

WYROK

z dnia 11 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Honorata Łopianowska

Jolanta Markowska

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 października 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 września 2011 r. przez wykonawcę **Aleksander Daniłowicz**, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **Budownictwo Przyrodnicze DANBUD Aleksander Daniłowicz w Suwałkach**, w postępowaniu prowadzonym **przez Miejską Dyрекcję Inwestycji w Suwałkach**,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Aleksander Daniłowicz, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Budownictwo Przyrodnicze DANBUD Aleksander Daniłowicz w Suwałkach i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Aleksander Daniłowicz, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Budownictwo Przyrodnicze DANBUD Aleksander Daniłowicz w Suwałkach tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy Aleksander Daniłowicz, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Budownictwo Przyrodnicze DANBUD Aleksander Daniłowicz w Suwałkach na rzecz Miejskiej Dyрекcji Inwestycji w Suwałkach kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Suwałkach.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Miejska Dyrekcja Inwestycji w Suwałkach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „Zimowe utrzymanie dróg i ulic powiatowych, gminnych i dojazdowych w Suwałkach: część 2 - Rejon 4”.

Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 7 września 2011 r. nr 238661.

Wykonawca - Aleksander Daniłowicz prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Budownictwo Przyrodnicze DANBUD Aleksander Daniłowicz w Suwałkach, zwany dalej „odwołującym” wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego, zarzucając bezpodstawne wykluczenie z postępowania i bezpodstawne odrzucenie jego oferty, jedynej złożonej w postępowaniu.

Wskazał, że czynności zamawiającego naruszają art. 24 ust. 1 pkt 1a oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty,
- 2) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 3) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa prawnego w kwocie 3.600 zł.

Ponadto wniósł o :

1) dopuszczenie dowodu z dokumentów:

- a) pisma zamawiającego z dnia 20.09.2011 r.,
- b) umowy z dnia 22.03.2011 r. nr 16/2011 r.,
- c) pisma odwołującego z dnia 23.05.2011 r.,
- d) pisma zamawiającego z dnia 25.05.2011 r. (znak: I-7333/10.07/3104/2011),
- e) pisma odwołującego z dnia 03.06.2011 r. wraz z załącznikiem - mapą terenu inwestycji z wynikami pomiarów kontrolnych,
- f) pisma zamawiającego z dnia 07.06.2011 r. (znak: I-7333/10.07/3450) wraz z załącznikiem - pismem autora projektu,
- g) pisma odwołującego z dnia 10.06.2011 r. (oświadczenie o odstąpieniu od umowy),
- h) pisma zamawiającego z dnia 17.06.2011 r. (znak: 1- 7333/10.07/3686/2011),
- i) opinii mgr inż. Alfonsa D. z dnia 27.06.2011 r.,

- k) szkicu kontrolnego pomiaru wysokościowego kd w Suwałkach, wykonanego w dniu 03.08.2011 r.,
 - l) pisma zamawiającego z dnia 1.08.2011 r. (znak: I-344/64/5015/2011 - oświadczenie o odstąpieniu od umowy),
 - ł) pisma pełnomocnika odwołującego z dnia 11.08.2011 r.;
- 2) dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu sporządzania projektów ujęć wodnych i melioracji wodnych, na okoliczność ustalenia:
- a) wad projektu na roboty budowlane, w oparciu o wykonane pomiary kontrolne: poziomu rzeki, dna rzeki poziomu studzienki oraz poziomu dna studzienki,
 - b) możliwości wykonania umowy z dnia 22.03.2011 r. nr 16/2011 r. w oparciu o dostarczony przez zamawiającego projekt,
 - c) zasadności oraz legalności - w kontekście przepisów prawa budowlanego oraz wodnego sugerowanej przez zamawiającego w pismach z dnia 25.05.2011 r. (znak:1-7333/10.07/3104/2011) oraz z dnia 07.06.2011 r. (znak: 1-7333/10.07/3450) zmian projektu;
- 3) zobowiązanie zamawiającego do przedłożenia do akt sprawy:
- a) dokumentacji projektowej na budowę sieci kanalizacji deszczowej (kategoria obiektu XXVI) wraz z wylotem W-10.2 odprowadzającym wody opadowe do rzeki Czarna Hańcza przy ul. Wojska Polskiego w Suwałkach, stanowiącej przedmiot postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr 8/2011 oraz umowy z dnia 22.03.2011 r. nr 16/2011,
 - b) decyzji Prezydenta Miasta Suwałk nr 44/2011 w przedmiocie zatwierdzenia projektu budowlanego i wydania pozwolenia na budowę sieci kanalizacji deszczowej (kategoria obiektu XXVI) wraz z wylotem W-10.2 odprowadzającym wody opadowe do rzeki Czarna Hańcza przy ul. Wojska Polskiego w Suwałkach na działkach oznaczonych nr geod. 31363/13 i 11311/2.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podał, że zamawiający wykluczył go z postępowania, co w konsekwencji skutkowało odrzuceniem oferty i unieważnieniem postępowania, ponieważ oferta odwołującego była jedyną ofertą złożoną w postępowaniu. Jako podstawę prawną wykluczenia zamawiający wskazał przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp.

