

WYROK

z dnia 22 kwietnia 2013 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Klaudia Szczytowska-Maziarz
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 kwietnia 2013 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 kwietnia 2013 roku przez wykonawcę **NDI S.A. z siedzibą w Sopocie** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad reprezentowanego przez Generalną Dyрекcję dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz dokonanie czynności zaproszenia Odwołującego do złożenia oferty
2. kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad reprezentowanego przez Generalną Dyрекcję dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **NDI S.A. z siedzibą w Sopocie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad reprezentowanego przez Generalną Dyрекcję dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie** na rzecz **NDI S.A. z siedzibą w Sopocie** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące, sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 Szczecinie.

Przewodniczący:

.....

.....

U z a s a d n i e

W dniu 5 kwietnia 2013 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej „ustawa Pzp”), odwołanie złożył wykonawca NDI S.A. z siedzibą w Sopocie (dalej „Odwołujący” lub „Wykonawca”).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego na Budowę Węzła „Tczewska” na przecięciu autostrady A6 z istniejącą ulicą Tczewską (II Etap) przez Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, którego reprezentuje Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie.

Odwołaniem zaskarżono czynność wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i niezaproszenie Odwołującego do złożenia oferty. Decyzja Zamawiającego została doręczona Odwołującemu faksem w dniu 29 marca 2013 roku.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie:

1. art. 365 § 2 w zw. z art. 366 Kpc i ponowne wykluczenie Odwołującego z dalszego udziału w postępowaniu z naruszeniem powagi rzeczy osądzonej wynikającej z prawomocnego wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie, Wydział V Odwoławczy, wydanego w sprawie V Ca 1982/12, zgodnie z tym wyrokiem czynność Zamawiającego polegająca na wykluczeniu Odwołującego z dalszego udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust 1 pkt 1a Pzp ze względu na okoliczności tożsame z powołanymi w uzasadnieniu zaskarżonej czynności była niezgodna z przepisami;
2. art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp w zw. z art. 45 ust. 2 lit. d) dyrektywy nr 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 jego błędne zastosowanie i wykluczenie Odwołującego z dalszego udziału w postępowaniu pomimo braku spełnienia przesłanek wskazanych w tym przepisie;
3. art. 51 Pzp poprzez niezaproszenie Odwołującego do złożenia oferty, pomimo spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu przetargowym;

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o:

1. unieważnienie decyzji o wykluczeniu Odwołującego z dalszego udziału w postępowaniu;
2. nakazanie Zamawiającemu zaproszenie Odwołującego do złożenia oferty;
3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym wpisu od odwołania oraz innych kosztów przedstawionych na rozprawie.

I. INTERES WE WNIESIENIU ODWOŁANIA

Odwołujący wskazał, że przysługuje mu uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej określonych w ustawie Pzp, gdyż ma interes w uzyskaniu zamówienia, a jako uczestnik przetargu mogący go wygrać poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp i niezgodnego z prawem wykluczenia go z udziału w postępowaniu.

II. KLUCZOWE ZAGADNIENIA

Odwołujący zaznaczył, że dla rozpoznania sprawy podstawowe znaczenie mają następujące okoliczności:

a. Rozstrzygnięcie Zamawiającego zostało wydane pomimo istnienia wiążącego strony prawomocnego wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie, Wydział V Odwoławczy, wydanego w sprawie V Ca 1982/12, zgodnie z którym czynność Zamawiającego polegająca na wykluczeniu Odwołującego z dalszego udziału w postępowaniu naruszała art. 24 ust 1 pkt 1a Pzp.

b. Nie zmieniły się okoliczności prawne i faktyczne badane przez Sąd Okręgowy w sprawach V Ca 1982/12 i V Ca 2015/12, a Zamawiający w swojej decyzji nie przytoczył żadnych faktów, które nie byłyby już przedmiotem oceny KIO i Sądu.

c. To Odwołujący jako pierwszy skutecznie odstąpił od Kontraktu z przyczyn zależnych od Zamawiającego, a zatem nie jest on wykonawcą, wobec którego Zamawiający mógł odstąpić od umowy i z tej przyczyny art. 24 ust. 1 pkt 1 a Pzp nie może znaleźć zastosowania.

d. Podstawą odstąpienia złożonego przez Zamawiającego już po wygaśnięciu stosunku prawnego łączącego strony nie było zawinione wykroczenie zawodowe stanowiące dowód braku profesjonalizmu, a Odwołujący nie ponosił winy za okoliczności stanowiące podstawę odstąpienia.

e. „nie każde zawinienie popełnione przez wykonawcę/stronę umowy można uznać za poważne albo odnosi się do „wykroczenia zawodowego” w rozumieniu art. 45 ust. 2 lit. d) dyrektywy 2004/18/WE. Określenie użyte w tej podstawie wykluczenia sugeruje istnienie szczególnie poważnego niedochowania obowiązku wynikającego raczej z ogólnie obowiązujących wymogów dotyczących cech zawodowych niż z zapisów umownych”.

f. Spór związany z wykonywaniem umowy sam w sobie nie uzasadnia zastosowania klauzuli z art. 24 ust. 1 pkt. 1a Pzp, jeżeli nie da się wykazać poważanego wykroczenia zawodowego, któremu to obowiązkowi Zamawiający nie sprostął, jak wynika z wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie, Wydział V Odwoławczy, wydanego w sprawie V Ca 1982/12.

Podniesiono, że w dniu 23 maja 2012 r. Odwołujący złożył do Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu go z udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne prowadzonym w trybie przetargu

ograniczonego na Budowę Węzła „Tczewska” na przecięciu autostrady A6 z istniejącą ulicą Tczewską (II Etap). Zamawiający wykluczył wówczas Odwołującego z udziału w tym samym przetargu i na tej samej podstawie, tj. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp.

W odwołaniu Skarżący wskazywał na brak przesłanek określonych w art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp, pozwalających na wykluczenie Wykonawcy. Skarżący podnosił również, że jako pierwszy odstąpił od kontraktu zawartego z Zamawiającym w dniu 5 lutego 2010 r., nr umowy: I/94/ZR-R-4/2010 (dalej Kontrakt), co uniemożliwiało zastosowanie przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp w celu wykluczenia Wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia.

Wyrokiem z dnia 22 czerwca 2012 r. w sprawie KIO 1050/12 KIO uwzględniła odwołanie, nakazała Zamawiającemu odwołanie czynności i ponowne rozpatrzenie oferty Odwołującego, a także obciążyła Zamawiającego kosztami postępowania. Od wyroku tego odwołał się Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad oraz Prezes Urzędu Zamówień Publicznych.

W równoległe toczących się połączonych sprawach KIO 707/12 i 729/12, w których stan faktyczny był analogiczny, KIO wydała orzeczenie oddalające odwołanie.

Dnia 29 października 2012 r. Sąd Okręgowy w Warszawie, V Wydział Cywilny Odwoławczy, rozpoznał skargi złożone od dwóch sprzecznych ze sobą wyroków KIO wydanych na tle art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp w sprawach V Ca 1982/12 i V Ca 2015/12. W przypadku obu przetargów Sąd Okręgowy nakazał Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia wykonawców z udziału w postępowaniu przetargowym i dokonanie ponownej oceny wniosków o dopuszczenie ich do udziału w przetargu.

III. WYROK SĄDU I BRAK ZMIANY OKOLICZNOŚCI

W uzasadnieniu wyroku w sprawie V Ca 1982/12 Sąd Okręgowy wskazał, że czynność Zamawiającego, polegająca na wykluczeniu Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego na Budowę węzła „Tczewska” na przecięciu autostrady A6 z istniejącą ulicą Tczewska na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp narusza wskazany przepis, jak i przepis 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 (dalej dyrektywa klasyczna).

Dyrektywa klasyczna zawiera zamknięty katalog przyczyn, których zaistnienie może, ale niekoniecznie musi skutkować wykluczeniem wykonawcy. Oznacza to, że państwa członkowskie implementując dyrektywę nie mogły poszerzyć zawartego w niej katalogu, a jedynie ograniczyć. W związku z powyższym art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp nie mieści się w katalogu podstaw wykluczenia zawartych w art. 45 ust. 2 lit. d) dyrektywy klasycznej. Przy

wykładni art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp należy uwzględnić treść dyrektywy stanowiącej źródło tej regulacji, czyli art. 45 ust. 2 lit d) dyrektywy klasycznej.

Sąd wskazał, że dyrektywa w wersji przetłumaczonej na język polski wskazuje, że z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucję zamawiającą.

W oryginalnych językach mowa jest raczej o poważnym uchybieniu w materii profesjonalnej, a więc o błędzie będącym dowodem braku profesjonalizmu (w wersji francuskiej - *une faute grave en matiere professionnelle*).

Wykładnia prounijna nie zwalnia sądu z obowiązku przestrzegania prawa polskiego. Zgodnie z treścią art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp 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.

Wykładnia prounijna, czyli uwzględniająca brzmienie dyrektywy klasycznej, może prowadzić do rozszerzającej lub zawężającej wykładni warunków ustawowych. W przedmiotowej sprawie wykładnia rozszerzająca jest niedopuszczalna. Przepis ustawy Pzp będzie miał zastosowanie, gdy do rozwiązania, wypowiedzenia albo odstąpienia od umowy doszło z powodu, za który można przypisać wykonawcy odpowiedzialność. Okoliczności uzasadniające 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).

Zamawiający w ocenie Sadu nie wykazał, by Odwołujący dopuścił się w realizacji poprzedniej umowy wykroczenia, które może podlegać takiej kwalifikacji. Pojęcie „poważnego wykroczenia zawodowego“ wiązać trzeba z brakiem oczekiwanego profesjonalizmu po stronie dłużnika. Co więcej, jak wynika z dyrektywy, wykroczenie musi być zawinione. Art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp należy więc wyklądać zawężająco i stosować do sytuacji, w których wypowiedziano, rozwiązano bądź odstąpiono od umowy 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. W związku z tym Sąd przesądził jednoznacznie, że działanie Odwołującego nie wypełniło przesłanek z art. 24 ust.

1 pkt 1a Pzp. Sąd wskazał przy tym, że Zamawiający może wykazywać zaistnienie poważnego wykroczenia zawodowego wszelkimi dowodami, ale nie oznacza to, że może być ono oparte na ocenie samego Zamawiającego. Ocenie Sądu podlegał przy tym obszerny materiał dowodowy załączony do skargi przez GDDKiA, głównie w postaci jednostronnych oświadczeń personelu Zamawiającego. Żaden z tych dokumentów nie wskazywał, by Odwołujący wykazał się brakiem profesjonalizmu w wykonaniu umowy i stanowiło to wskazaną wyraźnie w treści oświadczenia przyczynę odstąpienia przez Zamawiającego od umowy.

IV. NARUSZENIE ART. 365 § 2 W ZW. Z 366 KPC

Ponowne wykluczenie Odwołującego z dalszego udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp w sposób rażąco narusza art. 365 § 2 w zw. z art. 366 Kpc. Rozstrzygnięcie Zamawiającego zostało wydane pomimo istnienia wiążącego strony prawomocnego wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie, Wydział V Odwoławczy, wydanego w sprawie V Ca 1982/12, zgodnie z którym czynność Zamawiającego polegająca na wykluczeniu Odwołującego z dalszego udziału w postępowaniu naruszała art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp.

Zgodnie z art. 365 § 1 Kpc orzeczenie prawomocne wiąże nie tylko strony i sąd, który je wydał, lecz również inne sądy oraz inne organy państwowe i organy administracji publicznej, a w wypadkach w ustawie przewidzianych także inne osoby. Artykuł 366 Kpc stanowi, że wyrok prawomocny ma powagę rzeczy osądzonej tylko co do tego, co w związku z podstawą sporu stanowiło przedmiot rozstrzygnięcia, a ponadto tylko między tymi samymi stronami. Dla tożsamości podstawy sporu niezbędna jest natomiast tożsamość podstawy faktycznej i prawnej roszczenia.

Ustalenia faktyczne Sądu dotyczyły tych samych okoliczności faktycznych i prawnych, które w tym postępowaniu Zamawiający powołuje na uzasadnienie wykluczenia. Zmianie uległ jedynie sposób prezentacji przedstawionych argumentów, co nie uzasadnia w żaden sposób zniesienia powagi rzeczy osądzonej. Za niedopuszczalną należy uznać próbę ponownego poddania pod rozstrzygnięcie sądu kwestii będącej już przedmiotem prawomocnego orzeczenia. W przypadku przedmiotowego przetargu Sąd Okręgowy nakazał Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia wykonawców z udziału w postępowaniu przetargowym i dokonanie ponownej oceny wniosków o dopuszczenie ich do udziału w przetargu. Wskazał też wyraźnie, że wykluczenie w okolicznościach faktycznych sprawy naruszało art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp. Pomimo tego, w wyniku ponownej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu, Zamawiający ponownie wykluczył Odwołującego, powołując się na tę samą podstawę, pomimo braku jakiegokolwiek zmiany okoliczności faktycznych będących przedmiotem rozstrzygnięcia sądu w sprawach V Ca 1982/12 i V Ca 2015/12. Już z tej przyczyny odwołanie powinno zostać uwzględnione.

