

Sygn. akt V Ca 1982/12

**WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 29 października 2012 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie V Wydział Cywilny Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący - **SSO Bogusława Jarmołowicz-Łochańska**Sędziowie **SSO Joanna Wiśniewska-Sadomska****SSR (del) Tomasz Pałdyna**Protokolant **sekr. sądowy Grażyna Dwórznik**po rozpoznaniu w dniu **15 października 2012 r.** w Warszawie

na rozprawie

sprawy o zamówienie publiczne

ze skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i Skarbu Państwa - Generalnej Dyrekcji
Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie

przeciwko NDI S.A. w Sopocie

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 22 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1050/12,

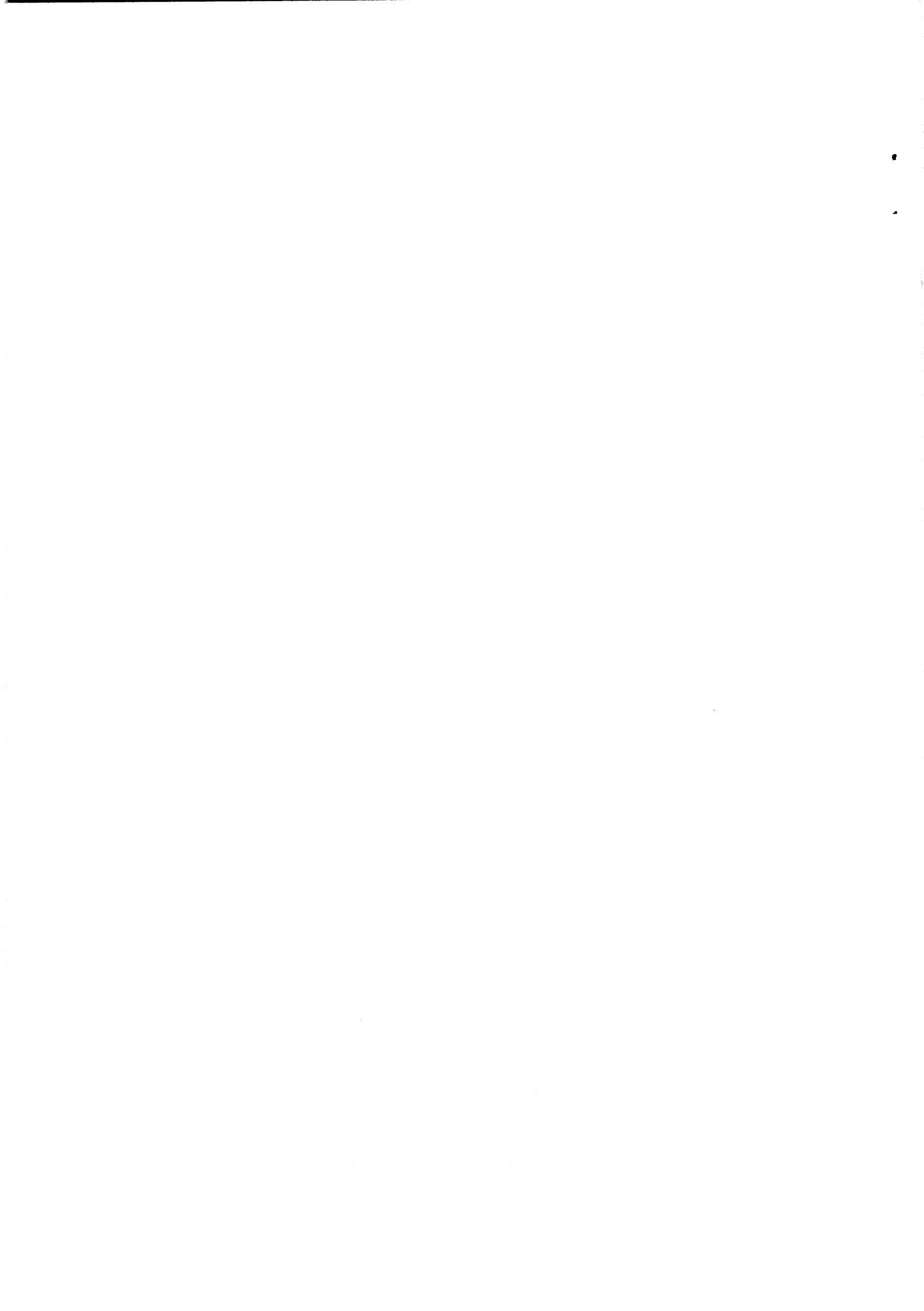
1. oddala obie skargi;
2. zasądza od Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i Skarbu Państwa – Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie na rzecz NDI SA w Sopocie po 1800 (tysiąc osiemset) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu wywołanym skargą.

