast uzasadnienie faktyczne sprowadzało się do wskazania, że zamawiający „ocenił, że wykonawca na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności zawodowej wskazał zespół osób (personel wykonawcy), którego zdecydowana większość realizuje inne zamówienia dla zamawiającego (6 umów na nadzór i prace projektowe).”, co według zamawiającego może mieć negatywny wpływ na tok realizacji zamówienia nr NBC/7/2018, w szczególności co do zachowania terminu realizacji prac. Na marginesie dodano, że negatywny wpływ obejmie również obecnie realizowane dla zamawiającego umowy. Następnie podniesiono, że podczas realizacji umów nr U/43/2017 i U/10/2018, w przedmiocie wykonania dokumentacji projektowej zamawiający stwierdził rozbieżności w opracowanej dokumentacji w zakresie rzeczowym co do zakresu przedmiotu umowy oraz przytoczono fragment zastrzeżeń z 11.07.2018 r. dot. nieprawidłowego wykorzystania przez wykonawcę dokumentacji, która została mu udostępniona do celów pomocniczych i informacyjnych, co zdaniem zamawiającego będzie wymagało od wykonawcy zwiększonego zaangażowania w realizację kolejnych umów i wyłącza możliwość przyjęcia i prawidłowej realizacji kolejnych obowiązków.

Izba ustaliła, że wyżej przytoczona treść znajduje swoje odzwierciedlenie również w pkt 13 ppkt 4 protokołu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, gdzie zamawiający wskazał powody niezaproszenia odwołującego do składania ofert.

Porównując rzeczzone zawiadomienie o wykluczeniu wykonawcy z argumentacją przedstawioną przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie, Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 p.z.p., gdyż zamawiający dopiero w trakcie powstałego sporu przez Izbą wskazał wykonawcy podstawy faktyczne, które w jego ocenie uzasadniały wykluczenie odwołującego z postępowania. W ocenie Izby są to również okoliczności nowe, o których odwołujący dowiedział się w toku rozprawy, gdyż, pomimo, że twierdzenia zamawiającego dotyczą realizacji zawartych pomiędzy stronami umów, to dopiero na rozprawie zamawiający ujawnił, które to konkretnie jego „zastrzeżenia” co do sposobu realizacji umowy są na tyle ważne, że w ocenie zamawiającego są podstawą do przyjęcia, że wykonawca nie posiada wymaganego potencjału.

Wykorzystanie postępowania odwoławczego przed Izbą, aby przedstawić co legło u podstaw wykluczenia wykonawcy, należy ocenić krytycznie. Tym samym zamawiający naruszył zasadę unormowaną w art. 7 ust. 1 p.z.p., która nakazuje prowadzenie

postępowania zgodnie z zasadą przejrzystości i posiada szczególne znaczenie dla kompetencji zamawiającego w zakresie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zasada przejrzystości postępowania oznacza, że wszelkie czynności podejmowane przez zamawiającego winny wynikać z jasnych i klarownych przesłanek, którymi kierował się zamawiający i co najważniejsze, przesłanki te muszą być już na etapie podjęcia czynności możliwe do zweryfikowania. Brak ujawnienia, w informacji stanowiącej podstawę czynności wykluczenia wykonawcy, wszystkich okoliczności faktycznych, którymi kierował się zamawiający jest naganne i w sposób znaczący utrudnia rewizję czynności zamawiającego.

Wymaga przy tym szczególnego podkreślenia, że postępowanie odwoławcze przez Izba ma charakter weryfikacyjny - Izba bada, czy zamawiający prawidłowo dokonał czynności wykluczenia wykonawcy, zatem postępowanie odwoławcze nie może być wykorzystane do tego, aby dopiero na tym etapie rozważać czy zamawiający miał uzasadnione podstawy do podjęcia kroków, które podjął przed wniesieniem przez odwołującego środka ochrony prawnej i poszukiwania uzasadnienia podjętej decyzji.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 p.z.p., przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, wskazać należy, że zgodnie z art. 131e ust. 1 pkt 1 in principio p.z.p. z postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa wyklucza się wykonawców, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p., zatem tych, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie zostali zaproszeni do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazali braku podstaw wykluczenia. Natomiast na podstawie art. 22d ust. 2 p.z.p. zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.

