

Sygn. akt: KIO 707/12

KIO 729/12

WYROK

z dnia 6 czerwca 2012 r.



Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Sylwester Kuchnio

Emil Kuriata

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach: 24 kwietnia 2012 r., 8 maja 2012 r., 15 maja 2012 r., 24 maja 2012 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 11 kwietnia 2012 r. przez wykonawcę **NDI S.A., Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot**

B. w dniu 13 kwietnia 2012 r. przez wykonawcę **ALPINE Bau GmbH, A-5071, Alte Bundesstrasse 10, Wals bei Salzburg**

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Żelazna 59, 00-848 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **Warbud S.A., Al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 707/12 i KIO 729/12 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołania.

2. Kosztami postępowania obciąża **NDI S.A., Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot** i **ALPINE Bau GmbH, A-5071, Alte Bundesstrasse 10, Wals bei Salzburg** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **NDI S.A., Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot i ALPINE Bau GmbH, A-5071, Alte Bundesstrasse 10, Wals bei Salzburg** tytułem wpisów od odwołań,
- 2.2. zasądza od **NDI S.A., Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot i ALPINE Bau GmbH, A-5071, Alte Bundesstrasse 10, Wals bei Salzburg** na rzecz **Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Żelazna 59, 00-848 Warszawa** kwotę **7 200 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, w tym kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od **NDI S.A., Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot** oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od **ALPINE Bau GmbH, A-5071, Alte Bundesstrasse 10, Wals bei Salzburg**.

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

Przewodniczący:

Opisany

Syber Kucinski

[Signature]



**Na oryginalnie wia: Ciwe podpisy.
Za zgodność**

PREZES
Krajowej Izby Odwoławczej
Klaudia Szczytowska-Maziarz

Sygn. akt: KIO 707/12

KIO 729/12

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu ograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „kontynuacja projektowania i przebudowa drogi S8 odcinek Powązkowska - Marki (ul. Piłsudskiego). Etap II: odcinek Węzeł Powązkowska - węzeł Modlińska.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 grudnia 2012 r. pod numerem 2011/S 238-384108.

Sygn. akt: KIO 707/12

W niniejszym postępowaniu wykonawca NDI Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie (zwanej dalej „Odwołującym” lub „Wykonawcą”) wniósł odwołanie wobec czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2004 r. Nr 19 poz. 177, zwanej dalej „Ustawa PZP” lub „PZP”):

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

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu uchylecia decyzji z dnia 3 kwietnia 2012 r. o wykluczeniu z dalszego udziału w przedmiotowym postępowaniu Odwołującego;
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez NDI S.A. i w wyniku powtórzenia czynności oceny wniosku uznanie, że Odwołujący spełnia warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu oraz w konsekwencji zaproszenie go do złożenia oferty;
3. obciążenie w całości Zamawiającego kosztami postępowania.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł, iż czynność wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania jest niezgodna z przepisami ustawy Pzp, albowiem Zamawiający bezzasadnie przyjął, iż wobec Wykonawcy spełniły się przesłanki

określone w art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp. Na wstępie Odwołujący wskazał, iż wbrew twierdzeniom Zamawiającego, to nie Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad odstąpił od Umowy nr I/94/ZR-R-4/2010, która została zawarta przez strony w dniu 5 lutego 2010 r. (dot. budowy Autostrady A4 odcinek Brzesko-Wierzchosławice), lecz to Wykonawca dokonał skutecznego rozwiązania ww. umowy w drodze skorzystania z prawa do odstąpienia. Odwołujący wyjaśnił, iż w dniu 9 lutego 2011 r. Wykonawca występujący w przedmiotowym postępowaniu w Konsorcjum (ze spółką SB Granit SA z siedzibą w Skopje) złożył Skarbowi Państwa - Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad reprezentowanemu przez GDDKiA Oddział Kraków - Powiadomienie o odstąpieniu od Kontraktu (umowy nr I/94/ZR-R-4/2010 z dnia 05 lutego 2010r.). W niniejszym Powiadomieniu Konsorcjum wskazało, iż na podstawie Klauzuli 16.2 Warunków Kontraktu udziela niniejszym z 14-dniowym wyprzedzeniem Powiadomienia o odstąpieniu od Kontraktu (umowy nr I/94/ZR-R-4/2010 z dnia 05 lutego 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 w/w 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 (umowy NR I/94/ZR-R-4/2010 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. Biorąc pod uwagę ww. odstąpienie Konsorcjum od umowy oraz mając na uwadze szkodę, która wystąpiła po stronie Wykonawcy, na skutek działania Zamawiającego i/lub jego Personelu (Inżyniera), z naruszeniem działań umownych - w dniu 1 kwietnia 2011r. NDI SA oraz SB Granit SA - złożyła pozew do Sądu Okręgowego w Warszawie, XXV Wydział Cywilny przeciwko Skarbowi Państwa - Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad. Sprawa aktualnie jest w toku.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący podniósł, iż niedopuszczalne jest w polskim porządku prawnym rozwiązanie umowy w drodze odstąpienia od umowy, od której wcześniej druga strona już odstąpiła. W związku z czym oczywistym jest, zdaniem Odwołującego, 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 5 lutego 2010 r. nie jest taką sytuacją, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp, albowiem to NDI S.A., zgodnie z łączącą strony umową, w dniu 9 lutego 2011,r. złożyła Powiadomienie o odstąpieniu od Kontraktu, a następnie w dniu 23 lutego 2011r. oświadczenie o odstąpieniu od umowy, a zatem

