

WYROK

z dnia 2 listopada 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Anna Packo**
 Andrzej Niwicki
 Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: **Jakub Banasiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 listopada 2012 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 października 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

**Mostostal Białystok Sp. z o.o. ul. Warsztatowa 1, 15-637 Białystok oraz
Construcciones Y Promociones Coprosa S.A.
Calle Doctor Alfredo Martinez 6 Planta 5 33005 Oviedo, Asturias, Hiszpania**

w postępowaniu prowadzonym przez

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Mostostal Białystok Sp. z o.o. ul. Warsztatowa 1, 15-637 Białystok oraz Construcciones Y Promociones Coprosa S.A. Calle Doctor Alfredo Martinez 6 Planta 5 33005 Oviedo, Asturias, Hiszpania** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: **dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy**) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Mostostal Białystok Sp. z o.o. ul. Warsztatowa 1, 15-637**

Białystok oraz Construcciones Y Promociones Coprosa S.A. Calle Doctor Alfredo Martinez 6 Planta 5 33005 Oviedo, Asturias, Hiszpania tytułem wpisu od odwołania.

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 dla Warszawy – Pragi w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

U z a s a d n i e

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „budowę nowych skrzyżowań dwupoziomowych wraz z infrastrukturą towarzyszącą w obszarze LCS Działdowo, w ramach programu POIiŚ 7.1-41 Modernizacja linii kolejowej E65/C-E65 na odcinku Warszawa – Gdynia – obszar LCS Działdowo – przetarg 2E” zgodnie z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 21 grudnia 2011 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, a wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

10 października 2012 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania, zgodnie z którym z postępowania wykluczono wszystkich wykonawców oraz odrzucono wszystkie oferty, w tym ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mostostal Białystok Sp. z o.o. i Construcciones Y Promociones Coprosa S.A.

19 października 2012 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Construcciones Y Promociones Coprosa S.A. wnieśli odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania pomimo niezastąpienia przesłanki w postaci rozwiązania, wypowiedzenia lub odstąpienia przez zamawiającego od umowy w sprawie zamówienia publicznego zawartej z wykonawcą, 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. art. 26 ust. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych w postaci nieuwzględnienia, iż na dzień złożenia oferty odwołujący wypełnił zobowiązanie w postaci wykazania braku podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy,
3. art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 i art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego jako konsekwencję

niezasadnego uznania, iż podlega on wykluczeniu z postępowania z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

4. art. 93 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania jako konsekwencję niezasadnego uznania, iż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania z uwagi na niezasadne uznanie, że nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu,
2. powtórzenia czynności oceny i badania ofert i w konsekwencji uznania, iż odwołujący nie podlega wykluczeniu, a jego oferta nie podlega odrzuceniu,
3. dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej z uwagi na fakt, iż pozostali wykonawcy zostali wykluczeni z postępowania, a ich oferty zostały odrzucone.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że przyczyną wykluczenia go z postępowania było odstąpienie przez zamawiającego od umów zawartych z Mostostal Białystok Sp. z o.o. pismami z 27 lipca 2012 r. oraz z 13 sierpnia 2012 r. od umowy nr 90/117/0002/11/Z/I z 4 maja 2011 r. oraz od umowy nr 90/117/0019/11/Z/I z 28 lipca 2011 r. z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych z postępowania wyklucza się wykonawców, z którymi dany zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy. Natomiast odstąpienie przez zamawiającego od dwóch umów zawartych z Mostostal Białystok Sp. z o.o. nastąpiło już po wszczęciu postępowania w niniejszej sprawie oraz nie zostało dokonane z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność.

Jednocześnie zamawiający dokonał naruszenia art. 26 ust. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z tym, iż nie wziął pod uwagę, że wykonawca jest zobowiązany do wykazania braku istnienia podstaw do jego wykluczenia z postępowania najpóźniej na dzień złożenia oferty.

W świetle art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych koniecznym warunkiem wykluczenia wykonawcy z powodu odstąpienia przez danego zamawiającego od umowy jest, aby odstąpienie od umowy z tym wykonawcą nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a nie już po jego wszczęciu. Art. 40 ustawy podaje definicję wszczęcia postępowania w trybie przetargu nieograniczonego wskazując, iż jest to moment

zamieszczenia przez zamawiającego ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej, zatem wykluczenie wykonawcy z przetargu jest możliwe, jeżeli odstąpienie od zawartej z nim umowy nastąpi na 3 lata przed dniem ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej.

