

Warszawa, dnia 13.04 2012 r.

UZP/DP/O-OST/

**Sąd Okręgowy w Szczecinie**  
**II Wydział Cywilny Odwoławczy**  
ul. Kaszubska 42, 70-952 Szczecin

**z ostrożności procesowej:**

**Sąd Okręgowy w Warszawie**  
**V Wydział Cywilny Odwoławczy**  
Al. Solidarności 127, 00-898 Warszawa

**Skarżący: Prezes Urzędu Zamówień Publicznych**  
ul. Postępu 17A, 02 – 676 Warszawa

**Strona przeciwna skargi: 1. Zamawiający**  
**Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg**  
**Krajowych i Autostrad**  
ul. Żelazna 59, 00 – 848 Warszawa

**reprezentowany przez:**

**Prowadzący postępowanie:**  
**Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i**  
**Autostrad Oddział w Szczecinie**  
Al. Bohaterów Warszawy 33, 70-340 Szczecin

**2. Odwołujący**

**NDI S.A.**  
ul. Powstańców Warszawy 19, 81 – 718 Sopot

**reprezentowana przez:**

**Sygn. akt: KIO 1050/12**

**SKARGA PREZESA URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH  
na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 czerwca 2012 r.  
(sygn. akt KIO 1050/12)**

Na podstawie art. 198b ust. 4 zd. 1 w zw. z art. 198a ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) – zwanej dalej „ustawą Pzp” - oraz art. 60 § 1 zd. 2 i 3 k.p.c. w zw. z art. 198b ust. 4 zd. 3 ustawy Pzp zaskarżam w całości wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 czerwca 2012 r., sygn. akt: KIO 1050/12.

Krajowej Izbie Odwoławczej zarzucam naruszenie:

I. przepisów postępowania, mających wpływ na jego wynik, tj.:

1) art. 191 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zamknięcie rozprawy w dniu 20 czerwca 2012 r. i wydanie wyroku w dniu 22 czerwca 2012 r. pomimo niedostatecznego wyjaśnienia sprawy przejawiającego się uznaniem, iż na obecnym etapie postępowania odwoławczego nie można ustalić czy zaszły przesłanki wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy;

2) art. 190 ust. 7 ustawy Pzp oraz art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 185 ust. 7 ustawy Pzp w zw. z art. 13 § 2 k.p.c., poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego zebranego w sprawie w celu ustalenia faktów mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy i poprzestanie jedynie na ustaleniach faktycznych wskazanych w postanowieniu Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 17 maja 2012 r. (sygn. akt: I Acz 782/12) oddalającym zażalenie zamawiającego na postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 6 maja 2011 r. (sygn. akt: I Co 22/10) wydanym w postępowaniu zabezpieczającym, a w konsekwencji brak poczynienia własnych ustaleń na podstawie całokształtu zebranego w sprawie materiału dowodowego w zakresie stwierdzenia czy w stanie faktycznym niniejszej sprawy zamawiający w istocie naruszył art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp wobec przyjęcia, iż Krajowa Izba Odwoławcza

nie posiada kompetencji do rozstrzygnięcia czy w przypadku wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp zaszyły przesłanki, o których mowa w ww. artykule ustawy Pzp;

3) art. 192 ust. 2 ustawy Pzp poprzez uwzględnienie odwołania, pomimo zaniechania ustalenia czy zamawiający wykluczając wykonawcę NDI S.A. z udziału w postępowaniu naruszył art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp, co miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania, a także pomimo uznania, iż na obecnym etapie postępowania odwoławczego nie można ustalić czy zaszyły przesłanki wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy.

II. przepisów prawa materialnego, tj.:

1) art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że niewykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie jest poważnym wykroczeniem zawodowym, o którym mowa w art. 45 ust. 2 lit d) dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. U.E. seria z 2004 r. Nr 134, poz. 114 z późn. zm.) i w konsekwencji przyjęcie, iż przepis ten jest niezgodny z ww. przepisem dyrektywy;

2) art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że przepis ten nie może stanowić podstawy wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Wskazując na powyższe na podstawie art. 198c w zw. z art. 198f ust. 2 zd. 2 oraz art. 60 § 1 zd. 2 i 3 k.p.c. w zw. z art. 198b ust. 4 zd. 3 ustawy Pzp wnoszę o:

- 1) zmianę zaskarżonego wyroku w całości i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez oddalenie odwołania w całości;
- 2) rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 198f ust. 5 *in fine* ustawy Pzp;
- 3) nieobciążanie żadnej ze stron kosztami postępowania skargowego (art. 102 k.p.c.).

## UZASADNIENIE

### I. Uzasadnienie formalne skargi:

W myśl postanowienia art. 198b ust. 4 zd. 1 ustawy Pzp w terminie 21 dni od dnia wydania orzeczenia skargę na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej (art. 198a ust. 1 ustawy Pzp) może wnieść także Pzp stanowi podstawę prawną legitymacji procesowej Prezesa Urzędu

do występowania w niniejszej sprawie w charakterze skarżącego. Jednocześnie zgodnie z art. 154 pkt 13 ustawy Pzp Prezes Urzędu – jako centralny organ administracji rządowej właściwy w sprawach zamówień publicznych (art. 152 ust. 1 ustawy Pzp) – dąży do zapewnienia jednolitego stosowania przepisów o zamówieniach, przy uwzględnieniu orzecznictwa sądów oraz Trybunału Konstytucyjnego.

Wskazując na powyższe należy stwierdzić, iż ustawa Pzp wyposaża Prezesa Urzędu w szczególne kompetencje w zakresie weryfikacji zgodności z prawem orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej. W tym zakresie realizują się uprawnienia władcze Prezesa Urzędu jako organu administracji publicznej czuwającego nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień publicznych.

Stosownie do postanowienia art. 198b ust. 4 zd. 3 ustawy PZP do czynności podejmowanych przez Prezesa Urzędu stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296 z późn. zm.) o prokuratorze. Tym samym Prezes Urzędu na skutek wniesienia skargi uzyskuje status strony postępowania sądowego, ale na wzór statusu prokuratora. Z powyższych względów do udziału Prezesa Urzędu w postępowaniu ze skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej znajdują odpowiednie zastosowanie przepisy art. 60 § 1 zd. 2 i 3 k.p.c. Tym samym Prezes Urzędu wnosząc skargę na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej nie jest związany z żadną ze stron sporu. Prezes Urzędu może składać oświadczenia i zgłaszać wnioski, jakie uzna za celowe, oraz przytaczać fakty i dowody na ich potwierdzenie.