W uzasadnieniu faktycznym odwołujący podał, że uprzednio uczestniczył w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez obecnego zamawiającego na „Przebudowę wylotu kanalizacji deszczowej przy zalewie Arkadia” i oferta odwołującego została wybrana jako najkorzystniejsza.

W dniu 22 marca 2011 r. strony zawarły umowę nr 16/2011 na realizację zamówienia.

Po przystąpieniu do realizacji umowy odwołujący stwierdził, że dostarczona przez

zamawiającego dokumentacja projektowa zawiera błędy w zakresie określenia rzędnych dna koryta rzeki, lustra rzeki, poziomu studzienki oraz poziomu dna studzienki, uniemożliwiające wykonanie robót zgodnie z wydanym pozwoleniem na budowę oraz sztuką budowlaną.

O powyższym odwołujący poinformował zamawiającego pismem z dnia 23 maja 2011 r.

W odpowiedzi, zamawiający zobowiązując odwołującego do dokonania „korekty projektu”, zażądał przystąpienia do wykonania umowy, z pominięciem warunków pozwolenia na budowę (pismo z dnia 25 maja 2011 r., znak: I-7333/10.07/3104/2011).

Po uzyskaniu stanowiska zamawiającego, odwołujący zlecił uprawnionemu geodecie wykonanie pomiarów kontrolnych: poziomu rzeki, dna rzeki, poziomu studzienki oraz poziomu dna studzienki. Wyniki pomiarów, w ocenie odwołującego, jednoznacznie wykazały błędy w założeniach projektu, a tym samym niemożność jego realizacji. Kolejnym pismem z dnia 3 czerwca 2011 r. odwołujący zawiadomił zamawiającego o wstrzymaniu realizacji inwestycji. Do pisma załączył mapę terenu inwestycji z wynikami pomiarów kontrolnych. W uzasadnieniu swojego stanowiska wskazał, że wykonanie robót niezgodnie z projektem budowlanym oraz pozwoleniem na budowę, może zostać uznane - w protokole powykonawczym robót - za nienależyte wykonanie umowy. Zwrócił również uwagę na zagrożenia wynikające z zasugerowanego - przez zamawiającego, a niezgodnego z projektem oraz sztuką budowlaną - sposobu wykonania robót (pismo z dnia 3 czerwca 2011 r. wraz z załącznikiem - mapą terenu inwestycji z wynikami pomiarów kontrolnych).

Zamawiający nie zmienił swojego stanowiska i powołując się na stanowisko projektanta, które stanowiło zmianę projektu, zażądał wykonania umowy (pismo z dnia 7 czerwca 2011 r., znak: I-7333/10.07/3450 wraz z załącznikiem - pismem autora projektu).

Wobec stanowiska zamawiającego, odwołujący złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy pod warunkiem zawieszającym - przedstawienia przez zamawiającego dokumentacji projektowej na podstawie, której możliwe będzie wykonanie umowy zgodnie ze sztuką budowlaną oraz pozwoleniem na budowę (pismo z dnia 10 czerwca 2011 r. - odstąpienie od umowy).

Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko, zażądał wykonania umowy w oparciu o istniejącą dokumentację (pismo z dnia 17 czerwca 2011 r., znak: I-7333/10.07/3686/2011).

Odwołujący uznał, że wobec ziszczenia się warunku z pisma z dnia 10 czerwca 2011 r. (nieprzedstawienia przez zamawiającego poprawionej dokumentacji projektowej), umowa z dnia 22 marca 2011 r. nr 16/2011 r. wygasła, na skutek oświadczenia odwołującego o odstąpieniu od umowy.

W celu potwierdzenia swojego stanowiska oraz zasadności odstąpienia od umowy, odwołujący zlecił niezależnemu specjalście z zakresu sporządzania projektów ujęć wodnych i melioracji wodnych opracowanie opinii, mającej na celu ustalenie, czy w oparciu o przedstawioną przez zamawiającego dokumentację możliwe jest wykonanie umowy. Opinia

wykazała, że „wykonanie kanału na podstawie obecnego pozwolenia na budowę (...) jest niecelowe, a wręcz szkodliwe na spływ wód burzowych z projektowanych kanałów”. Podobnie też, kolejne pomiary kontrolne wykazały przyjęcie przez zamawiającego w projekcie nieaktualnych rzędnych poziomu rzeki, dna rzeki, poziomu studzienki oraz poziomu dna studzienki (opinia mgr inż. Alfonsa D. z dnia 27 czerwca 2011 r., szkic kontrolny pomiaru wysokościowego kd w Suwałkach wykonany w dniu 3 sierpnia 2011 r.).