Z ostrożności Odwołujący podniósł dalsze zarzuty w stosunku do niezgodnej z prawem czynności Zamawiającego.

V. NARUSZENIE ART. 24 UST. 1 PKT 1A PZP

W świetle orzeczenia Sądu Okręgowego w sprawie V Ca 1982/12 bezsporna jest konieczność prounijnej wykładni przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp odwołującej się do zawartego w dyrektywie klasycznej pojęcia „poważne zawinione wykroczenie zawodowe”. Dla rozstrzygnięcia zakresu tego pojęcia decydujące powinno być stanowisko Komisji Europejskiej oraz wskazania preambuły dyrektywy klasycznej.

Z uwagi na fakt, że kwestia ta została już przesądzona przez Sąd Okręgowy, jedynie pokrótce Odwołujący wskazał najważniejsze argumenty dotyczące definicji tego pojęcia. Przedstawienie tych argumentów jest istotne także dlatego, że w treści informacji o wykluczeniu podnosi się, że przepis art. 24 ust. 1 pkt. 1a Pzp ma być narzędziem zapewniającym Zamawiającemu ochronę przed wykonawcami, którzy w przeszłości nie wykonali lub wykonali nieprawidłowo zawartą umowę. Stwierdzenie to całkowicie pomija kwestie zawinienia i powagi naruszenia, które są kluczowe w świetle przepisów dyrektywy klasycznej.

Jak wynika z preambuły dyrektywy klasycznej, jednym z jej celów jest zwiększenie konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówień publicznych poprzez zapewnienie szerokiemu kręgowi wykonawców dostępu do udziału w postępowaniu. W związku z tym wykluczenie wykonawców z udziału może odbywać się tylko w ograniczonej liczbie przypadków, enumeratywnie wymienionych w art. 45 ust. 2 Dyrektywy, i nie może oznaczać arbitralnych decyzji zamawiającego.

Zgodnie z orzecznictwem TSUE, w dyrektywie klasycznej są wymienione w sposób wyczerpujący przypadki oparte na obiektywnych względach dotyczących cech zawodowych, mogące uzasadnić wykluczenie przedsiębiorcy z udziału w zamówieniu publicznym. Wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne na podstawie innych przesłanek niż wymienione w art. 45 ust. 2 dyrektywy klasycznej jest więc niezgodne z treścią i celem dyrektywy.

Zastosowanie wykładni prounijnej art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp zgodnej z treścią i celem dyrektywy klasycznej oznacza, że interpretacja zwrotu „zawinione poważne wykroczenie zawodowe” nie może być rozszerzająca.

O ile państwo może wprowadzić inne podstawy wykluczenia wykonawców z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które uzna za zasadne dla ochrony interesu publicznego, słuszych interesów instytucji zamawiających oraz zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami, to jednak takie inne podstawy nie mogą być sprzeczne z normami dyrektywy klasycznej oraz jej celami. Norma dyrektywy klasycznej, pozwalająca na wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia

publicznego wymaga od Zamawiającego udowodnienia winy Wykonawcy w popełnieniu poważnego wykroczenia zawodowego. Pzp jest ustawą implementującą do polskiego porządku prawnego przepisy dyrektywy klasycznej. Zgodnie z zasadą pierwszeństwa prawa unijnego oraz utrwalonym orzecznictwem TSUE, konieczne jest zastosowanie takiej wykładni pronunijnej prawa krajowego, która pozwoli na interpretację art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp zgodną z treścią oraz celem dyrektywy. Co więcej, wykładnia pronunijna powinna być wykonywana tak dalece, jak to możliwe, aby osiągnąć rezultat przewidziany w dyrektywie” (wyrok WSA we Wrocławiu I S.A./Wr1637/09).

Motyw 43 Preambuły dyrektywy klasycznej wymienia przykładowe działania wykonawcy, które mogą być uznane za poważne wykroczenia zawodowe. I tak może chodzić w szczególności o nieprzestrzeganie przez wykonawcę ustawodawstwa krajowego (w motywie wskazano przykładowo na ustawodawstwo z zakresu ochrony środowiska, niezgodnych z prawem porozumień w ramach procedur udzielania zamówień publicznych, przepisów wykonujących dyrektywy Rady 2000/78/WE i 76/207/EWG dotyczące równego traktowania pracowników, które było przedmiotem ostatecznego orzeczenia sądowego lub decyzji mającej równoważny skutek) pod warunkiem, że stanowiło przedmiot ostatecznego orzeczenia sądu lub decyzji mającej równoważny skutek. W motywie 43 brak jest wskazania, jakoby za poważne wykroczenie zawodowe można było uznać niewykonanie zobowiązań kontraktowych.

Zgodnie ze stanowiskiem TSUE, intencją prawodawcy unijnego przy określaniu powodów wykluczenia zawartych w art. 45 ust. 2 dyrektywy klasycznej było dopuszczenie tylko takich przypadków wykluczenia, które opierają się na obiektywnym ustaleniu okoliczności faktycznych lub na zachowaniach zainteresowanego przedsiębiorcy mogących podważyć jego uczciwość zawodową lub zdolność gospodarczą i finansową do wykonania robót objętych zamówieniem i ofertą (tak Wyrok TSUE z dnia 16 grudnia 2008r, *Michaniki AE*, C-213/07). TSUE wskazywał ponadto, że wykaz przypadków wykluczenia ze względu na ustalone obiektywne przyczyny dotyczące cech zawodowych jest enumeratywny i wyczerpujący, a państwa członkowskie mogą jedynie łagodzić i uelastyczniać podstawy wykluczenia opisane w art. 45 ust. 2 dyrektywy.

W stanowisku Komisji z dnia 21 grudnia 2011 r. wyrażonym w związku ze skierowaniem przez KIO do TSUE pytania prejudycjalnego dotyczącego wykładni art. 45 dyrektywy klasycznej (sygn. C-465/11, „Stanowisko Komisji”) wskazano, że „Pojęcie „poważne wykroczenie zawodowe” odnosi się do niedotrzymania prawnych, etycznych lub deontologicznych wymogów stosowanych w danym państwie członkowskim. Takie niedotrzymanie musi charakteryzować się zamiarem lub rażącym zaniedbaniem danego operatora/kandydata. Pojęcia „wykroczenia” oraz jego „poważnego charakteru” sugerują, że w obu przypadkach zwykle niedotrzymanie obowiązków umownych oraz mniej ważne

przypadki naruszenia prawnych, etycznych lub deontologicznych wymogów nie są objęte zakresem art. 45 ust. 2 lit. d) Dyrektywy (nb 40-41)”.

Spór związany z wykonywaniem umowy sam w sobie nie uzasadnia zastosowania klauzuli z art. 24 ust. 1 pkt. 1a Pzp, jeżeli nie da się wykazać poważanego wykroczenia zawodowego, któremu to obowiązkowi Zamawiający nie sprostał. Brak należytej mobilizacji zarzucany Wykonawcy przez Zamawiającego nie może być uznany za poważne wykroczenie zawodowe na tle przywołanych powyżej norm i standardów. Powyższe znajduje także potwierdzenie w przywołanym wyżej Stanowisku Komisji, w którym potwierdza, że „nie każde zawinienie popełnione przez wykonawcę/stronę umowy można uznać za poważne albo odnosi się do „wykroczenia zawodowego” w rozumieniu art. 45 ust. 2 lit. d) dyrektywy 2004/18/WE. Określenie użyte w tej podstawie wykluczenia sugeruje istnienie szczególnie poważnego niedochowania obowiązku wynikającego raczej z ogólnie obowiązujących wymogów dotyczących cech zawodowych niż z zapisów umownych” (nb 44-45).

Tym samym nie można przyjąć za poprawną wykładnię przepisu, która dopuszczałaby możliwość wykluczenia wykonawcy w związku z niewykonaniem bądź nienależytym wykonaniem zobowiązania umownego bez jednoczesnego wskazania w uprzednim odstąpieniu od umowy ogólnego standardu staranności zawodowej, który został naruszony w sposób zawiniony. Poważne wykroczenie zawodowe nie jest równoznaczne z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy i w szczególności nie może być utożsamiane ze zwykłym „niedochowaniem staranności wymaganej w stosunkach danego rodzaju”, a już na pewno nie z niezawinionym opóźnieniem wykonania umowy, o jakim mowa w art. 635 Kc.

VI Odstąpienie przez odwołującego

W świetle dyrektywy klasycznej, ciężar wykazania winy Wykonawcy w popełnieniu poważnego wykroczenia zawodowego spoczywa na Zamawiającym. Temu ciężarowi Zamawiający nie podołał.

Należy wskazać, że w oświadczeniu Zamawiającego z dnia 9 marca 2011 r. o odstąpieniu od Kontraktu brak jest stwierdzenia, że podstawą odstąpienia Zamawiającego jest popełnienie przez Wykonawcę zawinionego wykroczenia zawodowego. To oznacza, że w swoim oświadczeniu Zamawiający nie wskazał żadnej podstawy, która zgodnie z treścią dyrektywy klasycznej pozwalałaby na skuteczne wykluczenie Odwołującego z przetargu. W związku z tym, odstąpienie to nie może być podstawą wykluczenia Wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp, a dokonanie takiego wykluczenia powinno zostać unieważnione.

W pierwszej kolejności trzeba jednak wskazać, że to Wykonawca pierwszy skutecznie odstąpił od umowy łączącej go z Zamawiającym z przyczyn zawinionych przez

Zamawiającego (Dowód: Powiadomienie o zamiarze odstąpienia z dnia 9 lutego 2011 r.; Oświadczenie o odstąpieniu z dnia 23 lutego 2011 r.). W chwili obecnej w Sądzie Okręgowym w Warszawie XXV Wydział Cywilny toczy się postępowanie sądowe, przedmiotem którego są roszczenia Wykonawcy w stosunku do Zamawiającego przysługujące mu z uwagi na odstąpienie od Kontraktu. Z uwagi na stanowisko Zamawiającego, przedmiotem tego postępowania jest również ocena skuteczności i zasadności odstąpienia. Niewykonanie przez Zamawiającego swoich zobowiązań, które było podstawą odstąpienia, zostało szczegółowo przedstawione i uzasadnione przez Wykonawcę w pozwie oraz pismach procesowych z dnia 14 października 2011 r. i 20 marca 2012 r. Do akt sprawy sądowej złożono m.in. dokumenty pochodzące od niezależnych ekspertów z dziedziny budownictwa, niezwiązanych z żadną ze stron, z których wynika, że trzy niezależne podmioty stwierdziły nieprawidłowości w działaniach Inżyniera Kontraktu i niezgodność tych działań z Kontraktem oraz zasadami sztuki budowlanej, a ponadto, że opóźnienia w wykonywaniu Kontraktu były spowodowane przez przyczyny niezależne od Wykonawcy (Dowód: pozew oraz pisma procesowe z dnia 14 października 2011 r. i 20 marca 2012 r.; opinia techniczna Instytutu Badawczego Dróg i Mostów z października 2011 r.; raport z analizy dokumentacji przetargowej i kontraktowej oraz z przebiegu wykonania kontraktu wykonany przez Halcrow Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Oddział w Polsce z września 2011 r.; Decyzja Komisji Rozjemczej nr 1 z dnia 7 lutego 2011 r., nr 7379/11). W związku z tym, Wykonawca mógł skutecznie odstąpić od Kontraktu, co też uczynił. Oświadczenie Wykonawcy o odstąpieniu od Kontraktu zostało skutecznie złożone Zamawiającemu, w sposób zgodny z Kontraktem. W treści oświadczenia Wykonawca podał zarówno podstawę kontraktową, jak i okoliczności je uzasadniające. Podstawą odstąpienia było istotne niewykonanie swoich zobowiązań przez Zamawiającego, w szczególności zobowiązania do współpracy przy realizacji przedmiotu umowy. Klauzula 16.2 d Kontraktu upoważniała Wykonawcę do złożenia takiego oświadczenia.

