

WPŁYNĘŁO

WYROK -

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 29 października 2012 roku

Sąd Okręgowy w Warszawie Wydział V Cywilny - Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący Protokolant SSO Bogusława Jarmołowicz-Łochańska
SO Joanna Wiśniewska-Sadowska
Sędziowie: SR (del.) Tomasz Pałdyna
sekr. sąd. Grażyna Dwórznik

po rozpoznaniu w dniu 15 października 2012r. w Warszawie na rozprawie
skarg NDI Spółki Akcyjnej w Sopocie oraz Alpine Bau GmbH z siedzibą
w Wais w Austrii

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 czerwca 2012 roku , wydanego
w sprawach o sygn. KIO 707/12 i KIO 729/12

z udziałem zamawiającego Skarbu Państwa - Generalnej Dyrekcji Dróg
Krajowych i Autostrad

oraz interwenienta Warbud Spółki Akcyjnej w Warszawie

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że unieważnia czynność
Skarbu Państwa - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad
Oddział w Warszawie polegającą na wykluczeniu obu skarżących od
udziału w postępowaniu przetargowym w przedmiocie „kontynuacji
projektowania i przebudowy drogi S8 odcinek Powązkowska - Marki
(ul. Piłsudskiego). Etap II: odcinek Węzeł Powązkowska - węzeł
Modlińska” oraz zasądza od Skarbu Państwa - Generalnej Dyrekcji
Dróg Krajowych i Autostrad na rzecz NDI Spółki Akcyjnej w Sopocie
i na rzecz Alpine Bau GmbH z siedzibą w Wais w Austrii po 23 600
(dwadzieścia trzy tysiące sześćset) złotych tytułem zwrotu kosztów
postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą;

II. zasądza od Skarbu Państwa - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i
Autostrad na rzecz NDI Spółki Akcyjnej w Sopocie i na rzecz Alpine
Bau GmbH z siedzibą w Wais w Austrii po 101 800 (sto jeden tysięcy
osiemset) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania przed Sądem
Okręgowym.

Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność

UZASADNIENIE

wyroku z dnia 29 października 2012 roku

W piśmie z dnia 11 kwietnia 2012 roku skierowanym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej Spółka Akcyjna działająca pod firmą „NDI” z siedzibą w Sopocie wniosła odwołanie od czynności zamawiającego, oznaczonego jako Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, polegającej na decyzji wykluczającej odwołującego od udziału w postępowaniu przetargowym w przedmiocie kontynuacji projektowania i przebudowy drogi S8 na odcinku Powązkowska - Marki, etap II: odcinek węzeł Powązkowska - węzeł Modlińska. Zarzuciła przy tym zamawiającemu naruszenie art. 24 pst. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych przez jego błędne zastosowanie, polegające na wykluczeniu go z udziału w postępowaniu, mimo, że nie spełniła się przesłanka z tego przepisu, naruszenie art. 51 ustawy przez niezaproszenie go do złożenia oferty oraz naruszenie

art. 7 ust. 1 i 2 ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia przez osobę, która nie zapewniła bezstronności i obiektywizmu. Domagał się przy tym unieważnienia zaskarżonej czynności.

W uzasadnieniu wniesionego środka zaskarżenia podniesiono, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy nie może mieć do odwołującego się zastosowania, bo zamawiający nie odstąpił skutecznie od poprzedniego kontraktu, bo kontrakt został wcześniej rozwiązany przez wykonawcę, który miał odstąpić od umowy. W ocenie odwołującego przywołany przepis nie może też mieć zastosowania z uwagi na to, że nie obowiązywał on w okresie, w którym miało miejsce rozwiązanie poprzedniej umowy, a jego zastosowanie oznaczałoby działanie prawa wstecz. W odwołaniu podnosi się także, że rozwiązanie przyjęte

w omawiany przepis jest sprzeczne z prawem unijnym, a ściślej z dwoma przywołanymi tu dyrektywami, w świetle których środek prawny, implementowany do polskiego porządku prawnego w art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, ma charakter fakultatywny, a nie obligatoryjny. We wniesionym środku prawnym wskazuje się też na inne niespójności pomiędzy krajowym i unijnym porządkiem prawnym. Jednocześnie, odwołująca wniosła o zwrócenie się przez Krajową Izbę Odwoławczą z pytaniem prejudycjalnym do Trybunału Sprawiedliwości w celu zbadania zgodności przywołanego przepisu z prawem unijnym.

Autor odwołania powołuje się także na sprzeczność art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy z Konstytucją RP, powołując się przy tym na prawo do rzetelnego wymiaru sprawiedliwości i powołując art. 42 ust. 3 i art. 45

Konstytucji oraz na gwarancję wolności działalności gospodarczej i art. 20 oraz 22 Konstytucji.

W piśmie z dnia 13 kwietnia 2012 roku spółka działająca pod firmą Alpine Bau z siedzibą w Austrii wniosła odwołanie w tym samym postępowaniu przetargowym od takiej samej czynności zamawiającego w odniesieniu do jego osoby. Zarzuciła przy tym zamawiającemu uchybienie przepisowi art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych przez wykluczenie odwołującego się pomimo braku ziszczenia się ustawowych przesłanek ku temu, w szczególności ze względu na brak tożsamości odwołującego i podmiotu, któremu zamawiający złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz ze względu na brak skutecznego odstąpienia od umowy. Zażądał przy tym unieważnienia czynności polegającej na wykluczeniu go z udziału w postępowaniu oraz powtórzenia czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu wniesionego środka zaskarżenia podniesiono, że umowa o usługi budowlane, na którą powołał się zamawiający wyłączając odwołującego z postępowania, a od której miał odstąpić z winy wykonawcy, została zawarta z konsorcjum, w skład którego wchodziły trzy spółki, w tym Alpine Mayreder Bau GmbH, która to spółka zmieniła później firmę na Alpine Bau GmbH. Konsorcjum zostało przekształcone w spółkę cywilną, a ta - w spółkę jawną działającą pod firmą Alpine Bau GmbH A-l. Przy czym odwołująca stała się współnikiem wyłącznie uprawnionym do reprezentacji spółki. I do tej właśnie spółki skierowane było powiadomienie zamawiającego o odstąpieniu od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, a nie do spółki Alpine Bau GmbH, co - w przekonaniu odwołującej - wyklucza możliwość powołania się w bieżącym postępowaniu na

rozwiązanie umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, skoro wykonawcą była w tamtym postępowaniu inna osoba. Podniesiono przy tym, że pismo skierowane do spółki jawnej stanowiło jedynie powiadomienie o odstąpieniu od umowy. Zamawiający oprócz tego powiadomienia nigdy nie złożył samego oświadczenia o odstąpieniu od umowy.

Odwołująca podnosi także, że zanim zamawiający zdążył złożyć swoje oświadczenie o odstąpieniu od umowy spółce Alpine Bau GmbH

A-l, Alpine Bau GmbH jako jedyny wspólnik uprawniony do reprezentowania spółki jawnej złożyła w imieniu tej spółki oświadczenie o odstąpieniu od umowy. Oświadczenie to miało być przekazane zamawiającemu 22 grudnia 2009 roku i z tym dniem stać się skuteczne, a nie można odstąpić od rozwiązywanej już umowy. Zaakcentowano przy tym, że osoba podpisująca oświadczenie zamawiającego była jedynie umocowana do powiadomienia o odstąpieniu od umowy, a nie do złożenia oświadczenia o odstąpieniu, klauzula umowna przewidująca umowne prawo odstąpienia była nieważna wobec braku określenia terminu (art. 395 k.c.), a ewentualne odstąpienie zamawiającego od umowy musiałby i tak zostać uznane za bezskuteczne, gdyż ten ostatni sam pozostawał w zwłoce, a umowy nie można było wykonać z powodu wadliwości dokumentacji przezeń przekazanej. Na dowód tej ostatniej okoliczności odwołująca przywołała oświadczenie spółki jawnej Alpine Bau GmbH A-l, w którym powołano się na liczne uchybienia zamawiającego, opinię biegłego oraz cały garnitur dokumentów, mających uzasadniać stawianą w odwołaniu tezę.

