

Sygn. akt: KIO 1629/11
KIO 1643/11

WYROK
z dnia 9 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo
Marzena Teresa Ordysińska
Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 sierpnia 2011 r. i 7 stycznia 2013 r. ,w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 29 lipca 2011 r. przez wykonawcę **FORPOSTA S.A. (dawniej Praxis Sp. z o.o.) 40-129 Katowice, ul. Misjonarzy Oblatów 11,**
- B. w dniu 1 sierpnia 2011 r. przez wykonawcę **ABC Direct Contact Sp. z o. o., 05-270 Marki, ul. Słoneczna 3C**

w postępowaniu prowadzonym przez

Pocztę Polską S.A. 00-940 Warszawa, ul. Rakowiecka 26

orzeka:

1. uwzględni oba odwołania i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania dla zadania nr 8 i 10 i nakazuje zamawiającemu kontynuację postępowania zgodnie z obowiązującymi procedurami,
2. kosztami postępowania obciąża **Pocztę Polską S.A. 00-940 Warszawa, ul. Rakowiecka 26** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **FORPOSTA**

S.A. (dawniej Praxis Sp. z o.o.) 40-129 Katowice, ul. Misjonarzy Oblatów 11 tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ABC Direct Contact Sp. z o. o., 05-270 Marki, ul. Słoneczna 3C tytułem wpisu od odwołania,

2.3. zasądza od Poczty Polskiej S.A. 00-940 Warszawa, ul. Rakowiecka 26 na rzecz FORPOSTA S.A. (dawniej Praxis Sp. z o.o.) 40-129 Katowice, ul. Misjonarzy Oblatów 11 kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika,

2.4. zasądza od Poczty Polskiej S.A. 00-940 Warszawa, ul. Rakowiecka 26 na rzecz ABC Direct Contact Sp. z o. o. 05-270 Marki, ul. Słoneczna 3C kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i 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. 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:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 1629/11

KIO 1643/11

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Poczta Polska S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „doręczanie paczek pocztowych krajowych i zagranicznych, paczek pocztowych Plus, przesyłek pobraniowych, paczek pocztowych przyjmowanych na warunkach szczególnych” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 17 maja 2011 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2011/S 94-154555, a wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

odwołanie sygn. KIO 1629/11

27 lipca 2011 r. odwołujący – PRAXIS Sp. z o.o., obecnie Forposta S.A., wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami czynności zamawiającego zarzucając mu naruszenie:

1. art. 93 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 oraz art. 146 ust. 1 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych przez ich niewłaściwe zastosowanie w następstwie przyjęcia, że postępowanie obarczone było niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego,

2. art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 91 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej w zw. z Artykułem 2 oraz Artykułem 53 i 54 Traktatu podpisanego w Atenach w dniu 16 kwietnia 2003 r. między Królestwem Belgii, Królestwem Danii, Republiką Federalną Niemiec, Republiką Grecką, Królestwem Hiszpanii, Republiką Francuską, Irlandią, Republiką Włoską, Wielkim Księstwem Luksemburga, Królestwem Niderlandów, Republiką Austrii, Republiką Portugalską, Republiką Finlandii, Królestwem Szwecji, Zjednoczonym Królestwem Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej (Państwami Członkowskimi Unii Europejskiej) a Republiką Czeską, Republiką Estońską, Republiką Cypryjską, Republiką Łotewską, Republiką Litewską, Republiką Węgierską, Republiką Malty, Rzeczpospolitą Polską, Republiką Słowenii, Republiką Słowacką dotyczący przystąpienia Republiki Czeskiej, Republiki Estońskiej, Republiki Cypryjskiej, Republiki Łotewskiej, Republiki Litewskiej, Republiki Węgierskiej, Republiki Malty, Rzeczypospolitej Polskiej, Republiki Słowenii i Republiki Słowackiej do Unii Europejskiej oraz postanowień art. 53 ust. 3 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r.

koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych w związku z art. 45 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 poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, iż odwołujący winien zostać wykluczony z postępowania w sytuacji, gdy odwołujący nie jest winny poważnego wykroczenia zawodowego,

3. art. 2 w zw. z art. 8 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej w związku z art. 2 ustawy z dnia 25 lutego 2011 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych,

4. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,

5. innych przepisów wymienionych w treści uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,

2. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania.

W uzasadnieniu zarzutów odwołujący wskazał, iż złożył ofertę obejmującą zadania nr 1 – 7 i nr 9 – 12. 7 lipca 2011 r. zamawiający poinformował go o wyborze jego oferty na wykonanie zadania nr 1, 2, 3, 5, 6, 7, 9, 10, 11 i 12. Wybór ten nie został zakwestionowany przez żadnego z uczestników, a termin podpisania umowy wyznaczony został na 21 lipca 2011 r. Jednak 21 lipca 2011 r. odwołujący został poinformowany o unieważnieniu przetargu w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych z wyjaśnieniem, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdyż wybrane oferty złożone zostały przez firmy podlegające obligatoryjnemu wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający jednakże nie wykluczył wykonawców na żadnym etapie postępowania, dokonał wyboru ich ofert, a następnie unieważnił przetarg uznając, iż zawarcie umowy z wybranymi oferentami byłoby obarczone wadą.

Zdaniem odwołującego brak było podstaw do unieważnienia postępowania.

