

WYROK

z dnia 22 czerwca 2012 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska
Ewa Rzońca
Robert Skrzyszewski
Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 czerwca 2012 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 maja 2012 roku przez **NDI Spółkę Akcyjną w Sopocie** w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad – Oddział w Szczecinie**

orzeka

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad – Oddział w Szczecinie** unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego się **NDI Spółki Akcyjnej w Sopocie** z udziału w postępowaniu i dokonanie ponownej oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez odwołującego się **NDI Spółkę Akcyjną w Sopocie**
2. kosztami postępowania obciąża **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad – Oddział w Szczecinie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **NDI Spółkę Akcyjną w Szczecinie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego – **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad – Oddział w Szczecinie** na rzecz **NDI Spółki Akcyjnej w Sopocie** kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad – Oddział w Szczecinie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę węzła „Tczewska” na przecięciu autostrady A6 z istniejącą ulicą Tczewską (II etap).

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami).

W dniu 24 maja 2012 roku wykonawca NDI SA w Sopocie (dalej: odwołujący się) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu go z przedmiotowego postępowania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1. naruszenie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp, poprzez jego błędne zastosowanie, tj. wykluczenie z dalszego udziału w przedmiotowym postępowaniu NDI S.A. w Sopocie, pomimo iż wobec niego nie spełniła się przesłanka określona w tym przepisie;
2. naruszenia przepisu art. 51 ustawy Pzp, poprzez niezaproszenie do złożenia oferty wykonawcy - NDI SA, pomimo że spełnia on warunki udziału w postępowaniu;
3. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób, nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia przez osobę, która nie zapewniła bezstronności i obiektywizmu.

W związku z powyższym odwołujący się wniósł o:

1. nakazanie zamawiającemu uchylenia decyzji z dnia 15 maja 2012r. o wykluczeniu odwołującego się z dalszego udziału w przedmiotowym postępowaniu;
2. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez odwołującego się i w wyniku powtórzenia

czynności oceny wniosku uznanie, że odwołujący spełnia warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu oraz w konsekwencji zaproszenie go do złożenia oferty;

3. obciążenie w całości zamawiającego kosztami postępowania, tj. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów wpisu w wysokości: 20.000 złotych wraz z ewentualnymi pozostałymi kosztami przedstawionymi na wykazie podczas rozprawy w tym kosztami zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu odwołujący się podniósł, że w dniu 15 maja 2012 r., za pośrednictwem e-mail (drogą elektroniczną) otrzymał informację zamawiającego o wykluczeniu go z postępowania.

W uzasadnieniu faktycznym i prawnym decyzji zamawiający wskazał, iż „Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp z postępowania wyklucza się wykonawców, z którymi dany zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienia od niej nastąpiło w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wynosiła co najmniej 5% wartości umowy”. Ponadto zamawiający wskazał, iż w przedmiotowej sprawie zostały łącznie spełnione wyżej wymienione okoliczności, które są warunkiem skutecznego wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający podkreślił, iż „obliguje to zamawiającego do podjęcia decyzji o wykluczeniu NDI SA z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”.

W ocenie odwołującego się czynność zamawiającego jest niezgodna z przepisami ustawy Pzp, albowiem zamawiający bezzasadnie przyjął, iż wobec odwołującego się spełniły się przesłanki określone w art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy. Ponadto odwołujący się zakwestionował przyczyny, z powodu których zamawiający wydał swoją decyzję z dnia 15 maja 2012 r..

Na wstępie odwołujący wskazał, iż wbrew twierdzeniom zamawiającego to nie Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad odstąpił od umowy nr I/94/ZR-R-4/2010, która została zawarta przez Strony w dniu 5 lutego 2010r. (dot. budowy autostrady A4 odc. Brzesko-Wierzchosławice) - lecz to odwołujący się dokonał skutecznego rozwiązania ww. umowy w drodze skorzystania z prawa do odstąpienia.