Jak wynika wprost z powiadomienia o odstąpieniu przez Wykonawcę od Kontraktu, zostało ono złożone w trybie klauzuli 16.2 Kontraktu, ale nie wyłącznie. Wykonawca powołał się bowiem również na przepis art. 491 Kc, który daje mu odrębną, samoistną, ustawową podstawę do odstąpienia od Kontraktu. Niezależnie od tego w niniejszej sprawie Wykonawca był uprawniony do odstąpienia na podstawie art. 492 Kc. Z chwilą odstąpienia strony przestał łączyć stosunek prawny, co oznacza, że późniejsze odstąpienie Zamawiającego nie miało znaczenia prawnego. Z drugiej zaś strony nie było podstaw do odstąpienia od Kontraktu przez Zamawiającego, przywołane w uzasadnieniu odstąpienia Zamawiającego okoliczności nie nosiły bowiem cech niewykonywania zobowiązań umownych, a były wynikiem zewnętrznych okoliczności, za które Wykonawca odpowiedzialności nie ponosi (powódź, obfite opady deszczu, zima, badania archeologiczne, zmienione w stosunku do projektu

warunki wodne). Kontrakt zawarty pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym oparty o wzorzec FIDIC zakładał możliwość odpowiedniego dostosowania jego warunków również w zakresie kosztów i Czasu na Ukończenie w przypadku wystąpienia nieprzewidzianych okoliczności, mających wpływ na jego realizację. Ponadto natura stosunku umownego opartego o wzorzec FIDIC zakłada daleko idącą współpracę pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym w trakcie realizacji przedmiotu umowy. Wprowadzenie mechanizmu zgłaszania przez Wykonawcę tzw. roszczeń czasowych i pieniężnych w klauzuli 20.1 Kontraktu oznacza jednocześnie obowiązek uwzględnia ich przez Wykonawcę w każdym przypadku, gdy roszczenia te są zasadne. Odrzucanie roszczeń Wykonawcy, które są uzasadnione i zostają złożone w sposób zgodny z Kontraktem stanowi nienależyte wykonanie zobowiązań kontraktowych przez Zamawiającego i jego personel. Podkreślić należy, że na gruncie Kontraktu, który łączył Wykonawcę i Zamawiającego wydanie rozstrzygnięcia przez Inżyniera wymagało zgody Zamawiającego, co sprawiało, że Inżynier z punktu widzenia prawnego był jedynie pełnomocnikiem Zamawiającego. Zgodnie z Kontraktem łączącym strony Inżynier stanowił personel Zamawiającego, co jednak w żadnym zakresie nie zwalniało go od działania w sposób zgodny z zasadami wiedzy i sztuki budowlanej. Z drugiej strony na Zamawiającym ciąży obowiązek zapewnienia prawidłowego wykonywania obowiązków przez Inżyniera (klauzule 1.1.2.6, 2.3 w zw. z 4.6 i 3.1). Fakt, że Inżynier stanowił personel Zamawiającego oznaczał, że wszelkie nieprawidłowe działania Inżyniera bądź niewykonywanie zobowiązań wynikających z Kontraktu stanowiły jednocześnie nienależyte wykonywanie zobowiązania przez Zamawiającego. Rozstrzygnięcia Inżyniera są traktowane jako składane w imieniu Zamawiającego - ponosi on zatem odpowiedzialność za ich skutki (klauzula 3.1 .pkt (a) in fine klauzuli). Dla realizacji Kontraktu najbardziej istotne było nienależyte wykonywanie przez Inżyniera kompetencji przyznanych mu na podstawie klauzuli 3.1 Warunków Kontraktu tj. należyte działanie w zakresie: rozstrzygania roszczeń Wykonawcy zgłaszanych w oparciu o klauzulę 20.1 Warunków Kontraktu, wydawanie poleceń Zmiany zgodnie z klauzulą 13 Warunków Kontraktu, czy też przedłużenie Czasu na Ukończenie zgodnie z Klauzulą 8.4 Warunków Kontraktu. Wszystkie zgłoszone przez Wykonawcę roszczenia zostały odrzucone przez Inżyniera, bądź nierozpoznane w ogóle pomimo upływu kontraktowego terminu na ich rozpoznanie. Ponadto zwłoka w wydawaniu poleceń zmian istotnych z punktu widzenia prawidłowej realizacji Kontraktu wielokrotnie przekraczała sto dni. Inżynier, a co za tym idzie Zamawiający, odmawiał podjęcia decyzji w zakresie dostosowania elementów konstrukcyjnych budowanej autostrady do zmienionych warunków wodno-gruntowych, których zmiana była następstwem powodzi. Prowadziło to do sytuacji, w której budowany obiekt nie spełniałby warunków technicznych wymaganych prawem, a całe ryzyko związane z takim stanem rzeczy zostałoby przesunięte na Wykonawcę. Odrzucanie uzasadnionych

roszczeń Wykonawcy stanowiło więc kwalifikowany przypadek niewywiązywania się z obowiązków kontraktowych.

VII. POZAKONTRAKTOWE PODSTAWY ODSTĄPIENIA

Zgodnie z dyspozycją art. 395 Kc dla ważności umownego zastrzeżenia prawa odstąpienia od kontraktu, konieczne jest oznaczenie przez strony w umowie terminu, w jakim skorzystanie z tego uprawnienia będzie możliwe.

Po pierwsze należy wskazać, że brak jest przesłanek do przyjęcia, że przepis art. 395 § 1 zd. 1 Kc ma charakter imperatywny. Dlatego też strony, w ramach swobody kształtowania stosunku umownego, mogą uzgodnić umowne prawo odstąpienia bez oznaczania terminu wykonania tego prawa. Strona nieuprawniona, a zainteresowana zakończeniem wynikającego stąd stanu niepewności, może wyznaczyć stronie uprawnionej do odstąpienia odpowiedni termin wykonania prawa.

Po drugie, nawet w razie przyjęcia, że oznaczenie terminu na skorzystanie z prawa do odstąpienia od umowy jest zawsze konieczne, należy wskazać, że nie zawsze musi to nastąpić przez określenie konkretnego okresu na skorzystanie z prawa odstąpienia (np. 2 lata od daty podpisania umowy). Termin może pojawić się przy tym także dodatkowo w postaci wymogu realizacji odstąpienia, np. „za miesięcznym wypowiedzeniem” - w związku z zaistnieniem okoliczności uzasadniających odstąpienie .

W odniesieniu do Kontraktu za taki dodatkowy termin należy uznać konieczność złożenia przez stronę korzystającą z klauzuli 15.2 lub 16.2 powiadomienia o zamiarze odstąpienia od Kontraktu zgodnie z klauzulą 16.2 Kontraktu po wystąpieniu każdego ze zdarzeń uzasadniających odstąpienie. Wykonawca może po daniu powiadomienia Zamawiającego z 14-dniowym wyprzedzeniem, odstąpić od Kontraktu. Klauzula 16.2 Kontraktu ma jednocześnie charakter *lex commisoriae*, czyli uprawnienia do odstąpienia od umowy wzajemnej zastrzeżonego na wypadek niewykonania zobowiązania w terminie ściśle określonym.

Nie ulega wątpliwości, że art. 635 Kc jest przepisem szczególnym wyłączającym zastosowanie norm ogólnych dotyczących odstąpienia w zakresie odrębnie unormowanym. Dotyczy to zatem jedynie uregulowania uprawnień zamawiającego, bowiem przepis ten kształtuje odrębną podstawę do odstąpienia tylko dla niego, nie zaś dla wykonawcy. Przepis modyfikuje uprawnienia Zamawiającego, pozwalając mu na odstąpienie od umowy bez wyznaczania dodatkowego terminu. Nie przewiduje natomiast żadnej modyfikacji uprawnień wykonawcy. W tym zakresie znajdują więc zastosowanie przepisy ogólne. Jak wynika wprost z powiadomienia o odstąpieniu przez Wykonawcę od Kontraktu, zostało ono złożone w trybie klauzuli 16.2 Kontraktu, ale nie wyłącznie. Wykonawca powołał się również na przepis art. 491 Kc. Niezależnie od tego w niniejszej sprawie Wykonawca był uprawniony do odstąpienia na podstawie art. 492 zd. 2 Kc.

VII.1. Art 491 KC

Zgodnie z art. 491 § 1 Kc jeżeli jedna ze stron dopuszcza się zwłoki w wykonaniu zobowiązania z umowy wzajemnej, druga strona może wyznaczyć jej odpowiedni dodatkowy termin do wykonania z zagrożeniem, iż w razie bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu będzie uprawniona do odstąpienia od umowy. Może również bądź bez wyznaczenia terminu dodatkowego, bądź też po jego bezskutecznym upływie żądać wykonania zobowiązania i naprawienia szkody wynikłej ze zwłoki.

Paragraf drugi wskazuje, że jeżeli świadczenia obu stron są podzielne, a jedna ze stron dopuszcza się zwłoki tylko co do części świadczenia, uprawnienie do odstąpienia od umowy przysługujące drugiej stronie ogranicza się, według jej wyboru, albo do tej części, albo do całej reszty niespełnionego świadczenia. Strona ta może także odstąpić od umowy w całości, jeżeli wykonanie częściowe nie miałyby dla niej znaczenia ze względu na właściwości zobowiązania albo ze względu na zamierzony przez nią cel umowy, wiadomy stronie będącej w zwłoce. Przesłanką częściowego odstąpienia przez Wykonawcę od Kontraktu na podstawie art. 491 Kc było dopuszczenie się przez Zamawiającego zwłoki w wykonaniu zobowiązania z Kontraktu.

Jak wynika z uzasadnienia oświadczenia o odstąpieniu przez Wykonawcę od Kontraktu z dnia 23 lutego 2011 r. podstawą odstąpienia było niewykonywanie przez Zamawiającego (a przede wszystkim Inżyniera - stanowiącego Personel Zamawiającego) terminowych zobowiązań wynikających z Kontraktu. Zgodnie z Kontraktem Inżynier był zobowiązany do współpracy z Wykonawcą w celu zapewnienia prawidłowego i terminowego wykonania przedmiotu umowy. Tymczasem Inżynier pozostawał w zwłoce z:

- rozpoznawaniem roszczeń Wykonawcy,
- wydawaniem poleceń zmiany,
- przekazywaniem Wykonawcy dokumentów niezbędnych do wykonywania Kontraktu,
- wydawaniem decyzji koniecznych do wykonania Kontraktu.

W toku wykonywania zobowiązań wynikających z Kontraktu nastąpiły zdarzenia całkowicie nieprzewidziane i niezawinione przez Wykonawcę, które spowodowały konieczność poniesienia przez niego dodatkowych kosztów i wymagały dodatkowego czasu na wykonanie poszczególnych zadań. Zgodnie z postanowieniami Kontraktu takie szczególne sytuacje stanowiły ryzyka Zamawiającego, który zobowiązany był pokryć wszystkie koszty poniesione przez Wykonawcę związane np. z brakiem możliwości prowadzenia robót w czasie trwania powodzi czy też w czasie prowadzenia przez Zamawiającego prac archeologicznych na placu budowy etc. Z uwagi na zaistnienie powyższych okoliczności Wykonawca zgłosił Zamawiającemu szereg roszczeń czasowych i finansowych. Zgodnie z klauzulą 20.1 Warunków Kontraktu każde roszczenie Wykonawcy powinno zostać rozpoznane przez Inżyniera w terminie maksymalnie 42 dni. Część roszczeń

Wykonawcy została rozpatrzona (i odrzucona) przez Inżyniera z istotnym przekroczeniem terminów przewidzianych w Kontrakcie. W skrajnych przypadkach zwłoka Inżyniera wyniosła powyżej 4 miesiące (maksymalnie 134 dni). Pozostałe roszczenia zostały odrzucone już po odstąpieniu od Kontraktu przez Wykonawcę lub do dziś pozostają nierozpoznane. Inżynier odrzucał (lub nie rozpoznawał) roszczeń Wykonawcy pomimo istnienia oczywistych i uzasadnionych przesłanek merytorycznych i formalnych do ich uwzględnienia. Zarówno odrzucanie, jak i brak terminowych rozstrzygnięć, co do roszczeń zgłaszanych przez Wykonawcę, pozbawiały go zapłaty z tytułu realnie poniesionych kosztów lub kosztów, które byłby zobowiązany ponieść w trakcie realizacji Kontraktu. W praktyce prowadziło to do przerzucania na Wykonawcę kosztów oraz ryzyka związanego z finansowaniem przedmiotu zamówienia, którego nie przyjął na siebie w Kontrakcie.

Kolejnym przejawem niewykonywania zobowiązań przewidzianych w Kontrakcie przez Personel Zamawiającego było niewydawanie lub pozostawanie przez Inżyniera w zwłoce z wydawaniem poleceń zmian, które były konieczne dla prawidłowego wykonywania Kontraktu przez Wykonawcę. Zgodnie z klauzulą 13.1 Warunków Kontraktu przewidującą prawo do zmiany zakresu Kontraktu, Inżynier jeżeli uznał zmianę za konieczną zobowiązany był zainicjować wprowadzenie zmiany w zakresie niezbędnym dla prawidłowej realizacji Kontraktu. W trakcie wykonywania Kontraktu Inżynier wielokrotnie opóźniał się z wydaniem polecenia zmiany (zwłoka w tym przypadku również przekraczała niekiedy 4 miesiące) lub wydawał polecenia zmiany nieadekwatne do rzeczywistej potrzeby bądź w ogóle nie wydawał żadnego rozstrzygnięcia. Skutkiem opóźnień i błędnych decyzji Inżyniera był brak możliwości prowadzenia robót przez Wykonawcę, konieczność ich wstrzymania oraz opóźnienia w płatnościach na rzecz Wykonawcy za wykonane prace.

