

Sygn. akt: KIO 1822/11

WYROK

z dnia 7 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk
Członkowie: Agnieszka Bartczak-Żuraw
Marek Koleśnikow

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 września 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 sierpnia 2011 r. przez wykonawcę "Johnson & Johnson" Poland Sp. z o. o w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Szpital Uniwersytecki w Krakowie

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę "Johnson & Johnson" Poland Sp. z o.o., w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę "Johnson & Johnson" Poland Sp. z o.o. w Warszawie 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. 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

Zamawiający – Szpital Uniwersytecki w Krakowie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm., dalej jako: „Pzp” lub „ustawa”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „dostawa cewników do ablacji, zestawów do nakłucia żyły podobojczykowej oraz koszulek naczyniowych”.

Wartość zamówienia jest mniejsza, niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

18 sierpnia 2011 r. zamawiający poinformował o wykluczeniu z części I postępowania wykonawcy Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o. w Warszawie, wskazując jako podstawę swego działania art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp, gdyż rozwiązał z wykonawcą umowę w sprawie zamówienia publicznego (nr postępowania ZP-ML-271-186/2010) z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność. Zamawiający uznał, że oferta wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, a postępowanie podlega unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Wykonawca Johnson & Johnson Poland Sp. z o.o. wniósł odwołanie, które wpłynęło w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 23 sierpnia 2011 r. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp, polegające na niezachowaniu obowiązku równego traktowania wykonawców i prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji;
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 1a oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp polegające na wykluczeniu odwołującego i odrzuceniu jego oferty;
- 3) art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, polegające na unieważnieniu postępowania pomimo braku przesłanek.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty, unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert i wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołujący wywiódł przede wszystkim, że przesłanka wykluczenia określona w art. 24 ust 1 pkt 1 a Pzp nie ma zastosowania w sprawie. Zgodnie z art. 2 ustawy nowelizującej, która ten przepis wprowadziła, a która weszła w życie 26 kwietnia 2011 r. do postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed wejściem w życie tej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe. Odwołujący wskazał, iż wobec powyższego, również skutki rozwiązania umowy względnie odstąpienia od umowy przez zamawiającego, w sytuacji opisanej w art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp, powinny być oceniane wg przepisów dotychczasowych; tym bardziej, że ustawodawca zaniechał wskazania w przepisach przejściowych, jakich umów (kiedy zawartych) nowela dotyczy. Wywiódł, że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego jest elementem kończącym postępowanie o udzielenie zamówienia mieszczącym się w jego ramach. Wskazał, że art. 2 pkt 7a Pzp wskazuje jedynie moment początkowy postępowania, zatem skutki zawarcia i niewykonania umowy o udzielenie zamówienia publicznego w konsekwencji winny być oceniane według stanu prawnego istniejącego najpóźniej na chwilę jej zawarcia.

Powołał, w związku z art. 14 Pzp, art. 3 k.c. i podniósł, że zgodnie z zasadą nieretroakcji art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp może mieć zastosowanie w przypadku rozwiązania umowy zawartej w wyniku postępowania wszczętego po wejściu w życie ustawy nowelizującej lub co najwyżej w dniu jej wejścia w życie lub po wejściu w życie tj. po dniu 11 maja 2011 r.

Odwołujący wywodził, że zasada pewności prawa wymaga, aby wykonawca w momencie zawarcia umowy (a nawet złożenia oferty o określonej treści) mógł z pewnością przewidzieć konsekwencje jej ewentualnego rozwiązania także, w przypadku, gdy zamawiający zarzuci mu nienależyte wykonanie umowy. Przywołał sformułowany przez Trybunał Konstytucyjny, w orzeczeniach dotyczących przepisów podatkowych, postulat ścisłej regulacji przepisów prawa administracyjnego określających sankcje oraz stosowaną w prawie karnym zasadę *nullum crimen sine lege*, która zakazuje sankcjonowania czynów, które nastąpiły przed datą wejście w życie przepisu karnego. Zarzucił, że przyjęcie interpretacji zamawiającego dopuszczałoby na etapie obecnie wszczętych zamówień o udzielenie zamówienia publicznego wprowadzania sankcji o charakterze administracyjnym za naruszenie obowiązków o charakterze prywatnoprawnym przed dniem w życie przepisu sankcjonującego. Taką interpretację należy uznać za sprzeczną z unormowaniami konstytucyjnymi.