W dniu 9 lutego 2011 r. odwołujący się występujący w przedmiotowym postępowaniu w Konsorcjum (ze spółką SB Granit SA z siedzibą w Skopje) złożył Skarbowi Państwa - Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad reprezentowanemu przez GDDKiA

Oddział Kraków - Powiadomienie o odstąpieniu od Kontraktu (Umowy NR I/94/ZR-R-4/2010 z dnia 05 lutego 2010r.). W niniejszym Powiadomieniu Konsorcjum wskazało, iż na podstawie Klauzuli 16.2 Warunków Kontraktu udziela niniejszym z 14-dniowym wyprzedzeniem Powiadomienia o odstąpieniu od Kontraktu (Umowy NR I/94/ZR-R-4/2010 z dnia 05 lutego 2010r.) na skutek wystąpienia zdarzeń opisanych w Klauzuli 16.2 pkt (d) Warunków Kontraktu, tj.: „Zamawiający w istocie nie wykonuje swoich zobowiązań według Kontraktu”. Przedmiotowe Powiadomienie zgodnie z treścią Warunków Kontraktu łączącego Strony, a przewidzianych Umową NR I/94/ZR-R-4/2010 z dnia 05 lutego 2010r. weszło w życie po upływie ww. 14-dniowego terminu (Klauzula 16 Warunków Kontraktu).

Ponadto, mając na uwadze art. 395 K.c., w ostatnim dniu 14-dniowego terminu, tj. w dniu 23 lutego 2011r. Konsorcjum złożyło Skarbowi Państwa - Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad reprezentowanemu przez GDDKiA Oddział Kraków Oświadczenie o odstąpieniu przez Wykonawcę od Kontraktu (Umowy NR I/94/ZR-R-4/2010 z dnia 05 lutego 2010r.). W przedmiotowym piśmie Konsorcjum wyjaśniło, iż stawia zamawiającemu jednoznaczny zarzut nienależytego wykonywania zobowiązań kontraktowych, co miało miejsce w licznych zdarzeniach i zachowaniach opisanych w niniejszym piśmie.

Biorąc pod uwagę ww. odstąpienie Konsorcjum od Umowy oraz mając na uwadze szkodę, która wystąpiła po stronie Wykonawcy na skutek działania Zamawiającego i/lub jego Personelu (Inżyniera) z naruszeniem działań umownych - w dniu 1 kwietnia 2011r. NDI SA oraz SB Granit SA złożyły pozew do Sądu Okręgowego w Warszawie, XXV Wydział Cywilny przeciwko Skarbowi Państwa - Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad. Sprawa aktualnie jest w toku.

Odwołujący się podniósł, że niedopuszczalne jest w polskim porządku prawnym rozwiązanie umowy w drodze odstąpienia od umowy, od której wcześniej druga strona już odstąpiła. W związku z czym oczywistym jest, że wyżej opisana, konkretna sytuacja, która zaistniała w związku z rozwiązaniem przez Konsorcjum NDI-Granit Umowy NR I/94/ZR-R-4/2010 z dnia 05 lutego 2010r. nie jest taką sytuacją, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1a PZP. Albowiem to NDI SA zgodnie z łączącą strony Umową w dniu 9 lutego 2011r. złożyła powiadomienie o odstąpieniu od Kontraktu, a następnie w dniu 23 lutego 2011r. oświadczenie o odstąpieniu od umowy, a zatem odwołujący się nie jest wykonawcą, z którym zamawiający rozwiązał, albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego, z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność (...).

Ponadto odwołujący się stwierdził, że ustawodawca w nowelizacji ustawy prawo zamówień publicznych z dnia 25 lutego 2011 r. (Dz. U. 2011 r. Nr 87 poz. 484) rozszerzył przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania poprzez dodanie w art. 24 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. jednolity: Dz. U. 2010 r. Nr 113 poz. 759) punktu 1a. Przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a PZP wszedł w życie w dniu 11 maja 2011r.