Opinia została przekazana zamawiającemu za pośrednictwem Prezydenta Miasta Suwałk.

W dniu 3 sierpnia 2011 r. odwołujący otrzymał pismo z dnia 1 sierpnia 2011 r., w którym zamawiający oświadczył, że odstępuje od umowy z winy leżącej po stronie odwołującego oraz wzywa go do zapłaty kary umownej w kwocie 10.986,94 zł (pismo znak:I-344/64/5015/2011 - oświadczenie o odstąpieniu od umowy).

Odwołujący podważył pismem z dnia 11 sierpnia 2011 r. skuteczność odstąpienia zamawiającego od umowy, jak również uprawnienia do jakichkolwiek roszczeń z tego tytułu.

W zakresie uzasadnienia prawnego odwołujący wywiódł z postanowień umowy z dnia 22 marca 2011 r. nr 16/2011 przysługujące mu prawo odstąpienia od umowy. Wskazał, że wiążąca strony umowa była umową o roboty budowlane, której istotnym składnikiem i jednocześnie podstawowym obowiązkiem inwestora jest dostarczenie projektu. Obowiązkiem wykonawcy zaś jest oddanie przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej. Jeżeli dostarczona przez inwestora dokumentacja, teren budowy, maszyny lub urządzenia nie nadają się do prawidłowego wykonania robót, albo jeżeli zajdą inne okoliczności, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu robót, wykonawca powinien niezwłocznie zawiadomić o tym inwestora (art. 651 kc).

Stwierdził, że projekt budowlany przekazany odwołującemu był dotknięty wadami na tyle istotnymi, że wykonanie obiektu było niemożliwe.

Zamawiający przyznał wadliwość projektu lecz uznał, że wykonanie umowy było możliwe po dokonaniu „korekty” projektu, niestanowiącej istotnego odstąpienia od projektu budowlanego (pisma: z dnia 25 maja 2011 r. - znak: 1-7333/10.07/3104/2011 i z dnia 7 czerwca 2011 r. - znak: 1-7333/10.07/3450 - wraz z załącznikiem - pismem autora projektu).

W konsekwencji, wadliwość projektu stała się bezsporna, zaś podstawę sporu stanowiła możliwość „skorygowania” projektu i wykonania umowy bez uprzedniej zmiany warunków pozwolenia na budowę.

W ocenie odwołującego, było to niemożliwe ze względu na istotne odstąpienie od projektu budowlanego. Uznał, że realizacja umowy zgodnie z poleceniem zamawiającego, pomijając kwestię możliwości i celowości wykonania robót na podstawie „skorygowanego” projektu, wymagałaby wykroczenia poza zakres terenu inwestycji objęty pozwoleniem na budowę oraz zmiany charakterystycznych parametrów obiektu budowlanego, co pozostaje w kolizji z

treścią art. 36 a ust. 5 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane.

Odwołujący podniósł, że sugerowane przez zamawiającego zmiany projektu nie zostały naniesione w projekcie, w trybie art. 36 a ust. 6 ustawy Prawo budowlane, tj. projektant nie zamieścił odpowiednich informacji (rysunek i opis) dotyczących odstąpienia od projektu.

Odwołujący uznał, że odmowa współdziałania inwestora w zakresie przekazania dokumentacji projektowej umożliwiającej wykonanie umowy, wobec braku unormowań szczególnych, powinna być oceniana w myśl przepisów ogólnych o niewykonaniu zobowiązania wzajemnego. W tej sytuacji, zdaniem odwołującego, odmiennie niż w przypadku umowy o dzieło, dopuszczalne jest odstąpienie wykonawcy od umowy z powodu zawinionej przez inwestora niemożliwości świadczenia (art. 493 § 1 k.c.).

Odwołujący założył, że jeśli nawet przyjąć, że spełnienie świadczenia z umowy nr 16/2011 mogłoby nastąpić na podstawie skorygowanego projektu, to wobec bezczynności zamawiającego w zakresie formalnej zmiany projektu w trybie art. 36 a ust. 6 ustawy Prawo budowlane, świadczenie odwołującego wciąż pozostawało świadczeniem niemożliwym.

Zatem, w ocenie odwołującego, był on uprawniony do złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy w piśmie z dnia 10 czerwca 2011 r.

W zakresie wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 a ustawy Pzp, odwołujący wskazał, że zgodnie z tym przepisem zamawiający wyklucza wykonawców, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki: 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; rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego; wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5 % wartości umowy.

Na podstawie wskazanego przepisu zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania, powołując się na oświadczenie o odstąpieniu od umowy, zawarte w piśmie z dnia 1 sierpnia 2011 r.

Odwołujący stwierdził, że odstąpienie zamawiającego od umowy zostało dokonane po uprzednim skutecznym odstąpieniu przez odwołującego, dokonany pismem z dnia 10 czerwca 2011 r.