W ocenie odwołującego przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy nie może mieć do niego zastosowania także z tego powodu, że oznaczałby działanie prawa wstecz, gdyż dotyczy zdarzenia, które miało miejsce

przed wejściem w życie tej regulacji. W odwołaniu powołano się także na sprzeczność przywołanego przepisu z prawem wspólnotowym.

W wyroku z dnia 6 czerwca 2012 roku Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła oba odwołania i rozstrzygnęła o kosztach postępowania.

Uzasadnienie tego rozstrzygnięcia składa się z dwóch części, przy czym pierwsza z nich rozprawia się z odwołaniem spółki NDI, a druga - spółki Alpine Bau. Na wstępie uzasadnienia odnotowuje się, że postępowanie, w którym wniesiono odwołania, dotyczy etapu II przebudowy drogi S8 na odcinku węzeł Powązkowska - węzeł Modlińska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że obie spółki zostały wyłączone przez zamawiającego od postępowania z powołaniem się na art. 24 ust. 1 pkt 1a Prawa zamówień publicznych. W przypadku spółki NDI powodem takiej decyzji zamawiającego miało być odstąpienie od umowy, jaka łączyła ją z tą spółką, na budowę fragmentu autostrady A4, do czego miało dojść 9 marca 2011 roku, zaś w przypadku spółki Alpine Bau - fragmentu autostrady A1. Do odstąpienia od tej umowy miało dojść z dniem 29 grudnia 2009 roku.

Spółka Akcyjna NDI działa w konsorcjum z macenońską spółką SB Granit. Także spółka Alpine Bau - jak wynika z uzasadnienia zaskarżonego wyroku - nie realizowała poprzedniego zobowiązania samodzielnie. W obu przypadkach - jak ustala Izba - zamawiającego łączyła z wykonawcami umowa w sprawie zamówienia publicznego, od której zamawiający odstąpił. W obu przypadkach także odstąpienie od umowy miało miejsce w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania, w którym wykluczono wykonawcę, a wartość zamówienia niezrealizowanego na skutek wypowiedzenia umowy znacznie przekraczała 5% wartości umowy.

Analizując skargę wniesioną przez spółkę akcyjną NDI Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W piśmie powiadamiającym wykonawcę o odstąpieniu od umowy zamawiający miał szczegółowo opisać przyczyny wypowiedzenia. Uprawnienie do odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy było określone w umowie (subklauzula 15.2 warunków kontraktu), a w rzeczonym piśmie powołano się na konkretne subklauzule umowy. Chodziło o brak reakcji na wezwania do poprawienia wystosowane do wykonawcy przez inżyniera kontraktu, o oświadczenie wykonawcy o rezygnacji z wykonywania kontraktu według dotychczasowych zasad, o opóźnienia w wykonywaniu prac w stosunku do harmonogramu oraz o niedotrzymywanie ustalonych godzin pracy. Powołując się na postanowienia umowy także wykonawca złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy. Oświadczenie takie miało znaleźć się w piśmie z 23 lutego 2011 roku, z powołaniem się na klauzulę stanowiącą podstawę odstąpienia, o brzmieniu następującym: „Zamawiający nie wykonuje swoich zobowiązań według Kontraktu”. Uzasadniając swoją decyzję wykonawca powołał się na to, że inżynier opóźnia w sposób istotny wydanie rozstrzygnięć, wydał e rozstrzygnięcia nierozsądne i sprzeczne z zasadami sztuki oraz warunkami kontraktu oraz konsekwentnie odmawia wystawienia przejściowych świadectw płatności.

Klauzula, na którą powołał się wykonawca, to klauzula 16.2 kontraktu.

Biorąc pod uwagę podnoszone w piśmiennictwie, a także przez

odwołującego wątpliwości co do prawidłowości implementacji normy wyrażonej w art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza dostrzegła potrzebę uwzględnienia prounijnej wykładni tego przepisu. Jednocześnie, nie mając obowiązku zwrócenia się do ETS z pytaniem prejudycjalnym, nie uwzględniła wniosku odwołującego w tym przedmiocie, odnosząc przy tym, że w innym

składzie Izba z takim pytaniem wystąpiła i został on przyjęty do rozpoznania. Wzorca unijnej wykładni należy - zdaniem Izby - szukać w przepisie art. 45 ust. 2 lit. d „dyrektywy klasycznej”, czyli dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 roku w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi oraz w art. 39 ust. 2 lit. d dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 roku w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniającą dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE. Zgodnie z powołanym przepisem dyrektywy klasycznej z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające.

Zdaniem Izby przepis art. 45 ust. 2 dyrektywy klasycznej ustanawia zamknięty katalog przesłanek wykluczenia wykonawcy, które mogą być przeniesione na grunt prawa krajowego. Oznacza to, że jeśli państwo członkowskie decyduje się na transpozycję podstaw wykluczenia wskazanych w ust. 2 powołanego przepisu, to przyczyny te nie mogą wykraczać poza te ustanowione w przedmiotowym przepisie.

Z uzasadnienia zaskarżonego wyroku wynika, że Krajowa Izba Odwoławcza dopatruje się rozbieżności pomiędzy rzeczonym wzorcem a rozwiązaniem przyjętym w ustawie. Izba zauważa, że art. 24 ust. 1 pkt

la posługuje się terminologią przyjętą w kodeksie cywilnym, odwołując się do kryterium „okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność”. Analizując treść art. 471-743 k.c. oraz zakres takich pojęć, jak „niezachowanie należytej staranności”, „wina umyślna i nieumyślna”, „bezprawność”, autor uzasadnienia dochodzi do przekonania, że polski ustawodawca zdecydował się na rozwiązanie

statuujące obowiązek wykluczenia wykonawcy, z którym zamawiający rozwiązał/odstąpił od umowy, również z powodu okoliczności, które nie są przez wykonawcę zawinione. Tymczasem - jak wywodzi się dalej - w dyrektywie klasycznej mowa jest jedynie o zawinionym działaniu wykonawcy i to nie każdym, ale takim, które stanowi wykroczenie zawodowe o poważnym ciężarze. Jednocześnie Izba zwraca uwagę na fakt, że w drugiej z przywołanych wyżej dyrektyw („dyrektywie obronnej”) jako przykłady poważnego wykroczenia zawodowego podaje się pogwałcenie zobowiązań w zakresie bezpieczeństwa informacji lub bezpieczeństwa dostaw w czasie wcześniejszego zamówienia. Wskazuje to, zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej na to, że ustawodawca unijny poważne wykroczenie zawodowe wiąże z pogwałceniem istotnego elementu zobowiązania.

Zdaniem Izby wynik wykładni przepisu prawa krajowego w zakresie, w jakim wykluczenie wykonawcy jest następstwem zdarzeń niezawinionych przez wykonawcę wykracza poza standard unijny. Z uzasadnienia zaskarżonego wyroku wynika, że Krajowa Izba Odwoławcza uzależnia zastosowanie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy od winy wykonawcy. Nie poprzestaje jednak na tym, bo - jej zdaniem - konieczne jest stwierdzenie w warunkach konkretnego zamówienia braku właściwej realizacji świadczenia, mającego istotne znaczenie z punktu widzenia realizacji zamówienia i zaspokojenia interesu wierzyciela. Ostatecznie jednak Izba dochodzi do przekonania, że wprowadzony na gruncie prawa polskiego wymóg rozwiązania/wypowiedzenia/odstąpienia od umowy i niewykonanie zamówienia w określonej części nie przekracza wzorzec unijny w taki sposób, że byłby z nim niezgodny, „bowiem te dwa elementy nie ograniczają dostępu do zamówienia w sposób szerszy niż wynikałby z unijnego wzorca”.

