

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

**POSTANOWIENIE  
z dnia 30 sierpnia 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Anna Packo  
Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska  
Katarzyna Prowadzisz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 sierpnia 2011 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

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

w postępowaniu prowadzonym przez  
**Pocztę Polską S.A. ul. Rakowiecka 26, 00-950 Warszawa**

**postanawia:**

**na podstawie art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. Urz. U.E. C 115 z 9 maja 2008 r.) skierować do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej następujące pytania prejudycjalne dotyczące wykładni przepisów prawa wspólnotowego:**

**Pytanie 1.: Czy art. 45 ust. 2 pkt 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 w brzmieniu: z udziału**

w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który (...) jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające 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. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych można interpretować w ten sposób, że za takie zawnione poważne wykroczenie zawodowe można uznać sytuację, w której dana instytucja zamawiająca rozwiązała albo wypowiedziała umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpiła od umowy w sprawie zamówienia publicznego z danym wykonawcą, z powodu okoliczności, za które wykonawca ten 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?

Pytanie 2.: w przypadku negatywnej odpowiedzi na pytanie 1. – Czy, jeśli państwo członkowskie może wprowadzić inne niż wymienione w 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 podstawy wykluczenia wykonawców z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które uzna za zasadne dla ochrony interesu publicznego, słuszych interesów instytucji zamawiających oraz zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami, za zgodną z tą dyrektywą oraz Traktatem o funkcjonowaniu Unii Europejskiej można uznać sytuację, w której wykluczeniu z postępowania podlegają wykonawcy, 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?

## UZASADNIENIE

### I. Ramy prawne

#### Regulacje wspólnotowe

1. Zgodnie z 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 (Dz. Urz. U.E. z 2004 r. L 134/1, ze zm.), powoływanej dalej jako „dyrektywa 2004/17/WE” kryteria i zasady kwalifikacji wykonawców, w zależności od charakteru instytucji zamawiającej, mogą lub muszą obejmować kryteria wykluczania wymienione w art. 45 dyrektywy 2004/18/WE na zasadach i w okolicznościach tam określonych.

Zgodnie 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 (Dz. Urz. U.E. z 2004 r. L 134/114, ze zm.) z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który: a) jest w stanie upadłości lub likwidacji, którego działalność jest objęta zarządem sądowym, zawarł umowę z wierzycielami, zawiesił działalność gospodarczą albo znajduje się w analogicznej sytuacji, wynikającej z podobnej procedury zgodnej z krajowymi przepisami ustawowymi i wykonawczymi; b) jest przedmiotem postępowania o ogłoszenie upadłości, o wydanie nakazu przymusowej likwidacji, o ustanowienie zarządu sądowego, postępowania układowego z wierzycielami lub innego podobnego postępowania zgodnego z krajowymi przepisami ustawowymi i wykonawczymi; c) został skazany prawomocnym wyrokiem, zgodnie z krajowymi przepisami, za przestępstwo związane z jego działalnością zawodową; d) jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające; e) nie wypełnił zobowiązań dotyczących opłacania składek na ubezpieczenie społeczne, zgodnie z przepisami prawnymi kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub zgodnie z przepisami prawnymi kraju instytucji zamawiającej; f) nie wypełnił zobowiązań dotyczących płatności podatków, zgodnie z przepisami prawnymi kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub zgodnie z przepisami prawnymi kraju instytucji zamawiającej; g) jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji, wymaganych na mocy niniejszej sekcji dyrektywy. Warunki wykonania ww. przepisów określają państwa członkowskie zgodnie z przepisami prawa krajowego oraz uwzględniając przepisy prawa wspólnotowego.