Wobec tego uznał, że doszło do wygaśnięcia umowy nr 16/2011 z dnia 22 marca 2011 r., nie na skutek odstąpienia przez zamawiającego, lecz w wyniku odstąpienia przez odwołującego.

Z powyższych względów, odwołujący stwierdził, że zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a oraz 91 ust. 1 ustawy Pzp i uznał, że w konsekwencji prowadzi to do nieważności czynności zamawiającego polegających na wykluczeniu odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty.

Interes do wniesienia odwołania, w ocenie odwołującego, jest oczywisty i nie wymaga głębszego uzasadnienia, gdyż w sytuacji stwierdzenia nieważności czynności zamawiającego, zamówienie zostanie udzielone odwołującemu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie, obciążenie odwołującego kosztami postępowania odwoławczego, w tym zastępstwa prawnego oraz o oddalenie wniosków dowodowych:

- a) z opinii biegłego z zakresu sporządzania ujęć wodnych i melioracji wodnych - na okoliczność ustalenia wad projektu na roboty budowlane, w oparciu o pomiary kontrolne, możliwości wykonania umowy z dnia 22 marca 2011 r. w oparciu o dostarczony przez zamawiającego projekt oraz zasadności zmian w projekcie,
- b) z dokumentacji projektowej na budowę sieci kanalizacji deszczowej wraz z wylotem odprowadzającym wody opadowe do rzeki Czarna Hańcza przy ul. Wojska Polskiego w Suwałkach,
- c) decyzji Prezydenta Miasta Suwałk nr 44/2011 dotyczącej zatwierdzenia projektu budowlanego i wydania pozwolenia na budowę sieci kanalizacji deszczowej.

W uzasadnieniu zamawiający uznał, że zarzuty dotyczące naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 1a i 91 ust. 1 ustawy Pzp są bezzasadne.

Stwierdził, że wbrew stanowisku odwołującego, wykluczył go z postępowania zgodnie z powołanym przepisem art. 24 ust. 1 pkt 1 a.

Podniósł, że w bieżącym postępowaniu wystąpiły wszystkie określone w przepisie przesłanki uzasadniające wykluczenie odwołującego z postępowania, gdyż pismem z dnia 1 sierpnia 2011 r. zamawiający odstąpił od umowy w nr 16/2011 z dnia 22 marca 2011 r., odstąpienie od umowy nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem obecnego postępowania zamówienie i zamówienie nie zostało zrealizowane w 100%.

Wskazał, że odwołujący wraz innym wykonawcą wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia zobowiązał się do przebudowy wylotu kanalizacji deszczowej przy zalewie Arkadia w terminie do dnia 30 czerwca 2011 r. (§ 1 ust. 1, § 2 ust. 2).

Za odstąpienie od umowy z przyczyn zależnych od wykonawcy przewidziano w § 8 ust. 1 pkt 3 karę umowną w wysokości 10% wynagrodzenia brutto.

Chronologicznie czynności przedstawiają się następująco. Z uwagi, że wykonawca nie przystąpił do realizacji robót, zamawiający pismem z dnia 11 maja 2011 r. wezwał go do niezwłocznego rozpoczęcia prac. W związku ze stwierdzeniem, że po wykonaniu kanału dno rury przy wylocie będzie zanurzone prawie 50 cm poniżej lustra wody, pismem z 23 maja 2011 r. wykonawca zwrócił się o zajęcie w tej kwestii stanowiska. Zamawiający udzielił odpowiedzi, by przedsięwzięcie realizować zgodnie z przekazaną dokumentacją techniczną, dokonując jedynie korekty spadku kanału z 0,2% do 0,05%.

W dniu 3 czerwca 2011 r. do zamawiającego wpłynęło pismo wykonawcy informujące o wstrzymaniu prac wraz z prośbą o przyjęciu rezygnacji z realizacji umowy z przyczyn niezależnych od wykonawcy. Po uzyskaniu pisemnego stanowiska autora projektu budowlanego zamawiający pismem z 7 czerwca 2011 r. ponowił wezwanie do wywiązania się z umowy oraz poinformował wykonawcę o konsekwencjach niezrealizowania zamówienia.

Pismem z dnia 10 czerwca 2011 r. wykonawca zwrócił się o dostarczenie dokumentacji zamiennej, twierdząc, iż istniejąca dokumentacja uniemożliwia wykonanie zadania zgodnie ze sztuką budowlaną. W odpowiedzi, powołując się na pisemną opinię autora projektu, zamawiający potwierdził możliwość zrealizowania zadania na podstawie pierwotnie przekazanej dokumentacji w dniu 8 kwietnia 2011 r. W dniu 28 czerwca 2011 r. wykonawca przedłożył zamawiającemu opinię Alfonsa D. dotyczącą ustalenia rzędnych przebudowy wylotu kanalizacji deszczowej, zawierającą następujący wniosek końcowy: „Wykonanie kanału na podstawie obecnego pozwolenia na budowę uważam za niecelowe a wręcz szkodliwe na spływy wód burzowych z projektowanych kanałów”.