W zakresie uwag natury ogólnej Izba wskazuje, że celem weryfikacji wykonawcy, dokonywanej przez pryzmat art. 22d ust. 2 p.z.p. jest sprawdzenie czy wykonawca w sposób realny dysponuje wykazywanym potencjałem, co czyni z niego wiarygodnego partnera, zdolnego do należytego wykonania zamówienia publicznego. Omawiana norma, przeniesiona z art. 58 ust. 4 akapit 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, ma zapobiegać sytuacjom, gdy ze złożonych przez wykonawcę oświadczeń lub dokumentów wynika, że choć nominalnie wykonawca dysponuje wymaganymi przez zamawiającego zasobami, to zasoby te nie będą w rzeczywistości dostępne do realizacji zamówienia, ponieważ są wykorzystywane do wykonywania innych zadań.

Skorzystanie z dyspozycji art. 22d ust. 2 p.z.p. i skuteczne wykluczenie wykonawcy, powinno opierać się na wykazaniu, że zostały spełnione w sposób łączny następujące przesłanki:

1. zasoby techniczne lub zawodowe wykonawcy realizują inne przedsięwzięcia gospodarcze,
2. brak zasobów może negatywnie wpływać na realizację umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Pierwsza z przesłanek nie wymaga szerokiego omówienia i opiera się na wykazaniu, że posiadany przez wykonawcę potencjał, wymagany do realizacji umowy, stanowiący zaplecze techniczne lub zawodowe, jest zaangażowany w inne zadania. Zatem ustawodawca zrównał stan kiedy to wykonawca w ogóle nie posiada zasobów, a kiedy te zasoby posiada, jednakże z powodu realizacji kilku zadań następuje brak możliwości ich wykorzystania.

Druga z przesłanek omawianego przepisu wymaga wykazania możliwości wystąpienia negatywnego wpływu na realizację zamówienia. Wykładnia językowa normy w tym zakresie wskazywałaby na bezmierne spektrum pejoratywnych skutków, które mogłyby osiągnąć stosunku obligacyjnego. Zatem aby dokonać prawidłowej interpretacji przepisu, który posługuje się siatką pojęciową zaczerpniętą z prawa europejskiego, niezbędne jest sięgnięcie do całości norm definiujących „realizację” na gruncie rodzimego systemu zobowiązań, tj. przepisy o ich wykonaniu, skutkach jego niewykonania i o nienależytym wykonaniu. W tym celu dla zapewnienia pełnej zgodności normy z prawem europejskim, z uwzględnieniem specyfiki prawa krajowego, konieczne staje się rozszerzenie spektrum analizy o wykładnię systemową i funkcjonalną, a także teleologiczną.

Omawianą przesłankę należy połączyć zatem z celem normy, jakim jest zagwarantowanie zamawiającemu możliwości przeciwdziałania zawarcia umowy

z wykonawcą, który - już w świetle wiedzy posiadanej przez zamawiającego na etapie postępowania o udzielenie zamówienia - swoich zobowiązań nie zrealizuje, bądź zrealizuje je nienależycie, jak należy rozumieć sformułowanie „negatywnego wpływu na realizację zamówienia”, którym posłużył się ustawodawca. „Negatywny wpływ” jest pojęciem pojemnym z tej przyczyny, że obejmuje on wszystkie potencjalne szkody, mające swój grunt tak w ustawie, jak i wynikający z umowy (rozkład ryzyka, odpowiedzialność kontraktowa, w tym na zasadzie kary umownej itp.).