W świetle powyższego należy stwierdzić, iż Prezes Urzędu wnosząc skargę nie działa w interesie żadnej ze stron sporu (zamawiającego, odwołującego czy uczestnika postępowania), ale w interesie publicznym związanym z prawidłowym funkcjonowaniem systemu zamówień publicznych.

## **II. Uzasadnienie zarzutów skargi:**

I. Przechodząc do uzasadnienia zarzutów niniejszej skargi należy w pierwszej kolejności wskazać, co następuje.

W stanie faktycznym niniejszej sprawy Krajowa Izba Odwoławcza przyjęła za własne argumenty wskazane w uzasadnieniu postanowienia Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 17 maja 2012 r. (sygn. akt: I ACz 782/12) oddalającego zażalenie zamawiającego na postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 6 maja 2011 r. (sygn. akt: I Co 22/10) oddalającego wniosek Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad o udzielenie zabezpieczenia. W uzasadnieniu zaskarżanego wyroku, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż wykonawca NDI S.A. 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. Z uwagi na powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż do czasu rozstrzygnięcia przez Sąd Okręgowy w Warszawie skuteczności odstąpienia przez zamawiającego od umowy w sprawie zamówienia publicznego nr I/94/ZR-R-4/2010, nie może ustalić czy w rozpoznawanej sprawie zaszły przesłanki o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp, a 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.

Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu rozstrzygnięcia niniejszej sprawy ograniczyła się jedynie do przywołania argumentów zawartych w ww. postanowieniu Sądu Apelacyjnego w Warszawie i na tej podstawie uwzględniła odwołanie NDI S.A., nakazując zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu i dokonanie ponownej oceny wniosku o dopuszczenia do udziału w postępowaniu złożonego przez odwołującego.

W tym miejscu należy wskazać, iż oparcie przez Krajową Izbę Odwoławczą rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie jedynie na argumentach wskazanych w ww. postanowieniu Sądu Apelacyjnego w Warszawie wydanym w postępowaniu zabezpieczającym, należy uznać za sprzeczne z nakazem wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, wynikającym z art. 190 ust. 7 ustawy Pzp oraz art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 185 ust. 7 ustawy Pzp w zw. z art. 13 § 2 k.p.c.. Krajowa Izba Odwoławcza dysponując bowiem zebrany w sprawie materiałem dowodowym, w szczególności oświadczeniami o odstąpieniu od umowy z dnia 5 lutego 2010 r. nr I/94/ZR-R-4/2010 złożonymi przez wykonawcę NDI S.A., jak i zamawiającego, przy rozstrzyganiu odwołania winna była uwzględnić wszystkie dowody dopuszczone w postępowaniu, a nie tylko wybiórczo opierać się na ocenie ustalonego stanu faktycznego poczynionej przez Sąd Apelacyjny w Warszawie, wskazanej w postanowieniu z dnia 17 maja 2012 r.

W kontekście regulacji art. 365 § 1 k.p.c. w doktrynie przesądzone zostało, iż moc wiążąca prawomocnego wyroku (a także prawomocnego postanowienia) dotyczy wyłącznie związania treścią jego sentencji<sup>1</sup>, a motywom zamieszczonym w uzasadnieniu wyroku, w tym zwłaszcza ustaleniom faktycznym powaga rzeczy osądzonej nie przysługuje i nie wiążą one sądu w innej sprawie cywilnej<sup>2</sup>. Przedmiotem prawomocności materialnej jest jedynie ostateczny rezultat rozstrzygnięcia, a nie przesłanki, które do niego doprowadziły. Sąd nie jest więc związany zarówno ustaleniami faktycznymi poczynionymi w innej sprawie, jak i poglądami prawnymi

<sup>1</sup> wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 listopada 2009 r., sygn. akt: II UK 103/09, LEX nr 577839

<sup>2</sup> wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 lipca 2009 r., sygn. akt: I CSK 456/08, LEX nr 584190

wyrażonymi w uzasadnieniu zapadłego wyroku<sup>3</sup>. Na gruncie przepisów postępowania cywilnego w doktrynie wskazuje się, iż akta innej sprawy stanowią źródło wiadomości dla stron i sądu; dowody przeprowadzone w innej sprawie mogą być wykorzystane jako materiał pomocniczy przy ocenie wiarygodności i mocy dowodów przeprowadzonych bezpośrednio przed sądem<sup>4</sup>. Powyższe wytyczne wynikające z przywołanych orzeczeń i doktryny znajdują również zastosowanie do postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą poprzez odesłanie z art. 185 ust. 7 ustawy Pzp w zw. z art. 13 § 2 k.p.c. Tymczasem, w niniejszej sprawie, Krajowa Izba Odwoławcza dokonując wybiórczej oceny materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, przejawiającego się oparciem rozstrzygnięcia jedynie na stanie faktycznym ustalonym przez Sąd Okręgowy i ocenionym przez Sąd Apelacyjny w toku postępowania zabezpieczającego, charakteryzującego się złagodzonego reżimem dowodowym opartym na uprawdopodobnieniu, nie rozpatrzyła czy w przedmiotowej sprawie w istocie zaszły przesłanki wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp. Co więcej, zaskarżonym wyrokiem Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie wykonawcy NDI S.A. pomimo zaniechania ustalenia czy zamawiający wykluczając wykonawcę NDI S.A. z udziału w postępowaniu naruszył art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp, co miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania, a także pomimo uznania, iż na obecnym etapie postępowania odwoławczego nie można ustalić czy zaszły przesłanki wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy. Powyższe rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej godzi w zasadę kontrydiktoryjności postępowania odwoławczego, zakładającą, że między stronami postępowania toczy się spór i na nich ciąży obowiązek udowodnienia swoich racji. Z jednej strony Krajowa Izba Odwoławcza uznała bowiem, iż nie może przesądzić czy w rozpatrywanej sprawie zaszły przesłanki, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp, z czego wynikałoby, iż nie jest w stanie ocenić czy czynność zamawiającego polegająca na wykluczeniu wykonawcy NDI S.A. z udziału w postępowaniu była prawidłowa, a z drugiej strony uczyniła zadość żądaniu zawartemu w odwołaniu NDI S.A. uznania, iż wobec ww. wykonawcy nie spełniła się przesłanka określona w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp. Nie wyjaśniając przesłanek zasadności wykluczenia wykonawcy NDI S.A. z udziału w postępowaniu na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego Izba nie była uprawniona do merytorycznego rozpoznania żądania strony postępowania odwoławczego, a pomimo tego odwołanie wykonawcy NDI S.A. zostało uwzględnione. W uzasadnieniu zaskarżanego wyroku uwzględniającego odwołanie Izba nie wskazała również okoliczności na podstawie których uznała, iż naruszenie przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

