

WYROK

z dnia 25 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Aneta Mlącka**
Przemysław Dzierzędzki
Magdalena Grabarczyk

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 kwietnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 kwietnia 2013 r. przez wykonawcę **PROMED S.A., ul. Krajewskiego 1B, 01-520 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Akademicki Szpital Kliniczny im. Jana Mikulicza-Radeckiego, ul. Borowska 213,50-556 Wrocław**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w zakresie pakietów: nr 4 pozycja 8, nr 22 pozycja 1-6, nr 30 pozycja 7, nr 30 pozycja 8, nr 39 pozycja 2, nr 39 pozycja 3, numer 39 pozycja 6, nr 52 pozycja 10, nr 52 pozycja 13, nr 52 pozycja 18, nr 52 pozycja 19, nr 52 pozycja 21-24,
- unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty w zakresie powyżej wskazanych pakietów,
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie powyżej wskazanych pakietów;

2. kosztami postępowania obciąża Akademicki Szpital Kliniczny im. Jana Mikulicza-Radeckiego, ul. Borowska 213,50-556 Wrocław i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **PROMED S.A., ul. Krajewskiego 1B, 01-520 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Akademickiego Szpitala Klinicznego im. Jana Mikulicza-Radeckiego, ul. Borowska 213,50-556 Wrocław** na rzecz **PROMED S.A., ul. Krajewskiego 1B, 01-520 Warszawa** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz 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 we Wrocławiu.

Przewodniczący:

.....

.....

UZASADNIENIE

Akademicki Szpital Kliniczny im. Jana Mikulicza-Radeckiego we Wrocławiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „dostawę sprzętu medycznego”. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 12 stycznia 2013 r. pod numerem 2013/S 009-010854.

Odwołujący PROMED S.A. wniósł odwołanie od czynności (zaniechań) Zamawiającego polegających na unieważnieniu czynności wyboru oferty Odwołującego w pakietach: Pakiet nr 4 pozycja 8; Pakiet nr 22 pozycja 1; Pakiet nr 22 pozycja 2; Pakiet nr 22 pozycja 3; Pakiet nr 22 pozycja 4; Pakiet nr 22 pozycja 5; Pakiet nr 22 pozycja 6; Pakiet nr 22 pozycja 8; Pakiet nr 30 pozycja 7; Pakiet nr 30 pozycja 8; Pakiet nr 39 pozycja 2; Pakiet nr 39 pozycja 3; Pakiet nr 39 pozycja 6; Pakiet nr 52 pozycja 10; Pakiet nr 52 pozycja 13; Pakiet nr 52 pozycja 15; Pakiet nr 52 pozycja 18; Pakiet nr 52 pozycja 19; Pakiet nr 52 pozycja 21; Pakiet nr 52 pozycja 22; Pakiet nr 52 pozycja 23; Pakiet nr 52 pozycja 24, a także od czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy; odrzuceniu oferty Odwołującego w odniesieniu do części zamówienia wskazanych powyżej, zaniechaniu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej we wszystkich ww. pakietach.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że powyższe czynności zostały dokonane bezpodstawnie, na skutek błędnej wykładni art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 1 pkt 1a, art. 24 ust. 4, art. 93 ust. 1 pkt 1 oraz art. 91 ust. 1 ustawy, a także art. 45 ust. 2 pkt 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 zw. z art. 53 ust. 3 i art. 54 ust. 4 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w zakresie ww. pakietów i pozycji; unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania w zakresie ww. pakietów i pozycji, powtórzenia czynności badania i oceny oferty Odwołującego w zakresie ww. pakietów i pozycji, dokonania wyboru oferty Odwołującego w zakresie ww. pakietów i pozycji.

Zamawiający zawiadomił Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy. Jako uzasadnienie faktyczne podjętej czynności podano

rozwiązanie przez Zamawiającego umowy nr ASK/DZP/PN-133/2012 z powodu okoliczności, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność zgodnie z § 6 ust 2 ww. umowy. Zamawiający na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy odrzucił ofertę Odwołującego. Jednocześnie, Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy.

