

Sygn. akt: KIO 1980/14

Sygn. akt: KIO 1995/14

## WYROK

z dnia 16 października 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Emil Kuriata  
Piotr Kozłowski  
Sylwester Kuchnio

**Protokolant:** Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 października 2014 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 26 września 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **PROMOST CONSULTING Sp. z o.o., PROMOST CONSULTING T. S. Sp. J., ul. Bohaterów 10 Sudeckiej Dywizji Piechoty 4, 35-307 Rzeszów,**
- B. w dniu 26 września 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Inko Consulting Sp. z o.o., Euroconsult S.A., MP-Mosty Sp. z o.o., ul. Dworcowa 18/6, 43-200 Pszczyna,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa,**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Getinsa Ingenieria S.L., Ramon de Aguinaga 8, 28028 Madrid** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1980/14 i KIO 1995/14 po stronie zamawiającego,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **PROMOST CONSULTING Sp. z o.o., PROMOST CONSULTING T. S. Sp. J., ul. Bohaterów 10 Sudeckiej Dywizji Piechoty 4, 35-307 Rzeszów** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1995/14 po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. **Oddala odwołanie o sygn. akt KIO 1980/14.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **PROMOST CONSULTING Sp. z o.o., PROMOST CONSULTING T. S. Sp. J., ul. Bohaterów 10 Sudeckiej Dywizji Piechoty 4, 35-307 Rzeszów** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **PROMOST CONSULTING Sp. z o.o., PROMOST CONSULTING T. S. Sp. J., ul. Bohaterów 10 Sudeckiej Dywizji Piechoty 4, 35-307 Rzeszów** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **PROMOST CONSULTING Sp. z o.o., PROMOST CONSULTING T. S. Sp. J., ul. Bohaterów 10 Sudeckiej Dywizji Piechoty 4, 35-307 Rzeszów** na rzecz **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.
3. **Uwzględnia odwołanie o sygn. akt KIO 1995/14 i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy - Prawo zamówień publicznych, dokonanie ponownego badania i oceny ofert.**
4. Kosztami postępowania obciąża **Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa** i:
  - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Inko Consulting Sp. z o.o., Euroconsult S.A., MP-Mosty Sp. z o.o., ul. Dworcowa 18/6, 43-200 Pszczyna** tytułem wpisu od odwołania,
  - 4.2. zasądza od **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Inko Consulting Sp. z o.o., Euroconsult S.A., MP-Mosty Sp. z o.o., ul. Dworcowa 18/6, 43-200 Pszczyna** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania

odwoławczego poniesione z tytułu 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 2013 r. poz. 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 **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

sygn. akt KIO 1980/14  
sygn. akt KIO 1995/14

### Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa - prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, ul. Legionów 20, 35-359 Rzeszów, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„Pełnienie nadzoru nad realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn: „Kontynuacja budowy autostrady A4 na odcinku Rzeszów (węzeł Wschodni) — Jarosław (węzeł Wierzbna) od km 581+263,44 do km 622+463,44 wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną, budowlami i urządzeniami budowlanymi”* na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 maja 2014 roku, pod numerem: 2014/S 087-152724.

Zamawiający, dnia 17 września 2014 roku, przekazał wykonawcom informację o wynikach prowadzonego postępowania.

#### KIO 1980/14

Dnia 26 września 2014 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: PROMOST CONSULTING Spółka z o.o. (Lider Konsorcjum), ul. Bohaterów 10 Sudeckiej Dywizji Piechoty 4, 35-307 Rzeszów, PROMOST CONSULTING T. S. Spółka Jawna (Partner), ul. Bohaterów 10 Sudeckiej Dywizji Piechoty 4, 35-307 Rzeszów (dalej „odwołujący” lub „konsorcjum Promost”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez odrzucenie oferty odwołującego na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp mimo, że odwołujący złożył wyjaśnienia w sprawie zaoferowanej ceny oferty, jak również przedłożył dowody potwierdzające zaproponowanie realnej rzetelnej ceny w ofercie, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty nie najkorzystniejszej, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez naruszenie w toku postępowania zasad uczciwej konkurencji w związku z naruszeniem wyżej wskazanych przepisów ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i nakazanie zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej w postępowaniu, zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania.

Interes w uzyskaniu zamówienia.

Odwołujący wskazał, że na skutek czynności zamawiającego interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, albowiem gdyby zamawiający bezpodstawnie nie odrzucił oferty odwołującego, oferta ta zostałaby wybrana, jako najkorzystniejsza (oferta wykonawcy, który zaoferował niższą od odwołującego cenę została odrzucona). W ocenie odwołującego, poniósł on szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia mimo, że oferta odwołującego jest najkorzystniejsza ze względu na przyjęte kryterium oceny ofert, jej treść w pełni odpowiada treści s.i.w.z., a odwołujący wyjaśnił wszelkie wątpliwości zamawiającego dotyczące warunków udziału w postępowaniu, treści i ceny oferty.

Odwołujący wskazał, że zamawiający poinformował go, iż odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, z powodu nie złożenia w terminie, tj. do 7 sierpnia 2014 r. wyjaśnień w sprawie zaoferowanej ceny oferty. Zdaniem odwołującego, odrzucenie oferty z tego powodu jest bezpodstawne tak pod względem faktycznym, jak i prawnym. Po pierwsze odwołujący złożył wymagane w trybie art. 90 ust. 1 Pzp wyjaśnienia wraz z dowodami w wyznaczonym terminie, a nawet gdyby nie dotarły w dniu 7 sierpnia 2014 r. do zamawiającego, to wyjaśnienia te zostały złożone ponownie (również pisemnie) przed terminem wyboru oferty. Odwołujący podniósł, że w przedmiotowym postępowaniu na żądanie zamawiającego, odwołujący składał zarówno przed 7 sierpnia 2014 r. jak i po tym terminie różne wyjaśnienia, w tym dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa, ceny oferty, jak i spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 31 lipca 2014 r. odwołujący przygotował wyjaśnienia i dokumenty potwierdzające, że zaoferowana w ofercie cena jest wiarygodna, realna oraz uzasadniona warunkami realizacji przyszłego kontraktu. Odwołujący podał, iż wyjaśnienia te przekazano mailem w dniu 6 sierpnia 2014 r. i wysłano listem zwykłym w dniu 7 sierpnia 2014 r. Odwołujący przyznał, że nie żądał potwierdzenia otrzymania przez zamawiającego wyjaśnień dot. ceny oferty. W dniu 11 sierpnia 2014 r. odwołujący wysłał kolejne wyjaśnienia do zamawiającego dotyczące kadry i grupy kapitałowej, a w dniu 14 sierpnia 2014 r. złożył oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą oraz złożył aneks do dokumentu wadium. Kilka dni później odwołujący dowiedział się od zamawiającego, że wyjaśnienia dotyczące ceny oferty „nie zostały złożone”. Odwołujący, pismem z dnia 20 sierpnia 2014 r. poinformował zamawiającego, że takie wyjaśnienia wraz z dowodami wysłano w dniu 6 sierpnia 2014 r. i natychmiast dostarczone osobiście do siedziby zamawiającego kopię tego pisma. Pomimo otrzymania wyjaśnień dotyczących ceny (20.08.2014 r.) - i to na okres prawie miesiąca przed dniem wyboru najkorzystniejszej oferty (17.09.2014 r.) - zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że podstawą

odrzućenia oferty nie była ocena, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę, lecz zarzut, że wyjaśnienia nie zostały złożone w terminie wyznaczonym przez zamawiającego. Pomijając ewentualną polemikę czy wyjaśnienia dotyczące ceny zostały złożone w dniu 6 sierpnia 2014 r. i jakie uchybienia popełniono przy ich wysyłaniu, odwołujący wskazał, że bezsporne jest, iż w dniu 20 sierpnia 2014 r. zamawiający był w posiadaniu tych wyjaśnień wraz z dowodami i mógł je ocenić w rozumieniu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Zdaniem odwołującego, przepis art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, wprowadza sankcję w postaci odrzućenia oferty, jeżeli wykonawca nie złożył wyjaśnień dotyczących ceny oferty. Chodzi tu o fizyczny, faktyczny brak wyjaśnień. W treści tego przepisu nie ma przesłanki odrzućenia oferty "z powodu nie złożenia wyjaśnień w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego". Gdyby ustawodawca miał na względzie taką przesłankę, to zostałaby ona wyraźnie wyartykułowana w treści przepisu (zasada racjonalności ustawodawcy), jak to ma miejsce np. w art. 24 ust. 2 pkt. 4 w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt. 7 Pzp. Tym samym nie istnieje podstawa w treści art. 90 ust. 3 Pzp i odpowiednio art. 89 ust. 1 Pzp do odrzućenia oferty wykonawcy, który złożył wyjaśnienia dotyczące ceny oferty po terminie wyznaczonym przez zamawiającego.

Termin ten, w ocenie odwołującego, ma charakter instrukcyjny, niewątpliwie pełni funkcję dyscyplinującą wykonawców, ale jego uchybienie nie jest zagrożone żadną sankcją w ustawie Pzp. Rygorystyczne zapisy ustawy Pzp nie powinny być interpretowane rozszerzająco i zbyt formalistycznie, gdyż traci się z pola widzenia cel prowadzonego postępowania, jakim jest wybór najkorzystniejszej oferty. Stosownie do art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający obowiązany jest odrzucić ofertę, gdy wykonawca nie złożył wyjaśnień albo jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Analizując powyższe, odwołujący stwierdził, iż zamawiający będzie zobligowany odrzucić ofertę po spełnieniu jednej z następujących przesłanek:

- a) wykonawca nie złożył w ogóle wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny,
- b) wykonawca złożył wyjaśnienia, ale ich ocena potwierdza, iż oferta zawiera rażąco niską cenę,
- c) wykonawca złożył wyjaśnienia i dowody, ale ich kompleksowa ocena potwierdza, iż oferta zawiera rażąco niską cenę.

W ramach pierwszej przesłanki dodatkowo należy rozważyć dwie sytuacje:

- a) wykonawca składa niepełne lub ogólnikowe wyjaśnienia,
- b) wykonawca składa wyjaśnienia, jednak czyni to w wymaganej przez zamawiającego formie dopiero po wyznaczonym terminie, lecz przed odrzućeniem jego oferty. Innymi słowy, zamawiający przed odrzućeniem oferty posiada wiedzę wskazującą, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, ale wyjaśnienia będącej źródłem tej wiedzy zostały

przedłożone w wymaganej formie dopiero po upływie terminu wyznaczonego przez zamawiającego.

Zamawiający, w ocenie odwołującego, nie jest zobligowany do poszukiwania dowodów świadczących o tym, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Zakres materiału dowodowego wyznaczają wyjaśnienia wykonawcy i ewentualnie złożone przez niego dowody. Obowiązkiem zamawiającego jest natomiast dokonać wnikliwej, merytorycznej i kompleksowej oceny wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami w granicach ich celu. Z ust. 3 wynika wyraźnie, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli dokonana ocena potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający, odrzucając ofertę, powinien zatem dokonać negacji twierdzeń wykonawcy, wykazując, iż wymienione przez wykonawcę czynniki cenotwórcze obiektywnie nie wpływają na poziom ceny oferty lub nie mogą obiektywnie redukować go w stopniu przyjętym w kalkulacji. *Prima facie* złożenie wyjaśnień po terminie powinno skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 90 ust. 3 zd. 1 ustawy Pzp. Należy jednak zastanowić się, czy przedmiotowa podstawa nie jest ograniczona jedynie do sytuacji, gdy brak wyjaśnień nie pozwala zamawiającemu usunąć wątpliwości, co do ewentualnego istnienia rażąco niskiej ceny. Innymi słowy, czy art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 zd. 2 ustawy Pzp, nie wyklucza odrzucenia oferty, gdy podejrzenie istnienia rażąco niskiej ceny jest bezzasadne w świetle złożonych po terminie wyjaśnień lub dokumentów?

Zdaniem odwołującego, zamawiający nie jest zobligowany do odrzucenia oferty, jeżeli przed jej odrzuceniem uzyska wiedzę wskazującą, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, pomimo że wyjaśnienia będące źródłem tej wiedzy zostały przedłożone w wymaganej formie dopiero po upływie terminu wyznaczonego przez zamawiającego. Przemawiają za tym następujące argumenty. Zasadniczą podstawę odrzucenia oferty stanowi art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, który opiera się na założeniu, że oferta zawiera rażąco niską cenę, a więc dochodzi tu do potwierdzenia tego stanu rzeczy na podstawie ustaleń faktycznych poczynionych na bazie materiału dowodowego zebranego w postępowaniu o zamówienia publiczne. Jeżeli zatem zamawiający posiada wiedzę, iż oferta jest cenowo wiarygodna, to nie jest w stanie wypełnić obowiązku uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W takiej sytuacji aktualizuje się również publicznoprawny obowiązek zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty. Przeciwno dopuszczalności odrzucenia oferty tylko ze względu na złożenie wyjaśnień po terminie przemawiają również argumenty systemowe. Dokonując analizy przepisów ustawy sankcjonujących milczenie wykonawcy, stwierdzić należy, iż ustawodawca wyraźnie wprowadza określone sankcje na wypadek braku reakcji wykonawcy w określonym terminie. Można przykładowo wskazać na art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, z którego poprzez odesłanie do art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wynika, że wykonawca podlega wykluczeniu, jeżeli nie uzupełnił

oświadczeń lub dokumentów w terminie określonym przez zamawiającego. W art. 90 ust. 3 zd. 1 ustawy Pzp, ustawodawca nie wiąże natomiast kwestii braku wyjaśnień z terminem określonym przez zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Wynika stąd, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wyjaśnienia w ogóle nie zostały złożone przez wykonawcę.