<sup>3</sup> postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 3 czerwca 2009 r., sygn. akt: IV CSK 511/08 LEX nr 511989

<sup>4</sup> K. Piasecki, Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do artykułów 1–366. Tom I, Rok wydania: 2010, Wydawnictwo: C.H.Beck, Wydanie: 5, Legalis

Przede wszystkim należy jednak podkreślić, iż zaniechanie ustalenia zasadności odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego przez Krajową Izbę Odwoławczą na podstawie całokształtu zebranego w sprawie materiału dowodowego skutkowało brakiem zbadania materialnej podstawy wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp.

Nie ulega bowiem wątpliwości, iż czynność zamawiającego polegająca na wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie którejkolwiek z przesłanek enumeratywnie wymienionych w art. 24 ust. 1 i 2 ustawy Pzp winna podlegać ocenie dokonywanej przez Krajową Izbę Odwoławczą pod kątem zgodności z przepisami ustawy Pzp. Ustawodawca krajowy dostrzegając konieczność kontroli wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ustawy Pzp umożliwił weryfikację tej czynności dokonanej przez zamawiającego również w postępowaniach, których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (art. 180 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp). Krajowa Izba Odwoławcza jest natomiast podmiotem właściwym do rozpoznawania odwołań wnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na mocy art. 172 ust. 1 ustawy Pzp, w tym także odwołań od czynności wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, niezależnie od wartości szacunkowej zamówienia.

Nie można zatem zaakceptować poglądu Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonego w zaskarżanym wyroku, iż poza kognicją Krajowej Izby Odwoławczej pozostaje badanie wystąpienia przesłanek wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp, gdyż kwestie związane ze skutecznością odstąpienia od umowy cywilnoprawnej podlegają badaniu w postępowaniu rozpoznawczym przed sądem powszechnym. Podążając bowiem za powyższym tokiem rozumowania Krajowej Izby Odwoławczej, należałoby dojść do wniosku, iż w zasadzie Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając zarzut w zakresie naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp nie byłaby kompetentna do merytorycznego rozpatrzenia wystąpienia przesłanek wykluczenia z ww. przepisu ustawy Pzp, albowiem strony umowy w sprawie zamówienia publicznego mogą zawsze, w granicach obowiązującego prawa, dochodzić swoich roszczeń z tytułu zawarcia tejże umowy na drodze postępowania sądowego. W konsekwencji przyjęcia powyższego poglądu istota postępowania odwoławczego zostałaaby zaburzona, gdyż czynność wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp nie podlegałaby merytorycznej kontroli, sprawowanej przez Izbę, a przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp pozostawałby regulacją martwą. Zgodnie natomiast z dyrektywą wykładni przepisów prawa, znaczenie przepisów prawnych należy ustalać w taki sposób, by żadne fragmenty normy prawnej nie okazały się zbędne. Nie sposób zatem uznać, iż racjonalny ustawodawca wprowadziłby przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp, który w reżimie prawnym zamówień publicznych okazałby się zbędny, niepodlegający wykonaniu i stosownej weryfikacji przez podmiot do tego umocowany na podstawie przepisów ustawy Pzp.

Powyższe twierdzenie Krajowej Izby Odwoławczej godzi także w podstawowy cel funkcjonowania systemu środków ochrony prawnej na gruncie prawnym dotyczącym udzielania zamówień publicznych oraz niweczy skuteczność mechanizmu sankcjonowania przypadków naruszeń przez zamawiających przepisów o zamówieniach publicznych. Przyjęcie zasadności powyższego poglądu Krajowej Izby Odwoławczej doprowadziłoby także do zaprzeczenia efektywnego funkcjonowania systemu środków ochrony prawnej, gdyż bez zbadania faktu odstąpienia, rozwiązania czy też wypowiedzenia przez zamawiającego umowy w sprawie zamówienia publicznego, a także wystąpienia odpowiedzialności wykonawcy skutkującej zakończeniem stosunku prawnego przez zamawiającego, kontrola zasadności wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu z powołaniem się na przesłankę z art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp sprawowana przez instytucję powołaną do rozpoznawania odwołań wnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, byłaby pozorna i iluzoryczna.

Podkreślenia wymaga również, iż wolą ustawodawcy było poddanie badania zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp Krajowej Izbie Odwoławczej. W uzasadnieniu projektu ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 1 grudnia 2010 r. (druk sejmowy nr 3676) wskazano bowiem, iż dowodzenie przesłanek wykluczenia z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp będzie ciążyło na zamawiającym, który w postępowaniu o udzielenie kolejnego zamówienia, oraz w ewentualnym postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą oraz skargowym przed sądem okręgowym, będzie zobowiązany do wykazania, iż odstąpił od umowy, gdyż nie była wykonywana lub była wykonywana nienależycie oraz, że za ten stan rzeczy odpowiedzialność ponosi wykonawca.

Ponadto, Krajowa Izba Odwoławcza uchyliła się od rozstrzygnięcia sprawy, uznając, iż przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp nie może stanowić podstawy wykluczenia pomimo takiego obowiązku, powołując się na stanowisko Komisji Europejskiej wydane w odpowiedzi na pytanie prejudycjalne skierowane do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (sprawa C-465/11 Praxis et ABC Direct Contact) i wypowiedzi przedstawicieli doktryny w odniesieniu do postanowień dyrektywy klasycznej. Tymczasem Izba jest związana przepisami powszechnie obowiązującego prawa, a nie poglądami doktryny. W przypadku skorzystania przez Krajową Izbę Odwoławczą z uprawnienia do skierowania pytania prejudycjalnego, wiążące staje się dopiero orzeczenie prejudycjalne, które dotychczas w tej sprawie nie zapadło.

Niezależnie od powyższego, należy wskazać, iż w kwestii interpretacji art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp w kontekście zakresu kognicji Krajowej Izby Odwoławczej do badania przez Izbę zaistnienia przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp, w praktyce orzeczniczej zarysowała się istotna rozbieżność.

