

Sygn. akt: KIO 345/13

WYROK

z dnia 28 lutego 2013 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa
Członkowie: Marek Koleśnikow
Piotr Kozłowski

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 lutego 2013 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lutego 2013 roku przez wykonawcę **Centrum Badawczo – Produkcyjno - Usługowe Cecom S.A., 85 – 438 Bydgoszcz, ul. Grunwaldzka 229** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojskowy Zarząd Infrastruktury w Poznaniu, 60 – 967 Poznań, ul. Kościuszki 92/98**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności: wyboru oferty najkorzystniejszej i wykluczenia odwołującego Centrum Badawczo- Produkcyjno – Usługowe Cecom S.A. z postępowania oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Wojskowy Zarząd Infrastruktury w Poznaniu, 60 – 967 Poznań, ul. Kościuszki 92/98**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych), uiszczoną przez wykonawcę **Centrum Badawczo – Produkcyjno - Usługowe Cecom S.A., 85 – 438 Bydgoszcz, ul. Grunwaldzka 229** tytułem wpisu od odwołania

2.2. zasądza od zamawiającego **Wojskowy Zarząd Infrastruktury w Poznaniu, 60 – 967 Poznań, ul. Kościuszki 92/98** na rzecz wykonawcy **Centrum Badawczo – Produkcyjno - Usługowe Cecom S.A., 85 – 438 Bydgoszcz, ul. Grunwaldzka 229** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

Wojskowy Zarząd Infrastruktury w Poznaniu, 60 – 967 Poznań, ul. Kościuszki 92/98, zwany dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Budowa hali remontowej w obiekcie nr 3 CSWLąd - kompleks Biedrusko - opracowanie programu inwestycji i wykonanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach zadania nr 55135”.

W dniu 18.12.2012 roku zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy Centrum Badawczo – Produkcyjno - Usługowe Cecomm S.A., 85 – 438 Bydgoszcz, ul. Grunwaldzka 229, zwanego dalej „odwołującym” jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Jednakże w dniu 6.02.2013 roku zamawiający „anulował” czynność rozstrzygnięcia przetargu i wyboru najkorzystniejszej oferty z 18.12.2012 roku dokonując wykluczenia odwołującego z postępowania oraz dokonał ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

W dniu 15 lutego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie ww. wykonawcy. We wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu dokonanie czynności niezgodnych z przepisami ustawy Pzp polegających na:

1. czynności „anulowania” w dniu 6.02.2013 przez zamawiającego rozstrzygnięcia postępowania przetargowego z 18.12.2012,
2. wykluczenia odwołującego z powyżej wskazanego przetargu nieograniczonego w dniu 6.02.2013 roku co skutkowało odrzuceniem oferty ,
3. czynności ponownego rozstrzygnięcia przetargu w dniu 6.02.2013 i wyboru oferty Wojskowego Biura Projektów Budowlanych Sp. z o.o.

Zaskarżonym czynnościom zamawiającego zarzucił naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, skutkujące bezzasadnym wykluczeniem odwołującego z postępowania w sytuacji, gdy nie doszło do spełnienia przesłanek wskazanych w tym przepisie.

Na wstępie odwołania stwierdził, że w sprawie nie zachodzi żadna z przesłanek z art. 24 ust.1 pkt 1a ustawy Pzp, która uzasadniałaby wykluczenie odwołującego z postępowania. Ponadto dodał, że bezspornym pomiędzy stronami jest fakt, iż w dniu 14.07.2010 roku, po przeprowadzeniu procedury przetargowej, zamawiający i odwołujący w tej sprawie zawarły umowę nr 247/2010/B, której przedmiotem było opracowanie programu organizacyjno-użytkowego oraz dokumentacji projektowej na zadanie 57078 pod nazwą „Remont ogrodu zewnętrznego w K-4246 i K-7887 31 ODN Babki.”

Odnosząc się do oświadczenia zamawiającego w przedmiocie rozwiązania umowy podniósł iż w zaistniałym stanie prawnym brak jest podstaw do uznania iż w sprawie doszło do skutecznego rozwiązania pomiędzy stronami ww. umowy. Zdaniem odwołującego złożone przez zamawiającego pismo odwołującemu w tym zakresie należy uznać za bezskuteczne, gdyż zamawiający nie miał prawnych podstaw do skutecznego „rozwiązania” umowy na podstawie jednostronnego oświadczenia woli. Podstaw takich w przedmiotowej sprawie nie dawała zamawiającemu także zawarta przez strony umowa, a nadto przepisy prawa cywilnego. W szczególności przepisy dotyczące umowy o dzieło lub też ogólne przepisy odnoszące się do wykonywania zobowiązań wzajemnych, nie dają podstaw prawnych do składania skutecznych jednostronnych oświadczeń woli o „rozwiązaniu umowy.” Nadto podniósł, że sam zamawiający w piśmie o rozwiązaniu umowy nie wskazał postanowienia umowy bądź przepisu prawa, który miałby być podstawą do złożonego oświadczenia o „rozwiązaniu umowy.”