W dniu 20 listopada 2012 r. Odwołujący złożył u swojego partnera GE Healthcare zamówienia na dostawę sprzętu medycznego, w tym inkubatora otwartego Giraffe Warmer, oznaczone numerem 87/USA. Zamówienie zawierało w temacie informację o najwyższym stopniu pilności jego realizacji. Złożenie zamówienia miało miejsce jeszcze przed wszczęciem postępowania gdyż zamówienie było składane do bieżącej sprzedaży. 21 listopada 2012 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych ukazało się ogłoszenie o zamówieniu na dostawę aparatury medycznej: Zadanie nr 1 - Dostawa inkubatora otwartego - stanowisko do resuscytacji noworodków -1 kpl, Zadanie Nr 2 - Dostawa aparatów EKG wraz z wózkami - 12 kpl. 22 listopada 2012 r. producent potwierdził Odwołującemu przyjęcie zamówienia oraz zadeklarował termin jego realizacji na dzień 13 grudnia 2012 r. (tydzień 50) - zgodnie z żądaną przez Odwołującego datą.

Wobec deklaracji producenta z dnia 22 listopada 2012 r., Odwołujący zdecydował się na wzięcie udziału w postępowaniu przetargowym, przewidującym termin wykonania umowy do 17 grudnia 2012 r. Odwołujący zobowiązał się dostarczyć urządzenie pn. Giraffe Warmer produkcji GE Healthcare (objęte zamówieniem nr 87/USA) do 17.12.2012 r (51 tydzień). Odwołujący GE Healthcare jest jednym z liderów wśród światowych producentów innowacyjnych technologii medycznych oraz wieloletnim dostawcą sprzętu medycznego, od ponad 10 lat rzetelnie współpracującym z Odwołującym wobec czego Odwołujący nie miał podstaw by przypuszczać, że deklarowany termin realizacji zamówienia (50 tydzień kalendarzowy roku) nie zostanie dotrzymany.

3 grudnia 2012 r. Odwołujący zawarł z Zamawiającym umowę na dostawę aparatury medycznej - inkubatora - stanowiska do resuscytacji noworodków. 4 grudnia 2012 r. Odwołujący otrzymał od producenta informację, że termin realizacji został przesunięty na 51 tydzień roku (tzn. na okres 17-21.12.2012 r.). Od tego momentu Odwołujący miał wiedzę, że prawdopodobne jest opóźnienie w dostawie sprzętu od producenta, mógł jednak zakładać (i zakładał), że jeśli do niego dojdzie, to będzie ono nieznaczne. Odwołujący podkreślił, że nie występowały wówczas żadne przesłanki, które pozwalałyby przewidywać, że dostawa opóźni się powyżej daty 24 grudnia 2012 r. 12 grudnia 2012 r. Odwołujący otrzymał kolejną wiadomość od producenta, gdzie w zestawieniu określającym bieżący status realizacji wszystkich złożonych zamówień i dostaw GE Healthcare nadal podtrzymuje zapewnienie, że

dostawa zostanie zrealizowana w 51 tygodniu roku. W tym samym dniu Odwołujący otrzymał informację od producenta, że GE Healthcare nie może zrealizować całego zamówienia, bo produkcja części sprzętu jest wstrzymana. Producent poprosił o zgodę na dostawę częściową (m.in. inkubatorów do Wrocławia). Producent potwierdził, że inkubatory są zarezerwowane i że wysyłka odbędzie w tygodniu 51. Producent zadeklarował, że wszystkie inkubatory, których produkcja nie podlega wstrzymaniu (w tym urządzenia „Warmers” czyli właśnie towary zamówione m.in. do Wrocławia) wyśle jak najszybciej. 18 grudnia 2012 r. Odwołujący po raz kolejny otrzymał od producenta zestawienie, z którego wynikało, że dostawa będzie wysłana do Polski w trakcie 51 tygodnia roku 2012.

Na zadane tego dnia pytanie o dostawę inkubatorów, producent GE Healthcare niezwłocznie odpowiedział, że inkubatory zostaną wysłane 21 grudnia 2012 r., a tylko inne urządzenia zostaną dostarczone w roku 2013. Odwołujący podkreślił, że w oparciu o takie zapewnienie mógł sądzić, że producent posiadając specjalny system koordynujący zamówienia zabezpieczył również odpowiednio moce przerobowe dla zrealizowania awizowanych przez dystrybutorów dostaw. Dodatkowo Odwołujący wskazywał na okoliczność, że producent cały czas utwierdzał Odwołującego w przekonaniu, że opóźnienia nie będzie albo, że będzie ono niewielkie.