Na oryginalne właściwe podpisy
Za zgodność

SEKRETARZ SALI

Anna Misiojnik





UZASADNIENIE

Zamawiający Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie wszczęła postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na budowę węzła „Tczewska” na przecięciu autostrady A6 z istniejącą ul. Tczewską- II etap. Ogłoszenie o zamówieniu zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 2 lutego 2012r.(nr ogłoszenia 2012/S/ 22-035415). W dniu 15 maja 2012r. zamawiający poinformował wykonawcę o jego wykluczeniu z udziału w przetargu .

Na powyższą czynność zamawiającego, NDI SA w Sopocie wniosła odwołanie zarzucając 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 SA w Sopocie , pomimo , że wobec tego wykonawcy nie spełniła się przesłanka wskazana w tym przepisie,
- 2.naruszenie art. 51 ustawy Pzp poprzez niezaproszenie do złożenia oferty wykonawcy –NDI SA ,pomimo ,że spełnia ona warunki udziału w postępowaniu,
- 3.naruszenie art. 7 ust.1 i 2 ustawy PZP poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców ,a także przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia przez osobę , która nie zapewniła bezstronności i obiektywizmu .

W konkluzji skarżąca wносиła o:

1. nakazanie zamawiającemu uchylenia decyzji z dnia 15 maja 2012r. o wykluczeniu z dalszego udziału w przedmiotowym postępowaniu wykonawcy NDI SA,
2. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny wniosku NDI SA w Sopocie o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i w wyniku powtórzenia czynności oceny wniosku uznanie , że odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz w konsekwencji zaproszenie go do złożenia oferty ,
- 3.obciążenie zamawiającego w całości kosztami postępowania .

W uzasadnieniu odwołania odwołujący zakwestionował podstawę wykluczenia wskazaną w decyzji o wykluczeniu . W ocenie odwołującego zakwestionowana 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. Podniósł, że strony wiązała umowa nr I/94/ZR-R-4/2010 zawarta w dniu 5 lutego 2010r. na budowę autostrady A4 odcinek Brzesko-Wierzchosławice , która została rozwiązana przez wykonawcę przez odstąpienie od umowy dokonane w dniu 23lutego 2010r.

na podstawie oświadczenia wykonawcy o odstąpieniu z powodu okoliczności leżących po stronie zamawiającego.

Odwołujący wskazał również, 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. – ale to odwołujący dokonał skutecznego rozwiązania w/w umowy w drodze skorzystania z prawa do odstąpienia. Bowiem, w dniu 9 lutego 2011 r., występując 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 NR I/94/ZR-R-4/2010 z dnia 05 lutego 2010 r) powołując się w nim na Klauzulę 16.2 Warunków Kontraktu, zgodnie z którą z 14-dniowym wyprzedzeniem dokonuje się powiadomienia o odstąpieniu od Kontraktu (Umowy NR I/94/ZR-R-4/2010 z dnia 05 lutego 2010 r.) 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 2010 r. 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 2011 r. Konsorcjum złożyło Skarbowi Państwa - Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad reprezentowanemu przez GDDKiA Oddział Kraków oświadczenie o odstąpieniu przez wykonawcę od Kontraktu z dnia 05 lutego 2010 r.). 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.