NDI S.A. 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.

Z ostrożności procesowej Odwołujący wskazał, iż zarówno orzecznictwo jak i doktryna prezentuje jednolite stanowisko odnośnie warunków jakie strona powinna spełnić, aby skonstruować i złożyć skuteczne oświadczenie o odstąpieniu. Złożenie oświadczenia o odstąpieniu jest czynnością prawną kształtującą, jednostronną. Ponadto zgodnie z Komentarzem do Kodeksu Cywilnego, pod red. Prof. dr hab. Krzysztofa Pietrzykowskiego, C.H. Beck, Warszawa 2011, wydanie 6: *„Prawo do odstąpienia ma charakter kształtujący (..) i wykonywane jest przez złożenie odpowiedniego oświadczenia drugiej stronie (zgodnie z art. 61 KC). Oświadczenie o odstąpieniu nie wymaga żadnego uzasadnienia, chyba że strony uzależniły dopuszczalność skorzystania z tego uprawnienia od warunku. Oświadczenie to może być złożone w dowolnej formie (zob. jednak art. 77 KC - jeżeli umowa zawarta została w formie pisemnej lub innej formie szczególnej, oświadczenie o odstąpieniu wymaga zachowania zwykłej formy pisemnej), także per facta concludentia, jednakże zachowanie takie nie powinno pozostawiać wątpliwości co do zamiaru rozwiązania umowy (por. wyr. SA w Warszawie z 15.9.1997 r, I ACa 534/97, OSA 1998, Nr 2, poz. 18)“.*

Reasumując powyższe, Odwołujący podniósł, iż z zachowaniem warunków przewidzianych przez strony w umowie oraz wszelkich innych formalnych warunków nałożonych przez przepisy prawa dokonał skutecznej czynności, skutkującej rozwiązaniem umowy nr I/94/ZR-R-4/2010 z dnia 5 lutego 2010r., tj. w pierw zgodnie z klauzulą 16.2 akapit 2 Warunków Kontraktu złożył Zamawiającemu z 14-dniowym wyprzedzeniem powiadomienie o odstąpieniu, a następnie w ostatnim dniu 14-dniowego terminu skierował do Zamawiającego stosowane oświadczenie. Jak Odwołujący wskazuje, zgodnie z przytoczonym wyżej stanowiskiem pisma te nie wymagały specjalnego uzasadnienia (choć oświadczenie o odstąpieniu przez Wykonawcę od kontraktu z dnia 23 lutego 2011 r. zawierało obszerne uzasadnienie) i były złożone w formie pisemnej. Odwołujący podkreślił, iż wydając decyzję w przedmiotowym postępowaniu o dokonaniu wykluczenia Wykonawcy, Zamawiający zupełnie pominął wyżej opisane okoliczności, opisując jedynie zdarzenia, które są bez znaczenia w przedmiotowej sprawie, albowiem są bezskuteczne z uwagi na fakt, iż miały miejsce później, tj. w dniu i po dniu 23 lutego 2011 r.