Wskazał, że zamawiający nie zauważa kluczowej w sprawie różnicy jaka zachodzi pomiędzy niewykonaniem części umowy, a zerwaniem stosunku obligacyjnego przed wykonaniem świadczenia przez jedną ze stron od sytuacji, w której jedna ze stron kwestionuje, zasadnie bądź też nie, jakość spełnionego świadczenia. Jego zdaniem w sprawie co najwyżej można mówić o drugiej sytuacji, gdyż bezspornym pomiędzy stronami jest to, że odwołujący wykonał przedmiot umowy, natomiast zamawiający wyraża swoje stanowisko co do należytości wykonanych prac. Niezależnie od bezzasadności tychże zarzutów, w sprawie nie doszło zatem do „niezrealizowania części umowy,” do której odwołuje się przepis art. 24 ust 1 pkt 1a.

W zakresie zaistnienia drugiej kumulatywnej przesłanki zastosowania art. 24 ust 1 pkt 1a dotyczącej tego iż rzekomo wartość niezrealizowanej umowy wynosiła co najmniej 5% wartości umowy wskazał iż zamawiający błędnie odczytuje postanowienie § 3 umowy z 14.07.2010 zgodnie z którym, *„Należność za wykonanie przedmiotu zamówienia płatna będzie fakturami częściowymi: (...) - po otrzymaniu przez Zamawiającego pozwolenia na budowę pozostałe 20% wynagrodzenia za dokumentację.”* Dodał, że ze względu na ryczałtowy charakter wynagrodzenia strony nie wyceniły wartości prac związanych ze złożeniem wniosku o pozwolenie na budowę czy też dalszego prowadzenia tej sprawy do czasu wydania decyzji.

Powyższe postanowienie umowy postanowienie umowy należy odnosić do dodatkowego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, które daje możliwość wstrzymania wypłaty części wynagrodzenia w sytuacji, w której wykonawca wykonał umowę w sposób nienależyty. Wstrzymanie zatem wypłaty 20% wynagrodzenia za prace projektowe, ma charakter sankcji dla wykonawcy, w sytuacji nienależytego wykonania przedmiotu umowy. Natomiast owych ww. 20% części wynagrodzenia nie należy utożsamiać z równowartością

wynagrodzenia za sporządzenie wniosku o pozwolenie na budowę.

Zamawiający w złożonej na piśmie i doręczonej odwołującemu odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania i stwierdził, że odwołujący przez okres trzech miesięcy nie składał żadnych zastrzeżeń co do faktu rozwiązania z nim umowy. Podniósł także, że odwołujący nie podejmuje obecnie żadnych czynności aby umowę nr 247/2010/B z dnia 14.10.2010 r. zrealizować . Stan bezczynności odwołującego istnieje od półtora roku. Odwołujący dotychczas nie zainicjował postępowania o ustalenie lokalizacji celu publicznego do czego był zobowiązany zgodnie z treścią § 1 pkt. 2.5 umowy . Na dowód czego przedłożył pismo Wielkopolskiego Urzędu Wojewódzkiego w Poznaniu Wydział Infrastruktury i Rolnictwa IR-III.740.9.2013 r. z dnia 21 lutego 2013 roku.