Odwołujący wywiódł, że przy interpretacji ustawy Prawo zamówień publicznych zasadne jest odwoływanie się do przepisów odpowiednich dyrektyw, szczególnie w sytuacji, gdy przepis krajowy ma swoje źródło w regulacjach unijnych. W artykule 45 ust 2 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 zawarto regulacje dotyczące możliwości (nie obowiązku) wykluczenia wykonawcy, jeżeli zachodzą istotne wątpliwości, co do jego wiarygodności. Wskazał, że przedstawiciele doktryny powszechnie

krytykują przepis art. 24 ust 1 pkt 1a, zarzucając mu sprzeczność z powołanym przepisem dyrektywy oraz dorażność (*lex Alpina*). Oświadczył, że jest wieloletnim, wiarygodnym partnerem handlowym zamawiającego, nie można zatem stwierdzić aby zachodziły wątpliwości co do jego wiarygodności. Podniósł, że interpretacja polskiego prawa nie powinna być sprzeczna z jasną intencją ustawodawcy unijnego.

Odwołujący podniósł nadto, że nie zaistniały przesłanki do zastosowania art. 24 ust 1 pkt 1a Pzp. Zarzucił, że zamawiający nie przytoczył w informacji o wykluczeniu odwołującego z postępowania motywów faktycznych dokonania tej czynności. 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 rozwiązał z wykonawcą umowę z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność. Podniósł, że pogładowi temu dał wyraz wielokrotnie w pismach przesyłanych do zamawiającego. Oceniał, że umowa dostaw materiałów do biopsji gruboigłowych była wykonywana należyście, a dostarczane wyroby odpowiadały opisowi przedmiotu zamówienia zawartemu w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz treści złożonej oferty.

Wywiódł, że dla prawidłowego wykluczenia wykonawcy z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp koniecznym nie tylko fakt rozwiązania umowy przez zamawiającego, ale również aby nastąpiło to z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność. Odwołujący wskazał, że ciężar wykazania, iż są to okoliczności leżące po stronie wykonawcy zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodowego spoczywa na zamawiającym (art. 6 k.c. w zw. z art. 14 Pzp). Dodatkowo podniósł, że okoliczności uzasadniające pogląd, jakoby umowa została rozwiązana z winy odwołującego, winny być przez zamawiającego szczegółowo wskazane już w treści informacji o wykluczeniu z postępowania - tak aby wykonawca mógł się z nimi zapoznać przed podjęciem ewentualnej decyzji o wniesieniu odwołania.

Przed otwarciem rozprawy zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Izba rozpoznała jedynie zarzut dotyczący wykluczenia odwołującego – naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 1 a Pzp. Z uwagi na dyspozycję art. 184 ust. 2 Pzp, zarzuty naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 oraz art. 7 ust. 1 Pzp nie mogły być przedmiotem rozpoznania. Prawidłowość wykonania czynności unieważnienia postępowania uwarunkowana jest oceną zarzutu wykluczenia odwołującego.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 29 lipca 2011r. pod numerem 223240 – 2011.

W postępowaniu oznaczonym ZP-ML-271-186/2010, którego przedmiotem była dostawa materiałów do biopsji gruboigłowych wspomaganych pompą próżniową wraz z dzierżawą urządzenia do wykonywania biopsji, zamawiający dokonywał oceny ofert wg kryteriów ceny oraz parametrów eksploatacyjnych. W kryterium parametrów eksploatacyjnych można było uzyskać po 5 pkt za każdy z czterech wyszczególnionych parametrów w tym, za parametry „automatycznego pobierania wycinków od 0 do 360 stopnie wokół igły z nieruchoma rękojeścią” oraz „wymienny koszyczek na bioptaty”. Zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia podstawą do przyznania punktów za parametry oceniane było wyłącznie oświadczenie wykonawcy. Jeśli przedmiot oferty nie posiadał oczekiwanego parametru oferta otrzymywała 0 pkt.