Negatywnym wpływem na realizację zamówienia w sposób oczywisty może być całkowite załamanie zdolności do realizacji zobowiązania, w wyniku zaangażowania zdolności wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze - jednakże w definicji „negatywnego wpływu”, którym posługuje się art. 22d ust. 2 p.z.p., obok niewykonania zobowiązania, mieści się również jego przewidywane nienależyte wykonanie (art. 471 k.c.) bądź wykonanie, które prowadzi do szkody na podstawie zasad innych niż zasady ogólne (przykładowo art. 473 § 1 k.c., art. 477 § 1 k.c., art. 485 k.c. w zw. z art. 483 § 1 k.c.). W myśl dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. W doktrynie podkreśla się, że art. 471 k.c. reguluje odpowiedzialność odszkodowawczą dłużnika w sytuacji, gdy doszło do niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania z powodu okoliczności, za które jest on odpowiedzialny. Pojęcie tzw. odszkodowawczej odpowiedzialności kontraktowej oznacza zbiorczo wszystkie negatywne skutki, które wynikają dla dłużnika z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, np. obowiązek zapłaty odszkodowania, kary umownej, obowiązek zwrotu rzeczy itd. (komentarz do art. 471 k.c., red. dr hab. Konrad Osajda, wydanie XIX, 2018 r. Legalis).

Przez negatywny wpływ należy zatem rozumieć taki stan, który rodzi istotne ryzyko zaburzenia osiągnięcia celu przyszłej umowy, który, o ile jeśli w ogóle zostanie osiągnięty, będzie skutkował wystąpieniem po stronie zamawiającego szkody - czy to w wyniku wad wykonania umowy ze zwłoką, skutkującą powstaniem szkody, względnie, nienależytego wykonania w sposób wymagający podjęcia dalszych czynności, celem doprowadzenia przedmiotu umowy do stanu w jakim wierzyciel (tu: zamawiający) go oczekiwał. Nie będą się zatem w pojęciu negatywnego wpływu mieścić normalne, występujące naturalnie w obrocie gospodarczym, kwestie realizacyjne związane z biegiem umowy, zastrzeżenia czy uzgodnienia, które nie będą zaburzać realizacji celu umowy, a także korzystanie przez strony ze swoich uprawnień umownych, które nie będą powiązane z odpowiedzialnością kontraktową.

Mając na względzie zasadę racjonalności prawodawcy, który nie zawiera regulacji

zbędnych, powtarzających się w systemie prawa, a w przypadku takiej konieczności posługuje się sformułowaniami nieostrymi, aby objąć regulacją możliwie szeroką gamę

uzasadnionych przypadków, możliwość wystąpienia negatywnych skutków, czyli zagrożenie prawidłowości realizacji kontraktu powinno być na tyle realne, aby usprawiedliwiała sankcję wykluczenia wykonawcy z postępowania. Natomiast należy mieć na uwadze, że pozbawienie

wykonawcy możliwości realizacji umowy jest bezpośrednio związane z możliwością

poniesienia przez wykonawcę szkody, z powodu m.in. utraty wynagrodzenia

1 doświadczenia, a przez zamawiającego z nieracjonalnym wydatkowaniem środków publicznych (np. w wyniku wyboru oferty, która jest droższa, bądź gorzej spełnia przyjęte kryteria).

Wynikiem powyższego jest konieczność rozważenia przez zamawiającego

prawdopodobieństwa wystąpienia negatywnych skutków omówionych powyżej i dojścia do uzasadnionego przekonania, że skutki, które mogą wystąpić, uzasadniają zarówno po jego stronie, jak i po stronie wykonawcy, eliminację tego wykonawcy z postępowania - co jest zgodne z celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jakim jest wybór z perspektywy zamawiającego optymalnego dłużnika (zobowiązanego do wykonania umowy).

Mając zatem na uwadze cechy formalne systemu prawnego, wyrażone w zasadzie spójności i zupełności systemu prawa, Izba przyjęła, że sformułowanie „może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia publicznego”, jakim posługuje się art. 22d ust.

2 p.z.p. należy wyklądać, mając na względzie art. 14 ust. 1 p.z.p., przez pryzmat zasad wykonywania zobowiązań i skutków ich niewykonania, bądź nienależytego wykonania, przewidziane w prawie cywilnym, przez pryzmat okoliczności konkretnego postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego, a szczególnie zobowiązań, jakie przyjmuje na siebie dany wykonawca, z uwzględnieniem konieczności zabezpieczenia zarówno interesu wykonawcy, jak i zasady racjonalnego wydatkowania środków publicznych.