Obowiązek współpracy Zamawiającego z Wykonawcą obejmował również konieczność przekazywania Wykonawcy rysunków i konstrukcji niezbędnych do wykonania Kontraktu. Tymczasem, w tym zakresie Zamawiający również dopuścił się uchybień, w jednych przypadkach nie przekazując w ogóle koniecznych dokumentów Wykonawcy, a w innych w sposób istotny opóźniając się bez powodu z wykonaniem tego obowiązku. Opóźnienia Inżyniera spowodowały brak możliwości prowadzenia robót przez Wykonawcę w tym zakresie, konieczność ich wstrzymania oraz znaczące opóźnienia w płatnościach należnych Wykonawcy (Dowód: Zgłoszenie rozbieżności z 10 grudnia 2010 r. (6266/10); Wykaz opóźnień Inżyniera w zakresie przekazywania instrukcji i rysunków). W trakcie wykonywania Kontraktu Inżynier dopuścił się również szeregu innych opóźnień w wydawaniu decyzji koniecznych dla prowadzenia robót budowlanych a związanych m.in. z:

- koniecznością umożliwienia Wykonawcy przeprowadzenia wycinki drzew,
- ustaleniem sposobu rozliczenia za wykonanie nasypów na drogach poprzecznych,

- udrażnianiem rowów poza obszarem opracowania, uniemożliwiających prowadzenie skutecznego odwodnienia Placu Budowy,
- przekazaniem Wykonawcy kompletnego Placu Budowy w tym zezwolenia na wejście na działki prywatne.

Niewykonywanie bądź nienależyte wykonywanie terminowych zobowiązań kontraktowych przez Zamawiającego i jego Personel w istotny sposób uniemożliwiało wywiązywanie się ze swoich zobowiązań kontraktowych przez Wykonawcę. Z uwagi na spory dotyczące braku należytej współpracy Zamawiającego przy wykonaniu Kontraktu, a przede wszystkim ich wpływ na realizację harmonogramu robót budowlanych, Wykonawca złożył wniosek do Komisji Rozjemczej (powołanej zgodnie z Kontraktem), o rozstrzygnięcie czy ponosi winę za niewykonanie zobowiązania, określonego w klauzuli 8.13 Warunków Kontraktu oraz Załączniku do Oferty, polegającego na osiągnięciu Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania. W rozumieniu Umowy, w/w zobowiązanie oznaczać miało zrealizowanie przez Wykonawcę 20% wartości Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej w terminie 9 miesięcy od Daty Rozpoczęcia tj. od dnia 17.02.2010 roku. Powyższa kwestia stała się sporna pomiędzy Stronami w momencie, gdy Zamawiający oraz reprezentujący go Inżynier, wbrew oczywistym faktom zarzucili Wykonawcy niewykonanie w/w zobowiązania w terminie umownym, co skutkowało bezzasadną decyzją Zamawiającego o naliczaniu kar umownych. Decyzja Komisji Rozjemczej jednoznacznie potwierdziła, że okoliczności niezależne od Wykonawcy miały bezspornie wpływ na możliwość realizacji Robót zgodnie z pierwotnym Harmonogramem Robót oraz, że Zamawiający nie był uprawniony do naliczania Wykonawcy kar umownych (Dowód: Opinia Komisji Rozjemczej z dnia 18 października 2010r. oraz Decyzja Komisji Rozjemczej z dnia 7 lutego 2011 r.). Ogół powyższych uchybień Zamawiającego oraz jego Personelu, doprowadził do faktycznego i niezgodnego z Kontraktem przeniesienia obowiązku finansowania budowy z Zamawiającego na Wykonawcę. Opóźnienia w płatnościach i nieuwzględnienie wniosków o zmianę Ceny Kontraktowej z uwagi na konieczność wykonania prac dodatkowych sprawiły, że to Wykonawca, a nie Zamawiający - finansował należyte prowadzenie robót budowlanych. Ponadto wobec braku odpowiedniej dokumentacji oraz akceptacji dla proponowanych przez Wykonawcę zmian, zgodnych z prawidłową technologią robót nie było możliwe należyte wykonanie Kontraktu, bez narażenia Wykonawcy na przyszłe (choć nieuzasadnione) roszczenia związane z jakością wykonanych prac. Nie ulega wątpliwości, że z uwagi na przewidziane w Kontrakcie terminy na rozpatrzenie wniosków oraz roszczeń Wykonawcy, omówione zobowiązania Zamawiającego były zobowiązaniami o charakterze terminowym. Jak wynika z przytoczonych wyżej okoliczności Zamawiający popadał w zwłokę z wykonaniem różnych świadczeń, do których zobowiązany był na podstawie Kontraktu. Należy wskazać, że popadnięcie w zwłokę ze spełnieniem świadczenia, o którym mowa w

art. 491 Kc może dotyczyć zarówno świadczeń głównych jak i pobocznych. Art. 491 wiąże bowiem „(...) uprawnienie do odstąpienia od umowy z dopuszczeniem się zwłoki w wykonaniu zobowiązania z umowy wzajemnej, a nie w wykonaniu zobowiązania wzajemnego (...). Skoro strony przewidziały w umowie zobowiązania o charakterze ubocznym, to widocznie było to dla nich na tyle istotne, aby zabezpieczyć wykonanie także tych czynności poprzez ich wyraźne wymienienie w treści zobowiązania. Powinna więc dotyczyć ich również sankcja z art. 491 § 1 k.c. Zatem zarówno zwłoka w czynnościach przygotowujących spełnienie świadczenia wzajemnego, jak też zabezpieczających jego wykonanie, otwiera drogę do odstąpienia od umowy” (tak: M. Łemkowski “Wykonanie i skutki niewykonania zobowiązań z umów wzajemnych. Komentarz do art. 487-497 Kodeksu cywilnego”, Warszawa 2011 LexisNexis (wydanie I) ss. 144).

Popadnięcie w zwłokę z wykonaniem świadczeń pobocznych może uzasadniać odstąpienie od umowy na podstawie art. 491 Kc, jeżeli są to świadczenia o charakterze istotnym. Należy więc raz jeszcze podkreślić, że terminowa realizacja opisanych powyżej świadczeń przez Zamawiającego warunkowała prawidłowe i terminowe wykonanie prac budowlanych przewidzianych w Kontrakcie.

Należy również wskazać, że powiadomienie o zamiarze odstąpienia od Kontraktu złożone przez Wykonawcę w trybie kontraktowym wypełniało zarazem wymóg udzielenia Zamawiającemu dodatkowego terminu w rozumieniu art. 491 Kc i uprawniało Wykonawcę do odstąpienia od Kontraktu po bezskutecznym upływie tego terminu. Udzielony w powiadomieniu 14-dniowy termin był w pełni wystarczający na zrealizowanie świadczeń, co do których Zamawiający pozostawał w zwłoce. Wykonanie tych obowiązków przez Zamawiającego było możliwe niemal natychmiast po otrzymaniu powiadomienia o odstąpieniu, bowiem w tej dacie Zamawiający dysponował dokumentami i wiedzą potrzebną do wypełnienia swoich obowiązków.

VII.2. Art. 492 KC

Pozostawanie przez Zamawiającego w zwłoce z realizacją jego poszczególnych świadczeń z Kontraktu uzasadniało odstąpienie przez Wykonawcę nie tylko na podstawie art. 491 Kc, lecz również na podstawie art. 492 zd. 2 Kc. Jest to o tyle istotne, że przepis ten nie wymaga wyznaczenia drugiej stronie jakiegokolwiek dodatkowego terminu.

Zgodnie z art. 492 zd. 2 kc jeżeli wykonanie zobowiązania przez jedną ze stron po terminie nie miałyby dla drugiej strony znaczenia ze względu na właściwości zobowiązania albo ze względu na zamierzony przez nią cel umowy, wiadomy stronie będącej w zwłoce, druga strona ma prawo do odstąpienia od umowy wzajemnej bez wyznaczenia dodatkowego terminu stronie będącej w zwłoce.

Celem zawarcia przez Wykonawcę z Zamawiającym Kontraktu było wykonanie prac budowlanych przewidzianych w Kontrakcie oraz osiągnięcie zysku w związku z realizacją inwestycji. Nie ulega wątpliwości, że cel ten był Zamawiającemu znany.

Jak wskazano powyżej w związku z zaistnieniem obiektywnych okoliczności, niezawinionych i niezależnych od Wykonawcy, zakres prac koniecznych do wykonania w ramach Kontraktu uległ zwiększeniu, a co za tym idzie podniosły się koszty oraz wydłużył czas ich realizacji. Dlatego korzystając z ustanowionych przez strony mechanizmów kontraktowych Wykonawca przedkładał Inżynierowi roszczenia czasowe i finansowe, co miało zapobiec sytuacji, w której faktycznie „dopłacałby” do wykonania Kontraktu. Tymczasem Inżynier (działający jako Personel Zamawiającego) nie realizując swoich terminowych zobowiązań wynikających z Kontraktu doprowadził do sytuacji, w której dalsze jego wykonywanie przez Wykonawcę nie miało dla niego ekonomicznego sensu (nie odpowiadało celowi) dla którego Kontrakt został przez niego zawarty. Nielojalna postawa Zamawiającego spowodowała nieuzasadnione przerzucenie na Wykonawcę ciężaru finansowania realizacji Kontraktu. Ponadto nieuzasadnione odrzucanie roszczeń czasowych (o przedłużenie Czasu na wykonanie Kontraktu) uzasadnionych w pełni obiektywnymi okolicznościami, jak powódź czy obfite opady deszczu, powodowało że Wykonawca nie mógłby zakończyć prac budowlanych w Czasie na Ukończenie i narażałby się na naliczanie, choć bezpodstawne, kar umownych przez Zamawiającego (jak już wspomniano o bezpodstawności naliczania kar na Wykonawcę w trakcie realizacji Kontraktu przesądziła Komisja Rozjemcza).

Wyegzekwowanie prawidłowego wykonania obowiązków kontraktowych przez Zamawiającego po terminach wynikających z Kontraktu, z uwagi na skalę roszczeń w stosunku do całej wartości Kontraktu, nie miałyby dla Wykonawcy znaczenia. Biorąc pod uwagę przebieg realizacji innych inwestycji drogowych w ciągu ostatnich 3 lat, można zakładać bowiem, że realizacja Kontraktu przy braku odpowiedniej współpracy ze strony Zamawiającego (w tym głównie Inżyniera), doprowadziłaby do upadłości Wykonawcy, jak to miało miejsce w kilku analogicznych przypadkach.

Nie ulega więc wątpliwości, że Wykonawca był upoważniony do odstąpienia od Kontraktu również na podstawie art. 492 Kc.

Niezależnie od tego czy odstąpienie Wykonawcy nastąpiło na podstawie Kontraktu czy ustawy, nie ulega wątpliwości, że było ono skuteczne. Z chwilą odstąpienia strony przestał łączyć stosunek prawny, co oznacza, że późniejsze odstąpienie Zamawiającego nie miało znaczenia prawnego. Nie jest bowiem możliwe odstąpienie od umowy, od której wcześniej odstąpiła już druga strona, choćby to odstąpienie nastąpiło jedynie co do niezrealizowanej części umowy. Z dniem skutecznego złożenia oświadczenia o odstąpieniu ustaje bowiem dotychczas łącząca strony więź obligacyjna, nie istnieje między nimi stosunek prawny, nie są

one stronami, nie istnieje więc też przedmiot, wobec którego Zamawiający mógłby złożyć oświadczenie o odstąpieniu. Skoro, co nie jest kwestionowane w doktrynie ani orzecznictwie (por. wyrok SN z 6 marca 2009, II CSK 518/08), nie jest możliwe złożenie oświadczenia o cofnięciu oświadczenia o odstąpieniu od umowy, to tym bardziej nie jest możliwe odstąpienie przez drugą stronę od już nieistniejącego kontraktu.

Należy również podkreślić, że zgodnie z utrwalonym poglądem doktryny podmiot zobowiązany z umowy wzajemnej pozostający w zwłoce z wykonaniem swoich zobowiązań z kontraktu nie może powoływać się na zwłokę drugiej strony¹. Zupełnie bezpodstawne było więc wskazywanie przez Zamawiającego w jego oświadczeniu o odstąpieniu na niedotrzymywanie terminów kontraktowych przez Wykonawcę w sytuacji, gdy to właśnie zwłoka Zamawiającego doprowadziła do tych opóźnień. Możliwość późniejszego odstąpienia (po odstąpieniu przez Wykonawcę) przez Zamawiającego od Kontraktu w części, która została zrealizowana, została poddana w wątpliwość także w postanowieniu Sądu Apelacyjnego z dnia 17 maja 2012 r. W przywołanym postanowieniu SA również wskazano, że „(...) analiza szerszych fragmentów tych protokołów [z rad budowy - dopisek własny] potwierdza stanowisko Sądu Okręgowego odnośnie tego, że czynnik atmosferyczny mógł mieć istotny wpływ na zaistnienie opóźnień.”