Przesłanki unieważnienia postępowania nie mogą być interpretowane rozszerzająco. W odniesieniu do normy art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych oznacza to, że wada tkwiąca w postępowaniu musi mieć tak doniosły charakter, że powoduje bezwzględną nieważność umowy. Wyrażone w ust. 1 art. 146 ustawy Prawo zamówień publicznych zastrzeżenie zastosowania odrębnych przepisów oznacza, że w innych

regulacjach mogły zostać przewidziane odmienne przesłanki nieważności umowy, nie wymienione w ustawie oraz niezwiązane z naruszeniem przepisów ustawy stosowanych w trakcie postępowania. Zatem przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych związany jest wyłącznie z przyczynami nieważności umowy, o których mowa w art. 146 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, np. nie jest wadą postępowania upływ terminu realizacji zamówienia określony w ofercie. W niniejszej sprawie nie zaistniała żadna z przesłanek wskazanych w art. 146 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, natomiast ewentualne powstanie przesłanki określonej w art. 146 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych nie powoduje nieważności umowy, a jedynie daje Prezesowi UZP uprawnienie wystąpienia do sądu.

Brak też było podstaw do wykluczenia odwołującego.

Zamawiający stwierdził iż przetarg został unieważniony, gdyż odwołujący winien zostać wykluczony na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, który to przepis nie może mieć zastosowania jako sprzeczny z prawem wspólnotowym i z Konstytucją RP. Przepis ten został wprowadzony na mocy ustawy z dnia 25 lutego 2011 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych. Art. 2 tej ustawy stanowi, że do postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe.

Postępowanie, którego dotyczy odwołanie, zostało wszczęte po wejściu w życie ustawy z 25 lutego 2011 r. Odwołujący został zaskoczony nowelą wprowadzoną przez ustawodawcę i nie mógł odpowiednio zabezpieczyć swoich interesów. W istocie bowiem nowela dotyczy także stanów faktycznych, które istniały przed dniem jej wejścia w życie. Ponieważ do tej pory nie było odpowiednika art. 24 ust. 1 pkt 1a, odwołujący nie kwestionował skuteczności rozwiązania czy odstąpienia od umowy z nim przez zamawiającego, nie miał bowiem w tym wystarczającego interesu prawnego. Ponadto ww. przepis przyznaje zamawiającemu zbyt szerokie uprawnienia do kreowania sytuacji prawnej wykonawcy, który może zostać wykluczony z postępowania na podstawie arbitralnej decyzji zamawiającego przy jednoczesnym pozbawieniu wykonawcy prawa do obrony.

Przepis ten jest również sprzeczny z zasadą demokratycznego państwa prawnego i zasadą niedziałania prawa wstecz. Zasada *lex retro non agit* oraz zasada ochrony praw słusznie nabytych mają charakter zasad przedmiotowych, wyznaczających granicę ingerencji władzy publicznej w sferę praw podmiotowych. Zgodnie z art. 88 ust. 1 Konstytucji RP warunkiem wejścia w życie ustaw, rozporządzeń i aktów prawa miejscowego jest ich ogłoszenie. Zgodnie z art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 20 lipca 2000 r. o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych zasadą ogólną jest, że akty normatywne zawierające przepisy powszechnie obowiązujące wchodzą w życie po upływie 14 dni od ich ogłoszenia.

Akt działa z mocą wsteczną, gdy początek jego stosowania ustalony został na czas wcześniejszy niż ten, w którym akt został prawidłowo ogłoszony oraz gdy nakazuje stosować ustanowione w nim normy prawne do zdarzeń (stanów rzeczy, zachowań), które miały miejsce przed wejściem w życie aktu (w przeszłości) i z którymi prawo nie wiązało dotąd skutków prawnych przewidzianych tymi normami. Taka sytuacja wystąpiła w przypadku art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zasada ochrony praw nabytych głosi, że prawa podmiotowe słusznie nabyte w czasie obowiązywania dawnego prawa trwają nadal pod rządami ustawy nowej, co wyrażono w art. 1 Konstytucji RP i polega na zakazie pozbawienia obywateli praw podmiotowych i ekspektatyw ukształtowanych przez ustawy wydane w wyniku realizacji praw podstawowych lub na zakazie ich ograniczania w stopniu naruszającym istotę danego prawa bez pełnego ekwiwalentu praw (uprawnień) utraconych.

Zdaniem odwołującego Izba ma możliwość stwierdzenia niekonstytucyjności ww. przepisu bez konieczności występowania z wnioskiem do Trybunału Konstytucyjnego, zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego: „jeżeli sąd nie decyduje się na wystąpienie do Trybunału Konstytucyjnego z pytaniem prawnym co do zgodności rozporządzenia z Konstytucją lub ustawą (na podstawie art. 3 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym), to odmawiając zastosowania przepisów tego rozporządzenia powinien samodzielnie przeprowadzić szczegółową prawniczą analizę jego niekonstytucyjności lub niezgodności z ustawą” (wyrok SN z dnia 5 lutego 2008 r., IIPK 150/07, OSNP 2009/7-8/94, wyrok SN z dnia 7 kwietnia 1998 r., I PKN 90/98, OSNP 2000/1/6).

Poza tym art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych jest niezgodny z prawem wspólnotowym mającym pierwszeństwo przed tą ustawą.