Warto nadmienić również, że pomiędzy wykorzystaniem potencjału wykonawcy do

realizacji innych przedsięwzięć gospodarczych, a drugą z przesłanek, dotyczącą możliwości

wystąpienia zagrożenia należytego wykonania umowy, winien występować adekwatny

związek przyczynowy. Zatem zamawiający, podejmując działania zmierzające do

stwierdzenia braku spełnienia warunku, powinien oprzeć się na zgromadzonych dowodach, wskazujących, że przedstawione istotne zasoby wykonawcy będą niedostępne w czasie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego, ze względu na ich zaangażowanie w inne przedsięwzięcie, co powoduje realne zagrożenie zaistnienia szkody - w szczególności kontraktowej. Przy tym art. 22d ust. 2 p.z.p. należy stosować z daleko idącą ostrożnością, przy uwzględnieniu okoliczności faktycznych zaistniałych w sprawie, które w sposób stanowczy będą uzasadniać pozbawienie wykonawcy możliwości realizacji umowy.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanego sporu wskazać należy, że zamawiający ocenił, iż wskutek wadliwego - jak twierdził - wykonywania obecnie zawartych przez strony umów - co powoduje zwiększone zaangażowanie potencjału osobowego wykonawcy w realizowane zamówienia - odwołujący nie będzie w stanie, w sposób prawidłowy, zrealizować przyszłego zobowiązania, w szczególności może wystąpić nienależyte wykonanie umowy w postaci niedotrzymania terminu realizacji zamówienia. Ponadto powierzenie odwołującemu kolejnej umowy, o znaczącym przedmiocie, może mieć negatywny wpływ na obecnie realizowane kontrakty.

Na dowód powyższego zamawiający przedstawił dowody, w postaci sześciu dokumentów prywatnych, dotyczących realizacji zawartych pomiędzy stronami umów o nr U/61/2017 - trzy dokumenty i po jednym dokumencie w zakresie umów nr U/26/2017, U/59/2017 oraz nr U/43/2017 i U/10/2018, które przesłał wykonawcy w przedmiocie uwag zamawiającego co do jakości wykonywanej pracy.

W pierwszej kolejności Izba zwraca uwagę na charakter przedłożonych dowodów, gdyż pisma te, przedstawione przez zamawiającego, na okoliczność poparcia swojego stanowiska o nienależytej realizacji umów łączących strony, mają charakter jednostronnych, subiektywnych oświadczeń zamawiającego, za którymi - jak wynika z jego własnego oświadczenia na rozprawie - nie poszły żadne konkretne kroki, pomimo tego, iż kontrakty te przewidywały szereg podstaw do obciążenia wykonawcy karami umownymi. Następnie istotnym jest, że wyłącznie z treści jednego z dokumentów (znak ZIOTP-PPPP.511.5.2018 z 11.07.2018 r., dot. umów nr U/43/2017 i U/10/2018) wynika, że zawarte tam zastrzeżenia zamawiający zakwalifikował jako w ogóle mogące skutkować karą umowną (której jednak nie nałożono).

Mając na uwadze, że odstąpienie od naliczenia kary umownej w sytuacji, w której zaistniały stan faktyczny daje ku temu podstawy może być rozpatrywane przez pryzmat naruszenia dyscypliny finansów publicznych, należy ocenić, że do oświadczeń zamawiającego należy podchodzić z pewną ostrożnością - gdyby bowiem zamawiający w rzeczywistości stwierdził nienależytą realizację zobowiązania w którymkolwiek z przywołanych przypadków z pewnością nie narażał by się na potencjalną odpowiedzialność i należą mu karę naliczyć.

Z uwagi na powyższe złożone dokumenty należy ocenić jako zdarzającą się w obrocie korespondencję, zmierzającą do zapewnienia bardziej satysfakcjonującego wierzyciela sposobu realizacji zobowiązania, pozostającą jednak poza stricte zobowiązaniami dłużnika i celem umowy oraz instrumentami zapewnienia jego realizacji (a co najwyżej mogącą wywrzeć pewien wpływ na kwestię późniejszej wykładni standardu należytej staranności, w przypadku wystąpienia jakiś realnych skutków w zakresie realizacji zobowiązania i ewentualnego sporu na tym tle).