Odwołujący oświadczył, że oferowany produkt spełnia parametry „automatycznego pobierania wycinków od 0 do 360 stopnie wokół igły z nieruchoma rękojeścią” oraz „wymienny koszyczek na bioptaty”

W toku postępowania zamawiający wzywał w trybie art. 87 ust. 1 Pzp do złożenia przez odwołującego wyjaśnień dotyczących wymienionych parametrów. W odpowiedzi z 13 stycznia 2011r. odwołujący oświadczył, że pobieranie próbek w tym systemie nie wymaga obracania rękojeści (dotyczy ST), a pytania zamawiającego dotyczące wymiennego koszyczka na bioptaty uznał za modyfikację specyfikacji po upływie terminu składania ofert.

Zamawiający początkowo przyznał odwołującemu punkty za wymienione parametry, jednak następnie uznał, że produkt odwołującego nie posiada oczekiwanych parametrów. Finalnie nie przyznał odwołującemu punktów za parametry „automatycznego pobierania wycinków od 0 do 360 stopnie wokół igły z nieruchoma rękojeścią” oraz „wymienny koszyczek na bioptaty”, skutkiem czego oferta odwołującego nie została uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł odwołanie, które zakończyło się wydaniem przez Izbę orzeczenia w dniu 1 marca 2011r. (sygn. 305/11)

W wyroku Izba nakazała unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzenie czynności badania i oceny ofert. W uzasadnieniu wskazała m. in., iż wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ocena ofert winna odbywać się jedynie na podstawie oświadczenia wykonawcy, a zamawiający nie przedstawił dowodu na okoliczność, iż system oferowany przez odwołującego nie posiada punktowanych parametrów. Odnosząc się do wyjaśnień udzielonych przez zamawiającego, Izba stwierdziła jedynie, że „nawet jeśli by uznać, że złożone przez odwołującego wyjaśnienia nie odpowiadają w pełni na zadane przez

Zamawiającego pytanie, to same wątpliwości zamawiającego na tym polu nie są wystarczającym powodem do nieprzyznania punktów ofercie Odwołującego”.

Zamawiający nie wniósł skargi na orzeczenie Izby lecz 23 marca 2011r. zawarł umowę z odwołującym.

Pismem z 4 maja 2011r. zamawiający wezwał odwołującego do należytej realizacji umowy, wskazując, że przedmiot dostawy nie spełnia parametrów „automatycznego pobierania wycinków od 0 do 360 stopni wokół igły z nieruchoma rękojeścią” oraz posiadania „wymennego koszyczka na biopaty”.

Odwołujący w odpowiedzi z 11 maja 2011 r. dokonał własnej interpretacji postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, powołał się na wyjaśnienia udzielone w toku postępowania oraz fakt uznania ich przez Izbę w wyroku z 1 marca 2011r. za wiarygodne. Dodatkowo wskazał na brak definicji pojęcia „wymienny koszyczek na biopaty”.

Pismem z 3 czerwca 2011 r. zamawiający poinformował odwołującego, że wobec braku w oferowanych wyrobach funkcjonalności zaoferowanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia rozwiązuje umowę ze skutkiem natychmiastowym i nalicza karę umowną w wysokości wynikającej z umowy.

W odpowiedzi odwołujący w piśmie z 10 czerwca 2011 r. wskazał na „nieporozumienia między bezpośrednimi użytkownikami a Johnson & Johnson” oraz powołując się na wieloletnią i wzorową współpracę wniósł o rozwiązanie umowy za porozumieniem stron. Zamawiający nie przychylił się do tego wniosku i pismem z 6 lipca 2011 r. podtrzymał wcześniejsze stanowisko.

Izba dokonała ustaleń dotyczących postępowania ZP-ML-271-186/2010 na podstawie dokumentów znajdujących się w aktach postępowania odwoławczego o sygn. KIO 305/11, które z urzędu dopuściła w charakterze dowodu. Pozostałych ustaleń Izba doonała na podstawie dokumentów załączonych do odwołania lub przekazanych przez zamawiającego w związku z niniejszym postępowaniem odwoławczym.