W dyrektywie 2004/18/WE kwalifikacja podmiotowa oparta jest na ogólnych predyspozycjach wykonawcy, jego kondycji ekonomicznej i finansowej oraz zdolności zawodowej. Artykuł 44 dyrektywy stanowi, że zamówienia udziela się po zweryfikowaniu przez instytucję zamawiającą predyspozycji wykonawców, którzy nie zostali wykluczeni zgodnie z art. 45 i 46, na podstawie kryteriów dotyczących ich sytuacji ekonomicznej i finansowej, wiedzy lub możliwości zawodowych i technicznych, o których mowa w art. 47 – 52.

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) stwierdził jasno, iż to do państwa członkowskiego należy szczegółowe ustalenie podstaw wykluczenia w zakresie predyspozycji wykonawcy, podczas gdy dyrektywa wskazuje jedynie odniesienia, zgodnie z którymi kryteria te należy oceniać, zgodnie z jego prawem krajowym oraz z uwzględnieniem prawa wspólnotowego. Przesłanki wykluczenia wykonawców wymienione w dyrektywie klasycznej stanowią zamknięty katalog, co wskazano w orzeczeniu wydanym 10 lutego 1982 r. w sprawie 76/81 Transporoute.

Zgodnie z przepisami unijnymi wykonawca może zostać wykluczony, jeśli jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające. Przesłanka ta nie wskazuje na prawomocny wyrok sądowy, więc gdy naruszenie dotyczy przepisów prawa czy też kodeksów postępowania i jest złamaniem prawa administracyjnego lub prowadzi do wszczęcia procedur dyscyplinarnych przez organizacje zawodowe, jest wystarczającym powodem do wykluczenia. Przypadkami naruszeń zawodowych zajmują się organizacje zawodowe, którym podlega dany zawód lub profesja, nie zaś zamawiający. W zakresie, w jakim organizacje te mogą wydawać oświadczenia lub certyfikaty potwierdzające prawidłowość postępowania, powinny one stanowić akceptowalne dowody. Za przypadek „poważnego wykroczenia zawodowego” nie można jednak uznać przypadków 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. Wskazać należy, iż wielokrotnie rozwiązanie lub odstąpienie od umowy może nastąpić z błahego, niezawinionego przez wykonawcę powodu, a będzie podstawą do wykluczenia takiego wykonawcy z przetargów przez okres 3 lat. Ponadto ta podstawa wykluczenia, zgodnie z dyrektywą, może zostać zastosowana przez zamawiającego fakultatywnie, natomiast art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązuje zamawiających do wykluczania wykonawców. Istnieje wyraźna sprzeczność pomiędzy dyspozycją art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych a prawem wspólnotowym, a zatem należy dać pierwszeństwo postanowieniom dyrektywy przed postanowieniami ustawy Prawo zamówień publicznych.

odwołanie sygn. KIO 1643/11

1 sierpnia 2011 r. odwołanie wniósł również odwołujący – ABC Direct Contact Sp. z o.o. zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych przez unieważnienie postępowania mimo nieistnienia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz zaniechanie uzasadnienia istnienia przesłanki wykluczenia odwołującego z postępowania, a tym samym zaniechanie uzasadnienia unieważnienia postępowania.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania z dnia 21 lipca 2011 r. oraz zawarcia umowy z odwołującym dotyczącej części nr 8 zamówienia, zgodnie z rozstrzygnięciem postępowania z 5 lipca 2011 r.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że 21 lipca 2011 r. zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych jako obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy wskazując zaniechanie przed czynnością wyboru ofert wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych. W ocenie zamawiającego przesłanką wykluczenia jest uprzednie wypowiedzenie przez zamawiającego umowy nr 40/7/08 z 30 września 2008 r. oraz odstąpienie od umowy CIOR Wrocław/DZ/474/08 z 1 października 2008 r.

Zdarzenia te miały miejsce przed wejściem w życie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, zatem zamawiający, wbrew zakazowi retroakcji, bezpodstawnie zastosował względem odwołującego nowo obowiązujące przepisy pogarszając jego sytuację prawną w stosunku do stanu poprzedniego. Wskutek tej decyzji odwołujący poniósł nieprzewidziane wcześniej negatywne konsekwencje zdarzeń, których te zdarzenia w chwili ich zaistnienia nie rodziły. W momencie wypowiedzenia i odstąpienia od umów odwołujący nie mógł podjąć żadnych kroków zapobiegających jego ewentualnemu wykluczeniu z przyszłych postępowań (np. zakwestionować odstąpienia i wypowiedzenia na drodze sądowej), bowiem nie wiedział, że takie negatywne następstwa mogą go spotkać.

Na gruncie ustawy zasadniczej z 2 kwietnia 1997 r. ukształtował się pogląd, według którego od organów stosujących prawo oczekuje się, by w pierwszej kolejności wykorzystywały taką technikę wykładni ustawy, która pozostaje w zgodzie z Konstytucją, w celu wyeliminowania nieprawidłowości w stosowaniu prawa. W takim przypadku organy stosujące prawo mają obowiązek wybrać interpretację ustawy, która umożliwia najpełniejsze urzeczywistnienie norm, zasad i wartości konstytucyjnych.