Ustosunkowując się do zarzutów podniesionych w odwołaniu zamawiający wskazał, że umowa nr 247/2010/B z dnia 14.10.2010 r. obejmowała wykonanie opracowania Programu Organizacyjno- Użytkowego oraz dokumentacji projektowej na zadanie 5707.8 w zakresie remontu ogrodzenia zewnętrznego w K-4246 i K-7887 31 ODN Babki i wedle brzmienia § 2 ust. 1 być zrealizowana w zakresie POU w czasie 90 dni kalendarzowych od podpisania umowy, a dokumentacja projektowa w terminie 90 dni kalendarzowych od dnia otrzymania zatwierdzonego POU. Przy czym Aneksem z dnia 15.07.2011 z uwagi na brak materiałów geodezyjnych w zasobach WZI na podstawie protokołu konieczności nr 21/2011 z dnia czas realizacyjny umowy zmieniono w ten sposób, że wykonanie dokumentacji projektowej miało nastąpić do dnia 15.07.2011 roku. Według postanowień § 1 umowy przedmiot umowy podzielono na dwa etapy, przy czym w I etapie wykonawca był zobligowany zrealizować program organizacyjno-użytkowy i uzgodnić go z użytkownikami tj. JW. 3950, 2823 i 2748. Natomiast w II etapie wykonawca był zobligowany do wykonania dokumentacji projektowo-kosztorysowej, obejmującej projekt zagospodarowania terenu, projekt budowlano-wykonawczy, przedmiar robót, kosztorys inwestorski, ZKZ z analizą porównawczą kosztów, specyfikacji technicznej wykonania robót i informacji BIOZ oraz uzgodnić dokumentację pod względem przepisów p.poż. z wymienionymi użytkownikami oraz z WZI w Poznaniu, a nadto wedle brzmienia § 1 ust. 2.5 umowy: *„wystąpić z wnioskiem o wydanie decyzji lokalizacji inwestycji celu publicznego, decyzji środowiskowej i pozwolenia na budowę (zgłoszenia remontu)”*.

Tym samym w świetle przywołanych ustaleń umownych jest oczywiste, zdaniem zamawiającego, że jednym z elementów realizacyjnych II etapu prac, było wystąpienie i uzyskanie w myśl art. 4 ust. 2 pkt. 1 ustawy z dnia 27.03.2003 o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (Dz.U. nr 80, poz. 717 z zm.) decyzji o lokalizacji inwestycji celu publicznego oraz decyzji środowiskowej, na podstawie których wykonawca stosownie do przepisu art. 33 ust. 2 pkt. 3 i ust. 4 pkt. 5 ustawy z dnia 07.07.1994 - Prawo budowlane (Dz.U. nr 156 z 2006, poz. 1118 ze zm) działając na mocy udzielonego

upoważnienia był uprawniony i zobowiązany do wystąpienia z wnioskiem o pozwolenie na budowę przedmiotu umowy i to najpóźniej w dniu przekazania dokumentacji projektowej, czego do rozwiązania umowy odwołujący skutecznie nie uczynił.

Odnosząc się do złożonych przez wykonawcę w imieniu zamawiającego wniosków o pozwolenie na budowę stwierdził, że Wojewoda Wielkopolski postanowieniem z dnia 07.09.2011 nałożył obowiązek skorygowania mylnie określonych we wniosku o pozwolenie na budowę numerów działek w zakresie kompleksu nr K-7887, a następnie decyzją nr IR.V-4.7843-309/II z dnia 07.09.2011 złożył sprzeciw i nałożył obowiązek uzyskania pozwolenia na budowę przyłączy elektroenergetycznych z oświetleniem budowy ogrodzenia terenu, która to treść została powtórzona w kolejnej decyzji nr IR.V-4.7843-310/11 z dnia 26.09.2011 roku.

Ze względu na powyższe odwołujący wystąpił ponownie do Urzędu Wojewódzkiego w Poznaniu wnioskami o pozwolenie na budowę sieci elektroenergetycznej z montażem słupów oświetleniowych dla kompleksu K-4246 i kompleksu K-7887 oraz z zgłoszeniem robót remontowych ogrodzenia w kompleksie K-4246 z zaniechaniem dołączenia wspomnianej wcześniej decyzji o lokalizacji inwestycji celu publicznego i decyzji środowiskowej. Tym samym i to wystąpienie zawierało braki uniemożliwiające nadanie sprawie odpowiedniego biegu. Pomimo wezwania do ich uzupełnienia odwołujący braków tych nie usunął. Wobec takiej sytuacji zamawiający pismem z dnia 16.10.2012 roku wezwał odwołującego do złożenia w terminie 14 dni kompletnego wniosku o wydanie decyzji lokalizacji inwestycji celu publicznego i przedstawienia harmonogramu czynności mających na celu uzyskanie pozwolenia na budowę i to pod rygorem rozwiązania umowy wedle przepisów Kodeksu cywilnego. Ze względu na nie spełnienie powyższego żądania i nie spełnienia żądania Wojewody Wielkopolskiego w Poznaniu w wyznaczonym terminie w zakresie usunięcia braku złożonego wniosku o pozwolenie na budowę, skutkującego nie otrzymaniem tego pozwolenia, powodującego wstrzymanie fizycznej realizacji określonego umową zadania, zamawiający pismem z dnia 20.11.2012 r. rozwiązał z odwołującym z dniem 19 listopada 2012 roku łączącą ich umowę w części dotyczącej zobowiązania odwołującego do uzyskania pozwolenia na budowę.

Jak stwierdził swoje stanowisko w tym zakresie oparł o przepis art. 491 w związku z art 635 i 644 kodeksu cywilnego.

Jednocześnie w odpowiedzi na odwołanie zawarł oświadczenie iż „Ponownie oświadczam .że rozwiązuje umowę nr 247/2010/B z dnia 14.10.2010 r. poprzez odstąpienie”

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający nie odniósł się do przesłanki możliwości zastosowania przepisu art. 24 ust 1 pkt 1a ustawy Pzp w zakresie wartości niewykonanej umowy, nie wykazując wartości niezrealizowanej części umowy, stwierdzając jedynie iż za nieporozumienie należy uznać twierdzenie odwołującego, że przewidziana w umowie kwota

20% wynagrodzenia nie stanowi zapłaty za prace nie wykonane przez odwołującego, lecz jest dodatkowym zabezpieczeniem należytego wykonania umowy.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SIWZ, treści umowy z poprzedniego postępowania o udzielenie zamówienia, pism zamawiającego kierowanych do odwołującego jak również treść pism procesowych oraz oświadczeń i stanowisk stron złożonych podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje:

Wniesione odwołanie **zasługuje na uwzględnienie**, gdyż podniesione zarzuty znalazły potwierdzenie w przedłożonym Izbie materiale sprawy, a zamawiający nie przedstawił dowodów je niweczących.

Na wstępie Izba stwierdziła brak podstaw do odrzucenia odwołania, gdyż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełnione zostały przesłanki istnienia interesu odwołującego o których mowa w art. 179 ust.1 ustawy Pzp w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Mając na uwadze powyższe, skład orzekający Izby, merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie..

Kluczową kwestia dla rozstrzygnięcia sprawy jest kwestia czy w sytuacji rozwiązania z odwołującym umowy nr 247/2010/B z dnia 14.10.2010 r nastąpiło to z przyczyn które uzasadniały zastosowanie do odwołującego wykluczenia odwołującego w trybie art. 24 ust. 1a, z przedmiotowego postępowania.

Celem pełnej (kompleksowej i rzetelnej) oceny zaistniałego w sprawie stanu faktycznego i prawnego wykazanego przez odwołującego w zarzutach odwołania i ich uzasadnieniu oraz zamawiającego, niezbędne jest zdaniem Izby, szersze spojrzenie na towarzyszący sprawie aspekt prawny.

Art. 24 ust. 1 pkt 1a został wprowadzony ustawą z dnia 25 lutego 2011 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych, która została ogłoszona w dniu 26 kwietnia 2011 r. i weszła w życie w dniu 11 maja 2011 r. Zgodnie z tym przepisem z postępowania wyklucza się wykonawcę, 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.

Wykładnia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp rodzi kontrowersje co do jego zgodności z przepisami dyrektywy klasycznej 2004/18/WE, w szczególności z jej art. 45 ust. 2.

Kwestia ta była przedmiotem rozstrzygnięcia przez Trybunał Sprawiedliwości który w wyroku z dnia 13 grudnia 2012 roku w sprawie C-465/11 stwierdził iż przepis dyrektywy klasycznej „stoi na przeszkodzie” obowiązywaniu regulacji takiej, jak zawarta w art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp, albowiem ziszczenie się przesłanek z punktu 1a nie zawsze oznacza poważne wykroczenie zawodowe w rozumieniu dyrektywy klasycznej.

Użyte w dyrektywie klasycznej pojęcia sugerują, że zwykle niedotrzymanie obowiązków umownych lub mniej istotne naruszenia przepisów prawa nie kwalifikują się jako „poważne wykroczenie zawodowe”. Podstawą wykluczenia powinno być poważne niedochowanie przez wykonawcę obowiązku wynikającego z regulacji prawnych, dotyczących wykonywania danego zawodu, a nie zobowiązań umownych. A zatem „poważne wykroczenie zawodowe” nie jest równoznaczne z niewykonaniem lub nieprawidłowym wykonaniem umowy.

Trybunał w wydanym wyroku dokonał zdefiniowania pojęcia "poważne wykroczenie zawodowe", zawarte w treści art. 45 ust. 2 lit. d) Dyrektywy, mówiącego o wykluczeniu z udziału w postępowaniu wykonawcy, który jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające. Trybunał stwierdził, iż pod tym pojęciem należy rozumieć wszelkie zawinione uchybienia, które wpływają na wiarygodność zawodową danego wykonawcy, a nie tylko naruszenia wąsko rozumianych norm obowiązujących w zawodzie wykonywanym przez wykonawcę, które stwierdzane są przez organ dyscyplinarny ustanowiony dla tego zawodu lub w prawomocnym orzeczeniu sądowym. Nadto Trybunał uznał, że co do zasady za wykroczenie zawodowe można uznać również niewykonanie zobowiązań umownych przez wykonawcę. Jednocześnie Trybunał stwierdził, iż pojęcie "poważne wykroczenia" nie można zastępować pojęciem "okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność" dany wykonawca (użyte w treści art. 24 ust. 1 pkt 1 a p.z.p.), gdyż to drugie pojęcie jest bardzo szerokie i może obejmować sytuacje dalece wykraczające poza postawę danego wykonawcy, wykazującą zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony. Dlatego jakkolwiek nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części może co najwyżej wskazywać na niższe kompetencje zawodowe wykonawcy, co nie jest automatycznie równoważne z poważnym wykroczeniem tego wykonawcy.

Tym samym zgodnie z treścią orzeczenia Trybunału, instytucja zamawiająca nie jest uprawniona na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp., do automatycznego wykluczenia z postępowania wykonawcy, bez szczegółowej analizy wszystkich okoliczności które spowodowały niewykonanie umowy. Stwierdzenie istnienia "poważnego wykroczenia" wykonawcy w rozumieniu zgodnym z prawem Unii Europejskiej wymaga przeprowadzenia konkretnej i zindywidualizowanej oceny postawy danego wykonawcy, a więc zamawiający

powinien nie tylko należycie uzasadnić, a zasadniczo wykazać, iż niewykonanie zobowiązań umownych nastąpiło wskutek zamierzonego działania wykonawcy lub poważnego niedbalstwa z jego strony.

W podobnym tonie wypowiedział się Sąd Okręgowy w Warszawie który w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 października 2012 roku sygn. akt V Ca 2015/12 stwierdził iż *„okoliczności stanowiące przyczynę rozwiązania lub wypowiedzenia umowy albo odstąpienia od niej, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca, nie mogą polegać na każdym nienależyтым wykonaniu zobowiązania, ale muszą być następstwem braku profesjonalizmu (a ściślej poważnego wykroczenia będącego dowodem braku profesjonalizmu).(...)pojęcie „poważnego wykroczenia zawodowego” wiązać trzeba z brakiem oczekiwanego profesjonalizmu po stronie dłużnika, a nie z niesolidnością kontrahenta”*.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy stwierdzić należy, że Krajowa Izba Odwoławcza, dokonując oceny stanu faktycznego sprawy nie rozstrzyga o skuteczności rozwiązania przez zamawiającego umowy z odwołującym, ale dla dokonania oceny zaistnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy w omawianym trybie, poddaje ocenie okoliczności które legły u podstaw rozwiązania tej umowy. Wskazać należy, że sprawy dotyczące rozwiązywania umów pomiędzy stronami zamówienia publicznego nie należą do kompetencji Izby, gdyż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego kończy się z chwilą wyboru najkorzystniejszej oferty, a konkretnie z chwilą zmaterializowania się tego wyboru, czyli zawarcia umowy o udzielenie zamówienia. Kwestia skuteczności rozwiązania umowy o realizację zamówienia jest sprawą podlegająca rozstrzygnięciu przez sądy powszechne. Ale jednocześnie konieczne w sprawie, jest zbadanie i ocena merytoryczna okoliczności istotnych z punktu widzenia hipotezy art. 24 ust. 1 pkt 1a tj czy rozwiązanie umowy miało bezpośredni związek z *„poważnym wykroczeniem zawodowym”*, którego zaistnienie uzasadniałoby rozciągnięcie konsekwencji niewłaściwego wykonania poprzedniej umowy na możliwość zastosowania wobec tego wykonawcy restrykcji wykluczenia go z następnego postępowania, które zamierzał realizować dla tego samego zamawiającego.

W tym zakresie zasadne jest przywołanie stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej zajętego w wyroku z dnia 7 września 2011 r. o sygn. akt KIO 1822/11, gdzie Izba wskazała, że *„Badanie na podstawie konkretnych postanowień umownych, czy rozwiązanie, wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy w sprawie zamówienia publicznego przez zamawiającego odpowiada prawu, nie może stanowić materii procedury odwoławczej”*. (...) Z drugiej jednak strony, ograniczenie oceny czynności wykluczenia jedynie do stwierdzenia faktu rozwiązania umowy, czasu złożenia oświadczenia przez zamawiającego oraz procentowej wartości świadczenia niezrealizowanego przez wykonawcę ograniczałoby ochronę interesów wykonawcy, sprzyjałaby nadużywaniu prawa przez zamawiających oraz czyniłaby ułomną dokonywaną przez Izbę ocenę czynności wykluczeń ”.

Ramy badania przez Izbę, zaistnienia powyższych okoliczności faktycznych i ustaleń prawnych w każdym postępowaniu zakreśla określony stan faktyczny sprawy, którego rozpoznanie jest niezbędne dla pełnej oceny zaistniałej sytuacji biorąc pod uwagę zarzuty podniesione w odwołaniu. W tym postępowaniu był to jeden zarzut dotyczący niewłaściwego zastosowania przez zamawiającego przepisu art. 24 ust 1 pkt 1a ustawy Pzp.

Niewątpliwym i niespornym w sprawie jest fakt, że zamawiający dokonał w dniu 20 listopada 2012 roku rozwiązania z odwołującym umowy z dnia 14 lipca 2010 roku nr 247/2010/B. Do czasu wniesienia przedmiotowego odwołania (ponad trzy miesiące), odwołujący nie wniósł – jak to wynika z pisma zamawiającego, do sądu powszechnego pozwu o uznanie bezskuteczności dokonanego rozwiązania ww. umowy.

Za wykazany należy uznać także fakt, że odwołujący nie zrealizował w pełni całości przedmiotu zamówienia objętego ww. umową, gdyż nie uzyskał dla możliwości realizacji robót budowlanych pozwolenia na budowę.

Ostateczny termin na uzyskanie takiego pozwolenia - po wielokrotnych monitach ze strony zamawiającego, został ustalony do dnia 23.03. 2012 roku. Odwołujący o wydanie takiego pozwolenia występował do Wydziału Infrastruktury i Rolnictwa Wielkopolskiego Urzędu Wojewódzkiego dwukrotnie, lecz z powodu braków we wniosku oraz ich nieuzupełnienia takiego pozwolenia na budowę dla zamawiającego nie uzyskał. Powodem nieuzyskania przedmiotowego pozwolenia były rozbieżności pomiędzy Wydziałem Infrastruktury i Rolnictwa Wielkopolskiego Urzędu Wojewódzkiego, a odwołującym co do kwestii czy niektóre roboty objęte wykonanym projektem i zamówieniem mogły być wykonane na podstawie zgłoszenia robót. W tym zakresie Wojewoda Wielkopolski odnośnie wykonania przyłączy energetycznych z oświetleniem i budową ogrodzenia terenu nałożył na odwołującego obowiązek uzyskania pozwolenia na budowę, uznając iż robót tych nie można wykonywać w oparciu o zgłoszenie zamiaru ich wykonania.

Izba w oparciu o analizę dokumentacji w tej sprawie oraz stanowiska i pisma stron uznała, że odwołującemu w zakresie niewykonania przedmiotowej umowy, można zarzucić niesolidność jaka winna cechować wykonawcę, a nie brak profesjonalizmu, przez który należy rozumieć zachowanie lub postawę świadcząca o wykonywaniu jakichś czynności w sposób niezgodny ze sztuką lub wykonywanym zawodem. W postępowaniu o zamówienie w którym nastąpiło rozwiązanie umowy nie mamy do czynienia z sytuacją kiedy wykonawca nie wie jak wykonać zamówienie bądź nie potrafi go wykonać. Z decyzji Wojewody wielkopolskiego wynikało w sposób jednoznaczny o jakie dokumenty należało uzupełnić złożony wniosek, aby mógł on być podstawą wydania decyzji – pozwolenie na budowę. Chodziło o dołączenie do wniosku o pozwolenie na budowę decyzji o lokalizacji inwestycji celu publicznego i decyzji środowiskowej o której mowa w art. 2 pkt 5 ustawy z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (Dz.U. z 2003 r. nr 80, poz.

717, z późn. zm.) w związku z art. 6 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz. U. z 2004 r. nr 261, poz. 2603, z późn. zm. Zgodnie z powyższymi przepisami nie wymagają wydania decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego roboty budowlane: a) polegające na remoncie, montażu lub przebudowie, jeżeli nie powodują zmiany sposobu zagospodarowania terenu i użytkowania obiektu budowlanego oraz nie zmieniają jego formy architektonicznej (tego zakresu dotyczył spór), a także nie są zaliczone do przedsięwzięć wymagających przeprowadzenia postępowania w sprawie oceny oddziaływania na środowisko, w rozumieniu przepisów o ochronie środowiska

b).budowa infrastruktury telekomunikacyjnej o nieznacznym oddziaływaniu oraz wykonywanie innych robót budowlanych dotyczących takiej infrastruktury, albo c).niewymagające pozwolenia na budowę.

Aby uzyskać taką decyzję należało przedłożyć szereg map wraz z uzyskanymi uzgodnieniami właściwych organów co generuje dodatkowe koszty oraz powoduje zwłokę w możliwości realizacji zamówienia. Odwołujący chcąc uniknąć takich kosztów prezentował wobec wydającego decyzję - organu administracyjnego, stanowisko, iż do wykonania ww. robót wystarczające jest poprzestanie na zgłoszeniu temu organowi zamiaru ich wykonania.

Na marginesie tej kwestii zauważyć należy ponadto, że w ww. § 5 umowy, wskazano iż „*zamówienie obejmuje wykonanie następujących elementów dokumentacji*” nie wymieniono obowiązku wykonania dokumentacji dla uzyskania decyzji środowiskowej oraz decyzji o lokalizacji inwestycji celu publicznego.

Ponadto w tym zakresie dodać należy, że skuteczność rozwiązania tej umowy może budzić wątpliwości, gdyż sam zamawiający na rozprawie nawiązując do rozwiązania umowy z wykonawcą z dnia 20 listopada 2012 roku oświadczył, że nawet gdyby uznać niezachowanie wymogów formalnych przy rozwiązaniu tej umowy w listopadzie 2012 roku, to biorąc pod uwagę złożone przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie oświadczenie cyt. „Ponownie oświadczam, że rozwiązuje umowę nr 247/2010/B, z dnia 14.10.2010 roku poprzez odstąpienie” to umowa z odwołującym na chwilę orzekania przez Izbę jest skutecznie rozwiązana.

Biorąc to pod uwagę stwierdzić należy, że uszło uwadze zamawiającego iż w takim przypadku wykluczenie odwołującego z postępowania w dniu 6 lutego 2013 roku byłoby z tego powodu nieskuteczne, gdyż czynność wykluczenia miałaby miejsce przed rozwiązaniem z odwołującym przedmiotowej umowy.

Ponadto zasadne jest nadmienić odnosząc się do treści zawiadomienia zamawiającego z dnia 6 lutego 2013 roku o wykluczeniu odwołującego z postępowania, że zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp. zamawiający zawiadamiając wykonawców, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podaje uzasadnienie faktyczne i prawne wykluczenia (art. 24 ust. 3 Pzp).

Izba stwierdza, że uzasadnienie faktyczne takiej czynności zamawiającego powinno zawierać wskazanie faktów, które zamawiający uznał za udowodnione, mające jednoznacznie potwierdzać, że rozwiązanie umowy było zasadne i wynikało wyłącznie z winy odwołującego, a nadto potwierdzające, że wykonawca realizując umowę dopuścił się poważnego wykroczenia zawodowego, a nie tylko braku solidności w działaniu.

Natomiast uzasadnienie prawne winno oprócz przytoczenia przepisów prawa zawierać także wyjaśnienie zastosowanej podstawy prawnej, zarówno co rozwiązania umowy, jak i możliwości odniesienia tej sytuacji do wykluczenia wykonawcy z postępowania w oparciu o przepis art. 24 ust.1 pkt 1a Pzp., przy równoczesnym uwzględnieniu iż wskazane tam przesłanki wykluczenia muszą zaistnieć kumulatywnie.

Podejmując decyzję o wykluczeniu, zamawiający podając uzasadnienie faktyczne i prawne powinien mieć na względzie art. 6 K.c., zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. W przypadku wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia jego oferty ciężar udowodnienia zasadności podjętych czynności w tym zakresie, spoczywa na zamawiającym. Przepis art. 6 kc, statuujący ciężar udowodnienia faktu, należy rozumieć nie tylko jako obarczenie strony postępowania obowiązkiem przekonania Izby dowodami o słuszności swoich twierdzeń, ale przede wszystkim jako nakaz obciążenia jej konsekwencjami poniechania realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności. Tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania odwoławczego (podobnie SN w uzasadnieniu wyroku z 7 listopada 2007 roku wydanego w sprawie o sygn. akt II CSK 293/07).

Natomiast przedmiotowe ww. zawiadomienie o wykluczeniu praktycznie pozbawione jest takich uzasadnień.

Oдноśnie niespełniania również drugiej przesłanki dotyczącej możliwości zastosowania sankcji wykluczenia wykonawcy w trybie przepisu art. 24 ust.1 pkt 1a Pzp, podniesionej przez odwołującego, a dotyczącej niezrealizowania przed rozwiązaniem umowy co najmniej 5% wartości umowy, odwołujący stwierdził iż niewykonanie zamówienia w postaci nie złożenia kompletnego wniosku o wydanie pozwolenia na budowę może stanowić maksymalnie ułamek procenta wartości zamówienia, a na pewno nie jak twierdzi zamawiający, więcej niż jego 5%.

Stwierdzić należy, że zamawiający w odpowiedzi na odwołanie nie podjął próby wykazania jaką rzeczywiście kwotę całości wartości zamówienia, stanowi brak uzyskania decyzji pozwolenia na budowę. Zamawiający wartość tej części zamówienia odniósł do harmonogramu płatności wynagrodzenia dla odwołującego, z którego to zapisu w § 3 ust.1 umowy wynika, że zamawiający zapłaci wykonawcy *pozostałe 20 %wynagrodzenia za dokumentację po otrzymaniu przez zamawiającego pozwolenia na budowę.*

Dokonując analizy postanowień § 3 pkt 1 umowy stwierdzić należy, że składa się on z dwóch ustaleń stron: pierwsze dotyczy kwot wynagrodzenia jakie będą przysługiwać wykonawcy za wykonanie określonych części zamówienia, a drugie harmonogramu dokonywania zapłaty: cyt.

„Należność za wykonanie przedmiotu zamówienia płatna będzie fakturami częściowymi:

- *za wykonanie, programu organizacyjno - użytkowy po jego odbiorze, przez komisję Zamawiającego,*
- *po wykonaniu dokumentacji projektowo - kosztorysowej - 80% wynagrodzenia za dokumentację po jej odbiorze protokołem KOPI,*
- *po otrzymaniu przez Zamawiającego pozwolenia na budowę, pozostałe 20% 'wynagrodzenia za dokumentację'.*

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznaje za zasadne stanowisko odwołującego zawarte w odwołaniu iż, powyższe postanowienie § 3 ust. 1 umowy z 14.07.2010 roku określa harmonogram płatności za poszczególne etapy realizacji przedmiotu zamówienia, którego nie można utożsamiać z wartością tych poszczególnych etapów prac.

Tym samym biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba stwierdza, że brak jest podstaw do przyjęcia za udowodnione przez zamawiającego, aby rozwiązanie umowy nr 247/2010/B, z dnia 14.10.2010 roku dokonane przez zamawiającego, było spowodowane *poważnym wykroczeniem zawodowym* odwołującego. Ponadto brak jest również podstaw do stwierdzenia, że wartość niezrealizowanego zamówienia wynosiła co najmniej 5% wartości tej umowy. Zamawiający nie przedstawił w tym zakresie żadnych wyliczeń mających uzasadniać spełnienie tej przesłanki. W tym zakresie za wyrokiem Sądu Okręgowego w Białymstoku sygn. akt II Ca 718/09 można podnieść, iż *zgodnie z ogólną regułą dowodzenia wyrażoną w art. 6 kc i powieloną wprost w art. 190 ust.1 /obecnie/ ustawy Pzp, strona obowiązana jest wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne. Wyłączne oświadczenie strony nie może stanowić podstawy uznania jej zarzutów za skuteczne. Strony winne bowiem przedstawić dowody na poparcie swych twierdzeń.*

Odnosząc się do powyższych ustaleń i rozważań co do zasadności czynności zamawiającego w zakresie rozwiązania umowy i wykluczenia odwołującego z postępowania, Izba uznała iż nie było w tej sytuacji potrzeby dokonania pogłębionej analizy podstaw prawnych rozwiązania umowy. Z dokonanych ustaleń w sposób jednoznaczny wynika, że zamawiający nie miał podstawy do wykluczenia odwołującego z postępowania w oparciu o przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp., gdyż zamawiający nie wykazał aby odwołującemu można było zarzucić *poważne wykroczenie zawodowe*, a nie tylko ewentualnie nieprawidłowe wykonanie umowy. Ponadto nie została spełniona- wykazana, kolejna

przesłanka do wykluczenia odwołującego tj. aby wartość niezrealizowanego zamówienia wynosiła co najmniej 5% wartości przedmiotowej umowy.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – miało miejsce w analizowanej sprawie.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp,.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i 2b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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

Członkowie:

.....