Skład orzekający zwraca również uwagę, że wszystkie zastrzeżenia zamawiającego co do realizacji umów nastąpiły w lipcu 2018 r., przy czym wykonawca oświadczył, że większość tych uwag zaakceptował i zrealizował, co potwierdził też zamawiający. Zatem nie ma podstaw do przyjęcia, na podstawie przedłożonych dowodów, że z powodu bieżących zastrzeżeń, wykonawca nie będzie dysponował swoim potencjałem zawodowym, w trakcie realizacji umowy, której zawarcie ma nastąpić najprawdopodobniej we wrześniu br. i będzie trwało 34 miesiące (czerwiec 2021 r.). Izba wzięła również pod uwagę, że obecnie łączące

strony umowy, będą sukcesywnie zakańczane (większość w pierwszym kwartale roku 2019), co spowoduje, że realizacja tych umów, będzie miała coraz mniejszy ewentualny wpływ na realizację zamówienia, będącego przedmiotem postępowania. Dowody te zatem nie tylko nie potwierdziły obaw zamawiającego, co do ewentualnego braku zdolności wykonawcy do prawidłowej realizacji zobowiązań, ale ich treść, w zestawieniu z oświadczeniami stron w toku postępowania odwoławczego wskazuje, że strony pozostają w kontakcie i wszelkie okoliczności mogące w przyszłości negatywnie odbić się na realizacji bieżących zobowiązań są korygowane, zanim taki skutek mógłby nastąpić.

Ponadto, w ocenie Izby, zamawiający nie tylko nie wykazał, że w oparciu o przedłożone dowody można przyjąć, że odwołujący nie będzie dysponował posiadanym potencjałem osobowym, ale wręcz przeciwnie - uwzględniając przedłożone przez odwołującego dowody w postaci oświadczeń pracowników - Izba doszła do przekonania, że zamawiający tej okoliczności w sposób należyty nie zweryfikował. Gdyby bowiem to uczynił pozyskałby wiedzę, że osoby, które wykonawca wskazał w wykazie osób, poza współpracą z zamawiającym, wykonują jeszcze inne zlecenia, na rzecz innych podmiotów, które, jak oświadczył odwołujący na rozprawie, w najbliższym czasie zostaną zakończone. Zamawiający nie podjął próby podważenia autentyczności złożonych oświadczeń lub prawdziwości objętych nimi okoliczności, zaś Izba uznała je za wiarygodne.

Pozostałe dowody przedstawione przez zamawiającego, zostały włączone w poczet materiału dowodowego, jednakże okazały się one nieprzydatne dla rozstrzygnięcia sporu. Dowód w zakresie porównania rzeczowego, dotyczący bieżącego i planowanego zamówienia w Mińsku Mazowieckim, w żaden sposób nie został powiązany z potencjałem kadrowym, którego brak zarzucono odwołującemu, natomiast stopień skomplikowania i zakres przedmiotowy zamówień nie był okolicznością sporną. Dowody w przedmiocie list obecności i zestawień osób zgłoszonych przy zawieraniu umów, przedłożone na okoliczność iloma osobami, w sposób faktyczny dysponuje odwołujący, również pozostały bez wpływu na dokonywaną ocenę, ponieważ sam zamawiający im takiego wpływu w uzasadnieniu dokonanej czynności nie przypisał. Stanowisko Wojewody Wielkopolskiego w przedmiocie zaniżenia klauzuli tajności, również nie zostało nawet w sposób luźny powiązane z potencjałem osobowym wykonawcy, zaś z jego treści wynika, że zobowiązano wykonawcę do złożenia w tym zakresie wyjaśnień w terminie, który jeszcze nie upłynął.