## Regulacje krajowe

2. Zgodnie z art. 24 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), powoływanej dalej jako „ustawa Prawo zamówień publicznych” z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

zgodnie z ustępem 1.: 1) wykonawców, którzy wyrządzili szkodę, nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, jeżeli szkoda ta została stwierdzona orzeczeniem sądu, które uprawomocniło się w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania; 1a) 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; 2) wykonawców, w stosunku do których otwarto likwidację lub których upadłość ogłoszono, z wyjątkiem wykonawców, którzy po ogłoszeniu upadłości zawarli układ zatwierdzony prawomocnym postanowieniem sądu, jeżeli układ nie przewiduje zaspokojenia wierzycieli przez likwidację majątku upadłego; 3) wykonawców, którzy zalegają z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, z wyjątkiem przypadków gdy uzyskali oni przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie, rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu; 4) osoby fizyczne, które prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego; 5) spółki jawne, których wspólnika prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego; 6) spółki partnerskie, których partnera lub członka zarządu prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych,

a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego; 7) spółki komandytowe oraz spółki komandytowo-akcyjne, których komplementariusza prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego; 8) osoby prawne, których urzędującego członka organu zarządzającego prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego; 9) podmioty zbiorowe, wobec których sąd orzekł zakaz ubiegania się o zamówienia na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary;

zgodnie z ustępem 2.: 1) wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji; przepisu nie stosuje się do wykonawców, którym udziela się zamówienia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 2 lub art. 67 ust. 1 pkt 1 i 2; 2) nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą; 3) złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania; 4) nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

## II. Stan faktyczny

3. Spór w niniejszej sprawie powstał w wyniku działania instytucji zamawiającej – Poczty Polskiej S.A. – spółki działającej w sektorze usług pocztowych, której założycielem jest Skarb Państwa reprezentowany przez ministra właściwego do spraw łączności, która prowadziła, w procedurze otwartej, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „doręczanie paczek pocztowych, krajowych i zagranicznych, paczek pocztowych plus, przesyłek

pobraniowych, paczek pocztowych przyjmowanych na warunkach szczególnych" (22 części). Wartość tego zamówienia przekracza kwotę, o której mowa w art. 16 pkt a dyrektywy 2004/17/WE oraz w art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. od której jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. W postępowaniu tym instytucja zamawiająca wprawdzie uznała oferty wykonawców PRAXIS Sp. z o.o. i ABC Direct Contact Sp. z o.o. za najkorzystniejsze dla danych części zamówienia i zaprosiła ich do podpisania umowy, a następnie uznała tych wykonawców za podlegających obowiązkowemu wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych i, w konsekwencji zaistniałej sytuacji, unieważniła przedmiotowe postępowanie.

4. Obaj wykonawcy korzystając z przysługujących im zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych środków ochrony prawnej, wnieśli, w przysługującym im terminie i zgodnie z innymi wymogami formalnymi, odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, które, na podstawie art. 189 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zostały skierowane do łącznego rozpoznania.

5. W złożonym odwołaniu wykonawca Praxis Sp. z o.o. zarzucił instytucji zamawiającej m.in. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 91 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej w związku 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 dotyczącego 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 (Dz.U. z 2004, Nr 90, poz. 864) 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 się wykonawca winien zostać wykluczony z postępowania w sytuacji, gdy nie jest winny poważnego wykroczenia zawodowego.

6. Wykonawca wskazał, że gdyby instytucja zamawiająca nie dokonała zaskarżonej czynności, zawarłaby z nim umowę na wykonanie zamówienia publicznego, gdyż 7 lipca 2011 r. poinformowała go o wyborze jego oferty na wykonanie niektórych z zadań składających się na przedmiotowe zamówienie, a wybór ten nie został zakwestionowany przez żadnego z uczestników postępowania. Termin podpisania umowy wyznaczony został na 21 lipca 2011 r., lecz tego dnia wykonawca ten został poinformowany o unieważnieniu przetargu w trybie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdyż, według instytucji zamawiającej, wybrane oferty złożone zostały przez wykonawców podlegających obligatoryjnemu wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający jednakże nie wykluczył wykonawcy wcześniej na żadnym etapie postępowania, dokonał wyboru ofert, a następnie unieważnił przetarg uznając, iż zawarcie umowy z wybranymi oferentami byłoby obarczone wadą.