W tym samym dniu 18 grudnia 2012 r. po otrzymaniu od producenta informacji, o których mowa powyżej Odwołujący w związku ze spodziewaną dostawą, zaplanował na 24 grudnia 2012 r. przygotowanie inkubatora do dostawy i instalacji (montaż części i akcesoriów, weryfikację jego stanu technicznego, testy, przekazanie do transportu etc.). Dostawa aparatu od producenta do Polski spodziewana była bowiem właśnie na czwartek 24 grudnia 2012 r., zaś jego instalacja u Zamawiającego na pierwszy możliwy kolejny dzień po Świątach, tj. 27 grudnia 2012 r. W tym czasie Odwołujący cały czas oczekiwał na towar. Odwołujący podkreślił, że pomimo zapewnień ze strony producenta, rozpoczął poszukiwania alternatywnej możliwości dostarczenia Zamawiającemu inkubatora. W tym czasie posiadał na stanie magazynowym inne inkubatory o podobnej konfiguracji, jednak po weryfikacji ich parametrów okazało się, że ze względu na precyzyjnie określone, konkretne parametry oczekiwanego przez Zamawiającego aparatu nie są to urządzenia odpowiadające opisowi przedmiotu zamówienia zawartemu w SIWZ, przez co nie istnieje możliwość zaproponowania ich jako dostawy zamiennej (zastępczej) - byłoby to bowiem nadal nienależyte wykonanie umowy. Równolegle trwały poszukiwania pożądanego inkubatora w innych lokalizacjach - również bez efektu. Odwołujący zaznaczył, że pomiędzy 17 a 21 grudnia 2012 r. przedstawiciel Odwołującego wielokrotnie kontaktował się z Zamawiającym, osobiście oraz telefonicznie i informował go o niezależnym od Odwołującego opóźnieniu dostawy oraz aktualnym stanie sytuacji. 27 grudnia 2012 r. Odwołujący otrzymał informację

od producenta, że aparat dopiero został wyprodukowany, wyszedł z fabryki oraz jest gotowy do wysyłki do Polski. Zaplanowano w związku z tym przygotowania aparatury, tym razem na 31 grudnia 2012 r. oraz samą dostawę i instalację na pierwszy możliwy następny dzień roboczy tj. 2 stycznia 2013 r. Działania te były planowane w oparciu o ustną informację uzyskaną od producenta, o tym, że planowana dostawa do Polski będzie możliwa dopiero w dniu 31 grudnia 2012 r. Odwołujący, mając powyższą wiedzę wystosował pismo do Zamawiającego o gotowości do dostawy w dniu 4 stycznia 2013 r. 31 grudnia 2012 r. Odwołujący otrzymał informację o dotarciu inkubatora do magazynu. 31 grudnia 2012 r. Odwołujący otrzymał pismo zawierające oświadczenie Zamawiającego o odstąpieniu przez niego od umowy z dnia 3 grudnia 2012 r. W piśmie tym Zamawiający oświadczył, że na podstawie § 6 ust. 1 umowy "rozwiązuje umowę nr ASK/DZP/PN-133/2012 z dnia 3 grudnia 2012 r. na dostawę inkubatora otwartego - stanowiska do resuscytacji noworodków". Jednocześnie Zamawiający poinformował, że w związku z tym, iż dostawa i montaż przedmiotu umowy nie zostały zrealizowane do dnia 31 grudnia 2012 r. Zamawiający stracił dotację celową na zakup przedmiotu umowy, w związku z czym nie ma możliwości realizacji dostawy w dniu 4 stycznia 2012 r. Odwołujący w piśmie z dnia 03.01.2013 r. podtrzymał gotowość spełnienia świadczenia, zwracając się o cofnięcie oświadczenia woli o rozwiązaniu umowy i deklarując natychmiastową dostawę zamówionego sprzętu. W ocenie Odwołującego odmowne stanowisko Zamawiającego było podyktowane bardziej względami ekonomicznymi (utrata środków) niż niechęcią do Odwołującego lub brakiem wiary w pozytywne zakończenie umowy.