Zgodnie z zasadą *lex retro non agit* przy ustalaniu następstw prawnych zdarzeń, które miały miejsce pod rządami dawnych norm, ale występują także w okresie po wejściu w życie nowej normy, należy kwalifikować je według norm poprzednio obowiązujących. Zasada nieretroakcji ma szczególne znaczenie w przypadku wejścia w życie przepisów pogarszających sytuację prawną ich adresatów. Adresaci norm muszą mieć zapewniony czas na przystosowanie się do zmienionych regulacji i bezpieczne podjęcie decyzji co do dalszego postępowania, co jest szczególnie istotne, gdy nowe przepisy dotyczą działalności gospodarczej, której swoboda jest gwarantowana przez przepisy konstytucyjne, bo podejmowanie decyzji gospodarczych wymaga zwykle czasu, by uniknąć strat.

Art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych istotnie ograniczył prawo udziału w postępowaniach o zamówienia publiczne tym podmiotom, które wcześniej współpracowały z danym zamawiającym. Nowy przepis daje zamawiającemu możliwość wykluczenia wykonawcy na podstawie uprzedniego samodzielnego i arbitralnego rozstrzygnięcia zamawiającego o rozwiązaniu, odstąpieniu lub wypowiedzeniu umowy. Dotkliwa sankcja

w postaci zakazu udziału w postępowaniu nie jest poprzedzona żadną decyzją bezstronnego organu. W przeciwieństwie do art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy, przesłanką wykluczenia nie jest już ani wystąpienie szkody po stronie zamawiającego, ani zapadnięcie prawomocnego wyroku sądu w przedmiocie nienależytego wykonania zamówienia.

Odwołujący z powodzeniem realizuje na rzecz Poczty Polskiej liczne umowy na doręczanie paczek na terenie całego kraju. Wiedząc, że wskutek rozwiązania jednej z umów może zostać pozbawiony możliwości zawarcia innych kontraktów z zamawiającym, odwołujący zakwestionowałby podstawy rozwiązania umów. W chwili odstąpienia i wypowiedzenia obu umów odwołujący miał świadomość, że wyłącznie wyrządzenie szkody przez wykonawcę potwierdzone prawomocnym wyrokiem sądu może pozbawić go prawa realizacji zamówień publicznych w przyszłości. Odwołujący stoi jednocześnie na stanowisku, że w sposób należyty wykonywał obydwie umowy i nie spowodował szkody po stronie zamawiającego, tym samym nie było konieczności kwestionowania przez odwołującego na drodze prawnej rozwiązania obydwu kontraktów. Decyzje biznesowe i prawne w związku z odstąpieniem i wypowiedzeniem umów były podejmowane przez odwołującego z uwzględnieniem aktualnego stanu prawnego i nie przewidywały jego istotnej zmiany pogarszającej sytuację Spółki.

Bezprawność decyzji o unieważnieniu postępowania wynika także z faktu braku uzasadnienia przez zamawiającego istnienia podstaw wykluczenia odwołującego z postępowania. Ograniczył się on wyłącznie do przytoczenia treści art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych oraz faktu odstąpienia i wypowiedzenia umów. W treści pisma nie pojawiają się jednak żadne twierdzenia umożliwiające weryfikację zasadności i skuteczności rozwiązania przez Pocztcę ww. umów, a tym samym możliwości wykluczenia odwołującego z postępowania. Z uzasadnienia do projektu nowelizacji wynika, że ciężar dowiedzenia zasadności rozwiązania umów i faktu wykluczenia z postępowania spoczywa na zamawiającym.

W odpowiedzi zamawiający wniósł o:

1. odrzucenie obu odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż odwołanie zostało wniesione przez podmioty nieuprawnione oraz orzeczenie o kosztach postępowania, ewentualnie
2. w przypadku nieuwzględnienia wniosku o odrzucenie odwołań, oddalenie obu odwołań jako bezzasadnych i orzeczenie o kosztach postępowania.

Zamawiający podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko o zaistnieniu podstaw do wykluczenia obu wykonawców. Zamawiający wyjaśnił, że dokonanie wyboru obu ofert nastąpiło omyłkowo, ze względu na brak informacji w chwili wyboru o podstawach do wykluczenia. Zamawiający odniósł się też do podstaw faktycznych zaistnienia przesłanek wykluczenia

zgodnie z brzmieniem art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, które jego zdaniem wystąpiły, oraz opisał okoliczności rozwiązania umów. Wskazał też, że wykluczeni wykonawcy w złożonych odwołaniach wskazują, iż zostali zaskoczeni nowelizacją wprowadzoną przez ustawodawcę i nie mogli odpowiednio zabezpieczyć swoich interesów oraz nie kwestionowali skuteczności rozwiązania, czy też odstąpienia od umowy, ze względu na brak w owym czasie negatywnych konsekwencji dla dalszego udziału w przetargach, zatem pośrednio sami przyznają, że wypełniła się wobec nich dyspozycja przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych.

Natomiast co do zgodności art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych z przepisami prawa unijnego zamawiający stwierdził, że jakkolwiek wykonawca kwestionuje zgodność przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych z prawem wspólnotowym i Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej, to zamawiający nie jest uprawniony do wzruszania obowiązujących przepisów, lecz zobowiązany do ich przestrzegania. Zgodnie z opiniami prawnymi oraz z drukiem sejmowym numer 3677, poselski projekt ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych jest zgodny z prawem Unii Europejskiej. Nowa przesłanka wykluczenia została wprowadzona do polskiego prawodawstwa zgodnie z wszystkimi regułami państwa prawa.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń Izba ustaliła i zważyła, co następuje: oba odwołania zasługują na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregoś z odwołań, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący mają interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba uznała, że nie zachodzą wskazane przez zamawiającego przesłanki odrzucenia odwołań. Zamawiający w zasadzie nie wykluczył odwołujących z postępowania uznając, że z własnej inicjatywy nie może powtórzyć czynności w postępowaniu, a jedynie poinformował odwołujących, iż zachodzą w stosunku do nich podstawy do wykluczenia. Z tego też względu podniósł, że skoro wykonawcy nie zostali wykluczeni, nie mogą wnieść odwołań i kwestionować czynności zamawiającego.

