KRAJOWA IZBA ODWOJ,a\\

Sygn. akt XIX Ga 750/12

36 m;

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 lutego 2013 r.

Sąd Okręgowy w Katowicach XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy

Przewodniczący: SSO Maria Kozubska-Maciąga (spr.)

Sędziowie: SSO Krystyna Faściszewska - Rąba

SSO Blanka Zorębska

Protokolant: st. sekr. sądowy Iwona Zdebel

na rozprawie w dniu 28 lutego 2013 r. w Katowicach rozpoznał sprawę
z odwołania

Konsorcjum firm: -PGF Urtica Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu

- Polskiej Grupy Farmaceutycznej-Hurt Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu

przeciwko Szpitalowi im. Stanisława Leszczyńskiego w Katowicach
o udzielenie zamówienia publicznego
na skutek skargi odwołującego

Konsorcjum firm: - PGF Urtica Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością We Wrocławiu

- Polskiej Grupy Farmaceutycznej-Hurt Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie
z dnia 23 listopada 2012 r. sygn. akt KIO 2522/12

1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

a) unieważnienie czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu i odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego : PGF Urtica Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu i Polskiej Grupy Farmaceutycznej -Hurt Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu,

b) unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie pakietów nr 56, 7, 22, 36, 41, 42, 43, 44, 45, 58, 62, 64, 81, 88, 91, 123, 136, 152, 153, 156, 164, 169, 174, 180 i 185 i dokonanie w tym zakresie ponownej oceny ofert przy uwzględnieniu oferty odwołujących

oraz zasądza od zamawiającego na rzecz odwołujących się kwotę 18.600 zł (osiemnaście tysięcy sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego,

2. zasądza od zamawiającego na rzecz skarżących kwotę 103,600 zł (sto trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania skargowego.

Na oryginale włc*-

ZGODNGŚĆ z oj

Sygn. akt XIX Ga 750/12

UZASADNIENIE

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z 23 listopada 2012 r. oddaliła odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PGF Urtica Sp. z o.o. we Wrocławiu oraz,Polska Grupa Farmaceutyczna- Hurt Sp. z o.o. we Wrocławiu, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „zakup i dostarczanie produktów leczniczych" prowadzonym przez Szpital im. Stanisława Leszczyńskiego w Katowicach oraz obciążyła kosztami postępowania odwołującego.

Uzasadniając swoje rozstrzygnięcie KIO przytoczyła następujące okoliczności:

Szpital im. Stanisława Leszczyńskiego w Katowicach (zwany dalej Zamawiającym), prowadził postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pod nazwą „zakup i dostarczanie produktów leczniczych".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE nr 116 poz. 191827-PL ogłoszenie z dnia 20 czerwca 2012 r. i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie

internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. - Dz.U. z 2010 r. nr 113, poz. 759; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 15 listopada 2012 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia PGF Urtica Sp. z o.o. oraz Polska Grupa Farmaceutyczna - Hurt Sp. z o.o. (dalej: Odwołujący) wnieśli odwołanie, w którym zakwestionowali prawidłowość wykluczenia ich z postępowania w częściach 5, 6, 7, 22, 36, 41, 42, 43, 44, 45, 58, 62, 64, 81, 88, 91, 123,136, 152, 153, 156, 164, 169, 174, 180, 185 (postępowanie prowadzone jest dla 196 części, które Zamawiający nazywa również pakietami) na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 a Prawa zamówień publicznych. Odwołujący zarzucał Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 24 ust 1 pkt 1 „a" Prawa zamówień publicznych poprzez jego oczywiście niewłaściwe zastosowanie jako podstawy wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia, podczas gdy w zaistniałym stanie faktycznym nie wystąpiły przesłanki zastosowania tego przepisu:

   - Zamawiający nie rozwiązał skutecznie umowy w sprawie zamówienia publicznego (nr 91/28/03/12) łączącej go z Odwołującym, gdyż nie złożył w tym zakresie oświadczenia woli;

   - Zamawiający wyznaczył 7 - dniowy termin, po którego upływie umowa nr 91/28/03/12 miałaby ulec rozwiązaniu, a następnie po upływie 1 dnia wystąpił do Odwołującego z informacją (nie stanowiącą oświadczenia woli), iż umowa uległa rozwiązaniu, Zamawiający naruszył zatem wyznaczony przez siebie termin rozwiązania umowy, co świadczy o bezskuteczności rozwiązania;

   - Nawet gdyby przyjąć, iż umowa nr 91/28/03/12 uległa skutecznie rozwiązaniu, należy wskazać, iż nie został zachowany termin 3 lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż rozwiązanie umowy przetargowej nastąpiło w toku postępowania po wyborze oferty i przed podpisaniem umowy, a zatem już po jego wszczęciu;

   - Zamówienie zostało w całości zrealizowane, a zatem nie zachodzi przesłanka niezrealizowania zamówienia w zakresie co najmniej 5% wartości zamówienia;

   - Zaistniały stan faktyczny wskazuje, iż Zamawiający w toku postępowania o udzielenie zamówienia przetargowego, w momencie, gdy dokonał już wyboru najkorzystniejszych ofert, zdaniem Odwołującego w sposób świadomy i celowy tworzył dowody na potrzeby wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie

     zamówienia publicznego, a następnie stawiając się w roli sędziego samodzielnie dokonał ich oceny. Jest to działalnie sprzeczne zarówno z treścią tego przepisu, jak i z jego ratio legis oraz z zasadami ogólnymi;

     - Odwołujący podnosił, iż umowa przetargowa nr 91/28/03/12, której rzekome rozwiązanie stanęło u podstaw wadliwego wykluczenia Odwołującego z przetargu łączyła zamawiającego z firmą PGF Urtica Sp. z o.o., zaś wykonawcą (a obecnie Odwołującym) jest Konsorcjum PGF Urtica Sp. z o.o. oraz Polska Grupa Farmaceutyczna- Hurt Sp. zo.o.

