

**Sygn. akt: KIO 2897/13**

**WYROK**  
**z dnia 7 stycznia 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Renata Tubisz  
**Członkowie:** Anna Chudzik  
Barbara Bettman  
**Protokolant:** Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 stycznia 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 grudnia 2013 r. przez **wykonawcę:** Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Lublinie EXPOL S.A. ul. M. Rataja 15 b; 20 - 270 Lublin w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w imieniu której działa: Centrum Realizacji Inwestycji Oddział w Lublinie ul. Okopowa 5; 20-022 Lublin

przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. ul. Okólna 10; 42-400 Zawiercie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

1. uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty oraz nakazać powtórzenie czynności oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego.

2. kosztami postępowania obciążyć PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w imieniu której działa: Centrum Realizacji Inwestycji Oddział w Lublinie ul. Okopowa 5; 20-022 Lublin i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 **zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Lublinie EXPOL S.A. ul. M. Rataja 15 b; 20 - 270 Lublin tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w imieniu której działa: Centrum Realizacji Inwestycji Oddział w Lublinie ul. Okopowa 5; 20-022 Lublin na rzecz Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Lublinie EXPOL S.A. ul. M. Rataja 15 b; 20 - 270 Lublin kwotę 20.000 **zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. Nr 907 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 Lublinie

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie** .....

.....

### Uzasadnienie

Odwołujący w dniu 16 grudnia 2013 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołanie zostało wniesione w związku z toczącym się postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego na: modernizację obiektów inżynierskich na odcinku Grodzisk Mazowiecki - Korytów w km. 2.192 f 1. 7401. 2.873 f 32.421). 5.006 f 34. 554). 5,279 (34,8271 w ramach zadania Modernizacja linii kolejowej nr 4- Centralna Magistrala Kolejowa.

Odwołanie złożono od czynności zamawiającego z dnia 6 grudnia 2013 r., polegającej na wykluczeniu z postępowania odwołującego ze wskazaniem podstawy prawnej art. 24 ust. 1 pkt 1 a) ustawy Pzp oraz od czynności błędnego wyboru oferty Przedsiębiorstwa Usług Technicznych Intercor sp. z o.o. w Zawierciu jako oferty najkorzystniejszej stawającym w sprawie jako „przystępujący po stronie zamawiającego” lub zwanym „uczestnikiem”.

Czynnościom zamawiającego zarzucono: naruszenie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1 a) ustawy Pzp przez niewłaściwą interpretację, wykluczenie na tej podstawie odwołującego wykonawcy i odrzucenie jego oferty; naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez niezgodne z prawem dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Interes prawny odwołującego został naruszony skutkiem powyższych błędów zamawiającego, ponieważ oferta odwołującego się jest najkorzystniejszą i spełniającą wszystkie wymogi formalne. Tym samym odwołującemu została wyrządzona realna szkoda polegająca na pozbawieniu go przedmiotowego zamówienia podczas gdy złożył on ofertę najkorzystniejszą i nie podlegającą odrzuceniu.

Na podstawie tak sformułowanych zarzutów odwołujący wniósł o: unieważnienie czynności wyboru oferty dokonanej w dniu 6 grudnia 2013 r., powtórzenie czynności wyboru oferty, w toku której zamawiający dokona poprawnej wykładni przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1 a) ustawy Pzp, polegającej na przyjęciu, że z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy nie wykonali lub nienależycie wykonali zamówienie, podczas gdy odwołujący zmuszony został do odstąpienia od umowy o realizację zamówienia na „Przebudowę układu komunikacyjnego wraz z modernizacją wiaduktu kolejowego i przejścia podziemnego w obrębie dworca kolejowego Lublin” skutkiem okoliczności leżącej wyłącznie po stronie tegoż samego zamawiającego, polegającej na poświadczeniu nieprawdy w ogłoszeniu o udzieleniu w/w

zamówienia, jakoby zamawiający dysponował nieruchomością na cele budowlane w tym zakresie; nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej; Unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty.

Ponadto odwołujący wniósł o dopuszczenie jako dowody załączonych pism oraz zasądzenie zwrotu kosztów postępowania odwoławczego od zamawiającego na rzecz odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania przedstawił następującą argumentację formalną i prawną.

Pismem - oświadczeniem z dnia 15 maja 2013 r. odwołujący jako

wykonawca zamówienia na „Przebudowę układu komunikacyjnego wraz z modernizacją wiaduktu kolejowego i przejścia podziemnego w obrębie dworca kolejowego Lublin”, po wielu miesiącach bezowocnych wezwań zamawiającego do

współdziałania w wykonaniu umowy zmuszony został od odstąpienia od tej

umowy, albowiem jej legalne wykonanie nie było możliwe. Zamawiający udzielając tego

zamówienia już w ogłoszeniu deklarował, że dysponuje nieruchomością na cele budowlane w pełnym zakresie przedmiotowym niezbędnym do wykonania zamówienia. W toku realizacji

umowy okazało się, że nie jest to prawdą. Częścią niezbędnego gruntu zamawiający bowiem nie dysponował i do chwili odstąpienia od umowy przez Przedsiębiorstwo nie był w stanie

tego uchybienia uzupełnić. Stało się oczywistym, że kontynuacja budowy w istniejących warunkach to samowola budowlana, na którą odwołujący jako profesjonalista pozwolić sobie

nie mógł, choćby z uwagi na wykluczenia w przyszłych postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych. Jest bowiem oczywistym, że samowola budowlana jest jednym z

kluczowych naruszeń jakie można sobie wyobrazić w budownictwie. Zamawiający (tożsamy w sprawie niniejszej) nie odniósł się merytorycznie do braku dysponowania przez

siebie nieruchomością na cele budowlane, wzywając odwołującego do kontynuowania umowy, tj. samowoli budowlanej, na częściowo cudzym gruncie, bez stosownych uzgodnień

z podmiotami uprawnionymi. Ponieważ nie uzyskał zamierzonego celu, oświadczył odwołującemu, że od umowy odstępuje z przyczyn leżących wyłącznie po stronie

wykonawcy. W dalszej idącej korespondencji zamawiający przedstawiał stan faktyczny jako porzucenie budowy przez odwołującego, nie ustosunkowując się nigdy do jego argumentacji

wyłożonej szczegółowo w oświadczeniu o odstąpieniu. Obecnie wyżej zaistniałe warunki zamawiający traktuje jako nienależyte wykonanie umowy przez odwołującego w rozumieniu

art. 24 ust. 1 pkt 1 a), skutkujące wykluczeniem go z postępowania. Pomimo, że w polskim porządku prawnym nie jest możliwe odstąpienie od umowy, która nie istnieje, skoro druga

strona (tu: odwołujący) wcześniej od niej odstąpiła.

Oczywiście nie sposób podzielić powyższej argumentacji zamawiającego i przyjąć, że stosowanie przepisu art. 24 ust 1 pkt 1a) Pzp może mieć charakter uznaniowy. Geneza

instytucji inkorporowanej do polskiego art. 24 ust. 1 pkt 1a) Pzp wskazuje na potrzebę ochrony rynku zamówień przez wykonawcami oczywiście nieuczciwymi, którzy naruszają podstawowe standardy w dziedzinie, którą wykonują. Dyrektywy unijne w tym zakresie wymieniają przypadki oparte na obiektywnych, a nie subiektywnych względach dotyczących działań wykonawcy uzasadniających jego wykluczenie w przyszłości. Odstąpienie przez wykonawcę od umowy z przyczyn, za które oczywistą i wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający z pewnością nie jest okolicznością uzasadniającą w przyszłości stosowanie art. 24 ust. 1 pkt 1a) wobec takiego wykonawcy. Co się zaś tyczy „konfliktu odstąpień”, to nie sposób się zgodzić, aby to zamawiający miał być sędzią we własnej sprawie i mógł arbitralnie orzekać, że oświadczenie o odstąpieniu od umowy pochodzące od wykonawcy nie ma żadnego waloru, podczas gdy późniejsze odstąpienie przez zamawiającego jak najbardziej ma taki walor. Potwierdza to dobitnie wyrok KIO z dnia 22 czerwca 2012 roku KIO 1050/12, w którym Izba orzekła, że w takiej sytuacji rozstrzygnięcie skuteczności odstąpienia od umowy przez wykonawcę jest wyłączną domeną sądu powszechnego. W przedmiotowej sprawie zamawiający oczywiście nie wystąpił ani o zapłatę zapowiadanych kar umownych, ani o ustalenie braku skuteczności odstąpienia od umowy przez odwołującego. W to miejsce zamawiający przypisał sobie kognicję do dokonania takiej oceny, co więcej rozciągając w sposób nieuprawniony jej skutki na dalsze postępowania o zamówienia.

