

Sygn. akt: KIO 1875/11

WYROK
z dnia 14 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki
Marzena Teresa Ordysińska
Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 września 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 sierpnia 2011 r. przez wykonawcę Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o., ul. Łżecka 24, 02-135 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Szpital Uniwersytecki w Krakowie, ul. Kopernika 36, 31-501 Kraków

orzeka:

1. Oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o. w Warszawie i :
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o., tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

W odwołaniu wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 sierpnia 2011 r. przez wykonawcę Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Szpital Uniwersytecki w Krakowie w przedmiocie zamówienia publicznego na dostawę materiałów neurochirurgicznych zarzucono zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych (ustawy pzp) polegające na niezachowaniu obowiązku równego traktowania wykonawców i prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz wykluczeniu wykonawcy – odwołującego z postępowania.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia go z postępowania oraz dokonanie powtórnej czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Uzasadniając zarzuty i wnioski odwołujący wskazał, że został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy pzp, a zamawiający jako podstawę faktyczną tej czynności wskazał fakt rozwiązania z wykonawcą umowy w sprawie zamówienia publicznego (nr postępowania ZP-ML-271-186/2010) z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność.

W pierwszej kolejności odwołujący podkreślił, że wskazana przesłanka wykluczenia nie ma zastosowania w przedmiotowej sprawie. Stwierdził, że ustawa z 25 lutego 2011 r. o zmianie ustawy pzp weszła w życie 11 maja 2011 r., a zgodnie z art. 2 tej noweli ustawy do postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed wejściem ustawy w życie stosuje się przepisy dotychczasowe, zatem również skutki rozwiązania umowy przez zamawiającego w sytuacji opisanej w art. 24 ust. 1 pkt 1a powinny być oceniane wg przepisów dotychczasowych, zwłaszcza, że brak jest przepisów przejściowych wskazujących, jakich umów (kiedy zawartych) nowela dotyczy. Biorąc pod uwagę, że zawarcie umowy jest elementem kończącym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego (art. 2 pkt 7a ustawy wskazuje jedynie moment początkowy postępowania), skutki zawarcia i niewykonania umowy o udzielenie zamówienia publicznego w konsekwencji winny być oceniane wg stanu prawnego istniejącego najpóźniej na chwilę jej zawarcia. Odwołujący wskazał także na mającą zastosowanie zasadę nieretroakcji zawartą w art. 3 kodeksu cywilnego.

Odwołujący wskazał nadto na zasadność interpretacji przepisów prawa zamówień publicznych poprzez odwołanie się do przepisów odpowiednich dyrektyw, w tym na art. 45 ust. 2 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31.03.2004 r. w

sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych/.../, gdzie zawarto regulacje dotyczące możliwości (nie obowiązku) wykluczenia wykonawcy, jeżeli zachodzą istotne wątpliwości co do jego wiarygodności. Pomijając kwestię niezgodności wskazanego przepisu ustawy pzp z Dyrektywa, odwołujący wskazał, że jest wiarygodnym partnerem handlowym zamawiającego.

Z ostrożności procesowej odwołujący stwierdził, że w przedmiotowym stanie faktycznym nie zaistniały przesłanki wykluczenia go na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy.

Powołał okoliczności związane z zawarciem i rozwiązaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego (nr postępowania ZP-ML-271-186/2010), nie zgodził się ze stanowiskiem zamawiającego, iż ten rozwiązał z wykonawcą umowę z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność. Podniósł, że pogładowi temu dał wyraz wielokrotnie w pismach przesyłanych do zamawiającego stwierdzając, że umowa dostawy materiałów do biopsji grubo igłowych jest wykonywana należycie, a dostarczane wyroby odpowiadają opisowi przedmiotu zamówienia zawartemu w siwz oraz treści złożonej oferty. Wskazał na wyrok KIO 305/11 potwierdzający wiarygodność wyjaśnień wykonawcy. Podniósł nadto, że opis przedmiotu zamówienia w postępowaniu zakończonym zawarciem spornej umowy nie był precyzyjny, a zamawiający w kolejnym postępowaniu na analogiczny przedmiot zamówienia potrafił dokonać opisu zgodnego z dyspozycją art. 29 ust. 1 ustawy pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, wniósł o oddalenie odwołania stwierdzając, że w niniejszej sprawie ma zastosowanie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy wobec łącznego wystąpienia przesłanek powołanego przepisu ustawy. Wskazał również, że w wyroku z 7 września 2011 r. (sygn. akt KIO 1822/11) Izba oddaliła odwołanie, a podstawą rozstrzygnięcia był identyczny stan faktyczny i prawny, jak w niniejszym postępowaniu.

Zamawiający stwierdził, że powodem rozwiązania umowy zawartej dnia 23 marca 2011 r. było dostarczenie przez odwołującego towaru nie posiadającego funkcjonalności, która była zaoferowana w postępowaniu przetargowym i opisana w poz. 1 i 2 załącznika do umowy. Wskazał, że dostarczone igły nie dysponowały możliwością automatycznego pobierania wycinków od 0 do 360 stopni wokół osi igły z nieruchomą rękojeścią, a osoba wykonująca zabieg biopsji musi wykonać ruch ręką w żądanym zakresie w celu zmiany pozycji komory biopsyjnej i pobrania wycinka. Za powyższą zadeklarowaną funkcjonalność wykonawca otrzymał maksymalną ilość punktów. W zakresie pozostałej części dostawy stwierdził, że dostarczone z igłami pojemniki nie spełniają funkcji wymiennego koszyczka na biopaty. Okoliczności powyższe wskazał w piśmie z dnia 4.05.2011 r. skierowanym do wykonawcy zawierającym wezwanie do należytej realizacji umowy poprzez dostawę wyrobów posiadających wymagane parametry techniczne i eksploatacyjne. Stwierdził, że po

bezsuktecznej procedurze reklamacyjnej, pismem z dnia 3.06.2011 r. złożył oświadczenie o rozwiązaniu umowy ze skutkiem natychmiastowym.