7. W ocenie wykonawcy brak było podstaw do wykluczenia go z postępowania, a powołany przez instytucję zamawiającą przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych nie może mieć zastosowania jako sprzeczny m.in. z prawem wspólnotowym. Wykonawca został zaskoczony zmianą przepisów (wprowadzeniem art. 24 ust. 1 pkt 1a) i nie mógł odpowiednio zabezpieczyć swoich interesów, bowiem dotyczą one także stanów faktycznych, jakie istniały przed dniem wejścia w życie zmienionego przepisu. Ponieważ do tej pory nie było przepisu będącego odpowiednikiem art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonawca nie kwestionował skuteczności rozwiązania czy też odstąpienia od umowy przez instytucję zamawiającą – jak wyjaśnił podczas rozprawy, ze względu na zgodną przyszłą współpracę z tą instytucją zamawiającą. W ocenie wykonawcy ww. przepis przyznaje instytucji zamawiającej 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.

8. Wykonawca podniósł także, że w dyrektywie 2004/18/WE kwalifikacja podmiotowa oparta jest na ogólnych predyspozycjach wykonawcy, jego kondycji ekonomicznej i finansowej oraz zdolności zawodowej. Artykuł 44 tej dyrektywy stanowi, że zamówienia udziela się po zweryfikowaniu przez instytucję zamawiającą predyspozycji wykonawców, którzy nie zostali

wykluczeni zgodnie z art. 45 i 46 dyrektywy, na podstawie kryteriów dotyczących ich sytuacji ekonomicznej i finansowej, wiedzy lub możliwości zawodowych i technicznych. Wykonawca wskazał też, że Europejski Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, iż to do państwa członkowskiego należy szczegółowe ustalenie podstaw wykluczenia w zakresie predyspozycji wykonawcy, zgodnie z jego prawem krajowym oraz z uwzględnieniem prawa wspólnotowego, podczas gdy dyrektywa wskazuje jedynie odniesienia, zgodnie z którymi kryteria te należy oceniać (wyrok ETS w sprawie 27-29/86 CEI i Bellini). Warunki te mogą dotyczyć kwestii terminów, dowodów, następstw skazania w odniesieniu do wykluczenia, tzn. czy wykonawcy zostali wykluczeni czasowo i na jaki okres, czy na stałe, czy z niektórych, czy też ze wszystkich procedur zamówień. W przepisach krajowych mogą być także przewidziane odstępstwa od wymogu obowiązkowego wykluczenia w przypadku występowania interesu publicznego. Natomiast grupa przesłanek wykluczenia wykonawców określona w art. 45 ust. 2 i art. 46 dyrektywy 2004/18/WE stanowi zamknięty katalog, a warunki i sposób zastosowania obu artykułów określają, zgodnie z przepisami prawa krajowego oraz uwzględniając przepisy wspólnotowe, państwa członkowskie, przy tym przesłanki wykluczenia muszą być interpretowane ściśle. Wykonawca powołał się na wyroki Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie 76/81 oraz w sprawie C-213/07.

9. Odwołujący się wykonawca wskazał również, że, zgodnie z art. 45 ust. 2 pkt d dyrektywy 2004/18/WE, wykonawca może zostać wykluczony z udziału w zamówieniu w przypadku, gdy jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające. Przesłanka ta wskazuje na złamanie prawa administracyjnego lub sytuacji, które prowadzą do wszczęcia procedur dyscyplinarnych przez organizacje zawodowe, a przypadkami naruszeń zawodowych zajmują się organizacje zawodowe, którym podlega dany zawód lub profesja, nie zaś instytucja zamawiająca. Za przypadek „poważnego wykroczenia zawodowego” nie można uznać przypadków wykonawców, z którymi dana instytucja zamawiająca rozwiązała albo wypowiedziała umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpiła od umowy w sprawie zamówienia publicznego z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy. Nawet bowiem wielokrotne rozwiązanie umowy może nastąpić z błahego, niezawinionego przez wykonawcę powodu, a mimo to będzie podstawą do jego wykluczenia z przetargów przez okres 3 lat. Ponadto ta podstawa wykluczenia, zgodnie z dyrektywą, może zostać zastosowana przez instytucję zamawiającą fakultatywnie, a nie obligatoryjnie. Określenie winy pozostawia się decyzji instytucji zamawiającej, która musi poinformować wykonawcę składającego ofertę o powodach jego wykluczenia. Decyzja ta może zostać zakwestionowana w przypadku, gdyby na przesłankę tę powołano się w sposób arbitralny.