Te same uwagi w dalszej części uzasadnienia odnosi się także do odwołania spółki Alpine Bau.

Krajowa Izba Odwoławcza doszła do przekonania, że posiada kompetencję do badania przesłanek opisanych w omawianym przepisie. Uzasadniając to stanowisko wskazuje się, że nie jest możliwe zbadanie poprawności wykluczenia wykonawcy z postępowania bez stwierdzenia, że okoliczności, które uzasadniają tę decyzję w istocie wystąpiły, że skoro ustawodawca ustanowił konkretne przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania, a rolą Izby jest, m.in. badanie czynności podjętych przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to nie sposób obronić tezę, iż wystąpienie tych przesłanek znajduje się poza kontrolą Izby, a także, że choć wśród przesłanek wykluczenia znajdują się czynności prawne lub określone kategorie prawa cywilnego, to brak podstaw do twierdzenia, iż ich stwierdzenie znajduje się poza kognicją Izby. Na uzasadnienie tej tezy przyjmuje się inne rozwiązania, w których przyznaje się Izbie kognicję do oceny merytorycznej. Taką kompetencję ma też potwierdzać orzecznictwo Sądu Najwyższego. Za uzasadnieniem zajętego stanowiska ma także

przemawiać to, że postępowanie w sprawie rozpoznawania odwołań nie zna instytucji „zagadnienia wstępnego” i „zawieszenia postępowania”, znanego innym procedurom, zatem nie ma podstaw do twierdzenia, że okoliczności te należało uprzednio poddać rozstrzygnięciu sądów powszechnych.

Podnosi się dalej, że przyjęcie odmiennej koncepcji, iż rola Izby winna ograniczać się jedynie do stwierdzenia faktu odstąpienia od umowy przez zamawiającego, byłoby wyrazem preferencji interesów zamawiającego i „prowadziłoby do pewnej fikcji w postępowaniu”, i wydania rozstrzygnięcia, które z racji wadliwości założeń mogłoby być obarczone błędem.

Kierując się tym założeniem w dalszych rozważaniach Izba analizuje skuteczność odstąpienia przez obie strony od zawartej umowy. Izba zauważa, że strona stosunku zobowiązaniowego nie może go samodzielnie rozwiązać, chyba że ma do tego uprawnienie przyznane przez ustawę lub czynność prawną oraz, że kodeks cywilny zna ustawowe (art. 491-494 k.c.) i umowne (art. 395 k.c.) prawo odstąpienia od zawartej umowy. Z uzasadnienia zaskarżonego wyroku wynika, że podstawą prawną rozwiązania przyjętego w umowie, której rozwiązanie stało się przyczynkiem odmowy dopuszczenia do udziału w przetargu na budowę drogi S8, jest ostatni z przywołanych przepisów. Zdaniem Izby zastrzeżenie to jest nieważne, bo strony nie wskazały terminu, po upływie którego prawo to wygasa, czego domaga się art. 395 k.c. Izba powołuje się przy tym na wypowiedzi doktryny i judykatury w tym przedmiocie, w tym na wypowiedź przedstawiciela nauki prawa, który zwraca uwagę na możliwość "konwersji" nieważnego - z powodu nieoznaczenia terminu - zastrzeżenia prawa odstąpienia na uprawnienie z art. 492 k.c.

Zdaniem Izby zastrzeżenie przez strony umownego prawa odstąpienia nie wpływa na możliwość skorzystania przez nie z ustawowego prawa odstąpienia od umowy. Krajowa Izba Odwoławcza badała zatem, czy oświadczenia stron mogły doprowadzić do unicestwienia umowy na podstawie regulacji ustawowej. W ocenie Izby możliwość zastosowania art. 491 i 492 k.c. w tej konkretnej sprawie budzi wątpliwości, z uwagi na to, że z mocy odesłania zawartego w art. 656 k.c. do odstąpienia od umowy o roboty budowlane znajdują zastosowanie przepisy o umowie o dzieło, a regulacje te mają charakter szczególny wobec ogólnych unormowań dotyczących skutków niewykonania umów wzajemnych, co włącza zastosowanie przepisów ogólnych w zakresie odrębnie unormowanym.

Jednakże - jak wywodzi się dalej - nawet gdyby przyjąć najbardziej korzystne dla odwołującego rozwiązanie, a więc możliwość konwersji i możliwość zastosowania przepisów ogólnych dotyczących umów wzajemnych, to nie zmieni to sytuacji odwołującego. Zdaniem Izby brak jest podstaw do przyjęcia, by zaktualizowały się przesłanki do odstąpienia od umowy przez odwołującego na podstawie art. 491 § 1 k.c. Z samej zresztą treści oświadczenia o odstąpieniu, złożonego przez wykonawcę nie wynika, aby wyznaczył dodatkowy termin do wykonania zobowiązania i odwołująca nie przeprowadziła na tę okoliczność żadnego dowodu.

Jak wywodzi się dalej, nawet gdyby uznać, iż z postanowień

klauzuli 16.2 lit. a, b, c warunków kontraktu wynikało uprawnienie do odstąpienia od umowy na wypadek niewykonania umowy w terminie ściśle oznaczonym (w odniesieniu do świadczenia), a więc istniała podstawa do odstąpienia od umowy przez wykonawcę, które to uprawnienie ma swoje źródło w ustawie i stanowi tzw. lex commissoria (art. 492 k.c.), przy założeniu, że istnieje możliwość zastrzegania lex commissoria również w stosunku do każdego ze świadczeń i że termin ich spełnienia został przez strony ściśle określony, to w przypadku podzielności obu świadczeń wzajemnych zastosowanie znajdzie art. 491 § 2 k.c., pozwalający wierzycielowi odstąpić jedynie od tej części świadczenia, co do której dłużnik wzajemny pozostaje w zwłoce albo co do pozostałej części świadczenia. Stawiając hipotetyczne założenie, że odwołująca miała podstawy do odstąpienia od umowy, Izba doszła do przekonania, że realizacja tego uprawnienia nie mogła dotyczyć całego kontraktu, a jedynie jego części. Zauważa się przy tym, że wykonawca tego wyboru dokonał, wskazując w powiadomieniu o odstąpieniu, iż „mając na uwadze art. 491 § 2 k.c. (...) odstępuje od Kontraktu - tylko co do tej części świadczenia wynikającego z Umowy Nr 1/94/ZR-R-

4/2010 z dnia 05 lutego 2010 r., które miałyby być wykonane pod dniem odstąpienia od umowy (tj. po dniu wejścia w życie przedmiotowego Powiadomienia)”. Z całą pewnością - jak wywodzi się dalej - nie mógł odstąpić od całości umowy. Zdaniem Izby odwołująca nie udźwignęła przy tym ciężaru wykazania, by istniały przesłanki do częściowego odstąpienia od umowy, musiałby bowiem udowodnić, iż okoliczności podane jako powód odstąpienia stanowią brak realizacji po stronie zamawiającego obowiązków wynikających z klauzuli 16.2 lit. a, b, c warunków kontraktu i że powodem braku ich realizacji jest zwłoka zamawiającego. Tymczasem dowody zawnioskowane przez odwołującego nie są wystarczające - jak ocenia Izba - dla wykazania tych okoliczności i dlatego wnioski dowodowe w tym zakresie oddalono. Dowody te były miały być bowiem zgłaszane na okoliczność odstąpienia od umowy na innej podstawie niż ta, która ewentualnie mogłaby wchodzić w rachubę.