Zamawiający, pismem z dnia 8 października 2014 roku (data wpływu do KIO – 10.10.2014 r.), złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający wskazał, iż w określonym terminie tj. do dnia 07.08.2014 r. nie otrzymał od odwołującego wyjaśnień w przedmiocie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, do których złożenia był zobowiązany na podstawie art. 90 ust. 1 PZP, w żadnej ze wskazanych przez odwołującego w odwołaniu form. Zamawiający nie miał możliwości zapoznania się z treścią wyjaśnień odwołującego w określonym terminie. Po otrzymaniu od odwołującego informacji jakoby wyjaśnienia w przedmiocie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zostały przekazane zamawiającemu w formie elektronicznej dnia 7.08.2014 r. oraz zostały wysłane pocztą na adres prowadzącego postępowanie, zamawiający wskazał, że dołożył wszelkich starań w ustaleniu, czy wyjaśnienia zostały do zamawiającego doręczone. Zamawiający podkreślił, jak wynika to z rejestru korespondencji przychodzącej, że pismo odwołującego wskazane w odwołaniu nie zostało do zamawiającego doręczone. Zamawiający zlecił również pracownikowi Wydziału Administracji, Informatyki i Zaplecza Technicznego szczegółowe zbadanie, czy wskazana przez odwołującego wiadomość z dnia 7.08.2014 r. dotarła drogą elektroniczną, czy też znajduje się na serwerze pocztowym zamawiającego, co również dało wynik negatywny.

Zamawiający podniósł, że nawet jeśli przyjąć, że odwołujący nadał pismo zawierające wyjaśnienia w przedmiocie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w placówce pocztowej dnia 7.08.2014 r., to uznać należy za wyrokiem KIO z dnia 3 kwietnia 2013 r., KIO 664/13, że samo nadanie pisma w dniu upływu terminu do złożenia wyjaśnień (pismo nie doręczone do Zamawiającego) nie sanuje negatywnych skutków prawnych, które art. 90 ust. 3 p.z.p. wiąże z brakiem złożenia wyjaśnień w przedmiocie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. P.z.p. z faktem nadania pisma w placówce pocztowej operatora publicznego nie wiąże żadnych skutków, gdyż nie zawiera w tym przedmiocie żadnych szczegółowych uregulowań. Zgodnie z art. 14 ustawy P.z.p. do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się ustawy Kodeks cywilny - jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zgodnie z art. 61 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r, Kodeks cywilny oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią. Tym samym powyższe ustalenia



wskazują, iż odwołujący nie przekazał w terminie pisma zawierającego wyjaśnienia w przedmiocie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia w przedmiocie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zostały doręczone zamawiającemu dopiero pismem nr MF/01/DW/039/14 z dnia 20.08.2014 r. wraz, z którym wykonawca złożył oryginał odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 31.07.2014 r. (pismo nr MF/01/GG/033/14 z dnia 06.08.2014 r.).

Zamawiający nie podzielił stanowiska odwołującego, iż wyznaczony przez zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy p.z.p. termin na złożenie wyjaśnień ma charakter terminu instrukcyjnego, dyscyplinującego wykonawców, nieobarczonego żadną sankcją. Zamawiający podzielił dominujący pogląd linii orzeczniczej, iż termin określony w art. 90 ust. 1 ustawy p.z.p. wiąże wykonawców, zaś jego niezachowanie zagrożone jest sankcją odrzucenia oferty wynikającą z art. 90 ust. 3 ustawy p.z.p. Taką też sankcję niezachowania terminu na złożenie wyjaśnień przytoczył w treści wezwania zamawiający. Przyjęcie poglądu reprezentowanego w odwołaniu oznaczałoby konieczność akceptowania praktyki nieuzasadnionego, dowolnego przedłużania przez niektórych wykonawców terminu na składanie wyjaśnień niedającej się pogodzić z zasadą równości wykonawców określoną w art. 7 ust. 1 ustawy p.z.p. Sankcjonowałoby to również wprowadzenie stanu niepewności wynikającego z tego, że aż do momentu przesłania wykonawcy, który nie złożył w terminie żądanych wyjaśnień informacji o odrzuceniu jego oferty zamawiający nie byłby pewien, czy może odrzucić ofertę wykonawcy, albowiem *de facto* do momentu przesłania decyzji przez zamawiającego o odrzuceniu oferty wykonawca mógłby jeszcze złożyć wyjaśnienia. Ponadto przyjęcie tego poglądu byłoby nie do pogodzenia z wykształconą w orzecznictwie zasadą odrzucania ofert wykonawców, którzy złożyli enigmatyczne wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 3 p.z.p. W tej sytuacji umożliwienie jednemu z wykonawców dokonywania tej czynności po upływie wyznaczonego terminu, zaś odrzucanie ofert wykonawców, którzy złożyli w terminie zdawkowe wyjaśnienia z pewnością naruszyłoby zasadę równego traktowania wykonawców.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego – zgłosił przystąpienie wykonawca Getinsa Ingenieria S.L., Ramon de Aguinaga 8, 28028 Madrid.

Przystępujący podniósł, iż nie jest uprawniona prezentowana przez odwołującego interpretacja art. 90 ust. 3 Pzp, z której wynikałoby, iż w przypadku złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty po terminie, oferta wykonawcy nie podlega odrzuceniu. Odwołujący nieprawidłowo przyjmuje, że zasadniczą podstawą odrzucenia jego oferty był art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Podstawą, na którą powołuje się zamawiający i która znajduje zastosowanie w niniejszej sprawie jest art. 90 ust. 3 Pzp obligujący zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień, niezależnie od rozstrzygnięcia czy dana oferta zawiera cenę rażąco niską. Bez wątplenia, art. 90 ust. 3 Pzp należy odczytywać łącznie

z pozostałymi regulacjami instytucji wyjaśnień ceny, w szczególności art. 90 ust. 1 Pzp, który nakłada obowiązek określenia wykonawcy terminu na złożenie wyjaśnień. Odczytywane łącznie, oba ustępy art. 90 Pzp nie pozostawiają wątpliwości, iż uchybienie terminowi wyznaczonemu przez zamawiającego (o ile jest on realny, co nie jest w niniejszej sprawie kwestią sporną) pociąga za sobą konsekwencje w postaci odrzucenia oferty na podstawie pierwszej z przestanek z art. 90 ust. 3 Pzp. Stanowisko prezentowane w odwołaniu jest niedopuszczalne również ze względu na obowiązującą w systemie zamówień publicznych zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Dopuszczenie do uznania skuteczności złożenia wyjaśnień, nawet w przypadku, gdy zostały złożone z uchybieniem terminu wyznaczonego przez zamawiającego, z jednej strony stawia pod znakiem zapytania sens wyznaczania wykonawcom jakiegokolwiek terminu, z drugiej zaś, prowadzi do nierówności w traktowaniu tych wykonawców, którzy stosując się do poleceń zamawiającego, przygotowują wyjaśnienia dysponując ograniczonym, wyznaczonym odgórnie czasem. Przepis art. 90 ust. 3 Pzp stanowi samodzielną przesłankę odrzucenia oferty, aktualizującą się nie tylko w przypadku nie złożenia wyjaśnień ceny w ogóle, ale również gdy zostały co prawda doręczone zamawiającemu, ale po upływie wyznaczonego terminu. Stanowisko takie znajduje potwierdzenie w orzecznictwie i doktrynie, np.: *„Artykuł 90 ust. 3 przewiduje obligatoryjne odrzucenie oferty w dwóch przypadkach. Pierwszym z nich jest niezłożenie wyjaśnień przez wezwanego wykonawcę. Sytuacja taka tylko z pozoru jest klarowna. Ma to miejsce wtedy, gdy wykonawca w ogóle nie udzielił odpowiedzi na żądanie zamawiającego. Komplikuje się wtedy, gdy wyjaśnienia wpłynęły, ale po upływie wyznaczonego terminu. Szczególnie zaś wtedy, gdy zamawiający ma wyjaśnienia, złożone wprawdzie po upływie terminu, ale jeszcze przed dokonaniem oceny ofert i złożonych wyjaśnień. Chociaż trudno termin na złożenie wyjaśnień traktować jako zawity, niemniej zasada równego traktowania i uczciwej konkurencji przemawia raczej za niemożnością wydłużenia lub przywrócenia tego terminu. Zatem wyjaśnienia złożone po terminie nie powinny być brane pod uwagę. Sytuację taką należy traktować jako niezłożenie wyjaśnień, i to nawet wtedy, gdy wykonawca wraz z wyjaśnieniami prześle informacje o przyczynach opóźnienia. Za takim poglądem opowiada się też S. Babiarz (Komentarz, s. 429). Można wprawdzie twierdzić, iż jest to stanowisko zbyt rygorystyczne, szczególnie gdy zamawiający otrzyma przekonujące wyjaśnienia oraz usprawiedliwienie uchybienia terminowi. Jednak formalizm postępowania charakterystyczny dla zamówień publicznych wymaga, aby wszystkich obowiązywały te same zasady, bez żadnych wyjątków. Tylko tak bowiem można zapewnić równe traktowanie wykonawców i przejrzystość w postępowaniu.”* (Komentarz do ustawy PZP, J. Pieróg, 2013 wyd. 1, Legalis),

Przystępujący podał, że odwołujący wskazuje na istnienie odmiennej linii orzeczniczej w tym zakresie, jednakże ani w odwołaniu, ani w cytowanym przez odwołującego artykule

nie zostały przytoczone sygnatury wskazanych orzeczeń ani też nie jest możliwe ustalenie stanu faktycznego, na gruncie którego zostały one wydane.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są niezasadne.

Izba podziela stanowisko prezentowane przez zamawiającego, jak i przystępującego i wskazuje na następujące okoliczności.

Zamawiający pismem z dnia 31.07.2014 r., działając w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, zwrócił się do odwołującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, w celu ustalenia czy oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w terminie do dnia 7.08.2014 r.

Do upływu określonego terminu tj. do dnia 7.08.2014 r. odwołujący nie udzielił ww. wyjaśnień (zamawiający nie otrzymał żądanych wyjaśnień).

W dniu 20.08.2014 r. do zamawiającego wpłynęło pismo odwołującego z dnia 20.08.2014 r. wraz, z którym odwołujący złożył oryginał odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 31.07.2014 r. (pismo nr MF/01/GG/033/14 z dnia 6.08.2014 r.) wskazując, że odpowiedź ta została przesłana do zamawiającego w dniu 7.08.2014 r., drogą elektroniczną na adres e-mail: sekretariat\_rzeszow@gddkia.gov.pl oraz pocztą na adres Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, ul. Legionów 20, 35-359 Rzeszów.

Pismo odwołującego nr MF/01/GG/033/14 z dnia 6.08.2014 r. wpłynęło (zostało doręczone osobiście) do siedziby Zamawiającego w dniu 20.08.2014 r., jako załącznik do pisma nr MF/01/DW/039/14 z dnia 20.08.2014 r.

Zamawiający wskazał, że odwołujący nie złożył wyjaśnień w zakresie czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w określonym w wezwaniu terminie, w związku z czym oferta odwołującego została odrzucona zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Oceniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, Izba stwierdziła, że odwołujący niezasadnie postawił zamawiającemu zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Wskazać bowiem należy, że przepis art. 90 ust. 3 ustawy Pzp stanowi (nakłada obowiązek na zamawiającego), iż zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wskazany przepis rozróżnia zatem dwie okoliczności skutkujące odrzuceniem oferty. Pierwsza określa przypadek nie złożenia wyjaśnień w ogóle. Druga, gdy dokonana przez zamawiającego ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami, doprowadziła do wniosku, że oferta zawiera rażąco niską cenę.

W przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z sytuacją pierwszą, tj. nie złożenie wyjaśnień przez wykonawcę, choć okoliczność powyższa stanowi oś sporu pomiędzy stronami. Z uwagi na brzmienie przepisu art. 190 ust. 1 ustawy Pzp oraz pomocniczo, w zw. z art. 14 ustawy Pzp - art. 6 kodeksu cywilnego, to na wykonawcy, jako stronie wywodzącej określony skutek prawny spoczywa obowiązek przedstawienia dowodów, na okoliczności wywodzone ze stawianego zarzutu.

Odwołujący, powołał dwa dowody, na okoliczność przesłania zamawiającemu w dniu 7 sierpnia 2014 roku, wyjaśnień dotyczących ceny oferty. Pierwszy z dowodów, to wydruk z poczty e-mail. Izba stwierdziła, że dowód powyższy nie jest wiarygodny, ze względu na fakt, iż stanowi on kompilację dwóch wiadomości e-mail, skumulowanych na jednej stronie wydruku A4, z których pierwsza nosi datę 19 sierpnia 2014 roku, czyli po terminie na złożenie wyjaśnień. Druga z wiadomości nosi datę 7 sierpnia 2014 roku. Jednakże wskazać należy, że wiadomość z dnia 7 sierpnia 2014 roku nie potwierdza wysłania informacji do zamawiającego, a ponadto, poza treścią ogólną, kierowaną standardowo do odbiorcy wiadomości, nie potwierdza (nie znajduje się w tym wydruku) załączenia pisma z wyjaśnieniami, o którym mowa w treści wiadomości. Powyższe oznacza, że nawet jeżeli przyjmując, iż odwołujący przesłał e-maila do zamawiającego w dniu 7 sierpnia 2014 r., jednakże zaznaczyć należy, że informacja taka nie wynika z przedłożonego dowodu, to wydruk ten nie potwierdza załączenia do tej wiadomości wyjaśnień w sprawie ceny oferty – brak załączników.