Tym samym, zdaniem wykonawcy, sprzeczność art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych z dyrektywą 2004/18/WE jest oczywista i jednoznaczna, a dyrektywa 2004/17/WE powołuje się na wyżej wymienione kryteria opisane w dyrektywie 2004/18/WE. Zdaniem wykonawcy żadne z przesłanek wykluczenia wskazanych w dyrektywie nie wystąpiły, zaś art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych przekracza zakres dyrektywy i wynikających z niej nakazów odpowiedniej implementacji dla państw członkowskich. Dlatego też brak podstaw do unieważnienia postępowania, którego dokonał Zamawiający, albowiem brak było podstaw do wykluczenia odwołującego się wykonawcy z postępowania.

10. Wykonawca wskazał, że, skoro istnieje wyraźna sprzeczność pomiędzy dyspozycją art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych a prawem wspólnotowym, należy dać pierwszeństwo postanowieniom dyrektywy 2004/18/WE przed postanowieniami ustawy Prawo zamówień publicznych.

11. Drugi odwołujący się wykonawca – ABC Direct Contact Sp. z o.o. zarzucił czynności instytucji zamawiającej naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez unieważnienie postępowania mimo nieistnienia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego i zaniechanie uzasadnienia istnienia przesłanki wykluczenia go z postępowania, a tym samym zaniechanie uzasadnienia unieważnienia postępowania.

12. Sytuacja faktyczna odnosząca się do działań instytucji zamawiającej w stosunku do wykonawcy ABC Direct Contact Sp. z o.o. jest analogiczna jak w przypadku wykonawcy Praxis Sp. z o.o., tj. 21 lipca 2011 r. instytucja zamawiająca, zamiast podpisać z wykonawcą umowę, poinformowała go o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazując jako jego wadę zaniechanie przed czynnością wyboru ofert wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych. Przesłanką wykluczenia spółki z postępowania było wypowiedzenie przez instytucję zamawiającą jednej umowy oraz odstąpienie od drugiej, które to zdarzenia miały miejsce przed wejściem w życie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych. Zatem, zdaniem wykonawcy, działanie instytucji zamawiającej nastąpiło wbrew zakazowi retroakcji, pogarszając sytuację prawną wykonawcy w stosunku do stanu poprzedniego, gdyż spółka poniosła nieprzewidziane wcześniej negatywne konsekwencje zdarzeń, których te zdarzenia w chwili ich zaistnienia nie rodziły. W momencie wypowiedzenia i odstąpienia od umów odwołujący się wykonawca nie mógł podjąć żadnych kroków zapobiegających jego ewentualnemu wykluczeniu z przyszłych postępowań,

przykładowo, zakwestionować odstąpienia i wypowiedzenia na drodze sądowej, bowiem nie wiedział, że w przyszłości mogą go spotkać negatywne następstwa w postaci wykluczenia z udziału w postępowaniu. Zdaniem odwołującego się wykonawcy działanie instytucji zamawiającej oznacza, że uznaje ona, iż przesłanką wykluczenia wykonawcy z postępowania mogą być zdarzenia mające miejsce przed dniem 11 maja 2011 r., czyli dniem wejścia w życie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, a zatem przepis ma charakter retroakcyjny.