W konkluzji stwierdza się, że w takiej sytuacji zamawiającemu przysługiwało prawo do odstąpienia od umowy, a uprawnienie tego rodzaju mogło mieć swoje źródło w treści samej umowy ale może też wynikać z ustawy. W tym miejscu Izba powołuje się na uprawnienia wynikające z przepisów art. 635, 636, 644 k.c., z mocy odesłania przepisu art. 656 k.c., wobec nieważności umownego prawa odstąpienia, dochodząc do przekonania, że zamawiający miał normatywne podstawy do zrealizowania uprawnienia do odstąpienia od umowy. Krajowa Izba Odwoławcza uznała przy tym, że zamawiający odstąpił skutecznie od umowy, a podstawę prawną jego oświadczenia odnalazła w art. 635 k.c. Zwraca się przy tym uwagę na fakt, że przepis ten zadowala się opóźnieniem, nie wymagając zwłoki dłużnika oraz, że nie ma potrzeby wyznaczania dłużnikowi dodatkowego terminu na wykonanie zobowiązania.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej materiał dowodowy zgromadzony w sprawie potwierdza zaktualizowanie się przesłanek do odstąpienia od umowy na podstawie art. 635 k.c. Izba powołuje się przy tym na protokoły z rad budowy, pisma z 6 grudnia 2010 roku i 25 stycznia 2011 roku oraz na wezwania do poprawy z 12 i 25 października 2010 roku. O tym, że opóźnienie wykonawcy w realizacji zamówienia były tak

duże, iż ukończenie robót w umówionym terminie nie było możliwe, świadczyć ma o tym także samo zachowanie wykonawcy. Chodzi przy tym o „przedłużenie terminu wykonania zamówienia w zaktualizowanym harmonogramie robót”. W dalszej części uzasadnienia wskazuje się na konkretne dowody mające uzasadniać wyeksponowaną wyżej tezę. Podnosi się, m. in. że wykonawca nie rozpoczął w terminie niektórych robót, miał kłopoty z dostawą materiałów, na placu budowy było zbyt mało sprzętu, przepracowano za mało roboczogodzin. Wszystko to, zdaniem Izby dawało zamawiającemu podstawy do odstąpienia od umowy na podstawie art. 635 k.c.

Z art. 45 ust. 2 lit d dyrektywy klasycznej ma wynikać, że ciężaru dowodu w postaci wykazania zawinionego poważnego wykroczenia zawodowego ma obciążać zamawiającego. 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. Zdaniem Izby ciężarowi temu zamawiający sprostął, a ewentualny dowód przeciwny nie został przez odwołującego przeprowadzony. Realizacja robót w terminach ustalonych przez strony i zapewnienie personelu, i sprzętu wymaganego przez zamawiającego jest jednym z podstawowych elementów zobowiązania wykonawcy. Stąd - jak wywodzi się dalej - brak realizacji robót w ustalonym czasie, a także brak personelu kluczowego stanowi poważne wykroczenie zawodowe.

Jak wywodzi się dalej, „brak właściwej mobilizacji po stronie wykonawcy generuje ogromne problemy i od początku stanowi zagrożenie dla realizacji kontraktu. Zdecydowanie więc należy się przeciwstawić takim praktykom, że w ofercie wykonawcy deklarują to, czego oczekuje zamawiający, tylko po to, aby uzyskać zamówienie, podczas gdy, jak wynika z doświadczenia życiowego, nie są w stanie sprostać tym obowiązkom. Wykonawcy częstokroć wykorzystują sytuację wiedząc, że dla zamawiającego odstąpienie od umowy stanowi ostateczność, bo generuje to kolejne, niebagatelne problemy. Wymaga to bowiem przeprowadzenia inwentaryzacji budowy, kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia a z tym się wiążą ogromne koszty i czas. Stąd też należy bezwzględnie eliminować tego rodzaju patologię szerzącą się w realizacji robót budowlanych, a narzędzie ku temu stworzone, wydaje się być pomocne dla realizacji tego celu.”

W niezwykle obszernym wywodzie prawniczym, odwołującym się do treści art. 3 k.c. i przepisów konstytucyjnych, a także do orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, Krajowa Izba Odwoławcza dochodzi do przekonania, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a ma zastosowanie także do oceny sytuacji odwołującego i nie oznacza to, by prawo działało wstecz. Izba odróżnia przy tym retroaktywność od retrospektywności, oceniając, że w tej sytuacji mamy do czynienia jedynie z retrospektywnym działaniem prawa, a nie z retroakcją. Zresztą, zdaniem Izby „retroaktywność prawa, wynikająca z ustawy jest wprost dozwolona w świetle przepisu art. 3 k.c. i niejednokrotnie była przez ustawodawcę wykorzystywana”. Zauważa się też, że zasada *lex retro non agit* nie została nigdy podniesiona do rangi zasady konstytucyjnej. W dalszej części uzasadnienia, dotyczącej spółki Alpine Bau, autor uzasadnienia odwołuje się do tych rozważań. W ocenie Izby „skuteczne zakwestionowanie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp może nastąpić jedynie w wyniku kontroli Trybunału Konstytucyjnego, natomiast brak

takich podstaw dla organu stosującego prawo”.

Powołując się na art. 188 pkt 3 Konstytucji Krajowa Izba Odwoławcza doszła do przekonania, że badanie zgodności spornego przepisu z normami konstytucyjnymi pozostaje poza jej kognicją i może orzec o tym jedynie Trybunał Konstytucyjny.

W konkluzji Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że nie znalazło potwierdzenia stanowisko odwołującego, by wykonawca odstąpił od umowy (w całości), a powyższe twierdzenie było istotą sformułowanego przez niego zarzutu. Jednocześnie - jak wywodzi się dalej - „nawet gdyby hipotetycznie przyjąć, iż odwołujący odstąpił od umowy (czego odwołujący nie wykazał), to realizacja przedmiotowego uprawnienia przysługiwałaby mu jedynie co do części umowy, biorąc pod uwagę podzielność świadczenia z umowy o roboty budowlane”, co ma oznaczać, że „zamawiający mógł odstąpić od umowy, zaś skuteczności przedmiotowego odstąpienia, jak i braku właściwej mobilizacji sprzętu i personelu wykonawcy w ogóle nie kwestionował”. Wobec wykazania przez zamawiającego okoliczności zakwalifikowanych przez Izbę jako ciężkie wykroczenie zawodowe i zawinionych przez odwołującego, przy jednoczesnym braku dowodu przeciwnego, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zaktualizowały się przesłanki do wykluczenia odwołującego z postępowania.

Analizując skargę wniesioną przez spółkę Alpine Bau Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Z ustaleń poczynionych w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku wynika, że zamawiającego i spółkę Alpin Bau łączyła umowa odcinka autostrady Al. Pismem z 15 grudnia 2009 roku zamawiający miał powiadomić wykonawcę o odstąpieniu od umowy z dniem 29 grudnia 2009 roku. Podstawą odstąpienia od kontraktu miał być brak reakcji

wykonawcy na wezwanie do poprawienia. Zamawiający, powołując się na tę podstawę, wskazał konkretne przepisy umowy łączącej strony, bliżej uzasadniając swoje stanowisko. Z pisma zamawiającego, na które powołuje się Izba wynika, że chodzi o opóźnienia w wykonywaniu prac, niewłaściwą mobilizację wykonawcy, wyrażającą się w niedostatecznej liczbie personelu i sprzętu na placu budowy. W piśmie tym podnosi się także, że wykonawca od początku realizacji kontraktu nie wykazywał należytego i profesjonalnego zaangażowania umożliwiającego sprawną realizację robót, że realizacja kontraktu prowadzona była niezgodnie z harmonogramem oraz dalszymi jego aktualizacjami oraz, że zagrożona była prawidłowa i terminowa realizacja kontraktu. Wykonawca miał też nie przestrzegać czasu pracy w godzinach od 6.00 do 22.00. Okoliczności te ma potwierdzać korespondencja między stronami oraz protokoły z rad budowy. Wykonawca miał też „w sposób otwarty” okazywać „zamiar niekontynuowania swoich zobowiązań według Kontraktu”.