Odwołujący wskazał, iż po otrzymaniu od Inżyniera protokołu z Rady Budowy, w zakresie, w jakim nie zgadzał się z przedmiotowym dokumentem (albowiem protokół był spisywany przez pracowników Inżyniera), na początku każdej Rady Budowy ustnie przedstawiał zastrzeżenia do protokołu z Rady Budowy oraz niezwłocznie przesyłał na piśmie szczegółowe zastrzeżenia i uwagi Wykonawcy do protokołu. Pomimo tego Inżynier nigdy nie przesłał uzgodnionego, „jednolitego” tekstu protokołu z Rady Budowy, na dowód czego przedłożył wraz z odwołaniem obszerną korespondencję między stronami sporu. Biorąc pod uwagę ogół wskazanych wyżej okoliczności wniesiono jak na wstępie.

W dniu 17 marca 2013 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości z uwagi na bezzasadność podniesionych w nim zarzutów oraz zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania.

Wskazał, że dokonując wykluczenia Odwołującego z postępowania nie naruszył przepisów ustawy Pzp. Odwołujący został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24

¹ *Zwłoki w wykonaniu zobowiązania w umowie wzajemnej może dopuścić się tylko jedna strona. Wykluczone jest, aby popadły w nią obie strony jednocześnie, dlatego że z chwilą, gdy jedna z nich nie spełnia swojego świadczenia w terminie, drugiej automatycznie przysługuje prawo powstrzymania się (art. 488 S 2 k.c.), co wyklucza powstanie stanu zwłoki. Również i ta - dość oczywista - myśl często nie jest należycie dostrzegana w praktyce. Innymi słowy, aby ustalić, która ze stron może odstąpić od umowy, należy zbadać, która z nich pierwsza popadła w zwłokę dłużnika.- M. Łemkowski "Wykonanie i skutki niewykonania zobowiązań z umów wzajemnych. Komentarz do art. 487-497 Kodeksu cywilnego", Warszawa 2011 LexisNexis (wydanie I), s. 144.*

ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp. Warunkiem skutecznego wykluczenia wykonawcy z postępowania jest łączne zaistnienie określonych w tym przepisie przesłanek wykluczenia przy jednoczesnym uwzględnieniu treści art. 45 ust. 2 lit. d) dyrektywy klasycznej 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 roku, która mówi o wykluczeniu z postępowania wykonawcy, który jest winny poważnego wykroczenia zawodowego.

Pojęcie „poważnego wykroczenia zawodowego” obejmuje wszelkie zawinione uchybienia, które wpływają na wiarygodność zawodową wykonawcy, a nie tylko naruszenia wąsko rozumianych norm deontologicznych obowiązujących w danym zawodzie, których naruszenie stwierdza właściwy organ dyscyplinarny ustanowiony lub prawomocne orzeczenie sądowe. Dlatego też – co do zasady niewykonanie zobowiązań umownych po stronie wykonawcy można uznać za wykroczenie zawodowe. Jednakże w opinii Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej pojęcie „poważnego wykroczenia zawodowego” odnosi się do takiego zachowania danego wykonawcy, który wykazuje zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony, co niewątpliwie ma miejsce w przedmiotowym postępowaniu. Podkreślono, że obliuguje to Zamawiającego do podjęcia decyzji o wykluczeniu NDI S.A. z postępowania.

Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO „wynikający z art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp nakaz dokonania czynności wykluczenia ma charakter bezwzględnie obowiązujący (...). Ustawodawca nie przyznał zamawiającemu żadnej swobody w tym zakresie” (KIO 1822/11, wyrok KIO z dnia 07.09.2011r.). Stanowisko to potwierdza również KIO w wyrokach: KIO 1875/11, wyrok KIO z dnia 14.09.2011r., KIO 2085/11, wyrok KIO z dnia 11.10.2011r.

Szczegółowe uzasadnienie okoliczności faktycznych i prawnych potwierdzających zasadność wykluczenia NDI S.A. z postępowania przytoczone zostało w piśmie Zamawiającego z dnia 29.03.2013r.

Odnosząc się do zarzutów odwołania Zamawiający zaznaczył:

I. POSTĘPOWANIE Z UDZIAŁEM ODWOŁUJĄCEGO

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Kontynuację projektowania i przebudowę drogi S8 odc. Powązkowska – Marki (ul. Piłsudskiego). Etap II: odc. Węzeł Powązkowska – węzeł Modlińska” KIO wyrokiem z dnia 6 czerwca 2012 roku w sprawie KIO 707/12, KIO 729/12 oddaliła odwołanie wniesione przez NDI stwierdzając, że: „realizacja robót zgodnie z Specyfikacją Techniczną, w terminach ustalonych przez strony i zapewnienie personelu oraz sprzętu wymaganego przez Zamawiającego, jest jednym z podstawowych elementów zobowiązania Wykonawcy. Brak realizacji podstawowych obowiązków ze strony Wykonawcy i to już w początkowym stadium, jest tak istotnym pogwałceniem warunków kontraktu, że wadliwość tego świadczenia może być kwalifikowana, według wzorca określonego w dyrektywie obronnej, jako poważne wykroczenie zawodowe”.

Natomiast w równoległe toczącym się postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę węzła Tczewska na przecięciu autostrady A6 z istniejącą ulicą Tczewską (II etap)”, gdzie stan faktyczny był analogiczny, KIO wyrokiem z dnia 22 czerwca 2012 roku w sprawie KIO 1050/12 uwzględniła odwołanie, nakazując Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu i dokonanie ponownej oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez odwołującego się NDI S.A. w Sopocie.

W obu wskazanych postępowaniach złożono skargi. Sąd Okręgowy w Warszawie, rozpoznał obie skargi (w sprawach o sygn. akt V Ca 1982/12 i V Ca 2015/12) i wyrokiem z dnia 29 października 2012 roku nakazał Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia wykonawców z udziału w postępowaniu przetargowym i dokonanie ponownej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu.

II. DALSZE POSTĘPOWANIE

Przedmiotem oceny KIO (w sprawie KIO 1050/12) i Sądu Okręgowego (w sprawie V Ca 1982/12) w zakresie wniesionego odwołania oraz złożonej skargi była decyzja podjęta przez zamawiającego, a orzeczenie wydane w sprawie wiąże tylko w zakresie tego, czy konkretna czynność zamawiającego, tj. wykluczenie z postępowania dokonane dnia 15 maja 2012 roku, była prawidłowa czy nie.

Uznając tę czynność za nieprawidłową, KIO nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia NDI z postępowania i dokonanie ponownej oceny wniosku. Stanowisko KIO podzielił także Sąd Okręgowy wskazując, że zamawiający nie mógł dokonać wykluczenia Odwołującego automatycznie, a winien wykazać, że Wykonawca dopuścił się w realizacji umowy poważnego wykroczenia zawodowego, przy czym ocena tego wykroczenia winna być poparta obiektywnymi dowodami.

W związku z powyższym, zgodnie z treścią orzeczenia, zamawiający dokonał ponownej oceny wniosków, w tym również wniosku złożonego przez NDI. W wyniku tej oceny, na podstawie zebranego materiału dowodowego, zamawiający stwierdził, że wyczerpane są przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp przy jednoczesnym uwzględnieniu treści art. 45 ust. 2 lit.d) dyrektywy klasycznej. Dokonując tej czynności, Zamawiający działał zgodnie z wytycznymi zawartymi w wyroku Sądu Okręgowego.

Podkreślono, że zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp przedmiotem postępowania przed KIO może być „wyłącznie niezgodna z przepisami ustawy czynność zamawiającego podjęta w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechanie czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy”. W niniejszej sprawie nie za zatem miejsca naruszenie art. 365 § 2 kpc, gdyż niniejsze postępowanie dotyczy innej czynności Zamawiającego, niż ta która była przedmiotem rozpoznania KIO i Sądu Okręgowego.

Nie zachodzi również tożsamość wskazano stanu faktycznego, bowiem w wyroku Sądu Okręgowego, na str. 17 uzasadnienia wskazano wprost, iż „w ocenie Sądu Okręgowego rację mają Skarżący i Izba, że zamawiający nie wykazał, by wykonawca w osobie spółki NDI dopuścił się w realizacji umowy takiego wykroczenia. Co więcej na okoliczności takie nawet się nie powołał”.

Jak zatem wynika z powyższego, kwestia „poważnego wykroczenia zawodowego dokonanego w powiązaniu z brakiem oczekiwanego profesjonalizmu po stronie dłużnika” nie była jak dotąd przedmiotem postępowania ani przed KIO, ani przed Sądem.

Jak wynika z przytoczonego fragmentu uzasadnienia z uwagi na inną treść czynność Zamawiającego i inną tezę stawianą przez Zamawiającego, przedmiotem postępowania była, jak dotąd jedynie kwestia odstąpienia od umowy z Odwołującym. Jak jednak wskazano w treści powyżej przywołanych rozstrzygnięć Zamawiający został zobligowany do dokonania oceny wniosków Wykonawców w kontekście przepisu art. 45 ust. 2 lit. d) dyrektywy klasycznej.

W wyniku złożonego przez Odwołującego odwołania, KIO jest zatem zobligowana do oceny nowej czynności Zamawiającego, dokonanej według zaleceń KIO i Sądu.

Tym samym brak jest podstaw dla uznania za uzasadniony zarzut Odwołującego, że jego wykluczenie z udziału w postępowaniu narusza powagę rzeczy osądzonej wynikającą z prawomocnego wyroku SO w Warszawie (sygn. akt V Ca 1982/12). Tym bardziej, że we wskazanym powyżej piśmie z dnia 29 marca 2013 roku (o wykluczeniu) Zamawiający, mając na uwadze treść wyroku TSUE z dnia 13 grudnia 2012 roku w sprawie C-465/1 (Fortosta S.A., ABC Direct Contact Sp. z o.o. przeciwko Poczcie Polskiej S.A.) oraz spójną z nim interpretacją UZP, wskazuje wprost okoliczności świadczące o tym, że:

- niewywiązywanie się ze zobowiązań umownych przez wykonawcę zamówienia publicznego było wynikiem jego zamierzonego działania lub stosunkowo poważnego niedbalstwa oraz
- wykonawca jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, obejmującego również niewykonanie lub niewłaściwe wykonanie zamówienia, o ile niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia było wynikiem zamierzonego działania lub stosunkowo poważnego niedbalstwa ze strony wykonawcy.

Dodatkowo podkreślono, iż w orzecznictwie utrwalony jest pogląd, że moc wiążąca orzeczenia odnosi się tylko do treści jego sentencji, a nie uzasadnienia (wyrok SN z dnia 8 czerwca 2005 r., V CK 702/04, Lex nr 402284). Nie mają zatem mocy wiążącej ani poglądy prawne wyrażone w uzasadnieniu orzeczenia (wyrok SN z dnia 13 marca 2008 r., III CSK 284/07, Lex nr 380931), ani motywy i ustalenia faktyczne zawarte w uzasadnieniu (wyrok SN z dnia 15 listopada 2007 r., II CSK 347/07, Lex nr 345525). Według Sądu Najwyższego, przedmiotem prawomocności materialnej jest bowiem ostateczny rezultat rozstrzygnięcia, a nie przesłanki, które do niego doprowadziły.

Odnosząc się do pozostałych zarzutów Odwołującego, Zamawiający podtrzymał w całości stanowisko dotyczące podstaw wykluczenia zawarte w piśmie z dnia 29 marca 2013 roku informującym o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz informującym o wykonawcach, którzy zostaną zaproszeni do złożenia ofert.