Nadto biorąc pod uwagę w/w odstąpienie od umowy oraz mając na uwadze szkodę, która wystąpiła po stronie wykonawcy na skutek działania zamawiającego lub jego personelu (Inżyniera) z naruszeniem działań umownych - w dniu 1 kwietnia 2011 r. 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 również, że niedopuszczalne w polskim porządku prawnym jest rozwiązanie umowy w drodze odstąpienia od umowy, od której wcześniej druga strona już odstąpiła. W związku z czym jego zdaniem 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 2010 r. 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 2011 r. złożyła powiadomienie o odstąpieniu od Kontraktu, a następnie w dniu 23 lutego 2011 r. 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 zarzucił, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a PZP wszedł w życie w dniu 11 maja 2011 r., a tym samym nie powinien mieć zastosowania do oceny realizacji przez wykonawcę kontraktu, który wiązał strony przed wejściem nowelizacji w życie i co do umowy, która została rozwiązana przez strony także przed wejściem wskazanego przepisu w życie. Ustawodawca w nowelizacji ustawy prawo zamówień publicznych z dnia 25 lutego 2011 r. (Dz. U. 2011 r. Nr 87 póź. 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 póź. 759) przez dodanie do art. 24 ust. 1 pkt. 1a. W ocenie odwołującego, jego zastosowanie oznaczałoby działanie prawa wstecz. 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”. Podkreślił, iż z brzmienia samej ustawy z dnia 25 lutego 2011 r., 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. Odnosząc się do celu ustawy – zaznaczył 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 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 podniósł również, 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. 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 również, iż przepisy dyrektywy klasycznej nakładają na „instytucję zamawiającego” obowiązek udowodnienia okoliczności, które uzasadniały

rozwiązanie bądź odstąpienie od umowy (tj. zaistnienie zawinione, poważnego wykroczenia zawodowego wykonawcy). Podkreślił, iż w tym zakresie 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 jego zdaniem 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 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.

NDI SA w Sopocie podniosła także w uzasadnieniu odwołania, iż, 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 niej 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.

Wyrokiem z dnia 22 czerwca 2012r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie NDI SA w Sopocie i nakazała 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; kosztami postępowania obciążyła Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad - Oddział w Szczecinie, zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł uiszczoną przez NDI SA w Sopocie tytułem wpisu od odwołania, zasądziła od zamawiającego - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad - Oddział w Szczecinie na rzecz NDI SA w Sopocie kwotę 20 000 zł tytułem zwrotu wpisu od odwołania.

Podstawę rozstrzygnięcia KIO stanowiły następujące ustalenia faktyczne i ocena prawna:

Odwołujący się (działając w Konsorcjum ze spółką SB Granit SA z siedzibą w Skopje) zawarł z zamawiającym w dniu 5 lutego 2010 roku 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 zostały zawarte także klauzule o prawie do odstąpienia od umowy zarówno przez wykonawcę jak i zamawiającego .

W dniu 9 lutego 2011 r. Konsorcjum w trybie Klauzuli 16.2 Warunków Kontraktu powiadomiło zamawiającego o odstąpieniu od umowy NR I/94/ZR-R-4/2010 z dnia 05 lutego 2010 r. z 14-dniowym wyprzedzeniem na skutek wystąpienia zdarzeń opisanych w klauzuli 16.2 pkt (d) Warunków Kontraktu, tj. z tego powodu ,że zamawiający w istocie nie wykonuje swoich zobowiązań według Kontraktu. Zaś po upływie 14-todniowego terminu wskazanego w powiadomieniu , w dniu 23 lutego 2012 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 2010 r.) z powodu nienależytego wykonywania zobowiązań kontraktowych przez zamawiającego . W oświadczeniu zostały opisane zdarzenia i zachowania zamawiającego świadczące o nienależytym wykonaniu zobowiązania .