Po zapoznaniu się z opinią, autor projektu - mgr inż. inżynierii środowiska Danuta P. w swojej opinii z dnia 22 lipca 2011 r. ponownie potwierdziła możliwość zrealizowania przedsięwzięcia na podstawie istniejącej dokumentacji technicznej oraz osiągnięcie określonego przez inwestora celu. Zdaniem autorki projektu, mimo, że dno nowego wylotu kanału będzie znajdować się poniżej zwierciadła wody w rzece, wskazane w dokumentacji rozwiązanie usprawni odpływ wód opadowych, oraz pozwoli osiągnięcie oczekiwanego efektu.

Z uwagi na zaniechanie realizacji umowy oraz upływ w dniu 30 czerwca 2011 r. terminu końcowego, zamawiający na podstawie art. 635 i art. 644 k.c. złożył wykonawcy oświadczenie o odstąpieniu od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Następnie dokonał potrącenia naliczonych kar umownych.

Pismem z 18 sierpnia wykonawca powołując się na § 9 umowy zwrócił się o „odbiór robót przerwanych”.

Zamawiający poinformował jednak, że jakiegokolwiek odbiory są bezprzedmiotowe, bowiem żadne roboty objęte umową nie zostały rozpoczęte.

W związku z odstąpieniem od umowy z winy wykonawcy, zamawiający wykluczył wykonawcę z innego postępowania „na montaż i bieżące utrzymanie istniejącego oznakowania ulic w granicach administracyjnych miasta Suwałk”, na którą to czynność wykonawca nie wniósł odwołania.

Zamawiający podał, że w rozpoznawanym odwołaniu strona odwołująca podniosła, iż pismem z dnia 10 czerwca 2011 r. złożyła zamawiającemu „oświadczenie o odstąpieniu od umowy pod warunkiem zawieszającym”. Zamawiający wskazał, że wykonawca nie mógł

złożyć skutecznego oświadczenia o odstąpieniu od umowy, gdyż przede wszystkim takiej możliwości nie przewidywała umowa (§ 9 umowy i art. 395 k.c.).

Wskazał, że stosownie do art. 656 k.c., do umowy o roboty budowlane stosuje się odpowiednio przepisy o umowie o dzieło: do skutków opóźnienia się przez wykonawcę z rozpoczęciem robót lub wykończeniem obiektu (art. 635 k.c.); do skutków wykonania przez wykonawcę robót w sposób wadliwy albo sprzeczny z umową (art. 636 k.c.); do rękojmi za wady wykonanego obiektu (art. 556-569 w zw. z art. 638 k.c.); w zakresie uprawnienia inwestora do odstąpienia od umowy przed ukończeniem obiektu (art. 631 i 644 k.c.).

W ocenie odwołującego, powołane wyżej przepisy, jak również przepis art. 145 ust. 1 ustawy Pzp, nie przewidują jednak możliwości odstąpienia od umowy o roboty budowlane przez wykonawcę.

Zamawiający uznał, że nie wystąpiły również przesłanki do odstąpienia od umowy przez wykonawcę na podstawie przepisów ogólnych prawa zobowiązań dotyczących wykonania i skutków niewykonania umów wzajemnych - art. 491-496 k.c. Stwierdził, że powołanie się przez odwołującego na przewidzianą w art. 493 § 1 k.c. niemożliwość świadczenia, jest niezasadne. Ponadto wskazał, że mimo ciężącego według art. 6 k.c. obowiązku udowodnienia okoliczności, nie zostały one udowodnione. Powołał się w zakresie pojęcia niemożliwości świadczenia na wyroki SN - z dnia 8 maja 2002 r. III CKN 1015/99 i z 10 kwietnia 2003 r. III CKN 1320, OSNC 2004/7-8/112.

Wskazał, że odwołujący w piśmie z dnia 7 września 2011 r. podniósł jedynie, iż dokumentacja techniczna będąca podstawą realizacji umowy nr 16/2011 posiada wady uniemożliwiające wykonanie przebudowy wylotu kanalizacji deszczowej Arkadia, zgodnie ze sztuką budowlaną i osiągnięciem planowanych efektów, co nie jest równoznaczne z niemożliwością świadczenia. Podał, że w świetle stanowiska autora projektu wyrażonego w pismach z dnia 7 czerwca 2011 r. i 22 lipca 2011 r., wykonanie przebudowy wylotu kanalizacji deszczowej przy zalewie Arkadia mogło zostać zrealizowane zgodnie z załączoną do umowy nr 16/2011 z dnia 22 marca 2011 r. dokumentacją. Zmiana projektowanego spadku kolektora z 0,2% do 0,05%, powodująca podniesienie wylotu, była zmianą nieistotną i wbrew twierdzeniu odwołującego nie wymagała również w świetle art. 36a ust. 5 ustawy Prawo budowlane uzyskania decyzji o zmianie pozwolenia na budowę. O możliwości zrealizowania zadania świadczą również złożone w postępowaniu oferty innych wykonawców: Wojciecha Lutkiewicza prowadzącego Przedsiębiorstwo Wielobranżowe LUD WOD oraz Wiesława Stankiewicza i Tomasza Stankiewicza prowadzących działalność gospodarczą w ramach spółki cywilnej Zakład Ogólnobudowlany i Drogowy.