Pogląd przeciwny do prezentowanego w zaskarżonym wyroku w kwestii zakresu kompetencji Izby do badania przesłanek wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp został



wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 czerwca 2012 r. (sygn. akt: KIO 707/12, KIO 729/12), wydanym w wyniku wniesienia odwołania m.in. przez NDI S.A. od czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie. W powyższym judykacie Izba wskazała, iż w zakresie kompetencji Krajowej Izby Odwoławczej wchodzi ustalenie ziszczenia się przesłanek wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp. Uzasadniając przyjęcie takiego stanowiska Izba podkreśliła, iż nie jest możliwe zbadanie poprawności wykluczenia wykonawcy z postępowania bez stwierdzenia, że okoliczności, które uzasadniają tę decyzję w istocie wystąpiły. Skoro bowiem ustawodawca ustanowił konkretne przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania, a rolą Izby jest m.in. badanie czynności podjętych przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to nie sposób obronić tezy, iż wystąpienie tych przesłanek znajduje się poza kontrolą Izby. Ponadto Krajowa Izba Odwoławcza w przywołanym wyroku podkreśliła, iż choć wśród przesłanek wykluczenia znajdują się czynności prawne lub określone kategorie prawa cywilnego, to brak podstaw do twierdzenia, iż ich stwierdzenie znajduje się poza kognicją Izby, o czym świadczy chociażby fakt, iż ustawodawca polski, na gruncie ustawy Pzp przyjął takie rozwiązania, które upoważniają Izbę do rozstrzygania spraw co do zasady rozpoznawanych w innym postępowaniu (np. ustalenie czynu nieuczciwej konkurencji - art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, czy też właściwej stawki VAT w cenie oferty - art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, jak i stwierdzenie nieważności oferty na podstawie odrębnych przepisów - art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, a także stwierdzenie zasadności zatrzymania wadium - art. 46 ust. 4a ustawy Pzp). Izba wskazała także, iż postępowanie w sprawie rozpoznawania odwołań nie zna instytucji „zagadnienia wstępnego” i „zawieszenia postępowania”, znanego innym procedurom, zatem nie ma podstaw do twierdzenia, że okoliczności te należało uprzednio poddać rozstrzygnięciu sądów powszechnych. Powyższe, zdaniem Izby, jednoznacznie potwierdza, iż wolą ustawodawcy było poddanie wskazanych zagadnień kontroli Izby, jednakże co oczywiste, jedynie na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i ze skutkiem tylko dla tego postępowania. Warto również podkreślić, iż powyższy wyrok zapadł na gruncie tożsamyh okoliczności faktycznych, które miały miejsce w zaskarżanym wyroku.

W tym stanie rzeczy należy wskazać, iż w odniesieniu do zagadnienia zakresu kognicji Izby do rozpatrywania wystąpienia przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp mamy do czynienia z istotną rozbieżnością w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Taki stan rzeczy wymaga dokonania kontroli merytorycznej zaskarżonego wyroku przez Sąd Okręgowy.

II. Przechodząc z kolei do uzasadnienia zarzutu naruszenia prawa materialnego należy wskazać, iż Krajowa Izba Odwoławcza naruszyła art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp poprzez błędną

wykładnię polegającą na przyjęciu, że niewykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie jest poważnym wykroczeniem zawodowym, o którym mowa w art. 45 ust. 2 lit d) dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. U.E. seria z 2004 r. Nr 134, poz. 114 z późn. zm.), zwanej dalej „dyrektywą klasyczną” i w konsekwencji przyjęła, iż przepis ten jest niezgodny z ww. przepisem dyrektywy.

Powyższe stanowisko Izby nie znajduje jednak oparcia w wykładni art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp i jest sprzeczne ze stanowiskiem Izby zaprezentowanym w pytaniu prejudycjalnym skierowanym do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (sprawa C-465/11 Praxis et ABC Direct Contact) w dniu 18 października 2011 r. W pkt 24 pytania prejudycjalnego Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż za możliwością uznania za wykroczenie zawodowe niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przemawiałoby brzmienie art. 39 ust. 2 pkt d) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa i zmieniającej dyrektywę 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz. Urz. U.E. z 2009 r. L 216/7), w którym jako przykład wykonawcy winnego poważnego wykroczenia zawodowego wskazano pogwałcenie zobowiązań w zakresie bezpieczeństwa informacji lub bezpieczeństwa dostaw w czasie wcześniejszego zamówienia, a więc przesłankę odnoszącą się również do zobowiązań kontraktowych. Natomiast w niniejszej sprawie, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając odwołanie przy jednoczesnym zaniechaniu merytorycznej oceny wystąpienia przesłanek wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp, wydała orzeczenie w którym przesądziła o wykładni ww. artykułu, uznając, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań umownych nie stanowi „poważnego wykroczenia zawodowego” w świetle art. 45 ust. 2 lit d) dyrektywy klasycznej, a zatem regulacja ta jest niezgodna z prawem unijnym. Podkreślenia wymaga jednak, iż w pytaniu prejudycjalnym zwrócono się o przesądzenie zagadnienia zgodności art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy z prawem unijnym, pozostawiając jednak tę kwestię rozstrzygnięciu Trybunałowi Sprawiedliwości Unii Europejskiej. W świetle powyższego, nie znajduje uzasadnienia przesądzenie Krajowej Izby Odwoławczej o niezgodności art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp z prawem unijnym, zawarte w wyroku z dnia 22 czerwca 2012 r.

Stosownie do treści art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się 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.

Ponieważ w zabiegach interpretacyjnych w celu konfrontacji krajowej normy prawnej z normą Unii Europejskiej powinny być dokonywane wszystkie przyjęte metody wykładni<sup>5</sup>, przy interpretacji art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp, w pierwszej kolejności należy oprzeć się na jego wykładni historycznej.