2. naruszenie art. 24 ust. 3 PZP, poprzez niezawiadomienie Odwołującego o dokonaniu czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;

3. naruszenie art. 92 ust 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, poprzez brak

udzielenia rzetelnego uzasadnienia faktycznego czynności wykluczenia Odwołującego w zbiorczym zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszych ofert, skierowanym do wszystkich wykonawców.

Odwołujący wnosił o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyki uczenia,

unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienia czynności wyboru ofert najkorzystniejszych (wybranych na skutek wykluczenia Odwołującego, tj. ofert nr: 3, 6, 13, 14, 15, 17, 18, 19 oraz nakazanie Zamawiającemu przywrócenia wyniku przetargu z dnia 2 października 2012 r. (wraz z późniejszymi zmianami) w postępowaniu przetargowym nr Szp. Leszcz. /PN/32/2012, zamawiającego wygraną ofertę Odwołującego w zakresie pakietów nr: 5, 6, 7, 22, 36, 41, 42, 43, 44, 45, 58, 62, 64, 81, 88, 91, 123, 136, 152, 153, 156, 164, 169, 174, 180,185;

2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów:

- z dokumentów wymienionych w uzasadnieniu na okoliczności wskazane w treści pisma;

- z zeznań świadków:

a. Barbary Nowoczyn (wezwanie na adres Odwołującego) na okoliczność pełnej realizacji umowy przetargowej przez Odwołującego;

3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów poniesionych przez stronę odwołującą według przedłożonego zestawienia oraz kosztów zastępstwa procesowego w wysokości 3.600,00 zł i opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w wysokości 34 zł.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i powołał się na treść umowy nr 91/28/03/12 z dnia 22 marca 2012 r., gdzie wykonawca gwarantował niezmienność ceny brutto i stałą dostępność asortymentu leków, a mimo tego na niektóre leki wystawiał faktury o 1/3 wyższe niż przewidywała umowa. Zgodnie z § 12 ust. 2 umowy w przypadku dostarczenia faktury VAT niezgodnej z umową wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia faktury korygującej w nieprzekraczalnym terminie 7 dni. Okoliczności związane z rozwiązaniem umowy nastąpiły z końcem października, ale i wcześniej, na dowód czego przedłożył pisma z dnia 10 i 28 sierpnia 2012 r. i 15 października 2012 r., a zamawiający pismem z 18 października 2012 wzywał wykonawcę do dostarczenia faktur VAT zgodnych z umową w terminie 7 dni, wskazując, że niezastosowanie się wykonawcy do tego będzie podstawą do rozwiązania umowy bez zachowania terminu wypowiedzenia z winy wykonawcy i nastąpi przepadek zabezpieczenia zgodnie z § 14 ust 1 „c" umowy.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z tym pismem umowa uległa rozwiązaniu i w konsekwencji w dniu 26 października 2012 r. złożył informację, że umowa uległa rozwiązaniu, przyjmując, że uległa ona rozwiązaniu z dniem 30 października 2012 r., gdyż do wykonawcy oświadczenie dotarło 27 października 2012 r.

Zarzucał uporczywość działania wykonawcy w zakresie dążenia do podwyższenia cen leków, mimo zagwarantowania ich niezmienności. Wykonawca proponował aneksy do umowy. Przyznał, że ostatecznie wykonawca złożył faktury korygujące do wszystkich faktur z wyjątkiem leku „Sutent". Nadto zamawiający podniósł, że procentowa wielkość niezrealizowanej umowy wynosi 6,25% ewentualnie skorygowanie o 0,5% w związku z korektą faktur.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że nie doszło do

nieprawidłowego wykluczenia Odwołującego z postępowania. Rzeczywiście uzasadnienie wykluczenia, zawarte w piśmie z dnia 5 listopada br. było dość lakoniczne (bowiem zasadniczo odzwierciedlało jedynie treść przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1 „a" Prawa zamówień publicznych, a nie zawierało stosowanego uzasadnienia faktycznego i Zamawiający naruszył art. 92 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych nie podając uzasadnienia faktycznego, tj. opisu okoliczności, będących podstawą wykluczenia. Jednak powyższe naruszenie nie jest takiego rodzaju, aby miało wpływ na wynik postępowania, skoro decyzja o wykluczeniu została podjęta w ocenie Izby prawidłowo i była oczywista dla Odwołującego przynajmniej na tyle, aby podjąć z nią polemikę w odwołaniu. Zamawiający nie naruszy! art. 24 ust. 3 Prawa zamówień publicznych przez zaniechanie sformułowania, oprócz zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, odrębnego pisma o podstawach wykluczenia- wbrew oczekiwaniom Odwołującego, w ocenie Izby Zamawiający nie jest zobowiązany do kierowania do wykluczonego wykonawcy odrębnego pisma opisującego podstawy faktyczne i prawne wykluczenia- wystarczają informacje podane w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej, o ile wyczerpują wszystkie elementy opisane w art. 92 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Zamawiający faktycznie nie opisał wyczerpująco faktycznych podstaw wykluczenia, ale nie miało to wpływeu na wynik postępowania.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 1 „a" Prawa zamówień publicznych Izba ustaliła, co następuje:

1. w dniu 22 marca 2012 r. zawarto pomiędzy Zamawiającym, a PGF Urtica Sp. z o. (tj. jednym z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, którzy złożyli rozpatrywane odwołanie) umowę nr 91/28/03/12 na dostawę leków. Do umowy załączono wykaz leków wraz z ich opisem, ilością opakowań i ceną za każdy lek. Wartość wszystkich leków określono na 12 625 815,38 zl. Umowa została zawarta na okres 12 miesięcy, jednak nie dłużej, niż do czasu wyczerpania wartości umowy (§ 2 umowy, a dostawy leków miały być realizowane na podstawie sukcesywnych zamówień (§ 4 umowy).