Z tych przyczyn czynność zamawiającego nie może się utrzymać.

Odwołujący w dniu 2 stycznia 2014 r. w uzupełnieniu odwołania wniesionego w dniu 16.12.2013r. podniósł co następuje. Uznał za samowolne rozstrzygnięcie zamawiającego w związku z tym, że zamawiający odstąpił 6 czerwca 2013 r. od umowy (na Przebudowę układu komunikacyjnego oraz modernizację wiaduktu w obrębie dworca kolejowego Lublin") skutkiem nienależytego jej wykonania przez odwołującego. Takie postępowanie zamawiającego jest nieuprawnione z następujących przyczyn. Po pierwsze: wykonawca w toku realizacji w/w umowy wobec niewykonania przez zamawiającego obowiązków wynikających z art. 647kc tj braku przekazania terenu budowy w całości, zmuszony został zawrzeć we własnym imieniu umowę dzierżawy z Poczta Polska S.A. na działkę o numerze 2/8 przeznaczoną pod inwestycję realizowaną przez zamawiającego. Było to rozwiązanie jedynie awaryjne i z pewnością nie miało na celu naprawienia uchybienia zamawiającego, a jedynie i wyłącznie stanowiło środek obrony Wykonawcy przed realnie grożącym mu zarzutem, iż korzysta z nieruchomości podmiotu trzeciego bez jakichkolwiek podstaw prawnych. Wykonawca zawierając umowę dzierżawy wykazał, że obiektywnie było możliwe pozyskanie całości gruntu na cel budowlany, a jedynie

zamawiający skutkiem swego zaniechania - tego nie zorganizował w zakresie działki nr 2/8. A zatem to PKP PLK S.A. nie wywiązała się ze swojego podstawowego obowiązku umownego i ustawowego przewidzianego dla zamawiającego jako inwestora określonego w art. 647 k.c, tj. z obowiązku przekazania terenu budowy. Prezentowany przez Zamawiającego pogląd, jakoby działka nr 2/8 z uwagi na swój mały metraż miała marginalne znaczenie dla inwestycji obejmującej znacznie większy obszar oczywiście nie zasługuje na uznanie. Zamówienie udzielone zostało bowiem w trybie „projektuj i buduj”, więc wykonawca miał prawo złożyć ofertę i podpisać umowę mając własną koncepcję co do frontu prac projektowych i frontu robót. Żądanie natomiast przez zamawiającego dokonywania jego zmian albo ingerencja w opracowany przez wykonawcę plan realizacji umowy jedynie w tym celu, aby naprawić kardynalne uchybienie zamawiającego oczywiście nie zasługiwało i nie zasługuje na ochronę. Ponadto oświadczenie Zamawiającego, iż „dysponuje całością nieruchomości” na cel inwestycji było bezwarunkowe. Nie dopuszczało marginesu pozwalającego na usprawiedliwienie subiektywnego lecz np. błędnego przekonania zamawiającego iż dysponował całością nieruchomości. Była to deklaracja możliwa do zweryfikowania w systemie zero - jedynkowym. Albo Zamawiający dysponował całością nieruchomości albo nie. Jak pokazał następnie stan faktyczny zamawiający nie dysponował deklarowaną całością nieruchomości na cel inwestycji. Z posiadanej przez odwołującego się wiedzy uzyskanej od Poczty Polskiej, jako użytkownika wieczystego działki nr 2/8 wynika, że po dacie odstąpienia wykonawcy od umowy, zamawiający na podstawie umowy cywilno prawnej z Poczta Polska uzyskał prawo do dysponowania w/w nieruchomością na cele budowlane związane z realizacją niniejszej inwestycji. Po drugie: należy podkreślić, że oświadczenie Wykonawcy o odstąpieniu od umowy spełniało wszystkie warunki formalne przewidziane przepisami kodeksu cywilnego, a w szczególności poprzedzone zostało wezwaniem zamawiającego do naprawienia uchybień, za wyznaczeniem stosownego terminu. Zamawiający nigdy skutecznie nie zakwestionował odstąpienia wykonawcy pod względem formalnym. A zatem poczytywanie przez zamawiającego, że po dniu 15 maja 2013 r. tj po dacie odstąpienia wykonawcy od umowy, umowa nadal istniała - było oczywiście bezpodstawne. Opracowanie zaś własnej koncepcji dokonanego później (oświadczeniem z dn. 6 czerwca 2013 r. ) „odstąpienia” przez zamawiającego od nieistniejącej umowy ocenić należy wyłącznie jako nieskuteczną próbę obciążenia wykonawcy odpowiedzialnością za własne zaniechanie w zakresie obowiązku wynikającego z art. 647 kc. Na marginesie należy też dodać, że polemika zamawiającego z dopuszczalnym zakresem odstąpienia przez wykonawcę („projektuj i buduj” - przedmiot świadczenia podzielny czy niepodzielny) jest także niecelowa. Gdyby bowiem okazało się w toku badania przez sąd powszechny, że wykonawca odstępując od

całości umowy w rzeczywistości był uprawniony jedynie do odstąpienia od niewykonanej części, to za skuteczne uznane zostałyby odstąpienie od tej części.

Po trzecie: od zamawiającego jako podmiotu stale zlecającego zamówienia w trybie przepisów ustawy Pzp należy oczekiwać znajomości, celu oraz intencji regulacji zawartej w art. 24 ust. 1 pkt 1a) ponad jego literalną wykładnię. Przytaczanie Wysokiej Izbie genezy i wątpliwości co do zgodności tego przepisu z ustawodawstwem unijnym jest oczywiście zbędne. Jak podkreślił Trybunał Sprawiedliwości w wyroku C-465/11 z dnia 13 grudnia 2012 r. w związku z pytaniem prejudycjalnym wniesionym przez Krajową Izbę Odwoławczą, a dotyczącym zgodności w/w przepisu Pzp z omawianym przepisem dyrektywy: podstawą wykluczenia powinno być poważne niedochowanie przez wykonawcę obowiązków wynikających z regulacji prawnych wykonywania danego zawodu, a nie zobowiązań umownych. Odnosząc się do zarzutu przystępującego do postępowania odwoławczego Przedsiębiorstwa Usług Technicznych Intercor Sp. z o.o., iż odwołanie zostało wniesione z uchybieniem terminu określonego w art. 182 Pzp odwołujący się wykonawca wyjaśnia, iż jego odwołanie zostało wniesione w terminie otwartym dla tej czynności, bowiem wartość zamówienia przekracza kwoty określone na podstawie przepisu wydanego z delegacji ustawowej w art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Natomiast niniejsze postępowanie udzielane jest na podstawie art. 32 ust. 4 ustawy Pzp. Z uwagi na argumenty przedstawione w odwołaniu i niniejszym piśmie podtrzymano wnioski i żądania odwołania w całości.