W dniu 23 lutego 2012 roku także 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 porzuca 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 uchyla się od prowadzenia robót zgodnie z klauzulą 8 (rozpoczęcie, opóźnienia i zawieszenie).

W związku z dokonanym odstąpieniem, w dniu 1 kwietnia 2012 roku Konsorcjum złożyło do Sądu Okręgowego w Warszawie przeciw zamawiającemu pozew o zapłatę i wydanie.

Zaś w dniu 15 maja 2012 r. odwołujący drogą elektroniczną otrzymał informację zamawiającego o wykluczeniu go na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia. W piśmie zamawiający wskazał, iż w przedmiotowej sprawie zostały łącznie spełnione wszystkie wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp okoliczności, które są warunkiem skutecznego wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający podkreślił, iż obliuguje to zamawiającego do podjęcia decyzji o wykluczeniu NDI SA z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Na podstawie poczynionych powyżej ustaleń faktycznych Krajowa Izba Odwoławcza uznała odwołanie za zasadne. Podniosła ,iż zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący się jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp, wskazała ,że zgodnie z tym przepisem 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 zatem 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, czy okoliczności za niewykonanie umowy wskazują na odpowiedzialność wykonawcy, decyduje zamawiający. Od decyzji zamawiającego wykluczonemu wykonawcy służy odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej.

Odnosząc się do zarzutów braku kognicji KIO do rozpoznania podnoszonych w odwołaniu zarzutów Krajowa Izba Odwoławcza podniosła, że zakres badania przez nią okoliczności wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp może budzić wątpliwości ale nieuprawnione jest stanowisko, iż w przypadku wykluczenia na podstawie wskazanego przepisu KIO obowiązana jest wyłącznie zbadać, czy w danym przypadku doszło do rozwiązania, wypowiedzenia lub odstąpienia 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.

Stąd KIO przyjęła, że Izba obowiązana jest w pewnych granicach badać zasadność czynności wykluczenia. 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. Każdy przypadek wykluczenia wykonawcy na podstawie wzmiankowanego przepisu należy zatem rozpoznawać oddzielnie, z uwzględnieniem okoliczności danej sprawy.

W niniejszym przypadku, w ocenie Izby, 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.

KIO wskazała, że wykonywanie umów, również tych zawartych w drodze postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, podlega reżimowi Kodeksu cywilnego bowiem w myśl 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, w ocenie KIO, 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 KIO 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 potwierdziła i uznała za własne argumenty wskazane w uzasadnieniu postanowienia Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 17 maja 2012 roku sygn. akt ACz 782/12 oddalające 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, w którym to 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.

Zatem 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.

KIO wskazała, 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 uiszczył 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 KIO 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.

KIO 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). Podniosła, że 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.

Wskazała, że 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.

Jej zdaniem 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 w innym składzie 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, KIO uznała za uzasadnione, gdyż odstąpienie 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. d) 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.

Od orzeczenia KIO skargi wnieśli Prezes Urzędu Zamówień Publicznych oraz zamawiający Skarb Państwa -Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad .

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zarzucił orzeczeniu KIO 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: 1 Acz 782/12) oddalającym zażalenie zamawiającego na postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 6 maja 2011 r. (sygn. akt: 1 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 zaszły 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 1 a 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, póź. 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 skarżący wnosił 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.).