Izba nie zgadza się z powyższym poglądem. Zamawiający, skoro powziął przekonanie, że wykonawcy podlegają wykluczeniu, powinien ich z postępowania wykluczyć i – niezależnie od zastosowanego przez niego literalnego brzmienia informacji w tym zakresie – należy uznać, że *de facto* odwołujących z postępowania wykluczył, bo taka instytucja została

przewidziana w ustawie Prawo zamówień publicznych. Tym samym odwołującym przysługują wszystkie uprawnienia w zakresie środków ochrony prawnej przewidziane dla podmiotów wykluczonych, jak też możliwość kwestionowania unieważnienia postępowania. Przyjęcie przez zamawiającego tej niezwyklej konstrukcji poinformowania o zachodzących podstawach do wykluczenia zamiast samego wykluczenia nie może bowiem skutkować odebraniem odwołującym prawa do obrony swoich interesów. A ich interes niewątpliwie doznał szkody w momencie utraty perspektyw zawarcia z zamawiającym umów.

Izba stwierdziła również, że stan faktyczny sprawy (postępowania o udzielenie zamówienia publicznego) nie jest sporny między stronami.

Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jedynie konsekwencją sytuacji zaistniałej w postępowaniu, a realnym przedmiotem sporu pomiędzy stronami jest zastosowanie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis ten stanowi, że 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.

Izba nie podzieliła opinii odwołujących o niezgodności art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej, w tym o złamaniu poprzez jego wprowadzenie zasady *lex retro non agit* i ochrony praw nabytych.

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, choć bezspornie odwołuje się do stanu faktycznego, który miał miejsce w przeszłości, przed wszczęciem postępowania – a często również przed ustanowieniem samego przepisu – to jednak dotyczy nie tych stanów rozwiązania, wypowiedzenia czy odstąpienia od umowy, lecz prowadzonego przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem jego skutek objawia się we wszczętych po wejściu w życie tego przepisu postępowaniach i wpływa nie na przeszłe rozwiązanie, wypowiedzenie czy odstąpienie od umowy, lecz na wykluczenie wykonawcy z prowadzonego „obecnie” postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. I choć z samego założenia wszystkie zainteresowane podmioty mogą ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego, to nie istnieje generalna zasada ogólnie nabytego i posiadane przez wykonawców prawa do udziału w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, która podlegałaby ochronie. Dlatego też w każdym postępowaniu wykonawcy zgłaszają osobny akces i w każdym postępowaniu jest on w sposób konkretny

i indywidualny oceniany, a wykonawca zostaje przez danego zamawiającego w danym postępowaniu dopuszczony do udziału lub nie.

Jednocześnie wprowadzając przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych ustawodawca musiał założyć, że korzystanie z możliwości rozwiązania, wypowiedzenia czy odstąpienia od umowy przez zamawiającego będzie stosowane w uzasadnionych wypadkach, a nie nadużywane i w związku z tym będzie badane i oceniane.

Nie jest to żadnym ustawowym *novum*, gdyż wszystkie swoje działania i decyzje podjęte w ramach postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający musi potrafić uzasadnić, a w miarę potrzeby również poprzeć stosownymi dowodami.

W kwestii dowodowej w postępowaniu odwoławczym, przepis ten nie wprowadza żadnych odstępstw od ogólnie przyjętej zasady dowodowej wyrażonej w art. 6 Kodeksu cywilnego oraz art. 190 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. iż ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, a strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Zatem, skoro zamawiający wywodzi, że prawidłowo wykluczył odwołujących, powinien tego dowieść, tj. iż przesłanki wykluczenia wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych nastąpiły, a odwołujący, że zostali nieprawidłowo wykluczeni i przesłanki te nie nastąpiły.

Niezależnie od powyższego Izba podzieliła wątpliwość odwołujących, czy brzmienie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych przystaje do treści art. 53 ust. 3 i art. 54 ust. 4 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych w zw. 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 usługi, w szczególności do przywołanego jako podstawa wprowadzenia art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych art. 45 ust. 2 lit. d tej dyrektywy, który stanowi, że z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające, a także z wielokrotnie wskazywaną przez Trybunał zasadą zakazu stosowania automatyzmu i nieproporcjonalności przepisów przy wprowadzaniu przepisów krajowych.

W związku z powyższym Izba, postanowieniem z 30 sierpnia 2011 r., zwróciła się do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z pytaniami prejudycjalnymi.