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego. Odwołujący sformułował tezę dowodową jako stwierdzenie zgodności oferty z treścią specyfikacji oraz posiadanie cech przez wyrób. Teza ta w swojej ogólności nie wskazuje konkretnej okoliczności faktycznej, której dowód miałby dotyczyć, co jest niezbędne z uwagi na brzmienie art. 190 ust. 1 Pzp. Zatem jego dopuszczenie powodowałoby, nie ustalenie faktu niezbędnego do wydania rozstrzygnięcia, a jedynie zwłokę w postępowaniu.

Pozostałe dowody przedstawione przez odwołującego Izba uznała za powołane na okoliczności faktyczne nie dotyczące sporu. Kopa zapytania ofertowego kierowane przez zamawiającego do odwołującego po rozwiązaniu umowy wskazuje, że zamawiający jest zainteresowany innymi produktami odwołującego w sytuacji wskazanej w art. 4 pkt 8 Pzp.

Złożone referencje dotyczą należytego wykonania innych umów w sprawie zamówienia publicznego, co nie jest nadto okolicznością sporną. Natomiast specyfikacja z nowego postępowania oznaczonego ZP-ML-271-143/2011 na dostawę materiałów do biopsji gruboigłowych wspomaganych pompą próżniową wraz z dzierżawą urządzenia do wykonywania biopsji wskazuje, że zamawiający opisał sporne funkcjonalności w inny sposób i uczynił z nich wymaganie, a nie jak poprzednio jedynie kryterium punktowe.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest jedynym wykonawcą, który ubiega się o udzielenie zamówienia w tej części postępowania. Jego interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody wskutek wykluczenia go z udziału w postępowaniu są niewątpliwe.

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. Przywołany przepis został wprowadzony ustawą z dnia 25 lutego 2011 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych, która została ogłoszona 26 kwietnia 2011r. (Dz. U. Nr 87, poz. 484) i weszła w życie 11 maja 2011r. Zgodnie z art. 2 ustawy nowelizującej do postępowań wszczętych przed dniem jej wejścia w życie stosuje się przepisy dotychczasowe.

Zauważyć trzeba, że art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp obciąża wykonawców negatywnymi konsekwencjami minionych zdarzeń prawnych, które w momencie ich zaistnienia nie były zawarte w katalogu przesłanek wykluczenia. Z brzmienia przywołanych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy nowelizującej należy wyprowadzić wniosek, że sankcja wykluczenia aktualizuje się w razie niewywiązywania się wykonawcy z zobowiązań umownych już w okresie trzech lat przed wejściem w życie nowelizacji. Przepisy ustawy nowelizującej nie zawierają *vacatio legis*, ani regulacji przejściowych umożliwiających inną interpretację.

Skoro zamawiający wszczął postępowanie po dniu 11 maja 2011r. zobligowany jest do stosowania przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp.

Przeciwnie wywody odwołania są całkowicie chybione.

Przede wszystkim, dla ustalenia, czy art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp obowiązuje w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, faktem doniosłym prawnie jest data

wszczęcia postępowania, nie zaś data zawarcia umowy. Wobec jasnego brzmienia art. 2 ustawy nowelizującej, wywody co do tego, czy zgodnie z art. 2 pkt 7a Pzp, zawarcie umowy stanowi element postępowania o udzielenie zamówienia pozbawione są znaczenia.

Do innych wniosków, wbrew pogładowi odwołującego, nie prowadzi odwołanie się do przepisów kodeksu cywilnego.

Art. 3 k.c. stanowi, że ustawa nie ma mocy wstecznej, chyba, że to wynika z jej brzmienia lub celu.

W ocenie Izby, wsteczne działanie art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp wynika z art. 2 ustawy nowelizującej. Jednak nawet przy przyjęciu, iż unormowanie przeciwne zasadzie *lex retro non agit* nie zostało wyrażone wprost w ustawie, to cel dla której norma art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp ma charakter retroaktywny jest powszechnie znany. Ustawodawca uznał, że wykonawca, który nie wykonał umowy w sprawie zamówienia publicznego lub wykonał ją nienależycie nie powinien mieć możliwości uzyskiwania kolejnych zamówień publicznych u danego zamawiającego (*vide* też: dokumenty związane z pracami Sejmu RP nad ustawą nowelizującą na www.sejm.gov.pl)