2. wykonawca zagwarantował niezmienność cen brutto (§ 11 ust. 3 umowy) i zagwarantował stałą dostępność asortymentu leków (§ 9 ust. 1 umowy). Tymczasem na niektóre leki zaczął wystawiać faktury o 1/3 wyższe, niż przewidywała umowa.

3. Zgodnie z § 12 ust. 2 umowy, w przypadku dostarczenia przez wykonawcę faktury VAT niezgodnej z treścią umowy m.in. co do ceny, wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia faktury VAT korygującej w nieprzekraczalnym terminie 7 dni licząc od dnia wezwania.

4. Zamawiający wzywał kilkukrotnie do korekty faktur VAT (pismo z 10 sierpnia 2012 r., 28 sierpnia 2012 r. i 15 października 2012 r. (w aktach sprawy, odpisy złożone przez Zamawiającego na rozprawie), a następnie wystosował do wykonawcy pismo z dnia 18 października 2012 r. (również złożone na rozprawie), w którym w trybie § 12 ust. 2 umowy wzywał do dostarczenia faktur VAT zgodnych z umową w terminie 7 dni od dnia wezwania wskazując, że niezastosowanie się wykonawcy do wezwania będzie podstawą do rozwiązania umowy bez zachowania wypowiedzenia z winy wykonawcy i nastąpi przepadek zabezpieczenia wykonania umowy w związku z nienależytym wykonaniem zamówienia - zgodnie z § 14 ust. 1 „c" umowy.

5. Według oświadczenia Zamawiającego, któremu Odwołujący na rozprawie nie zaprzeczył, ostatecznie wykonawca uznał zasadność wezwania do korekty faktur i złożył korektę części faktur tj. do wszystkich faktur z wyjątkiem leku o nazwie SUTENT. Na dowód powyższego Zamawiający złożył do akt pismo z 7 listopada 2012 r. przy którym przesłano faktury korygujące na niektóre leki.

6. Zamawiający podnosił, że okoliczność, że lek jest refundowany nie zmienia sytuacji Zamawiającego i konieczności zapłaty wyższej ceny. Złożył do akt pismo PGF Utrica z 8 listopada 2012 r., w którym wykonawca wskazuje, że pewność cen leków istnieje tylko w okresie dwumiesięcznym, a wykonawca nie ma wpływu na decyzje Ministra Zdrowia. Zamawiający twierdził, że Minister Zdrowia ustala ceny maksymalne, a w ich obrębie wykonawcy powinni zapewnić stałą cenę zamawiającemu, tymczasem z powyższego pisma wynika, że wykonawca przyznaje, że takiej stałości ceny nie może zapewnić.

7. Zamawiający złożył do akt zestawienie faktur wykonawcy ze stanem na dzień rozwiązania umowy, tj. 30 października 2012 r. (sporządziła główna księgowa). Wynika z niego, że na dzień 30 października 2012 r. wartość wykonania umowy wynosiła 4 733 657,26 zł, co stanowiło 37,49% wartości umowy brutto (tj. kwoty 12 625 815,38 zł).

8. Umowa dopuszczała zmianę ceny leku- przez zawarcie aneksu do umowy, m.in. w przypadkach zmian zasad finansowania przez NFZ lub zmiany ceny urzędowej leków. Aneksy takie nie zostały podpisane. Wykonawca przesłał Zamawiającemu projekty aneksów, mających obowiązywać od 1 lipca 2012 r., przy piśmie datowanym 17 września br., a doręczonym Zamawiającemu w dniu 8 października 2012 r. Zamawiający zwrócił aneksy przy piśmie z dnia 18 października 2012 r. (odpis złożył do akt).

9. Nie było sporne, że zamówienia, które zostały skierowane do wykonawcy zostały zrealizowane w całości pod względem k< >mpletności dostaw leków, dlatego Izba stwierdziła, że przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadka na tą okoliczność nie jest potrzebna do rozstrzygnięcia i oddaliła wniosek dowodowy Odwołującego w tym zakresie.

Na podstawie powyższych ustaleń Izba uznała, że Odwołujący został zasadnie wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 „a" Prawa zamówień publicznych.

Nie ma znaczenia dla skuteczności wykluczenia, że przyczyną wykluczenia było rozwiązanie umowy z jednym z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a nie z oboma wykonawcami. Gdyby zaakceptować pogląd Odwołującego, to na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 „a" Prawa zamówień publicznych można byłoby wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wykluczyć jedynie wówczas, kiedy z tymi samymi wykonawcami rozwiązano umowę. Tymczasem brak przesłanek negatywnych, będących podstawą do wykluczenia opisanych w art. 24 ust. 1 Pzp wykazać każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Odnośnie terminu rozwiązania umowy - zdaniem Odwołującego, rozwiązanie umowy będące podstawą wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 1 „a" Prawa zamówień publicznych może nastąpić jedynie w pomiędzy trzema latami wstecz przed wszczęciem postępowania, a jego wszczęciem. Rzeczywiście, przyjęto powszechnie, że przesłanki wykluczenia powinny być interpretowane na korzyść wykonawcy, ponieważ są dla niego sanacyjne, jednak taka interpretacja przeczyłaby w ocenie Izby ratio legis omawianego przepisu, przez wprowadzenie którego ustawodawca dążył do eliminacji nierzetelnych wykonawców z postępowania. Zatem uznać trzeba, że zamiarem ustawodawcy w art. 24 ust. 1 pkt 1 „a" Prawa zamówień publicznych było określenie początkowego terminu, w którym może nastąpić rozwiązanie będące podstawą wykluczenia - a termin końcowy, w którym to rozwiązanie może nastąpić, nie został w przepisie określony, zatem stać się to może, aż do momentu podpisania umowy (tak jak do tego momentu mogą zaistnieć inne spośród przesłanek negatywnych - np.

ogłoszenie upadłości wykonawcy- może mieć miejsce już po otwarciu ofert czy nawet po wyborze oferty najkorzystniejszej.)