Uznał, że nie może być mowy o prawie odstąpienia od umowy z powodu następczej niemożliwości świadczenia.

Stwierdził, że jeżeli w wyniku zobowiązania wynikającego z umowy o roboty budowlane

zamawiający dostarczy wykonawcy dokumentację projektową lub udzieli mu wskazówek co do sposobu wykonania zamówionych robót, a wskutek wadliwości owej dokumentacji lub wskazówek powstaną wady robót, wykonawca tych robót ma możliwość uwolnienia się od odpowiedzialności z tytułu rękojmi, jeżeli wykonawca uprzedził zamawiającego o niebezpieczeństwie (art. 655 k.c.). Mając na względzie powyższe, zamawiający uznał, iż pisma wykonawcy informujące o tym, że po wybudowaniu dna rury przy wylocie będzie zanurzone prawie 50 cm poniżej lustra wody, mogły być oceniane wyłącznie w kontekście uwolnienia się od ewentualnej odpowiedzialności. Złożone przez zamawiającego na podstawie art. 635 i art. 644 k.c. oświadczenie o odstąpieniu od umowy było skuteczne. Nie wystąpiła również niemożliwość świadczenia uzasadniająca odstąpienie od umowy przez wykonawcę. Uznał, że przeprowadzenie wnioskowanych przez stronę odwołującą dowodów jest niecelowe, gdyż nie mają one dla rozstrzygnięcia sporu istotnego znaczenia.

Na podstawie przedstawionego przez strony stanu faktycznego i przeprowadzonego postępowania dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza, ustaliła i zważyła, co następuje.

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

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu wykluczenie wykonawcy z postępowania, z którym dany zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego, z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy. Przywołany przepis został wprowadzony ustawą z dnia 25 lutego 2011 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 87, poz. 484).

Zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie wskazanego przepisu, podnosząc, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie zadania „Przebudowa wylotu kanalizacji deszczowej przy zalewie Arkadia”, odwołujący wybrany jako wykonawca, z którym zawarto umowę nr 16/2011 w dniu 22 marca 2011 r., nie przystąpił do realizacji zadania, więc zamawiający odstąpił od umowy składając pisemne oświadczenie w dniu 1 sierpnia 2011 r.

W celu ustalenia, czy przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp ma zastosowanie w sytuacji,

gdy spór dotyczy odstąpienia od umowy i przyczyn odstąpienia, Izba uznała, że nieodzowna jest analiza następujących okoliczności. Odwołujący stoi na stanowisku, że on pierwszy odstąpił od umowy z dniem 17 czerwca 2011 r. (pismo z dnia 10 czerwca 2011 r.), zamawiający zaś, że odstąpienie odwołującego jest nieskuteczne ponieważ jako przyczynę wskazał w odwołaniu niemożność świadczenia objętego umową ze względu na braki w przekazanej mu dokumentacji przetargowej, gdy w istocie w ogóle nie był uprawniony do odstąpienia, gdyż czynność ta pozbawiona jest podstawy prawnej, zarówno w zawartej umowie, jak też w przepisach kodeksu cywilnego dotyczących zobowiązań i umów w sprawie robót budowlanych. Zatem uznał, że odstąpienie z dniem 1 sierpnia 2011 r. jakiego dokonał, jest jedynie skuteczne, naliczył więc karę umowną i zasadnie wykluczył odwołującego z bieżącego postępowania dotyczącego „Zimowego utrzymania dróg i ulic powiatowych, gminnych i dojazdowych w Suwałkach: Część 2 Rejon 4.”

Zatem, by ustalić czy istotnie zamawiający odstąpił od umowy z powodu okoliczności, za które odwołujący ponosi odpowiedzialność, należy przeprowadzić analizę zobowiązań i uprawnień stron umowy zawartej w dniu 22 marca 2011 r. oraz przepisów kodeksu cywilnego. Z umowy wynika, że strony dopuściły w § 9 umowne prawo odstąpienia od umowy. Prawo to zostało przyznane wyłącznie zamawiającemu. W przepisach kodeksu cywilnego, w części dotyczącej zobowiązań i uprawnień stron umowy o roboty budowlane w art. 656 § 1 przewidziano uprawnienie inwestora do odstąpienia od umowy przed ukończeniem obiektu, odsyłając do odpowiedniego stosowania przepisów o umowie o dzieło. W art. 635, 636, 644 k.c. również przyznano zamawiającemu prawo odstąpienia od umowy. Wykonawca zaś uprawniony jest do odstąpienia od umowy, w przypadku gdy brak jest koniecznego współdziałania z zamawiającym. W takiej sytuacji, po upływie wyznaczonego zamawiającemu odpowiedniego terminu z zagrożeniem odstąpienia od umowy, odstąpienie jest możliwe na podstawie art. 640 k.c. – przepis ten jednak nie ma zastosowania do umów o roboty budowlane wobec treści art. 656 § 1 k.c.