Dalej Odwołujący podaje, iż Zamawiający na str. 27 pisma z dnia 3 kwietnia 2012 r. pozostaje w błędzie stwierdzając, że: *„Odstąpienie przez Zamawiającego od umowy na „Budowę autostrady A4 na odcinku od węzła Brzesko do węzła Wierzchosławice w km 479+000 - 499+800” nastąpiło w dniu 23.02.2011 r. (..)“.* Wykonawca domniemywa, iż być może jest to „skrót myślowy” Zamawiającego, gdyż jest okolicznością niesporną (potwierdzoną w dokumentach sporządzonych przez samego Zamawiającego oraz przyznaną przez Skarb

Państwa w toczącym się postępowaniu XXV C 355/11), że w dniu 23 lutego 2011 r. nie zostało złożone przez Zamawiającego oświadczenie o odstąpieniu, ale powiadomienie o odstąpieniu. Nawet jeżeli uznać, że Zamawiający nie był zobligowany do złożenia osobnym pismem - oświadczenia o odstąpieniu (w terminie 14 dni od złożenia powiadomienia) - to należy wskazać, iż zapisy kontraktu jasno wskazują, iż samo powiadomienie nie powoduje skutecznego odstąpienia, lecz jest niezbędne do „wszczenia samej procedury” przy odstąpieniu i powinno być ono dane Wykonawcy z 14-dniowym wyprzedzeniem. Zgodnie z klauzulą 15.2 akapit trzeci Warunków Kontraktu „(...) Zamawiający będzie mógł, po daniu Wykonawcy powiadomienia z 14-dniowym wyprzedzeniem odstąpić od Kontraktu”. Na marginesie Wykonawca wskazał, iż pismem z dnia 9 marca 2011 r. (tj. ostatni dzień 14-dniowego terminu) Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad złożył Wykonawcy oświadczenie o odstąpieniu. Reasumując, Odwołujący stwierdził, iż powiadomienie o odstąpieniu nie mogło i nie wywarło skutku natychmiastowego, zatem wbrew twierdzeniom Zamawiającego, nawet gdyby przyjąć, iż w dniu 23 lutego 2011 r. umowa łączyła jeszcze strony, to w tym dniu nie nastąpiło odstąpienie od umowy przez Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego, mając na uwadze powyższe, w dniu 23 lutego 2011 r. umowa nr I/94/ZR-R-4/2010 z dnia 5 lutego 2010 r. przestała istnieć na skutek czynności dokonanych przez NDI S.A., tj. złożenia w dniu 9 lutego 2011 r. powiadomienia o odstąpieniu od kontraktu, a następnie w dniu 23 lutego 2011 r. oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Skutki, które powstają po skorzystaniu przez jedną ze stron z odstąpienia od umowy są w polskim porządku prawnym klarowne, tj. w wypadku wykonania prawa do odstąpienia umowa "uważana jest za niezawartą". Wobec powyższego, jak podnosi Odwołujący, Zamawiający nie mógł skutecznie złożyć w dniu 23 lutego 2011 r., a następnie w dniu 9 marca 2011 r. powiadomienia i oświadczenia o odstąpieniu w odniesieniu do stosunku obligacyjnego, który już w tym momencie nie istniał. Ponadto, w ocenie Odwołującego, nie istniał również przedmiot, co do którego Zamawiający miałby takie oświadczenie skierować ani druga strona umowy (Wykonawca).

Nadto, Odwołujący wskazał, iż zgodnie z licznymi stanowiskami doktryny prawnej przyjmuje się, że oświadczenie o odstąpieniu, po jego złożeniu przez stronę nie może być cofnięte ani odwołane. Zatem, w wypadku wykonania (skorzystania) przez stronę z prawa do odstąpienia wywołuje ono doniosłe skutki prawne. Zgodnie z Komentarzem do Kodeksu Cywilnego, pod red. prof. dr hab. Krzysztofa Pietrzykowskiego, C.H. Beck, Warszawa 2011, wydanie 6: „Z dniem skuteczności oświadczenia o odstąpieniu (wypowiedzeniu) ustaje bowiem łącząca dotychczas strony więź obligacyjna, nie istnieje między nimi stosunek prawny, nie są one stronami, nie istnieje zatem ani przedmiot, w odniesieniu do którego odstępujący mógłby złożyć oświadczenie o cofnięciu odstąpienia, ani strona, do której miałby on to oświadczenie skierować (tak też B. Jelonek-Jarco, Umowne prawo odstąpienia; Z. Woźniak, Wpływ; tamże