Tymczasem nawet jeżeli w niniejszej sprawie uznać, iż tak jak wskazuje w swojej decyzji z dnia 15 maja 2012r., iż to zamawiający dokonał odstąpienia od umowy - to należy zważyć, iż zdarzenie to miało miejsce przed wejściem w życie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp. Nie jest jakimkolwiek wytłumaczeniem w tym stanie fakt, iż art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp stanowi, że rozwiązanie umowy albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej powinno nastąpić w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania.

Generalnym uzasadnieniem funkcjonowania w porządku prawnym zasady zakazu działania prawa wstecz jest powszechnie przyjęta norma, iż prawo nie może oceniać na nowo, tego co już miało miejsce. W tej sytuacji ta zasada doznaje istotnego naruszenia. Ponadto odwołujący wskazał, iż zgodnie z art. 3 kodeksu cywilnego w związku z art. 14 PZP: „Ustawa nie ma mocy wstecznej, chyba że to wynika z jej brzmienia lub celu”. Należy podkreślić, iż z brzmienia samej ustawy z dnia 25 lutego 2011r., którą został wprowadzony przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a PZP nie wynika, moc działania ustawy wstecz. Ustawodawca nie zawarł w tym zakresie żadnego zapisu przewidującego taką możliwość. Odnośnie celu ustawy - to należy zaznaczyć, iż celem nowelizacji było dokonanie ograniczenia prawa określonych wykonawców do udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. To jednak nie oznacza, iż celem ustawy było nadanie jej mocy wstecznej, albowiem nie zostało to w żaden sposób wyartykułowane przez ustawodawcę.

Odwołujący się wskazał również na aspekt niezgodności przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a PZP z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej. Dodana nowelizacją ustawy Pzp przesłanka do wykluczenia wykonawcy zawarta w art. 24 ust. 1 pkt 1a PZP w odróżnieniu od „wcześniejszych” przesłanek pozostawia kwestię wykluczenia wykonawcy swobodnemu uznaniu zamawiającego. Jak wskazuje wielu komentatorów ustawy Pzp nowy przepis wprowadza swoisty „przesąd”, zakładając bezwarunkowo i jednostronnie zgodność z prawem działań zamawiającego. Do wystąpienia przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 1a PZP nie jest potrzebne, jak przy pozostałych zapisach art. 24 ustawy Pzp, jakiegokolwiek potwierdzenie urzędowe lub sądowe. Tak sformułowany zapis ustawy Pzp stoi w istotnej sprzeczności z prawem do rzetelnego wymiaru sprawiedliwości zagwarantowanym w Konstytucji RP (art. 42 ust. 3 i art. 45 Konstytucji).

Odwołujący się wskazał, iż pomimo chęci przeprowadzenia nowelizacji ustawy PZP przy uwzględnieniu obowiązujących norm prawa unijnego - przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a PZP nie jest zgodny z dyrektywą klasyczną 2004/18/WE oraz dyrektywą sektorową 2004/17/WE.

Odwołujący się wskazał, iż dyspozycja art. 45 ust. 2 lit. d dyrektywy klasycznej stanowi, że wykonawca może być wykluczony z postępowania, jeżeli jest winny poważnego wykroczenia zawodowego udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiającego. Wobec tego w dyrektywie na wprost została wskazana fakultatywność zastosowania przez zamawiającego niniejszej przesłanki wykluczenia. Tymczasem ustawodawca dokonując błędnej implementacji dyrektywy „nakazał” zamawiającemu obligatoryjne wykluczenie z postępowania „wykonawców, z którymi dany zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego, z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy”.

Przepisy unijne ograniczają możliwość wykluczenia wykonawcy wyłącznie w przypadku, gdy popełni on istotne wykroczenie zawodowe wykonawcy, które wynika z jego winy. Ustawa PZP w znowelizowanym art. 24 ust. 1 pkt 1a stanowi natomiast o okolicznościach za jakie wykonawca ponosi odpowiedzialność, zatem w tym zakresie mieszczą się również takie okoliczności, które są przez wykonawcę niezawinione.