W okolicznościach sporu nie można również pominąć, że zawarcie umowy w wyniku postępowania ZP-ML-271-186/2010 nastąpiło już w końcówce prac legislacyjnych nad ustawą nowelizującą, a w momencie rozwiązania umowy przez zamawiającego przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp stał się elementem obowiązującego porządku prawnego. Odwołującemu zatem jako profesjonalnemu wykonawcy winny być znane, lub co najmniej być możliwe do przewidzenia, konsekwencje, tak zawarcia danej umowy w sprawie zamówienia publicznego, jak i następstwa prawne jej rozwiązania, zwłaszcza, że oświadczenie zamawiającego o rozwiązaniu umowy było poprzedzone postępowaniem reklamacyjnym wskazującym przyczyny rozwiązania umowy przez zamawiającego.

Nietrafnie też podniósł odwołujący, że wykluczenie stanowi sankcję o charakterze administracyjno prawnym. Należy zauważyć, że jakkolwiek zamawiającymi są w większości jednostki sektora finansów publicznych, to jednak rynek zamówień publicznych stanowi element profesjonalnego obrotu gospodarczego. Postępowanie o udzielenie zamówienia nie stanowi postępowania przed organami administracji publicznej w należących do właściwości tych organów sprawach indywidualnych rozstrzyganych w drodze decyzji administracyjnych, lecz statuuje między jego uczestnikami relacje o charakterze cywilnoprawnym. Pogląd taki znajduje oparcie w regulacji art. 14 Pzp nakazującej, w razie braku regulacji ustawy, stosowanie do czynności zamawiającego i wykonawców przepisów kodeksu cywilnego oraz w praktyce orzecniczej Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych odwołujących się przy wykładni przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych do zasad i instytucji prawa cywilnego.

Wykluczenie z postępowania nie stanowi sankcji o charakterze administracyjnoprawnym, lecz negatywny wynik kwalifikacji podmiotowej, do której przeprowadzenia zamawiający jest zobligowany przepisami ustawy.

Dla dokonania wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp niezbędne jest łączne (kumulatywne) zaistnienie następujących przesłanek:

- rozwiązanie, wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy w sprawie zamówienia publicznego przez zamawiającego;
- rozwiązanie, wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy następuje z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność;
- rozwiązanie, wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy nastąpiło w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania;
- wartość niezrealizowanego zamówienia wynosi, co najmniej 5% wartości umowy.

Przedmiotem sporu jest okoliczność, czy przyczyny rozwiązania umowy leżą po stronie odwołującego. Zaistnienie pozostałych przesłanek nie jest sporne między stronami.

Niewątpliwie zadaniem orzecznictwa jest nie tylko ustalenie wykładni przesłanek art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp, ale też ustalenie zakresu rozpoznawania przez Izbę zarzutu jego naruszenia.

Badanie na podstawie konkretnych postanowień umownych, czy rozwiązanie, wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy w sprawie zamówienia publicznego przez zamawiającego odpowiada prawu, nie może stanowić materii procedury odwoławczej. Izba rozpoznaje zarzuty dotyczące jedynie postępowania o udzielenie zamówienia. Zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.

Z drugiej jednak strony, ograniczenie oceny czynności wykluczenia jedynie do stwierdzenia faktu rozwiązania umowy, czasu złożenia oświadczenia przez zamawiającego oraz procentowej wartości świadczenia niezrealizowanego przez wykonawcę (równoznaczne założeniu, że każda z sytuacji innych, niż opisane w art. 145 ust. 1 Pzp odstąpienie od umowy przez zamawiającego, ma źródło w okolicznościach za które odpowiedzialność ponosi wykonawca), ograniczałoby ochronę interesów wykonawcy, sprzyjałaby nadużywaniu prawa przez zamawiających oraz czyniłaby ułomną dokonywaną przez Izbę ocenę czynności wykluczenia.

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp przez użycie zwrotu „z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność” odwołuje się do instytucji prawa cywilnego - prawa zobowiązań (por. art. 471 k.c. i art. 415 k.c.). Stosownie zatem do odesłania zawartego w art. 14 Pzp, przy wykładni art. 24 ust. 1 pkt 1 a Pzp, uwzględnić należy przepisy kodeksu cywilnego.

Art. 471 k.c. stanowi, że dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.