Należy również podnieść, że umowa o prace projektowe wiąże strony tejże umowy, a więc inwestora i projektanta. Wykonawca robót nie ma w zasadzie możliwości kwestionowania wzajemnych praw i zobowiązań inwestora i projektanta. Jedynie przepis art. 651 k.c. nakłada na wykonawcę obowiązek niezwłocznego zawiadomienia inwestora, jeżeli dostarczona przez inwestora dokumentacja nie nadaje się do poprawnego wykonania robót, albo zajdą inne okoliczności, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu robót (niedopełnienie obowiązków przez wykonawcę powoduje odpowiedzialność wykonawcy w tym zakresie, w jakim szkoda by nie powstała, gdyby wykonawca zawiadomił inwestora o wadach - wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 marca 2000 r. III CKN 629/98).

W art. 36a ust. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane przewidziano, że w razie konieczności odstąpienia od zatwierdzonego projektu budowlanego lub innych warunków

pozwolenia na budowę, zmiana projektu dopuszczalna jest jedynie po uzyskaniu decyzji o zmianie pozwolenia na budowę. W ust. 5 tego przepisu określono, że nieistotne odstępstwo od zatwierdzonego projektu budowlanego lub innych warunków pozwolenia na budowę, nie wymaga uzyskania decyzji o zmianie pozwolenia na budowę i jest dopuszczalne, o ile nie dotyczy m. in. – pkt 2 „charakterystycznych parametrów obiektu budowlanego: kubatury, powierzchni zabudowy, wysokości, długości, szerokości i liczby kondygnacji” (definicja nieistotnego odstąpienia od zatwierdzonego projektu budowlanego). Przy czym z ust. 6 przepisu wynika, że projektant dokonuje kwalifikacji zamierzonego odstąpienia oraz jest obowiązany zamieścić w projekcie budowlanym odpowiednie informacje (rysunek i opis) dotyczące odstąpienia, o którym mowa w ust. 5.

W ocenie Izby, z analizowanych przepisów wynika, że w przypadku przekazania wykonawcy dokumentacji projektowej przez zamawiającego, wykonawca jest zobowiązany do zawiadomienia inwestora, w razie stwierdzenia wadliwości dokumentacji projektowej. Zawiadomienie takie zwalnia wykonawcę z odpowiedzialności odszkodowawczej. Dalsze działanie w tym zakresie należy do inwestora i projektanta, na podstawie zawartej między nimi umowy na wykonanie dokumentacji projektowej.

W okolicznościach rozpoznawanej sprawy, odwołujący zawiadomił inwestora o stwierdzonych wadach, a więc dopełnił swoich obowiązków. Odstąpienie od realizacji umowy, po uzyskaniu stanowiska inwestora wraz ze stanowiskiem projektanta, który uznał odstępstwa od projektu budowlanego jako nieistotne i niewymagające zmiany decyzji o pozwoleniu na budowę, dokonane jest w takiej sytuacji na ryzyko zamawiającego. Wykonawca nie jest uprawniony do ingerowania w zakres współpracy inwestora z projektantem, do podważania dokonanej przez projektanta kwalifikacji odstąpienia od projektu budowlanego, jako odstąpienia nieistotnego.

Odwołujący powołał się w odwołaniu, że przyczynę odstąpienia od realizacji umowy wiąże z niemożliwością świadczenia, a więc stwierdził na podstawie art. 493 k.c., że wykonanie robót jest niemożliwe i za tę niemożliwość ponosi odpowiedzialność zamawiający.

W ocenie Izby, zamawiający słusznie podniósł w odpowiedzi na odwołanie i podtrzymał na rozprawie, że pojęcie niemożliwości świadczenia, zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego, ma charakter obiektywny tj. świadczenie jest niemożliwe do spełnienia nie tylko przez konkretnego wykonawcę, ale również przez żadną inną osobę. Chodzi więc o świadczenie rzeczywiście niewykonalne (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 maja 2002 r. III CKN 1015/99).

Z powyższego zatem wynika, że trudno jest uznać stanowisko odwołującego o niemożliwości świadczenia, skoro projektant odpowiedzialny za kwalifikację odstąpienia od projektu budowlanego uznał, że świadczenie jest wykonalne i inwestor uzyska zamierzony cel.