W dalszej części uzasadnienia zaskarżonego wyroku ustala się, że pismem z 15 grudnia 2009 roku, adresowanym, m.in. do Dyrektora Alpine Bau GmbH, GDDKiA powiadomiła (z 14-dniowym wyprzedzeniem), iż na podstawie subklauzuli 15,2 a, b, c, z dniem 29 grudnia 2009 roku odstępuje od przywołanego kontraktu z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, szczególnie uzasadniając powody odstąpienia. Z kolei pismem z dnia 18 grudnia 2009 roku przedstawiciele

wykonawcy poinformowali, iż odstępują od umowy z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Do przyczyn tych zaliczono brak „dostarczenia wolnego od wad i zdatnego do wykonania prac budowlanych projektu budowlanego dla mostu MA 532 oraz do zawarcia aneksu do wyżej wskazanej umowy, który regulować będzie zmiany w dokumentacji budowlanej i związane z tym skutki”, brak współdziałania zamawiającego

w wykonaniu umowy oraz rażące naruszenie warunków umowy poprzez podjęcie przez zamawiającego bezzasadnej próby odstąpienia od umowy.

Powołując się na uzasadnienie projektu ustawy, która wprowadziła do Prawa zamówień publicznych art. 24 ust. 1 pkt 1a oraz na poglądy doktryny, Krajowa Izba Odwoławcza doszła do przekonania, że literalna wykładnia tego przepisu nie daje zadowalających rezultatów z punktu widzenia celów, jakie przepis ten ma realizować. Posługując się wykładnią celowościową, która w tym przypadku może mieć - w ocenie Izby - pierwszeństwo przed wykładnią literalną, autor uzasadnienia zaskarżonego wyroku dochodzi do przekonania, że z udziału w postępowaniu należy wykluczyć wykonawcę, który doprowadził, z powodu okoliczności przez siebie zawinionych, do rozwiązania, odstąpienia albo wypowiedzenia umowy o udzielenie zamówienia publicznego. „Rozstrzygającą przesłanką do ustalenia wykonawcy, podlegającego wykluczeniu nie jest ustalenie, który z wykonawców był adresatem oświadczenia o rozwiązaniu, odstąpieniu albo wypowiedzeniu umowy w poprzednim postępowaniu, zważywszy na dokonane po stronie wykonawcy przekształcenia podmiotowe i czy jest to ten sam podmiot, którym złożył ofertę lub wniosek w kolejnym postępowaniu, ale ustalenie, iż wykonawca, który ubiega się o zamówienie był również wykonawcą innego zamówienia, jednakże nie zrealizował tego zamówienia, bowiem doszło do rozwiązania, odstąpienia albo wypowiedzenia umowy”.

Nadto, w opinii Izby, „wykładnia przepisu nie może prowadzić do takich rezultatów, tj. odkodowania normy prawnej, której obejście umożliwia zastosowanie najprostszych rozwiązań prawnych, takt sposób wykładni przeczyłby bowiem celowości wprowadzenia spornego przepisu i stanowiłby przyzwolenie na wypaczenie treści przepisu, który nie jest w orzecznictwie akceptowany.” Dlatego, zdaniem Krajowej Izby

Odwoławczej przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a ma zastosowanie także do odwołującego.

Oceniając prawo do odstąpienia od umowy, Izba podzieliła pogląd odwołującego co do nieważności zastrzeżenia w umowie umownego prawa odstąpienia, z tych samych przyczyn, na które powołano się w odniesieniu do umowy ze spółką NDI. W ocenie Izby to zamawiający skutecznie odstąpił od umowy. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej powiadomienie o odstąpieniu z 15 grudnia 2009 roku zawiera w sobie również oświadczenie o odstąpieniu. Nadto - jak wywodzi się dalej - 29 grudnia 2009 roku zamawiający złożył oświadczenie o odstąpieniu.

Izba uznała przy tym, że dyrektor Oddziału GDDKIA w Katowicach był umocowany do złożenia takiego oświadczenia, co ma wynikać z art. 18a ust. 5 ustawy o drogach publicznych oraz z pełnomocnictwa udzielonego dyrektorowi oddziału.

Zdaniem Izby świadczenie z umowy o roboty budowlane jest podzielne. Podnosi się przy tym, że w opisywanym przypadku do obowiązków wykonawcy należało wybudowanie szeregu obiektów, składających się na odcinek płatnej autostrady. Wykonawca miał wykonać szereg mostów, wzmocnień, wałów, odcinków dróg, zjazdów, a każdy z tych fragmentów autostrady miał być realizowany w oparciu o odrębny (w sensie fizycznym i logicznym) projekt (sam postęp prac był podzielony również na odrębne sekcje). W sytuacji, gdy świadczenia obu stron umowy są podzielne, to odstąpienie od umowy ulega ograniczeniu do tej części świadczenia, z którą dłużnik jest w zwłoce, albo do całej reszty niespełnionego jeszcze świadczenia. Strona może także odstąpić od umowy w całości, jeżeli wykonanie częściowe nie miałoby dla niej znaczenia ze względu na właściwość zobowiązania albo ze względu na zamierzony przez nią cel umowy, wiadomy stronie będącej w zwłoce. W ocenie Izby iż nawet gdyby przyjąć, że projekt budowlany, obejmujący

obiekt MA 532 był wadliwy, to biorąc pod uwagę powód odstąpienia (niedostarczenie niewadliwego projektu budowlanego), wykonawca był uprawniony do odstąpienia od umowy jedynie w części dotyczącej mostu MA 532, niezależnie od tego, czy podstawę normatywną odstąpienia stanowiłby art. 491 czy też art. 492 k.c. Izba stawia zresztą pod znakiem zapytania możliwość zastosowania tych przepisów, z tych samych przyczyn, co w stosunku do spółki NDI.

Jednocześnie w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku wprost przesądza się, że wykonawca nie miał podstaw do odstąpienia od umowy, demaskując brak możliwości przypisania zamawiającemu winy w niedostarczeniu niewadliwego projektu (przy przyjęciu założenia jego wadliwości). Zamawiający - jak wywodzi się dalej - samodzielnie nie dysponuje odpowiednią wiedzą, aby zweryfikować skomplikowane projekty budowlane obejmujące unikatowe w skali kraju rozwiązania dotyczące budowy mostów. Wykonawca miał zdawać sobie sprawę, że wykonanie przekazanych mu projektów (w tym projektu mostu MA 532) zostało powierzone przez inwestora biurowi projektowemu Complex Projekt. Po wezwaniu z dnia 29 września 2009 roku, w którym Alpine Bau żądała od zamawiającego przedłożenia poprawionego projektu budowlanego, dotyczącego tego obiektu zamawiający nie był w stanie samodzielnie ani zweryfikować zarzutów stawianych przez wykonawcę, ani tym bardziej wprowadzić jakiegokolwiek zmiany do spornego projektu. Musiał więc w tym przedmiocie zwrócić się do autora projektu, co uczynił. Tymczasem - jak wywodzi się dalej - autor projektu odrzucił wszystkie zarzuty stawiane przez Alpine Bau, przedstawiając uzasadnienie oparte na stosownych badaniach i wyliczeniach. Autor

uzasadnienia zaskarżonego wyroku odnotowuje także, że zamawiający nie poprzestał na tych staraniach i wobec zarzutów wykonawcy podjął dalsze kroki, zwracając się pisemnie do Związku Mostowców RP o analizę