Ponadto, w ocenie składu orzekającego, wbrew twierdzeniom zamawiającego, brak zaskarżenia decyzji zamawiającego o wykluczeniu odwołującego z innego postępowania (nr NCB/5/2018), nie stanowi o przyznaniu przez odwołującego, że decyzja ta jest prawidłowa. Irrelevantnym jest, czy podstawy faktyczne wykluczenia wykonawcy są jednakowe z okolicznościami faktycznymi rozpoznawanej sprawy, gdyż wskazany przez zamawiającego powód braku złożenia środka ochrony prawnej w innym postępowaniu nie daje asumptu do odczytywania przyczyn takiej decyzji, a zatem wyciągane z tego faktu przez zamawiającego wnioski stanowią wyłącznie spekulacje, pozbawione wartości dowodowej. Tym niemniej, odwołujący nie podzielił twierdzeń zamawiającego w tym zakresie, zaś Izba wskazuje, że wysnuwanie jakichkolwiek korzystnych dla zamawiającego wniosków z faktu braku zaskarżenia decyzji zamawiającego w innym postępowaniu, jest nieuprawnione. Rekapitułując, w ocenie Izby, zamawiający nie przedstawił żadnych przekonujących dowodów, przemawiających zarówno za oddaleniem odwołania, ani też poddających pod wątpliwość dowody przedstawione przez stronę odwołującą, co zgodnie z materialnym rozkładem ciężar dowodu, określony w art. 190 ust. 1 p.z.p., powoduje, że strona, która nie udowodniła swoich twierdzeń, o faktach istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, ponosi tego negatywne skutki.

Reasumując tę część rozważań Izba stwierdziła, że doszło do bezpodstawnego wykluczenia odwołującego z postępowania, zatem skład orzekający podzielił stanowisko odwołującego, iż zamawiający naruszył art. 22d ust. 2 w zw. z art. 131e ust. 1 pkt 1 w zw.

z art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p.

Izba uznała za uzasadnione również twierdzenia odwołującego, że gdyby doszło do skutecznego wykluczenia go z postępowania, na kanwie art. 22d ust. 2 w zw. z art. 131e ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p., zastosowanie znalazłby art. 26 ust. 3 p.z.p. statujący obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów dot. wykazu osób.

W rozpoznawanym stanie faktycznym podstawą wykluczenia wykonawcy z postępowania był brak dysponowania (w oparciu o art. 22d ust. 2 p.z.p. w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p.) potencjałem osobowym, wskazywanym na spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej (art. 22 ust. 1b pkt 3 p.z.p.), czyli osób o uprawnieniach i doświadczeniu określonych szczegółowo w sekcji III.2.3) ust. 1 pkt

2 ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający badał spełnianie rzeczowego warunku na

podstawie oświadczenia wykonawcy w postaci wykazu osób (art. 25 ust. 1 pkt 1 p.z.p. w zw. z art. 25 ust. 2 p.z.p. w zw. z § 2 ust. 4 pkt 10 rozporządzenia z 26 lipca 2016 r. Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia).

W ocenie składu rozpoznającego spór, w sytuacji gdy zamawiający przyjmie, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu - kiedy podstawą

wykluczenia jest stwierdzenie, że wykonawca nie dysponuje wymaganym potencjałem,

w tym przypadku wymaganymi w postępowaniu zdolnościami zawodowymi, na potwierdzenie których zamawiający żądał oświadczeń, wskazanych w art. 25 ust. 1 pkt 1 p.z.p. - to zostaje wypełniona hipoteza art. 26 ust. 3 p.z.p., gdyż oświadczenie nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Nie jest przy tym istotnym czy podstawą wykluczenia jest art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p., czy art. 22d ust. 2 p.z.p. Niespełnienie warunku powoduje, że zamawiający ma ustawowy obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia, lub poprawienia oświadczeń bądź dokumentów, albo do złożenia wyjaśnień. Natomiast odstąpienie od tego obowiązku jest możliwe wyłącznie, gdy oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Powyższe potwierdza nie tylko dokonana przez Izbę wykładnia literalna omawianych norm, a także zastosowanie dyrektyw interpretacyjnych w postaci zasad ogólnych p.z.p. (art. 7 ust. 1 p.z.p.). Przy interpretacji art. 26 ust. 3 p.z.p., uwzględniając systemową rolę i teleologiczny aspekt naczelnych zasad p.z.p., które są dyrektywami interpretacyjnymi co do szczegółowych norm p.z.p., należy uznać, że nie ma żadnych podstaw do przyjęcia, że racjonalny ustawodawca diametralnie rozróżnił sytuację wykonawców, w zależności od tego jaka jest podstawa stwierdzenia braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu (czy nie posiadają oni wymaganych zasobów, czy też zasoby te mają, ale zamawiający doszedł do przekonania, że nie będą w stanie nimi dysponować). Skutek jest w obu sytuacjach taki sam - brak wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w postaci dysponowania osobami potwierdzającymi zdolność zawodową wykonawcy do realizacji zamówienia, co konstytuuje obowiązek zamawiającego do wezwania wykonawcy, w oparciu o art. 26 ust.