uwagi o losie praw o charakterze akcesoryjnym, które wygasają w następstwie odstąpienia od umowy). Sama wola nadania mocy wstecznej oświadczeniu nie wystarczy. Nie można - jednostronną czynnością prawną skierowaną do adresata - kształtować jego sytuacji prawnej w ten sposób, że staje się on ponownie stroną stosunku obligacyjnego. Jeżeli stosunek obligacyjny wygaś (przeszła istnieć) to nie można go "reanimować", chyba że wyraźny przepis prawa pozwala znieść skutki określonego zdarzenia prawnego z mocą wsteczną. Pogląd, który zakładałby możliwość "wycofania" oświadczenia o odstąpieniu (wypowiedzeniu) od umowy, już po wygaśnięciu stosunku obligacyjnego z niej wynikającego, byłby też niebezpieczny dla bezpieczeństwa obrotu, a także dla interesów osób trzecich. Stworzenie możliwości dowolnego manipulowania stosunkami prawnymi przez "wygaszanie" ich i ponowne "ożywianie" ex tunc otwiera nieograniczone wprost pole do nadużyć. Możliwe jest natomiast oczywiście ponowne nawiązanie stosunku prawnego (zawarcie nowej umowy), o treści identycznej jak treść stosunku, który już wygaś w następstwie odstąpienia (wypowiedzenia), a późniejszą, po nastąpieniu skutku odstąpienia, zgodę strony, do której skierowane zostało oświadczenie o odstąpieniu należy traktować jako przyjęcie oferty zawarcia umowy kreującej taki sam, lecz już nie ten sam stosunek prawny (tak wyr. SN z 6.3.2009 r, II CSK 518/08. Legalis)".

Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnioskuje, iż skoro przyjmuje się, że z dniem skutecznego złożenia oświadczenia o odstąpieniu ustaje łącząca dotychczas strony więź obligacyjna, tj. nie istnieje między nimi stosunek prawny i nie są one stronami, zatem odstępujący nie ma nawet możliwości złożenia oświadczenia o cofnięciu „swojego” odstąpienia, to tym bardziej w takiej sytuacji nie ma skutecznej i prawnej możliwości, aby druga strona umowy (z którą odstępujący rozwiązał umowę) mogła złożyć „swoje” oświadczenie o odstąpieniu od umowy. Takie działanie jak wskazano powyżej „otwiera nieograniczone pole do nadużyć”.

Na marginesie Odwołujący wyjaśnił, iż Zamawiający „podjął próbę” i złożył wobec NDI S.A. powiadomienie, a następnie oświadczenie o odstąpieniu od umowy (pomimo faktu, iż zgodnie z wyżej przytoczonymi przepisami i stanowiskami doktryny takie działanie jest niedopuszczalne i bezskuteczne), albowiem w tamtym czasie było powszechnie wiadome, iż trwają prace nad nowelizacją ustawy Pzp, w wyniku których został dodany sporny zapis art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp.

Z ostrożności procesowej, Odwołujący wskazuje na zaistniałe uchybienia prawne, dotyczące wyżej przywołanego przepisu ustawy Pzp, a mianowicie na aspekt naruszenia przez przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp zasady *lex retro non agit*. Odwołujący wyjaśnił, iż ustawodawca w nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 25 lutego 2011 r. (Dz. U. 2011 r. Nr 87 poz. 484) rozszerzył przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania poprzez dodanie w art. 24 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień

publicznych (t. j. Dz. U. 2010 r. Nr 113 poz. 759) punktu 1a. Przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp wszedł w życie w dniu 11 maja 2011 r. Tymczasem nawet jeżeli w niniejszej sprawie uznać, iż tak jak wskazuje w swojej decyzji z dnia 3 kwietnia 2012 r., iż to Zamawiający dokonał odstąpienia od umowy - to należy zważyć, iż zdarzenie to miało miejsce przed wejściem w życie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp. Nie jest jakimkolwiek wytłumaczeniem w tym stanie fakt, iż art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp stanowi, że rozwiązanie umowy albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej powinno nastąpić w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania. Generalnym uzasadnieniem funkcjonowania w porządku prawnym zasady zakazu działania prawa wstecz jest powszechnie przyjęta norma, iż prawo nie może oceniać na nowo, tego co już miało miejsce. W tej sytuacji ta zasada doznaje istotnego naruszenia. Co prawda na gruncie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 r., zasada nieretroakcji nie jest zasadą konstytucyjną, ale Trybunał Konstytucyjny uznał działanie prawa wstecz za naruszenie konstytucyjnej zasady demokratycznego państwa prawnego, wyrażonej w art. 2 Konstytucji RP. Ponadto jak słusznie wskazał Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 3 października 2001 r., sygn. akt: K 27/2001: *„zasada niedziałania prawa wstecz stanowi podstawę porządku prawnego. Kształtuje zasadę zaufania obywateli do państwa oraz stanowionego przez niego prawa. U podstaw tejże zasady leży wyrażona w art. 2 Konstytucji zasada demokratycznego państwa prawnego.”* Zatem, w ocenie Odwołującego, nowa regulacja (tj. art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp) nie powinna mieć zastosowania do przypadków odstąpienia lub rozwiązania umowy, jakie miały miejsce przed jej wejściem w życie. W innym wypadku takie rozwiązanie godzi w podstawy polskiego porządku prawnego.