Wobec powyższego dokonywanie interpretacji tego przepisu jak czyni to zamawiający w swojej decyzji z dnia 15 maja 2012r. tj. odsyłanie do art. 471 K.c. jest niedopuszczalne, albowiem powoduje rozszerzającą wykładnię zbioru przesłanek wykluczenia wykonawcy, które nie są tożsame z treścią dyrektywy.

Odwołujący się zauważył, iż przepisy dyrektywy klasycznej nakładają na „instytucję zamawiającego” obowiązek udowodnienia okoliczności, które uzasadniały rozwiązanie bądź odstąpienie od umowy (tj. zaistnienie zawinionego, poważnego wykroczenia zawodowego wykonawcy). W tym zakresie należy jasno podkreślić, iż art. 45 ust. 2 dyrektywy w sposób enumeratywny wymienia przypadki oparte na obiektywnych względach dotyczących cech zawodowych, które fakultatywnie mogą uzasadniać wykluczenie przedsiębiorcy z udziału w zamówieniu publicznym.

Ponadto w pkt. 43 Preambuły do Dyrektywy 2004/18 wskazany jest krąg wykonawców, co do których ustawodawca unijny dopuszcza dokonywanie wykluczenia: „Nie należy udzielać zamówień publicznych wykonawcom, którzy byli członkami organizacji przestępczej lub których uznano winnymi korupcji lub oszustwa ze szkodą dla interesów finansowych Wspólnot Europejskich albo prania pieniędzy. W stosownych przypadkach instytucje zamawiające powinny zwracać się do kandydatów lub oferentów o dostarczenie odpowiednich dokumentów oraz, w przypadku wątpliwości dotyczących podmiotowej sytuacji kandydata lub oferenta, mogą zwrócić się o współpracę do właściwych organów danego Państwa Członkowskiego. Wykluczenie takich wykonawców powinno nastąpić niezwłocznie po uzyskaniu przez instytucję zamawiającą informacji o prawomocnym wyroku w sprawie o takie wykroczenia, wydanego zgodnie z prawem krajowym. Jeżeli istnieją stosowne przepisy prawa krajowego, nieprzestrzeganie ustawodawstwa z zakresu ochrony środowiska lub też ustawodawstwa dotyczącego niezgodnych z prawem porozumień w ramach procedur udzielania zamówień publicznych, które stanowiło przedmiot ostatecznego orzeczenia sądu lub decyzji mającej równoważny skutek, może zostać uznane za wykroczenie przeciwko etyce zawodowej wykonawcy lub za poważne naruszenie”.

Tymczasem dodany do polskiej ustawy Pzp art. 24 ust. 1 pkt 1a interpretowany (w sposób dosłowny) i stosowany przez zamawiającego (po dokonaniu wykładni autentycznej) wskazywałoby, że ustawodawca polski dokonał nieprawidłowej implementacji dyrektywy do polskiego porządku prawnego.

Odwołujący się wskazał również na wątpliwości Krajowej Izby Odwoławczej, co do zgodności art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp z prawem unijnym oraz innych instytucji, takich jak: pierwszy Prezes Sądu Najwyższego Rzeczypospolitej Polskiej i Komisja Europejska, która wniosła uwagi pisemne do zadanych przez KIO pytań prejudycjalnych do Trybunału Sprawiedliwości. Komisja negatywnie oceniła zgodność polskiej normy art. 24 ust. 1 pkt 1a PZP z prawem unijnym.

Odwołujący się zauważył, iż w przedmiotowym postępowaniu również doznała uszczerbku zasada równego traktowania podmiotów, ubiegających się o zamówienie i zasada uczciwej konkurencji. Wobec nieziszczenia się w stosunku do niego przesłanki do wykluczenia określonej w art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp wskazał, że uzasadniony jest zarzut dot. niezapewnienia przez zamawiającego oceny przedłożonych przez wykonawców ofert według bezstronnych i obiektywnych wymagań.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła, co następuje:

Odwołujący się (działając w konsorcjum ze spółką SB Granit SA z siedzibą w Skopje) w dniu 5 lutego 2010 roku zawarł z zamawiającym umowę na budowę autostrady A4 odc. Brzesko-Wierzchosławice.