Odnosząc się do drugiego z powołanych przez odwołującego dowodów – kopia książki wysyłki z korespondencji, to stwierdzić należało, że dokument ten stanowi jedynie wewnętrzną dokumentację odwołującego (dokument prywatny), ponadto przeniesiony z pozycji 831 do pozycji 816 wpis, został wprowadzony w pole już wcześniej zakreślone. Dlatego też powyższe budzi wątpliwości, co do prawdziwości poczynionych wpisów. Ponadto, nawet jeżeli uznać (co niezgodne jest z poczynionymi ustaleniami faktycznymi), że w dniu 7 sierpnia 2014 roku odwołujący wysłał, drogą pocztową wyjaśnienia, to nie jest możliwe aby w tej samej dacie zamawiający otrzymał powyższą przesyłkę pocztową. Nadto zwrócić należy uwagę na fakt, że zamawiający oświadczył, iż nie otrzymał przesyłki pocztowej, ani też e-maila we wskazywanych datach, a odwołujący na rozprawie potwierdził, że nie posiada „twardego” dowodu, że wyjaśnienia dotyczące ceny zostały zamawiającemu doręczone, w wymaganym przez zamawiającego terminie.

Ponadto Izba stwierdziła, że sankcję z przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, dotyczącą odrzucenia oferty z powodu nie złożenia wyjaśnień w wyznaczonym przez zamawiającego terminie należy ściśle powiązać z wymogiem obligatoryjnego złożenia żądanych wyjaśnień w terminie wyznaczonym przez zamawiającego, wynikającym z przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Jak słusznie bowiem wskazał w wyroku z dnia 21 maja 2008 r., sygn. akt X Ga 127/08, Sąd Okręgowy w Poznaniu, iż *„W ocenie Sądu Okręgowego złożenie przez skarżącego dodatkowych wyjaśnień i przedstawienie nowych argumentów (w celu prawidłowości wyliczenia wskazanej w ofercie ceny) dopiero na rozprawie przed KIO było spóźnione i nie mogło być wzięte pod uwagę ani przez Izbę, ani tym bardziej przez Sąd Okręgowy. Definicja "określonego terminu" na złożenie wyjaśnień Zamawiającemu (art. 90 ust. 1 ustawy p.z.p.) oznacza, że informacje i dowody przedstawione przez wykonawcę muszą być znane Zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania przetargowego (celem umożliwienia mu podjęcia decyzji, co do ewentualnego przyjęcia oferty lub jej odrzucenia) (...)”*. Podobny pogląd wyrażony został w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 8 czerwca 2006 r., sygn. akt sygn. akt V Ca 459/06, zgodnie z którym *„Przedstawienie w skardze wniosków dowodowych dla wykazania tej okoliczności w postaci zeznań świadków i zestawienia wykonywanych umów na tym etapie postępowania jest niedopuszczalne, ponieważ ich uwzględnienie prowadziłyby do niczym nie uzasadnionego przedłużenia (...) terminu udzielonego do przedstawienia wyjaśnień. Z tego powodu wnioski dowodowe zamawiającego nie zostały dopuszczone, gdyż odmienna decyzja prowadziłyby do naruszenia art. 90 ust. 3 p.z.p., z którego wynika obowiązek udzielenia wyjaśnień w zakreślonym terminie, a zachowanie terminu obarczone jest rygorem odrzucenia oferty.”*

Krajowa Izba Odwoławcza podziela również pogląd wyrażony w wyroku z dnia 16 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 669/14, *„(...) Co istotne, wyjaśnienia te, zgodnie z art. 90 ust. 1*

*ustawy P.z.p., złożone muszą zostać zamawiającemu w określonym przez niego terminie, dlatego też niedopuszczalne jest ich późniejsze (po upływie wyznaczonego terminu) uzupełnianie czy uszczegóławianie, czy to bezpośrednio Zamawiającemu, czy też Izbie, na etapie postępowania odwoławczego. Ww. wnioski uzasadniają twierdzenie, że w przypadku gdy niedopuszczalne jest uzupełnienie czy uszczegółowienie wyjaśnień po wskazanym przez Zamawiającego terminie to tym bardziej niedopuszczalne jest przyjęcie przez Zamawiającego wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny.” (podobnie: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2013-08-27, sygn. akt KIO 1930/13, z dnia 2014-04-16, sygn. akt KIO 669/14, z dnia 2013-08-02, sygn. akt KIO 1760/13).*

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

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

#### KIO 1995/14

Dnia 26 września 2014 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: INKO Consulting Sp. z o.o. (lider konsorcjum), ul. Dworcowa 18/6; 43-200 Pszczyna, EUROCONSULT S.A. (partner konsorcjum), Avda Cortao 17, 28700 San Sebastian de los Reyes Madrid, MP-MOSTY Sp. z o.o. (partner konsorcjum), ul. Dekerta 18; 30-703 Kraków (dalej „odwołujący” lub „konsorcjum Inko”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp, poprzez jego błędną wykładnię i zastosowanie, i przyjęcie, że wobec odstąpienia przez zamawiającego GDDKiA Oddział w Zielonej Górze od umowy nr P2/Z4/56/2012 z dnia 18.05.2012r. zawartej pomiędzy zamawiającym GDDKiA Oddział w Zielonej Górze, a wykonawcą MP-Mosty Sp. z o.o. - członkiem konsorcjum (odwołującego), odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania, mimo że brak jest podstaw do przyjęcia, że MP-Mosty Sp. z o.o. dopuścił się wskutek swoich celowych działań poważnego niedbalstwa przy wykonywaniu opisanej umowy, art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej, co narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty i wykluczeniu odwołującego z postępowania, powtórzenie

czynności badania i oceny ofert, a w jej wyniku ponowny wybór najkorzystniejszej oferty, tj. wybór oferty odwołującego.

Na podstawie art. 190 ust. 1 i 3 Pzp odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodu z zeznań świadków M. W. i R. S. - wezwanie na adres odwołującego - na okoliczność terminu wykonania dokumentacji geotechnicznej w ramach umowy nr P2/Z4/56/2012 z dnia 18.05.2012r. zawartej pomiędzy zamawiającym GDDKiA Oddział w Zielonej Górze, a wykonawcą MP-Mosty Sp. z o.o. - członkiem konsorcjum (odwołującego), gotowości do przekazania tej dokumentacji zamawiającemu GDDKiA Oddział w Zielonej Górze.

Interes w uzyskaniu zamówienia.

Odwołujący podniósł, iż wskazane, niezgodne z przepisami ustawy Pzp, działania zamawiającego naruszają interes odwołującego w uzyskaniu niniejszego zamówienia, bowiem w ich wyniku odwołujący może ponieść realną i możliwą do oszacowania szkodę, obejmującą przede wszystkim utracone zyski z tytułu realizacji niniejszego zamówienia. Oferta odwołującego została sporządzona w sposób zgodny z przepisami ustawy i wymogami SIWZ oraz jest ofertą najkorzystniejszą według kryterium zamawiającego - zawiera najniższą cenę. Na tej zasadzie odwołujący musi podjąć wszelkie przewidziane prawem kroki zmierzające do zweryfikowania zgodności z prawem działania zamawiającego w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że okoliczności faktyczne i prawne sprawy wskazują na brak podstaw do wykluczenia odwołującego w trybie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1 a Pzp w związku z umową nr P2/Z4/56/2012 z dnia 18 maja 2012r. (dalej jako „Umowa”), zawartą w wyniku udzielenia członkowi konsorcjum odwołującego - MP- Mosty Sp. z o.o. (dalej jako „Wykonawca”) przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze (dalej jako „GDDKiA w Zielonej Górze”) zamówienia publicznego pn. „Opracowanie dokumentacji projektowej dla zadania: Budowa mostu na rz. Bóbr w ciągu drogi krajowej 32 w km 28+601, m. Brzózka”. Budzący liczne kontrowersje - przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp stał się przedmiotem wykładni Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej jako: „Trybunał”). W związku z wątpliwościami dotyczącymi jego zgodności z prawem unijnym, które pojawiły się w trakcie rozpatrywania odwołania wniesionego przez wykonawców - spółki Forposta S.A. i ABC Direct Contact sp. z o.o., wobec czynności unieważnienia postępowania przez zamawiającego - Poczta Polska S.A., Krajowa Izba Odwoławcza złożyła do Trybunału wnioski o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym. Pytania KIO dotyczyły wykładni art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18/WE (dalej jako „dyrektywa klasyczna”) i miały na celu ustalenie, czy prawo unijne nie sprzeciwia się wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, z powodu okoliczności wskazanych w omawianym

przepisie. I tak, wyrokiem z dnia 13 grudnia 2012r., w sprawie C-465/11, do którego odwołuje się także zamawiający wykluczając odwołującego z postępowania, Trybunał orzekł, że art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy klasycznej należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie obowiązywaniu uregulowań krajowych stanowiących, że poważne wykroczenie zawodowe, powodujące automatyczne wykluczenie danego wykonawcy z trwającego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, zachodzi w następstwie okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp. Ponadto, w ocenie Trybunału, zasady i normy prawa Unii z zakresu zamówień publicznych nie uzasadniają tego, by w imię ochrony interesu publicznego oraz słusznym interesów instytucji zamawiających, jak również zachowania uczciwej konkurencji między wykonawcami, uregulowania krajowe zobowiązywały zamawiającego do automatycznego wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy w sytuacji objętej przepisem art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp. Jednocześnie Trybunał przychylił się do stanowiska rządu polskiego, zgodnie z którym pojęcie „poważnego wykroczenia zawodowego” obejmuje wszelkie zawinione uchybienia, które wpływają na wiarygodność zawodową danego wykonawcy, a nie tylko naruszenia wąsko rozumianych zasad etycznych obowiązujących w zawodzie wykonywanym przez wykonawcę, które stwierdzone są przez organ dyscyplinarny ustanowiony dla tego zawodu lub w prawomocnym orzeczeniu sądowym. W związku z tym niewykonanie zobowiązań umownych przez wykonawcę można, co do zasady uznać za wykroczenie zawodowe. Trybunał podkreślił jednak, że pojęcie „poważnego wykroczenia” należy rozumieć w ten sposób, że odnosi się ono zwykle do zachowania danego wykonawcy wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony. Tym samym jakiegokolwiek nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części może ewentualnie wykazać niższe kompetencje zawodowe danego wykonawcy, lecz nie jest automatycznie równoważne z poważnym wykroczeniem. W następstwie powyższego, stwierdzenie istnienia „poważnego wykroczenia” wymaga co do zasady przeprowadzenia konkretnej i zindywidualizowanej oceny postawy danego wykonawcy. W dalszej kolejności należy wskazać, że choć przepis art. 24 ust. 1 pkt. 1a Pzp w niezmienionym kształcie wciąż obowiązuje, to - jak podkreślał na swojej stronie internetowej Urząd Zamówień Publicznych (dalej jako: „UZP”) - jego stosowanie wymaga uwzględnienia wskazówek interpretacyjnych wynikających z omówionego wyżej wyroku Trybunału. Co istotne, UZP podkreślił przy tym, że wykluczenie danego wykonawcy z toczącego się postępowania jest możliwe wówczas, gdy w stosunku do tego wykonawcy spełnione są kumulatywnie następujące warunki (cyt.): zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia, rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej nastąpiło w ciągu ostatnich 3 lat przed wszczęciem danego postępowania w sprawie zamówienia