Odstąpienie przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. od umów zawartych z Mostostal Białystok Sp. z o.o. nastąpiło 27 lipca 2012 r. (ewentualnie najpóźniej 13 sierpnia 2012 r.), tj. po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia w niniejszej sprawie, które miało miejsce dnia 16 grudnia 2011 r. Odstąpienie od ww. umów nastąpiło jednocześnie po złożeniu oferty przez odwołującego, tj. po 24 maja 2012 r.

Niezależnie od powyższego odstąpienie przez zamawiającego od umów nie nastąpiło z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność.

Zamawiający w swoich pismach z 27 lipca 2012 r. zawierających oświadczenie o odstąpieniu od dwóch zawartych z Mostostal Białystok Sp. z o.o. umów powołał się na okoliczności uzasadniające odstąpienie od umowy w trybie natychmiastowym z przyczyn obejmujących m.in. bankructwo lub niewypłacalność wykonawcy, przejście wykonawcy w stan likwidacji lub upadłości oraz jednocześnie powiadomił o zaistnieniu okoliczności, które upoważniają PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. do odstąpienia od niniejszych umów po skierowaniu do wykonawcy powiadomienia z 14-dniowym wyprzedzeniem, a które wiążą się z opóźnieniem w realizacji zobowiązań objętych przedmiotowymi kontraktami z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Jednakże Mostostal Białystok Sp. z o.o. skierował do zamawiającego pisma z 10 sierpnia 2012 r. z informacją, że nie uznaje powyższego odstąpienia za skuteczne w związku z niezaimowaniem przesłanek do odstąpienia od powyższych umów w trybie natychmiastowym.

Pierwszą z okoliczności uzasadniających odstąpienie od ww. umów przywołanych przez zamawiającego jest niewypełnianie przez wykonawcę zobowiązań finansowych wobec podwykonawców zatrudnionych przez niego przy realizacji przedmiotowych umów podkreślając, iż niektórzy z podwykonawców zwrócili się już do zamawiającego o zaspokojenie roszczeń w trybie art. 647¹ Kodeksu cywilnego.

Jednakże nieprawdą jest, iż podwykonawcy na dzień złożenia oświadczenia o odstąpieniu posiadali wymagalne zobowiązania, ponieważ w zawartych z nimi umowach widnieją zapisy uzależniające wymagalność przedmiotowych zobowiązań od akceptacji prac zrealizowanych w Pośrednim Świadectwie Płatności, co było podnoszone na spotkaniach biura budowy. Poza tym zwracanie się przez podwykonawców o zaspokojenie ich roszczeń do zamawiającego jest normalną konsekwencją wynikającą z zawierania umów o roboty budowlane w oparciu o art. 647¹ §2 i §5 Kodeksu cywilnego.

Ponadto zamawiający jako okoliczność uzasadniającą odstąpienie od umowy wskazał, iż roszczenia wykonawcy wobec zamawiającego z tytułu zawartych kontraktów zajmowane są w ramach egzekucji prowadzonych przez wierzycieli wykonawcy. Jednakże większość z przywołanych w tym piśmie wierzytelności została zaspokojona, a postępowania egzekucyjne w tych sprawach zostały umorzone, na dowód czego odwołujący przedstawił oświadczenie Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, postanowienia o zakończeniu postępowań egzekucyjnych wobec Mostostal Białystok Sp. z o.o., w ramach których zajęte zostały wierzytelności Mostostal Białystok Sp. z o.o. wobec zamawiającego.

Mostostal Białystok Sp. z o.o. na dzień odstąpienia nie była w stanie bankructwa czy niewypłacalności, nie znajdowała się również w stanie likwidacji czy upadłości. W związku z powyższym stan faktyczny przedstawiony przez zamawiającego został błędnie oceniony, a odstąpienie od umowy stało się bezpodstawne.