Krajowa Izba odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron zważyła, co następuje:

Art. 24 ust 1 pkt 1a Pzp nakazuje zamawiającemu wykluczenie wykonawcy, z którym 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. Wskazany przepis wprowadzony ustawą z dnia 25 lutego 2011 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych, wszedł w życie 11 maja 2011 r.

W ocenie składu orzekającego wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania w razie niewywiązywania się z zobowiązań umownych w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które nastąpiło po dniu 11 maja 2011 r. Dla takich postępowań, w tym będącego przedmiotem rozpoznania, przedmiotowy przepis ma wprost zastosowanie, a wbrew wywodom odwołania, nie ma znaczenia stan prawny istniejący w chwili zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba uznaje, że stosowanie powołanego przepisu w postępowaniach określonych w art. 2 ustawy przepis ten wprowadzającej, wynika wprost z treści nowelizacji, a zatem nie narusza postanowień art. 3 kodeksu cywilnego ustanawiającego zasadę nieretroaktywności ze wskazaniem, że odstępstwo od zasady wynika z brzmienia przepisu.

Wynikający z art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp nakaz dokonania czynności wykluczenia ma charakter bezwzględnie obowiązujący.

Wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp następuje w razie łącznego zaistnienia wymienionych w przepisie przesłanek. W rozpoznawanej sprawie sporna jest okoliczność, czy przyczyny rozwiązania umowy leżą po stronie odwołującego.

Użyte w przepisie sformułowanie „z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność” odpowiada w swej treści instytucji odpowiedzialności kontraktowej unormowanej w art. 471 kodeksu cywilnego mającego zastosowanie do czynności zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Należy zauważyć, że art. 471 kc wprowadza domniemanie, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Dla zwolnienia się odpowiedzialności wykonawca musi zatem obalić to

domniemanie przez wykazanie, że niewykonanie zobowiązania nastąpiło z przyczyn, za które nie ponosi on odpowiedzialności.

Biorąc pod uwagę, że zamawiający złożył oświadczenie o rozwiązaniu umowy z powodu okoliczności, co do których uznał, że leżą one po stronie wykonawcy, co zostało stwierdzone w piśmie z dnia 3 czerwca 2011 r. oraz znajduje potwierdzenie w dokumentach załączonych do akt sprawy, to w postępowaniu odwoławczym stosownie do reguły wynikającej z art. 471 k.c. odwołujący winien wykazać, że rozwiązanie umowy nie nastąpiło z przyczyn, za które ponosi on odpowiedzialność.

W ocenie Izby odwołujący nie przedstawił dowodu obalającego twierdzenia zamawiającego. Odwołujący zawierając umowę złożył wyraźne oświadczenie co do spełniania przez oferowany system ustalonych przez zamawiającego wymagań potwierdzając w załączniku do umowy spełnianie przez oferowane produkty oczekiwanych parametrów, których ewentualny brak nie eliminowałby z postępowania wykonawcy, co ustalono w postępowaniu odwoławczym w sprawie o sygn. KIO 305/11, jednakże w toku wykonywania umowy zamawiający stwierdził odstąpienie od deklarowanych w załączniku do umowy funkcjonalności produktów. Należy przy tym zauważyć, że odwołujący był świadomy braku precyzji w opisie przedmiotu zamówienia w poprzednim postępowaniu wskazując, że możliwe jest dokonanie szczegółowego opisu na taki przedmiot, co potwierdza dokumentacja analogicznego postępowania prowadzonego przez zamawiającego wskazana przez odwołującego. .

Odpowiedzialność odwołującego za okoliczności, które stały się powodem rozwiązania umowy pośrednio potwierdza treść korespondencji z zamawiającym. Odwołujący, jak wynika z treści pisma z dnia 16.06.2011 skierowanego do zamawiającego zasugerował rozwiązanie umowy w celu zakończenia trwającego sporu na tle realizacji umowy. Można wnioskować, że w istocie zgodził się na rozwiązanie umowy, zmierzał natomiast, co jest zrozumiałe, do ewentualnego uniknięcia przewidywanych, z uwagi na datę rozwiązania umowy, negatywnych następstw czynności zamawiającego, dla rynku zamówień publicznych, na którym funkcjonuje wykonawca.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że zamawiający dokonując wykluczenia nie naruszył art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp wobec łącznego wystąpienia przesłanek powołanego przepisu ustawy. Wskazując na powyższe skład orzekający wskazuje, że w pełni podziela stanowisko Izby zawarte w wyroku z 7 września 2011 r. (sygn. akt KIO 1822/11), w którym orzeczono o zasadności wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w identycznym stanie faktycznym i prawnym, jak w niniejszym postępowaniu, rozstrzygającym spór między tymi samymi stronami.

W świetle powyższego orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, zgodnie z art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przewodniczący:

.....

.....