Integralnym załącznikiem do umowy były Warunki Kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez zamawiającego, w których zawarte są klauzule o prawie do odstąpienia od umowy wykonawcy i zamawiającego.

W dniu 9 lutego 2011 r. konsorcjum złożył Skarbowi Państwa - Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad reprezentowanemu przez GDDKiA Oddział Kraków - Powiadomienie o odstąpieniu od Kontraktu (Umowy NR I/94/ZR-R-4/2010 z dnia 05 lutego 2010r.). W niniejszym powiadomieniu konsorcjum wskazało, iż na podstawie Klauzuli 16.2 Warunków Kontraktu udziela niniejszym z 14-dniowym wyprzedzeniem Powiadomienia o odstąpieniu od Kontraktu (Umowy NR I/94/ZR-R-4/2010 z dnia 05 lutego 2010r.) na skutek wystąpienia zdarzeń opisanych w Klauzuli 16.2 pkt (d) Warunków Kontraktu, tj.: „Zamawiający w istocie nie wykonuje swoich zobowiązań według Kontraktu”.

W ostatnim dniu 14-dniowego terminu, tj. w dniu 23 lutego 2011 r. Konsorcjum złożyło Skarbowi Państwa - Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad reprezentowanemu przez GDDKiA Oddział Kraków oświadczenie o odstąpieniu przez Wykonawcę od Kontraktu (Umowy NR I/94/ZR-R-4/2010 z dnia 05 lutego 2010r.). W przedmiotowym piśmie Konsorcjum wyjaśniło, iż stawia zamawiającemu jednoznaczny zarzut nienależytego wykonywania zobowiązań kontraktowych, co miało miejsce w licznych zdarzeniach i zachowaniach opisanych w niniejszym piśmie.

W dniu 23 lutego 2012 roku zamawiający złożył konsorcjum oświadczenie o odstąpieniu od umowy za 14-dniowym wyprzedzeniem, wskazując, że powodem złożonego oświadczenia są przyczyny leżące po stronie odwołującego się. Zamawiający powołał się na subklauzule 15.2 a, b i c Warunków Kontraktu, zgodnie z którymi:

- a) wykonawca nie zastosował się do subklauzuli 4.2 (zabezpieczenie wykonania) lub do wezwania według subklauzuli 15.1 (wezwanie do poprawienia),
- b) zamawiający uprawniony będzie do odstąpienia od kontraktu, jeżeli wykonawca porzuci roboty lub w inny sposób otwarcie okazuje swój zamiar niekontynuowania wykonywania swoich zobowiązań według kontraktu,

- c) zamawiający uprawniony będzie do odstąpienia od kontraktu, jeżeli wykonawca bez rozsądnego usprawiedliwienia uchyła się od prowadzenia robót zgodnie z klauzulą 8 (rozpoczęcie, opóźnienia i zawieszenie).

W związku z dokonany odstąpieniem w dniu 1 kwietnia 2011 roku konsorcjum złożyło przeciw zamawiającemu pozew o zapłatę oraz wydanie do Sądu Okręgowego w Warszawie.

W dniu 15 maja 2012 r. odwołujący się za pośrednictwem e-mail (drogą elektroniczną) otrzymał informację zamawiającego o wykluczeniu go z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia.

W uzasadnieniu faktycznym i prawnym decyzji zamawiający wskazał, iż „Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp z postępowania wyklucza się wykonawców, z którymi dany zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienia od niej nastąpiło w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wynosiła co najmniej 5% wartości umowy”. Ponadto zamawiający wskazał, iż w przedmiotowej sprawie zostały łącznie spełnione wyżej wymienione okoliczności, które są warunkiem skutecznego wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający podkreślił, iż „obliguje to zamawiającego do podjęcia decyzji o wykluczeniu NDI SA z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący się jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający wykluczył odwołującego się na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, z którymi dany zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wynosiła co najmniej 5% wartości umowy.