publicznego, wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5 % wartości umowy, zamawiający po przeprowadzeniu analizy okoliczności związanych z rozwiązaniem albo wypowiedzeniem albo odstąpieniem umowy ustali, że rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej jest następstwem poważnego wykroczenia zawodowego popełnionego przez danego wykonawcę, w szczególności niewykonywania przez niego lub niewłaściwego wykonywania zamówienia wskazującego na zamierzone działanie wykonawcy lub jego rażące niedbalstwo. Z powyższym w pełni korespondują wnioski płynące z wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 października 2012 r., sygn. akt: V Ca 2015/2012, a mianowicie: „To że mechanizm z art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp ma charakter wyjątkowy, nie powinno być przedmiotem żadnych kontrowersji, skoro skutkiem zastosowania tego przepisu jest wykluczenie z powszechnie dostępnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podmiotów, które nie spełniają oczekiwań ustawodawcy. Przepis ten stanowi zatem wyjątek od zasady powszechnej dostępności w procedurze zamówień publicznych, wyrastającej z zasad swobody działalności gospodarczej i równości wobec prawa. (...) pojęcie „poważnego wykroczenia zawodowego” wiązać trzeba z brakiem oczekiwanego profesjonalizmu po stronie dłużnika, a nie z niesolidnością kontrahenta. A to nie na brak profesjonalizmu, ale na brak uczciwości powołuje się zamawiający. I w tym zakresie zainicjował postępowanie dowodowe, próbując udowodnić okoliczności nieistotne dla rozpoznania sprawy niniejszej. W świetle art. 45 ust. 2 lit. d dyrektywy klasycznej brak rzetelności kontrahenta jest obojętny przy ocenie przyczyn ustania poprzedniego stosunku prawnego łączącego strony. Jest to zrozumiałe, bo kondycja ta winna być przedmiotem oceny na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej. Wybór taki, w zamyśle ustawodawcy unijnego, powinien uwzględniać wszystkie okoliczności mające znaczenie przy realizacji konkretnego zamówienia, w tym także rękojmię, jaką daje konkretny wykonawca. Przedwstępne wykluczenie niektórych kontrahentów, na podstawie art. 24 ust. 1 Pzp, jest - jak już awizowano - rozwiązaniem wyjątkowym i podlega ścisłej wykładni. Co więcej, jak wynika z dyrektywy, wykroczenie musi być zawinione. Art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp należy więc wyklądać zawężająco i ma on zastosowanie jedynie do sytuacji, w których wypowiedziano (rozwiązano, odstąpiono od umowy z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, w sytuacji, gdy można stwierdzić winę wykonawcy w naruszeniu, które klasyfikować można jako uchybienie zasadom profesjonalizmu, a do tego naruszenie to musi być poważne. Ten ostatni element został przez ustawodawcę uwzględniony w prawie polskim, skoro chodzi jedynie o naruszenie, które pozwala na unicestwienie istniejącego węzła prawnego”. Innymi słowy, brak którejkolwiek z przesłanek wyrażonych na gruncie art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp czyni czynność wykluczenia wykonawcy w oparciu o tę normę nieuprawnioną (tak m.in. wyrok KIO z dnia 18 października 2012 r., sygn. akt: KIO 2135/12). Na szczególną uwagę zasługuje natomiast

wyrok KIO z dnia 28 lutego 2013r., sygn. akt: KIO 345/13, w którym Izba przesądziła, że: „(...) w oparciu o analizę dokumentacji w tej sprawie oraz stanowiska i pisma stron (...) 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”. Na gruncie cytowanego wyżej wyroku Izba odniosła się również do kwestii elementów, jakie powinno w sobie zawierać zawiadomienie o wykluczeniu odwołującego z postępowania w oparciu o przepis art. 24 ust 1 pkt 1a Pzp. W tym kontekście Izba uznała, iż: „(...) 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 do 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. W dalszej kolejności Izba trafnie spostrzega, że: „Podejmując decyzję o wykluczeniu, zamawiający, podając uzasadnienie faktyczne i prawne, powinien mieć na względzie art. 6 KC, 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 poniesienia realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności. Tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania odwoławczego”.

Odnosząc powyższe rozważania faktyczne do sytuacji, jaka zaistniała w wyniku realizacji przez wykonawcę Umowy, należy wskazać, że brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania, że wystąpiły w tym przypadku jakiegokolwiek okoliczności, za które wykonawca ponosiłby odpowiedzialność, a które mogłyby stanowić podstawę rozwiązania, wypowiedzenia lub

odstąpienia od Umowy. Nie sposób przypisać wykonawcy dopuszczenia się „poważnego wykroczenia zawodowego” przy wykonywaniu Umowy, w szczególności poważnego niedbalstwa ze strony wykonawcy.

Odwołujący wskazał, że umowa została podpisana w dniu 18 maja 2012 r., przy czym termin jej wykonania, tj. 10 grudnia 2012r., był niewątpliwie terminem napiętym, choć możliwym do dotrzymania, przy założeniu należytego współdziałania ze strony zamawiającego GDDKiA Zielona Góra. Współdziałanie to miało w szczególności polegać na: a) wyborze przez GDDKiA Zielona Góra realizowanej koncepcji projektowej w oparciu o Projekt koncepcyjny sporządzony przez wykonawcę oraz b) uzyskaniu przez GDDKiA Zielona Góra decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji przedsięwzięcia.

Ad. a) Wykonawca przekazał GDDKiA Zielona Góra projekt koncepcyjny w dniu 30 lipca 2012r., z zachowaniem terminu umownego (dowód: pismo wykonawcy z dnia 31.07.2012r. MP- MOSTY/SK/13/KWM/5/12-2/1031 z dnia 30.07.2012r.). Zamawiający dokonał wyboru wariantu projektowego dopiero w dniu 13 września 2012r. (dowód: pismo GDDKiA Zielona Góra z dnia 13 września 2012r. nr GDDKiA-0/ZG-P2.1 -sr-4430-40.2/2012), w sytuacji, gdy na wykonanie całego przedmiotu Umowy przewidziano zaledwie 7 miesięcy.

Ad. b) W pkt 4 OPZ stanowiącym Załącznik do Umowy podkreślono, że postępowanie w sprawie wydania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach rozpocznie się na wniosek zamawiającego, w oparciu o wniosek i kartę informacyjną opracowane przez zamawiającego. W tym miejscu zaznaczyć należy, że treść decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach warunkuje możliwość pełnego wykonania dokumentacji projektowej, postanowienia tejże decyzji muszą bowiem zostać uwzględnione w stosownych projektach. Zgodnie z art. 72 ust. 1 ustawy z dnia 3 października o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko (tekst jedn. Dz. U. z 2013r. poz. 1235, ze zm.) decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach wydaje się przed uzyskaniem: decyzji o pozwoleniu na budowę, decyzji o zatwierdzeniu projektu budowlanego, decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej (tzw. decyzja ZRID) - wydawanej na podstawie ustawy z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych (Dz. U. z 2008 r. Nr 193, poz. 1194); pozwolenia wodnoprawnego na wykonanie urządzeń wodnych - wydawanego na podstawie ustawy z dnia 18 lipca 2001 r. - Prawo wodne; Równocześnie, zgodnie z art. 35 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994r. - Prawo budowlane (tekst jedn. Dz. U. z 2013r. poz. 1409, ze zm.) przed wydaniem decyzji o pozwoleniu na budowę lub odrębnej decyzji o zatwierdzeniu projektu budowlanego właściwy organ sprawdza zgodność projektu budowlanego m.in. z wymaganiami ochrony środowiska, w szczególności określonymi w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach. Powołany przepis ma także zastosowanie do wydawania decyzji ZRID, a to na podstawie art.

11 i ustawy z dnia 10 kwietnia 2003r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych. Powołane powyżej przepisy jednoznacznie wskazują, że wykonywana w ramach Umowy dokumentacja projektowa musiała być zgodna z decyzją o środowiskowych uwarunkowaniach dla przedsięwzięcia, a zatem bez znajomości treści decyzji środowiskowej nie było możliwe wykonanie przedmiotu Umowy przez wykonawcę. Innymi słowy, termin uzyskania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji przedsięwzięcia determinował możliwość wykonania opracowań projektowych objętych przedmiotem Umowy, w tym ostatecznej i kompletnej dokumentacji geotechnicznej. GDDKiA Zielona Góra decyzji środowiskowej nigdy nie przekazała wykonawcy. Wymaga podkreślenia, że z zachowaniem terminu określonego w ustalanych harmonogramach, wykonawca w dniu 2 listopada 2012r. przekazał GDDKiA Zielona Góra raport o oddziaływaniu na środowisko (dowód: pismo Wykonawcy z dnia 02.11.2012r. MP-MOSTY/SK/13/KWM/14/12-40/1551). Do raportu, o którym mowa, GDDKiA Zielona Góra nigdy nie zgłosiła uwag. Warto także podkreślić, że zamawiający, pomimo świadomości napiętych terminów realizacji Umowy, nie podjął w oparciu o przekazany raport jakichkolwiek działań, celem uzyskania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji przedsięwzięcia. Wbrew twierdzeniu zamawiającego zawartym w piśmie wykluczającym odwołującego z postępowania, podnoszona przez wykonawcę wobec GDDKiA Zielona Góra sprawa decyzji środowiskowej ma ścisły związek z możliwością wykonania dokumentacji geotechnicznej. Dokumentacja ta bowiem jest potrzebna, co przyznaje sam zamawiający, do opracowania ostatecznych rozwiązań projektowych, w celu uzyskania pozwolenia na budowę. Zgodnie z art. 34 ust. 3 pkt 4 Prawa budowlanego dokumentacja geotechniczna musi zostać objęta projektem budowlanym. Dokumentację geotechniczną zgodnie z rozporządzeniem Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 25 kwietnia 2012 r. w sprawie ustalania geotechnicznych warunków posadawiania obiektów budowlanych sporządza się na podstawie wyników badań polowych i laboratoryjnych, która ma przedstawić rzeczywiste warunki i cechy podłoża gruntowego w miejscu usytuowania projektowanego obiektu budowlanego. Dokumentacja ta powinna uwzględniać charakterystykę konstrukcji projektowanego obiektu budowlanego. Te parametry jednak są zdeterminowane treścią decyzji środowiskowej. Zgodnie bowiem z art. 81 ust. 1 ustawy o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko, jeżeli z oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko wynika zasadność realizacji przedsięwzięcia w wariantcie innym niż proponowany przez wnioskodawcę, organ właściwy do wydania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, za zgodą wnioskodawcy, wskazuje w decyzji wariant dopuszczony do realizacji lub, w razie braku zgody wnioskodawcy, odmawia zgody na realizację przedsięwzięcia. Powyższe zasady znalazły odzwierciedlenie w zapisach Opis

Przedmiotu Zamówienia stanowiącego załącznik do Umowy. W pkt 8.8.1, str. 25 *in fine* OPZ stwierdza się bowiem, że „Projekt budowlany powinien być wykonany dla wybranego wariantu obiektu mostowego po uzyskaniu decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych”. Dokumentacja geotechniczna jest elementem dokumentacji niezbędnej do uzyskania pozwolenia na budowę. Podkreśliła to sama GDDKiA Zielona Góra w Opisie Przedmiotu Zamówienia, który posługuje się w odniesieniu do przedmiotowej dokumentacji geotechnicznej wprost sformułowaniem „Dokumentacja geotechniczna Projektu budowlanego” (zob. pkt 8.4. zdanie drugie). Dokumentacja geotechniczna Projektu budowlanego była więc wymagana dopiero na etapie wykonywania projektu budowlanego. Niezależnie zatem od wszystkich pozostałych argumentów, w świetle Opisu Przedmiotu Zamówienia, wobec nieuzyskania przez GDDKiA Zielona Góra, decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych, GDDKiA Zielona Góra bezspornie uniemożliwiła wykonawcy w ogóle rozpoczęcie wykonywania etapu projektu budowlanego zgodnie z wymogami Opisu Przedmiotu Zamówienia, a zatem przeszkodą dla wykonania przedmiotu umowy nie były w ogóle pozorne problemy z dokumentacją geotechniczną, ale fundamentalna, leżąca po stronie GDDKiA Zielona Góra, przeszkoda w postaci braku pozyskania decyzji środowiskowej. Wskazać przy tym należy, że GDDKiA Zielona Góra przekazała wykonawcy archiwalne badania podłoża gruntowego. Na ich podstawie wykonawca, jako doświadczony projektant, określił precyzyjnie sposób posadowienia obiektu dla potrzeb projektu koncepcyjnego i złożenia przez GDDKiA Zielona Góra wniosku o decyzję środowiskową. W październiku 2012r. Wykonawca wykonał badania podłoża gruntowego, które potwierdziły wyniki badań archiwalnych (dowód - dokumentacja geotechniczna). Pozwoliło to wykonawcy przekazać GDDKiA Zielona Góra, jak już wyżej wskazano, raport o oddziaływaniu na środowisko w dniu 2 listopada 2012r. obejmujący wariant projektowy wybrany przez GDDKiA w toku wykonywania Umowy. Tym samym zamawiający w piśmie wykluczającym odwołującego z postępowania pomija fakt, iż istniała dokumentacja geologiczna archiwalna, która była znana i została zweryfikowana przez wykonawcę odwiertami, a zatem wykonawca projektował w oparciu o konkretne zweryfikowane warunki geologiczne i całkowicie chybiony jest pogląd, że są one w jakiś sposób nieznanne - wykonawca je w pełni znał i uwzględnił w projektowaniu. Z przedstawionego wyżej stanu faktycznego wynika zatem, że okolicznością obiektywną jest to, iż do dnia, w którym miał zostać wykonany przedmiot Umowy, tj. do dnia 10 grudnia 2012r., ani też w terminie późniejszym, zamawiający nie uzyskał decyzji środowiskowej i nie przekazał jej wykonawcy, czym w sposób oczywisty uniemożliwił wykonawcy wykonanie Umowy w zakresie projektu budowlanego, wykonawczego i materiałów przetargowych. Na względzie należy mieć także fakt, że GDDKiA Zielona Góra, a za nią i zamawiający w tym postępowaniu, wskazał jako przyczynę do odstąpienia od Umowy rzekomy brak realnej szansy na spełnienie celu przedmiotowego

zamówienia. Tymczasem, wykonawca sukcesywnie, z uwzględnieniem terminów cząstkowych, przekazywali poszczególne opracowania projektowe. Wykonawca także nieprzerwanie opracowywał z możliwym zakresem, zależnym także od postępów samej GDDKiA Zielona Góra w wykonaniu Umowy, w szczególności w uzyskiwaniu decyzji administracyjnych. Mimo przeszkód po stronie GDDKiA Zielona Góra, wykonawca w listopadzie 2012r. wykonał dokumentację geotechniczną. W szczególności w dniach od 13 do 15 października 2012r. dokonano wierceń na potrzeby jej wykonywania. Dokumentacja ta została zatem w istocie wykonana, z zachowaniem terminu cząstkowego określonego w zmienionym harmonogramie z końcem listopada 2012r.

Co do skierowania przez wykonawcę propozycji przesunięcia terminu przekazania dokumentacji geotechnicznej, odwołujący zauważył, iż było to uzasadnione z powodu - zawinionego przez zamawiającego - braku możliwości wykonania Umowy w terminie oraz potencjalnej konieczności uzupełnienia wykonanej dokumentacji geotechnicznej wskutek postanowień decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach.

Zdaniem odwołującego, niewielkie opóźnienie wykonawcy w przekazaniu wykonanej dokumentacji geotechnicznej było wynikiem braku odpowiedzi zamawiającego na pisma wykonawcy, które to pisma miały na celu potwierdzić ewentualną konieczność uzupełnienia opracowanej dokumentacji geotechnicznej w oparciu o decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach. Tym samym argumentacja zamawiającego zawarta w piśmie informującym o rozstrzygnięciu przetargu jest błędna i oparta na wadliwej, wybiórczej interpretacji pisma wykonawcy z dnia 26.11.2012 r., w którym wskazano datę przekazania dokumentacji geotechnicznej na dzień 30.04.2013 r. Zamawiający celowo pomija wcześniejszą korespondencję w przedmiotowej sprawie, w tym treść pisma wykonawcy z tego samego dnia o nr MP-MOSTY/SK/13/KWM/2/12-5/1732. Przywołane pismo informowało zamawiającego o konieczności sporządzenia aneksu terminowego ze względu na wydłużone procedury administracyjne, w tym dotyczące przede wszystkim wydania decyzji środowiskowej i innych decyzji od niej uzależnionych, które są elementem niezbędnym projektu budowlanego w celu złożenia prawidłowego wniosku o decyzję ZRID/pozwoleń na budowę. Wykonawca wskazał realną datę realizacji umowy - „najwcześniejszy termin aneksu - 14.05.2013 r.”, przy założeniu, że GDDKiA Zielona Góra złoży wniosek o decyzję środowiskową najpóźniej do dnia 10.12.2012 r. Określone terminy założono w oparciu o ustawowe terminy trwania postępowań administracyjnych: - wykonawca złożył GDDKiA Zielona Góra raport środowiskowy w dniu 02.11.2012 r., zakładając, że GDDKiA złoży raport w celu uzyskania decyzji środowiskowej najpóźniej do dnia 10.12.2012 r. - co się zresztą nigdy nie wydarzyło; - wydanie decyzji środowiskowej z doświadczeń wykonawcy min. 6 miesięcy, - wydanie decyzji wodnoprawnych - z doświadczeń wykonawcy min. 2 miesiące, - wydanie pozwolenia na budowę (decyzji ZRID)

- 90 dni. Dokumentacja geotechniczna jest załącznikiem do wniosku o wydanie pozwolenia na budowę. GDDKiA Zielona Góra, posiadając komplet materiałów do złożenia wniosku o decyzję środowiskową, w tym raport otrzymany od Wykonawcy, w ogóle nie złożyła wniosku o wydanie decyzji środowiskowej. Zapisy umowy jednoznacznie wskazywały, że uzyskanie decyzji środowiskowej leżało po stronie GDDKiA Zielona Góra. Ze względu na brak uzyskania przez GDDKiA Zielona Góra podstawowej decyzji administracyjnej w postaci decyzji środowiskowej, a co za tym idzie decyzji o pozwoleniu wodnoprawnym i decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego, Wykonawca, w świetle przywołanego pisma o aneks terminowy, założył, że nie ma konieczności przekazywania dokumentacji geotechnicznej w pierwotnie określonym terminie, ponieważ jej przekazanie i tak nie ma żadnego wpływu na dotrzymanie terminu końcowego Umowy. Tym samym nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia w okolicznościach faktycznych sprawy twierdzenie zamawiającego, że „Wykonawca świadomie wprowadzał GDDKiA Zielona Góra w błąd, stwierdzając, że wykonał opracowania geologiczne”. W ocenie odwołującego, przedstawione okoliczności sprawy wskazują, iż GDDKiA posłużyła się sprawą dokumentacji geotechnicznej do rozwiązania umowy z wykonawcą, w sytuacji gdy wykonanie Umowy w umówionym czasie było niemożliwe faktycznie z przyczyn leżących po stronie GDDKiA Zielona Góra (nieuzyskanie decyzji środowiskowej). Należy zaznaczyć, że GDDKiA Zielona Góra będąca rzekomo przekonana o braku wykonania przez wykonawcę dokumentacji geotechnicznej, nigdy nie zażądała przekazania przedmiotowej dokumentacji pod rygorem odstąpienia od Umowy, co wynikało z zapisów Umowy (§14 ust. 1 pkt b). Sama Umowa dopuszczała opóźnienia w realizacji poszczególnych etapów opracowania i określała wysokość kar umownych z tym związanych. GDDKiA Zielona Góra, posiadając wiedzę, że nie jest w stanie przekazać wykonawcy decyzji środowiskowej, w celu ukrycia swoich ewidentnych zaniedbań, celowo nie wezwał wykonawcy do przekazania dokumentacji geotechnicznej, podejrzewając, że dokumentacja ta mogłaby być mu przekazana z jedno lub dwudniowym opóźnieniem. Stosowne badania gruntu były przecież wykonane w październiku 2012 r., o czym GDDKiA Zielona Góra była informowana. Co istotne, badania gruntu mogły być wykonane dopiero w tym terminie z powodu wyboru, w świetle przywołanego pisma o aneks terminowy, wariantu koncepcji obiektu mostowego dopiero w dniu 13.09.2012 r., pomimo przekazania koncepcji w terminie umownym, tj. w dniu 31.07.2012 r. Odwołujący podkreślił, że zarzut zamawiającego jakoby dokumentacja mogła wpłynąć na rozwiązania techniczne związane z posadowieniem obiektu jest bezzasadny, ponieważ projektant od samego początku dysponował dokładną dokumentacją geologiczno-inżynierską przekazaną mu przez GDDKiA Zielona Góra, wykonaną na potrzeby ekspertyzy obiektu. Wykonane w październiku 2012 r. badania jednoznacznie potwierdziły warunki gruntowe przyjęte dla posadowienia obiektu. Termin przekazania dokumentacji geotechnicznej nie miał żadnego wpływu na

zmianę rodzaju posadowienia obiektu, natomiast czas wykonania badań dodatkowych był uzależniony od terminu zatwierdzenia koncepcji obiektu przez GDDKiA Zielona Góra. Projekt budowlany i projekty wykonawcze zostały wykonane właściwie, a wręcz wykonawca podjął ryzyko, spowodowane brakiem otrzymania decyzji środowiskowej od GDDKiA Zielona Góra, której zapisy mogły wpłynąć na przyjęte rozwiązania techniczne niezwiązane z posadowieniem (np. konieczność wprowadzenia przejść dla zwierząt itp.). Odwołujący zaznaczył, że wykonawca przekazał GDDKiA Zielona Góra komplet materiałów i uzgodnień, które opracowano pomimo braku decyzji środowiskowej, której zapisy mogły mieć wpływ na przyjęte rozwiązania. Wykonawca na bieżąco informował GDDKiA Zielona Góra o problemie braku decyzji ze strony GDDKiA Zielona Góra, niezbędnych do wykonania zamówienia. GDDKiA Zielona Góra do tych okoliczności nie ustosunkowała się, ostatecznie bezzasadnie odstępując od umowy pod pretekstem opóźnienia w wykonaniu przez wykonawcę dokumentacji geotechnicznej. Fakt wykonania dokumentacji geotechnicznej dopiero w listopadzie 2012 r. był bez znaczenia, w sytuacji, kiedy brak wystąpienia przez GDDKiA Zielona Góra o decyzję środowiskową przed złożeniem oświadczenia o odstąpieniu od umowy, a więc w terminie 6 grudnia 2012r., powodował konieczność aneksowania terminu umowy, do co najmniej maja 2013 r. Aneks taki byłby skutkiem zwłoki zamawiającego w działaniu. Trudno zatem dowodzić, że odstąpienie od umowy jest skutkiem rażącego braku profesjonalizmu wykonawcy, celowego działania wykonawcy. Istotne jest także, że GDDKiA Zielona Góra odstąpiła od umowy nie na podstawie zapisów Umowy, lecz na podstawie przepisu art. 635 KC. W świetle unormowania art. 635 k.c. nie są istotne przyczyny, dla których wykonawca opóźnia się z wykonaniem umowy, co oznacza, iż możliwym jest skorzystanie przez inwestora z tego uprawnienia nawet wtedy, gdy wykonawca nie popada w zwłokę. Inaczej niż na gruncie Umowy, gdzie na podstawie § 14 ust. 1 lit. b) Umowy GDDKiA Zielona Góra była uprawniona do odstąpienia od Umowy w całości lub w części: „gdy Wykonawca nie realizuje prac zgodnie z harmonogramem i mimo uprzedniego pisemnego wezwania go przez Zamawiającego do zaprzestania naruszenia w terminie 14 dni od dnia otrzymania wezwania, nie zastosuje się do wezwania”. Niezależnie od powyższych rozważań, należy wskazać, że w przedmiotowej sprawie brak było podstaw do odstąpienia od Umowy na podstawie art. 635 KC właśnie wobec brzmienia § 14 ust. 1 lit. b) Umowy. Nie sposób bowiem przyjąć, że strony Umowy mogły jednocześnie przewidzieć dwa sprzeczne ze sobą rozwiązania prawne dopuszczające odstąpienie od Umowy w przypadku ewentualnego powstania opóźnień w toku jej wykonywania, a przed upływem terminu jej wykonania, tj. że ich intencją było jednoczesne stosowanie reżimu wynikającego z art. 635 KC, skoro procedura odstąpienia w przypadku opóźnienia w realizacji prac została uregulowana w sposób odmienny w Umowie. Jak słusznie odniósł się do tej problematyki, w analogicznym stanie faktycznym, Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z dnia 10 lutego



2011 r., sygn. akt: I ACa 1051/10: „Skoro strony uzależniły skorzystanie przez inwestora z prawa odstąpienia od umowy od pisemnego, poprzedzającego to oświadczenie, wezwania do wykonania prac określonych umową, to uznać należy, że tym samym wyłączyły stosowanie art. 635 KC”.

Bezsporną pozostaje okoliczność, że GDDKiA Zielona Góra nie wystosowała do wykonawcy wezwania do wykonania zobowiązania w zakresie dokumentacji geotechnicznej, zaś oświadczenie GDDKiA Zielona Góra o odstąpieniu od Umowy zostało złożone przed określonym w § 3 ust. 1 Umowy ostatecznym terminem jej wykonania. Podsumowując, całokształt opisanych wyżej okoliczności faktycznych odwołujący wskazał, że brak jest podstaw do wykluczenia z postępowania odwołującego na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp. Nawet bowiem w przypadku uznania odstąpienia za skuteczne, nie sposób uznać, że wykonawca - członek konsorcjum odwołującego dopuścił się przy wykonywaniu Umowy poważnego wykroczenia zawodowego, będącego zamierzonym działaniem wykonawcy lub wyrazem jego rażącego niedbalstwa. Wszelkie nieprawidłowości, jakie pojawiły się w trakcie realizacji Umowy, wynikały z działań i zaniechań zamawiającego, w szczególności braku współdziałania z wykonawcą, do czego - co należy podkreślić - obliguje go przepis art. 354 § 2 KC. Nawet gdyby przyjąć, że wykonawca nienależycie wykonywał Umowy w zakresie dokumentacji geotechnicznej, to takie działanie/zaniechanie może być co najwyżej uznane, w ślad za stanowiskiem doktryny i orzecznictwa, za „wykroczenie zawodowe”, nie zaś za „poważne wykroczenie zawodowe”, do którego odnosi się norma art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp. Za wyrokiem KIO z dnia 17.04.2014r.. sygn. akt KIO 1111/14, wskazać należy, że okoliczności mogące wskazywać co najwyżej na nieprawidłowe, niedokładne czy niskie jakościowo wykonywanie przedmiotowej umowy nie pozwalają zamawiającemu na wykluczenie wykonawcy z postępowania w trybie art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp. Podkreślić przy tym należy, że wykluczając Odwołującego Zamawiający nie badał stopnia zawinienia Odwołującego przy niewykonaniu zamówienia, a zgodnie z przywołanym na wstępie wyrokiem ETS-u okoliczność ta ma istotne znaczenie dla ustalenia, czy zachodzi przesłanka wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp (za wyrokiem KIO z dnia 25.04.2013r., sygn. akt KIO 852/13). Nabiera to szczególnego znaczenia w świetle treści oświadczenia GDDKiA Zielona Góra o odstąpieniu od Umowy, w którym nie ma w ogóle mowy o winie wykonawcy, zaś za podstawę odstąpienia GDDKiA Zielona Góra przyjęła art. 635 KC (dowód: pismo GDDKiA z dnia 06.12.2012 r.). Sprawa powyższa jest obecnie zawisła przed Sądem Okręgowym w Warszawie XXV Wydziałem Cywilnym, pod sygn. akt XXVC 798/13, z powództwa wykonawcy. Okoliczność ta z punktu widzenia przesłanek do wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp jest prawnie obojętna - zamawiający samodzielnie przed podjęciem decyzji o wykluczeniu musi ustalić, czy do odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia

publicznego doszło z winy wykonawcy, o czym była mowa powyżej. Jednak skierowanie przedmiotowej sprawy na drogę sądową przez wykonawcę obrazuje jego determinację w pozytywnym dla niego załatwieniu tej sprawy, przy wykorzystaniu wszelkich możliwych środków ochrony prawnej. Na koniec warto zwrócić uwagę, że zamawiający Oddział w Kielcach zawarł z wykonawcą w dniu 12 czerwca 2013r. umowę nr 106/UA/47/2013 na: Wykonanie optymalizacji rozwiązań zawartych w posiadanej przez Zamawiającego Dokumentacji budowlanej (PB, PW, DP) na potrzeby realizacji przedsięwzięcia polegającego na budowie drogi ekspresowej S-7 na odcinku Jędrzejów - granica wojew. świętokrzyskiego i małopolskiego wraz z uzyskaniem - w imieniu inwestora - zmiany decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej. Zawarcie umowy nastąpiło po odstąpieniu przez GDDKiA Zielona Góra od Umowy, zaś zamawiający Oddział w Kielcach posiadał wiedzę na temat okoliczności opisywanej sprawy. W tym przypadku zamawiający Oddział w Kielcach uznał prawidłowo, iż brak jest podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp.