Zamawiający pismem z dnia 23 grudnia 2013r. wniósł odpowiedź na odwołanie w którym wniósł o: oddalenie odwołania w całości; rozstrzygnięcie o kosztach postępowania stosowanie do jego wyniku. W uzasadnieniu przedstawił następującą argumentację formalną i prawną. Zamawiający oświadczeniem z dnia 06.06.2013 r. odstąpił od niezrealizowanej przez odwołującego się części umowy nr 90/102/0013/11/Z/I z dnia 31.03.2011 r. na: „Przebudowę układu komunikacyjnego wraz z modernizacją wiaduktu kolejowego i przejścia podziemnego w obrębie dworca kolejowego Lublin” (odpis pisma z dn.06.06.2013 r. w załączeniu). Wprawdzie odwołujący złożył wcześniej oświadczenie z dnia 15.05.2013 r. o odstąpieniu od umowy w całości, (odpis pisma z dn. 15.05.2013 r. w załączeniu) jednakże oświadczenie to uznać należy za czynność prawną nieważną z mocy art. 58 §1 kc, jako dokonaną z naruszeniem przepisu art. 491 §1 kc, który to przepis odwołujący się wskazał jako podstawę prawną odstąpienia. Przede wszystkim podnieść należy, że zamawiający jako uzasadnienie odstąpienia od całości umowy podał brak uregulowania prawa dysponowania na cele budowlane działką gruntu oznaczoną nr ewid. 2/8 (obręb 10 arkusz 5) w Lublinie, będącą w użytkowaniu wieczystym Poczty Polskiej S.A. Część tej działki o powierzchni 60 m<sup>2</sup> miała marginalne znaczenie dla realizacji przedmiotu zamówienia, przy czym umowa dzierżawy zawarta w dniu 10.04.2013 r. pomiędzy użytkownikiem wieczystym a odwołującym

się dawała temu ostatniemu prawo wykorzystania odpowiedniej części działki do prowadzenia robót budowlanych (odpis umowy dzierżawy w załączeniu). O trwającej procedurze przejęcia części działki nr. ewid. 2/8 odwołujący się był informowany przez zamawiającego z jednoczesnym wskazaniem konieczności zaplanowania robót związanych z trwałąmi naniesieniami na przedmiotowej działce w ostatniej fazie realizacji projektu. Brak docelowego uregulowania stanu prawnego przedmiotowej działki nie stanowił żadnej przeszkody do prowadzenie robót na pozostałych nieruchomościach objętych robotami, których łączna powierzchnia wynosi około 17 000 m<sup>2</sup>. Pismem z dnia 24.05.2013 r. (odpis pisma w załączeniu) zamawiający poinformował odwołującego się o uznaniu jego odstąpienia za nieskuteczne. Jednocześnie zamawiający wezwał odwołującego się do podjęcia przerwanych robót pod rygorem skutków prawnych przewidzianych umową. W omawianym piśmie zamawiający wskazał na podzielny charakter świadczeń stron zawartej umowy o roboty budowlane. O tym czy świadczenie wykonawcy z umowy o roboty budowlane jest podzielne decydują przede wszystkim postanowienia samej umowy interpretowane zgodnie z art. 65 §2 kc (wyrok S.N. z dnia 4.06.2009 r. sygn. akt III CSK 337/08), a przyjęcie podzielności świadczenia uzasadnia sukcesywne odbieranie prac zmierzających do wykonania umowy o roboty budowlane (wyrok S.N. z dnia 19.03.2004 r. sygn. akt IV CK 172/03).

Przedmiotowa umowa (odpis w załączeniu) zawiera szereg postanowień świadczących o jej podzielności, w szczególności dotyczących realizacji prac i robót w zakresie wielu różnych branż. Co najistotniejsze - umowa ta przewiduje częściowe odbiory prac i robót oraz częściowe fakturowanie elementów wykonanych zgodnie z przyjętym harmonogramem rzeczowo-finansowym.

Należy zatem za bezsporne przyjąć, że przedmiotowe świadczenie jest podzielne. W tych warunkach zastosowanie winien mieć przepis art. 491 § 2 kc. W ocenie zamawiającego można by ewentualnie rozważyć możliwość odstąpienia odwołującego się od części umowy, ale tylko w przypadku nie zakończenia w odpowiednim czasie procedury przejęcia części działki nr. ew. 2/8 i tylko w odniesieniu do robót zlokalizowanych na tej działce.

W świetle powyższego zasadne jest twierdzenie o nieskuteczności odstąpienia odwołującego się od umowy w całości jako naruszającego przepis art. 491 §1 kc w związku z art. 491 §2 kc. Wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła 3 167 530,00 zł, co stanowi 13% wartości umowy. W tej sytuacji, zgodnie z dyspozycją art. 24 ust.1 pkt.1 a) ustawy Pzp, zamawiający zobligowany był wykluczyć odwołującego się z postępowania o udzielenie zamówienia na: Modernizację obiektów inżynierskich na odcinku Grodzisk Mazowiecki - Korytów w km 2,192 (31,740); 2,873 (32,421); 5,006 (34,554) i 5,279 (34,827).

W tym stanie faktycznym i prawnym sprawy zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości.



Pismem z dnia 18 grudnia 2013r. Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu zwane dalej „przystępującym do postępowania po stronie zamawiającego” przystąpiło do postępowania wnosząc o odrzucenie odwołania jako wniesionego po terminie ewentualnie w przypadku nie uwzględnienia tego wniosku o oddalenie odwołania. Wskazując na interes w przystąpieniu do postępowania podano okoliczność wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej.

### **Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.**

#### **Izba ustaliła**

##### Co do prawa odwołującego do wniesienia odwołania.

W myśl art.179 ust.1 ustawy Pzp (ustawa z dnia 29 stycznia 2004r. –Prawo zamówień publicznych) środki ochrony prawnej w tym odwołanie przysługują wykonawcy, który miał lub ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Izba badając prawo odwołującego do wniesienia odwołania ustaliła, na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w tym protokołu z postępowania sporządzonego przez zamawiającego, jak poniżej następuje.

W przedmiotowym postępowaniu złożonych zostało dziewięć ofert w tym oferta odwołującego na kwotę 4.064.547,30zł. najtańsza cenowo oraz oferta wykonawcy wybranego (przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego lub uczestnika) za kwotę 6.057.985,35zł. druga pod względem ceny. Oferty tych wykonawców są ofertami najkorzystniejszymi wobec obowiązywania w tym postępowaniu jedynego kryterium oceny ofert to jest ceny. Pozostali oferenci złożyli droższe oferty niż odwołujący i uczestnik. Zamawiający wykluczył dwóch oferentów w tym odwołującego. Jako podstawę wykluczenia wskazał art.24 ust.1 pkt 1a ustawy Pzp. Z protokołu postępowania wynika, że wykonawca ten nie wykonał na rzecz zamawiającego zamówienia na podstawie umowy z dnia 31.03.2011r. nr 90/102/0013/11/Z/I na Opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie na jej podstawie robót budowlanych dla projektu: „Przebudowa układu komunikacyjnego wraz z modernizacją wiaduktu kolejowego i przejścia podziemnego w obrębie dworca kolejowego Lublin”, a zamawiający odstąpił w dniu 06.06.2013r. od niezrealizowanej części ww. umowy z powodu okoliczności za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, ofertę uznano za odrzuconą. Powyższe okoliczności ustalono na podstawie protokołu z postępowania sporządzonego przez zamawiającego.