Wskazany przepis przewiduje wykluczenie wykonawcy w przypadku niewykonania jakiegokolwiek wcześniejszego zamówienia publicznego u danego zamawiającego na skutek okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, przy czym przerwanie realizacji umowy mogło nastąpić w każdy sposób, tj. poprzez rozwiązanie umowy, jej wypowiedzenie lub odstąpienie od niej. O tym, że okoliczności za niewykonanie umowy wskazują na odpowiedzialność wykonawcy, decyduje zamawiający. Od decyzji zamawiającego wykluczonemu wykonawcy służy odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej.

Zakres badania przez Krajową Izbę Odwoławczą okoliczności wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp może budzić wątpliwości. Zdaniem Izby nieuprawnione jest stanowisko, iż w przypadku wykluczenia na podstawie wskazanego przepisu Izba obowiązana jest wyłącznie zbadać, czy w danym przypadku doszło do rozwiązania, wypowiedzenia lub odstąpienia od przez zamawiającego od umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz czy zamawiający uznał, iż owo rozwiązanie, wypowiedzenie lub odstąpienie nastąpiło z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, przy jednoczesnym wypełnieniu przesłanek co do terminu zaprzestania obowiązywania umowy oraz wartości niezrealizowanego zamówienia. Taka interpretacja przepisu mogłaby powodować nadużycia ze strony zamawiających, albowiem kontrola czynności wykluczenia byłaby w istocie fikcyjna. Skład orzekający Izby wyznaczony do

rozpoznania niniejszej sprawy przyjmuje zatem, że Izba obowiązana jest w pewnych granicach badać zasadność czynności wykluczenia.

W tym miejscu należy postawić pytanie o zakres takiego badania przez Krajową Izbę Odwoławczą. Zdaniem Izby nie można postawić sztywnej granicy, w obrębie której Izba jest uprawniona do badania słuszności czynności wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp. Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, iż każdy przypadek wykluczenia wykonawcy na podstawie wzmiankowanego przepisu należy rozpoznawać oddzielnie, z uwzględnieniem okoliczności danej sprawy. W niniejszym przypadku Izba uznała, że zakres badania przez KIO wyznacza zakres kognicji sądu powszechnego, czyli Izba uprawniona jest do badania podstaw czynności wykluczenia o tyle, o ile nie narusza ono kompetencji sądu powszechnego.

Poza sporem jest, iż w dniu 23 lutego 2011 roku odwołujący się, działając w ramach konsorcjum ze spółką SB Granit SA z siedzibą w Skopje, złożył zamawiającemu oświadczenie o odstąpieniu od umowy nr I/94/ZR-R-4/2010 z dnia 5 lutego 2010 roku. W związku z powyższym w dniu 1 kwietnia 2011 roku konsorcjum wniosło pozew przeciwko zamawiającemu do Sądu Okręgowego w Warszawie. W dniu 23 lutego 2012 roku zamawiający złożył konsorcjum oświadczenie o odstąpieniu od umowy za 14-dniowym wyprzedzeniem. Obie strony wskazały, iż powodem złożonych oświadczeń o odstąpieniu, były przyczyny leżące po stronie przeciwnej.

Wykonywanie umów, również tych zawartych w drodze postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, podlega reżimowi Kodeksu cywilnego. W myśl bowiem art. 139 ust. 1 ustawy Pzp do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy Kodeks cywilny, o ile przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej. Ochrona prawna stosunków wynikających z takiej umowy jest więc sprawą cywilną, a zatem korzysta z domniemania drogi sądowej. W myśl zaś art. 2 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego (K.p.c.) do rozpoznawania spraw cywilnych powołane są sądy powszechne, o ile sprawy te nie należą do właściwości sądów szczególnych, oraz Sąd Najwyższy.