Zamawiający wskazał też na opóźnienie w realizacji umów. Mostostal Białystok Sp. z o.o. wielokrotnie kierował do PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. wystąpienia wskazujące na okoliczności uzasadniające zmianę harmonogramu robót z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, w związku z czym skierowane do Mostostal Białystok Sp. z o.o. zarzuty co do zwłoki w realizacji robót i niezaawansowanego stanu prac pomimo upływu ok. 2/3 czasu na ukończenie robót były niezasadne. Wykonawca zgłaszał zamawiającemu uwagi co do błędów projektowych, które spowodowały opóźnienia w realizacji prac, a co z kolei miało wpływ na przepływy na kontrakcie rzutuując jednocześnie na bezpośrednie rozliczenia z podwykonawcami. Przyczyną opóźnienia było również odkrycie kilku stanowisk archeologicznych, które zostały zgłoszone i zatwierdzone przez konserwatora zabytków. W tym zakresie wraz z Pośrednim Świadectwem Płatności były przekazywane inżynierowi kontraktu (projektu) raporty archeologiczne za marzec, kwiecień i maj 2012 r., w których zostały szczegółowo wskazane miejsca niezbędnych wykopalisk.

Zamawiający nie dopełniał też w terminie obowiązków związanych z odbieraniem prac wykonywanych przez Mostostal Białystok Sp. z o.o., gdyż część z nich była akceptowana po okresie 2-3 miesięcy od ich całkowitego wykonania.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wniósł o jego oddalenie w całości.

Wskazał na to, że choć po stronie inwestora istnieje zobowiązanie do zapłaty podwykonawcom, nie zmienia to faktu, że to wykonawca powinien im płacić. Odwołujący powołał się na błędy projektowe, opieszałość inżyniera projektu w odbiorach oraz konieczność utworzenia stanowisk archeologicznych jako przyczynę opóźnienia realizacji umowy, jednak z wiedzy zamawiającego wynika, że nie było błędów projektowych, a wykonawca jedynie zwracał się o wyjaśnienie projektu, które zamawiający przekazywał na bieżąco. Nie ma też żadnych informacji o opóźnieniach w działaniu inżyniera projektu,

natomiast lokalizacja stanowisk archeologicznych była taka, iż nie powinna opóźniać robót. Stan, w którym do zamawiającego przychodziły informacje o zajęciach komorniczych oraz w którym otrzymywał on informacje o opóźnieniach płatności, trwał długotrwale. Nie pomagały też próby mobilizowania wykonawcy do efektywnej realizacji umowy. W związku z tym zamawiający nie mógł dłużej tolerować takiej sytuacji.

Przedłożył notatkę ze spotkania, które miało miejsce 20 września 2012 r., dotyczącego omówienia dalszych działań stron po odstąpieniu przez zamawiającego od przedmiotowych umów, z której wynika, iż wykonawca potwierdził brak możliwości prowadzenia robót w ramach obu umów na skutek swojej sytuacji finansowej, przy czym ze strony wykonawcy notatkę podpisał prezes zarządu Mostostal Białystok Sp. z o.o.

To, że odstąpienie nastąpiło w dwóch krokach, wynika z polskiego brzemienia klauzuli 15.2 warunków kontaktowych FIDIC, a nie z wahania zamawiającego. Z samej instytucji odstąpienia wynika, że jest ona wyłącznie prawem strony, więc nie ma podstaw, by wykonawca to kwestionował.

Co do odstąpienia po wszczęciu niniejszego postępowania, nie zgadza się z interpretacją przedstawioną przez odwołującego, gdyż 3 lata przed wszczęciem postępowania, to wskazanie terminu granicznego w przeszłości, natomiast oczywiste dla zamawiającego jest, że stan niepodlegania wykluczeniu musi istnieć do momentu zawarcia umowy. Wynika to z celu art. 24 ustawy Prawo zamówień publicznych, który służy ochronie zamawiającego przed wykonawcą, który nie będzie w stanie wykonać kontraktu. Wskazuje na to również uzasadnienie stanowiska Rady Ministrów wobec projektu ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (druk sejmowy nr 3677).

Zamawiający nie może zawrzeć umowy z wykonawcą, który w już zawartych kontraktach nie wywiązał się ze swoich obowiązków. Oprócz dwóch kontraktów już rozwiązanych, Mostostal Białystok Sp. z o.o. realizuje również trzeci kontrakt, w którym sytuacja jest podobna.