Izba na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika nie uwzględniła wniosku o odrzucenie odwołania, ponieważ odwołanie miało być prawo wniesione w terminie 10 dni a nie jak wskazywał uczestnik w terminie 5 dni. Uczestnik mylnie przyjął, iż wartość zamówienia wynosi 7.972.367,60zł. to jest poniżej 5.000.000,00 euro i termin na wniesienie odwołania wówczas wynosi 5 dni w myśl art. 182 ust.1 pkt2) ustawy Pzp. Izba na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia w tym zatwierdzonego wniosku przez Dyrektora zamawiającego z dnia 05.09.2013r., ustaliła, że wartość całego zamówienia wynosi kwotę 952.441.500,00zł. co stanowi 236.949.323,32 euro a wartość wnioskowanego częściowego zamówienia wynosi 7.972.367,60zł. co stanowi 1.983.385,44 euro. Powyższe ustalenie potwierdza protokół z postępowania, z którego wynika dopuszczenie składania zamówienia częściowego przy wartości całego zamówienia jak podano powyżej (236.949.323,32 euro) i wartości przedmiotowego zamówienia częściowego na kwotę jak podano również powyżej (1.983.385,44 euro). W myśl art. 32 ust.4 ustawy Pzp. jeżeli zamawiający dopuszcza możliwość udzielenia zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych zamówień a nie wartości zamówień w poszczególnych postępowaniach. W tym stanie rzeczy wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art.11 ust.8 ustawy Pzp czyli powyżej 5.000.000,00 euro, ponieważ wynosi 236.949.323,32 euro. W tym stanie rzeczy do wniesienia odwołania obowiązuje termin 10 dni liczony zgodnie z art. 182 ust.1 pkt 1) ustawy Pzp.

Odwołujący składając odwołanie przede wszystkim argumentował wprowadzeniem w błąd przez zamawiającego co do dysponowania gruntami na cele budowlane nieruchomości objętych planem inwestycji. W związku z tym zarzucił zamawiającemu poświadczenie nieprawdy w dokumentacji postępowania poprzez stwierdzenie w ogłoszeniu o zamówieniu, jakoby zamawiający dysponował nieruchomością na cele budowlane w tym zakresie. Zamawiający ani przystępujący temu stwierdzeniu odwołującego nie zaprzeczyli. Zamawiający jedynie w toku rozprawy stwierdził, że ogólnie jest wiadomym, że PKP nie dysponuje gruntami. Natomiast zamawiający nie zaprzeczył, że w jego dokumentach to jest Programie Funkcjonalno-Użytkowym i SIWZ istnieje zapis, że PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. dysponują nieruchomościami w przedmiotowej inwestycji na cele budowlane. W tym stanie rzeczy Izba uznała, że w dokumentacji będącej przedmiotem rozpoznania wobec odwołującego art.24 ust.1 pkt 1a) ustawy Pzp. widniało postanowienie informujące potencjalnych wykonawców o tym, że zamawiający dysponuje nieruchomościami pod zabudowę przewidzianą w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to jest „Przebudowa układu komunikacyjnego wraz z modernizacją wiaduktu

kolejowego i przejścia podziemnego w obrębie dworca kolejowego Lublin". Zresztą obowiązek dysponowania nieruchomością leży po stronie inwestora co potwierdza regulacja ustawy prawo budowlane w zakresie uzyskiwania pozwolenia na budowę gdzie inwestor jest zobowiązany wykazać prawo do nieruchomości. Ponadto wymóg przekazania terenu budowy wynika wprost z art.647 k.c. a odnoszący się do umów o roboty budowlane. Potwierdzeniem tego obowiązku ustawowego są postanowienia umowy powyżej cytowanej w myśl której zamawiający przekazuje wykonawcy teren budowy. W związku z powyższym to po stronie inwestora (zamawiającego) leży obowiązek przekazania terenu pod zabudowę. W toku postępowania odwoławczego żadna ze stron nie podniosła aby w tej materii istniały jakiegokolwiek inne ustalenia, które ryzyko dysponowania gruntem przekładały na wykonawcę czyli odwołującego. Te ustalenia Izby mają istotne znaczenie dla rozpoznania zarzutu odwołania.

Według zamawiającego wykluczenie odwołującego z postępowania nastąpiło z powodu odstąpienia od umowy przez danego zamawiającego. W jego ocenie odstąpił on od umowy w okolicznościach wskazanych w art.24 ust.1 a ustawy.

Izba przeprowadziła dowody z następujących dokumentów w sprawie.

1. Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 6 grudnia 2013r. skierowana do wszystkich wykonawców zawierająca zawiadomienie o wykluczeniu odwołującego z postępowania. Z jej treści wynika, że wykonawca ten nie wykonał na rzecz zamawiającego zamówienia na podstawie umowy z dnia 31.03.2011r. nr 90/102/0013/11/Z/I na Opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie na jej podstawie robót budowlanych dla projektu: „Przebudowa układu komunikacyjnego wraz z modernizacją wiaduktu kolejowego i przejścia podziemnego w obrębie dworca kolejowego Lublin", a zamawiający odstąpił w dniu 06.06.2013r. od niezrealizowanej części ww. umowy z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, ofertę uznano za odrzuconą.
2. pisma odwołującego z dnia 15 maja 2013r. skierowanego do zamawiającego zawierające oświadczenie o odstąpieniu od umowy. Treść oświadczenia zawartego w piśmie odwołującego przedstawiono poniżej.
3. pisma zamawiającego z dnia 24.05.2013r. skierowanego do odwołującego. Zamawiający stwierdza, że „W związku z inwentaryzacją robót w toku, przeprowadzoną w dniach 20-24 maja 2013r., zamawiający stwierdza, że oświadczenie wykonawcy z dnia 15 maja 2013r. o odstąpieniu od przedmiotowej umowy w całości, zostało złożone z naruszeniem przepisu art.491 § 1 k.c., powołanego w oświadczeniu jako podstawa prawna

odstąpienia.” Z dalszej treści pisma zamawiającego wynika, że wobec zawartej umowy dzierżawy w dniu 10.04.2013r. pomiędzy odwołującym a użytkownikiem wieczystym tej działki ozn. nr ewiden. 2/8 Poczta Polska S.A., kwestie uregulowania docelowego stanu prawnego tej działki nie powinny mieć żadnego wpływu, na przebieg realizacji przedmiotu zamówienia. Tymczasem roboty na innych działkach nie były również realizowane terminowo pomimo dostępu do tych działek. Wobec tego nie ma podstaw do odstąpienia od umowy w całości. Wobec tego zamawiający widzi tylko możliwość odstąpienia od części umowy to jest do działki 2/8 z uwagi na co do zasady podzielność umowy o roboty budowlane czyli na podstawie art.491 ust.2 k.c. O trwającej procedurze przejęcia działki był informowany odwołujący przez zamawiającego, ze wskazaniem konieczności zaplanowania robót związanych z trwałymi nanieśieniami na przedmiotowej działce w ostatniej fazie realizacji projektu. Wobec powyższego czynność odwołującego z dnia 15.05.2013r. uważa się za nieważną na mocy art.58 § 1 k.c. i wzywa się do podjęcia przerwanych robót do dnia 28.05.2014r. pod rygorem skutków prawnych przewidzianych w umowie.

4. pisma zamawiającego z dnia 6 czerwca 2013r. skierowanego do odwołującego zawierające oświadczenie o odstąpieniu od niezrealizowanej części umowy. Treść pisma odwołującego przedstawiono poniżej.
5. Umowa z dnia 31.03.2011r. nr 90/102/0013/11/Z/I na Opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie na jej podstawie robót budowlanych dla projektu: „Przebudowa układu komunikacyjnego wraz z modernizacją wiaduktu kolejowego i przejścia podziemnego w obrębie dworca kolejowego Lublin”. Umowa ta stanowiła podstawę do zastosowania w stosunku do odwołującego art.24 ust.1 pkt 1 a ustawy Pzp w związku z jego wykluczeniem z postępowania. Z treści umowy tej wynika jak poniżej. Przedmiotem umowy było opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie na jej podstawie robót budowlanych. Termin realizacji umowy: wykonanie robót budowlanych do dnia 31.12.2012r.; zakończenie i rozliczenie całości robót do dnia 28.02.2013r.(§ 3 umowy). Wynagrodzenie jest ryczałtowe, wynagrodzenie pozostaje niezmiennie (§ 4 umowy). Zamawiający przekazuje wykonawcy teren budowy określi jego granice po przyjęciu dokumentacji wraz z decyzją pozwolenia na budowę lub po skutecznie dokonanym zgłoszeniu robót budowlanych (§ 5 umowy).Wykonawca zobowiązuje się do realizacji przedmiotu umowy w terminie określonym umową ((§ 5 umowy). Strony mogą odstąpić od umowy w przypadkach i na zasadach określonych poniżej. Zamawiający może odstąpić od umowy jeżeli: 2) wykonawca przerwał realizację umowy i nie realizuje jej przez okres trzech tygodni.
6. projekt budowlano-wykonawczy na okoliczność, iż na działce ul. Grabarska był wykonywany projekt budowlano - wykonawczy branży drogowej i stwierdza, iż sam

Zamawiający w odpowiedzi stwierdził, iż działka nr 2/8 ma 60 m<sup>2</sup> a pozostałe jeszcze 17 000m<sup>2</sup>.