W uzasadnieniu projektu ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 1 grudnia 2010 r. (druk sejmowy nr 3677) wskazano, iż poważne naruszenie obowiązków zamawiającego wobec wykonawcy stanowi niewykonanie zamówienia publicznego przez wykonawcę albo nienależyte jego wykonanie prowadzące do rozwiązania umowy bez uzyskania przez zamawiającego zakładanego świadczenia, tj. realizacji zamówienia publicznego zgodnie z umową zawartą po przeprowadzeniu postępowania w sprawie jego udzielenia. Uzasadniając zgodność zmiany ustawy Pzp z art. art. 45 ust. 2 lit. d) dyrektywy klasycznej oraz dyrektywą sektorową 2004/17/WE podkreślono, iż poważne wykroczenie zawodowe stanowi niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia przez wykonawcę w związku z okolicznościami za które ponosi odpowiedzialność, skutkujące wypowiedzeniem umowy w sprawie jego realizacji przez zamawiającego (por. druk sejmowy nr 3677). W toku dalszych prac legislacyjnych nad zmianą ustawy Pzp wskazywano, iż przesłanka wykluczenia wykonawcy przewidziana w art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp odnosi się do sytuacji, w których działanie bądź zaniechanie podjęcia określonych działań, do których na podstawie ustawy, umowy lub zasad współzycia społecznego wykonawca był obowiązany, spowodowało tak dalece niekorzystne skutki dla interesu zamawiającego, że nie jest on już zainteresowany dalszą realizacją przez tego wykonawcę umowy w sprawie zamówienia publicznego (por. stanowisko Rady Ministrów wobec poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 19 stycznia 2011 r.).

Ideą stojącą za wskazaną nowelizacją ustawy Pzp było stworzenie pewnego rodzaju remedium na występowanie sytuacji udzielania zamówienia publicznego wykonawcy w odniesieniu do którego istnieją poważne i uzasadnione wątpliwości w zakresie jego zdolności do wykonania zamówienia, co mogło stawiać pod znakiem zapytania celowość zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Do czasu wejścia w życie powyższego przepisu, wykluczenie wykonawcy mogło nastąpić jedynie po wydaniu prawomocnego wyroku sądowego, do którego dochodzi zazwyczaj po przeprowadzeniu dwuinstancyjnego i długotrwałego postępowania sądowego. Z uwagi na fakt, że nie zawsze zamawiający decydują się na wystąpienie na drogę sądową, podstawa do wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp nie pozwalała na wyciągnięcie negatywnych konsekwencji wobec niesolidnego wykonawcy. Poprzez wprowadzenie w życie ww. przepisu ustawy Pzp zamawiający otrzymali gotowy instrument do zdyscyplinowania nierzetelnych wykonawców, dopuszczających się naruszenia zasady *pacta sunt servanda*.

---

<sup>5</sup> K. Piasecki „Zarys sądowego prawa procesowego Unii Europejskiej”, wyd. Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o. 2009 r., str. 79

Przechodząc do wykładni funkcjonalnej ww. przepisu, należy wskazać, iż celem dodania dodatkowej przesłanki wykluczania wykonawców z udziału w postępowaniu było wprowadzenie instrumentu prawnego którego zastosowanie doprowadziłoby do zapobieżenia patologicznym sytuacjom, gdy zamawiający decydując się na odstąpienie od umowy w sprawie zamówienia publicznego z uwagi na nierzetelne wykonywanie zamówienia przez wykonawcę, zmuszony byłby wybrać ofertę złożoną przez tegoż właśnie wykonawcę w kolejnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wszczętym celem wyłonienia innego podmiotu w miejsce wykonawcy nierzetelnego.

Przy dokonywaniu wykładni art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp nie sposób również abstrahować od prounijnej wykładni w świetle art. 45 ust. 2 lit. d) oraz art. 48 ust. 5 dyrektywy klasycznej.

Z art. 288 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej wynika, że dyrektywy określają ogólne ramy prawne, natomiast do państw członkowskich należy szczegółowe określenie sposobu ich wdrożenia do porządku krajowego z uwzględnieniem celu dyrektyw oraz zasad wynikających z prawa pierwotnego. Prawodawca unijny pozostawił zatem państwom członkowskim sprecyzowanie przepisów dyrektyw i dostosowanie ich do specyficznych uwarunkowań państwa wdrażającego. W orzecznictwie wskazuje się, że dyrektywy w dziedzinie zamówień publicznych nie mają na celu zupełnej harmonizacji prawa krajowego, ich zadaniem jest raczej koordynacja procedur udzielania zamówień publicznych<sup>6</sup>.

Artykuł 45 ust. 2 *in fine* dyrektywy klasycznej upoważnia państwa członkowskie do określenia warunków wykonania tego przepisu zgodnie z przepisami prawa krajowego oraz uwzględniając przepisy prawa wspólnotowego, a zatem przepis ten ma charakter przepisu ramowego, co wynika wprost z jego treści. Powyższe rodzi doniosłe konsekwencje dla państwa członkowskiego, które implementując art. 45 ust. 2 lit. d) dyrektywy klasycznej, nie jest obowiązane do przeniesienia tego przepisu do prawa krajowego w sposób literalny. Z uwagi na odmienne krajowe porządki prawne państw członkowskich, poprzestanie jedynie na literalnym przepisaniu art. 45 ust. 2 lit. d) dyrektywy do prawa krajowego byłoby nieskuteczne i nie pozwalałoby na pełną realizację celu dyrektywy.

Przesłanka wykluczenia określona w art. 45 ust. 2 lit. d) dyrektywy klasycznej została określona w sposób ogólny, z wykorzystaniem pojęć niedookreślonych i ocennych („winny”, „poważne wykroczenie zawodowe”), wymagających sprecyzowania w krajowych przepisach prawnych państw członkowskich. Generalny przepis art. 45 ust. 2 lit. d) dyrektywy klasycznej implementowany do prawa krajowego państwa członkowskiego musiał zatem zostać skonkretyzowany i obudowany instrumentarium prawnym właściwym dla danego państwa członkowskiego, gdyż tylko taki sposób implementacji stanowi gwarancję aby przewidziana w nim

---

<sup>6</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 9 lutego 2006 r. w sprawach połączonych C-226/04 i C-228/04 La Cascina i in., Zb.Orz. [2006] str. I-1347, pkt 20.

przesłanka wykluczenia wykonawcy mogła w danym państwie skutecznie funkcjonować. Innymi słowy, normy unijne nienadające się do bezpośredniego stosowania stanowią swoistą inspirację interpretacyjną dla państwa członkowskiego, na którym ciąży obowiązek implementacji przepisów unijnych.

Zakres swobody państw członkowskich w ramach wyznaczonych przez art. 45 ust. 2 dyrektywy klasycznej jest szeroki, gdyż obejmuje określanie przez państwo członkowskie warunków wykonania art. 45 ust. 1 lit. d) dyrektywy klasycznej w zakresie np. kwestii terminów, dowodów, następstw zaistnienia sytuacji prowadzących do wykluczenia, na przykład tego, czy wykonawcy będą wykluczani na stałe, czy na pewien określony okres, czy z niektórych, czy też ze wszystkich procedur udzielania zamówień publicznych. Poprzez przyjęcie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp ustawodawca skorzystał z przysługującej mu w ramach art. 45 ust. 2 dyrektywy klasycznej marginesu swobody, nie wykraczając jednak poza jego dozwolony zakres.