13. Odwołujący się wykonawca wskazał też, że 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 daną instytucją zamawiającą, a nowy przepis daje instytucji zamawiającej możliwość wykluczenia wykonawcy na podstawie uprzedniego samodzielnego i arbitralnego rozstrzygnięcia o rozwiązaniu, odstąpieniu lub wypowiedzeniu umowy, a dotkliwa sankcja w postaci zakazu udziału w postępowaniu nie jest poprzedzona żadną decyzją bezstronnego organu ani wystąpieniem szkody po stronie instytucji zamawiającej, a wykonawca jest pozbawiony możliwości podjęcia kroków podważających zasadność i skuteczność decyzji kontrahenta. Jest to o tyle istotne, że odwołujący się wykonawca z powodzeniem realizuje na rzecz instytucji zamawiającej liczne umowy na doręczanie paczek na terenie całego kraju. Wiedząc, że skutek rozwiązania jednej z umów może być pozbawiony możliwości zawarcia innych kontraktów z instytucją zamawiającą, zakwestionowałby podstawy rozwiązania tych umów. Spółka w sposób należyty wykonywała obydwie wskazane przez instytucję zamawiającą umowy i nie spowodowała szkody po stronie instytucji zamawiającej, tym samym nie było konieczności kwestionowania na drodze sądowej rozwiązania obydwu kontraktów, ze względu na niewystąpienie przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania zawartej w art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

14. W odpowiedzi na odwołanie instytucja zamawiająca podtrzymała swoje dotychczasowe stanowisko o zaistnieniu podstaw do wykluczenia obu wykonawców i wniosła o oddalenie obu odwołań. Instytucja zamawiająca wyjaśniła, że dokonanie wyboru obu ofert nastąpiło omyłkowo, ze względu na brak informacji w chwili wyboru o podstawach do wykluczenia. Instytucja zamawiająca odniosła się też do podstaw faktycznych zaistnienia przesłanek wykluczenia zgodnie z brzmieniem art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, które jej zdaniem wystąpiły (opisała okoliczności rozwiązania umów). Wskazała 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.

15. Natomiast co do zgodności art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych z przepisami prawa unijnego instytucja zamawiająca stwierdziła jedynie, że jakkolwiek wykonawca kwestionuje zgodność przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych z prawem wspólnotowym i Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej, to instytucje zamawiające nie są uprawnione do wzruszania obowiązujących przepisów, lecz zobowiązane 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.

### III. Powody wystąpienia Krajowej Izby Odwoławczej z pytaniem prejudycjalnym

#### Uwagi ogólne

16. Wobec przystąpienia Rzeczypospolitej Polskiej do Unii Europejskiej, na podstawie Traktatu Akcesyjnego prawo wspólnotowe stało się częścią obowiązującego porządku prawnego, mając, w przypadku kolizji z prawem krajowym, pierwszeństwo ze względu na treść art. 91 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej w związku z art. 2 Aktu dotyczącego warunków przystąpienia, stanowiącego część Traktatu Akcesyjnego. Zasada pierwszeństwa prawa wspólnotowego ma również oparcie w ugruntowanym orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (np. wyrok z 5 lutego 1963 r. w sprawie van Gend en Loos 26/62, wyrok z 9 marca 1978 r. w spr. Simmenthal 106/77, wyrok z 29 kwietnia 1999 r. w spr. Erich Ciola C-224/97).

17. W sprawie zawistej przed Krajową Izbą Odwoławczą odwołujący się wykonawca domaga się dokonania przez Izbę oceny, czy art. 45 ust. 2 pkt d dyrektywy 2004/18/WE zezwala na wprowadzenie w prawie krajowym kwestionowanej podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Również Izba doszła do przekonania, że ocena zasadności zarzutów odwołania w powyższym zakresie wiąże się z koniecznością dokonania wykładni przepisów prawa wspólnotowego, w szczególności art. 45 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE.

18. Stosownie do art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej w przypadku, gdy pytanie związane z wykładnią traktatów jest podniesione przed sądem jednego z państw

członkowskich, sąd ten może, jeśli uzna, że decyzja w tej kwestii jest niezbędna do wydania wyroku, zwrócić się do Trybunału z wnioskiem o rozpatrzenie tego pytania.

Krajowej Izbie Odwoławczej, zgodnie z jej oceną, przysługuje prawo zadawania pytań prejudycjalnych Trybunałowi Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Krajowa Izba Odwoławcza została powołana art. 172 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jako instytucja właściwa do rozpatrywania odwołań wnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jest ona organem stałym, niezawisłym, jedynym w państwie członkowskim właściwym w pierwszej instancji do rozstrzygania sporów pomiędzy wykonawcami a instytucjami zamawiającymi, orzeka na podstawie przepisów prawa. Orzeczenia Izby są prawnie wiążące, przysługuje na nie jedynie skarga do sądu, który działa w tym zakresie jak sąd drugiej instancji. Status Krajowej Izby Odwoławczej oraz postępowanie przed nią prowadzone zostały opisane w art. 172 – 198 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz aktach wykonawczych do tej ustawy: rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280) oraz rozporządzeniu 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).

19. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej rozstrzygnięcie przedmiotowej kwestii jest konieczne do wydania wyroku w obu zawisłych sprawach. Co prawda wykonawca ABC Direct Contact Sp. z o.o. nie podniósł zarzutu niezgodności przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych z prawem wspólnotowym, jednak biorąc pod uwagę fakt, że obaj wykonawcy uczestniczyli w jednym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, obie sprawy rozpatrywane są przez Izbę łącznie, a przy tym ich sytuacja w postępowaniu jest analogiczna – obaj zostali wykluczeni z postępowania w oparciu o tę samą, kwestionowaną, podstawę prawną, zasada zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wymaga, w ocenie Izby, aby zakresem pytania prejudycjalnego objąć zagadnienia dotyczące obu wykonawców.

20. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej nie rozstrzygał dotychczas przedmiotowej kwestii prawnej, tj. nie wskazywał prawidłowej interpretacji art. 45 ust. 2 pkt d dyrektywy 2004/18/WE.

21. Ze względu na wątpliwości zaistniałe przy wykładni art. 45 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE, uwzględniając przytoczone postanowienia art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii

Europejskiej, Izba uznała, że celowe jest skierowanie pytania prejudycjalnego do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

W przedmiocie pytania prejudycjalnego

22. Art. 45 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE wymienia przypadki, w których państwo członkowskie może przewidzieć wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Regulacja ta w literze d obejmuje m.in. sytuację, w której wykonawca ten jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające, na którą to podstawę powołał się ustawodawca wprowadzając art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, co wynika z druku sejmowego nr 3677 dostępnego na oficjalnej stronie internetowej Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej [www.sejm.gov.pl](http://www.sejm.gov.pl). Jednak, zdaniem Izby, uzasadnienie to nie zawiera wystarczającej analizy zgodności wprowadzanego przepisu z rzeczoną art. 45 ust. 2 lit. d dyrektywy 2004/18/WE, aby usunąć wątpliwości w tym zakresie.

23. Przede wszystkim wątpliwości Izby budzi, czy przesłankę „wykroczenia zawodowego”, które, jak słusznie podniósł wykonawca Praxis Sp. z o.o., w języku prawniczym wskazuje raczej na złamanie zasad etyki, godności bądź sumienności zawodowej przez działanie, zaniechanie lub zaniedbanie, za które ponosi się odpowiedzialność zawodową, w szczególności poprzez wszczęcie procedur dyscyplinarnych przez organizacje zawodowe i kojarzy się z tzw. zawodami regulowanymi, np. lekarza, notariusza, pełnieniem samodzielnej funkcji w budownictwie, a nie niewykonaniem czy nienależytym wykonaniem umowy cywilnoprawnej. Poza tym określenie „wykroczenie zawodowe” nie wskazuje raczej na sferę prawa cywilnego w zakresie należytego wykonywania umów. Należy przyznać też rację odwołującemu się wykonawcy, że w powyższym rozumieniu „wykroczenia zawodowego”, rzeczywiście o winie orzekają organizacje zawodowe lub sądy, a nie instytucje zamawiające.

24. Z kolei za możliwością uznania za wykroczenie zawodowe niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przemawiałoby brzmienie art. 39 ust. 2 pkt d dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniającej dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz. Urz. U.E. z 2009 r. L 216/7), w którym jako przykład wykonawcy winnego poważnego wykroczenia zawodowego wskazano pogwałcenie zobowiązań w zakresie bezpieczeństwa informacji lub

bezpieczeństwa dostaw w czasie wcześniejszego zamówienia, a więc przesłankę odnoszącą się również do zobowiązań kontraktowych, chociaż o specyficznym charakterze.