Na rozprawie przedstawiciele stron do protokołu złożyli następujące oświadczenie co do okoliczności odstąpienia od umowy.

Odwołujący na podstawie umowy zawartej w roku 2011 w sprawie modernizacji szlaków komunikacyjnych, w tym wiaduktu w obrębie dworca kolejowego w Lublinie miał zakończyć, roboty budowlane do dnia 30 grudnia 2012 r. Natomiast do tego terminu nie dysponował gruntami oznaczonymi działkami o nr 2/8, 1/1 oraz ciągu przy ul. Garbarskiej. Wobec nie przekazania przez zamawiającego terenów pod inwestycje, odwołujący we własnym zakresie zawarł umowy m.in. z P.P. Poczta Polska. Przedmiotowy kontrakt był realizowany w systemie zaprojektuj i wybuduj. Obowiązkiem wykonawcy było uzyskanie pozwoleń na budowę. Odwołujący miał problemy z realizacją umowy, przewidywał zmianę dokumentacji projektowej. Uzyskany dostęp do działek umożliwiał tylko czasowy pobyt na nieruchomości, co nie dawało podstaw do wykonywania robót budowlanych.

Z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia wynikało, że zamawiający dysponuje gruntami niezbędnymi do przeprowadzenia robót budowlanych. Natomiast po rozpoczęciu realizacji umowy okazało się, że zamawiający nie dysponuje terenami pod przewidzianą budowę. Działka nr 2/8 jest to działka, na której miały być zlokalizowane wyjścia z tuneli stanowiące przejścia podziemne dla ruchu pieszego. Odwołujący wskazuje, iż na przestrzeni 3 miesięcy w 2013 r. wzywał Zamawiającego do usunięcia uchybień w postaci niedysponowania gruntem na cele budowlane.

Pamięta, iż podawał termin, w którym oczekiwał, iż zamawiający usunie uchybienia. Odnosząc się do oświadczeń Zamawiającego i Przystępującego wyjaśnia, iż było to zadanie o znacznym skomplikowaniu logistycznym, gdyż np. ulica pod wiaduktem winna być obniżona, co wiązało się z nowym zaprojektowaniem i przebudową wszelkiej infrastruktury technicznej i cytuje stwierdzenie Głównego Projektanta, iż „bez dysponowania wszystkimi działkami na cele budowlane nie powinien podjąć się jakichkolwiek prac projektowych”. Oprócz działki 2/8, która należy do użytkownika wieczystego Poczty Polskiej nie była przekazana działka przy ul. Garbarskiej należącej do Miasta w bezpośrednim sąsiedztwie ul. Kunickiego (pod wiaduktem kolejowym) i w działce tej mają być projektowane wszelkie przełożenia instalacji. Na ul. Garbarskiej Miasto buduje kolektor ściekowy, do którego Odwołujący miał się włączyć ze swoimi instalacjami. W związku z tym dostęp na cele budowlane tej ulicy również był konieczny. Na działce nr 2/8 należącej do Poczty Polskiej miała być przełożona sieć gazociągu oraz zlokalizowane wyjście z tunelu podziemnego.

Udzielając odpowiedzi na zadane pytanie Izby odwołujący potwierdza znaczenie § 4 umowy dzierżawy, w którym znajduje się zakaz wnoszenia wszelkich obiektów o charakterze trwałym, a dysponowanie działką ograniczało się tylko do przeprowadzenia rozbiórek.

Odwołujący odnosząc się do wniosku dowodowego przystępującego w zakresie przedłożonego w poczet dowodów projektu budowlano-wykonawczego na działce ul. Grabarska stwierdza, iż przekazany projekt branży budowlanej jest wykonany w październiku 2012 r. i dodaje, i tak nie byłoby możliwości zrealizowania tych prac do końca roku 2012 r. Oświadcza, iż popełnił wiele takich sytuacji dla realizacji umowy, iż opracowywał dokumentację techniczną bez dysponowania terenami w celach budowlanych, z uwagi na opóźnienia w realizacji umowy. Chodziło o to, że jak otrzyma do dyspozycji nieruchomości to będzie miał opracowaną dokumentację techniczną. Dokumentacja była przygotowywana po to, aby w szybkim tempie po uzyskaniu prawa do działki na cele budowlane wystąpić o pozwolenie na budowę.

Pełnomocnik zamawiającego przyznał, iż nie dysponował do końca nieruchomości, które umożliwiałyby realizację prac budowlanych. Zamawiający uzyskał dyspozycję na podstawie umowy z użytkownikiem wieczystym, faktycznie po odstąpieniu od umowy przez Odwołującego. Przedmiotem robót była przebudowa starego wiaduktu kolejowego pod którym przebiegała ulica. Przedmiotem robót były również przejścia podziemne po obu stronach ulicy. W związku z budową przejść podziemnych zamawiający był zobligowany do przebudowy całkowitej infrastruktury technicznej mieszczącej się w tym terenie i należącej do innych zarządców. Powszechnie było wiadomym, że PKP nie dysponuje nieruchomościami, na których przewidywał roboty budowlane z przeznaczeniem ich na cele budowlane.

Przy czym zamawiający potwierdził, że uzyskanie terenu pod budowę to jego obowiązki. Sam przywołał art. 647 kc o robotach budowlanych, z którego wynika obowiązek inwestora przekazania terenu budowy.

Na zadane pytanie przyznaje zamawiający, że odstąpił od umowy dlatego, że wykonawca powinien kontynuować te roboty.

Roboty miały być wykonane do dnia 31 grudnia 2012 r. (§ 3 umowy). Na dzień dzisiejszy roboty te nie są wykonane i nie jest wdrożone żadne postępowanie celem zakończenia robót. W tej chwili problemu posiadania gruntu na cele budowlane nie ma. Uzyskano dyspozycję w czerwcu 2013 roku. Było to po obu datach odstąpienia tj. odwołującego i zamawiającego. Zamawiający uważa, iż wykonawca powinien tak organizować roboty, aby wykonywać je na terenach, którymi zamawiający dysponuje. Podtrzymał oświadczenie zawarte w odpowiedzi na odwołanie, iż wartość nierealizowanych robót przez Odwołującego wynosi 13% i są to roboty, które miały być wykonane na spornej działce, ale również roboty

na innych działkach, którymi zamawiający dysponował. Roboty nie zakończone przez odwołującego nie będą zlecane innemu wykonawcy, ponieważ w porozumieniu z gminą Lublin roboty będą miały szerszy zakres i dopiero wówczas będą zlecane w trybie przetargowym.

Odpowiadając na zadane pytanie zamawiający przywołuje § 5 ust. 1 umowy z 2011 roku zgodnie, z którym zamawiający przekaze wykonawcy teren budowy i określi jego granice po przyjęciu dokumentacji wraz z decyzją pozwolenia na budowę. Umowa jest zawarta między zamawiającym a Poczta Polska po 30 czerwca 2013r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Nie mniej przyznaje, iż odwołujący występował o usunięcie uchybień w zakresie dysponowania działkami na cele budowlane, wyznaczając termin.

Na podstawie przeprowadzonych dowodów z oświadczeń: odwołującego oraz zamawiającego o odstąpieniu od umowy Izba dokonała następujących ustaleń.