W konsekwencji 13 grudnia 2012 r. Trybunał wydał wyrok w sprawie C-465/11, w którym uznał, że: „1) Artykuł 45 ust. 2 akapit pierwszy 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 należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie obowiązywaniu uregulowań krajowych stanowiących, że poważne wykroczenie zawodowe, powodujące automatyczne wykluczenie danego wykonawcy z trwającego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, zachodzi, gdy z powodu okoliczności, za które wykonawca ten ponosi odpowiedzialność, instytucja zamawiająca rozwiązała albo wypowiedziała wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego, albo odstąpiła od umowy w sprawie zamówienia publicznego z danym wykonawcą, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy, albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania w toku, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy” oraz że „2) Zasady i normy prawa Unii z zakresu zamówień publicznych nie uzasadniają tego, by w imię ochrony interesu publicznego oraz słuszych interesów instytucji zamawiających, jak również zachowania uczciwej konkurencji między wykonawcami, uregulowania krajowe, takie jak uregulowania będące przedmiotem postępowania głównego, zobowiązywały instytucję zamawiającą do automatycznego wykluczenia z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy w sytuacji takiej, o jakiej jest mowa w odpowiedzi na pierwsze pytanie.”

Z powyższego wynika, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych w jego ustawowym, literalnym brzmieniu, jest niezgodny w prawie unijnym.

Jednak przepis ten nie został uchylony, podlega więc zastosowaniu. Jednocześnie, zgodnie z przyjętymi zasadami, jego stosowanie powinno odbywać się z uwzględnieniem ww. wyroku Trybunału, czyli przez tzw. wykładnię prounijną. Trybunał przedstawił pewne ramy tej wykładni, z których wynika, że:

1. rozumienie art. 45 ust. 2 lit. d dyrektywy 2004/18/WE nie zostało narzucone przez dyrektywę, lecz to państwa członkowskie określają, wyjaśniają i doprecyzowują warunki wykonania tego przepisu zgodnie z przepisami prawa krajowego, jednak uwzględniając przepisy prawa Unii (akapit 25. i 26. wyroku),

2. pojęcia „poważnego wykroczenia zawodowego” nie należy sprowadzać tylko do naruszenia wąsko rozumianych norm deontologicznych obowiązujących w zawodzie wykonywanym przez wykonawcę, które stwierdzane są przez organ dyscyplinarny ustanowiony dla tego zawodu lub sąd, lecz obejmuje ono też wszelkie zawinione uchybienia, które wpływają na wiarygodność zawodową danego wykonawcy; zatem niewykonanie zobowiązań umownych również można uznać za wykroczenie zawodowe (akapit 27. – 29. wyroku),

3. zatem pojęcie „poważnego wykroczenia” odnosi się co do zasady do zachowania wykonawcy wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony. Natomiast jakiegokolwiek nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części, które wykazuje niższe kompetencje zawodowe danego wykonawcy, nie jest automatycznie równoważne z poważnym wykroczeniem (akapit 30. wyroku),
4. tak więc również nieprawidłowe, niedokładne czy niskie jakościowo wykonanie umowy lub niskie kompetencje zawodowe danego wykonawcy mogą być uznawane za poważne wykroczenie zawodowe, jednak nie w sposób automatyczny i nie „jakiegokolwiek” niskie kompetencje lub słaba jakość wykonania, lecz one także podlegają ocenie w kierunku zamiaru uchybienia lub stopnia niedbalstwa takiego wykonawcy (akapit 30. wyroku),
5. w każdym bowiem z przypadków stwierdzenie zaistnienia „poważnego wykroczenia” wymaga przeprowadzenia konkretnej i zindywidualizowanej oceny postawy danego wykonawcy (akapit 31. wyroku),
6. pojęcia „poważnego wykroczenia” wykonawcy nie można zastępować pojęciem „okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność”, które jest bardzo szerokie i może obejmować sytuacje dalece wykraczające poza postawę danego wykonawcy wykazującą zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony (akapit 33. wyroku),
7. przekroczeniem uprawnień ustawodawcy krajowego było sformułowanie przepisu zmuszającego zamawiającego do automatycznego wykluczania wykonawców i pozbawiającego zamawiającego możliwości dokonania oceny, dla każdego przypadku oddzielnie, wagi uchybienia danego wykonawcy w związku z wykonaniem wcześniejszego zamówienia (akapit 34. i 35. wyroku),
8. ustawodawcy krajowi nie mogą też wprowadzać własnych uregulowań, odmiennych od unijnych przesłanek wykluczenia wykonawcy dotyczących cech zawodowych wykonawców (akapit 38. i 39. wyroku).

Tym samym należy stwierdzić, że, podobnie jak wcześniej Izba w swoim zapytaniu, Trybunał generalnie nie zanegował samej istoty przepisu, zwłaszcza możliwości uznania wcześniejszego niewykonania i nienależytego wykonania umowy za podstawę wykluczenia wykonawcy, lecz głównie dwa jego aspekty, tj. zbyt szerokie określenie podstaw odpowiedzialności („okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność”) oraz automatyzm stosowania przepisu (bez możliwości oceny stanu faktycznego przez zamawiającego).

Zatem, w konsekwencji, zdaniem Izby, prowsólnotow wykldnie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych należy przeprowadzi w taki sposób, że przepis ten należy odczytywa tak, jakby brzmiał:

„Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, z którymi dany zamawiający rozwiza albo wypowiedział umw w sprawie zamówienia publicznego albo odstpi od umowy w sprawie zamówienia publicznego, z powodu zachowania wykonawcy przy realizacji tej umowy wskazującego na zamiar uchybienia lub na stosunkowo poważne niedbalstwo, 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% wartość umowy, chyba że dokonana przez zamawiającego ocena zachowania wykonawcy przy realizacji umowy wskazuje, że wykluczenie takie nie jest uzasadnione.”