Przedstawił kserokopie protokołów z narad dotyczących realizacji kontraktów.

Oświadczył, że na dzień 30 lipca 2012 r., wg harmonogramów ze stycznia 2012 r., wykonanie na pierwszym z kontraktów powinno wynosić 15.558.689 zł, a wynosiło 1.368.928 zł, a na drugim 31.466.407 zł, a wynosiło 4.464.132 zł. Inżynier projektu trzy razy (w marcu, kwietniu i maju 2012 r.) występował o przedstawienie harmonogramu naprawczego zgodnie z klauzulą 15.1 warunków kontraktowych FIDIC, natomiast taki plan Mostostal Białystok Sp. z o.o. przedstawił dopiero po odstąpieniu w sierpniu 2012 r. – wydłużał on realizację o 8-9 miesięcy, przy czym oprócz tego, iż był to okres zbyt długi, to w świetle tego, co działo się po około roku realizacji oraz braku postępu robót, dotychczasowe wykonanie nie rokowało, by prace miał się skończyć w ciągu kolejnego roku, bowiem w 75 % przewidzianego czasu realizacji wykonawca wykonał ok. 5,5 % zakresu robót przy jednym, a przy drugim kontrakcie przy 60 % czasu, ok. 8 % zakresu robót. Zamawiający już w styczniu 2012 r. podejmował

kroki naprawcze, co potwierdza notatka z 12 stycznia 2012 r. w sprawie m. in. opracowania programu naprawczego sytuacji na kontrakcie, w ramach którego wykonawca zobowiązał się do podjęcia różnych kroków naprawczych, m.in. przesłania oświadczenie podwykonawców, iż będą kontynuowali wykonanie robót, przyznał się też do ciężkiej sytuacji finansowej; jednak wbrew tym ustaleniom przysłał pismo bez konkretnych rozwiązań, a oświadczenia podwykonawców tylko do kontraktu dotyczącego LCS Działdowo, po czym do kwietnia na terenie robót nic się nie działo.

Jeżeli inżynier projektu nie dokonał przyjęcia robót od wykonawcy, oznacza to, iż nie zostały one wykonane w taki sposób, jak powinny. Również jeśli chodzi o płatności, to do Pośredniego Świadectwa Płatności wykonawca powinien był złożyć szereg dokumentów, takich jak oświadczenia podwykonawców, że wykonawca pokrywa ich należności, których nie złożył, a bez których dokonanie płatności było niemożliwe. Jednocześnie zamawiający otrzymał informacje od podwykonawców o braku takich płatności, które zostały potwierdzone przez wykonawcę. Obecnie podwykonawcy zgłosili roszczenie o zapłatę na kwotę ponad 5.800.000 zł, przy czym kwoty należne podwykonawcom są większe niż umówione pomiędzy zamawiającym a wykonawcą i wyższe niż wartości robót zrealizowanych.

Wykonawca nie miał konkretnych roszczeń o przedłużenie terminu trwania umowy itp., poza tym nie byłyby one zgodne z warunkami kontraktowymi FIDIC, ponieważ okoliczności, które wskazał, nie były na tyle istotne, by mu takie roszczenia przysługiwały. Zmiany projektów, na które wskazywał wykonawca, wynikały m. in. z tego, iż starał się on zmieniać technologię wykonania prac albo wnosił o uściślenie warunków ich wykonania, jednak nigdy nie sporządził gotowego projektu zamiennego, który zamawiający mógłby zaakceptować. Również wykonanie prac archeologicznych powinno nastąpić przez profesjonalną firmę, na początku realizacji kontraktu (polecenie rozpoczęcia robót, inżynier projektu wydał 8 czerwca 2011 r., natomiast prace archeologiczne były wykonane na przełomie grudnia i stycznia 2012 r.).