Skarb Państwa- Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad zaskarżonemu orzeczeniu zarzucił naruszenie :

1) art. 190 ust. 7 Pzp poprzez zaniechanie wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału dowodowego i w konsekwencji niesłuszne przyjęcie, że nie ziściły się przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp;

2) art. 196 ust. 4 Pzp poprzez niedostateczne uzasadnienie wydanego wyroku, tj. w szczególności poprzez nie wskazanie wszystkich okoliczności faktycznych, w tym całkowite pominięcie stanowiska skarżącego zaprezentowanego w trakcie postępowania odwoławczego oraz lakoniczne i ogólnikowe odniesienie się, i to tylko do nielicznych, argumentów podnoszonych przez skarżącego;

3) art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp i 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 poprzez ich błędną wykładnię polegającą na uznaniu, iż w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy odstąpienie od umowy przez i w konsekwencji przyjęcie, iż przepis ten jest niezgodny z ww. przepisem dyrektywy oraz przez przyjęcie skarżącego z powodu okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi NDI nie jest tożsame z poważnym wykroczeniem zawodowym;

4) art. 32 Konstytucji RP poprzez naruszenie zasady równego traktowania.

W konkluzji ten skarżący wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez oddalenie odwołania; zasądzenie od NDI S.A. na rzecz skarżącego kosztów postępowania sądowego z uwzględnieniem kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Sąd Okręgowy zważył co następuje :

Obie skargi były niezasadne i podlegały oddaleniu, aczkolwiek nie z wszystkimi argumentami KIO zawartymi w uzasadnieniu można się zgodzić .

Przede wszystkim w ocenie Sądu Okręgowego niezasadne były zarzuty obu skarżących naruszenia przez KIO prawa materialnego w postaci art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp i 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 poprzez ich błędną wykładnię polegającą na uznaniu, iż w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy przepis art. 24 ust.1a pkt.1 ustawy pzp jest niezgodny z przepisami dyrektywy klasycznej oraz przez przyjęcie ,że nienależyte wykonanie umowy niewykonanie umowy nie mieści się w pojęciu poważnego wykroczenia zawodowego

Wprost przeciwnie w ocenie Sądu Okręgowego Krajowa Izba Odwoławcza prawidłowo przyjęła że czynność zamawiającego, polegająca na wykluczeniu NDI SA w Sopocie 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. d dyrektywy klasycznej.

Sąd Okręgowy podziela pogląd, że dyrektywa klasyczna zawiera zamknięty katalog przyczyn, których zaistnienie może ale nie musi „skutkować wykluczeniem wykonawcy co oznacza, że w procesie implementacji państwo członkowskie nie mogło tego katalogu rozszerzyć. Mogło mniej ale nie więcej.

Tym samym należy również podzielić pogląd KIO, że art. 24 ust. 1 pkt. 1a nie mieści się w katalogu podstaw wykluczenia zawartych w art. 45 ust. 2 pkt. d. Trzeba mieć na uwadze, że zgodnie z preambułą do dyrektywy udzielenie zamówienia publicznego podlega poszanowaniu zasad traktatu tj.: zasady swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości, swobody świadczenia usług, równego traktowania, niedyskryminacji, wzajemności, uznawalności i proporcjonalności i przejrzystości.

Zatem wbrew zarzutom postawionym w obu skargach rację ma zarówno odwołujący jak i Izba, że przy wykładni tego przepisu należy uwzględnić treść dyrektywy stanowiącej źródło tej regulacji, czyli art. 45 ust. 2 lit. d „dyrektywy klasycznej”, to jest 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. Zgodnie z przywołanym przepisem – w wersji tłumaczonej na język polski – „z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające.” Warto przy tym odnotować, że tłumaczenie to nie jest doskonałe. W oryginalnych językach dekretowych mowa jest raczej o poważnym uchybieniu w materii profesjonalnej, a więc w gruncie rzeczy o błędzie będącym dowodem braku profesjonalizmu (w języku francuskim kwalifikuje się owo uchybienie jako *une faute grave en matière professionnelle*).

Niezgodność między treścią dyrektywy a przepisem prawa polskiego jest widoczna *prima facie*. Zresztą na niespójność tę, jak też na konieczność „prounijnej wykładni” art. 24 ust. 1 pkt 1 a ustawy, zwraca się uwagę w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku.