Zamawiający złożył przy piśmie z dnia 5 października 2011 r. informację Adama

Łukasiewicza (specjalista ze strony zamawiającego), z której wynika, że wskazane przez projektanta rozwiązanie z korektą spadku kanału z 0,2 do 0,05% i w konsekwencji podniesienie wylotu o 13,5 cm na zaprojektowanym odcinku 91 m, jest zmianą nieistotną w rozumieniu Prawa budowlanego i nie wymaga zmiany decyzji o pozwoleniu na budowę. Według stanowiska zamawiającego, alternatywnym rozwiązaniem byłaby przebudowa kolektora na długości ponad 1 km i podniesienie wylotu powyżej średniego poziomu wody w rzece, przy jednoczesnym zachowaniu grawitacyjnego spływu wód, gdzie koszt takiej przebudowy przekroczyłby 2 mln zł.

W planach inwestycyjno - finansowych zamawiającego wskazana inwestycja jest przewidziana do realizacji w 2012 r., jednak w zakresie kwoty 250 tys. zł.

W tej sytuacji, Izba uznaje za uzasadnione stanowisko zamawiającego, iż wobec przekazania wykonawcy placu budowy w dniu 8 kwietnia 2011 r., dokonał on ponaglenia wykonawcy w dniu 11 maja 2011 r. do rozpoczęcia realizacji zadania, w sytuacji zagrożenia terminu jego zakończenia, przewidzianego na dzień 30 czerwca 2011. Późniejsza korespondencja dotyczyła wzajemnych stanowisk odnośnie korekty projektu budowlanego w zakresie, czy jej charakter jest istotny, czy nieistotny, a w konsekwencji odstąpienia od umowy.

Jak wyżej wskazano, wykonawca nie był uprawniony do ingerencji w zakres kompetencji projektanta i jego zapowiedź odstąpienia od umowy w razie nie dostarczenia zmienionej dokumentacji na przebudowę wylotu kanalizacji deszczowej przy zalewie Arkadia, nie może być uznana za skuteczną w świetle przytoczonych wyżej przepisów prawnych. Stąd po wyczerpaniu dodatkowych pisemnych konsultacji z projektantem, zamawiający odstąpił od umowy (pismo z dnia 1 sierpnia 2011 r.) ze wskazaniem przyczyn leżących po stronie wykonawcy - wstrzymanie realizacji umowy wobec upływu terminu końcowego w dniu 30 czerwca 2011 r. (art. 635 i 644 w zw. z art. 656 §1 k.c.).

Przepis art. 657 k.c. stanowi, że uprawnienie do odstąpienia do umowy przez wykonawcę lub przez inwestora może być ograniczone lub wyłączone przez przepisy szczególne. Żadne przepisy w tym zakresie nie zostały wydane, więc należy wnioskować, że prawo wykonawcy odstąpienia od umowy może wywodzić się, bądź z umowy zawartej przez strony, bądź z części ogólnej kodeksu cywilnego (wyrok Sąd Apelacyjny w Warszawie z dnia 22 listopada 2006 r. I ACa 1311/05). W umowie nie przewidziano możliwości odstąpienia przez projektanta od umowy, zaś przesłanka z art. 493 § 1 k.c. wskazana przez odwołującego w odwołaniu, jako podstawa niemożności świadczenia, w okolicznościach sprawy, nie została potwierdzona.

Przepis art. 471 kc stanowiący, że dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi, zawiera domniemanie, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło na skutek okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (wyroki Sądu

Najwyższego z dnia 9 stycznia 2002 r. V CKN 630/00 i z dnia 7 lipca 2005 r. V CK 869/04).
Zatem, dłużnik (wykonawca) ma udowodnić, że niewykonanie zamówienia nastąpiło na skutek okoliczności, za które on nie ponosi odpowiedzialności. Skoro przepisy szczególne zobowiązując wykonawcę do zawiadomienia inwestora o wadach dokumentacji projektowej i jednocześnie, na skutek dokonania tej czynności, zwalniają z odpowiedzialności odszkodowawczej, należy uznać, że wykonawca był zobowiązany do zastosowania się do poleceń inwestora.

W tej sytuacji Izba uznała, że odstąpienie od umowy dokonane przez inwestora było skuteczne.

Izba podkreśla, że dodatkowe kwestie podnoszone w odwołaniu, a mianowicie ocena wad projektu budowlanego, możliwości wykonania umowy z dnia 22 marca 2011 r. oraz ocena dokumentacji projektowej na budowę sieci kanalizacji deszczowej wraz z decyzją Prezydenta Miasta Suwałk w przedmiocie zatwierdzenia projektu budowlanego i wydania pozwolenia na budowę, nie leży w kompetencji Izby, lecz w gestii odpowiednich organów nadzoru budowlanego i administracji architektoniczno - budowlanej oraz, w zakresie wzajemnych zobowiązań i uprawnień umownych, do sądów powszechnych.

Reasumując powyższe, Izba oceniając zaskarżone czynności zamawiającego w kontekście zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp, uznała, że zamawiający nie naruszył wskazanego przepisu i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeka jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do jego wyniku oraz § 3 pkt 1 lit. a, pkt 2 lit. b, § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....