W analogicznym stanie faktycznym (do rozwiązania umowy z wykonawcą doszło po wszczęciu postępowania i wykonawca ten został przez zamawiającego wykluczony na podstawie art. 24 ust 1 pkt 1 „a" Prawa zamówień publicznych) Izba przeprowadziła następujący wywód: „Rzeczywiście ustawodawca kolejny raz w kolejnym z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych użył niefortunnego i budzącego już wcześniej wątpliwości określenia „w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania", które może powodować niepewność, jak traktować przedział czasu między wszczęciem postępowania, a dniem składania ofert/wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu czy zawarcia umowy; także wobec brzmienia art. 26 ust. 2 „a" ustawy Prawo zamówień publicznych."

Należy bowiem przypomnieć, że takie wątpliwości były już podnoszone na gruncie kolejnych brzmień art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i § 1 ust. 2 pkt 1 i 2 Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Pomimo pewnych rozbieżności orzeczniczych w tym zakresie logiczne jest, iż owo określenie czasu powinno się traktować jako cezurę - punkt graniczny początku okresu 3-letniego liczonego wstecz (tj. zdarzenia, które nastąpiło nie wcześniej w czasie niż 3 lata przed wszczęciem postępowania), ale nie wykluczającego okresu na przyszłość (tj. pomiędzy wszczęciem postępowania, a dniem składania ofert/wniosków lub zawarciem umowy).

Uzasadniane to było tym, że doświadczenie zdobyte przez wykonawcę w tym okresie nie jest gorsze niż zdobyte wcześniej (a nawet „lepsze", gdyż bardziej aktualne), a wyrządzona szkoda nie jest mniej znacząca.

Należy też wskazać, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie określa chwili „na którą" zamawiający ma obowiązek wykluczyć wykonawcę z postępowania. Owszem, w orzecznictwie i piśmiennictwie wskazuje się, że spełnienie warunków udziału w postępowaniu bada się na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu- i tak najczęściej się dzieje, jednak jest to tylko ogólna i uproszczona zasada, od której mogą nastąpić odstępstwa. Poza tym analizując przyczyny wykluczenia opisane w art. 24 ustawy Prawo zamówień publicznych można zauważyć, że niektóre mogą wystąpić dopiero po złożeniu ofert czy wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Z kolei biorąc pod uwagę sformułowania „o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy" czy „z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się" oraz rozważając, w którym momencie następuje udzielenie zamówienia czy kończy się postępowanie o udzielenie tego zamówienia - w obu przypadkach jest to zawarcie umowy (por. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 17 grudnia 2010 r. sygn. akt III CZP 103/10, zgodnie z którą treść ustawy nie pozostawia wątpliwości, że postępowanie kończy się z chwilą zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, z którym to poglądem Izba w pełnej rozciągłości się zgadza), można stwierdzić, że wykluczenie wykonawcy z postępowania może

nastąpić w każdym momencie do zakończenia postępowania, czyli do chwili zawarcia umowy.

Owszem zgodnie z art. 26 ust 2 „a" Prawo zamówień publicznych wykonawca zobowiązany jest wykazać nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 i brak podstaw do wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jednak jest to tylko określenie obowiązku wykonawców w tym zakresie, głównie w postaci przedstawienia odpowiednich dokumentów. Należy jednak zauważyć, że jest to tylko pewien etap rozpoczynający czynność badania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia wykonawcy.

Jednak ustawa Prawo zamówień publicznych, jak już wskazano powyżej, nie określa podobnie okresu dla zamawiającego i nie wprowadza zakazu weryfikacji wykonawców na późniejszym etapie postępowania, a zamawiający w sytuacji wystąpienia okoliczności, które miałyby wpływ na dokonaną ocenę, nie powinien ich pominąć- stałoby to bowiem w zupełnej sprzeczności z celem wprowadzenia art. 22 ust 1 i art. 24 ustawy Prawo zamówień publicznych.

KIO wskazała, że umowa nr 91/28/03/12 z dnia 22 marca 2012 r. zawarta pomiędzy Zamawiającym, a PGF Urtica Sp. z o.o. uległa rozwiązaniu po ziszczeniu się przesłanek w niej przewidzianych. Ponieważ zgodnie z. § 12 ust. 2 umowy, w przypadku dostarczenia przez wykonawcę faktury VAT niezgodnej z treścią umowy m.in. co do ceny, wykonawca zobowiązany był do dostarczenia faktury VAT korygującej w nieprzekraczalnym terminie 7 dni licząc od dnia wezwania, a Zamawiający bezskutecznie wzywał kilkukrotnie do korekty faktur VAT (pismo z 10 sierpnia 2012 r., 28 sierpnia 2012 r. i 15 października 2012 r. i ostatecznie pismem z dnia 18 października 2012 r. w którym w trybie § 12 ust. 2 umowy wzywał do dostarczenia faktur VAT zgodnych z umową w terminie 7 dni od dnia wezwania ze wskazaniem, że niezastosowanie się wykonawcy do

wezwania będzie podstawą do rozwiązania umowy bez zachowania wypowiedzenia z winy wykonawcy i nastąpi przepadek zabezpieczenia wykonania umowy w związku z nienależytym wykonaniem zamówienia - (co z kolei przewidziano w § 14 ust. 1 c umowy). Po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu Zamawiający przesłał wykonawcy informację, że umowa uległa rozwiązaniu. Po zaistnieniu okoliczności przewidujących w umowie jej rozwiązanie, w ocenie Izby tak sformułowana informacja była wystarczająca dla uznania, że umowa uległa rozwiązaniu bez zachowania okresu wypowiedzenia z winy wykonawcy (§ 12 ust. 2 umowy). Nie ma przy tym znaczenia, w jakiej dacie to nastąpiło - 27 czy 30 października br.; istotne, że umowa uległa rozwiązaniu przed wykluczeniem Odwołującego z postępowania.