Skoro zamawiający rozwiązał umowę z powodu okoliczności, co do których uznał, że leżą one po stronie wykonawcy, co zostało stwierdzone w informacji z 18 sierpnia 2011r. oraz znajduje potwierdzenie w dokumentach załączonych do odwołania, to w postępowaniu odwoławczym odwołujący winien wykazać, że rozwiązanie umowy nie nastąpiło z przyczyn, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność.

Oświadczenia stron złożonych na rozprawie oraz treść dokumentów załączonych do odwołania doprowadziła Izbę do przekonania, że odwołujący ponosi odpowiedzialność za okoliczności, które legły u podstaw rozwiązania umowy. Wykonawca nie przedstawił dowodu na twierdzenie przeciwne. Sam odwołujący oświadczył na rozprawie, że na rynku istnieją jedynie dwa systemy do dokonywania biopsji gruboigłowych różniące się w zakresie spornych parametrów. Odwołujący złożył wyraźne oświadczenie co do spełniania przez oferowany system ustalonych przez zamawiającego wymagań, w sytuacji, gdy co najmniej powinien był liczyć się z sytuacją kwestionowania prawidłowości wykonania umowy. Co więcej, odwołujący popierał okoliczności wynikające z kwestionowanego oświadczenia i dążył do otrzymania punktów za posiadanie spornych parametrów przez złożenie odwołania w sprawie o sygn. KIO 305/11.

W orzeczeniu tym, wbrew twierdzeniom odwołującego, Izba nie orzekła o spełnianiu przez ofertę odwołującego wymaganych parametrów, ani też nie oceniła wyjaśnień złożonych przez odwołującego, a jedynie sformułowała tezę, iż wobec postanowień specyfikacji zamawiający nie zakwestionował skutecznie cech produktu oferowanego przez odwołującego.

Odpowiedzialność odwołującego za okoliczności, które stały się powodem rozwiązania umowy pośrednio potwierdza treść korespondencji z zamawiającym. Odwołujący zgodził się *de facto* na rozwiązanie umowy, a zabiegał jedynie o zmianę trybu w jakim umowa zostanie rozwiązana.

Niespornie ustawa Prawo zamówień publicznych stanowi wdrożenie do porządku krajowego dyrektyw dotyczących udzielania zamówień publicznych. Odwołujący, wskazując na podnoszoną w piśmiennictwie niezgodność art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp z art. 45 ust 2 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 usług, pomija jednak, że zgodnie z zasadą implementacji, regułą jest stosowanie przepisów dyrektywy za pośrednictwem wdrażających je

przepisów prawa krajowego. Nadto, w polskim systemie prawnym, organy orzekające nie mogą w drodze zabiegów interpretacyjnych dokonywać takiej wykładni przepisów, której rezultat był sprzeczny z ich wyraźnym brzmieniem (*contra legem*).

Wynikający z art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp nakaz dokonania czynności wykluczenia ma charakter bezwzględnie obowiązujący. Zamawiający jest zobowiązany do wykluczenia z postępowania wykonawcy, nawet w sytuacji, gdy jego przedmiot postępowania jest rodzajowo inny, niż przedmiot świadczenia rozwiązanej umowy. Nie może też odstąpić od dokonania wykluczenia, jeśli wywiązywanie się przez wykonawcę z pozostałych zobowiązań umownych nie budziło żadnych zastrzeżeń.

Ustawodawca nie przyznał zamawiającemu żadnej swobody w tym zakresie. Ocena takiego stanu rzeczy oraz dolegliwości tej regulacji dla wykonawców nie mieści się w kognicji Izby.

W okolicznościach sporu, Izba uznała również, że podanie art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp jako podstawy wykluczenia odwołującego oraz wskazanie w uzasadnieniu faktu rozwiązania umowy z przyczyn, za które odwołujący ponosi odpowiedzialność, jest wystarczające. Odwołujący znał wszak przyczyny rozwiązania umowy, przygotował odwołanie odnoszące się do nich, zatem jego prawo do ochrony swoich praw w znało uszczerbku

Izba uznała, że zamawiający dokonując wykluczenia nie naruszył art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp.

W tym stanie rzeczy, Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp oddaliła odwołanie orzekając o kosztach stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

Przewodniczący:

.....

.....