Rzeczona „wykładnia prounijna” nie zwalnia sądu z obowiązku przestrzegania prawa polskiego. Zgodnie z treścią art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy – Prawo zamówień publicznych z postępowania o udzielenie zamówienia 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. Jedynie w okolicznościach opisanych w hipotezie tego przepisu (nie licząc innych podstaw wykluczenia, na podstawie innych przepisów) możliwe jest zastosowanie wskazanej na wstępie sankcji. Jednocześnie, żaden z wyliczonych tu warunków nie może być zignorowany. Wynika to z ogólnych reguł wykładni prawa, w świetle których żadne słowo używane przez ustawodawcę nie może zostać uznane za zbyteczne. Wykładnia uwzględniająca brzmienie dyrektywy nie może zatem przekreślić żadnej z kondycji przewidzianych w prawie krajowym. Może natomiast prowadzić do rozszerzającej lub zawężającej wykładni warunków ustawowych.

Wykładnia rozszerzająca jest w tym przypadku – z wyłuszczonej wyżej względów – niedopuszczalna. Brzmienie dyrektywy źródłowej może prowadzić natomiast do zawężenia zakresu pojęcia „okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność”. W każdym razie przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy ma zastosowanie wtedy, gdy zamawiający rozwiązał z wykonawcą umowę, albo mu ją wypowiedział, albo odstąpił od niej z powodu, za który można przypisać wykonawcy odpowiedzialność, przy uwzględnieniu pozostałych *conditiones iuris* przewidzianych w przepisie.

Treści pojęć „rozwiązał”, „wypowiedział”, „odstąpił” należy poszukiwać w przepisach prawa zobowiązań. To samo dotyczy „okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność”. W ten sposób ustawodawca polski, implementując dyrektywę, w sposób oczywisty nawiązuje do funkcjonujących od dawna rozwiązań systemowych, próbując wtłoczyć nowy mechanizm w istniejące ramy prawne.

Tego typu zabieg legislacyjny w pełni zasługuje na aprobatę. Implementacja dyrektyw nie może polegać na ich prostym tłumaczeniu na język narodowy, ale musi uwzględniać istniejące rozwiązania legislacyjne oraz szanować funkcjonującą już w systemie nomenklaturę, jeśli zważy się na to, że system prawny ma stanowić spójną całość. Inna sprawa, czy zabieg ten w tym przypadku był udany i czy za pomocą istniejących figur prawnych udało się odtworzyć zalecenia prawodawcy unijnego, wyrażone w dyrektywie.

Odpowiedź na to pytanie nie jest skomplikowana, bo na rozbieżność pomiędzy treścią dyrektywy a polską regulacją zwracano już wielokrotnie uwagę w doktrynie i orzecznictwie,

czego wyrazem są na pewno wątpliwości powzięte przez Krajową Izbę Odwoławczą, która w innym składzie zwróciła się z pytaniem prawnym do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości o zbadanie zgodności art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy z przepisem dyrektywy. Z takim żądaniem wystąpił też odwołujący w niniejszej sprawie. Wniosek ten w ocenie Sądu Okręgowego był zbędny albowiem istnieje możliwość uzgodnienia treści omawianego przepisu zgodnie z prawem unijnym.

Realizując zatem wskazane wyżej założenia przyjąć należy, że okoliczności stanowiące przyczynę rozwiązania lub wypowiedzenia umowy albo odstąpienia od niej, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca, nie mogą polegać na każdym nienależyтым wykonaniu zobowiązania, ale muszą być następstwem braku profesjonalizmu (a ściślej poważnego wykroczenia będącego dowodem braku profesjonalizmu).

W niniejszej sprawie, w ocenie Sądu Okręgowego rację mają skarżący i Izba, że zamawiający nie wykazał, by wykonawca w osobie spółki NDI dopuścił się w realizacji poprzedniej umowy takiego wykroczenia. Co więcej, na okoliczności takie nawet się nie powoływał.