Z powyższego wynika, że poza kognicją Krajowej Izby Odwoławczej pozostają spory dotyczące skuteczności odstąpienia przez którąkolwiek ze stron od umowy cywilnoprawnej. Dotyczy to zarówno badania ważności klauzul umownych traktujących o możliwości takiego odstąpienia, jak również okoliczności, z powodu których do takiego odstąpienia doszło. Materia ta, w przypadku umowy z dnia 5 lutego 2010 roku, jest obecnie przedmiotem rozstrzygnięcia przez Sąd Okręgowy w Warszawie.

Dokonując badania materiału dowodowego w dopuszczalnym zakresie Izba stwierdziła, że brak jest podstaw do uznania, że wyłączną winę za zwłokę w wykonywaniu prac związanych z budową autostrady A4 ponosi odwołujący się. Izba w tym zakresie potwierdza i uznaje za własne argumenty wskazane w uzasadnieniu postanowienia Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 17 maja 2012 roku sygn. akt Acz 782/12 oddalającego zażalenie zamawiającego na postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 6 maja 2011 roku sygn. akt I Co 22/10 oddalające wniosek o udzielenie zabezpieczenia Sąd, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału procesowego, uznał, że nie budzi wątpliwości, iż odwołujący się pozostawał w zwłoce w wykonywaniu prac związanych z budową autostrady A4, niemniej jednak z prowadzonej przez strony korespondencji wynika, że uchybienia występowały tak po stronie odwołującego się, jak i po stronie zamawiającego, zaś odwołujący się jako pierwszy powiadomił zamawiającego o odstąpieniu od umowy na podstawie subklauzuli 16.2 warunków kontraktu.

Na podstawie przedstawionego przez strony materiału procesowego nie można stwierdzić, że w chwili, kiedy zamawiający złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy, umowa ta nadal obowiązywała. Bezsprzeczne jest, że obie strony kontraktu złożyły oświadczenia o odstąpieniu. Na obecnym etapie postępowania nie wiadomo, które z tych oświadczeń – chronologicznie pierwsze, dokonane przez odwołującego się, czy też późniejsze oświadczenie, złożone przez zamawiającego – było skuteczne. Należy wskazać, że okoliczność, czy wykonawcy mieli podstawy do odstąpienia od umowy decyduje o tym, czy w chwili składania analogicznego oświadczenia przez zamawiającego umowa nadal istniała. Sam fakt, że zamawiający kwestionuje skuteczność odstąpienia dokonanego przez odwołującego się nie może przesądzać o takiej ocenie okoliczności faktycznych sprawy, tym bardziej, że zamawiający nie kwestionuje, że nie uiścił na rzecz odwołującego się całej kwoty wynagrodzenia za zrealizowaną przez niego część robót. Nie można zatem uznać, że odstąpienie od umowy dokonane przez odwołującego się było nieuzasadnione i nie mogło odnieść skutków prawnych. Kwestie te wymagają wyjaśnienia i winny być zbadane w postępowaniu rozpoznawczym, gdzie sąd oceni, kiedy nastąpiło skuteczne odstąpienie od umowy i jakie roszczenia przysługują z tego tytułu każdej ze stron.

Wskazując na powyższe Izba uznała, że obecnie nie można ustalić, czy w rozpoznawanym przypadku zaszyły przesłanki, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp. W szczególności brak jest podstaw, by stwierdzić, że zamawiający istotnie odstąpił od umowy z odwołującym się ani też, że odstąpienie to nastąpiło z powodu okoliczności, za które odwołujący się ponosi odpowiedzialność. W tej sytuacji Izba uznała, że zamawiający,

wykluczając odwołującego się z postępowania o udzielenie zamówienia naruszył przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp.

Izba zbadała również, czy wykluczenie odwołującego się z postępowania o udzielenie zamówienia nie naruszało przepisów dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 roku w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (zwanej dalej: dyrektywą klasyczną). Ponieważ przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp wzbudza wiele wątpliwości co do jego zgodności z art. 45 ust. 2 lit. d dyrektywy klasycznej skład orzekający w przedmiotowej sprawie doszedł do wniosku, iż rozpoznawany przypadek winien być zbadany również pod względem przesłanek przewidzianych przez wskazany przepis dyrektywy.