Zamawiający, pismem z dnia 8 października 2014 roku (wpływ do KIO w dniu 10.10.2014 r.), złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający stwierdził, że niezasadne są zarzuty odwołującego o nieskuteczności odstąpienia przez zamawiającego pismem z dnia 6 grudnia 2012 r. od Umowy. Odstąpienie było skuteczne w szczególności z następujących powodów:

- umowa nie wyłączała zastosowania art. 635 k.c,
- nie było prawdopodobne (ani możliwe) dotrzymanie terminu wykonania Umowy, ponieważ wykonawca nie wykonał dokumentacji geotechnicznej,
- w istniejącym stanie faktycznym nie było przeszkód do wykonania dokumentacji geotechnicznej, w szczególności nie uniemożliwiał tego brak decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach na realizację przedsięwzięcia. Podkreślić należy, że postanowienia Umowy z pewnością nie wyłączają możliwości stosowania art. 635 k.c, którego postanowienia nie dotyczą kwestii „technicznych”, w rodzaju obowiązku udzielania informacji o określonych zdarzeniach, ale kreują dla zamawiającego bardzo istotne uprawnienie do odstąpienia od Umowy:
  - przed upływem terminu wykonania Umowy,
  - na skutek prawdopodobieństwa, że wykonawca nie dotrzyma terminu wykonania Umowy,
  - bez wyznaczania wykonawcy dodatkowego terminu na wykonanie Umowy.

W istniejącej sytuacji, wobec milczenia Umowy na temat art. 635 k.c, wyłączenie stosowania tego przepisu mogłoby zostać wyinterpretowane z Umowy jedynie gdyby

wskazywany przez odwołującego zapis § 14 ust. 1 lit. b Umowy regulował sytuację identyczną, jak objęta hipotezą normy zawartej w art. 635 k.c.

W ocenie zamawiającego wspomniany zapis Umowy dotyczy sytuacji, w których „Wykonawca nie realizuje prac zgodnie z harmonogramem”. § 14 ust. 1 lit. b Umowy nie wspomina w ogóle o zagrożeniu dotrzymania końcowego terminu wykonania zobowiązania i ma zastosowanie jedynie w przypadku niewykonania poszczególnych etapów (części) umowy w terminach określonych w harmonogramie. Wykorzystanie uprawnienia uregulowanego w tym zapisie Umowy byłoby niewątpliwie możliwe bez względu na kwestię zagrożenia wykonania całego zobowiązania w terminie. W konsekwencji nie można zaakceptować tezy, że § 14 ust. 1 lit. b i art. 635 k.c. regulowały tę samą sytuację.

Można jedynie dodać, że wprowadzenie do Umowy zapisu § 14 ust. 1 lit. b było naturalną konsekwencją uzgodnienia przez strony w Umowie, że wykonawca ma obowiązek przedstawienia zamawiającemu harmonogramu prac. Zapis § 14 ust. 1 lit. b wprowadził po prostu dotkliwą sankcję za naruszenie obowiązku sporządzenia i przestrzegania harmonogramu. Zapisanie takiej sankcji w Umowie było konieczne, ponieważ kodeks cywilny nie przewiduje obowiązku sporządzenia harmonogramu, ani nie reguluje, co oczywiście, skutków jego nieprzestrzegania.

Powoływany przez Odwołującego wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 10 lutego 2011 r., sygn. akt I ACa 1051/10, nie przystaje do stanu faktycznego niniejszej sprawy, a zwłaszcza do treści Umowy. W szczególności przywołane w uzasadnieniu wyroku zapisy umowy nie odnoszą się do kwestii harmonogramu i przekroczenia terminów z niego wynikających. Należy również zauważyć, że strony niniejszego postępowania nie znają szczegółowej treści umowy, którą oceniał Sąd Apelacyjny w Poznaniu, co wyklucza możliwość dokonania prostej ekstrapolacji wniosków Sądu Apelacyjnego do treści stosunku prawnego stron niniejszej sprawy.

Zamawiający wskazał, że Umowa w § 14 ust. 1 lit. a, c i e przewidywała możliwość odstąpienia bez wyznaczania terminu dodatkowego. Wprowadzenie tego typu uregulowań do Umowy wyklucza możliwość uznania, że strony w ogóle wyłączyły możliwość odstąpienia od Umowy bez wyznaczania dodatkowego terminu, co było podstawą ustaleń Sądu Apelacyjnego w Poznaniu zawartych w wyroku z dnia 10 lutego 2011 r.

Odwołujący wskazuje również, że termin wykonania Umowy nie był realny ze względu na brak decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia. Kwestia ta, zdaniem zamawiającego, nie uprawniała jednak wykonawcy do wstrzymania się z wykonaniem prac, które były możliwe do wykonania w terminie umownym, w tym dokumentacji geotechnicznej. Niewykonanie takich prac przekreślało możliwość wykonania dzieła w terminie tylko ze względu na działania wykonawcy, a więc spełniało hipotezę art. 635 k.c.

Z ostrożności zamawiający zauważył, że gdyby uznać, że termin wykonania dzieła powinien zostać przesunięty ze względu na kwestie związane z decyzją o środowiskowych uwarunkowaniach (tzn. o okres, w którym nie było możliwości realizacji części prac projektowych związanych z tą decyzją) i tak nie było prawdopodobne, że termin taki przesunięty termin zostałby dotrzymany. Biorąc pod uwagę stan dokumentacji geotechnicznej opisany wyżej, stwierdzić należy, że prace nad tą dokumentacją w listopadzie 2012 r. w istocie nie zostały rozpoczęte - nie przedstawiono nawet właściwemu organowi projektu robót geologicznych, co z kolei wykluczało możliwość uzyskania materiałów do jakichkolwiek miarodajnych analiz. Analiza geotechniczna powinna również poprzedzać wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach.

Zamawiający podkreślił, że brak decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach nie uniemożliwił wykonawcy terminowego wykonania dokumentacji geotechnicznej. Decyzja środowiskowa jest niezbędna do złożenia wniosku o wydanie decyzji ZRID/decyzji o pozwoleniu na budowę oraz określa wymagania dotyczące ochrony środowiska konieczne do uwzględnienia w projekcie budowlanym, wskazując w szczególności na potrzebę zastosowania odpowiednich elementów i urządzeń chroniących środowisko. Ostateczne rozwiązania projektowe zależą jednak w dużej mierze od wykonania badań na etapie procesu projektowania, w tym badań geologicznych. Dla oceny rozwiązań projektowych w projekcie budowlanym i wykonawczym (w szczególności w zakresie posadowienia obiektu) kluczowym opracowaniem jest dokumentacja geotechniczna, której opracowanie powinno być poprzedzone robotami geologicznymi. Nie przedłożenie wyników badań geologicznych, które powinny być brane pod uwagę przy opracowywaniu projektu budowlanego (w szczególności w zakresie posadowienia obiektu), uniemożliwiło zamawiającemu zweryfikowanie zastosowanych przez wykonawcę rozwiązań projektowych.

Powodem odstąpienia od Umowy przez zamawiającego było niewykonanie przez wykonawcę opracowania - dokumentacja geotechniczna. Wykonanie dokumentacji geotechnicznej nie jest uwarunkowane doręczeniem wykonawcy decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach na realizację przedsięwzięcia.

Wykonanie dokumentacji geotechnicznej, było w przypadku ww. Umowy, co należy podkreślić niezbędne na etapie sporządzania raportu o ocenie oddziaływania na środowisko, czyli przed wydaniem decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach. Zamawiający wymagał sporządzenia raportu w szczególności projektu budowlanego i taki został przez wykonawcę przekazany. Zgodnie z art. 66 ust. 1 pkt a ustawy z dnia 3 października 2008 r. o udostępnieniu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko, raport o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko powinien zawierać opis planowanego przedsięwzięcia, a w szczególności charakterystykę całego przedsięwzięcia. Skoro więc raport został

sporządzony z dokładnością projektu budowlanego, rozwiązania w nim zawarte powinny być poprzedzone wykonaniem dokumentacji geotechnicznej. Co jest istotne z uwagi na okoliczność, że ww. dane zostaną ujęte w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach.

Wykonanie dokumentacji geotechnicznej jest w przedmiotowym przypadku nie tylko możliwe bez doręczenia decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, ale wręcz konieczne do sporządzenia raportu o ocenie oddziaływania na środowisko w powyżej opisanym zakresie.

Bez znaczenia jest również okoliczność, że w oświadczeniu o odstąpieniu od umowy z dnia 6 grudnia 2012 r. zamawiający powołał się na art. 635 k.c., a nie na inny przepis, czy postanowienie umowne wykazujące bezpośrednio winę wykonawcy, czy też wykonywanie umowy w sposób wadliwy, pomimo iż takie zawinione okoliczności niewątpliwie zaistniały. W powyższej sytuacji mieliśmy bowiem do czynienia ze zbiegiem kilku norm prawnych, których hipoteza obejmuje omawiany stan faktyczny, jak również ze zbiegiem praw kształtujących. W praktyce oznacza to, że zamawiającemu przysługiwały różne prawa odstąpienia, a nie jedno zbiorcze prawo odstąpienia na podstawie różnych podstaw prawnych. W ramach samego tylko ustawowego prawa odstąpienia mamy do czynienia z różnymi przesłankami jego zastosowania (brak możliwości ukończenia umowy w terminie w przypadku prawa odstąpienia z art. 635 k.c.; nieprawidłowe wykonywanie umowy w przypadku prawa odstąpienia z art. 636 k.c.). Prowadzi to do wniosku, że po stronie zamawiającego istniał szczególny przypadek zbiegu roszczeń, polegający na tym, że mógł on wykonać jedno z kilku praw odstąpienia. Nie ulega przy tym wątpliwości, że zamawiający może wykonać tylko jedno z przysługujących mu praw odstąpienia.

Zamawiający składając oświadczenie, dokonał wyboru przysługującego mu prawa, stwierdzając *expressis verbis*, że odstępuje od umowy na podstawie art. 635 k.c. i powołując okoliczności, za które wykonawca ponosił odpowiedzialność. Zdaniem zamawiającego nie uniemożliwia to zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 1a P.z.p., ani powoływania się przez zamawiającego na inne okoliczności, które również były przesłankami do odstąpienia od Umowy, jednak ze względów formalnych nie zostały zastosowane.

Wbrew twierdzeniom odwołującego zamawiający dokonał konkretnej zindywidualizowanej oceny postawy wykonawcy. Odstąpienie od umowy z wykonawcą miało miejsce z uwagi na poważne wykroczenie zawodowe, w szczególności wykonawcy przypisać należy poważne uchybienie zasadom profesjonalizmu, przez które rozumieć należy wykonywanie Umowy w sposób niezgodny ze sztuką, wykonywanym zawodem, oraz przepisami obowiązującego prawa. W trakcie wykonywania Umowy zamawiający stwierdził szereg nieprawidłowości i poważnych uchybień po stronie wykonawcy.