Zgodnie z § 6 ust. 1 ww. umowy, dostawa miała zostać zrealizowana w terminie do dnia 17 grudnia 2012 r. Zamawiający mógł rozwiązać umowę ze skutkiem natychmiastowym w przypadku przekroczenia terminu realizacji dostawy o 7 dni (§ 6 ust. 2 ww. umowy). Ostatecznie, rozliczenie miało nastąpić do dnia 31 grudnia 2012 r. (§ 8 ust. 2 ww. umowy). Odwołujący argumentował, że zgodnie z art. 395 k.c. skuteczne zastrzeżenie umownego prawa odstąpienia od umowy uzależnione jest od określenia terminu, jaki strona ma na złożenie stosownego oświadczenia woli. Skoro zatem w umowie z dnia 3 grudnia 2012 r. zawartej pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym strony nie oznaczyły terminu na skorzystanie przez Zamawiającego z umownego prawa odstąpienia (art. 395 § 1 k.c.), a nadto Zamawiający nie uznał za stosowne wyznaczenie Odwołującemu dodatkowego terminu na spełnienie zobowiązania (art. 491 k.c.), to należy poddać pod wątpliwość skuteczność złożonego przez Zamawiającego oświadczenia woli o "rozwiązaniu umowy".

Odwołujący podkreślił, że nie jest winien jakiegokolwiek umyślnego, poważnego w skutkach przewinienia zawodowego, które w świetle prawa Unii Europejskiej dopuszczałoby wykluczenie wykonawcy z postępowania.

Odwołujący powołał się na wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 13 grudnia 2012 roku, w którym Trybunał uznał przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp za nadmiernie restrykcyjny, podkreślając, że jakiegokolwiek nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części może ewentualnie wykazać niższe kompetencje zawodowe danego wykonawcy, lecz nie jest automatycznie równoważne z poważnym wykroczeniem. Tymczasem art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy posługuje się właśnie tym ostatnim pojęciem, które w ocenie Trybunału rozumieć należy w ten sposób, że odnosi się ono zwykle do zachowania danego wykonawcy wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony. Odnosząc się do przesłanki rozwiązania umowy „z powodu okoliczności za które wykonawca ponosi odpowiedzialność” na gruncie wykładni językowej nie sposób wyprowadzić wniosku, że winny może być tylko wykonawca działający umyślnie, czy też z winy umyślnej. W związku z tym pojęcie „poważnego wykroczenia zawodowego” zdaje się odpowiadać na gruncie prawa krajowego pojęciu „rażącego niedbalstwa”. Po drugie, Trybunał wytknął automatyzm polskich przepisów, bezwzględnie nakazujących Zamawiającemu wykluczenie wykonawcy w okolicznościach w nich wskazanych.

Odwołujący wskazał, że w ocenie Trybunału regulacja art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp jest sprzeczna zarówno z art. 45 ust. 2 dyrektywy, bowiem wykracza poza zawarty w dyrektywie zamknięty katalog podstaw mogących uzasadniać wykluczenie wykonawcy z udziału w przetargu, jak i zasadami i innymi normami prawa Unii z zakresu zamówień publicznych.

Ponadto odwołujący przytoczył stanowisko Urzędu dotyczące skutków wyroku TSUE w sprawie C-465/11 dla stosowania art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp. Odnosząc się do powyższego stanowiska UZP niewątpliwie zgodzić się trzeba, że ww. wyrok nie uchyla ww. artykułu, a zatem przepis ten musi być nadal stosowany w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, konieczne jest jednakże uwzględnienie wskazówek interpretacyjnych wynikających z wyroku Trybunału. UZP wskazuje, że zamawiający jest obowiązany wykluczyć danego wykonawcę z toczącego się postępowania w sprawie zamówienia publicznego, jeżeli w stosunku do tego wykonawcy spełniony jest m.in. następujący warunek: „zamawiający po przeprowadzeniu analizy okoliczności związanych z rozwiązaniem albo wypowiedzeniem albo odstąpieniem umowy ustali, że rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej jest następstwem poważnego wykroczenia zawodowego popełnionego przez danego wykonawcę, w szczególności nie wykonywania przez niego lub niewłaściwego wykonywania zamówienia wskazującego na zamierzone działanie wykonawcy lub jego rażące niedbalstwo”.

Odwołujący podkreślał, że wobec przedstawionych okoliczności, jak i orzecznictwa, nie

może zostać uznany za winnego poważnego wykroczenia zawodowego.

Działania podejmowane w dobrej wierze przez niego zmierzały do wywiązania się z dostawy w terminie, a gdy nie było to już z przyczyn od wykonawcy niezależnych możliwe, Odwołujący znając sytuację Zamawiającego związaną z finansowaniem przedmiotu zamówienia czynił wszelkie dostępne starania aby dostawa nastąpiła przed końcem roku 2012. Podkreślał, że po stronie Odwołującego nie było zamiaru popełnienia umyślnego występku przeciwko interesom Zamawiającego. Wykonawca nie miał bowiem żadnego wpływu na działania producenta, a co ważniejsze nie mógł ich przewidzieć.