br

Rozwiązanie umowy niewątpliwie nastąpiło z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność. Brak korekty faktur w zakresie oceny (zaniechanie doprowadzenia do zgodności faktur z cenami wynikającymi z umowy) jak już wyżej wspomniano, w umowie określono jako „nienależyte wykonanie umowy" (§ 14 ust. 1 „c" umowy), a niezastosowanie się do tego obowiązku- uznane zostanie za podstawę do rozwiązania umowy z winy wykonawcy (§12 ust. 3 umowy).

Z sekwencji zdarzeń opisanych przez Zamawiającego, którym Odwołujący zasadniczo nie zaprzeczył, wynikało, że wykonawca chciał wymóc na

Zamawiającym zgodę na podniesienie cen. Postępowanie Odwołującego dziwi o

tyle, że niezmienność cen wynikających z umowy zawartej po przeprowadzeniu

zamówienia publicznego jest faktem powszechnie znanym w obrocie gospodarczym. Umowa dopuszczała zmianę cen po podpisaniu aneksów - ale do takiego podpisania nie doszło. Dla rozstrzygnięcia nie ma znaczenia badanie mechanizmów refundacji leków czy zasady ustalania cen urzędowych, na które to okoliczności powoływał się Odwołujący- te okoliczności może byłyby badane przez sąd powszechny, gdyby wykonawca na drogę sądową wystąpił.

Co do określenia wartości niezrealizowanego zamówienia, Izba stwierdził, iż Zamawiający mylił się wskazując na wartość 6,25%- wynikającą z porównania

różnicy ceny pomiędzy fakturami wystawionymi przez wykonawcę (z zawyżoną ceną), a fakturami opiewającymi na kwotę zgodną z umową. Ustawodawca w art. 24 ust. 1 pkt l„a" Prawa zamówień publicznych wskazał, że wartość niezrealizowanego zamówienia ma wynosić co najmniej 5% wartości umowy. Na dzień 30 października 2012 r. wartość wykonania umowy wynosiła 4 733 657 26 zł, co stanowiło 37,49% wartości umowy brutto (tj. kwoty 12 625 815,38 zł).

Nawet jeżeli wykonawca po dacie, na którą dokonano wyliczeń, realizował jeszcze jakieś zamówienia, złożone przed jej rozwiązaniem, to nie mogłoby to wpłynąć na znaczące zwiększenie wartości części wykonanej umowy. Izba stwierdziła, że skoro ustawodawca nakazuje się odnosić do wartości umowy, to punktem odniesienia jest wartość całej umowy brutto, tj. w niniejszym przypadku kwota 12 625 815,38 zł - z tej wartości zrealizowano jedynie nieco ponad 37%, a więc niezrealizowana wartość zamówienia przekracza znacznie 5% z art. 24 ust. 1 pkt 1 „a" Prawa zamówień publicznych.

W takich okolicznościach nie dziwi wykluczenie Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 „a" Prawa zamówień publicznych; okoliczność, że żądanie ceny wyższej, niż w umowie dotyczyło cen leków z grupy cytostatytów (co do których Zamawiający nie może ryzykować, że zaprzestanie podawanie ich pacjentom) nie mogła być brana pod uwagę przez Izbę, niemniej jednak z punktu widzenia Zamawiającego ewentualne zawarcie umowy z wykonawcą po przeprowadzeniu postępowania, w którym wniesiono rozpatrywane odwołanie, musiało być obarczone dużym ryzykiem.

Nie ma racji Odwołujący twierdząc, że Zamawiający kreował celowo sytuację i dowody na użytek wykluczenia go z postępowania (strona 4 odwołania)- Zamawiający zastosował jedynie postanowienia wiążące go z wykonawcą umowy, a powód ich zastosowania zaistniał wcześniej, i to z winy wykonawcy (który nie wystawiał faktur zgodnych z umową). W takiej sytuacji wskutek zachowania wykonawcy, rozwiązanie umowy nastąpiło niemal automatycznie.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 1 „a" Prawa zamówień publicznych, dlatego oddalono odwołanie.

Od wyroku KIO odwołujący wniósł skargę zarzucając:

A. Naruszenie prawa materialnego , a to:

1. art. 24 ust. 1 pkt 1 „a" Prawa zamówień publicznych poprzez jego oczywiście błędną wykładnię, sprzeczną z interpretacją językową i funkcjonalną oraz zasadę „clara non sunt interpretanda" poprzez przyjęcie, że termin wskazany w tym przepisie ma wyłącznie charakter terminu początkowego, a ustawodawca nie wyznaczył terminu końcowego na dokonanie czynności rozwiązania umowy.

2. art. 24 ust 1 pkt 1 „a" Pzp w zw. z art. 2 pkt 13 Pzp poprzez ich błędną wykładnię, sprzeczną z dyrektywą wykładni funkcjonalnej i w konsekwencji nieuprawnione przyjęcie, iż niezrealizowane 5% wartości umowy należy liczyć w stosunku do wartości całej umowy brutto, co w przypadku umowy na dostawę leków stanowi wykładnię ad absurdum .Wartość takiej umowy

aktualizuje się bowiem w miarę składanych zamówień na produkty i nie może obejmować niezłożonych zamówień, gdyż kwestią oczywistą jest, że niezłożonych zamówień nie można zrealizować, w szczególności w świetle faktu, iż zamawiający nie gwarantują w umowach przetargowych na dostawę produktów leczniczych jakichkolwiek ilości nabywanego towaru.