Mając na uwadze powyższe rozważania, za niezasadne należy uznać stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, zaprezentowane w wyroku z dnia 22 czerwca 2012 r. w świetle którego niewykonanie umowy nie stanowi poważnego wykroczenia zawodowego. W świetle zaprezentowanych wywodów, bezpodstawne jest również uznanie przez Krajową Izbę Odwoławczą, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp jest niezgodny z przepisem art. 45 ust. 2 lit. d) dyrektywy klasycznej. Pojęcia „poważnego wykroczenia zawodowego” nie można bowiem utożsamiać wyłącznie z wąsko rozumianymi normami deontologicznymi danego zawodu, wypracowanymi z reguły przez właściwe samorzady zawodowe.

Powyższą tezę potwierdza przede wszystkim wykładnia celowościowa art. 45 ust. 2 lit. d) dyrektywy klasycznej. Celem tego przepisu jest ustalenie wiarygodności wykonawcy jako uczestnika rynku i wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nierzetelnych wykonawców. Pojęcie „poważnego wykroczenia zawodowego” obejmuje zatem sytuacje, które wpływają na wiarygodność zawodową i rzetelność danego wykonawcy, a do takich należy zaliczyć naruszenia nie tylko wąsko rozumianych norm deontologicznych, lecz również naruszenia wszelkich przepisów, których wykonawca jest zobowiązany przestrzegać w związku z realizacją zamówienia, w tym także postanowień umownych.

W tym miejscu należy zauważyć, że przepisy ustawy Pzp regulują przede wszystkim obrót profesjonalny. Zakwalifikowanie wykonawców do grupy profesjonalistów pociąga za sobą ważne konsekwencje, albowiem od podmiotów, których działania uznaje się za fachowe oczekuje się podwyższonej staranności w realizacji podejmowanych działań. Odwołując się do pojęcia profesjonalizmu w obrocie prawnym, należy przytoczyć regulację przepisu art. 355 § 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.), zwanej dalej „Kodeksem cywilnym”, zgodnie z dyspozycją którego należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Powołany w art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego poziom

wymagań jest wyższy od przeciętnego, albowiem ustawa zakłada, że podmiot gospodarczy dopełniając czynności związanych z zamierzonym prowadzeniem działalności gospodarczej, składa jednocześnie zapewnienie o spełnieniu wszystkich warunków wymaganych w obowiązujących przepisach do prowadzenia takiej działalności gospodarczej, gdyż to właśnie sam fakt prowadzenia działalności gospodarczej przez dłużnika określać będzie uzasadnione oczekiwania kontrahenta i w konsekwencji miary wymaganej staranności<sup>7</sup>. Prowadzenie przez dłużnika działalności profesjonalnej uzasadnia zwiększone oczekiwania otoczenia co do jego umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. W zakresie zobowiązań umownych prymat należy przyznać oczekiwaniom kierowanym pod adresem dłużnika ze względu na treść i przedmiot zobowiązania<sup>8</sup>.

Nie ulega wątpliwości, że wymagany od wykonawcy wyłonionego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podwyższony miernik należytej staranności obejmuje wywiązywanie się z zaciągniętego zobowiązania zgodnie z jego treścią, bez szkody dla zamawiającego. Przystąpienie przez wykonawcę do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stanowi przejaw jego suwerennej decyzji, w związku z czym wykonawca podejmujący się realizacji powierzonego mu zamówienia publicznego powinien liczyć się z konsekwencjami nienależytej realizacji zamówienia z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność. Niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy, od której zamawiający odstąpił powinno być bowiem oceniane w aspekcie nieposiadania wystarczającej wiedzy i doświadczenia przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, gdyż aspekt wiedzy i doświadczenia powinien być analizowany nie tylko w kontekście należyście wykonanych zobowiązań potwierdzonych stosownymi dokumentami, ale również zamówień nienależyście zrealizowanych, które podważają rękojmię należytego wykonania zamówienia o które obecnie się ubiega. Nie można odmówić zamawiającemu prawa do wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy, który nie zachowując podwyższonego miernika należytej staranności przy wykonywaniu zamówienia publicznego utracił wiarygodność. Nie jest bowiem celowe dopuszczenie do sytuacji, w których zamawiający w sytuacji rozwiązania umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, byłby zobowiązany do wyboru jako najkorzystniejszej oferty tego wykonawcy w przyszłym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Oznaczałoby to bowiem akceptację dla obowiązku zamawiającego zawierania umowy w sprawie zamówienia publicznego z wykonawcą, z którym nie układała mu się współpraca na gruncie uprzednio obowiązującej umowy i wobec którego zamawiający mógł z uzasadnionych przyczyn utracić zaufanie niezbędne do prawidłowego współdziałania przy realizacji zawieranej umowy.

W kontekście powyższego godzi się zauważyć, iż podstawowym celem zamawiającego, będącego jednocześnie dysponentem środków publicznych, jest wyłonienie w toku postępowania

<sup>7</sup> uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 grudnia 1990 r., sygn. akt: III CZP 67/90, LEX 3625

<sup>8</sup> E. Gniewek Kodeks cywilny. Komentarz, rok wydania: 2010, Wydawnictwo: C.H.Beck, Wydanie: 4, Legalis

o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy dającego gwarancję należytego wykonania umowy, a także uzyskanie świadczenia zgodnie z postanowieniami umowy w sprawie zamówienia publicznego. W odniesieniu do przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp nie sposób zatem zakładać, że zamawiający działają wbrew własnemu interesowi, tj. rozwiązują, wypowiadają lub odstępują od umów o zamówienie publiczne z bagatelnych powodów. Na gruncie prawa krajowego zamawiający klasyczni, poza zasadami Prawa zamówień publicznych, podlegają także m.in. przepisom ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1240 z późn. zm.). W świetle ww. ustawy, wydatkowanie środków publicznych musi być celowe, a zatem słuszne i uzasadnione oraz oszczędne, czyli zakładające zminimalizowanie wykorzystywanych zasobów. Celowe i oszczędne gospodarowanie środkami publicznymi nie może jednak prowadzić do obniżenia standardów prowadzonej działalności. Wydatkowanie środków publicznych powinno bowiem następować przy optymalnym doborze metod i środków służących osiągnięciu założonych celów, co z kolei gwarantuje efektywność i uzyskiwanie jak najlepszych rezultatów przy określonych nakładach. Naruszenie zasad wydatkowania środków publicznych prowadzi do naruszenia dyscypliny finansów publicznych i skutkuje odpowiedzialnością przewidzianą przepisami prawa. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego wymaga od zamawiającego nie tylko postępowania zgodnie z przepisami ustawy Pzp, ale uwzględnienia również pozostałych obowiązujących przepisów, w tym przede wszystkim tych, określających legalność podejmowanych działań, a także zasad wydatkowania środków publicznych.