Jeszcze raz podkreślić należy, że pojęcie „poważnego wykroczenia zawodowego” wiązać trzeba z brakiem oczekiwanego profesjonalizmu po stronie dłużnika, a nie z niesolidnością kontrahenta. A to nie na brak profesjonalizmu, ale na brak uczciwości powołuje się zamawiający. I w tym zakresie zainicjował postępowanie dowodowe, próbując udowodnić okoliczności nieistotne dla rozpoznania sprawy niniejszej.

W ocenie Sądu drugiej instancji, w świetle art. 45 ust. 2d dyrektywy 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 roku brak rzetelności kontrahenta jest obojętny przy ocenie przyczyn ustania poprzedniego stosunku prawnego łączącego strony. Jest to zrozumiałe, bo kondycja ta winna być przedmiotem oceny na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej. Wybór taki, w zamyśle ustawodawcy unijnego, powinien uwzględniać wszystkie okoliczności mające znaczenie przy realizacji konkretnego zamówienia, w tym także rękojmię, jaką daje konkretny wykonawca. Przedwstępne wykluczenie niektórych kontrahentów, na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy, jest – jak już wspomniano wyżej – rozwiązaniem wyjątkowym i podlega ścisłej wykładni.

Co więcej, jak wynika z dyrektywy, wykroczenie musi być zawinione. Art. 24 ust. 1 pkt 1a należy więc wyklądać zawężająco i ma on zastosowanie jedynie do sytuacji, w których wypowiedziano (rozwiązano, odstąpiono od) umowę z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, w sytuacji, gdy można stwierdzić winę wykonawcy w naruszeniu, które klasyfikować można jako uchybienie zasadom profesjonalizmu, a do tego naruszenie to musi być poważne. Ten ostatni element został przez ustawodawcę uwzględniony w prawie polskim, skoro chodzi jedynie o naruszenie, które pozwala na unicestwienie istniejącego węzła prawnego.

Z tych właśnie powodów nie dostrzegając okoliczności pozwalających na zastosowanie w stosunku do spółki NDI przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a Prawa zamówień publicznych obie skargi podlegały oddaleniu a orzeczenie KIO należało uznać za prawidłowe

Na marginesie należy zauważyć ,że zamawiający zaistnienie poważnego wykroczenia zawodowego może wykazać wszelkimi dowodami ale nie oznacza to, że może być ono oparte na ocenie samego zamawiającego , która ze swojej istoty jest oceną subiektywną ,nastawioną na obronę przyjętego stanowiska .Ocena ta zatem winna być poparta obiektywnymi dowodami .

Odnosząc się do zarzutów obu skarg dotyczących zajęcia a przez Krajową Izbę Odwoławczą stanowiska ,iż w związku z zawisłą pomiędzy stronami sprawą przed sądem powszechnym, nie posiada ona 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 , Sąd Okręgowy podziela stanowisko skarżących, iż pogląd Izby w tym przedmiocie jest nieuprawniony nieuprawnione i stoi w sprzeczności z normą art. 190 i nast. ustawy prawo zamówień publicznych .

Ze wskazanego przepisu wynika bardzo szeroka kognicja KIO. Zgodnie z nim strony są obowiązane składać dowody na stwierdzenie faktów ,z których wywodzą skutki prawne , KIO może dopuścić dowód niewskazany przez strony . Nadto KIO, o ile wymaga tego ustalenie stanu faktycznego, może przeprowadzać dowody ze świadków, dokumentów a nawet z opinii biegłego, a z urzędu winna uwzględnić fakty powszechnie znane .

Izba może także odmówić przeprowadzenia dowodu, ocenia moc i wiarygodność dowodów, może prowadzić postępowanie wyjaśniające . W przypadku zawarcia umowy prowadzi ustalenie przesłanek jej unieważnienia.