3. art. 60 k.c., 65 § 2 k.c. w zw. z art. 24 ust 1 pkt 1 „a" Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp w tym:

a. art. 60 k.c. poprzez jego błędne zastosowanie i mylne uznanie, że zachowaniem ujawniającym wolę Przeciwnika rozwiązania umowy było skierowanie do Skarżącego pisma informującego o rozwiązaniu umowy;

b. art. 65 § 2 k.c. poprzez jego niezastosowanie i w efekcie brak zbadania zgodnego zamiaru stron, którym było dalsze wykonywanie umowy, co strony wyraziły per facta concludentia poprzez realizowanie umowy nawet po dacie pisma Przeciwnika informującego Skarżącego o rozwiązaniu umowy- i w konsekwencji błędne uznanie, iż umowa przetargowa na dostawę leków z dnia 22 marca 2012 r. nr 91/28/03/12 została skutecznie rozwiązana przez Przeciwnika;

4. art. 471 k.c. w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 1 „a" Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp poprzez jego niezastosowanie, co spowodowało brak rozpatrzenia przesłanek niezbędnych do ustalenia odpowiedzialności kontaktowej i w konsekwencji błędne uznanie, iż umowa przetargowa na dostawę leków z dnia 22 marca 2012 r. nr 91/28/03/12 została rozwiązana przez Przeciwnika z powodu okoliczności, za które Skarżący ponosi odpowiedzialność.

B. Naruszenie prawa procesowego, a to:

1. art. 190 ust 7 Pzp poprzez brak wszechstronnego rozważenia zgromadzonego materiału dowodowego. Analiza dowodów przez KIO została dokonana w sposób wyrywkowy, co nosi znamiona dowolnej oceny dowodów;

2. art. 190 ust. 7 Pzp poprzez błędną ocenę stanu faktycznego, i stwierdzenie, że :

- umowa została rozwiązana przez Przeciwnika;

- Skarżący uznał zasadność twierdzeń Przeciwnika poprzez skorygowanie niektórych faktur;

Mając na uwadze podniesione zarzuty skarżący domagał się:

1. zmiany wyroku w całości poprzez uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Skarżącego, unieważnienia czynności wyboru ofert najkorzystniejszych (wybranych na skutek wykluczenia Skarżącego, tj. ofert nr: 3, 6, 13, 14, 15, 17, 18, 19) oraz nakazanie Przeciwnikowi przywrócenia wyniku przetargu z dnia 2 października 2012 r. (wraz z późniejszymi zmianami) w postępowaniu przetargowym nr Szp. Leszcz./PN/32/2012, zawierającego wygraną ofertę Odwołującego w zakresie pakietów nr: 5, 6, 7, 22, 36, 41, 42, 43, 44, 45, 58, 62, 64, 81, 88, 91, 123, 136, 152, 153, 156, 164, 169, 174, 180, 185;

2. zasądzenia od Przeciwnika na rzecz Skarżącego kosztów niniejszego postępowania oraz postępowania przed KIO, według norm przepisanych, z uwzględnieniem kosztów zastępstwa procesowego według dwukrotności stawki przewidzianej w przepisach Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawach opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb

Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego

ustanowionego z urzędu (Dz.U nr 163 poz. 1349);

ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy Krajowej Izbie Odwoławczej do ponownego rozpoznania i zasądzenie od przeciwnika skargi kosztów postępowania odwoławczego i skargowego wg. norm przepisanych, z uwzględnieniem kosztów zastępstwa procesowego wg. dwukrotnej stawki przewidzianej w Rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu.

W uzasadnieniu skargi skarżący przytoczył stan faktyczny, istotę sporu i rozstrzygnięcie KIO oraz obszerne stanowisko co do naruszenia wskazanych przepisów prawa materialnego polemizując z ich wykładnią dokonaną przez KIO. Dodatkowo powołał się na przepisy art. 605 k.c. i art. 19 ustawy o podatku VAT kwestionując interpretację KIO pojęcia „wartość niezrealizowanego zamówienia".

Pismem z dnia 25 stycznia 2013 r. skarżący podtrzymał swoje stanowisko zawarte w skardze, a nadto powołał się na wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 13 grudnia 2012 r. wydany w sprawie C-465/11 Forposta SA, ABC Direct Sp. z o.o. przeciwko Poczcie Polskiej SA, wydany na skutek pytania prejudycjalnego Krajowej Izby Odwoławczej.

Zamawiający wnosił o oddalenie skargi i zasądzenie kosztów postępowania, podtrzymując w całości swoje stanowisko reprezentowane w postępowaniu odwoławczym.

Dodatkowo podniósł, że do skarżącego wystosowane zostały dwa pisma z dnia 26 października 2012 r. i po ich doręczeniu można mówić o rozwiązaniu umowy, którą należałoby zakwalifikować jako umowę sprzedaży.

Sąd Okręgowy ustalił i zważył co następuje:

Skarga podlega uwzględnieniu, czego skutkiem jest zmiana zaskarżonego wyroku w kierunku przez skarżącego wskazywanym.

Bezspornym pozostawało, że w dniu 20 czerwca 2012 r. nastąpiło wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego „zakup i dostawa produktów leczniczych" przez Szpital im. S.Leszczyńskiego w Katowicach, jak i to, że w dniu 2 października 2012 r. zostały ogłoszone wyniki tegoż postępowania, gdzie oferta skarżącego wykonawcy została wybrana jako najkorzystniejsza w pakietach nr.