Skład orzekający Izby, na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. dokumentów załączonych przez Odwołującego do odwołania, treści wniosku Odwołującego złożonego w postępowaniu, dokumentów złożonych na rozprawie przez Zamawiającego, akt sprawy o sygn. akt KIO 1050/12 oraz akt sprawy o sygn. akt KIO 707/12, 729/12, wyroków Sądu Okręgowego w Warszawie w sprawach V Ca 1982/12 oraz V Ca 2015/12, biorąc pod uwagę pozostałą dokumentację postępowania, a także stanowiska i oświadczenia stron postępowania zaprezentowane pisemnie i ustnie w toku posiedzenia i rozprawy, ustalił i zważył, co następuje:

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie na rozprawę.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny wniosków, nieprawidłowe wykluczenie Odwołującego z postępowania, co skutkowało niezaproszeniem Wykonawcy do złożenia oferty i ewentualne stwierdzenie naruszeń wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym zgłaszającego przystąpienie – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum HYDROGEO-POLSKA S.A., KONSTRUKTOR INZENJERING D.D.SPLIT, z siedzibą dla Lidera w Warszawie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego z uwagi na niespełnienie przesłanek formalnych zgłoszenia. Zgłoszenie do Prezesa KIO złożono bez dokumentów rejestrowych i stosownych pełnomocnictw dla poszczególnych członków konsorcjum, niemożliwym więc było zweryfikowanie prawidłowości umocowania konsorcjum do występowania przez KIO. Wykonawca, prawidłowo zawiadomiony o terminie posiedzenia i rozprawy, na wyznaczony

termin nie stawiał się, Zamawiający nie dysponował na posiedzeniu wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonym przez wykonawcę, niemożliwym więc było także w ten sposób zweryfikowanie prawidłowości umocowania konsorcjum do występowania przez KIO.

Izba ustaliła w postępowaniu następujący stan faktyczny:

Ustalono, że do okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia stron należy fakt, iż w dniu 5 lutego 2010 roku Odwołujący (działając w konsorcjum z SB Granit S.A.) zawarł z Zamawiającym umowę na budowę autostrady A4 odc. Brzesko-Wierzchosławice. Integralnym załącznikiem do umowy były Warunki Kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez zamawiającego, w których zawarte są klauzule o prawie do odstąpienia od umowy wykonawcy i zamawiającego.

W dniu 9 lutego 2011 roku konsorcjum złożyło 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 2010 roku). 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 roku) na skutek wystąpienia zdarzeń opisanych w Klauzuli 16.2 pkt (d) Warunków Kontraktu, tj.: „Zamawiający w istocie nie wykonuje swoich zobowiązań według Kontraktu”.

W ostatnim dniu 14-dniowego terminu, tj. w dniu 23 lutego 2011 roku 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 roku). W przedmiotowym piśmie Konsorcjum wyjaśniło, iż stawia zamawiającemu jednoznaczny zarzut nienależytego wykonywania zobowiązań kontraktowych, co miało miejsce w licznych zdarzeniach i zachowaniach opisanych w niniejszym piśmie.

W dniu 23 lutego 2011 roku Zamawiający złożył konsorcjum oświadczenie o odstąpieniu od umowy za 14-dniowym wyprzedzeniem, wskazując, że powodem złożonego oświadczenia są przyczyny leżące po stronie Odwołującego się. Zamawiający powołał się na subklauzule 15.2 a, b i c Warunków Kontraktu, zgodnie z którymi:

- a) wykonawca nie zastosował się do subklauzuli 4.2 (zabezpieczenie wykonania) lub do wezwania według subklauzuli 15.1 (wezwanie do poprawienia),
- b) zamawiający uprawniony będzie do odstąpienia od kontraktu, jeżeli wykonawca 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 uchyła się od prowadzenia robót zgodnie z klauzulą 8 (rozpoczęcie, opóźnienia i zawieszenie).

W związku z dokonany odstąpieniem w dniu 1 kwietnia 2011 roku konsorcjum złożyło przeciw Zamawiającemu pozew o zapłatę oraz wydanie do Sądu Okręgowego w Warszawie. W dniu 15 maja 2012 roku w prowadzonym postępowaniu, będącym przedmiotem postępowania odwoławczego przed Izba, Odwołujący za pośrednictwem e-mail (drogą elektroniczną) otrzymał pierwszą informację Zamawiającego o wykluczeniu go z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp. Czynność ta została zaskarżona do KIO i w dniu 22 czerwca 2012 roku KIO odwołanie strony uwzględniła nakazując Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i dokonanie ponownej oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (sygn. akt KIO 1050/12). Od orzeczenia KIO skargi wnieśli Prezes Urzędu Zamówień Publicznych oraz Zamawiający. Skargi te zostały w całości oddalone, a argumentacja skarżących uznana za niezasadną (wyrok SO w Warszawie z dnia 29 października 2012 roku o sygn. akt V Ca 1982/12).

Zamawiający unieważnił pierwotną ocenę wniosków, dokonał ponownej oceny i pismem z dnia 29 marca 2013 roku poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, iż zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp z postępowania wyklucza się wykonawców, z którymi dany zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego 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 trzech lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wynosiła co najmniej 5% wartości umowy.

Zaznaczono, że warunkiem skutecznego wykluczenia wykonawcy jest łączne zaistnienie wymienionych okoliczności przy jednoczesnym uwzględnieniu treści art. 45 ust. 2 lit. d) dyrektywy klasycznej 2004/18/WE z dnia 31.03.2004r., która mówi o wykluczeniu z udziału w postępowaniu wykonawcy, który jest winny poważnego wykroczenia zawodowego. Pojęcie „poważnego wykroczenia zawodowego” obejmuje wszelkie zawinione uchybienia, które wpływają na wiarygodność zawodową wykonawcy, a nie tylko naruszenia wąsko rozumianych norm deontologicznych obowiązujących w danym zawodzie. Dlatego też - co do zasady niewykonanie zobowiązań umownych po stronie wykonawcy można uznać za wykroczenie zawodowe, Jednakże w opinii Trybunału pojęcie „poważnego wykroczenia” odnosi się do takiego zachowania danego wykonawcy, który wykazuje zamiar uchybienia lub

stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony. Co niewątpliwie ma miejsce w niniejszym przypadku.

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. Podkreślenia wymaga fakt, iż sankcja wykluczenia jest niezależna od poprawności wypowiedzenia, rozwiązania lub odstąpienia od umowy przez zamawiającego, wystąpienie tej przesłanki nie musi więc być poświadczony urzędowo lub sądownie, a jej wykorzystanie zostało pozostawione Zamawiającemu.

Zamawiający wskazał również, iż w doktrynie przyjęto pogląd, że przesłanka wykluczenia wykonawcy określona w art. 24 ust. 1 pkt 1a) ustawy Pzp znajduje zastosowanie również do konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Obowiązkiem Zamawiającego, będącego jednocześnie dysponentem środków publicznych jest wyłonienie w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Wykonawcy dającego gwarancję należytego wykonania umowy, a także uzyskanie świadczenia zgodnie z postanowieniami umowy w sprawie zamówienia publicznego. Poprzez wprowadzenie w życie wymienionego przepisu Zamawiający otrzymał Instrument do zdyscyplinowania nierzetelnych wykonawców dopuszczających się poważnego wykroczenia zawodowego.

Pojęcie „poważnego wykroczenia zawodowego” należy odnosić do zachowania danego Wykonawcy wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony (Wyrok Trybunału z dnia 13.12.2012 roku). W wyroku z dnia 29.10.2012r. (sygn. akt V Ca 2015/12) Sąd Okręgowy w Warszawie wskazał, że *okoliczności stanowiące przyczynę rozwiązania lub wypowiedzenia umowy albo odstąpienia od niej, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca, nie mogą polegać na każdym nienależytym wykonaniu zobowiązania, ale muszą być następstwem braku, profesjonalizmu (a ściślej poważnego wykroczenia będącego dowodem braku profesjonalizmu).*

Zamiar uchybienia może mieć charakter bezpośredni, wówczas mamy do czynienia z działaniem umyślnym, lub ewentualny. Działaniem umyślnym jest więc każde działanie, w którym dłużnik, mając świadomość konsekwencji swego czynu chce ich osiągnięcia (zamiar bezpośredni) albo gdy mając świadomość konsekwencji nie chce ich osiągnięcia,

lecz godzi się, że mogą one powstać (zamiar ewentualny). W obu przypadkach elementem wspólnym jest akceptacja przez dłużnika sytuacji, w której po stronie wierzyciela powstanie szkoda.

Do ustalenia, czy dane zachowanie można określić mianem *rażąco niedbałego*, konieczne jest uprzednie zbadanie, czy wypełnia ono cechy niedbalstwa zwykłego. Powszechnie prezentowany pogląd wskazuje, iż niedbalstwo wiąże się z niezachowaniem staranności wymaganej w stosunkach danego rodzaju. Ocena miernika postępowania formułowana jest w oparciu o art. 355 kodeksu cywilnego, określający obiektywny wzorzec wymaganego zachowania osoby znajdującej się w danej sytuacji, kreowany na podstawie reguł współżycia społecznego, przepisów prawa, zwyczajów czy regulacji zawodowych. Miernik staranności wynika z przepisów prawa - w przypadku umów wykonywanych przez Wykonawców jest to co najmniej „należyta staranność z uwzględnieniem zawodowego charakteru działalności”. Rażącym niedbalstwem jest postępowanie poniżej minimalnego, elementarnego poziomu wiadomości lub umiejętności, które jest wymagane w granicach charakteru wykonywanej działalności. Utrwalone Orzecznictwo jest pomocne w ustaleniu kryteriów, w oparciu o które podjąć można próbę określenia stopnia zawinienia (tak wyrok z dnia 11.05.2005 r.; sygn. akt III CK 522/2004).

Zamawiający wskazał na następujące okoliczności faktyczne skutkujące koniecznością wykluczenia NDI S.A. z postępowania:

A. odnośnie przesłanki wykluczenia nr 1 „Zamawiającego łączyła z Wykonawcą umowa w sprawie zamówienia publicznego, którą Zamawiający rozwiązał, wypowiedział lub odstąpił od niej”

W dniu 22.12.2008r. zostało wszczęte postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na „Budowę autostrady A4 na odcinku od węzła Brzesko do węzła Wierzchowice w km 479+000 - 499+800”. W wyniku tego w dniu 05.02.2010r. zawarta została umowa w sprawie zamówienia publicznego o nr I/94/ZR-R-4/2010 pomiędzy: Skarbem Państwa - Generalnym Dyrektorem Dróg Krajowych i Autostrad reprezentowanym przez pełnomocników Oddziału GDDKiA w Krakowie a spółkami tworzącymi Konsorcjum w składzie: NDI S.A. (lider konsorcjum) i SB Granit S.A. Republika Macedonii. W dniu 23.02.2011r. Zamawiający poinformował o zamiarze odstąpienie od tej umowy pismem znak GDDKiA-BP-ap-jt-4405/3/2011 z dnia 23.02.2011r., a w dniu 09.03.2011r. odstąpił od ww. umowy pismem znak GDDK1A-BP-wk-4405/3/20n. Z powyższego wynika zatem, że Zamawiającego łączyła z Wykonawcą umowa w sprawie zamówienia publicznego, od której Zamawiający odstąpił.

B. odnośnie przesłanki wykluczania nr 2 „rozwiązanie, wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy w sprawie zamówieniu publicznego przez zamawiającego nastąpiło z powodu okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca przy

jednoczesnym uwzględnieniu treści art. 45 ust. 2 lit. d) dyrektywy klasycznej 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 roku”.

Zamawiający, pismem znak GDDKiA-BP-ap-jt-4405/3/2011 z dnia 23.02.2011r., powiadomił Wykonawcę, na podstawie Subklauzuii 15.2 (a), (b), (c) Warunków Kontraktu, o odstąpieniu od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. We wskazanym powyżej piśmie powiadamiającym Wykonawcę o odstąpieniu od umowy Zamawiający szczegółowo opisał przyczyny odstąpienia. Zamawiający poinformował Wykonawcę, iż zaistniały podstawy do odstąpienia od Kontraktu z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy określone w Subklauzuii 15.2 (a), 15.2 (b), 15.2 (c) Warunków Kontraktu. Zamawiający mając na względzie treści art. 45 ust. 2 lit. d) dyrektywy klasycznej 2004/18/WE uważa, że Wykonawca dopuścił się poważnego wykroczenia zawodowego. Bowiem w toku realizacji umowy do momentu odstąpienia stwierdzonych zostało szereg działań świadczących o:

- zamierzonym działaniu Wykonawcy, tj. ewentualnym zamiarze uchybienia,
- rażącym niedbalstwem,
- braku profesjonalizmu.

Ad. I) Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu na Budowę autostrady A4 na odcinku od węzła Brzesko do węzła Wierzchowice w km 479+000 - 499+800 wskazał, iż niniejsze zamówienie jest przewidywane do współfinansowania ze środków pochodzących z funduszy europejskich Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko.

Wykonawca mając świadomość konsekwencji zaistnienia realnej szkody po stronie Zamawiającego, tj. możliwości utraty dofinansowania z Unii Europejskiej a także dodatkowo utraty przychodów z obowiązującego na drogach krajowych systemu opłat, godził się, że mogą one powstać, co wyczerpuje funkcjonujące w obrocie prawnym pojęcie „zamiaru ewentualnego”. Wykonawca nie reagował na narastające opóźnienia - nie zwiększał zatrudnienia ludzi i środków sprzętowo - transportowych w stopniu umożliwiającym nadrobienie zaległości wynikających m.in. z niewłaściwej organizacji budowy, braku fachowych kwalifikacji średniego personelu, przypadków złej jakości wykonywanych robót co w konsekwencji wymagało rozbiórki i ich ponownego wykonywania, zdając sobie sprawę z konsekwencji. Ponadto Wykonawca nie realizował robót zgodnie z zatwierdzonym harmonogramem robót. Mimo składanych deklaracji w zakresie nadrobienia zaległości i wykonania planowanych przez siebie tygodniowych przerobów, nie nadrabiał zaległości ani też nie wykonywał własnych planów, które nie gwarantowały realizacji z wydajnością założoną w Harmonogramie robót.