Odwołujący podniósł także okoliczność, że od początku swojej historii Odwołujący przez wiele już lat ściśle kooperuje z Zamawiającym, co potwierdzają dziesiątki (a może setki) wygranych przetargów i zawartych umów (realizowanych z powodzeniem i z satysfakcją obu stron). Dowodem na to mogą być chociażby podpisywane bez zastrzeżeń protokoły odbioru, czy licznie wystawione referencje.

Niewykonanie w terminie umowy ASK/DZP/PN-133/2012 nie stanowi okoliczności zawinionej przez Odwołującego, co w związku z przepisem art. 45 ust. 2 lit. d) dyrektywy klasycznej (2004/18/WE) nie może stanowić przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Złożył ofertę w niniejszym postępowaniu. Gdyby potwierdziły się zarzuty stawiane w odwołaniu, miałby szansę uzyskać zamówienie.

Zgodnie z art. 24 ust 1 pkt 1a Pzp - zamawiający jest obowiązany wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia takiego wykonawcę, z którym dany zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego, jak również który 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. Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 grudnia 2012 roku wskazał, że powyższy przepis jest nadmiernie restrykcyjny wobec treści art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31.03.2004r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi. Art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) powołanej dyrektywy posługuje się pojęciem „poważnego wykroczenia”, które odnosi się do zachowania wykonawcy wskazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo, a więc odpowiadającego na gruncie prawa polskiego pojęciu „rażącego niedbalstwa”. W taki też sposób powinna być dokonywana wykładnia przepisu art. 24 ust 1 pkt 1a Pzp. Trybunał uznał także, że art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy wyklucza automatyczne wykluczanie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co przewiduje art. 24 ust. 1 pkt 1 a Pzp. Trybunał wytknął automatyzm polskich przepisów, bezwzględnie nakazujących zamawiającemu wykluczenie wykonawcy w okolicznościach w nich wskazanych. W Pzp ustawodawca określił sztywne kryteria wykluczenia, nie pozostawiając zamawiającym możliwości uwzględnienia indywidualnych okoliczności każdego przypadku.

Wobec treści wyroku ETS, stanowisko w kwestii wykładni art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp zajął Urząd Zamówień Publicznych. Zgodnie ze stanowiskiem Urzędu, że wyrok ten nie prowadzi co prawda do uchylecia obowiązywania art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp, jednakże konieczne jest przy jego stosowaniu uwzględnienie wskazówek interpretacyjnych wynikających z wyroku Trybunału.

UZP wskazał, że zamawiający jest obowiązany wykluczyć danego wykonawcę z toczącego się postępowania w sprawie zamówienia publicznego, jeżeli w stosunku do tego wykonawcy spełniony jest m.in. następujący warunek: „zamawiający po przeprowadzeniu analizy okoliczności związanych z rozwiązaniem albo wypowiedzeniem albo odstąpieniem umowy ustali, że rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej jest następstwem poważnego wykroczenia zawodowego popełnionego przez danego wykonawcę, w szczególności nie wykonywania przez niego lub niewłaściwego wykonywania zamówienia wskazującego na zamierzone działanie wykonawcy lub jego rażące niedbalstwo”.

Izba podnosi, że w świetle wyroku ETS, Zamawiający każdorazowo zobowiązany jest badać wystąpienie indywidualnych okoliczności niewykonania lub nienależytego umowy przez wykonawcę, stanowiących podstawę jego wykluczenia.

Ponadto w ocenie Izby wykluczenie wykonawcy możliwe jest w przypadku, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie przez niego umowy spowodowane jest