5,6,7,22,36,,41,42,43,44,45,58,62,64,81,88,91,123,136,152,153,156,164,169,174,

180,185.

W dniu 5 listopada 2012 r. zamawiający ogłosił o wykluczeniu skarżącego z postępowania oraz o wyborze ofert innych wykonawców w miejsce odrzuconej oferty skarżącego. Jako podstawę swej decyzji zamawiający wskazał art. 24 ust. 1 pkt 1 „a" Prawa zamówień publicznych (dalej Pzp) i lakoniczne uzasadnienie „umowa o udzielenie zamówienia publicznego z wykluczeniem wykonawcy uległa rozwiązaniu na skutek nienależytego jej wykonania.

Chodziło o wcześniejszą umowę łączącą zamawiającego i skarżącego z dnia 22 marca 2012 r. nr 91/28/03/12.

Zważywszy, że odwołanie skarżącego od czynności wykluczenia go z postępowania nie zostało uwzględnione ani przez zamawiającego ani przez Krajową komisję Odwoławczą, rozstrzygnięcie o zasadności skargi wniesionej do Sądu sprowadza się do stwierdzenia istnienia bądź nieistnienia przesłanek

określonych przepisem art. 24 ust. 1 pkt 1 „a" Pzp, podany jako podstawa prawna decyzji zamawiającego.

Przede wszystkim należy przypomnieć, że art. 24 Pzp zawiera zamknięty katalog przesłanek, których zaistnienie zobowiązuje zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania, a więc z założenia wyeliminowanie wykonawcy nie dającego rękojmi należytego wykonania zobowiązania.

Zgodnie z treścią art. 24 ust. 1 pkt 1 „a" Pzp. wprowadzonego nowelizacją Pzp ustawą z dnia 25 lutego 2011 r. : 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, wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy.

Sformułowanie w/w przepisu wskazuje więc, że aby mogło dojść do wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego muszą wystąpić kumulatywnie następujące warunki:

1. zamawiającego łączyła z wykonawcą umowa w sprawie zamówienia publicznego, którą zamawiający rozwiązał, wypowiedział albo od niej odstąpił;

2. rozwiązanie, wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy w sprawie zamówienia publicznego nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, z którego wyklucza się wykonawcę;

3. rozwiązanie, wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy przez zamawiającego nastąpiło z powodu okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca;

4. wartość niezrealizowanego wskutek rozwiązania i wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy wyniosła co najmniej 5% wartości umowy.

Konsekwencją takiego stanu rzeczy jest to, że niezaistnienie chociażby jednego z wyżej wymienionych warunków, powoduje, że wykluczenie wykonawcy z postępowania nie odnosi skutku, jako nie znajdujące usprawiedliwienia w przepisach prawa.

Analizując okoliczności rozpoznawanego przypadku w kontekście w/w warunków Sąd Okręgowy odmiennie niż uczyniła to Krajowa Izba Odwoławcza, przyjął, iż nie zachodziły przesłanki do wykluczenia skarżącego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 „a" Pzp z następujących względów:

I. Stosownie do treści art. 139 ust. 1 Pzp- do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Nie powinno ulegać wątpliwości, że przede wszystkim zastosowanie wprost znajdą przepisy Księgi pierwszej kodeksu cywilnego, w tym dotyczące oświadczenia woli i ich wad, zasad reprezentacji itd.

Art. 60 k.c. formułuje ustawową definicję oświadczenia woli, w myśl której jest nim zachowanie się osoby dokonującej czynności prawnej, ujawniające jej wolę w sposób dostateczny i zmierzające do wywołania skutku w postaci powstania zmiany

lub ustania stosunku prawnego czyli zachowania mające wpływać na istnienie i treść obowiązków cywilnoprawnych.

Nie są więc oświadczeniem woli zachowania nie służące regulowaniu skutków prawnych np. zachowania, których treść odnosi się do praw i obowiązków, ale nie

zawierają stanowczej decyzji wywołania skutków prawnych, czy też wypowiedzi sprawozdawcze tj. informujące o faktach przez ich potwierdzenie, pokwitowanie czy poświadczenie.

Bezspornym przy tym pozostaje, że wypowiedzenie, rozwiązanie czy odstąpienie od umowy są jednostronnymi czynnościami prawnymi stron umowy, których materialnoprawną podstawą są przepisy kodeksu cywilnego lub postanowienia umowy.

Zamawiającego i skarżącego łączyła umowa w sprawie zamówienia publicznego nr 91/28/03/12 z dnia 22 marca 2012 r.

Przewidywała ona uprawnienia dla zamawiającego skutkujące ustaniem więzi obligacyjnej łączącej strony, a mianowicie:

- wypowiedzenie z zachowaniem 30-to dniowego terminu wypowiedzenia (§8);
- rozwiązaniem umowy w zakresie danego pakietu w postaci aneksu (§ 9 ust. 2)
- odstąpienia od umowy w trybie art. 145 Pzp,

a także zapis zawarty w § 12 ust. 3 w myśl którego niezastosowanie się wykonawcy do wymogu określonego przez zamawiającego (dostarczenie faktury korygującej w terminie 7 dni- por. § 12 ust. 2) będzie podstawą do rozwiązania umowy bez zachowania okresu wypowiedzenia z winy wykonawcy.

W ocenie Sądu Okręgowego zapis § 12 ust. 3 umowy wymagał od zamawiającego złożenia jednoznacznego oświadczenia woli o rozwiązaniu umowy ze skutkiem na określony dzień.