Ad. II) Wykonawca jako profesjonalny przedsiębiorca zajmujący się wykonywaniem robót budowlanych zobowiązany jest do działania z należytą starannością określaną przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Szereg działań niezgodnych z podstawowymi zasadami wiedzy technicznej lub zaniechań po strony Wykonawcy

świadczy o *rażącym* niedbalstwie. Jako przykłady braku profesjonalizmu 1 rażącego niedbalstwa Zamawiający może wskazać:

- brak wykonania obowiązkowego, tymczasowego odwodnienia robót ziemnych od początku budowy, w efekcie czego doprowadził do nawodnienia placu budowy i uniemożliwił sam sobie prowadzenie robót i ograniczył dostępność frontów robót,
- zdjęcie warstwy urodzajnej gruntu bez obowiązkowego zabezpieczenia przed nadmiernym nawodnieniem podłoża, brak wykonania następnych warstw po zdjęciu humusu, utrzymywanie na wykonanych warstwach wody w stanie stojącym (niedopuszczalne przez Szczegółową Specyfikację Techniczną - SST), co w efekcie doprowadziło do zaniku spływu powierzchniowego i trwałej stagnacji wód opadowych. Następstwem tego było uplastycznienie gruntów spoistych, wraz z pogorszeniem własności nośnych.
- brak uzgodnienia z Zarządem Dróg Wojewódzkich możliwości korzystania z dróg wojewódzkich, w celu dostaw materiałowych środkami transportu o masie całkowitej przekraczającej dopuszczalną nośność obiektów mostowych zlokalizowanych na tych drogach (wg znaków drogowych 15t, a max 30t).
- znacznie opóźnione wykonanie dróg technologicznych, które powinny być wybudowane w pierwszej kolejności; odpowiednio trwałe, umożliwiające dwukierunkowy ruch ciężkich jednostek transportowych (wąskie drogi, z niedostateczną ilością mijanek stanowiły „wąskie gardło” w zaopatrzeniu budowy i to już na poziomie 25% przewidywanej przyszłej maksymalnej przepustowości, w okresie kumulacji dostaw materiałów drogowych i bitumicznych).
- nieprawidłowa kolejność realizacji podstawowych robót; równolegle z tymczasowymi rowami odprowadzającymi wody opadowe z koryta należało wykonywać wszystkie roboty przebudowywanego odwodnienia i odwodnienia projektowanego (przepusty pod projektowaną autostradą, którymi należało skanalizować istniejący system rowów melioracyjnych, włączając do niego system projektowanego odwodnienia autostrady (za pośrednictwem urządzeń oczyszczających). Wykonawca całkowicie zignorował wielokrotne instrukcje i monity ze strony Inżyniera, a także Zamawiającego w tym względzie, o czym świadczy niewybudowanie w pełni ani jednego przepustu w ciągu roku, chociaż w swoim Harmonogramie zakładał wykonanie wszystkich przepustów w ciągu 7 miesięcy - niezabezpieczenie robót przed okresem zimowym, w tym np. przepustów co spowodowało w konsekwencji konieczność rozbiórki dotychczasowych i ponownego wykonania robót zdyskwalifikowanych ze względu na utratę ich własności fizykochemicznych.
- nieprawidłowości i niezgodności robót z Kontaktem, skutkujące w konsekwencji poleceniem ze strony Inżyniera rozbiórki źle wykonanych robót i ich ponownym wykonaniu. Wykonawca nie był w stanie przez kilka miesięcy obsadzić budowy odpowiednią ilością wykwalifikowanego polskojęzycznego personelu technicznego (kierownicy robót, majstrowie)

lub zapewnić odpowiedniej ilości tłumaczy, dzięki którym wyeliminowana została bariera językowa między poszczególnymi pracownikami Wykonawcy i Nadzoru Inwestorskiego. Po zwolnieniu pierwszego Dyrektora Kontraktu (czerwiec 2010) Wykonawca nie był w stanie przedstawić Zamawiającemu odpowiedniego kandydata na to stanowisko spełniającego wymagania określone w SIWZ.

- niedostateczna ilość zasobów ludzkich, sprzętowych i transportowych od początku Kontraktu (Wykonawca permanentnie uchylał się od spełnienia żądania Inżyniera; przedstawienia harmonogramu zasobów zgodnie z. Subklauzulą 8.3 Warunków Kontraktu, w związku ze stwierdzeniem niedostatecznego postępu robót - Subklauzulą 8.6 Warunków Kontraktu). Z wyliczeń IK wynikało, że do przewozu materiałów niezbędnych do budowy nasypów koniecznych byłoby ok. 200 jednostek samochodowych, natomiast Wykonawca zakupił na potrzeby budowy tylko 40 szt samochodów ciężarowych do transportu materiałów masowych, co nie mogło zabezpieczyć potrzeb budowy w zakresie samych robót ziemnych (ok. 1,5 mln m³ nasypu z dokopu), nie biorąc pod uwagę innych asortymentów robót.
- wielomiesięczna zwłoka po stronie Wykonawcy z rozpoczęciem w wykonywaniu obiektów mostowych, w tym przede wszystkim obiekty PZ 65a_ i _PZ6/L. Wykonawca wiele miesięcy próbował przekonać Zamawiającego do wprowadzenia zmian w technologii wykonywania przedmiotowych obiektów co miało zmaksymalizować zyski Wykonawcy w tym zakresie. Stanowisko Zamawiającego od początku było jednoznaczne i wielokrotnie wskazywano i informowano Wykonawcę, że z uwagi na niezgodność proponowanych przez Wykonawcę zmian z ustawą Pzp oraz Warunkami Kontraktu, Zamawiający nie wyraża zgody na dokonanie przedmiotowych zmian. Opóźnienie w rozpoczęciu robót na przedmiotowych obiektach sięgało nawet do 7-8 miesięcy.
- niedostosowanie się do wymogów wynikających z Raportu Oddziaływania na Środowisko (wymagana prawem ochrona środowiska naturalnego).
- przedkładanie Zamawiającemu do płatności wniosków w których zawarto pozycje, które już zostały poświadczane do płatności w poprzednim Przejściowym Świadectwie Płatności, pozycji które nie były właściwie udokumentowane oraz pozycji obejmujących roboty, których Wykonawca jeszcze faktycznie nie wykonał na budowie.
- przedkładanie Zamawiającemu roszczeń finansowych, w których Wykonawca domagał się zwrotu kosztów związanych z rzekomo ponoszonym kosztem przestoju sprzętu, który wg oświadczenia Wykonawcy stał na placu w Niemczech (wg Kontraktu sprzęt można uznać za przeznaczony do budowy jeżeli został potwierdzony przez Inżyniera na placu budowy). Jednocześnie na innych frontach Robót inżynier wykazywał nienależytą mobilizację Wykonawcy i brak sprzętu na budowie.
- wielotygodniowa zwłoka w przedkładaniu do zatwierdzenia podwykonawców Robót.
- wielotygodniowa zwłoka w przedkładaniu do zatwierdzenia materiałów, recept.

- wielomiesięczne zwłoka w zapewnieniu źródeł pozyskania materiałów niezbędnych do wykonania nasypów. Transport materiałów ze złoża „Waryś” rozpoczęto kilka miesięcy po rozpoczęciu Robót.
- odmowa wykonania robót koniecznych do zrealizowania z uwagi na zagrożenie życia mimo wielokrotnych monitów ze strony Inżyniera i Zamawiającego,
- wiele innych rażących zaniedbań po stronie Wykonawcy, które powodowały narastanie opóźnień na budowie.

O występujących problemach i nieprawidłowościach w realizacji kontraktu informowano Wykonawcę na cotygodniowych naradach koordynacyjnych, comiesięcznych Radach budowy/ spotkaniach z inżynierem i Zamawiającym oraz w comiesięcznych „Powiadomieniach” Zamawiającego o okolicznościach leżących po stronie Wykonawcy i mających wpływ na generowanie przez Wykonawcę opóźnień na kontrakcie. Powiadomienia wysyłano od października 2010 r. Z powiadomień tych, mimo że szczegółowo wskazywano w nich zakres błędów popełnianych cyklicznie przez Wykonawcę, Wykonawca nie wyciągnął żadnych wniosków.

Ad. III) Biorąc pod uwagę czynniki wymienione w pkt. II, Zamawiający stwierdził, iż okoliczności stanowiące przyczynę odstąpienia od umowy, za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca wskazują dobitnie o braku profesjonalizmu. Niedostateczna ilość zasobów ludzkich, sprzętowych i transportowych od początku kontraktu w stosunku do skali zamierzenia, którego realizacji Wykonawca się podjął świadczą o niezachowaniu podstawowych, elementarnych zasad organizacji, które są oczywiste dla większości przedsiębiorców zajmujących się wykonywaniem robót budowlanych. Także przytoczone powyżej przykłady zaniedbań od strony technologicznej realizacji robót potwierdzają tezę o braku profesjonalizmu ze strony Wykonawcy. Wykonawca przez cały okres trwania budowy nie potrafił zorganizować prac na placu budowy. W pierwszej kolejności nie zorganizował wystarczającej (zgodnej z przedłożonym przez siebie Harmonogramem Robót) ilości zasobów sprzętowych i osobowych niezbędnych do rozpoczęcia kontraktu zgodnie z Harmonogramem, w dalszej kolejności nie potrafił - mimo wielokrotnie składanych przez siebie deklaracji - nadrobić zaległości które sprokurował na budowie. Nie był przygotowany do budowy pod względem zabezpieczenia źródeł materiałów na nasypy (kluczowa sprawa z uwagi na ilość), umowę z kopalnią „Waryś” podpisano dopiero w sierpniu 2010r. Zabezpieczenie tylko jednego źródła materiału na nasyp było poważnym błędem, gdyż wydajność kopalni nie zapewniała dostaw w wielkości pokrywającej potrzeby budowy. Wykonawca nie był w stanie również zapewnić kadry zarządzającej, której kwalifikacje nie tylko byłyby zgodne z wymaganiami Zamawiającego, ale która też potrafiłaby nadrobić zaległości na budowie. Nie potrafił również przedkładać prawidłowo udokumentowanych wniosków o dokonanie płatności (brak podstawowych dokumentów uzasadniających

wykonanie robót, składanie wniosków na zakresy robót, które zostały już zapłacone wcześniej, składanie wniosków na zakresy robót, które nie zostały jeszcze przez Wykonawcę w ogóle wykonane). Nie potrafił również w sposób zgodny z Kontraktem i ustawą Pzp ocenić czy proponowane przez siebie zmiany (np. PZ 65a 1 PZ 67) są zgodne z Kontraktem i ustawą Pzp., w efekcie czego prokurował dalsze zaległości na kontrakcie.

C. odnośnie przesłanki wykluczenia nr 3 „rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, z którego wyklucza się Wykonawcę”

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę węzła „Tczewska” na przecięciu autostrady A6 z istniejącą ulicą Tczewską (II etap)” zostało wszczęte w dniu 30.01.2012r. Odstąpienie przez Zamawiającego od umowy na „Budowę autostrady A4 na odcinku od węzła Brzesko do węzła Wierzchowice w km 479+000 ~ 499+800” nastąpiło w dniu 09.03.2011r., a więc w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania, z którego Wykonawca zostaje wykluczony.

D. odnośnie przesłanki wykluczenia nr 4 „wartość zamówienia niezrealizowanego wskutek rozwiązania albo wypowiedzenia umowy w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpienia od niej wynosi co najmniej 5% wartości umowy”

Wartość umowy, od której Zamawiający odstąpił na „Budowę autostrady A4 na odcinku od węzła Brzesko do węzła Wierzchowice w km 479 + 000 - 499+800” wynosiła 622 518 403,13 zł brutto. Wartość zamówienia niezrealizowanego przez Wykonawcę wskutek odstąpienia od umowy wynosi 507 298 964,22 zł brutto, co stanowi 81,49% wartości umowy. Zatem spełniona zostaje przesłanka, iż wartość zamówienia niezrealizowanego wskutek rozwiązania albo wypowiedzenia umowy w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpienia od niej wynosi co najmniej 5% wartości umowy.

Z tych powodów Zamawiający uznał, że ziszczyły się przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie, ponieważ potwierdziły się zarzuty podniesione w odwołaniu.