Zamawiający również nisko ocenił profesjonalizm osób, które wykonywały umowę: podwykonawcy nie potrafili poruszać się po terenie kolejowym przez co niemalże spowodowali wypadki kolejowe, wykopy spowodowały osunięcie się nasypu, mieli również problem z wykonaniem odwodnienia i posadowieniem pali. Kierownik budowy, który był wymagany w warunkach kontraktu, jak się okazało, w praktyce nie wykonywał tych obowiązków. Wykonawca przedstawił innego, co do którego funkcji zamawiający miał trudności w jej określeniu. Odbiór dokonywany był 9 razy i to w sposób do tej pory bezskuteczny. Zamawiający organizował liczne spotkania formalne i nieformalne, jak również szkolenia w zakresie poruszania się po terenie kolejowym. Wykonawca składał obietnicę wykonania pewnych robót, które nie zostały potem wykonane, a nawet po zejściu z terenu budowy tego terenu nie zabezpieczył, pomimo że jest to wymagane Prawem budowlanym.

Zamawiający stwierdził, iż nie ma on obecnie obowiązku wykazywać winy wykonawcy, jakkolwiek przedstawiona przez niego argumentacja na nią wskazuje, zamawiający umowę rozwiązał, więc to na wykonawcy ciąży obowiązek udowodnienia okoliczności wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, natomiast podczas rozprawy tylko zamawiający przedstawił jakiegokolwiek dowody.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń i dokumentów Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

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

W niniejszym odwołaniu odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie w szczególności art. 24 ust. 1 pkt 1a i art. 26 ust. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych (pozostałe wskazane naruszenia są jedynie ich konsekwencją).

Art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, iż z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, z którymi dany zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego, z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy.

Zgodnie z art. 26 ust. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W niniejszej sprawie bezsporne są okoliczności, że wszczęcie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nastąpiło 16 grudnia 2011 r., składanie ofert 24 maja 2012 r., wypowiedzenie przez zamawiającego umów z Mostostal Białystok Sp. z o.o. 27 lipca (ewentualnie 13 sierpnia) 2012 r., zaś wykluczenie odwołującego z

postępowania 10 października 2012 r.

Przedmiotowe wypowiedzenie umów zostało dokonane przez zamawiającego pismami z 27 lipca 2012 r. oraz z 13 sierpnia 2012 r. i dotyczyło zawarych z Mostostal Białystok Sp. z o.o. umów nr 90/117/0002/11/Z/I z 4 maja 2011 r. i nr 90/117/0019/11/Z/I z 28 lipca 2011 r.

Wypowiadając umowy z odwołującym (zgodnie z nomenklaturą umowy: odstępując) zamawiający powołał się na subklauzulę 15.2 lit. e oraz lit. a i lit. c ppkt i „Warunków Kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez zamawiającego” tzw. warunków kontraktowych FIDIC (czerwony), według których zawarto przedmiotowe kontrakty.

Zgodnie z nimi „Zamawiający uprawniony będzie do odstąpienia od Kontraktu, jeżeli Wykonawca: (a) nie zastosuje się do Subklauzuli 4.2 [*Zabezpieczenie Wykonania*], lub do wezwania według Subklauzuli 15.1 [*Wezwanie do poprawienia*], (...), (c) bez rozsądnego usprawiedliwienia uchyła się od: (i) prowadzenia Robót zgodnie z Klauzulą 8 [*Rozpoczęcie, opóźnienia i zawieszenie*] (...) (e) bankrutuje lub staje się niewypłacalny, przechodzi w stan likwidacji, ma ustanowionego administratora lub syndyka masy upadłości, układa się ze swoimi wierzycielami lub prowadzi przedsiębiorstwo z likwidatorem, kuratorem lub zarządcą w celu zabezpieczenia należności kredytodawców, lub jeżeli prowadzone jest jakiegokolwiek działanie lub ma miejsce jakiegokolwiek wydarzenie, które (według mających zastosowanie Praw) ma podobny skutek do któregośkolwiek z wyżej wymienionych czynów lub wydarzeń...” Przy czym, zgodnie z dalszą treścią tej subklauzuli wypowiedzenie (odstąpienie) mogło nastąpić po powiadomieniu z 14-dniowym wyprzedzeniem, a w przypadku opisanym w lit. e ze skutkiem natychmiastowym (stąd podawane są dwie daty – w lipcu i sierpniu 2012 r., różnica ta nie ma wpływu na stan prawny).