stwierdzonym przez zamawiającego co najmniej rażącym niedbalstwem wykonawcy. W niniejszej sprawie taka podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania nie wystąpiła. W ocenie Izby Odwołujący dołożył należytej staranności w celu terminowej realizacji zamówienia. Odwołujący wykazał, że zamówienie na dostawę inkubatora zostało złożone z odpowiednim wyprzedzeniem. Odwołujący wykazał także, że producent urządzenia potwierdził realizację dostawy w wymaganym przez wykonawcę terminie. Termin ten zapewniał zrealizowanie dostawy jeszcze przed wymaganym przez Zamawiającego terminem realizacji dostawy. Odwołujący informował producenta o pilnym charakterze zamówienia i konieczności dotrzymania deklarowanego przez producenta terminu dostawy. Producent wielokrotnie potwierdzał, że zamówienie zostanie zrealizowane terminowo. Odwołujący w chwili zawarcia umowy z Zamawiającym miał wszelkie dane, aby przypuszczać, iż zamówienie zostanie wykonane jeszcze przed wymaganym terminem wynikającym z umowy z Zamawiającym. Co więcej, Odwołujący w trakcie rozprawy przedstawił obszerną korespondencję z producentem inkubatorów, wskazującą na intensywne zainteresowanie i starania Odwołującego podejmowane w celu zrealizowania zamówienia w najszybszym możliwym terminie, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Z powyższych okoliczności wynika, że Odwołujący dokonał aktów staranności mających na celu doprowadzenie do terminowej realizacji zamówienia. Brak jest podstaw do postawienia zarzutu Odwołującemu działania z zamiarem niezrealizowania w terminie umowy lub rażącego niedbalstwa przy jej wykonywaniu. Podkreślić przy tym należy, że wykluczając Odwołującego Zamawiający nie badał stopnia zawinienia Odwołującego przy niewykonaniu zamówienia, a zgodnie z wyrokiem ETS-u okoliczność ta ma istotne znaczenie dla ustalenia, czy zachodzi przesłanka wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ocenie Izby istotna jest także okoliczność, że realizacja zamówienia nastąpić miała w okresie okołoswiątecznym. W okresie tym następuje zwiększona ilość transakcji handlowych, co powoduje przeciążenie firm transportowych i opóźnienia w dostarczaniu przesyłek. Należy wziąć pod uwagę, że zaistniała niekorzystna sytuacja, która była spowodowana działaniami nie samego Odwołującego, ale podmiotu trzeciego, a także krótkiego czasu na realizację zamówienia.

Podkreślenia wymaga, że podstawą wykluczenia może być wypadek, gdy rozwiązanie umowy nastąpiło z powodów związanych z brakiem profesjonalizmu po stronie wykonawcy. Jak stwierdził Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 29 października 2012 roku sygn. akt. V Ca 1982/12 „(...) okoliczności stanowiące przyczynę rozwiązania lub wypowiedzenia

umowy albo odstąpienia od niej, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca, nie mogą polegać na każdym nienależytym wykonaniu zobowiązania, ale muszą być następstwem braku profesjonalizmu (a ściślej poważnego wykroczenia będącego dowodem braku profesjonalizmu)".

W niniejszej sprawie Zamawiający nie wykazał, aby Odwołujący dopuścił się w realizacji poprzedniej umowy (dostawy inkubatora) wykroczenia będącego dowodem braku profesjonalizmu. Jak wskazano powyżej, Zamawiający nie badał stopnia zawinienia Odwołującego. Nadto, podejmowane działania Odwołującego, które wykazał w trakcie rozprawy świadczą o jego zaangażowaniu, nie zaś o braku solidności.

Również Zamawiający przyznał w trakcie rozprawy, że współpracował dotychczas z Odwołującym i że był ze współpracy zadowolony. Trudno więc uznać, aby Odwołujący nie był starannym kontrahentem i aby świadomie dążył do niewykonania zamówienia.

W ocenie Izby trudno jest więc mówić o świadomym zawinionym działaniu Odwołującego lub zamiarze uchybienia, czy stosunkowo poważnym niedbalstwie ze strony Odwołującego.

Z tego względu Izba uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 1a i w konsekwencji 93 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych za uzasadniony.

Na marginesie Izba zauważa, że Zamawiający miał prawo do rozwiązania umowy ze skutkiem natychmiastowym wobec przekroczenia terminu realizacji zamówienia o określony w umowie czas. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, taki sposób rozwiązania umowy nie może zostać zakwalifikowany jako umowne prawo odstąpienia, o którym mowa w art. 395 kodeksu cywilnego, gdyż umowne prawo odstąpienia jest uprawnieniem, które przysługuje stronie niezależnie od tego, czy umowa jest należycie wykonywana przez drugą ze stron. Rozwiązanie umowy przez Zamawiającego może zostać natomiast zakwalifikowane jako odstąpienie od umowy wskutek niewykonania zobowiązania w terminie ściśle określonym. Odstąpienie to uregulowane jest w art. 492 kodeksu cywilnego i uprawnienie do odstąpienia od umowy w tym trybie może nastąpić w każdym czasie i bez konieczności wyznaczenia dodatkowego terminu.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....