W tym miejscu należy podnieść, że prowadzenie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego oraz zawieranie umów w sprawie zamówienia publicznego nie stanowią celu samego w sobie, który może być postrzegany w oderwaniu od szerszego kontekstu. Zamawiający udzielając zamówień gospodarują, co do zasady środkami publicznymi, służącymi zaspokojeniu potrzeb szerszej zbiorowości, co następuje jednak w ramach realizacji budżetu z wszelkimi tego konsekwencjami natury prawnej. Nie ulega wątpliwości, iż zawarcie kolejnej umowy w sprawie zamówienia publicznego z wykonawcą, który dla danego zamawiającego stracił wiarygodność z uwagi na zaistnienie okoliczności, które doprowadziły do rozwiązania, wypowiedzenia czy też odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego przez tegoż zamawiającego, zagraża nie tylko realizacji przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ale również godzi w podstawowe zasady wydatkowania środków publicznych.

Zawężenie pojęcia „poważnego wykroczenia zawodowego” do wąsko rozumianych norm deontologicznych danego zawodu jest niezasadne również z tego względu, że nie w każdym zawodzie zostały odpowiednio skodyfikowane normy etyczne i deontologiczne, obowiązujące osoby wykonujące dany zawód. Niemniej jednak możliwe jest określenie pewnych zasad podstawowych, które powinny obowiązywać przy wykonywaniu każdej działalności zawodowej. Za taką podstawową zasadę powinna bezsprzecznie zostać uznana zasada *pacta sunt servanda*, wyrażająca się w tym, że osoba, która zawarła w sposób ważny umowę, musi ją wykonać,

a także zasada *primum non nocere*, czyli zasada powstrzymywania się od działań szkodzących drugiej stronie, w szczególności od niewykonywania lub nienależytego wykonania zobowiązań umownych. Również rzetelność obejmująca należyłą realizację zobowiązań zaciągniętych w ramach działalności zawodowej stanowi podstawową normę etyczną każdego zawodu, niezależnie od tego, czy norma ta została skodyfikowana. Pojęcie wiedzy fachowej nie może być bowiem ograniczone wyłącznie do czysto formalnych kwalifikacji, gdyż obejmuje ono również doświadczenie wynikające z praktyki zawodowej, a także ustalone zwyczajowo standardy wymagań.

Tezę, zgodnie z którą pojęcia „poważnego wykroczenia zawodowego”, o którym mowa w art. 45 ust. 2 lit. d) dyrektywy klasycznej, nie można ograniczać do wąsko rozumianych norm etycznych danego zawodu potwierdzają również motywy 34 i 43 do dyrektywy klasycznej, w których jako przykład „poważnego naruszenia lub wykroczenia wobec zasad etyki zawodowej przez danego wykonawcę” wskazano nieprzestrzeganie przez wykonawców krajowych przepisów implementujących dyrektywy w zakresie równego traktowania, delegowania pracowników w ramach swobody świadczenia usług, a także nieprzestrzegania przepisów dotyczących ochrony środowiska lub konkurencji, podczas gdy kodeksy etyczne określonych zawodów nie odnoszą się do powyższych kwestii. Wykroczenia wskazane w motywach 34 i 43 preambuły do dyrektywy powinny być traktowane jedynie jako egzemplifikacja, a nie zamknięty katalog poważnych wykroczeń zawodowych, do których odnosi się art. 45 ust. 2 lit. d) dyrektywy klasycznej. Powyższe sprowadza się do uznania, iż pojęcie „poważnego wykroczenia zawodowego” w rozumieniu art. 45 ust. 2 lit. d) dyrektywy klasycznej jest szersze niż to, co wynika z norm deontologicznych określonego zawodu.

Wreszcie, za uznaniem za wykroczenie zawodowe niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przemawia brzmienie art. 39 ust. 2 pkt d) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rad 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa i zmieniającej dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz. Urz. U.E. z 2009 r. L 216/7), w którym jako przykład wykonawcy winnego poważnego wykroczenia zawodowego wskazano okoliczność pogwałcenia zobowiązań w zakresie bezpieczeństwa informacji lub bezpieczeństwa dostaw w czasie wcześniejszego zamówienia. Wskazanie powyższego przykładu odnoszącego się do nienależytego wykonania zobowiązań kontraktowych winno znaleźć zastosowanie, na zasadzie analogii, przy interpretacji pojęcia „poważnego wykroczenia zawodowego”, o którym mowa w art. 45 ust. 2 lit. d) dyrektywy klasycznej.

Reasumując, celem art. 45 ust. 2 dyrektywy klasycznej jest ochrona zamawiających przed niewiarygodnymi i nierzetelnymi wykonawcami. Nie ulega zatem wątpliwości, iż przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp interpretowany w duchu dyrektywy klasycznej, jest zgodny



z celem regulacji zawartej w art. 45 ust. 2 lit d) ww. dyrektywy. Zastosowanie prounijnej wykładni przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp, stanowiącej jeden z podstawowych instrumentów zapewnienia skuteczności prawa wspólnotowego w państwach członkowskich, powinno mieć miejsce także w stanie faktycznym niniejszej sprawy. Należy bowiem dokonywać takiej wykładni prawa krajowego, która jest zgodna z treścią i celem danej dyrektywy i powinna być ona „(...) dokonywana tak dalece, jak to możliwe, aby osiągnąć rezultat określony w dyrektywie”<sup>9</sup>.