Wykonanie dokumentacji geotechnicznej jest niezbędne na etapie sporządzania raportu o ocenie oddziaływania na środowisko o szczegółowości projektu budowlanego, czyli przed

wydaniem decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach. Na etapie tym poddawane ocenie są proponowane warianty realizacji planowanej inwestycji. Jednym z kryteriów oceny poszczególnych wariantów są możliwości posadowienia obiektu, które określa się na podstawie dokumentacji geotechnicznej. W przypadku obiektów takich jak mosty okazać się może, że ze względu na niekorzystne uwarunkowania geotechniczne, koniecznym będzie zmiana lokalizacji obiektu, rezygnacja z preferowanego wariantu lub użycie zupełnie innej technologii niż zakładana przed wykonaniem badań geologiczno-geotechnicznych - w wyniku czego zmienić się mogą warunki wykorzystania terenu na etapie realizacji, jak i eksploatacji oraz możliwe oddziaływania na środowisko. Pomimo, że decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach następuje przed wydaniem decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej, to zgodnie z art. 82 ust. 1 pkt 1 ustawy o udostępnianiu informacji o środowisku (...) określa rodzaj i miejsce przedsięwzięcia oraz warunki wykorzystania terenu w fazie realizacji i użytkowania, które jak wskazano powyżej mogą ulec zmianie w przypadku, gdy dokumentacja geotechniczna zostałaby opracowana po wydaniu przedmiotowej decyzji. Należy zauważyć, że doręczony dnia 6 listopada 2012 r. raport o oddziaływaniu na środowisko, w szczególności lokalizacja mostu i jego parametry techniczne sporządzone są w szczególności projektu budowlanego. Znamiennym jest również, że dnia 2 listopada 2012 r. wykonawca przekazał zamawiającemu projekt architektoniczno-budowlany, który nie spełniał wymogów obowiązujących przepisów prawnych, w tym rozporządzenia Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 25 kwietnia 2012 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego (Dz. U. z 2012r., poz. 462). Zamawiający bez dokumentacji geotechnicznej nie był w stanie m.in. zweryfikować poprawności zastosowanych rozwiązań itd. Brak dokumentacji geologicznej i geotechnicznej uniemożliwił zamawiającemu stwierdzenie, czy przekazane przez wykonawcę opracowania (raport o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko, projekt architektoniczno-budowlany, projekt budowlany i projekt wykonawczy) spełniają cel przedmiotu zamówienia.

Warto również wskazać, że twierdzenia wykonawcy, że dokumentacja geotechniczna była kompletna w listopadzie 2012 r. są sprzeczne z treścią ich pisma z dnia 26 listopada 2012 r., z którego wprost wynika, że propozycja zmiany terminu wykonania dokumentacji na 30 kwietnia 2013 r. uzasadniona jest „problemami technicznymi przy realizacji wierceń na wodzie”. Powstaje pytanie, jak dokumentacja geotechniczna mogłaby być kompletna, skoro nie można było wykonać wierceń?

Biorąc pod uwagę treść wspomnianego pisma wykonawcy z dnia 26 listopada 2012 r., zamawiający nie mógł mieć wątpliwości, że z przyczyn leżących po stronie wykonawcy nie jest możliwe dotrzymanie terminu wykonania Umowy (10 grudnia 2012 r.). Późniejsze wyjaśnienia wykonawcy nie zmieniły tej oceny, a dodatkowo potwierdziły oczywiste i poważne błędy i zaniedbania wykonawcy w procesie projektowania.

Zamawiający wskazał, że zasadniczo wszystkie zarzuty odwołującego koncentrują się na nie przekazaniu decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach. Wykonawca w całości pomija jednak fakt niewykonania przez siebie podstawowych czynności przewidzianych Umową, tj. niewykonania projektu budowlanego zgodnie z obowiązującymi przepisami, które między innymi nakładają obowiązek dołączenia dokumentacji geotechnicznej, z której wynikają warunki posadowienia obiektu (most na rzece Bóbr). W tym konkretnym przypadku konieczne było wykonanie niezbędnych badań gruntowo - wodnych z ustaleniem geotechnicznych warunków posadowienia obiektu. Opracowanie to wraz z dokumentacją geologiczno - inżynierską jest załącznikiem do wniosku o wydanie decyzji ZRID/pozwolenia na budowę.

Dokumentacja geologiczna i geotechniczna mogła zostać wykonana w terminie. Przekazane przez wykonawcę, po odstąpieniu zamawiającego od Umowy, materiały, które rzekomo zostały wykonane w listopadzie 2012 r., nie tylko nie są kompletne, ale wyraźnie wskazują, że wykonawca odpowiednich prac w istocie nie podjął - przykładowo można wskazać na brak projektu robót geotechnicznych, czy sporządzenie dokumentacji przez inny podmiot niż ten, który zgodnie z Umową miał ją wykonywać.

W związku z opisanym stanem faktycznym okoliczności stanowiące przyczynę odstąpienia od Umowy, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca, nie polegają, wbrew twierdzeniom odwołującego, na nienależyтым wykonaniu zobowiązania, ale są następstwem braku profesjonalizmu (a ściślej poważnego wykroczenia będącego dowodem braku profesjonalizmu). Zdaniem zamawiającego czynności podejmowane przez wykonawcę w trakcie realizacji przedmiotowej Umowy, w szczególności opracowywanie projektu architektoniczno-budowlanego bez przeprowadzonych badań geologicznych nie jest „niesolidnością”, czy też „brakiem uczciwości”, a wiązać je należy z brakiem oczekiwanego profesjonalizmu po stronie dłużnika. Co więcej, uznać należy, że wykroczenie wykonawcy jest zawinione i poważne. Projekty architektoniczno-budowlane przekazane przez wykonawcę są zdyskwalifikowane do realizacji w praktyce z uwagi na okoliczność, że wykonane zostały niezgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Zgodnie z rozporządzeniem Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 25 kwietnia 2012 r. w sprawie ustalania geotechnicznych warunków posadawiania obiektów budowlanych (Dz. U. z 2012 r., poz. 463) możliwe jest wyłączenie ustalania geotechnicznych warunków posadowienia obiektów budowlanych dla obiektów budowlanych zaliczonych do I lub II kategorii geotechnicznej, jednak jedynie w przypadku występowania w podłożu prostych warunków gruntowych, dla których nie wykonuje się robót geologicznych zdefiniowanych w art. 6 ust. 1 pkt. 1 ustawy.

Zamawiający stwierdził, że tłumaczenie art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. D dyrektywy 2004/18/WE nie jest doskonałe. W oryginalnych językach dekretowych mowa jest raczej

o poważnym uchybieniu w materii profesjonalnej, a więc w gruncie rzeczy o błędzie będącym dowodem braku profesjonalizmu, co niewątpliwie przekłada się na ustalenia zamawiającego co do działań podjętych przez wykonawcę w trakcie realizacji Umowy z GDDKiA Oddział w Zielonej Górze.

Zamawiający przedstawiając, jako dowody dokumenty wytworzone na etapie realizacji umowy wykazał, iż niewykonanie zobowiązań umownych nastąpiło wskutek poważnego niedbalstwa z jego strony oraz zamierzonego działania wykonawcy dotyczącego wykonania projektu budowlanego bez wymaganych dokumentacji. Brak profesjonalizmu wykonawcy przejawia się więc wykonywaniem umowy w sposób niezgodny ze sztuką, wykonywanym zawodem i obowiązującymi przepisami prawa budowlanego. Wydaje się również zasadnym, zwrócenie uwagi na skutki wyroku w sprawie Forposta. Mianowicie Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C - 465/11 został wydany w trybie prejudycjalnym na podstawie art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Jak wynika z brzmienia tegoż przepisu, przedmiotem postępowania prejudycjalnego jest wykładnia postanowień unijnego prawa pierwotnego (Traktatów) oraz ważność i wykładnia aktów przyjętych przez instytucje, organy lub jednostki organizacyjne Unii Europejskiej (rozporządzeń, dyrektyw i innych aktów prawa wtórnego). W konsekwencji, należy podkreślić, że Trybunał w omawianej sprawie nie orzekał w przedmiocie zgodności polskiej ustawy - Prawo zamówień publicznych z unijnymi przepisami w dziedzinie zamówień publicznych (takie pytanie, co podkreślił sam Trybunał byłoby niedopuszczalne w tym trybie).

W związku z ww. stanem faktycznym zachowanie wykonawcy w trakcie realizacji Umowy nie może zostać uznane, jak wskazuje odwołujący, jako nieprawidłowe, niedokładne, lub niskie jakościowo wykonanie umowy, czy też wykonane przez wykonawcę o niskich kompetencjach. Zdaniem zamawiającego wykonawca świadomie wprowadzał zamawiającego w błąd i wykonywał swoje zobowiązania Umowne w sposób niezgodny z obowiązującymi przepisami prawa, co według zamawiającego stanowi poważne wykroczenie zawodowe. Stwierdzić tym bardziej należy, że wykonywanie projektów budowlanych bez aktualnej dokumentacji geotechnicznej, spowodować może błędy projektowe, co w konsekwencji doprowadzić może do poważnych następstw w fazie realizacji przedsięwzięcia.

Kolejnymi przesłankami warunkującymi dopuszczalność zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 1a P.z.p jest termin odstąpienia oraz wartość niezrealizowanego zamówienia. W przedmiotowym stanie faktycznym, odstąpienie od umowy z wykonawcą nastąpiło 6 grudnia 2012 r., a więc nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, które miało miejsce w dniu 2 maja 2014 r., natomiast wartość niezrealizowanego zamówienia wynosiła 66,95 %.



W ocenie zamawiającego przywołane powyżej okoliczności, za które winę ponosił członek konsorcjum odwołującego, należy uznać za mieszczące się w ramach poważnego wykroczenia zawodowego, o którym mowa w art. 45 ust. 2 lit. d dyrektywy klasycznej, przy czym nie jest konieczne by wszystkie znalazły potwierdzenie w zgromadzonym materiale dowodowym.

Zamawiający podziela stanowisko wyrażone przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z 6 czerwca 2012 r. (sygn. akt KIO 707/12, KIO 729/12), że realizacja usługi zgodnie z umową, w terminach ustalonych przez strony jest jednym z podstawowych elementów zobowiązania wykonawcy. Stąd brak realizacji usługi w wyznaczonym czasie, a także brak realizacji poszczególnych etapów umowy, opieranie się wykonawcy przy pracach projektowych na materiałach archiwalnych przekazanych w trakcie postępowania przetargowego, brak wymaganych uzgodnień, wadliwość przekazywanych części dokumentacji, jak również fakt, iż przekazana w styczniu 2013 r. dokumentacja - projekt budowlany, wykonawczy i dokumentacja geologiczno-inżynierska, potwierdziły wszystkie uchybienia i wadliwość wykonywania Umowy, należy kwalifikować jako zawinione poważne wykroczenie zawodowe. Nie ulega bowiem wątpliwości, że brak realizacji podstawowych obowiązków ze strony wykonawcy - celowy brak przeprowadzenia badań geologicznych, opieranie się w pracach projektowych na materiałach archiwalnych, jest tak istotnym pogwałceniem warunków kontraktu i obowiązujących przepisów, że wadliwość tego świadczenia może być kwalifikowana, według wzorca określonego w dyrektywie obronnej, jako poważne wykroczenie zawodowe. Brak właściwej realizacji umowy po stronie wykonawcy generuje ogromne problemy i od początku stanowi zagrożenie dla realizacji umowy. Zdecydowanie więc należy się przeciwstawić takim praktykom, że w ofercie wykonawcy deklarują to, czego oczekuje zamawiający, tylko po to, aby uzyskać zamówienie, podczas gdy, jak wynika z doświadczenia życiowego, nie są w stanie sprostać tym obowiązkom. Wykonawcy częstokroć wykorzystują sytuację wiedząc, że dla zamawiającego odstąpienie od umowy stanowi ostateczność, bo generuje to kolejne, niebagatelne problemy. Rodzi to bowiem konieczność przeprowadzenia kolejnych postępowań o udzielenie zamówienia a z tym się wiążą koszty, czas a w wielu przypadkach niemożliwość dalszej realizacji inwestycji. Stąd też należy bezwzględnie eliminować tego rodzaju zachowania w realizacji umów, a narzędzie ku temu stworzone, wydaje się być pomocne dla realizacji tego celu.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego – zgłosili przystąpienie:

- Getinsa Ingenieria S.L., Ramon de Aguinaga 8, 28028 Madrid,

- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia PROMOST CONSULTING Sp. z o.o., PROMOST CONSULTING T. S. Sp. J., ul. Bohaterów 10 Sudeckiej Dywizji Piechoty 4, 35-307 Rzeszów.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

Izba stwierdziła, że zarzuty odwołującego są zasadne.

Wskazać bowiem należy na następujące okoliczności.

Zamawiający, pismem z dnia 17 września 2014 roku, poinformował odwołującego, że wykluczył konsorcjum Inko z postępowania, na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp, tj. Zamawiający odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego, z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy. Zamawiający GDDKiA Oddział w Zielonej Górze odstąpił od umowy Nr P2/Z4/56/2012 z dnia 18 maja 2012 r. w sprawie zamówienia publicznego pn. „Opracowanie dokumentacji projektowej dla zadania: Budowa mostu nad rz. Bóbr w ciągu drogi krajowej 32 w km 28+601, m. Brzózka” z konsorcjum firm: MP-MOSTY Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa; zgodnie

z odpisem z KRS z dnia 16.11.2012 r. zmianie uległa nazwa firmy na MP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa (lider) i MP-MOSTY Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (partner). Zamawiający wyjaśnił, że odstąpił od przedmiotowej umowy „Z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność wskutek celowego działania wykonawcy i poważnego niedbalstwa z jego strony, wina wykonawcy wynika z poważnego naruszenia, sklasyfikowanego, jako uchybienie zasadom profesjonalizmu w świetle wyroku TSUE z dnia 13 grudnia 2014 r. w sprawie C-465/11. Wykonawca nie wykonał opracowania pn. „Dokumentacja Geotechniczna”, którego termin przekazania był kilkakrotnie zmieniany, a ostatnia propozycja terminu spowodowała, że zamawiający nie widział realnej szansy na spełnienie celu przedmiotu zamówienia (art. 635 k.c.). Wykonawca świadomie wprowadzał zamawiającego w błąd, stwierdzając, że wykonał opracowania geologiczne. Jednak przedkładane przez wykonawcę dokumenty i opracowania wykazywały istotne braki i nie spełniały obowiązujących przepisów prawa.”.