spornej dokumentacji. Będąc jednak statio fisci Skarbu Państwa, działając w oparciu o przepisy regulujące dyscyplinę finansów publicznych, nie mógł bezzwłocznie zwrócić się do dowolnego podmiotu celem wykonania kosztownej ekspertyzy. Dopiero pismem z 19 listopada 2009 roku Związek Mostowców RP poinformował GDDKiA o odmowie sporządzenia stosownej opinii. Do dnia złożenia przez Alpine Bau oświadczenia o odstąpieniu od umowy zamawiający nie zdołał zweryfikować poprawności spornego projektu. Nadto, w ocenie Izby,

termin na przygotowanie niewadliwego projektu nie był realny, gdyż w wezwaniu w sposób bardzo enigmatyczny opisano rzekome wady, a zarzuty, jakie podnosił wykonawca były jedynie hipotezami, niepopartymi szczegółowymi wyliczeniami. Dlatego projektant miał nie mieć możliwości się do nich odnieść ani ich zweryfikować. Okoliczność tę ma potwierdzać zorganizowane przez GDDKiA spotkanie pomiędzy autorami opinii sporządzonych na zlecenie Alpine Bau z autorem projektu. Jak ocenia Izba, wymowa tego spotkania wskazywała, iż projektant odniósł się do wszystkich wątpliwości stawianych przez ekspertów Alpine Bau, a ci ostatni poza stawianiem jedynie pewnych hipotez nie wykazali jakichkolwiek uchybień spornego projektu. Zdaniem Izby pozostałe przyczyny odstąpienia, wskazane przez wykonawcę, nie mogą w świetle art. 491 § 1 k.c. stanowić podstaw do odstąpienia od umowy, nie mieszcząc się w zakresie pojęcia „zwłoki w wykonaniu zobowiązania z umowy wzajemnej”.

Analizując protokoły posiedzeń Rady Budowy oraz ze spotkań

zamawiającego z przedstawicielami wykonawcy Krajowa Izba Odwoławcza doszła do przekonania, że zamawiający miał podstawy do odstąpienia od umowy na podstawie art. 635 k.c. Zaznacza się przy tym, podobnie jak w przypadku spółki NDI, że okoliczności stanowiące podstawę wypowiedzenia umowy nie musiały być przez wykonawcę

zawinione oraz, że zamawiający nie musiał wyznaczać dodatkowego terminu, a także, że wystarczająca jest jedna tylko przyczyna odstąpienia. Izba oceniła przy tym, przez pryzmat art. 45 ust. 2 d dyrektywy klasycznej, że realizacja robót zgodnie ze specyfikacją techniczną w terminach ustalonych przez strony i zapewnienie personelu oraz sprzętu wymaganego przez zamawiającego, jest jednym z podstawowych elementów zobowiązania wykonawcy. Stąd brak realizacji robót w wyznaczonym czasie (od poniedziałku do soboty w godzinach 6.00-22.00), a także brak personelu kluczowego, niestabilność tego personelu (ciągłe zmiany), brak wymaganych uprawnień, nieprzygotowywanie się przez wykonawcę do Rad Budowy, nieudzielanie informacji na temat planowanych robót, realizacja robót w „ukryciu”, w celu uniemożliwienia nadzoru, jak również fakt, iż wiele z tych uchybień wykonawca potwierdził podczas Rad Budowy, należy kwalifikować jako zawinione poważne wykroczenie zawodowe.

O kosztach postępowania Krajowa Izba Odwoławcza orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

Wyrok ten został zaskarżony przez obie odwołujące w częściach je obejmujących.

W swojej skardze spółka NDI zarzuciła Krajowej Izbie Odwoławczej obrazę prawa materialnego, a mianowicie art. 24 ust. 1 pkt 1a Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 45 ust. 2d dyrektywy Nr 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 roku w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi poprzez jego błędną wykładnię

polegającą na uznaniu, że odstąpienie przez zamawiającego od umowy z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność jest tożsame z poważnym zawinionym wykroczeniem zawodowym i wyczerpuje w związku z tym hipotezę normy zawartej w art. 24 ust. 1 pkt 1 a ustawy. „Z ostrożności procesowej” autor skargi podnosi dodatkowo zarzuty obrazy przepisów postępowania, a mianowicie art. 172 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 251 k.p.c. poprzez ich niezastosowanie i rozpoznanie sprawy w zakresie poddanym przez strony rozstrzygnięciu sądu powszechnego oraz w zakresie objętym zawisłym już postępowaniem przed Sądem Okręgowym w Warszawie w sprawie z powództwa NDI SA przeciwko Skarbowi Państwa - Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad oraz art. 190 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego, w szczególności pominięcie dowodów powołanych przez skarżącego na okoliczność bezzasadności odstąpienia zamawiającego i skuteczności odstąpienia wykonawcy, i przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów, polegające na poczynieniu ustaleń faktycznych przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia sprzecznie z zasadami logiki i wiedzy fachowej. Skarga powołuje się też

na zarzuty obrazy prawa materialnego, a dokładnie art. 395 w zw. z art. 492 zd. 2 k.c. poprzez ich błędną wykładnię i przyjęcie, że zastrzeżenie umownego prawa odstąpienia zawarte w klauzulach 15.2 oraz 16.2 Warunków Kontraktu z dnia 5 lutego 2010 roku było nieważne, względnie art. 491 oraz 492 k.c. poprzez ich niezastosowanie i przyjęcie, że wykonawca nie miał podstaw do odstąpienia od kontraktu na podstawie żadnego z tych przepisów. Autor skargi wnosi przy tym o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uwzględnienie odwołania i unieważnienie czynności wykluczenia skarżącego z postępowania, tj. uznanie, że w stosunku do skarżącego nie zachodzi podstawa

do wykluczenia przewidziana w art. 24 ust. 1 pkt 1a Prawa zamówień publicznych. Wnosi także o zasądzenie od zamawiającego na swoją rzecz kosztów postępowania.

W swojej skardze spółka Alpine Bau zarzuca Krajowej Izbie Odwoławczej naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy - Prawo zamówień publicznych poprzez jego niewłaściwe zastosowanie do skarżącego, mimo, że ten jest odrębnym podmiotem od podmiotu, w stosunku, do którego przeciwnik złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy z winy wykonawcy, na które się powołał dokonując wykluczenia, naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 1a Prawa zamówień publicznych w związku z art. 3 k.c. poprzez zastosowanie sankcji z tego pierwszego przepisu w odniesieniu do zdarzeń, które miały miejsce przed jego wejściem w życie, naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy w związku z 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 z dnia 31 marca 2004

roku poprzez przyjęcie, że ewentualne nienależyte wykonywanie umowy stanowi zawinione poważne wykroczenie zawodowe w rozumieniu art. 45 ust. 2 lit. d) dyrektywy, naruszenie art. 379 k.c. i art. 491 k.c. w związku z art. 144 Prawa zamówień publicznych poprzez przyjęcie, że świadczenie wykonawcy objęte umową miało charakter podzielny, naruszenie art. 491 § 1 k.c. oraz art. 354 § 2 i 647 k.c. w związku z art. 139 Prawa zamówień publicznych, poprzez przyjęcie, iż inwestor, który nie dostarcza

niewadliwej dokumentacji projektowej koniecznej do wykonania robót nie ponosi winy i w konsekwencji nie ponosi odpowiedzialności z tytułu zwłoki, naruszenie art. 1 oraz art. 2 § 1 k.p.c. oraz art. 172 i 180 ustawy - Prawo zamówień publicznych poprzez ich niezastosowanie i w konsekwencji rozstrzygnięcie sprawy cywilnej przez organ do tego niepowołany, naruszenie art. 190 ust. 7 tej ostatniej ustawy poprzez