Po zapoznaniu się ze stanowiskami stron Izba stwierdziła przede wszystkim, iż nie ma podstaw, by uznać, że wypowiedzenie obu umów („odstąpienie od Kontraktu”) było nieskuteczne lub nieuprawnione. Zamawiający powołał się na okoliczności, które zostały przewidziane subklauzulą 15.2 warunków kontraktowych FIDIC, a z przedstawionego przez niego opisu okoliczności wynika, że owe podstawy do wypowiedzenia (odstąpienia) nastąpiły.

Jeśli chodzi o podstawy wskazane w lit. e klauzuli, to Mostostal Białystok Sp. z o.o. nie znajdował się co prawda w stanie upadłości, likwidacji, czy, być może, stałej niewypłacalności, jednak zamawiający – wobec otrzymanych informacji o licznych zajęciach komorniczych (w tym płatności ze strony zamawiającego), braku płatności wobec podwykonawców oraz oświadczeń Mostostal Białystok Sp. z o.o. o problemach finansowych skutkujących niemożnością finansowania i prowadzenia prac – miał powody uznać, że

nastąpiły wydarzenia o „podobnym skutku” polegającym na tym, że wykonawca ten nie jest w stanie kontynuować realizacji umowy.

Izba uznała również za przekonujące wyjaśnienia zamawiającego dotyczące przebiegu realizacji kontraktu, tj. jego zrealizowanie w niewielkim stopniu – mniej niż 10% dla każdego w kontraktów pomimo upływu większości (jak wskazał zamawiający 75% i 60%) ustalonego okresu ich wykonania. Odwołujący nie kwestionował tych wielkości.

Z kolei odwołujący, pomimo że podniósł, iż opóźnienie to nie wynika z jego winy (błędy projektowe, stanowiska archeologiczne, opóźnienia odbioru), nie przedstawił żadnych dowodów, że przyczyną takiego stanu rzeczy są powody od niego niezależne i że to ich zaistnienie było jedyną przyczyną braku postępów w realizacji kontraktu albo też, że ich zakres był nadzwyczajny w stosunku do tego, czego zazwyczaj można się spodziewać przy realizacji tego typu robót.

Z kolei zamawiający przedstawił liczne dokumenty (wymienione powyżej w opisie jego stanowiska, m.in. protokoły sporządzane w trakcie realizacji i po zakończeniu tych umów) potwierdzające jego twierdzenia.

Z tych powodów Izba uznała, że odwołujący nie udowodnił, iż wypowiedzenie umowy przez zamawiającego (odstąpienie) było bezpodstawne. Uznała też za przekonujący stan faktyczny dotyczący przebiegu realizacji obu umów przedstawiony w wyjaśnieniach zamawiającego.

Potwierdziły się zatem przesłanki wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, że zamawiający rozwiązał, wypowiedział albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości każdej z umów.

Jednak okolicznością w szczególności podnoszoną przez odwołującego było, że wypowiedzenie umowy (odstąpienie) nie nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, jak wskazuje art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, lecz dopiero po złożeniu przez odwołującego oferty.

Rzeczywiście ustawodawca kolejny raz w kolejnym z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych użył niefortunnego i budzącego już wcześniej wątpliwości określenia „w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania”, które może powodować niepewność, jak traktować przedział czasu między wszczęciem postępowania a dniem składania ofert/wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu czy zawarcia umowy; także wobec brzmienia art. 26 ust. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych.

Należy bowiem przypomnieć, że takie wątpliwości były już podnoszone na gruncie kolejnych brzmień art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i § 1 ust. 2 pkt 1 i 2

rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Pomimo pewnych rozbieżności orzeczniczych w tym zakresie logiczne jest, iż owo określenie czasu powinno się traktować jako cezurę – punkt graniczny początku okresu 3-letniego liczonego wstecz (tj. zdarzenia, które nastąpiło nie wcześniej w czasie niż 3 lata przed wszczęciem postępowania), ale nie wykluczającego okresu na przyszłość (tj. pomiędzy wszczęciem postępowania a dniem składania ofert/wniosków lub zawarciem umowy). Uzasadniane to było tym, że doświadczenie zdobyte przez wykonawcę w tym okresie nie jest gorsze niż zdobyte wcześniej (a nawet „lepsze”, gdyż bardziej aktualne), a wyrządzona szkoda nie jest mniej znacząca.