Przedstawiony zakres uprawnień jest zbliżony do zakresu kognicji sądu powszechnego . Tym samym należy podzielić stanowisko skarżących ,że KIO co do zasady ma wszelkie kompetencje do merytorycznego rozpoznania sprawy w zakresie objętym konkretnym

odwołaniem . Tym samym KIO w związku z konkretnym odwołaniem może a nawet powinna dokonać merytorycznej oceny wiążącego strony stosunku prawnego, a w jej ramach badać takie kwestie jak odstąpienie, wypowiedzenie ,rozwiązanie umowy i skuteczność złożonych w tym przedmiocie ewentualnych oświadczeń woli .

Oznacza to ,ze w przedmiotowej sprawie KIO miała wszystkie kompetencje do tego aby móc ustalać czy zaszyły przesłanki wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy tj . do merytorycznej oceny okoliczności istotnych z punktu widzenia hipotezy tej normy prawnej . ustawy.

Jednocześnie, wbrew twierdzeniom odwołującego oraz KIO zawartym uzasadnieniu zaskarżonego wyroku ani Krajowa Izba Odwoławcza, ani sąd rozpoznający skargi od jej wyroku, nie wkraczają w kompetencje sądu rozpoznającego sprawy o zapłatę czy ustalenie, a pomiędzy orzeczeniami tych organów nie zachodzi zależność, której się doszukują. W świetle art. 366 k.p.c. wyrok prawomocny ma bowiem powagę rzeczy osądzonej tylko co do tego, co w związku z podstawą sporu stanowiło przedmiot rozstrzygnięcia, a ponadto tylko między tymi samymi stronami. Przepis ten nie stanowi podstawy związania sądu cywilnego ustaleniami Krajowej Izby Odwoławczej i sądu rozpoznającego skargę na jej orzeczenie.

Odpowiedź na wątpliwości KIO tkwi w pojęciu podstawy sporu, o którym mowa w przywołanym przepisie. Chodzi w nim bynajmniej nie o oceniane przez organy stosujące prawo okoliczności faktyczne, ale o rodzaj roszczenia oddanego pod osąd. Z uwagi na to, że w postępowaniu niniejszym kontroli podlega prawidłowość decyzji podjętych przez zamawiającego w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego, orzeczenie wydane w takiej sprawie wiąże sąd tylko w zakresie tego, czy konkretna czynność zamawiającego była prawidłowa, czy nie. Sąd powszechny nie jest natomiast związany oceną stanu faktycznego, która legła u podstaw takiego rozstrzygnięcia. Rozbieżność ocenna nie jest wprawdzie zjawiskiem pożądanym, ale nieuniknionym, tym bardziej, że postępowanie inicjowane odwołaniem do Krajowej Izby Odwoławczej – mając charakter ekspresowy – siłą rzeczy może nie ujawnić wszystkich istotnych okoliczności sprawy, co jednak nie usprawiedliwia tezy, w świetle której Izba ma być zwolniona od takiej oceny.

W tej sytuacji brak było podstaw do oczekiwania na wyniki postępowania w sprawie o ustalenie toczącej się przed tutejszym sądem, tym bardziej, że – co zostanie wyjaśnione poniżej – przedmiotem oceny w sprawie niniejszej nie jest jedynie fakt skutecznego

odstąpienia od umowy. Dlatego sąd wniosek o zawieszenie postępowania do czasu zakończenia tej sprawy Sąd Okręgowy (czyli *ad kalendas graecas*) oddalił.

Z powyższych względów Sąd Okręgowy czuje się zwolniony od oceny pozostałych zarzutów podniesionych w skargach. Bez znaczenia w szczególności jest to, kto i dlaczego pierwszy odstąpił od umowy.

Biorąc powyższe pod uwagę skargi podlegały oddaleniu na podstawie art. 198f ust.2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania przed Sądem Okręgowym orzeczono na podstawie art. 198f ust. 5 tej samej ustawy .



Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność

SEKRETARZ SĄDOWY

Anna Misiąg