Wbrew założeniom poczynionym przy tworzeniu art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, przy takiej różnorodności stanów faktycznych, które mogą zaistnieć przy wykonywaniu tak wielkiej liczby umów, nie da się uniknąć elementu oceny ze strony zamawiającego – zarówno przy samym rozwiązywaniu, wypowiedaniu, odstąpieniu od umowy, jak i przy kwalifikacji wykonawców w postępowaniu. Niezastąpione jest to również ze względu na konieczność odniesienia ogólnych poje do indywidualnego stanu faktycznego, czyli np. czym w danych warunkach jest „stosunkowo poważne niedbalstwo”, a czego ustawodawca nie jest w stanie dokona adn definicj. Poza tym okoliczność ta (oceny przez zamawiającego) wcale nie musi być niekorzystna dla wykonawców, na co pośrednio zwrci uwagę TSUE w akapicie 34. wyroku – a na pewno może być mniej niekorzystna ni narzucanie zamawiającemu obowiązku takiego wykluczenia.

W stanie faktycznym rozpatrywanej sprawy i dla sytuacji stron w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego orzeczenie TSUE może mieć realne znaczenie jedynie dla zadania nr 8 i 10, których realizacja zosta przewidziana odpowiednio do 21 i 31 lipca 2014 r. Dla zadania nr 8 początkowo zosta wybrany odwołujący – ABC Direct Contact Sp. z o.o., a dla zadania nr 10 Forposta S.A. (Praxis Sp. z o.o.).

Ze stanowisk stron oraz przedstawionych przez nich dokumentów wynika, że wskazana przez zamawiającego podstawa rozwiązania umów z odwołującymi si wykonawcami potwierdzi si.

Wskazana przez zamawiającego w przedstawionych Izbie dokumentach przyczyn „odstąpienia w trybie natychmiastowym” od umowy nr CI/OR/OL/DZP/45/08 z 1 lipca 2008 r.

zawartej z odwołującym Forposta S.A. (Praxis Sp. z o.o.) było niewywiązywanie się przez tego wykonawcę z terminowego podstawiania środków transportu, pobierania i rozliczania paczek oraz ich doręczania.

Podobny powód, tj. niedostatecznej ilości i ładowności podstawianych pojazdów, ilości pobranych do doręczeń paczek i przesyłek oraz zdawanie pobranych przesyłek bez próby doręczenia, podał zamawiający w przypadku wypowiedzenia umowy nr CI/OR Wrocław/ORZ/204/10 z 23 czerwca 2010 r. W ocenie zamawiającego stan ten wynikał z faktu, że wykonawca nie dysponował odpowiednim potencjałem technicznym i osobowym do wykonania zamówienia, a składając stosowne oświadczenia w ofercie wprowadził zamawiającego w błąd.

Trzecią rozwiązana umową była umowa nr CI/ORKr/CLORKr/356/08 z 18 września 2008 r., od której również zamawiający odstąpił z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Zamawiający wskazał też, iż wykonawca w zasadzie nie kwestionował owego odstąpienia i wypowiedzenia umowy, zaakceptował też naliczone kary umowne.

W trakcie postępowania odwoławczego odwołujący – Forposta S.A. (Praxis Sp. z o.o.), poza zanegowaniem powyższego stanowiska zamawiającego, nie przedstawił jakiegokolwiek przekonującej argumentacji ani żadnych dowodów wskazujących na to, że podjęta przez zamawiającego decyzja o wypowiedzeniu czy odstąpieniu od umowy była niesłuszna.

W odniesieniu do odwołującego – ABC Direct Contact Sp. z o.o. zamawiający wskazał następujące przyczyny wypowiedzenia umowy nr 40/7/08 z 30 września 2008 r.: wykonawca świadczył usługę za pośrednictwem podwykonawcy nie informując o tym zamawiającego, niezgodnie z § 1 ust. 6 tej umowy, przy zatrudnieniu przez owego podwykonawcę nieuprawnionego doręczyciela nieposiadającego zaświadczenia z KRK o niekaralności, które wykonawca zobowiązany był złożyć zgodnie z § 2 pkt 3 umowy, a w trakcie wykonywania usługi przez owego doręczyciela doszło do zagarnięcia kwoty pobrania za przesyłkę w wysokości 3.486 zł oraz zamiany zawartości w przesyłce z kwotą pobrania 1280 zł.

Odstępując od umowy nr CI/OR Wrocław/DZ/474/08 z 1 października 2008 r. zamawiający wskazał, że wykonawca w ogóle nie przystąpił do realizacji umowy w dwóch zadaniach (rejonach), w innych nie podstawiał wymaganej liczby samochodów, jak też samochodów o wymaganej ładowności, przez co zamawiający musiał paczki rozwozić własnymi środkami i na własny koszt zatrudniając dodatkowych pracowników tymczasowych. Według zamawiającego pracownicy wykonawcy osiągnęli też bardzo niskie wskaźniki doręczania paczek i przesyłek. Zdaniem zamawiającego wykonawca ten w ofercie poświadczył nieprawdę, że dysponuje potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania przedmiotu zamówienia.