Należy też wskazać, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie określa chwili „na którą” zamawiający ma obowiązek wykluczyć wykonawcę z postępowania. Owszem, w orzecznictwie i piśmiennictwie wskazuje się, że spełnianie warunków udziału w postępowaniu bada się na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu – i tak najczęściej się dzieje, jednak jest to tylko ogólna i uproszczona zasada, od której mogą nastąpić odstępstwa. Poza tym analizując przyczyny wykluczenia opisane w art. 24 ustawy Prawo zamówień publicznych można zauważyć, że niektóre mogą wystąpić dopiero po złożeniu ofert czy wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Z kolei biorąc pod uwagę sformułowania „o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy” czy „z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się” oraz rozważając, w którym momencie następuje udzielenie zamówienia czy kończy się postępowanie o udzielenie tego zamówienia – w obu przypadkach jest to zawarcie umowy (por. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 17 grudnia 2010 r., sygn. akt. III CZP 103/10, zgodnie z którą treść ustawy nie pozostawia wątpliwości, że postępowanie kończy się z chwilą zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, z którym to poglądem Izba w pełnej rozciągłości się zgadza), można stwierdzić, że wykluczenie wykonawcy z postępowania może nastąpić w każdym momencie do zakończenia postępowania, czyli do chwili zawarcia umowy.

Owszem, zgodnie z art. 26 ust. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawca zobowiązany jest wykazać nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 i brak podstaw do wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jednak jest to tylko określenie obowiązku wykonawców w tym zakresie, głównie w postaci przedstawienia odpowiednich dokumentów. Należy jednak

zauważyć, że jest to tylko pewien etap rozpoczynający czynność badania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia wykonawcy.

Jednak ustawa Prawo zamówień publicznych, jak już wskazano powyżej, nie określa podobnie okresu dla zamawiającego i nie wprowadza zakazu weryfikacji wykonawców na późniejszym etapie postępowania, a zamawiający w sytuacji wystąpienia okoliczności, które miałyby wpływ na dokonaną ocenę, nie powinien ich pominąć – stałoby to bowiem w zupełnej sprzeczności z celem wprowadzenia art. 22 ust. 1 i art. 24 ustawy Prawo zamówień publicznych, które niewątpliwie mają dawać zamawiającemu co najmniej minimum gwarancji, że zamówienie będzie powierzone wykonawcy, który będzie w stanie je wykonać prawidłowo (oraz, skoro zamierza korzystać z funduszy publicznych, jest „fair” w stosunku do państwa poprzez płacenie swoich zobowiązań o charakterze podatkowym i niepopelnianie szczególnie szkodliwych dla państwa przestępstw).

Tym samym nieracjonalne byłoby odczytywanie zamierzenia ustawodawcy wskazanego w art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych jako nakierowanego na wyłączenie z podstaw wykluczenia okresu po wszczęciu postępowania. Co więcej, stan taki – jako bardziej aktualny niż mający miejsce dwa lub trzy lata przed wszczęciem postępowania – może być wręcz bardziej niebezpieczny dla realizacji przyszłego zamówienia niż ten, który zaistniał w bardziej odległej przeszłości.

Zdaniem Izby zawarcie umowy z takim wykonawcą byłoby nie tylko szkodliwe dla samego zamawiającego, który już w chwili jej podpisywania musiałby zakładać z bardzo dużym prawdopodobieństwem, że jego zamówienie nie zostanie zrealizowane, ale też naruszałoby zasadę uczciwej konkurencji między wykonawcami, a przy tym godziłoby w istotę prowadzenia postępowania, którego celem (o czym czasami się zapomina) nie jest abstrakcyjne procedowanie jako takie w celu spełnienia licznych wymogów formalnych ustawy Prawo zamówień publicznych, lecz przede wszystkim rzetelny wybór rzetelnego wykonawcy umowy.

Fakt, iż podstawa wykluczenia dotyczy tylko jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, nie ma znaczenia ze względu na to, że w stosunku do żadnego z nich nie może zachodzić żadna z przesłanek wykluczenia z postępowania.

Tym samym Izba orzekła jak w sentencji odwołanie oddalając.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2 i § 3 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:

.....

.....