Dostrzeżenia w pierwszej kolejności wymaga okoliczność, iż w ocenie składu orzekającego Izby zaistniały między stronami spór objęty jest powagą rzeczy osądzonej z uwagi na zapadłe orzeczenia sądów okręgowych, tj. wyrok SO w Warszawie z dnia 29 października 2012 roku, o sygn. akt V Ca 1982/12 oraz wyrok SO w Warszawie z dnia z dnia 29 października 2012 roku o sygn. akt V Ca 2015/12.

Powaga rzeczy osądzonej (*res iudicata*) zachodzi, jeśli w sprawie uprzednio już osądzonej prawomocnym wyrokiem oraz w sprawie później wniesionej występuje tożsamość stron oraz identyczność przedmiotów rozstrzygnięcia w związku z podstawami obu powództw (Tak: *Metodyka pracy sędziego w sprawach cywilnych*, H. Pietrkowski, LexisNexis, wydanie 4, str. 292). Sąd (w tym wypadku KIO) badając zarzut powagi rzeczy osądzonej, musi ustalić, czy po uprawomocnieniu się poprzedniego orzeczenia zaszła tego rodzaju zmiana okoliczności faktycznych sprawy, która, mimo tożsamości żądania nowego powództwa – uzasadnia rozpoznanie tej samej sprawy w nowym procesie. Dobrym przykładem może być oddalenie powództwa o eksmisję z tego względu, że niewłaściwe zachowanie pozwanego nie wyczerpało przesłanki rażącego lub uporczywego wykroczenia przeciwko porządkowi domowemu. Nie przesądza to o tożsamości nowego powództwa, opartego na wypowiedzeniu najmu, którego podstawą jest także ocena niewłaściwego zachowania pozwanego dokonana w procesie już zakończonym, jeżeli ponowne żądanie oparte jest na nowych okolicznościach, które łącznie z okolicznościami zbadanymi poprzednio mogą tym razem prowadzić do oceny zachowania pozwanego jako wyczerpującego przesłankę rażącego lub uporczywego. Jak wskazuje doktryna, z powagi rzeczy osądzonej korzystają tylko orzeczenia rozstrzygające sprawę co do istoty (merytoryczne). Podkreśla się, że z powagi rzeczy osądzonej korzysta jedynie sentencja wyroku, ale jednocześnie zaznacza się, że korzystają z powagi rzeczy osądzonej motywy wyroku w takim zakresie, w jakim stanowią konieczne uzupełnienie rozstrzygnięcia, niezbędne dla wyjaśnienia jego zakresu.

Przenosząc powyższe rozważania natury ogólnej na grunt rozpoznawanej sprawy, stwierdzić należy za Odwołującym, że w sprawie nie wystąpiły nowe lub inne okoliczności, które uzasadniałyby możliwość ponownego rozpoznawania sporu między stronami, co do zasadności i prawidłowości zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp. Nie zmieniły się jakiegokolwiek okoliczności prawne i faktyczne badane przez Sąd Okręgowy w sprawach V Ca 1982/12 i V Ca 2015/12, a Zamawiający w swojej decyzji nie przytoczył żadnych nowych faktów, które nie byłyby już przedmiotem oceny KIO i Sądu. Słusznie w odwołaniu podkreślił Odwołujący, że zmianie uległ sposób prezentacji stanowiska strony Zamawiającej, natomiast użyto zbieżnej argumentacji, podnoszonej zarówno przed KIO, jak i przed sądem. Za próbę ponownego poddania pod rozstrzygnięcie sądu (KIO) należy uznać kwestię nieprawidłowego wykluczenia na podstawie art. 24. ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp wykonawcy Odwołującego się, gdzie kwestia ta była już przedmiotem prawomocnego orzeczenia.

Nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego wyrażonym w odpowiedzi na odwołanie, że nie zachodzi tożsamość stanu faktycznego będącego przedmiotem rozpoznania w przywołanych sprawach, ponieważ w uzasadnieniu wyroku Sąd (wyrok SO o sygn. akt V Ca 1982/12) wskazał, że „zamawiający nie wykazał, by wykonawca w osobie

spółki NDI dopuścił się w realizacji umowy takiego wykroczenia. Co więcej, na okoliczności takie nawet się nie powołał”. Oznacza to właśnie nieprawidłową prezentację zgromadzonego przez Zamawiającego materiału dowodowego nastawioną, jak zauważył Sąd, na wykazanie niesolidności kontrahenta, podczas gdy Zamawiający powinien był wykazywać, że ze strony wykonawcy doszło do popełnienia poważnego wykroczenia zawodowego. Jednocześnie, obecnie, za pomocą tego samego materiału dowodowego, Zamawiający próbuje wykazać, że poważne wykroczenie zawodowe miało miejsce. Nie może jednakże mieć miejsce taka sytuacja procesowa, gdzie za pomocą tożsamyh środków dowodowych, strona w ponownym procesie wywodziła będzie inne, nowe wnioski (tezy dowodowe) w stosunku do tożsamego stanu faktycznego. Sąd merytorycznie rozpoznając sprawę wskazał, że strona Zamawiająca nie sprostowała ciężącemu na niej ciężarowi dowodowemu i z tych powodów oddalił skargi.

Choć prawdą jest, że w wyroku z dnia 22 czerwca 2012 roku o sygn. akt KIO 1050/12, KIO nie oceniła przedstawionego jej materiału dowodowego uznając brak swojej kognicji, to wbrew twierdzeniom Zamawiającego, oceny tego materiału dowodowego dokonał Sąd Okręgowy w wyroku o sygn. akt V Ca 1982/12. Sąd rozpoznający skargę na wyrok KIO jest bowiem sądem merytorycznym dokonującym swobodnej oceny zgromadzonych w postępowaniu dowodów. W wyniku takiej oceny sąd doszedł do przekonania, że postępowanie dowodowe prowadzono w niewłaściwym kierunku. W uzasadnieniu stwierdzono, że Zamawiający zaistnienie poważnego wykroczenia zawodowego mógł wykazać wszelkimi dowodami, nie tylko opartymi na ocenie samego Zamawiającego, które uznać należy za ocenę subiektywną, podczas gdy ocena ta winna być poparta obiektywnymi dowodami. Domniemywać należy, iż o przeprowadzenie takich dowodów podczas rozprawy przed Sądem Zamawiający nie wnioskował, chociaż powinien był to uczynić. Powyższe przeczy również tezie podniesionej przez Zamawiającego, że Sąd Okręgowy nie dokonał oceny materiału dowodowego.

Przyjmując nawet za zasługującą na uwzględnienie argumentację Zamawiającego, że ani KIO w sprawie o sygn. akt KIO 1050/12, ani druga instancja – Sąd Okręgowy w sprawie o sygn. akt V Ca 1982/12 nie przeprowadzili konkretnej i zindywidualizowanej oceny postawy wykonawcy skutkującej ziszczeniem przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp, to na uwagę zasługuje pogłębiona analiza wyroku KIO z dnia 6 czerwca 2012 (sygn. akt KIO 707/12, 729/12) oraz wyroku Sądu Okręgowego z dnia 29 października 2012 roku (sygn. akt V Ca 2015/15) zmieniającego wspomniany wyrok KIO w zakresie w jakim uznano, że Odwołujący został prawidłowo wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp. Wyroki te, wspomniane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, choć zapadły w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, to dotyczą tego samego Zamawiającego – Skarbu Państwa Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych

i Autostrad, którego reprezentuje Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad i tego samego wykonawcy NDI S.A. wykluczonego z postępowania na podstawie tej samej przesłanki określonej w art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp, z powoływaniem się przez Zamawiającego na te same okoliczności faktyczne.

W sprawie o sygn. akt KIO 707/12, 729/12 czytamy, że: „Wobec nałożenia na zamawiającego, mocą przepisu art. 45 ust. 2 lit d dyrektywy klasycznej, ciężaru dowodu w postaci wykazania zawinonego poważnego wykroczenia zawodowego, potwierdzenia wymagają okoliczności wskazane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 23 lutego 2011 r. Przy czym na potrzeby niniejszego postępowania, w ocenie Izby, nie jest konieczne ustalenie, czy zaistniały wszystkie przyczyny, z powodu których Zamawiający odstąpił od umowy, ale czy znalazła potwierdzenie chociażby jedna z nich.

W ocenie Izby, realizacja robót w terminach ustalonych przez strony i zapewnienie personelu i sprzętu wymaganego przez Zamawiającego jest jednym z podstawowych elementów zobowiązania Wykonawcy. Stąd brak realizacji robót w czasie określonym w formularzu 2.1. załącznika do oferty (od poniedziałku do soboty w godzinach 6.00-22.00), a także brak personelu kluczowego stanowi poważne wykroczenie zawodowe. Nie ulega bowiem wątpliwości, że brak realizacji podstawowych obowiązków ze strony Wykonawcy i to już w początkowym stadium, jest tak istotnym pogwałceniem warunków kontraktu, że wadliwość tego świadczenia może być kwalifikowana, według wzorca określonego w dyrektywie obronnej, jako poważne wykroczenie zawodowe. Z pewnością stanowi to o braku staranności po stronie Wykonawcy, ewentualny dowód przeciwny nie został przez Odwołującego przeprowadzony.”

Natomiast w wyroku SO w Warszawie (sygn. akt V Ca 2015/12) czytamy, że: „(...) okoliczności stanowiące przyczynę rozwiązania lub wypowiedzenia umowy albo odstąpienia od niej, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca, nie mogą polegać na każdym nienależytym wykonaniu zobowiązania, ale muszą być następstwem braku profesjonalizmu (a ściślej poważnego wykroczenia będącego dowodem braku profesjonalizmu). W ocenie Sądu Okręgowego zamawiający nie wykazał, by wykonawca w osobie spółki NDI dopuścił się w realizacji poprzedniej umowy takiego wykroczenia. Co więcej na okoliczności takie się nie powoływał.”

Jak już podkreślono, o rozstrzygnięciu Sądu na korzyść wykonawcy zadecydowało nieprawidłowo przeprowadzone postępowanie dowodowe, a nie jak próbował na rozprawie wykazywać Zamawiający zastosowana przez niego błędna interpretacja art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp nie obejmująca założeń wynikających z prawa Unii Europejskiej dotyczących zagadnienia wykluczenia wykonawcy z postępowania. Dostrzeżenia także wymaga, że w wyroku KIO (sygn. akt KIO 707/12, 729/12) jako ciężkie wykroczenie zawodowe uznano te same zachowania i argumenty obecnie przedstawione w ponownej decyzji Zamawiającego

o wykluczeniu wykonawcy odwołującego się z postępowania, które to argumenty nie zostały się przy sądowej ocenie wyroku KIO. Dowodzi to prawidłowości twierdzenia Odwołującego, że zmianie uległ jedynie sposób prezentacji argumentacji, nie zaś ta ostatnia. Nieprawdą jest także, że dotychczas przedmiotem oceny była jedynie kwestia odstąpienia od umowy. Przeczy temu wprost wyrok KIO 707/12.

Skoro ani Izba, ani Sąd w zajętych stanowiskach zachowań Odwołującego nie uznali za wypełniających przesłanki poważnego wykroczenia zawodowego (lub uznano, że nieprawidłowo dokonano oceny tych zachowań – wyrok SO o sygn. akt V Ca 2015/12), trudno w chwili obecnej, biorąc pod uwagę przywoływane przez Zamawiającego identyczne przykłady zachowania Odwołującego dotyczące zaniedbań i nierealizowania zobowiązań kontraktowych bazujące na tożsamych przesłankach, dojść do odmiennych wniosków.

Paradoksalnie, choć Zamawiający twierdzi, że powagą rzeczy osądzonej objęta jest jedynie sentencja orzeczenia, a nie mają mocy wiążącej poglądy prawne wyrażone w uzasadnieniu, motywy i ustalenie faktyczne tam zamieszczone, to właśnie poglądami wyrażonymi w uzasadnieniu i motywami, które doprowadziły Sąd do ostatecznego rozstrzygnięcia na korzyść wykonawcy, kierował się obecnie Zamawiający dokonując nakazanej wyrokiem ponownej oceny wniosków i wykluczając przy użyciu tej samej podstawy prawnej wykonawcę z postępowania.

Z uwagi na okoliczność, iż stwierdzono naruszenie powagi rzeczy osądzonej, za bezprzedmiotowe uznano rozpoznawanie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp, ponieważ działania i zaniechania Zamawiającego z naruszeniem hipotezy i dyspozycji tego przepisu potwierdziły wcześniej orzekające w przedmiotowym postępowaniu KIO oraz sądy.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego stwierdzenie przez Izbę, iż potwierdziły się zarzuty przedstawione w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 2) i ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), uwzględniając wysokość wpisu uiszczanego przez Odwołującego oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w maksymalnej wysokości dopuszczonej wymienionym rozporządzeniem, tj. w wysokości 3 600,00 zł.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....