Odwołujący wskazał również na niezgodność przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp z prawem unijnym, argumentując, iż pomimo chęci przeprowadzenia nowelizacji ustawy Pzp przy uwzględnieniu obowiązujących norm prawa unijnego - przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp nie jest zgodny z dyrektywą klasyczną 2004/18/WE oraz dyrektywą sektorową 2004/17/WE. Fakt ten powszechnie podkreślany jest m.in. przez przedstawicieli doktryny. Przede wszystkim Odwołujący wskazuje, 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 czego, zdaniem Odwołującego, w ww. 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.

Ponadto, na co zwraca uwagę Odwołujący, przepisy unijne ograniczają możliwość wykluczenia wykonawcy wyłącznie w przypadku, gdy istotne wykroczenie zawodowe wykonawcy wynika z jego winy. Ustawa Pzp stanowi natomiast o okolicznościach za jakie wykonawca ponosi odpowiedzialność, zatem w tym zakresie mieszczą się również takie okoliczności, które są przez wykonawcę niezawinione.

Jednocześnie Odwołujący zauważa, iż przepisy dyrektywy klasycznej nakładają na „instytucję zamawiającego” obowiązek udowodnienia okoliczności, które uzasadniały rozwiązanie bądź odstąpienie od umowy (tj. zaistnienie zawinionego, poważnego wykroczenia zawodowego wykonawcy). Takiego obowiązku brakuje w polskiej regulacji zamówień publicznych.

Dalej Odwołujący podniósł, iż Krajowa Izba Odwoławcza w innym postępowaniu, dotyczącym zastosowania przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp powzięła istotne wątpliwości odnośnie zgodności ww. przepisu z prawem unijnym. W konsekwencji, Krajowa Izba Odwoławcza skierowała do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w tym zakresie pytanie prejudycjalne (sygn. akt: KIO 1629/11, KIO 1643/11). Odwołujący postuluje rozważenie w przedmiotowym postępowaniu skierowania pytania prejudycjalnego: Czy przepis art. 24 ust. 1 pkt 1 a jest zgodny z prawem unijnym? (tj.: *„czy pojęcie poważnego wykroczenia zawodowego użyte w dyrektywie klasycznej może być rozumiane jako rozwiązanie albo wypowiedzenie, albo odstąpienie od umowy z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, oraz czy przepis ten może być wyłożony w sposób powodujący automatyzm wykluczania wykonawców bez względu na stopień zawinienia?”*).

Nadto niezależnie od kwestii rozważania przez Krajową Izbę Odwoławczą pytania prejudycjalnego - Odwołujący, biorąc pod uwagę wielokrotnie i jednoznacznie podkreślane przez przedstawicieli doktryny uchybienia polskiej regulacji - wskazał, iż w przedmiotowym przypadku należy rozważyć, czy interpretacja przepisu krajowego nie powinna być dokonana w taki sposób, aby był on zgodny z normami zawartymi w dyrektywach. Na potwierdzenie powyższego stanowiska Odwołujący przytoczył tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 lutego 2011 r. sygn. akt KIO 269/11: *„Należy bowiem dokonać 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”* (wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 28 stycznia 2010 r., I S.A.Wr1637/09, LEX 570 107).

W ocenie Odwołującego, interpretacja prawa krajowego musi bezwzględnie uwzględniać reguły zawarte w dyrektywach, ponieważ w przypadku braku precyzyjnego wdrożenia do ustawodawstwa krajowego *„tam gdzie celem dyrektyw jest nadanie praw jednostce, jednostka ta może korzystać z pełni swoich praw i w razie potrzeby powoływać się*

na nie przed sądem krajowym" (orzeczenie ETS z 17 listopada 1993 r. (sygn. akt C -71/92) w sprawie Komisja Europejska przeciw Królestwu Hiszpanii).