Co do odstąpienia od umowy przez odwołującego to w dniu 15 maja 2013 r. do zamawiającego (PKP Polskie Linie Kolejowe SA Centrum Realizacji Inwestycji Oddział w Lublinie 20-022 Lublin ul. Okopowa 5) w sprawie Umowy nr 90/102/0013/11/Z/I z dnia 31.03.2011r. na Opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie na jej podstawie robót budowlanych dla projektu: „Przebudowa układu komunikacyjnego wraz z modernizacją wiaduktu kolejowego i przejścia podziemnego w obrębie dworca kolejowego Lublin”, odwołujący złożył następujące oświadczenie o odstąpieniu od umowy: Działając w imieniu Przedsiębiorstwa Robót Komunikacyjnych w Lublinie EXPOL S.A. oświadczam, iż Przedsiębiorstwo odstępuje w całości od Umowy z dnia 31.03.2011r. nr 90/102/0013/11/Z/I na Opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie na jej podstawie robót budowlanych dla projektu: „Przebudowa układu komunikacyjnego wraz z modernizacją wiaduktu kolejowego i przejścia podziemnego w obrębie dworca kolejowego Lublin” na podstawie art. 491 § 1 kodeksu cywilnego w zw. z § 16 Umowy.

W uzasadnieniu niniejszego oświadczenia wskazano: Zamawiający jako Inwestor pomimo licznych wezwań do chwili obecnej nie wywiązał się ze swojego głównego zobowiązania umownego, tj. nie zabezpieczył w aspekcie prawnym niezbędnej dla wykonania Umowy nieruchomości, w szczególności działki nr 2/8 (obręb 10 arkusz 5) w Lublinie w celu prowadzenia na niej robót budowlanych objętych zawartą Umową. Nie ulega wątpliwości, że zabezpieczenie tytułu prawnego do cudzej nieruchomości w niezbędnym zakresie jest podstawowym obowiązkiem Inwestora przy robotach budowlanych wynikającym zarówno z przepisów prawa, jak i zapisów Umowy. W punkcie nr 4. Programu Funkcjonalno Użytkowego stanowiącego integralną część Umowy Zamawiający złożył oświadczenie następującej treści: „PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. posiada prawo do dysponowania

nieruchomością na cele budowlane w rozumieniu przepisów prawa budowlanego oraz Rozporządzenia Ministra TiGM z dnia 10 września 1998 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe i ich usytuowanie (Dz. U. Nr 151 z dnia 15 grudnia 1998 r.)". Niestety oświadczenie to okazało się być niezgodne z prawdą w zakresie działki przytoczonej na wstępie pisma, stąd Wykonawca nie dostrzega możliwości zrealizowania Umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego.

Jedynie z ostrożności należy podnieść, że dopuszczalność odstąpienia od Umowy zawartej w trybie zamówienia publicznego w oparciu o przepisy kodeksu cywilnego nie jest kwestionowana, a potwierdzają ją liczne wyroki Sądu Najwyższego, jak aktualny z dn. 10 kwietnia 2003 r. III CKN 1320/00 zgodnie z którym „Wynikające z art. 76 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (jedn. tekst: Dz.U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664 ze zm.) ograniczenie zasady wolności umów (art. 353 ze zn. 1 k.c.) pozostaje bez wpływu na uprawnienie do odstąpienia od umowy przez przyjmującego zamówienie”.

Wobec powyższego wzywamy do dokonania protokolarnej inwentaryzacji wykonanych przez nas robót w zakresie ponad ostatni zatwierdzony przez Państwa Protokół odbioru robót z dn. 30 kwietnia 2013 r. oraz do protokolarnego zwrotnego przekazania Państwu terenu budowy, w proponowanym przez nas terminie 20 maja 2013 r. o godzinie 8.00. Jednocześnie informujemy, że w razie odmowy przystąpienia do czynności inwentaryzacji i zwrotu placu budowy w wyżej zakreślonym terminie, od dnia następnego nie będziemy ponosić odpowiedzialności za ewentualne zdarzenia mające nastąpić na terenie objętym budową.

Co do odstąpienia od umowy przez zamawiającego to w dniu 6 czerwca 2013 r.

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji, Oddział w Lublinie, 20-022 Lublin ul. Okopowa 5 złożyło pismo do Przedsiębiorstwa Robót Komunikacyjnych w Lublinie EXPOL S.A. ul. Rataja 15 b; 20-270 Lublin w sprawie Umowy Nr 90/102/001'3/11'/Z/I z dnia 31.03.2011r. na Opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie na jej podstawie robót budowlanych dla projektu: „Przebudowa układu komunikacyjnego wraz z modernizacją wiaduktu kolejowego i przejścia podziemnego w obrębie dworca kolejowego Lublin” realizowanego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Lubelskiego na lata 2007-2013. Pismo to zawierało „Oświadczenie o odstąpieniu od niezrealizowanej części umowy”. Z treści tego oświadczenia wynika, że PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. odstępuje od niezrealizowanej części umowy na podstawie § 12 ust. 2 pkt 2 i 4 umowy, w związku z art. 491 § 2 kodeksu cywilnego. Jako uzasadnienie odstąpienia od umowy podano: Wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Lublinie EXPOL S.A. w dniu 15.05.2013 roku przerwał realizację umowy i nie realizował jej przez okres 3 tygodni. W dniu 15 maja 2013 r. wykonawca pismem nr L.dz.EX/KZ/374/2013 złożył oświadczenie o odstąpieniu w całości od umowy w trybie art. 491 § 1 kodeksu cywilnego. Zamawiający



uznał, iż oświadczenie o odstąpieniu w całości od umowy zostało złożone z naruszeniem tego przepisu, co czyni czynność prawną wykonawcy nieważną z mocy art. 58 § 1 kodeksu cywilnego. Wykonawca został wezwany przez zamawiającego do podjęcia przerwanych robót w nieprzekraczalnym terminie do dnia 28 maja 2013 roku pod rygorem skutków prawnych przewidzianych umową. Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Lublinie EXPOL S.A. nie wznowiło przerwanych robót w wyznaczonym terminie. Wobec powyższego, na podstawie § 12 ust. 2 pkt 2 i 4 zawartej umowy, w związku z art. 491 § 2 kodeksu cywilnego zaistniały przesłanki uprawniające zamawiającego do odstąpienia od umowy (w tym przypadku od niezrealizowanej jej części) z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

### **Izba zważyła**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby, odwołujący w toku postępowania odwoławczego udowodnił, że zamawiający odstąpił od umowy w sytuacji, w której nie nastąpiło spełnienie przesłanek formalnych i prawnych opisanych w art.24 ust.1 a ustawy.

Tym samym wykluczenie odwołującego z postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia jest bezpodstawne.

W myśl przywołanego powyżej przepisu oraz na tle przedmiotowej sprawy, zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców, z którymi dany zamawiający odstąpił od umowy, z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność.

Na poparcie swoich racji zamawiający wskazał swoje odstąpienie z dnia 06.06.2013r. w którym odstąpił od umowy na podstawie § 12 ust.2 pkt 2 i 4 umowy w związku z art. 491 § 2 kodeksu cywilnego. Powodem odstąpienia przez zamawiającego od umowy było przerwanie robót przez wykonawcę w dniu 14.05.2013r. na wskutek doręczonego odstąpienia od umowy przez wykonawcę. Zamawiający z racji, że wykonawca odstąpił nie od części a od całości robót na podstawie art.58 § 1 k.c. uznał odstąpienie od umowy za nieważne. W zaistniałej sytuacji zamawiający wyznaczył termin wykonawcy do podjęcia przerwanych robót pod rygorem odstąpienia od umowy. W związku z tym, że wykonawca w wyznaczonym terminie przez zamawiającego nie podjął przerwanych robót uznał odstąpienie od części nie wykonanej umowy za uzasadnione i pismem z dnia 06.06.2013r. odstąpił od umowy. Zaistniałą sytuację zamawiający uznał za podstawę do wykluczenia odwołującego z kolejnego postępowania toczącego się przed zamawiającym.

Odwołujący uważając czynność prawną zamawiającego za nieuzasadnioną w świetle zaistniałych okoliczności faktycznych i prawnych wniósł odwołanie.

Izba uwzględniając odwołanie przede wszystkim wzięła pod uwagę, że odwołujący, a nie zamawiający, pierwszy odstąpił od umowy co uczynił pismem z dnia 15 maja 2013r. W piśmie tym odwołujący jako przyczynę odstąpienia od umowy podał liczne wezwania kierowane do zamawiającego w celu zabezpieczenia w aspekcie prawnym niezbędnego do wykonania umowy nieruchomości w szczególności działki nr 2/8 w Lublinie w celu prowadzenia na niej robót budowlanych. Na rozprawie odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z dokumentacją budowy na wspomnianej działce mają być zlokalizowane wyjścia z tunelu przejścia podziemnego pod ulicą zlokalizowaną w pobliżu dworca PKP Lublin.

Natomiast zamawiający i przystępujący jako argumentację za nieskutecznością odstąpienia od umowy przez odwołującego podał po pierwsze okoliczność, że wartość niewykonanych robót kształtuje się na poziomie 13 % całej wartości robót co stanowi wyższy udział w całości robót niż udział robót w działce 2/8 po drugie, że roboty nie są wykonane na innych działkach pomimo że, zamawiający udostępnił odwołującemu front robót na tych działkach oraz po trzecie błąd odwołującego w związku z odstąpieniem od całości robót a nie od części robót to jest robót niewykonanych.

Izba dokonując oceny skuteczności odstąpienia od umowy przez odwołującego wzięła pod uwagę następujące okoliczności w sprawie.

Bezspornym w sprawie, ponieważ przyznanym na rozprawie przez zamawiającego jest okoliczność, że działka nr 2/8 należąca do P.P. Poczta Polska S.A. nie była w dyspozycji odwołującego. Przekazanie działki nastąpiło dopiero po terminie odstąpienia od umowy przez odwołującego, jak i po odstąpieniu od umowy przez zamawiającego. Natomiast na rozprawie zamawiający podniósł kwestie, że odwołujący mógł wykonywać roboty na innych działkach, a nie koniecznie na spornej działce 2/8. Pełnomocnik odwołującego obecny na rozprawie powyższego twierdzenia nie przyznał, ani nie skomentował. Natomiast stwierdził, że zgodnie z umową o rozłożeniu robót to jest w czasie, terminie, miejscu decyduje wykonawca, a nie zamawiający. Ponadto podkreślił, że termin zakończenia robot zgodnie z zawartą umową upływał w dniu 31 grudnia 2012r. Odstąpienie od umowy nastąpiło w miesiącu maju 2013r. czyli prawie pół roku po upływie umownego terminu wykonania robót budowlanych.

W ocenie Izby należy uznać za uprawnione odstąpienie przez odwołującego od umowy po upływie terminu jej umownej realizacji tym bardziej, że bezdyskusyjnym obowiązkiem w świetle SIWZ w tym umowy oraz przepisów prawa budowlanego (pozwolenie na budowę) czy wreszcie kodeksu cywilnego na inwestorze czyli zamawiającym leży obowiązek udostępnienia terenu to jest nieruchomości pod zabudowę.

Nie zasługuje na uwzględnienie również argumentacja prawna podnoszona przez uczestnika co do nie wyczerpania przez odwołującego procedury przepisu art.491 ust.1 kodeksu cywilnego. Zgodnie z którym odstąpienie od umowy może nastąpić po uprzednim wezwaniu i wyznaczeniu dodatkowego terminu wykonania świadczenia. Zamawiający na rozprawie oświadczył, że odwołujący wyznaczał termin na usunięcie braku przekazania działki 2/8. Niemniej zamawiający nie zmienił swojego stanowiska co do oddalenia odwołania z powodu skutecznego odstąpienia przez zamawiającego od umowy w sytuacji w jego ocenie nieuprawnionego przerwania robót przez odwołującego i nie podjęcia ich kontynuacji na wezwanie zamawiającego.

Przy czym w ocenie Izby, na podstawie powyżej dokonanych ustaleń, odwołujący miał prawo do przerwania robót i odstąpienia od umowy, ponieważ powyższe uczynił prawie pół roku po upływie umownego terminu wykonania robót budowlanych, wskutek nie przekazania terenów pod zabudowę.

Po drugie to wykonawca decyduje o organizacji robót na budowie a nie zamawiający. Tym bardziej, że na zamawiającym ciążył umowny obowiązek przekazania terenu budowy (§ 5 ust.1 umowy z dnia 31.01.2011r. „zamawiający przekaże wykonawcy teren budowy(...) a nie decydowania o rozłożeniu robót w czasie i w miejscu. Żaden przepis umowy nie przewidywał przekazywania terenu budowy jako czynności rozłożonej w czasie i według uznania zamawiającego. Sformułowanie umowy wskazuje na jednorazowy charakter tej czynności.

Podsumowując zdaniem Izby odwołujący wykazał przesłanki do odstąpienia od umowy w związku z zaistnieniem okoliczności opisanych w art.491 ust.1 k.c. zgodnie z którym „Jeżeli jedna ze stron dopuszcza się zwłoki, w wykonaniu zobowiązania z umowy wzajemnej, druga strona może wyznaczyć jej dodatkowy odpowiedni termin do wykonania z zagrożeniem, iż w razie bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu będzie uprawniona do odstąpienia od umowy.” Należy również wziąć pod uwagę przy ocenie skuteczności odstąpienia od umowy przez odwołującego przywołaną podstawę prawną. Te podstawę stanowi powyżej zacytowany art. 491 ust.1 k.c. a nie art. 491 ust.2 k.c. W przywołanym ust.1 tego artykułu mowa jest od odstąpieniu od umowy w całości, a nie w części.

Przy czym zamawiający argumentację co do nie uznania za skuteczne odstąpienia zmieniał w czasie. I tak w myśl pisma z dnia 24.05.2013r. zamawiający nawiązując do przeprowadzonej inwentaryzacji robót stwierdza między innymi:(...)oświadczenie wykonawcy z dnia 15 maja 2013r. o odstąpieniu od przedmiotowej umowy w całości, zostało złożone z naruszeniem art.491 ust.1 ustawy k.c., powołanego w oświadczeniu jako podstawa prawna odstąpienia.” Powodem dla którego zamawiający nie uznaje odstąpienia jest okoliczność zawarcia w dniu 10.04.2013r. umowy z P.P. Poczta Polska S.A. dzięki której odwołujący uzyskał dostęp do działki w związku z przebudową wiaduktu (na rozprawie pełnomocnik odwołującego oświadczył, że na tej działce mają zostać wybudowane wyjścia z tunelu

prowadzonego pod jezdnią). Temu oświadczeniu odwołującego na rozprawie zamawiający nie zaprzeczył. W stanowisku tym (pismo zamawiającego z dnia 24.06.2013r.) zamawiający kwestionuje skuteczność odstąpienia od całości czyli na podstawie art.491 ust.1 ustawy. Jednocześnie w piśmie tym zamawiający wskazuje, że podstawę do odstąpienia może stanowić, co najwyżej art.491 ust.2 ustawy Pzp. Wówczas możliwe byłoby odstąpienie w części od umowy, jako umowy o roboty budowlane zawierającej element podzielności zamówienia. Jednak w zaistniałej sytuacji w związku z przejęciem działki 2/8 przez odwołującego odstąpienie częściowe jest również niemożliwe. Zamawiający w tym piśmie przywołuje okoliczność informowania odwołującego o trwającej akcji przejmowania działki 2/8 i konieczności zaplanowania prac na innych działkach.