Wymogu tego nie spełniało w pełni pismo zamawiającego z dnia 26 października 2012 r. informujące, że umowa została rozwiązana, zwłaszcza w kontekście wezwania z dnia 25 października 2012 r. wystosowanego do wykonawcy by w terminie 7 dni przesłał faktury korygujące jak i tego, że w tym samym dniu złożył zamówienie na dostawę leków.

II Nawet gdyby przyjąć, że zachowanie zamawiającego w okresie wcześniejszym (pisma z sierpnia 2012 r i 18 października 2012 r.) łącznie z wystosowaniem pisma informującego o rozwiązaniu umowy z dnia 26 października 2012 r. skutkowało rozwiązaniem umowy bez wypowiedzenia ze skutkiem na dzień 27 października 2012 r. (doręczenie pisma wykonawcy), to stanowisko także również nie przesądzało o prawidłowości wykluczenia skarżącego z udziału w postępowaniu.

Istotnym bowiem warunkiem skuteczności wykluczenia jest wyraźnie wskazany czynnik czasu, a mianowicie by rozwiązanie, wypowiedzenie albo odstąpienie od umowy nastąpiło w ciągu ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania.

Zważywszy, że art. 2 Pzp zawiera słownik pojęć ustawowych (definicji legalnych na użytek Pzp) i w ust 7 „a" wyraźnie wskazuje, że momentem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest chwilą uzewnętrznienia woli zamawiającego o zamówieniu, które (co do zasady) następować będzie z chwilą publikacji ogłoszenia o zamówieniu (por. art. 40 Pzp) nie można podzielić stanowiska KIO, iż rozwiązanie, wypowiedzenie czy odstąpienie od poprzednio łączącej strony umowy o zamówienie publiczne, może nastąpić w każdym czasie, a w szczególności w czasie trwania nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Stąd też nawet przy wątpliwym założeniu, że umowa nr 91/28/03/12 została skutecznie rozwiązana 27 października 2012 r., to czynność ta niewątpliwie jest spóźniona, bowiem wszczęcie nin postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

Wr nastąpiło w dniu 20 czerwca 2012 r. tj. publikacja ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym WE nr 116 poz. 191827- PL.

Tak więc nie może budzić wątpliwości, że nie został spełniony jeden z warunków wymaganych przepisem art. 24 ust. 1 pkt 1 „a" Pzp, co czyni skargę uzasadnioną.

Nie bez znaczenia dla oceny skargi pozostaje też fakt, iż w dniu 13 grudnia 2012 r. Trybunał Sprawiedliwości wydał wyrok w sprawie C- 465/11 Forposta i ABC Direct Contract dotyczący zgodności z prawem europejskim art. 24 ust. 1 pkt 1 „a" Pzp.

Wyrok ten wydany w trybie prejudycjalnym na podstawie art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, zawiera wykładnię przepisu art. 45 ust. 2 lit „d" dyrektywy 2004/17/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi. Wskazać przy tym należy, że brak jest podstaw do stwierdzenia, iż na mocy cytowanego wyroku przestał obowiązywać przepis art. 24 ust. 1 pkt 1 a Pzp, natomiast zawiera on wskazówki interpretacyjne zwłaszcza co do warunku, by rozwiązanie, wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy przez zamawiającego nastąpiło z powodu okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca.

Podzielić należy stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 17 grudnia 2012 r. opublikowane na portalu internetowym UZP fwww.uzp.gov.pl), w myśli którego warunek ten winien być rozumiany w len sposób, że „zamawiający po przeprowadzeniu analizy okoliczności związanych z rozwiązaniem albo wypowiedzeniem umowy, albo odstąpieniem od niej ustali, że rozwiązanie, wypowiedzenie albo odstąpienie od umowy jest następstwem poważnego wykroczenia zawodowego popełnionego przez danego wykonawcę, w szczególności niewykonywania przez niego lub niewłaściwego wykonywania zamówienia wskazującego na zamierzone działalnie wykonawcy lub jego rażące niedbalstwo.

Konsekwencją powyższego jest obciążenie zamawiającego powinnością wykazania winy umyślnej lub rażącego niedbalstwa wykonawcy, której wynikiem było niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia uprawniające do rozwiązania, wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy.

W okolicznościach nin sprawy zamawiający nie wykazał by działania wykonawcy polegające na nie wystawieniu faktur korygujących, wynikało z rażącego niedbalstwa czy winy umyślnej, w szczególności zaś nie odnosił się do wszystkich okoliczności towarzyszących tym działaniom (np. wpływ decyzji cenowych Ministra Zdrowia).

Samo sformułowanie w umowie co będzie podstawą rozwiązania umowy z winy wykonawcy, w ocenie Sądu Okręgowego nie jest wystarczające dla automatycznego wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 „a" Pzp,

niezależnie od wyżej wskazanych okoliczności uniemożliwiających aprobatę czynności zamawiającego.

Na marginesie podkreślić należy, że ostatecznie wykonawca stosowane faktury korygujące wystawił.

W świetle powyższych wywodów uzasadniających uwzględnienie skargi, zbędnym i bezprzedmiotowym stały się rozważania dotyczące kwestii zakresu niezrealizowanego zamówienia, jako nie mające wpływu na treść rozstrzygnięcia.

Reasumując Sąd Okręgowy zmienił zaskarżony wyrok orzekając co do istoty sprawy i uwzględniając pierwszy wniosek skargi na podstawie art. 198 „f" ust. 2 i 5 Pzp w zw. z 398 „a" ust. 2 Pzp. nakazał unieważnienie przez zamawiającego czynności wykluczenia skarżącego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie pakietów wskazanych w sentencji oraz dokonanie ponownej oceny ofert w tym zakresie przy uwzględnieniu oferty skarżącego, orzekając również o kosztach postępowania odwoławczego i skargowego zasądzając je od zamawiającego na rzecz skarżącego.

w