Nadto, Odwołujący podniósł również, iż dodana nowelizacją ustawy Pzp przesłanka wykluczenia wykonawcy, zawarta w art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp, w odróżnieniu od „wcześniej obowiązujących” przesłanek pozostawia kwestię wykluczenia wykonawcy swobodnemu uznaniu zamawiającego. Jak wskazuje wielu komentatorów ustawy Pzp ww. 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 ustawy Pzp nie jest potrzebne, jak przy pozostałych postanowieniach art. 24 ustawy Pzp, jakiegokolwiek potwierdzenie urzędowe lub sądowe. Tak sformułowane postanowienie, zdaniem Odwołującego, stoi w istotnej sprzeczności z prawem do rzetelnego wymiaru sprawiedliwości, zagwarantowanym w Konstytucji RP (art. 42 ust. 3 i art. 45 Konstytucji).

Ponadto, pozbawienie wykonawcy prawa do sprawiedliwego i jawnego procesu przed niezależnym, bezstronnym i niezawisłym sądem może prowadzić do naruszenia zapewnionej w art. 20 oraz art. 22 Konstytucji RP wolności działalności gospodarczej. Zgodnie z art. 22 Konstytucji, ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny, zaś przedmiotowe ograniczenie wolności działalności gospodarczej, co prawda przewidziane ustawą, nie jest jednak dokonywane ze względu na ważny interes publiczny. Jak zostało wskazane w uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (druk sejmowy nr 3677): *„wykluczenie w przedmiotowych okolicznościach na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, może nastąpić dopiero po wydaniu prawomocnego wyroku sądowego, do którego dochodzi zazwyczaj po przeprowadzeniu dwuinstancyjnego i długotrwałego postępowania sądowego. W takich okolicznościach, nie do przyjęcia należy uznać możliwość zarówno ponownego ubiegania się o to samo zamówienie przez wykonawcę, który wykonał je nienależycie, jak również o inne zamówienia udzielane przez tego samego zamawiającego”*. Budzi wątpliwości Odwołującego, czy takie postępowanie leży w interesie publicznym oraz czy możliwe i prawnie dozwolone jest ograniczanie wolności działalności gospodarczej uzasadniane długotrwałością postępowania sądowego. Ponadto, opisywana sytuacja prowadzi do przerzucania ryzyka gospodarczego na wykonawcę, co w konsekwencji powoduje powstanie sytuacji, w której istotnego ograniczenia doznaje zasada równości wobec prawa wykonawcy i zamawiającego, tj. zasada „równego traktowania przez władze publiczne”, przewidziana w art. 32 Konstytucji RP.

Odwołujący podniósł również, iż w przedmiotowym postępowaniu doznała uszczerbku zasada równego traktowania podmiotów, ubiegających się o zamówienie i zasada uczciwej

konkurencji. Wobec nieziszczenia się w stosunku do Wykonawcy przesłanki do wykluczenia określonej w art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp, w ocenie Odwołującego, uzasadniony jest zarzut, dotyczący niezapewnienia przez Zamawiającego oceny przedłożonych przez wykonawców ofert według bezstronnych i obiektywnych wymagań.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Pismem z dnia 3 kwietnia 2012 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 1 punkt 1a ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, iż intencją ustawodawcy przy wprowadzaniu do ustawy Pzp art. 24 ust. 1 punkt 1a było zapewnienie ochrony zamawiającym przed wykonawcami, którzy w przeszłości nie wykonali lub wykonali nieprawidłowo zawartą z tymi samymi zamawiającymi umowę w sprawie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy okoliczność takiego niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia nie została jeszcze potwierdzona prawomocnym orzeczeniem sądu. Zamawiający, odstępując od umowy, wypowiadając lub rozwiązując ją ze skutkiem natychmiastowym ma na celu, co do zasady, definitywne i ostateczne zakończenie stosunku umownego z konkretnym podmiotem, który nie wywiązał się z zaciągniętych zobowiązań i tym samym uniemożliwił realizację społeczno - gospodarczego zamierzenia, któremu służył zawarty między stronami kontrakt. Zamawiający podkreślił jednocześnie, iż sankcja wykluczenia przewidziana w art. 24 ust. 1 punkt 1a ustawy Pzp jest niezależna od poprawności wypowiedzenia, rozwiązania lub odstąpienia od umowy przez zamawiającego, wystąpienie tej przesłanki nie musi więc być poświadczony urzędowo lub sędownie, a jej wykorzystanie zostało pozostawione zamawiającemu.