W ocenie Izby wobec podpisanej umowy z dnia 31.03.2011r. i brzmienia § 5 tejże umowy, z którego wynika jednorazowe przekazanie terenu budowy, sugestie zamawiającego o planowaniu robót na innych działkach wobec trudności z uzyskaniem działki 2/8, nie są wiążące wobec odwołującego i nie mają wpływu na ocenę czy odwołujący zasadnie odstąpił od umowy w związku z nie przekazaniem terenu pod budowę. Tym samym stwierdzenie zamawiającego w piśmie z dnia 24.05.2013r., o nieważności odstąpienia od umowy z mocy art.58 § 1 k.c. Izba uznaje za nieuprawnione. W myśl art. 58 § 1 k.c. „Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, że na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnych wchodzi odpowiednie przepisy ustawy”.

W ocenie Izby w toku postępowania odwoławczego zamawiający nie wykazał, że czynność odstąpienia od umowy przez odwołującego z dnia 15.05.2013r. jest czynnością sprzeczną z ustawą to jest z kodeksem cywilnym.

Rozpatrywanie ewentualnej nieważności czynności prawnej odstąpienia od umowy należy rozpatrywać również w kontekście brzmienia art.491 § 2 k.c., przywoływanego zresztą przez zamawiającego jako stanowiącego ewentualną podstawę odstąpienia od umowy, gdyby faktycznie odstępujący nie dysponował działką nr 2/8 a co w ocenie zamawiającego nie miało miejsca. W tymże paragrafie art.491 k.c. mowa jest o podzielności świadczenia. Co do zasady do robót budowlanych, które są częściowo odbierane można uznać, że są podzielne. Wówczas wykonawca ma prawo odstąpić od konkretnej części bądź od pozostałych niewykonanych części. Należy jednak mieć na uwadze, że nawet przy zamówieniach podzielnych strona odstępująca od umowy ma prawo odstąpić od umowy w całości, „jeżeli wykonanie częściowe nie miałoby dla niej znaczenia ze względu na właściwości zobowiązania albo ze względu na zamierzony przez nią cel umowy, wiadomy stronie będącej w zwłoce.” W przedmiotowej sprawie w ocenie Izby można uznać, że ze względu na zamierzony cel umowy, wiadomy zamawiającemu odstąpienie w części nie ma znaczenia, ponieważ tylko wykonanie umowy w całości daje odwołującemu bezsprzeczne prawo

wykorzystania wykonanej roboty jako doświadczenia zawodowego w kolejnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Tym bardziej, że zamówienie jest realizowane w systemie zaprojektuj i wybuduj, dotyczy zamówienia o określonej wartości umownej i jako całość stanowi potwierdzenie na uzyskanie doświadczenia zawodowego w konkretnym zamówieniu. W przypadku gdyby odwołujący odstąpił w części od umowy to z nie mógłby wykorzystać tego doświadczenia do innych postępowań jako dowód na posiadanie określonego doświadczenia zawodowego. Dlatego uzasadnionym dla odwołującego jest rezygnacja z całości zamówienia a nie z jego części. W ocenie Izby powyższe okoliczności, które predysponują decyzję odwołującego do odstąpienia od całości, a nie części znane są z praktyki również zamawiającemu. Ponadto zamykając tego rodzaju rozważania czy odwołujący miał prawo odstąpić od całości zamówienia, czy od części Izba stwierdza, że zamówienie na roboty budowlane nie jest klasycznym świadczeniem podzielny o jakim mowa w art.491§ 2 k.c. Podzielność robót budowlanych można wywieść z art. 642 § 2 k.c. który stanowi, że „Jeżeli dzieło ma być oddawane częściami, a wynagrodzenie zostało obliczone za każdą część z osobna, wynagrodzenie należy się z chwilą spełnienia każdego ze świadczeń częściowych”. Przy czym ani zamawiający, ani przystępujący w przedmiotowym postępowaniu nie wnioskowali o przeprowadzenie dowodu z umowy z dnia 31.03.2011r. na okoliczność czy zamówienie objęte tą umową jest podzielne czy też nie jest podzielne.

W związku z powyższym twierdzenia zamawiającego i uczestnika o podzielności roboty budowlanej z umowy z 31.03.2011r. na części Izba uznaje za niewykazane w toku postępowania odwoławczego.

Ostatnią kwestią, którą Izba poddała ocenie jest okoliczność czy zawarcie umowy dzierżawy odwołującego z Poczta Polska Spółka Akcyjna pozbawia odwołującego prawa do odstąpienia od umowy z powodu nie przekazania terenu działki 2/8 pod zabudowę. Przeprowadzony na rozprawie dowód z umowy dzierżawy z dnia 10.04.2013r. wraz z wyjaśnieniami pełnomocnika odwołującego wskazuje na charakter tej umowy ograniczający się do akceptacji prawa odwołującego do przebywania na tej działce, ale bez prawa prowadzenia na niej robót budowlanych w pełnym tego słowa znaczeniu takich jak Budowa wyjść z tunelu podziemnego pod ulicą zlokalizowaną przy wiadukcie kolejowym również przebudowywanym w ramach przedmiotowego zamówienia (§ 3 wskazuje, że „dzierżawca będzie wykorzystywał dzierżawiony grunt na prowadzenie robót budowlanych związanych z przebudową wiaduktu kolejowego przy ul. Kunickiego m.in. na rozebraniu nasypu, izolacji i renowacji przyczółków wiaduktu”. Ponadto umowa zawarta w dniu 10.04.2013r. obowiązuje od dnia 1 stycznia 2013r. do dnia 30 czerwca 2013r. Czas obowiązywania umowy potwierdza wyjaśnienia pełnomocnika odwołującego złożone w toku rozprawy, z których wynika, że umowa ta miała raczej potwierdzić prawo przebywania wykonawcy na tej działce

w związku z prowadzonymi robotami budowlanymi niż prawo prowadzenia na nich robót budowlanych. Jednocześnie charakter tej umowy potwierdza zapis § 4 Umowy w myśl którego "Dzierżawca nie może bez zgody Wyzierżawiającego, wznosić na wdzierżawionym gruncie budynków i budowli o charakterze stałym, a takim są wyjścia z tunelu, którego budowa na tej działce nie została zakwestionowana na rozprawie ani przez zamawiającego, ani przez uczestnika.

Tak więc Izba dokonując analizy zapisów umowy dzierżawy nie stwierdza, że zastępuje ona przekazanie terenu budowy, o którym mowa w § 5 ust.1 umowy z dnia 31.01.2011r. o przekazaniu terenu budowy.

W ocenie Izby, jak powyżej już przedstawiono, o skuteczności odstąpienia od umowy z powodu nie przekazania terenu budowy pod inwestycję nie decyduje ani wartość niemożliwych do wykonania części robót, ani odstąpienie od umowy w całości zamiast w części.

W świetle zgromadzonego materiału w sprawie Izba nie stwierdza nieważności czynności odstąpienia od umowy przez odwołującego w dniu 15 maja 2013r.

Izba nie uznaje za skuteczne odstąpienie zamawiającego od umowy w dniu 06.06.2013r., wobec wcześniejszego odstąpienia przez odwołującego, a w szczególności nie stwierdza podstaw do uznania, że odstąpienie od umowy zamawiającego nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy(odwołującego).

Tym samym nie spełniona została przesłanka z art. 24 ust.1 pkt 1 a) ustawy gdzie koniecznym jest aby zamawiający odstąpił od umowy z powodu okoliczności za które wykonawca ponosi odpowiedzialność.

W związku z powyższym Izba na podstawie art.192 ust.2 ustawy Pzp uwzględniła odwołanie, ponieważ naruszenie wskazanego w odwołaniu przepisu art.24 ust.1 pkt 1a) ustawy miało wpływ na wynik postępowania to jest wykluczenie z postępowania wykonawcy, którego oferta jest najkorzystniejsza przy obowiązującym kryterium oceny ofert (cena).

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust. 9 i 10 i § 5 ust.2 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. Nr 41 poz. 238) zaliczając w koszty postępowania odwoławczego kwotę 20.000,00 zł. uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 20.000,00 złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Przewodniczący: .....

.....

.....