25. Po drugie określenie „ponosi odpowiedzialność” jest znaczeniowo szersze niż samo „ponoszenie winy”, o którym mowa w art. 45 ust. 2 pkt d dyrektywy 2004/18/WE, co, zdaniem Izby, nie powinno mieć zastosowania w przepisach o charakterze sankcyjnym – przy przyjęciu, że państwo członkowskie zamierzało odnieść się w art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych do art. 45 ust. 2 lit. d dyrektywy 2004/18/WE.

26. Po trzecie, jeśli uznać, że nienależyte wykonywanie umowy cywilnoprawnej można uznać za wykroczenie zawodowe w rozumieniu art. 45 ust. 2 lit. d dyrektywy 2004/18/WE, to wykroczenie to musi być „poważne” – tym samym wątpliwości budzi, czy niezrealizowanie 5% wartości umowy można już uznać za takie poważne wykroczenie.

27. Dodatkowo, co istotne, brzmienie przepisu wskazujące na sytuację, w której instytucja zamawiająca, która rozwiązała albo wypowiedziała umowę albo odstąpiła 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, jest zobowiązana do wykluczenia tego wykonawcy z postępowań o udzielanie zamówienia, jest restrykcyjne. Zaletą takiego sformułowania przepisu jest to, że nie pozostawia decyzji o wykluczeniu wykonawcy arbitralnemu uznaniu instytucji zamawiającej, jednak tym samym nie pozwala również instytucji zamawiającej wziąć pod uwagę indywidualnej sytuacji wykonawcy. Prowadzi to do automatyzmu stosowania przepisu i może skutkować brakiem proporcjonalności pomiędzy przewinieniem wykonawcy będącym przyczyną rozwiązania danej umowy, a jego konsekwencją w postaci zakazu zawarcia umowy z daną instytucją zamawiającą przez okres 3 lat.

28. Tymczasem w sytuacji zaistniałej w niniejszej sprawie dla obu wykluczonych spółek sytuacja taka jest bardzo dolegliwa – i to nie tylko w spornym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ale we wszystkich kolejnych, które Poczta Polska S.A. będzie prowadziła – gdyż specyfika działalności tych spółek polega na tym, że głównym odbiorcą ich usług jest właśnie Poczta Polska S.A. Może się też okazać, że instytucje takie jak Poczta Polska S.A. nie będą w stanie skutecznie przeprowadzić postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż będą musiały wykluczać z postępowania wszystkich potencjalnych wykonawców, nawet jeśli rozwiązały z nimi jedynie jedną z wielu zawartych

umów, a ogólna współpraca z tymi wykonawcami jest zadowalająca dla instytucji zamawiającej.

29. Z drugiej strony kwalifikacja wykonawców i przesłanki wykluczenia z postępowania mają, a przynajmniej powinny, prowadzić do wyłonienia wykonawcy, który będzie dawał gwarancję należytego wykonania umowy. Tymczasem jednym z najczęściej wskazywanych problemów systemu zamówień publicznych w Polsce jest niesolidność wykonawców i brak możliwości zapobiegania jej przez instytucje zamawiające, nawet w przypadku podmiotów, które już wcześniej, nawet wielokrotnie, nie wywiązywały się prawidłowo z zawartych kontraktów. Sytuacja taka nie tylko niekorzystnie wpływa na sposób wykonywania zamówień publicznych i wydatkowanie środków publicznych, ale nie sprzyja też rozwojowi uczciwej konkurencji, a do tego negatywnie wpływa na postrzeganie całej instytucji zamówień publicznych. Przepis art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jest tu postrzegany jako nieskuteczny i niewystarczający – ze względu na konieczność udowodnienia poniesienia szkody oraz czas trwania postępowania przed sądem, przez co instytucje zamawiające często w ogóle się nie decydują na wszczęcie postępowania sądowego.

Okoliczności te zostały opisane w stanowisku Rady Ministrów wobec projektu ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych z 19 stycznia 2011 r. (druk sejmowy nr 3677).

Zatem przesłankę wykluczenia z powodu nierzetelności wykonawcy należy uznać za słuszną, a w wyraźny sposób brak jej w przesłankach wymienionych w art. 45 dyrektywy 2004/18/WE, wydaje się więc racjonalne, aby państwo członkowskie było uprawnione do jej wprowadzenia.

30. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej i wbrew twierdzeniu odwołującego się wykonawcy Praxis Sp. z o.o., z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (np. wyrok z 16 grudnia 2008 r. w spr.C-213/07, który można odnieść *per analogiam* do obecnie obowiązującego przepisu dyrektywy i wyrok z 23 grudnia 2009 r. w spr. C-367/08), wynika, że katalog podstaw wykluczenia zawarty w art. 45 dyrektywy 2004/18/WE nie jest katalogiem zamkniętym, a przepis ten należy interpretować tak, iż wymienia on w sposób wyczerpujący przypadki oparte na obiektywnych względach dotyczących cech zawodowych, mogące uzasadniać wykluczenie przedsiębiorcy z udziału w zamówieniu publicznym, jednak dyrektywa nie stoi na przeszkodzie, by państwo członkowskie wprowadziło inne środki umożliwiające wykluczenie wykonawców z udziału w zamówieniu, mające na celu zapewnienie poszanowania zasad równego traktowania wykonawców i przejrzystości, o ile środki te nie wykraczają poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia tego celu.

31. Jednak Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w swoich wyrokach (np. wyrok w spr. C-376/08, wyrok z 22 czerwca 1989 w spr. 103/88, wyrok z 15 maja 2008 r. w spr. C-147/06 i C-148/06, wyrok z 3 marca 2005 r. w spr. C-21/03 i C-34/03) w różnych okolicznościach wskazywał już, że prawo wspólnotowe sprzeciwia się uregulowaniom krajowym przewidującym automatyczne wykluczenie z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub automatyczne odrzucanie ofert, jak i stosowaniu środków nieproporcjonalnych do założonego celu. Natomiast, zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, podstawa wykluczenia zawarta w art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych jest zarówno automatyczna, jak i wykracza poza granice niezbędne dla osiągnięcia celu polegającego na ochronie interesu publicznego – zarówno instytucji zamawiających, jak i innych uczestniczących w postępowaniach wykonawców – poprzez eliminację wykonawców naprawdę nierzetelnych i uznanych za takich przez instytucję zamawiającą. Zatem należałoby co najmniej pozostawić instytucji zamawiającej możliwość odstąpienia od stosowania tej przesłanki wykluczenia, jeżeli uzna ona, że pomimo wcześniejszego rozwiązania, wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, wykonawca ten daje gwarancję należytego wykonania przyszłej umowy.

32. W przywołanej powyżej opinii Rady Ministrów wydanej w procesie legislacyjnym wskazano, że przed arbitralną decyzją instytucji zamawiającej o wykluczeniu wykonawcy z postępowania ma go chronić możliwość wniesienia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, która ma weryfikować decyzję instytucji zamawiającej. Jednak, biorąc pod uwagę koszt wniesienia wpisu od takiego odwołania, z dużą dozą prawdopodobieństwa można przypuszczać, że z drogi tej zrezygnuje wielu wykonawców, zwłaszcza z sektora małych i średnich przedsiębiorstw. Poza tym Krajowa Izba Odwoławcza również działa w oparciu o zasady prawa krajowego i z ich poszanowaniem, zatem obowiązują ją te same przesłanki wykluczenia wykonawcy, co i instytucję zamawiającą, więc Izba również nie będzie mogła zastosować przepisu, który ma jasne i precyzyjne brzmienie, w sposób elastyczny. Zatem jedyną możliwością przeciwdziałania automatyzmowi tego przepisu byłoby stwierdzenie jego niezgodności z przepisami wyższego rzędu, w szczególności z prawem unijnym.

33. Tym samym przedstawione powyżej wątpliwości związane z interpretacją przepisów prawa wspólnotowego uzasadniają zawieszenie postępowania odwoławczego i zwrócenie się do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z przedstawionymi na wstępie pytaniami prejudycjalnymi.



W związku z powyższym Izba postanowiła jak w sentencji.

**Przewodniczący:**

.....*Palis*.....

**Członkowie:**

.....*Mrozińska*.....  
.....*Nowodzin*.....