Ponadto Izba przy ocenie zgodności przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp nie uwzględniła innych postanowień dyrektywy klasycznej i w konsekwencji nie dokonała oceny zgodności tego przepisu ze wszystkimi mogącymi znaleźć zastosowanie w tym zakresie przepisami prawa unijnego. W szczególności Izba pominęła, iż celem dyrektywy jest zapewnienie wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia publicznego, a tym samym dysponującego odpowiednią wiedzą i doświadczeniem, ocenianą w świetle nie tylko okoliczności ją potwierdzających w postaci referencji prawidłowego wykonania robót, ale również w świetle przypadków, gdy wykonawca nie sprostął przyjętym zobowiązaniom do prawidłowego ich zrealizowania. W przypadku wykonawcy, z którym zamawiający z winy tego wykonawcy rozwiązał, odstąpił lub wypowiedział umowę zachodzi duże prawdopodobieństwo, iż może on ponownie nie wykonać prawidłowo udzielonego mu zamówienia, które ustawodawca krajowy potraktował w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp jako przesłankę dyskwalifikującą tego wykonawcę w możliwości ubiegania się o zamówienie publiczne u tego samego zamawiającego w celu zapobieżenia powtórzeniu się sytuacji skutkującej ponownym niewykonaniem powierzonego zamówienia publicznego.

W tym miejscu trzeba podkreślić, iż z art. 48 ust. 5 dyrektywy klasycznej wynika, że w przypadku udzielania zamówień publicznych, których przedmiotem jest m.in. realizacja robót budowlanych, zdolność wykonawców do realizacji robót może być oceniana w szczególności w odniesieniu do ich kwalifikacji, efektywności, doświadczenia i rzetelności. Ustawodawca unijny wprost zatem wskazuje, że zamawiający ma prawo dokonywać oceny kwalifikacji wykonawcy do realizacji zamówienia przez pryzmat jego rzetelności. Przejawem rzetelności wykonawcy jest niewątpliwie solidne i sumienne wywiązywanie się z uprzednio zaciągniętych przez niego zobowiązań wobec danego zamawiającego. Z tego też względu, wykładnia art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp nie może abstrahować także od regulacji zawartej w art. 48 ust. 5 dyrektywy klasycznej.

W tym stanie rzeczy twierdzenie Krajowej Izby Odwoławczej zawarte w wyroku z dnia 22 czerwca 2012 r., jakoby niewykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie stanowiło poważnego wykroczenia zawodowego, o którym mowa w art. 45 ust. 2 lit. d) oraz art. 48 ust. 5 dyrektywy klasycznej przeczy celowi regulacji przewidzianej w ww. artykułach dyrektywy, a ponadto jest niezgodne z wykładnią prounijną art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp.

<sup>9</sup> wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z dnia 28 stycznia 2010 r., sygn. akt: I SAWr1637/09, LEX 570 107.

III. Podkreślenia przy tym wymaga, iż przedmiotowa kwestia ma niezwykle istotne znaczenie dla praktyki funkcjonowania systemu zamówień publicznych i efektywności funkcjonowania systemu środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie Pzp. Wymaga bowiem wyraźnego przesądzenia, iż w zakresie kognicji Krajowej Izba Odwoławczej wchodzi rozpatrywanie zasadności wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp, które to rozpoznanie będzie w pełni możliwe jedynie w przypadku ustalenia przez Izbę w postępowaniu odwoławczym, iż wystąpiły przesłanki wskazane w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp.

Z kolei kwestia uznania, iż niewykonanie bądź nienależyte wykonanie umowy stanowi poważne wykroczenie zawodowe w rozumieniu art. 45 ust. 2 lit d) dyrektywy klasycznej ma również fundamentalne znaczenie dla realizacji celów systemu zamówień publicznych wynikających m.in. z dyrektyw unijnych zapewniających niedyskryminacyjny dostęp wykonawców do zamówień publicznych (por. teza 2 preambuły dyrektywy klasycznej). Z zasady równego traktowania wykonawców wynika bowiem, że wykonawca, który nie wywiązuje się ze swoich zobowiązań nie powinien być traktowany tak samo, jak wykonawca rzetelny.

IV. Stosownie do postanowienia art. 198b ust. 4 zd. 3 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez Prezesa Urzędu stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego o prokuratorze. W myśl art. 106 k.p.c. udział prokuratora w sprawie nie uzasadnia zasądzenia zwrotu kosztów na rzecz Skarbu Państwa ani od Skarbu Państwa. Tym samym wniesienie skargi w niniejszej sprawie nie uzasadnia zasądzenia zwrotu kosztów postępowania sądowego od Prezesa Urzędu na rzecz przeciwników skargi.

V. Prezes Urzędu wnosząc skargę w niniejszej sprawie korzysta ze szczególnej kompetencji wynikającej z przepisów prawa. W tym zakresie Prezes Urzędu nie działa ani na rzecz, ani w interesie żadnego z uczestników postępowania. Prezes Urzędu działa bowiem w ramach przysługujących mu kompetencji władczych (imperium). Powyższe w ocenie Prezesa Urzędu uzasadnia stanowisko, iż w sprawie wszczętej na skutek skargi Prezesa Urzędu wniesionej na podstawie art. 198b ust. 4 zd. 1 ustawy Pzp zachodzi szczególny przypadek, o którym mowa w art. 102 k.p.c., uzasadniający nieobciążanie strony przegrywającej kosztami sądowymi w postępowaniu skargowym. Przy czym z uwagi na fakt, iż rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą (art. 198f ust. 5 in fine ustawy Pzp) jest uzależnione od wyniku sprawy (uwzględnienia, bądź oddalenia odwołania) uzasadnionym jest jednak rozstrzygnięcie przez Sąd o poniesionych przez strony kosztach postępowania odwoławczego.

VI. Jednocześnie skarżący wyjaśnia, iż stosownie do postanowienia art. 198b ust. 2 ustawy Pzp odpisy niniejszej skargi zostały przesłane przeciwnikom skargi oraz ich pełnomocnikom.

W świetle powyższego niniejsza skarga jest konieczna i w pełni uzasadniona.

  
PREZES  
Urzędu Zamówień Publicznych

*Jacek Sadowy*

Spis załączników:

1. potwierdzenia przesłania odpisów skargi;
2. kopia uzasadnienia projektu ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 25 lutego 2011 r.;
3. kopia stanowiska Rady Ministrów wobec poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 19 stycznia 2011 r.;
4. kopia pytania prejudycjalnego Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 października 2011 r. w sprawie C-465/11 Praxis et ABC Direct Contact)
5. kopia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 czerwca 2012 r. (sygn. akt: KIO 707/12, KIO 729/12).