Zamawiający podkreślił również, iż zgodnie z uzasadnieniem zawartym w druku sejmowym Nr 3677 z dnia 1 grudnia 2010 r. wprowadzenie przesłanki wykluczenia zawartej w art. 24 ust. 1 punkt 1a ustawy Pzp *„jest uzasadnione faktem, iż 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, stanowi poważne naruszenie obowiązków wykonawcy wobec zamawiającego. Naruszenie to bowiem niesie za sobą liczne trudności dla zamawiającego związane m.in. z: niezrealizowaniem zadania publicznego w terminie, niebezpieczeństwem utraty środków finansowych, koniecznością zabezpieczenia inwestycji w okresie przejściowym do wyboru kolejnego wykonawcy oraz ponownym przeprowadzeniem postępowania w celu wyboru wykonawcy zamówienia, będącego - co należy podkreślić - już wcześniej przedmiotem postępowania przeprowadzonego zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych”*.

Dalej Zamawiający wyjaśnił, iż powyższy przepis, jak wskazano w sentencji wyroku KIO 1822/11 przez użycie zwrotu „z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność” odwołuje się do instytucji prawa cywilnego - prawa zobowiązań (por. art. 471 i nast. k.c.). Stosownie zatem do odesłania zawartego w art. 14 Pzp, przy wykładni art. 24 ust. 1 pkt 1 a Pzp, uwzględnić należy przepisy kodeksu cywilnego. Art. 471 k.c. stanowi, że dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.

W doktrynie podnosi się, że w prawie cywilnym przez pojęcie „skutki niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania” rozumie się w zasadzie prawne następstwa takiego uchybienia zobowiązaniu przez dłużnika, które były spowodowane okolicznościami za które on odpowiada.

Warto również zwrócić uwagę na art. 472 k.c., z którego wynika, że jeżeli zakres odpowiedzialności nie jest zmodyfikowany czynnością prawną albo szczególnym przepisem ustawy, wówczas dłużnik odpowiada za niezachowanie należytej staranności, czyli za winę w postaci niedbalstwa, bowiem tradycyjny pogląd nakazuje utożsamiać winę w postaci niedbalstwa z możliwością postawienia dłużnikowi zarzutu naruszenia reguł należytej staranności. Tym samym za okoliczności obciążające dłużnika, w świetle art. 472 k.c., należy przede wszystkim uznać własne działanie lub zaniechanie dłużnika, który przy spełnianiu świadczenia nie dołożył należytej staranności. W tym przypadku będzie więc chodzić o winę nieumyślną, odnośnie do której prawo cywilne posługuje się właśnie pojęciem „niedbalstwo”. Uprawnia to więc do stwierdzenia, że skoro dłużnik odpowiada za winę nieumyślną, to tym bardziej będzie odpowiadał za winę umyślną, występującą w k.c. pod pojęciem „rażące niedbalstwo” lub „wina umyślna”.

Mając na uwadze powyższe, art. 471 k.c. nie określa zasad odpowiedzialności kontraktowej, co czyni natomiast art. 472 k.c., wprowadzając odpowiedzialność dłużnika na zasadzie winy. W świetle powyższego w polskim systemie prawnym odpowiedzialność kontraktowa jest oparta co do zasady na winie dłużnika. Tym samym sformułowanie „okoliczności za które wykonawca ponosi odpowiedzialność”, zasadniczo będzie dotyczyło okoliczności zawinionych.

Należy zauważyć, iż przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp został wprowadzony ustawą z dnia 25.02.2011 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych, która została ogłoszona 26 kwietnia 2011 r. (Dz. U. Nr 87, poz. 484) i weszła w życie w dniu 11 maja 2011 r. Zamawiający obowiązany jest do stosowania powyższego przepisu do wszystkich postępowań wszczynanych po dacie wejścia w życie ustawy nowelizującej. Wiąże się to z obowiązkiem zbadania zaistnienia okoliczności wykluczenia każdego wykonawcy, który bierze udział w postępowaniu wszczętym po dniu 11 maja 2011 r., w okresie 3 lat przed