3 p.z.p.

Izba uwzględniła również zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 p.z.p., poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie dysponowania zasobami zawodowymi, zawartymi w oświadczeniu dot. wykazu osób.

Na kanwie brzmienia art. 26 ust. 4 p.z.p. zamawiający wzywa, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w p.z.p. Co do zasady należy zgodzić się, że omawiana norma nie zawiera stanowczych postanowień nakazujących zamawiającemu przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego. Jednakże Izba, dokonując badania czy doszło do naruszenia art. 26 ust. 4 p.z.p., ustala model prawidłowego postępowania zamawiającego, odtwarzając na tej podstawie czy czynności lub zaniechania zamawiającego, w ustalonych okolicznościach sprawy, naruszyły prawo.

Z powodu działania zamawiającego, który dopiero w odpowiedzi na odwołanie ujawnił wszystkie faktyczne powody wykluczenia wykonawcy z postępowania, na rozprawie przed Izbą doszło do przeprowadzenia quasi postępowania wyjaśniającego. Odwołujący poznał podstawy decyzji o wykluczeniu i uzyskał możliwość odniesienia się do twierdzeń zamawiającego. Nie można było zatem, w świetle zgromadzonego materiału dowodowego, przyjąć innego wniosku niż ten, że doszło do naruszenia prawa mającego istotny wpływ na wynik postępowania - gdyby bowiem zamawiający prawa nie naruszył, wynik postępowania mógłby być zgoła odmienny, w szczególności z uwagi na fakt, iż w postępowaniu dalej obecny byłby odwołujący, który został z niego wyeliminowany bez żadnego realnego uzasadnienia, które mogło zostać zweryfikowane w postępowaniu wyjaśniającym. Nie sposób przy tym podzielić twierdzeń odwołującego, że wobec rocznej współpracy z odwołującym posiadał on zupełną wiedzę o potencjale wykonawcy, w szczególności w sytuacji gdy odwołujący realizuje również zlecenia dla innych podmiotów.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 p.z.p., orzeczono jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 p.z.p. Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, który należy rozumieć przez pryzmat pojęcia tego postępowania zdefiniowanego w art. 2 pkt 7a p.z.p., a więc jako akt wyboru oferty tego wykonawcy, z którym zamawiający zawrze umowę (vide postanowienie Sądu Najwyższego z 12 lutego 2014 r. sygn. akt IV CSK 291/13). Potwierdzenie zarzutów wskazanych

w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p., gdyż wadliwe czynności i zaniechania zamawiającego, skutkujące nieprawidłowym wykluczeniem odwołującego, miały bezpośredni wpływ na uniemożliwienie odwołującemu złożenia oferty w postępowaniu tj. zamawiający ograniczył dostęp do zamówienia dla wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia, co ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p., tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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. z 2018 r. poz. 972), zaliczając na poczet kosztów postępowania odwoławczego uiszczony przez odwołującego wpis, a także nakazując odwołującemu dokonanie zwrotu zamawiającemu uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego w postaci wpisu i wynagrodzeniem pełnomocnika, na podstawie przedłożonej faktury VAT w kwocie maksymalnej, wynikającej z ww. rozporządzenia.

Przewodniczący:

Członkowie: