

Sygn. akt: KIO 397/12

WYROK

z dnia 8 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Członkowie: Ewa Sikorska

Robert Skrzyszewski

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 marca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lutego 2012 r. przez **Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych CEZET BIS Sp. z o.o., ul. 17-go Stycznia 32, 27-200 Starachowice** w postępowaniu prowadzonym przez **Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie, ul. Mazowiecka 14, 00-048 Warszawa**

przy udziale **Strabag Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych CEZET BIS Sp. z o.o., ul. 17-go Stycznia 32, 27-200 Starachowice** i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych CEZET BIS Sp. z o.o., ul. 17-go Stycznia 32, 27-200 Starachowice** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2 zasądza od **Przedsiębiorstwa Robót Drogowo-Mostowych CEZET BIS Sp. z o.o., ul. 17-go Stycznia 32, 27-200 Starachowice** na rzecz **Mazowieckiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Warszawie, ul. Mazowiecka 14, 00-048 Warszawa** kwotę: **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „*Remont drogi wojewódzkiej nr 725 na odcinku od km 22+632 do km 25+300 na terenie gminy Błędów, pow. grójecki, woj. mazowieckie.- nr postępowania 005/12*”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „*ustawa Pzp*”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 19 stycznia 2012 r. pod nr 17627.

W postępowaniu tym wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych CEZET BIS Sp. z o.o. z siedzibą w Starachowicach (dalej: „Odwołujący”) w dniu 27 lutego 2012 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, którego kopia została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Odwołanie zostało złożone na skutek informacji o wynikach czynności badania i oceny ofert i wykluczenia Odwołującego z postępowania, która to informacja została przesłana Odwołującemu faksem w dniu 22 lutego 2012 r.

Do postępowania odwoławczego wykonawca Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (dalej: „Przystępujący”) w dniu 2 marca 2012 r., na skutek wezwania Zamawiającego z dnia 29 lutego 2012 r., złożył zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego. Kopia przystąpienia została przekazana stronom postępowania odwoławczego.

Postanowieniem Izby z dnia 1 marca 2012 r. sprawa odwołania została skierowana do rozpoznania na posiedzeniu z udziałem stron. W dniu 8 marca 2012 r. przeprowadzono w tej sprawie posiedzenie z udziałem stron oraz rozprawę.

Izba ustaliła następujące stanowiska stron postępowania oraz jego uczestnika:

I. Stanowisko Odwołującego.

Odwołujący wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu go z udziału w postępowaniu i w konsekwencji niewybrania jego oferty. W tym zakresie Odwołujący wskazał na naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie naruszające art. 2 Konstytucji RP w zakresie zasady *lex retro non agit* w wyniku przyjęcia dla niniejszego stanu faktycznego aktualnego brzmienia powyższej normy zamiast brzmienia sprzed nowelizacji obowiązującego do dnia 24 października 2008 r. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający naruszył także art. 33 Kc w związku z art. 14 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania;
- 2) nakazania Zamawiającemu dokonania ponownej oceny zgłoszonych ofert;
- 3) obciążenia Zamawiającego kosztami odwołania i zasądzenia ich zwrotu na rzecz Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający wykluczył go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w oparciu o prawomocny w części wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 20 lipca 2011 r. (sygn. akt: II C 897/10), zasadzający od Odwołującego na rzecz Zamawiającego naprawienie wyrządzonej szkody. Wskazał, że wyrok ten dotyczy umowy Zamawiającego z Odwołującym nr 314/W/RZ/2007 zawartej w dniu 3 września 2007 r. Podniósł, że szkoda objęta tym wyrokiem powstała przed dniem 29 maja 2008 r., gdyż ujawnia ją protokół z przeglądu przedmiotu umowy z tego właśnie dnia załączony do odwołania. Podkreślił on, że art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp został znowelizowany przez ustawę z dnia 4 września 2008 r., która weszła w życie w dniu 24 października 2008 r. Wskazał na art. 4 tej ustawy, który zawiera przepisy intertemporalne, z których to wynika, że do postępowań i umów w sprawie zamówień publicznych wszczętych przed datą 24 października 2008 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. W szczególności wskazał na treść art. 4 ust. 4 ustawy nowelizującej - *„Do umów w sprawach zamówień publicznych zawartych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe”*. Z tego wynika, zdaniem Odwołującego, że skutki umów zawartych przed wspomnianą nowelizacją należy oceniać przez pryzmat przepisów Prawa zamówień publicznych sprzed nowelizacji.

Przywołał art. 3 kodeksu cywilnego, zgodnie z którym, aby ustawa działała wstecz musi wynikać to z jej brzmienia lub celu, natomiast w noweli z dnia 4 września 2008 r. brak takich zapisów. Powyższe jest aktualne - w jego ocenie - w szczególności w zakresie obecnej normy art. 24a oraz art. 154 pkt 5a ustawy Pzp. Podkreślił, że do dnia nowelizacji, tj. do dnia 24 października 2008 r., przepisy te nie istniały. Nie istniał także prowadzony przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wykaz wykonawców podlegających wykluczeniu z wszystkich postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Podkreślił, że Odwołujący, kwestionując zasadność roszczeń zgłaszanych przez Zamawiającego odnośnie wysokości szkody powstałej w toku realizacji umowy nr 314/W/RZ/2007 z dnia 3 września 2007 r. i decydując się na drogę postępowania sądowego, mógł spodziewać się, w razie ewentualnego niepowodzenia, określonych konsekwencji, które wynikały z ówczesnego stanu prawnego. Powołał się na poprzednie brzmienie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym Odwołujący powinien być wykluczona z udziału w postępowaniach przez okres 3 lat liczony od momentu wyrządzenia szkody. Wskazując na protokół przeglądu z dnia 29 maja 2008 r. podkreślił, że od momentu powstania szkody do wszczęcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia minął okres 3,5 roku, co w świetle poprzednio obowiązującego unormowania, wedle którego jego zdaniem oceniać należy umowę zawartą w dniu 3 września 2007 r., Odwołujący nie podlega wykluczeniu z niniejszego postępowania. W jego ocenie czynność Zamawiającego polegająca na wykluczeniu Odwołującego narusza art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż do oceny umowy sprzed nowelizacji z dnia 4 września 2008 r. i oceny jej skutków zaistniałych przed tą datą przyjmuje aktualne brzmienie tego przepisu, co narusza zasadę nieretroakcji.

Odwołującej podkreślił także, że jest mu znany wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 września 2011 r. w sprawie KIO 1875/11 dotyczący zastosowania normy art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp, jednak według niego okoliczności tamtej sprawy dotyczyły odmiennego stanu faktycznego i prawnego. Wskazał, że przede wszystkim nowelizacja wprowadzająca w życie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp zawierała wąskie przepisy intertemporalne - art. 2 stwierdzał jedynie, że do postępowań wszczętych przed nowelizacją stosuje się przepisy dotychczasowe. Natomiast regulacja wprowadzająca zmianę art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zawierała bardziej rozbudowane przepisy przejściowe, zwłaszcza zapis art. 4 ust. 4 noweli, iż do oceny umów zawartych przed wejściem w życie nowelizacji stosuje się przepisy dotychczasowe. Przepis wyraźnie wskazuje, że do skutków takich umów stosuje się przepisy przed zmianą. Podkreślił, że skutki noweli wprowadzającej art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp dotyczyły jedynie wykluczenia z postępowań organizowanych przez konkretnego zamawiającego. Natomiast zmieniona norma art. 24 ust. 1 pkt 1 dotyczy wykluczenia z postępowań organizowanych przez wszystkich zamawiających. Zwrócił również uwagę na ścisłe powiązanie z powyższym przepisem art. 24a i art. 154 pkt 5a teże

ustawy. Według niego wykładnia dokonana przez Zamawiającego prowadzi w konsekwencji do zastosowania art. 24a i wpisania na listę wykonawców podlegających wykluczeniu w oparciu o skutki umowy z dnia 3 września 2007 r. Taka interpretacja – w jego ocenie - jest nie do pogodzenia z konstytucyjną zasadą demokratycznego państwa prawa i wypływającą z niej zasadą *lex retro non agit*.

Powołując się na komentarz do art. 2 Konstytucji B. Banaszaka podkreślił, że „Zasada niedziałania prawa wstecz nakazuje, *by nie stanowić norm prawnych, które nakazywałyby stosować nowo ustanowione normy prawne do zdarzeń (rozumianych sensu largo), które miały miejsce przed wejściem w życie nowo ustanowionych norm prawnych i z którymi prawo nie wiązało dotąd skutków prawnych normami tymi przewidzianych. (...) Trybunał Konstytucyjny dopuszcza odejście od zasady niedziałania prawa wstecz (zakaz retroakcji) wywiedzionej z zasady demokratycznego państwa prawnego także tym, że nowa regulacja, mająca działać wstecz, jest korzystniejsza dla adresata*”. Według niego zmiana art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp nie jest korzystniejsza dla obywateli.

Zauważył także, iż początkowo sam Zamawiający inaczej interpretował wskazaną normę pkt 1, gdyż pomimo, iż orzeczenie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 20 lipca 2011 r. uprawomocniło się w części w sierpniu 2011 r., to jednak Zamawiający nie przestał niezwłocznie odpisu tego wyroku Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych do czego zobowiązywał go przepis art. 24a wspomnianej ustawy. Wpływa z tego jego zdaniem wniosek, iż Zamawiający do momentu wykluczenia Odwołującego interpretował zmienione przepisy w taki sam sposób, jak zaprezentowany w odwołaniu.

Wskazał również, iż przyjęcie wykładni art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp dokonanej przez Zamawiającego prowadzi do niemożliwych do zaakceptowania w świetle art. 2 Konstytucji RP oraz art. 3 kodeksu cywilnego skutków. Takie pojmowanie zmienionego przepisu prowadzi w jego ocenie do podważenia pewności obrotu prawnego i zasady racjonalnej legislacji. Podkreślił, że ustawodawca wprowadził tak rozbudowane przepisy przejściowe dotyczące umów zawartych przed zmianą przepisów, aby nie doprowadzić do sytuacji, w której wykonawcy byliby wykluczeni z wszystkich postępowań w kraju bez możliwości podjęcia działań przeciwdziałających takim konsekwencjom. Racjonalny ustawodawca nie zaskakuje obywateli wprowadzaniem zmian w systemie prawnym, w sposób uniemożliwiający przygotowanie się na te zmiany. W tym właśnie celu – jak podkreślił - przewidziano m.in. *vacatio legis*, aby adresaci norm prawnych mogli się z nimi zapoznać i podjąć ewentualne czynności dostosowujące do wprowadzanych zmian. Skoro dany podmiot w danym porządku prawnym podjął określone działania, wiedząc, że wywołują one sprecyzowane konsekwencje prawne, to wprowadzenie zmiany w prawie, która rodzi całkowicie odmienne następstwa dla tamtych działań jest sprzeczne z zasadą demokratycznego państwa prawa oraz zasadą zaufania obywateli do państwa. Podniósł, że

wskazany problem dotyczy retroaktywności, a nie retrospektywności. Wyrządzenie Zamawiającemu szkody przez Odwołującego miało miejsce przed wprowadzeniem omawianych zmian w systemie zamówień publicznych, zaistniałe wtedy skutki w jego ocenie należy oceniać przez pryzmat ówczesnych uregulowań. Skutki te zaś nie mają charakteru ciągłego, gdyż szkoda powstała w ściśle określonym czasie.

Wskazał także, że zgodnie z art. 8 ust. 2 Konstytucji RP jej przepisy stosuje się bezpośrednio.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko i dodatkowo wniósł o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego.

II. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający w toku rozprawy przedłożył do akt sprawy pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego. Wskazał on na niezasadność stanowiska Odwołującego w przedmiotowej sprawie. Podkreślił, że art. 4 ust. 4 ustawy nowelizującej z dnia 4 września 2008 r. przepisy ustawy Pzp stanowi, że do umów zwartych przed dniem wejścia w życie tej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe, co - w jego ocenie - oznacza, że do umów zawartych przed dniem 24 października 2008 r. mają zastosowanie przepisy rozdziału IV ustawy Pzp „Umowy w sprawach zamówień publicznych”, tj. od art. 139 do art. 151 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym do dnia 24 października 2008 r. Zamawiający podkreślił, że art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp ma zastosowanie do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych po dniu 24 października 2008 r. i wbrew wywodom odwołania dla jego zastosowania nie ma znaczenia stan prawny istniejący w chwili zawierania umowy 314/W/RZ/2007 o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazał, że takie stanowisko potwierdzają wyroki KIO z dnia 7 września 2011 r. (sygn. akt: KIO 1822/11) oraz z dnia 14 września 2011 r. (sygn. akt: KIO 1875/11) wydane w sprawach dotyczących wykluczenia wykonawców na podstawie przesłanki z art. 24 ust. 1a ustawy Pzp, niemniej przepisy przejściowe dotyczące wszczęcia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w obydwu znowelizowanych przepisów ustalały taką samą zasadę (do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych przed dniem wejścia w życie ustawy nowelizacyjnej stosuje się przepisy dotychczasowe, a nie do umów zawartych przed nowelizacją). Wobec okoliczności, iż przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte w dniu 19 stycznia 2012 r. według Zamawiającego był on zobowiązany do jego prowadzenia w oparciu o obowiązujące przepisy ustawy Pzp w tej dacie. Tym samym, w jego ocenie, zasadnym było wykluczenie z postępowania Odwołującego w oparciu o przesłankę wynikającą z art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W toku rozprawy Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko wyrażone w pisemnej odpowiedzi na odwołanie. Podkreślił dodatkowo, że gdyby ustawodawca chciał co do regulacji art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp i czasu wejścia w życie tego przepisu przewidzieć jakieś szczególne zasady związane z wykluczeniem wykonawców w oparciu o moment wyrządzenia szkody taki szczególny przepis w tym zakresie umieściłby w przepisach przejściowych nowelizacji z 2008 r. Tymczasem takiego przepisu w przepisach wskazanej nowelizacji brak.

Zamawiający wskazał również, że pismem z 27 lutego 2012 r. wystąpił do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 24a ustawy Pzp o umieszczenie Odwołującego w wykazie wykonawców, którzy wyrządzili szkodę nie wykonując zamówienia należycie, prowadzonym przez Prezesa Urzędu. Wyjaśnił, że do chwili obecnej nie uzyskał informacji ze strony Urzędu Zamówień Publicznych o rozpatrzeniu tego wniosku.

III. Stanowisko Przystępującego

Przystępujący w swoim zgłoszeniu przystąpienia po stronie Zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego i utrzymanie roztryśnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w mocy.

W toku rozprawy Przystępujący podtrzymał swoje stanowisko popierając w całości Zamawiającego. Dodatkowo Przystępujący wskazał, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 1 w aktualnym brzmieniu został wprowadzony do regulacji ustawowych nowelizacją ustawy Pzp z 5 listopada 2009 r. w związku z czym stanowisko i argumentacja Odwołującego odnoszące się do brzmienia przepisu przejściowego art. 4 ust. 4 ustawy nowelizacyjnej z 4 września 2008 r. nie mają w tym zakresie zastosowania. Wskazał także, że w polskim systemie prawnym nie obowiązuje zasada retrospektywności. W tym zakresie musiałby być – jego zdaniem - szczególny przepis przejściowy, który pozwalałby na stosowanie konkretnych regulacji wstecz, tymczasem przesłanka opisana w art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp pozwala w ocenie Odwołującego na wykluczenie wykonawcy z postępowania w przypadku stwierdzenia, że w ciągu trzech ostatnich lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uprawomocniło się orzeczenie sądu stwierdzające szkodę, niezależnie od sytuacji, kiedy zawarto umowę w wyniku, której wyrządzono szkodę. Według Przystępującego przyjęcie stanowiska Odwołującego prowadziłoby do sytuacji, w której przez okres trzech lat od wejścia w życie przepisu nie można byłoby wykluczać z postępowania nierzetelnych wykonawców, gdyby zaś ustawodawca chciał wprowadzić taką regulację wprowadziłby w tym zakresie szczególny przepis przejściowy, który odraczałby wejście w życie tej przesłanki na trzy lata. Przystępujący wskazał także, że okres trzech lat przywołany w art. 24 ust. 4 pkt 1 ustawy Pzp jest zbieżny z okresem przedawnienia roszczeń

w sprawach gospodarczych. Na poparcie swojego stanowiska wskazał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt. KIO 1822/11.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła skuteczność zgłoszenia przystąpienia po stronie Zamawiającego złożonego przez wykonawcę Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie. Tym samym wskazany wykonawca stał się uczestnikiem niniejszego postępowania odwoławczego.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła też, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. W odwołaniu podnosi on zarzuty dotyczące wykluczenia go z udziału w postępowaniu, co w sposób bezpośredni uniemożliwia mu dostęp do zamówienia i pozbawia go możliwości jego uzyskania oraz naraża na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody (uszczerbek). Powyższe wskazuje na wypełnienie materialnoprawnej przesłanki skutecznego wniesienia odwołania, o której to przesłance mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała je za niezasadne.

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 22 lutego 2012 r. poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający powołał się na okoliczność wyrządzenia Zamawiającemu szkody przez tego wykonawcę na skutek wykonania

zamówienia nienależycie. Podkreślił, że szkoda w tym zakresie została stwierdzona prawomocnym orzeczeniem Sądu Okręgowego w Warszawie II Wydział Cywilny z dnia 20 lipca 2011 r. (sygn. akt: II C 897/10), które uprawomocniło się w okresie 3 lat przed wszczęciem przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Podkreślił, że wyrok ten stał się prawomocny zgodnie z art. 363 § 3 Kpc w części niezaskarżonej przez tego wykonawcę, tj. zasądzającej na rzecz Zamawiającego kwotę pieniężną z tytułu szkody, niekwestionowaną przez Odwołującego w złożonej apelacji od części wyroku. Zamawiający podkreślił, że w uzasadnieniu wyroku Sąd Okręgowy stwierdził, że Powód (Zamawiający) poniósł szkodę z powodu nieusunięcia przez pozwaną (Odwołującego) wad w postaci posiadania złej jakości drogi przez okres 2 lat.

Przywołany przez Zamawiającego wyrok został załączony do dokumentacji z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że Zamawiający w sposób zasadny wykluczył Odwołującego z udziału w postępowaniu w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Przywołany przepis stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy wyrządzili szkodę, nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, jeżeli szkoda ta została stwierdzona orzeczeniem sądu, które uprawomocniło się w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania. Przepis ten wskazuje na konieczność wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego każdego wykonawcy ubiegającego się o dane zamówienie, który dopuścił się wyrządzenia szkody przy wykonywaniu zamówienia nie wykonując go w ogóle bądź wykonując je nienależycie. Przepis ten wymaga także, aby wyrządzona szkoda została stwierdzona prawomocnym orzeczeniem sądu, które uprawomocniło się w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania. Wypełnienie wszystkich okoliczności, o których mowa we wskazanym przepisie, warunkuje bezwzględną koniecznością wykluczenia danego wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Z przepisem tym związana jest także regulacja art. 24a ustawy Pzp oraz art. 154 pkt 5a ustawy Pzp, jak również art. 154b ustawy Pzp. Przepisy te wskazują na obowiązek prowadzenia przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych listy nierzetelnych wykonawców, którzy nie wykonali zamówienia, bądź wykonali je nienależycie wyrządzając w ten sposób szkodę konkretnemu zamawiającemu. Podstawą wpisu na tę listę Prezesa Urzędu stanowią odpisy orzeczeń sądów powszechnych, które zamawiający niezwłocznie przekazują Prezesowi Urzędu.

Art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w obecnym brzmieniu został wprowadzony do przepisów ustawy Pzp ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz.1591). Na podstawie art. 5 tej ustawy jej przepisy weszły w życie zasadniczo po upływie 14 dni od dnia jej ogłoszenia tj. w dniu 22 grudnia 2009 r. Przepis przejściowy wprowadzający w życie regulacje tej ustawy został zasadniczo określony w art. 3 ust. 1 tej ustawy. Z regulacji tej wynika, że do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego oraz konkursów wszczętych przed dniem wejścia w życie tej ustawy stosuje przepisy dotychczasowe. W ust. 2 tego przepisu przewidziano dodatkowo szczególną regulację dotyczącą wejścia w życie znowelizowanego art. 38 ustawy Pzp, zaś w art. 4 przewidziano szczególne regulacje dotyczące wejścia w życie przepisów odnoszących się do zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Tym samym zatem istotnym w tym zakresie jest regulacja przepisów przejściowych tej ustawy nowelizacyjnej, która wskazuje co do zasady na wejście w życie nowych regulacji - w tym dotyczących przesłanki do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp - w dniu 22 grudnia 2009 r., zaś momentem istotnym z punktu widzenia prowadzenia konkretnych postępowań o zamówienie publiczne i stosowania w nich bądź nie nowych regulacji, jest moment wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Żaden inny przepis tej ustawy nowelizacyjnej nie wprowadza szczególnych regulacji odnoszących się do czasu wejścia w życie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, czy też wprost samej przesłanki wykluczenia z postępowania wykonawcy, który wyrządził szkodę poprzez niewykonanie, bądź nienależyte wykonanie zamówienia. Żadna regulacja prawna w tym zakresie nie uzależnia mocy obowiązującej tego przepisu od innego momentu niż data wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym następuje weryfikacja wykonawcy pod kątem braku negatywnych przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania określonych w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, w tym przesłanki z pkt 1 tego przepisu. Żaden przepis nie uzależnia także obowiązywania tej regulacji, od momentu, w którym wyrządzono zamawiającemu szkodę. Dla oceny wypełnienia tej przesłanki, biorąc pod uwagę zakres merytoryczny opisanej przez ustawodawcę dyspozycji tego przepisu, istotny jest tylko okres trzech lat wstecz – przed wszczęciem danego postępowania, w którym następuje weryfikacja wykonawcy - w którym to okresie uprawomocniło się konkretne orzeczenie sądu powszechnego stwierdzające wyrządzenie zamawiającemu szkody przy wykonywaniu zamówienia publicznego.

Orzeczenie, w oparciu o które Zamawiający wykluczył Odwołującego z udziału w postępowaniu uprawomocniło się w 2011 r., zaś przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte w styczniu br., zatem niewątpliwe jest, że uprawomocnienie orzeczenia stwierdzającego szkodę przy wykonywaniu zamówienia przez Odwołującego nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania.

Co do stwierdzenia szkody – zdaniem Izby – jest ona niewątpliwa w oparciu o treść uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 20 lipca 2011 r. (sygn. akt: II C 897/10), zresztą okoliczność wyrządzenia szkody i jej stwierdzenie przez sąd powszechny była niesporna pomiędzy stronami postępowania odwoławczego i jego uczestnikiem i nie była kwestionowana przez samego Odwołującego.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego prezentowanego w odwołaniu, jak i w toku rozprawy odnośnie regulacji przepisów przejściowych zawartych w ustawie z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058) Izba stwierdziła, że stanowisko Odwołującego w tym zakresie nie znajduje oparcia w obowiązujących przepisach prawa.

Niewątpliwie stwierdzić należy, że przepisy tej ustawy w sposób zasadniczy wprowadziły do regulacji ustawy Pzp instytucję wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu wyrządzenia zamawiającemu szkody w związku z niewykonaniem bądź nienależytym wykonaniem zamówienia. To przepisy tej ustawy wprowadzały także regulacje dotyczące prowadzenia przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych listy nierzetelnych wykonawców (art. 24 a, art. 154 pkt 5a ustawy Pzp). Wskazane instytucje zatem zostały wprowadzone do ustawy Pzp w sposób zasadniczy właśnie przepisami tej nowelizacji. Wskazana powyżej ustawa nowelizacyjna z 5 listopada 2009 r. w sposób nieznaczny tylko doregulowała te instrumenty stosowane wobec nierzetelnych wykonawców (przesłanka do wykluczenia oraz lista prowadzona przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych). W tym zakresie co do art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp mieliśmy do czynienia z nieznaczną korektą tego przepisu wyłącznie w zakresie tej okoliczności, czy wykluczenie nierzetelnego wykonawcy z postępowania następuje z powodu wyrządzenia szkody stwierdzonej prawomocnym orzeczeniem sądu wydanym w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania (nowelizacja z 2008 r.), czy też szkody stwierdzonej orzeczeniem sądu, które uprawomocniło się w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania (nowelizacja z 2009 r.).

Niezależnie od ustaleń poczynionych przez Izbę powyżej co do obowiązywania w aktualnym stanie prawnym art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w brzmieniu nadanym przez przepisy nowelizacji z 5 listopada 2009 r. Izba odniosła się także do stanowiska Odwołującego dotyczącego brzmienia przepisu przejściowego ustawy nowelizacyjnej z 2008

r. – tj. art. 4 ust. 4 tej ustawy. W ocenie Izby przepis ten w żadnej mierze nie może odnosić się do wejścia w życie regulacji art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Po pierwsze podkreślić należy, że literalne brzmienie art. 4 ust. 4 tej ustawy na powyższe nie wskazuje. Ten przepis przejściowy w brzmieniu: „*Do umów w sprawach zamówień publicznych zawartych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe*” odnosi się bowiem do przepisów ustawy Pzp, które zostały znowelizowane przepisami ustawy z 2008 r. w zakresie umów, czyli – jak słusznie podniósł Zamawiający – przepisów ustawy Pzp umiejscowionych w art. od 139 do 151 ustawy Pzp, tj. w dziale IV ustawy Pzp. Tymczasem art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp znajdujący się w dziale II ustawy regulującym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie dotyczy wprost umów w sprawie zamówienia publicznego, tylko kwestii prowadzenia postępowania przez zamawiającego i obowiązku wykluczenia z postępowania nierzetelnych wykonawców.

Po drugie podkreślić należy, że na taki sposób rozumienia przepisów przejściowych ustawy nowelizacyjnej z 2008 r. wskazuje brzmienie pozostałych, zawartych w art. 4 tej ustawy regulacji. Ust. 1 art. 4 tej ustawy zawiera generalną normę przejściową uzależniającą stosowanie nowych regulacji nowelizacji od momentu wszczęcia danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ustawa nowelizacyjna z 2008 r. przewidywała konkretne zmiany w zakresie wnoszenia środków ochrony prawnej (protestów, odwołań i skarg) stąd też ustawodawca w tym zakresie zamieścił w ustawie nowelizacyjnej szczególną regulację odnoszącą się do tych instytucji (art. 4 ust. 2 ustawy nowelizacyjnej). Tak samo ustawa ta zawierała konkretne zmiany w zakresie udzielania zamówień uzupełniających, stąd też odrębny w tym zakresie przepis przejściowy określony w art. 4 ust. 3 tej ustawy. Podobna regulacja zawarta w ust. 5 art. 4 nowelizacji odnosi się do szczególnych zmienianych regulacji odnoszących się do kontroli prowadzonych przez Prezesa UZP. Nie sposób w odmienny sposób traktować przepisu przejściowego odnoszącego się do umów w sprawie zamówienia publicznego (art. 4 ust. 4 ustawy nowelizacyjnej). Przepis ten zatem - podobnie jak wskazane powyżej – odnosi się do nowoprowadzanych wskazaną regulacją przepisów dotyczących *stricto* umów w sprawie zamówienia publicznego uregulowanych w dziale IV ustawy Pzp. Przywołane przepisy przejściowe nie zawierają szczególnej regulacji odnoszącej się do wejścia w życie przepisów odnoszących się do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (dział II ustawy Pzp, a w nim art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp).

Tym samym zatem w tym zakresie zastosowanie znajdzie regulacja generalna zawarta w art. 4 ust. 1 ustawy Pzp uzależniająca wejście w życie nowych wprowadzanych wskazaną nowelizacją regulacji prawnych od momentu wszczęcia danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Taki sposób interpretacji przepisów przejściowych ustawy nowelizacyjnej z 2008 r. potwierdza choćby przepis przejściowy ustawy z dnia 25 lutego 2011 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 87, poz. 484), którą to nowelizacją wprowadzono w życie wyłącznie jeden przepis ustawy Pzp, tj. art. 24 ust. 1a. Przepis ten przewiduje podobną do określonej w art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp przesłankę do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, odnoszącą się do wypowiedzenia konkretnemu wykonawcy przez konkretnego zamawiającego umowy w sprawie zamówienia publicznego. W tym zakresie przewidziano w art. 2 tej ustawy generalny przepis przejściowy uzależniający wejście w życie tego przepisu od momentu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a nie przepisu dotyczącego umów w sprawie zamówienia publicznego. W tym konkretnie zakresie Izba wypowiedziała się już w wyrokach z dnia 7 i 14 września 2011 r. (sygn. akt: KIO 1822/11 i KIO 1875/11), które to stanowisko Izba w przedmiotowej sprawie także potwierdza.

Izba zauważa także, że brak wpisania konkretnego wykonawcy na listę nierzetelnych wykonawców prowadzoną przez Prezesa Urzędu nie ma znaczenia dla skuteczności wykluczenia go z udziału w postępowaniu w oparciu o okoliczności określone w art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Takie stanowisko wyraził pośrednio Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie (postanowienie z dnia 7 lipca 2009 r.; sygn. akt: V SA/Wa 658/09 oraz postanowienie z dnia 16 listopada 2009 r., sygn. akt: SA/Wa 1628/09), wskazując na wyłącznie informacyjny charakter listy prowadzonej przez Prezesa Urzędu

Z tych też względów Izba stwierdziła, że Zamawiający nie dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp wskazanych w treści odwołania, co skutkuje koniecznością oddalenia odwołania.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba uwzględniła dyspozycję art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp, tj. orzekła w tym zakresie stosownie do wyniku postępowania, obciążając tymi kosztami Odwołującego. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła - stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczzonego przez Odwołującego oraz - stosownie do w § 3 pkt 2 lit. b) przywołanego rozporządzenia – koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....