naruszenie obowiązku wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego i w konsekwencji sprzeczność istotnych ustaleń faktycznych ze zgromadzonym materiałem dowodowym wyrażającą się w przyjęciu, że przeciwnik skutecznie odstąpił od umowy, z pominięciem wszelkich okoliczności i dowodów zgłoszonych przez skarżącego poprzez nieuwzględnienie okoliczności, że przeciwnik nie współdziałał przy wykonaniu umowy zawartej z Alpine Bau A - 1 sp. j., nie wykonał swoich obowiązków wynikających z art. 647 k.c., a nadto pominięcie okoliczności, że przeciwnik w dniu 15 grudnia 2009 roku złożył jedynie oświadczenie o zamiarze odstąpienia od umowy, oraz przyjęcie, że przeciwnik złożył w dniu 29 grudnia 2009 roku oświadczenie o odstąpieniu od umowy, naruszenie art. 191 ust. 1 tej samej ustawy poprzez zamknięcie rozprawy pomimo braku przeprowadzenia dowodów wnioskowanych przez skarżącego, naruszenie § 27 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań poprzez jego niezastosowanie i brak odroczenia rozprawy z ważnych przyczyn, naruszenie art. 1183 k.p.c. w związku z art. 185 ust. 7 Prawa zamówień publicznych poprzez naruszenie obowiązku równoprawnego traktowania stron postępowania, naruszenie 196 ust. 4 tej samej ustawy poprzez brak wskazania w uzasadnieniu wyroku przyczyn, dla których określonym dowodom Izba odmówiła wiarygodności i mocy dowodowej. Wniósł przy tym o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uwzględnienie odwołania i nakazanie przeciwnikowi unieważnienia czynności polegającej na

wykluczeniu skarżącego z udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz powtórzenie czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z uwzględnieniem wniosku złożonego przez przeciwnika. Zażądał też zasądzenia kosztów postępowania od przeciwnika.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Obie skargi muszą wywrzeć zamierzony skutek prawny, choć nie wszystkie podniesione w nich zarzuty są zasadne.

W szczególności, nie mają racji skarżące twierdząc, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, Nr 113, poz. 759, ze zm.) może mieć zastosowanie jedynie do oceny stanów faktycznych zaistniałych po dacie jego wejścia w życie. Prawidłowo Krajowa Izba Odwoławcza działanie tego przepisu ocenia jako retrospektywne, a nie retroakcyjne. Przepis ten, wbrew wywodom obu skarżących, nie działa wstecz.

Ze wstecznym działaniem prawa na obszarze stosunków cywilnoprawnych mamy do czynienia wówczas, gdy jakaś norma prawna

kształtuje istniejące już stosunki prawne. Omawiana norma prawna ogranicza się wyłącznie do oceny zdarzeń, które już miały miejsce, czyniąc je częścią swej hipotezy. Taki zabieg legislacyjny nie jest zakazany, a w tym przypadku nie powinien budzić sprzeciwu. Niejednokrotnie jest tak, że treścią hipotezy normy prawnej czyni się zdarzenia historyczne, które wyznaczają zakres zastosowania nowej regulacji. Taki sposób normowania na obszarze prawa prywatnego nie jest ani niczym nadzwyczajnym, ani zakazanym.

Poza tym - jak się od dawna przyjmuje w nauce prawa - sąd powszechny (co ma odpowiednie zastosowanie do Krajowej Izby Odwoławczej) nie ma kompetencji do weryfikowania zgodności przepisów ustaw zwykłych z normami konstytucyjnymi i nie może odmówić ich zastosowania powołując się na niespójność w tej płaszczyźnie. Do kontroli takiej powołany jest Trybunał Konstytucyjny.

Jednocześnie, ustawodawca nie wprowadził żadnej normy intertemporalnej, która uprawniałaby sąd do odmowy stosowania omawianej regulacji do zdarzeń, które miały miejsce przed jej wejściem w życie. Nie ma również żadnych podstaw do skonstruowania w oparciu o treść przepisów ustawy nowelizującej metanormy takiej treści, bo nic nie wskazuje na to, by ustawodawca zamierzał ograniczyć zastosowanie rzeczonoego przepisu jedynie do stanów rzeczy zaistniałych po dniu jego wejścia w życie.

Całkowicie bezzasadny jest powtarzany w obu skargach zarzut naruszenia art. 172 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 251 k.p.c. Wbrew wywodom skarżących, Krajowa Izba Odwoławcza, a potem Sąd Okręgowy rozpoznający skargę od jej wyroku, mają kompetencję do oceny merytorycznej okoliczności istotnych z punktu widzenia hipotezy art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy. Przed oceną taką uciec się nie da. Przecież nawet ustalenie pierwszeństwa przy odstąpieniu od umowy z punktu widzenia możliwości zastosowania omawianego przepisu już jest oceną merytoryczną. Nie ma natomiast żadnych podstaw normatywnych, by badanie materiału dowodowego zakończyć na tym etapie ustaleń faktycznych.

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

Odpowiedź na wątpliwości skarżących tkwi w pojęciu podstawy sporu, o którym mowa w przywołanym przepisie. Chodzi w nim bynajmniej nie o oceniane przez organy stosujące prawo okoliczności faktyczne, ale o rodzaj roszczenia oddanego pod osąd. Z uwagi na to, że w postępowaniu niniejszym kontroli podlega prawidłowość decyzji podjętych przez zamawiającego w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego, orzeczenie wydane w takiej sprawie wiąże sąd tylko

w zakresie tego, czy konkretna czynność zamawiającego była prawidłowa, czy nie. Sąd powszechny nie jest natomiast związany oceną stanu faktycznego, która legła u podstaw takiego rozstrzygnięcia. Rozbieżność ocenna nie jest wprawdzie zjawiskiem pożądanym, ale nieuniknionym, tym bardziej, że postępowanie inicjowane odwołaniem do Krajowej Izby Odwoławczej - mając charakter ekspresowy - siłą rzeczy może nie ujawnić wszystkich istotnych okoliczności sprawy, co jednak nie usprawiedliwia tezy, w świetle której Izba ma być zwolniona od takiej oceny.

W tej sytuacji brak było podstaw do oczekiwania na wyniki postępowania w sprawie o ustalenie toczącej się przed tutejszym sądem, tym bardziej, że - co zostanie wyjaśnione poniżej - przedmiotem oceny w sprawie niniejszej nie jest jedynie fakt skutecznego odstąpienia od umowy. Dlatego sąd wnioski skarżących o zawieszenie postępowania do czasu zakończenia tej sprawy (czyli *ad kalendas graecas*) oddalił.

Na pełną aprobatę zasługuje natomiast pierwszy z zarzutów wyeksponowanych z skardze spółki Alpine Bau. Słusznie bowiem zauważa skarżąca, że rozwiązanie przyjęte w art. 24 ust. 1 pkt 1a Prawa zamówień publicznych ma charakter wyjątkowy i - jako takie - nie podlega wykładni rozszerzającej, zgodnie z zasadą *exceptiones non sunt extendendae*. O ile można podzielić pogląd Izby, że zasada *interpretatio cessat in Claro* nie ma charakteru absolutnego, o tyle rozciąganie hipotezy

normy wyjątkowej na podmioty, których ten wyjątek *expressis verbis* nie przewiduje, jest niedopuszczalne. Odmienne zapatrywanie urąga elementarnym zasadom wykładni tekstów prawnych.

Nie można przy tym wykluczyć, że rozwiązanie przyjęte w omawianym przepisie nie jest optymalne, a diagnoza Izby na temat obchodzenia skutków tego reżimu całkiem realna. Nie uprawnia to jednak do poszukiwania w przyjętym rozwiązaniu legislacyjnym treści, której w nim nie ma. Nie można też nie zauważyć, że w tym konkretnym przypadku obawa ta nie może być trafna, skoro ocenia się przekształcenia podmiotowe, do których doszło, zanim omawiany przepis stał się obowiązującym prawem. Trudno zatem zakładać, że strona skarżąca podjęła działania polegające na zmianie formy prawnej w celu uniknięcia zastosowania w stosunku do niej reżimu z przywołanego na wstępie przepisu.