Wykonawca zobowiązany był do wykonania przedmiotu umowy w terminie do 10 grudnia 2012 r. We wskazanym terminie należało wykonać opracowania projektowe oraz uzyskać opinie, uzgodnienia i decyzje niezbędne do opracowania wniosków z kompletem materiałów do uzyskania pozwolenia na rozbiórkę oraz pozwolenia na budowę/decyzji ZRID.

W dniu 26 listopada 2012 roku, wykonawca poinformował o problemach technicznych przy realizacji wierceń w wodzie i planowanym wykonaniu dokumentacji geotechnicznej na 30 kwietnia 2013 roku. Wykonawca, już wcześniej, dwukrotnie wnioskował o zmianę terminu wykonania dokumentacji geotechnicznej. Pierwsza zmiana terminu zaakceptowana przez zamawiającego, jaką zaproponował wykonawca, zakładała wykonanie przedmiotowej dokumentacji do 15 października 2012 roku, a kolejna do 26 listopada 2012 roku. Zamawiający akceptował powyższe zmiany terminów przekazania dokumentacji geotechnicznej pod warunkiem, że nie zaburzą one terminów realizacji opracowań powiązanych z wykonaniem ww. dokumentacji i nie wpłyną na terminy realizacji poszczególnych Etapów Umowy.

Trzecia zmiana terminu wskazana na 30 kwietnia 2013 roku, zaproponowana pismem z dnia 21 listopada 2012 roku, wykroczyła poza termin realizowania umowy i spowodowała, że zamawiający nie widział szansy na ukończenie przez wykonawcę przedmiotu zamówienia zgodnie z celem, jakemu miała służyć w szczególności w zgodności z ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. nr 243, poz. 1623 z późn. zm.).

Wykonawca w dniu 9 stycznia 2013 roku, poinformował m.in., że wykonał rozpoznanie geologiczne (wiercenia), a treść pisma, w którym złożono propozycję zmiany terminu wykonania dokumentacji geotechnicznej na dzień 30 kwietnia 2013 roku, nie odzwierciedlała faktycznej sytuacji dotyczącej dokumentacji geotechnicznej.

Zamawiający zgodził się na przekazanie w tym samym dniu przez wykonawcę projektów budowlanych i wykonawczych celem ich zweryfikowania, czy istotnie są one zgodne z celem przedmiotu umowy. Ponadto wykonawca przekazał opracowania, dotyczące prac geologicznych, na podstawie, których zamawiający miał ustalić czy rzeczywiście wykonawca wykonał prace geologiczne.

Wszystkie przedłożone przez wykonawcę dokumentacje i dokumenty zamawiający poddał sprawdzeniu, jednak ich weryfikacja dała wynik negatywny.

Ostatecznie w dniu 6 grudnia 2012 roku, zamawiający odstąpił od umowy Nr P2/Z4/56/2012.

Izba stwierdziła, że odstąpienie od umowy nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania tj. w dniu (przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte w dniu 2 maja 2014 roku), a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła 66,95 % wartości umowy.

Zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp, a zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Oceniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, Izba stwierdziła, że odwołujący zasadnie postawił zamawiającemu zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp. Przepis powyższy stanowi, iż zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców, z którymi dany zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego, z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy. Okolicznością bezsporną jest, że zamawiający GDDKiA Oddział w Zielonej Górze odstąpił od umowy z członkiem konsorcjum odwołującego, odstąpienie nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia przekraczała 5% wartości umowy.

Okolicznością sporną jest natomiast, czy odstąpienie od umowy spowodowane było wystąpieniem po stronie wykonawcy poważnego wykroczenia zawodowego.

Izba, przychylając się do stanowiska odwołującego stwierdziła, że zamawiający nie miał podstaw prawnych, jak i faktycznych do takiego twierdzenia. Okolicznością bezsporną w sprawie jest, że wykonawca trzykrotnie zwracał się do zamawiającego o przedłużenie terminu realizacji umowy. Zamawiający dwukrotnie przychylił się do wniosku wykonawcy. Jednakże przy trzecim wystąpieniu wykonawcy stwierdził, że nie może przychylić się do wniosku wykonawcy, gdyż zamawiający nie widział realnej szansy na spełnienie celu przedmiotu zamówienia.

Dlatego też zamawiający dnia 6 grudnia 2012 roku, odstąpił od umowy.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zamawiającemu nie sposób zarzucić automatyzmu, w klasyfikowaniu okoliczności stanowiących podstawę do uznania za zasadny wniosku o wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp. Zamawiający można natomiast zarzucić błędną ocenę naruszenia wykonawcy, stanowiącą podstawę do uznania braku profesjonalizmu, poważnego niedbalstwa, czy winy po stronie wykonawcy.

Jak słusznie bowiem wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie, w wyroku z dnia 29 października 2012 roku, w sprawie o sygn. akt V CA 2015/12, że rozwiązanie przyjęte w art. 24 ust. 1 pkt 1a p.z.p. ma charakter wyjątkowy i - jako takie - nie podlega wykładni rozszerzającej, zgodnie z zasadą *exceptiones non sunt extendendae*. Art. 24 ust. 1 pkt 1a należy wyklądać zawężająco i ma on zastosowanie jedynie do sytuacji, w których wypowiedziano (rozwiązano, odstąpiono od) umowę z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, w sytuacji, gdy można stwierdzić winę wykonawcy w naruszeniu, które klasyfikować można, jako uchybienie zasadom profesjonalizmu, a do tego naruszenie to musi być poważne.

Izba podziela również stanowisko prezentowane w wyroku KIO z dnia 28 lutego 2013 roku, sygn. akt KIO 345/13, gdzie wskazano, że 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. Uzasadnienie faktyczne czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania powinno zawierać wskazanie faktów, które zamawiający uznał za udowodnione, mające jednoznacznie potwierdzać, że rozwiązanie umowy było zasadne i wynikało wyłącznie z winy wykonawcy, a nadto potwierdzające, że wykonawca realizując umowę dopuścił się poważnego wykroczenia zawodowego, a nie tylko braku solidności w działaniu. Uzasadnienie prawne winno oprócz przytoczenia przepisów prawa zawierać także wyjaśnienie zastosowanej podstawy prawnej, zarówno co do rozwiązania umowy, jak i możliwości odniesienia tej sytuacji do wykluczenia wykonawcy z postępowania w oparciu o przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a p.z.p., przy równoczesnym uwzględnieniu, iż wskazane tam przesłanki wykluczenia muszą zaistnieć kumulatywnie.

Osią sporu w przedmiotowej sprawie pozostaje kwestia związana z dokumentacją geotechniczną. Bezsporne w sprawie jest, iż wykonawca miał za zadanie sporządzić harmonogram prac i harmonogram taki wykonawca opracował. Przedmiotowy harmonogram przewidywał sporządzenie dokumentacji geotechnicznej, jednakże ze względu na odmienne podejście przez zamawiającego do kwestii związanych z obowiązkiem sporządzenia tej dokumentacji, zaistniały rozbieżności w interpretacji, co do terminu sporządzenia

dokumentacji geotechnicznej. Faktem jest, że dokumentacja geotechniczna konieczna jest do przedłożenia, wraz z innymi dokumentami, do uzyskania pozwolenia na budowę. Zamawiający w OPZ przewidział, że taką dokumentację należy sporządzić w terminie wcześniejszym, przed uzyskaniem decyzji środowiskowej.

Biorąc powyższe pod uwagę, jak też zwracając uwagę na aspekt wskazany przez wykonawcę w piśmie z dnia 26 listopada 2012 roku, dotyczący problemów technicznych przy realizacji wierceń w wodzie i planowanym wykonaniu dokumentacji geotechnicznej do dnia 30 kwietnia 2013 roku, Izba stwierdziła, że zamawiający w sposób niedostateczny zbadał, jakie przyczyny leżały u podstaw takiego działania wykonawcy, stwierdzając arbitralnie, że działanie wykonawcy było celowe i spowodowane jego niedbalstwem.

Izba przy orzekaniu, pominęła argumentację dotyczącą sytuacji, jaka nastąpiła po dacie odstąpienia od umowy, tj. czynności zamawiającego i wykonawcy, gdyż pozostają one bez związku dla rozstrzygnięcia o naruszeniu art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp. Istotnym jest bowiem aspekt dotyczący i związany z datą podjęcia czynności zamawiającego, tj. dzień odstąpienia od umowy. Powyższe jest o tyle istotne, gdyż to na dzień odstąpienia od umowy, zamawiający musi być przekonany oraz musi posiadać wystarczające dowody, że podjęte czynności odstąpienia od umowy wywołane są okolicznością, za którą winę ponosi wykonawca i stanowi to poważne uchybienie zawodowe.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy, w ocenie Izby, stwierdzić należało, że decyzja zamawiającego o odstąpieniu od umowy nie mogła być wywołana poprzez stwierdzenie poważnego uchybienia zawodowego poczynionego przez wykonawcę. Zdaniem Izby odstąpienie od umowy nastąpiło *de facto* na skutek uznania przez zamawiającego, że rzeczona inwestycja zagrożona została realizacją w określonym terminie, związanym również z możliwością dofinansowania ze środków unijnych.

Izba stwierdziła, że zamawiający odstępując od umowy nie przeprowadził szczegółowej korespondencji z wykonawcą (w tym zakresie zamawiający dokonał odstąpienia od umowy na podstawie art. 635 k.c.) w celu ustalenia podstaw do żądania wydłużenia terminu realizacji umowy. Cała korespondencja zamawiającego związana i oparta jest na podstawie uzyskanej w datach późniejszych, dokumentacji wykonawcy, tj. po dacie odstąpienia od umowy. Jednakże wskazać należy, że na dzień odstąpienia od umowy, zamawiający dokumentacji tej nie posiadał i w związku z tym jej ocena nie stanowiła, bo nie mogła, podstaw do odstąpienia od umowy.

Biorąc powyższe pod uwagę, jak też uznając argumentację odwołującego za zasadną, Izba stwierdziła, że zamawiający nie udowodnił, że na dzień odstąpienia od umowy, tj. 6 grudnia 2012 roku, wykonawca dopuścił się poważnego uchybienia zawodowego, które nastąpiło z jego winy.

Zwróć bowiem należy uwagę na fakt, że wykonawca wyrażał chęć współpracy, wskazywał, że ma problem z wykonywaniem określonych czynności (odwiertów), co oznacza, że nie uchylał się od realizacji zadania i chciał je dokończyć w sposób maksymalnie profesjonalny, co nie spotkało się z pozytywnym oddźwiękiem ze strony zamawiającego.

Ponadto zamawiający nie zgłaszał uwag do przekazanego przez wykonawcę w dniu 2 listopada 2012 roku – raportu oddziaływania na środowisko, czyli należy domniemywać, że profesjonalizm wykonawcy był na wystarczającym poziomie i nie budził zastrzeżeń u zamawiającego.

Reasumując stwierdzić należało, że przesłanka wyrażona przepisem art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp, rozumiana i odczytywana zgodnie ze wskazówkami interpretacyjnymi wskazanymi wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 13 grudnia 2012 roku, sygn. akt C-465/11, nie pozwoliła na przyjęcie stanowiska, że wykonawca nie wykonując zamówienia realizowanego dla GDDKiA Oddział w Zielonej Górze, z własnej winy dopuścił się poważnego wykroczenia zawodowego, którego skutkiem było odstąpienie przez GDDKiA Oddział w Zielonej Górze od umowy. Zdaniem Izby występujące w trakcie realizacji rzeczonyj umowy niedociągnięcia ze strony wykonawcy, nie nastąpiły na skutek zamierzonego działania wykonawcy lub poważnego niedbalstwa z jego strony. W ocenie Izby wskazane działanie wykonawcy było wynikiem braku jasnej komunikacji ze strony zamawiającego, co do oczekiwanego rezultatu. Nadto wskazać również należy na aspekt dotyczący zawiadomienia wykonawcy o odstąpieniu od umowy i przyczynach tej decyzji zamawiającego, albowiem GDDKiA Oddział w Zielonej Górze zawiadamiając wykonawcę o odstąpieniu od umowy, jako przyczynę tej decyzji wskazała jedynie na aspekt braku realnej szansy na spełnienie celu przedmiotu zamówienia. Taka treść zawiadomienia stoi w rażącej sprzeczności z bardzo rygorystycznym i sanacyjnym charakterem przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp, który nie pozostawia wątpliwości, że należy go stosować wyjątkowo, bez możliwości dokonywania wykładni rozszerzającej, tym samym treść zawiadomienia musi odnosić się (wskazywać) do uchybień wykonawcy, które stanowią podstawę odstąpienia (rozwiązania) od umowy.

Izba postanowiła oddalić wniosek odwołującego o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków uznając, że dowód ten został powołany jedynie dla zwłoki

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

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

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....