W myśl art. 45 ust. 2 lit. d dyrektywy klasycznej (a na ów przepis powoływano się podczas prac nad nowelizacją wprowadzającą punkt 1a do ust. 1 art. 24 ustawy Pzp) z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające). Przepisy dyrektywy nie zawierają definicji „poważnego wykroczenia zawodowego”. Jak podnosi P. Trepte (Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej objęte dyrektywą klasyczną, Warszawa-Katowice 2006 s. 62), wskazane w art. 45 ust. 2 dyrektywy podstawy mają w niektórych przypadkach zastosowanie wobec wykonawców, którzy zostali utworzeni jako spółki, a w innych – wobec osób indywidualnych, szczególnie w przypadku skazania za działalność przestępczą oraz typowe wykroczenia zawodowe popełniane przez osoby indywidualne. Przypadkami naruszeń zawodowych, w sensie formalnym, zajmują się organizacje zawodowe, którym podlega dany zawód lub profesja. Zatem niewykonanie umowy, nawet jeżeli jest to zamówienie publiczne, co do zasady nie może być traktowane jako naruszenie zawodowe i stanowić podstawy do wykluczenia.

Powyższe potwierdza również stanowisko Komisji Europejskiej wyrażone w opinii sporządzonej w związku z pytaniem prejudycjalnym, dotyczącym zgodności przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a z przepisem art. 45 ust. 2 dyrektywy klasycznej, które Krajowa Izba Odwoławcza w 2011 roku skierowała do Trybunału Sprawiedliwości. Zdaniem Komisji użyte w dyrektywie klasycznej pojęcia sugerują, że zwykle niedotrzymanie obowiązków umownych lub mniej istotne naruszenia przepisów prawa nie kwalifikują się jako poważne wykroczenia zawodowe. Komisja poparła powyższą argumentację przytaczając motyw 43 preambuły dyrektywy klasycznej, wymieniający przykładowe wykroczenia zawodowe, za które uznaje się nieprzestrzeganie przez wykonawcę ustawodawstwa krajowego, które stanowiło przedmiot ostatecznego orzeczenia sądu lub decyzji mającej skutek równoważny. Zdaniem

Komisji brzmienie dyrektywy sugeruje, że podstawą wykluczenia powinno być poważne niedochowanie przez wykonawcę obowiązku wynikającego z regulacji prawnych dotyczących wykonywania danego zawodu, a nie zobowiązań umownych. A zatem „poważne wykroczenie zawodowe” nie jest równoznaczne z niewykonaniem lub nieprawidłowym wykonaniem umowy.

Stanowisko Komisji należy uznać za uzasadnione, gdyż odstępianie od umowy z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność jest znacznie szerszą podstawą do wykluczenia niż określone w dyrektywie klasycznej „poważne wykroczenie zawodowe”. Tym bardziej, że wykluczenie wykonawcy w trybie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp nie musi być uzależnione od winy, ale od okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność.

Przyjmując zatem, w ślad za przedstawionymi powyżej argumentami, iż niewykonanie umowy nie jest poważnym wykroczeniem zawodowym, o którym mowa w art. 45 ust. 2 lit. d dyrektywy klasycznej, Izba stwierdziła, że wykluczenie odwołującego się z postępowania o udzielenie zamówienia pozostaje w sprzeczności ze wskazanym przepisem dyrektywy.

Podsumowując powyższe Izba uznała, że czynność zamawiającego, polegająca na wykluczeniu odwołującego się z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp narusza zarówno ten przepis, jak i przepis art. 45 ust. 2 lit. b dyrektywy klasycznej. Tym samym czynność ta, jako wadliwa, nie może się ostać, w związku z czym Izba nakazała zamawiającemu jej unieważnienie i dokonanie czynności wskazanych w sentencji wyroku.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....

.....

.....