To, że mechanizm z art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy - Prawo zamówień publicznych ma charakter wyjątkowy, nie powinno być przedmiotem żadnych kontrowersji, skoro skutkiem zastosowania tego przepisu jest wykluczenie z powszechnie dostępnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podmiotów, które nie spełniają oczekiwań ustawodawcy. Przepis ten stanowi zatem wyjątek od zasady powszechnej dostępności w procedurze zamówień publicznych, wyrastającej z zasad swobody działalności gospodarczej i równości wobec prawa.

Skoro spółka Alpine Bau nie należy do kręgu podmiotów wymienionych w omawianym przepisie, bo umowę o zamówienie publiczne wypowiedziano spółce jawnej działającej pod firmą Alpine Bau GmbH A-l, której skarżąca była jedynie jednym ze współników, reżim wykluczenia na tej podstawie prawnej nie może mieć do niej zastosowania, co implikuje konieczność zmiany zaskarżonego wyroku

i unieważnienie czynności wykluczającej ją z udziału w przetargu.

Z tego powodu Sąd Okręgowy czuje się zwolniony z konieczności oceny pozostałych zarzutów skargi spółki Alpine Bau. Tym niemniej, część z nich pokrywa się z zarzutami podniesionymi w skardze spółki NDI i z tej racji będzie przedmiotem analizy sądu.

Rozpoznając odwołanie Spółki Akcyjnej działającej pod firmą NDI z siedzibą w Sopocie Krajowa Izba Odwoławcza także naruszyła art. 24 ust. 1 pkt 1a Prawa zamówień publicznych. Rację ma skarżąca, że przy wykładni tego przepisu uwzględniać trzeba treść dyrektywy stanowiącej źródło tej regulacji, czyli art. 45 ust. 2 lit. d „dyrektywy klasycznej”, to jest dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 roku w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi. Zgodnie z przywołanym przepisem - w wersji tłumaczonej na język polski - „z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające.” Warto przy tym odnotować, że tłumaczenie to nie jest doskonałe. W oryginalnych językach dekretowych mowa jest raczej o poważnym uchybieniu w materii profesjonalnej, a więc w gruncie rzeczy o błędzie będącym dowodem braku profesjonalizmu (w języku francuskim kwalifikuje się owo uchybienie jako *une faute grave en matiere professionnelle*).

Niezgodność między treścią dyrektywy a przepisem prawa polskiego jest widoczna *prima facie*. Zresztą na niespójność tę, jak też na konieczność „prounijnej wykładni” art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy, zwraca się uwagę w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Refleksja ta nie znajduje jednak odzwierciedlenia w wynikach wykładni dokonanej przez Krajową Izbę Odwoławczą. Rację mają skarżące, że ostatecznie Izba kieruje się literalnym brzmieniem przepisu prawa polskiego.

Rzeczona „wykładnia prounijna” nie zwalnia sądu z obowiązku przestrzegania prawa polskiego. Zgodnie z treścią art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy - Prawo zamówień publicznych z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, z którymi dany zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego, z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy. Jedynie w okolicznościach opisanych w hipotezie tego przepisu (nie licząc innych podstaw wykluczenia, na podstawie innych przepisów) możliwe jest zastosowanie wskazanej na wstępie sankcji. Jednocześnie, żaden z wyliczonych tu warunków nie może być zignorowany. Wynika to z ogólnych reguł wykładni prawa, w świetle których żadne słowo używane przez ustawodawcę nie może zostać uznane za zbyteczne. Wykładnia uwzględniająca brzmienie dyrektywy nie może zatem przekreślić żadnej z kondycji przewidzianych w prawie krajowym. Może natomiast prowadzić do rozszerzającej lub zawężającej wykładni

warunków ustawowych.

Wykładnia rozszerzającą jest w tym przypadku - z wyłączonego

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

Słusznie przy tym Krajowa Izba Odwoławcza treści pojęć „rozwiązał”, „wypowiedział”, „odstąpił” poszukuje w przepisach prawa zobowiązań. To samo dotyczy „okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność”. W ten sposób ustawodawca polski, implementując dyrektywę, w sposób oczywisty nawiązuje do funkcjonujących od dawna rozwiązań systemowych, próbując wtłoczyć nowy mechanizm w istniejące ramy prawne.

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

Odpowiedź na to pytanie nie jest skomplikowana, bo na rozbieżność pomiędzy treścią dyrektywy a polską regulacją zwracano już wielokrotnie uwagę w doktrynie i orzecznictwie, czego wyrazem są na pewno wątpliwości powzięte przez Krajową Izbę Odwoławczą, która w innym składzie zwróciła się z pytaniem prawnym do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości o zbadanie zgodności art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy z przepisem dyrektywy. Z takim żądaniem występowały też skarżące, lecz jego realizacja była zbyt późna, bo zdaniem Sądu Okręgowego istnieje możliwość uzgodnienia treści omawianego przepisu z prawem unijnym.

Realizując wskazane wyżej założenia przyjąć należy, że okoliczności stanowiące przyczynę rozwiązania lub wypowiedzenia umowy albo odstąpienia od niej, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca, nie mogą polegać na każdym 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 nawet się nie powoływał.

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

W świetle art. 45 ust. 2d dyrektywy 2004/18/WE z dnia 31 marca

2004 roku brak rzetelności kontrahenta jest obojętny przy ocenie przyczyn ustania poprzedniego stosunku prawnego łączącego strony. Jest to zrozumiałe, bo kondycja ta winna być przedmiotem oceny na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej. Wybór taki, w zamyśle ustawodawcy unijnego, powinien uwzględniać wszystkie okoliczności mające znaczenie przy realizacji konkretnego zamówienia, w tym także rękojmię, jaką daje konkretny wykonawca. Przedwstępne wykluczenie niektórych kontrahentów, na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy, jest - jak już awizowano - rozwiązaniem wyjątkowym i podlega ścisłej wykładni.

Co więcej, jak wynika z dyrektywy, wykroczenie musi być zawinione. Art. 24 ust. 1 pkt 1a należy więc wyklądać zawężająco i ma on zastosowanie jedynie do sytuacji, w których wypowiedziano (rozwiązano, odstąpiono od) umowę z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, w sytuacji, gdy można stwierdzić winę wykonawcy w naruszeniu, które klasyfikować można jako uchybienie zasadom profesjonalizmu, a do tego naruszenie to musi być poważne. Ten

ostatni element został przez ustawodawcę uwzględniony w prawie polskim, skoro chodzi jedynie o naruszenie, które pozwala na unicestwienie istniejącego węzła prawnego.

Z tych wszystkich powodów, nie dostrzegając okoliczności pozwalających na zastosowanie w stosunku do spółki NDI przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a Prawa zamówień publicznych, również w odniesieniu do tego podmiotu zaskarżony wyrok należało zmienić, zgodnie z treścią wniosku zawartego w skardze. W tej sytuacji Sąd Okręgowy czuje się zwolniony od oceny pozostałych zarzutów podniesionych w skardze. Bez znaczenia w szczególności jest to, kto i dlaczego pierwszy odstąpił od umowy.

O kosztach za postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą należało orzec na podstawie art. 192 pkt 10 Prawa zamówień publicznych. O kosztach postępowania przed Sądem Okręgowym orzeczono zaś na podstawie art. 198fust. 5 tej samej ustawy.

Z tych wszystkich powodów na podstawie 198f ust. 2 zd. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych orzeczono, jak na wstępie.