Zamawiający i odwołujący podczas rozprawy i w przedstawianych dokumentach usiłowali obarczyć winą za zaistniały stan rzeczy stronę przeciwną, żaden z nich jednak nie przedstawił kompletnego materiału dowodowego, w tym nawet pełnych treści wszystkich umów, który Izba mogłaby ocenić bez wątpliwości. Znacząca części stanu faktycznego (w tym stopnia zawinienia obu stron) odnosiła się również do działań lub zaniechań poszczególnych pracowników obu spółek (zwłaszcza szykanowania doręczycieli odwołującego przez pracowników Poczty we Wrocławiu), lecz na te okoliczności nie przedstawiono dowodów czy to z dokumentów, czy to z zeznań świadków. Pozew o zapłatę w postępowaniu upominawczym i sprzeciw od nakazu zapłaty to jednak wciąż są stanowiska stron. Powołanej przez strony oceny dokonanej przez Sąd Rejonowy i Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wydanych przez nie wyrokach Izba nie mogła wziąć pod uwagę z powodu jej braku (żadna ze stron nie przedstawiła odpisu orzeczeń, nie są one również powszechnie dostępne). Poza tym Izba i tak zobowiązana jest przeprowadzić własną ocenę stanu faktycznego sprawy i materiału dowodowego.

O ile korzystanie z podwykonawcy, brak informacji z KRK czy niepożądane zachowania doręczycieli niewątpliwie są w różnym stopniu nienależytym wykonaniem umowy, to jednocześnie nie można uznać ich bezwarunkowo za „poważne wykroczenie zawodowe” wykonawcy w rozumieniu wskazanym przez TSUE. Co do czynów doręczycieli należy wskazać, że również postanowienia umowy przewidywały, że takie zdarzenia mogą nastąpić, co skutkowało m.in. obowiązkiem pokrycia przez wykonawcę wynikłych szkód – jak Izba wywodzi ze stanowisk stron, odwołujący zaistniałe szkody pokrył, zatem w tym zakresie z umowy się wywiązał.

Natomiast odwołujący – ABC Direct Contact Sp. z o.o. nie wykazał, że nieprawdziwy był najpoważniejszy zarzut zamawiającego, tj. iż nie podstawił odpowiedniej liczby samochodów do rozwożenia paczek i tych paczek nie rozwoził, jak też, że w niektórych rejonach w ogóle nie przystąpił do realizacji zamówienia, w związku z tym czynności te zmuszony był wykonywać zamawiający na swój koszt. Przy tym nie był to zakres umowy, który bez szkody dla jej realizacji mógł być wykonany w okresie późniejszym.

Tym samym w stosunku do owych wykonawców można by było przyjąć, że potwierdziły się przyczyny wykluczenia opisane w art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych po interpretacji dokonanej zgodnie z wykładnią TSUE.

Trybunał jednak zwrócił uwagę na jeszcze jedną okoliczność, już wskazaną powyżej, czyli element oceny zamawiającego mający niwelować automatyzm nakazu wykluczenia wykonawców wynikający z samego przepisu.

Jak wynika ze stanowiska zamawiającego, w chwili podejmowania decyzji o wykluczeniu (tudzież o zachodzeniu przesłanek do wykluczenia) nie mając podstaw do dokonywania

takiej oceny, w stosunku do obu wykonawców kierował się wyłącznie zaistniałym faktem wypowiedzenia i odstąpienia od umów.

Tym samym, wobec poglądu Trybunału, ocena zaistnienia przesłanek wykluczenia z postępowania dla zadania nr 8 i 10 powinna być dokonana ponownie. W związku z powyższym zamawiający powinien unieważnić czynność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dla tych zadań, powtórzyć czynność badania i oceny ofert dla tych zadań oraz podjąć dalsze czynności zgodnie z przyjętą procedurą.

W odniesieniu do pozostałych zadań założony w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i zadeklarowany w ofertach okres ich wykonywania już minął lub minie zanim zamawiający będzie w stanie zawrzeć umowę. Zamawiający określił bowiem zakres świadczenia jako doręczanie paczek pocztowych i przesyłek pobraniowych w konkretnym okresie wskazując dokładne daty rozpoczęcia (w zależności od zadania 22 lipca lub 1 sierpnia 2011 r.) i zakończenia wykonania usługi (zadanie nr 4, 11 – 21 lipca 2012 r., nr 1, 9 – 31 lipca 2012 r., nr 5, 6, 7, 12 – 21 stycznia 2013 r., nr 2, 3 – 31 stycznia 2013 r., nr 8 – 21 lipca 2014 r., nr 10 – 31 lipca 2014 r.)

Tym samym dostarczanie paczek i przesyłek pobraniowych w tym okresie jest istotą przedmiotu zamówienia i nie może być zastąpione dostarczaniem paczek i przesyłek pobraniowych w roku 2013 i 2014 (byłoby to już inne zamówienie). Oczywiście jest też, że usługa już nie zostanie zrealizowana w odniesieniu do przeszłości.

Zgodnie z art. 140 ustawy Prawo zamówień publicznych zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy musi być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, a umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. (Takiego rygoru nie ma, gdy zakres umowy jest węższy niż przedmiot zamówienia).

Z powyższego wynika, że zamawiający nie może już zawrzeć umów w zakresie zadań, których termin wykonania minął, a zawarta umowa podlegałaby unieważnieniu.

Ziściła się więc przesłanka określona w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli podstawa unieważnienia zastosowana przez zamawiającego, nawet jeśli nastąpiła z innych przyczyn niż wskazane przez zamawiającego. Tym samym dla zadań nr 1, 2, 3, 5, 6, 7, 9, 11 i 12 brak jest wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o którym mowa w art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i odwołanie nie może być uwzględnione.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 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 i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....