

WYROK
z dnia 24 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Członkowie: Agata Mikołajczyk

Aneta Mlącka

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 kwietnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 kwietnia 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1. EGIS POLAND Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa, 2. WBP Zabrze Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Pawliczka 25, 41-800 Zabrze**, w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, działającego za pośrednictwem Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku, ul. Zwycięstwa 2, 15-703 Białystok**,

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1. EGIS POLAND Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa, 2. WBP Zabrze Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Pawliczka 25, 41-800 Zabrze** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tych wykonawców, tytułem wpisu od odwołania,

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, działający za pośrednictwem Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie usługi pn. „Opracowanie dokumentacji technicznej na budowę:

Zadanie I - obwodnicy Suwałk w ciągu drogi ekspresowej S61 na odcinku od węzła Suwałki Południe (dawny w. Lotnisko) do włączenia do istn. dk 8 w rejonie miejscowości Szwajcaria.

Zadanie II - połączenia istniejącej drogi krajowej Nr 8 węzłem „Suwałki Południe” (dawny węzeł Lotnisko)”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 grudnia 2011 r., nr 2011/S 249-406351.

Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1. EGIS POLAND Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, 2. WBP Zabrze Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrzu (tworzący konsorcjum) - wniósł odwołanie od czynności zamawiającego polegającej na unieważnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego oraz planowanym dokonaniu ponownej oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 1a przez przyjęcie, że zawarcie umowy z odwołującym stało się niemożliwe z uwagi na zaistnienie przesłanek zawartych w tym przepisie w odniesieniu do uczestnika konsorcjum - WBP Zabrze Sp. z o.o. mimo, że zaistnienie przesłanek zostało błędnie przyjęte,
- 2) art. 24 ust. 3 i art. 92 ust. 1 w zw. z art. 39 i nast., w zw. z art. 7 i art. 91 ust. 1 oraz w zw. z art. 58 § 1 Kc przez przyjęcie, po wyborze oferty najkorzystniejszej, że odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp podczas, gdy winno to nastąpić w wyniku procedury badania i oceny ofert, którą zamawiający dopiero planuje przeprowadzić lecz z ograniczeniem wyłącznie do oceny ofert, co stanowi obejście prawa,
- 3) art. 186 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 przez samowolne unieważnienie wyboru oferty

najkorzystniejszej bez podstawy prawnej, ze względu na fakt, że unieważnienie czynności może zostać dokonane wyłącznie w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu albo zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej.

Podnosząc zarzuty, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, a w razie dokonania przez zamawiającego przed wydaniem wyroku przez Krajową Izbę Odwoławczą ponownej oceny ofert i wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty innego wykonawcy, również nakazanie zamawiającemu unieważnienia tych czynności,
- 2) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa w postępowaniu odwoławczym.

Jednocześnie wniósł o przeprowadzenie dowodów zgłoszonych w odwołaniu, w tym dowodu z:

- 1) dokumentów wskazanych w odwołaniu,
- 2) zeznań Danuty Piekarczyk, Krzysztofa Wąsowicza, Katarzyny Lidowskiej-Seweryńskiej i Jacka Seweryńskiego,
- 3) przesłuchania stron z ograniczeniem do przesłuchania Stefana Szostaka - Prezesa Zarządu WBP Zabrze Sp. z o.o.
- na okoliczność współpracy WBP Zabrze Sp. z o.o. i zamawiającego w związku z umowami nr I/413/DI-15/2006, I/20/ZP-P-2/2008 i I/349/ZP-P-2/2010, prac dodatkowych nieobjętych tymi umowami, rozwiązania umów, w szczególności przyczyny rozwiązania, a także stopnia wykonania przedmiotu świadczenia przez WBP Zabrze Sp. z o.o. w zakresie zawartych umów,
- 4) opinii biegłego z dziedziny ochrony środowiska w zakresie opracowania dotyczącego ochrony środowiska oraz biegłego z dziedziny budownictwa (dokumentacji technicznej potrzebnej do wniosku o wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach) w zakresie opracowania dotyczącego części technicznej, na okoliczność zasadności z punktu widzenia przepisów prawa, postanowień umów oraz celu opracowania, uwag do studium techniczno-ekonomiczno-środowiskowego (w tym raportu o oddziaływaniu na środowisko) zgłoszonych przez zamawiającego w dniach: 7 października 2009 r., 12 sierpnia 2010 r., 14 września 2010 r., 7 stycznia 2011 r., 21 czerwca 2011 r. i 29 września 2011 r. oraz na okoliczność stopnia zaawansowania, z punktu widzenia przepisów prawa, postanowień oraz celu opracowania, wykonania studium techniczno-ekonomiczno-środowiskowego (w tym raportu o oddziaływaniu na środowisko), przekazanego zamawiającemu dnia 22

września 2011 r. wraz z uzupełnieniem z dnia 4 listopada 2011 r.,

5) plików zamieszczonych na płytach CD oznaczonych jako opracowania: 04.03.2009, 24.09.2009, 05.08.2010, 09.08.2010, 30.12.2010, 14.06.2011, 22.09.2011 i 04.11.2011,

stanowiących studium techniczno-ekonomiczno-środowiskowe lub jego elementy, będące przedmiotem posiedzenia Zespołu Oceny Przedsięwzięć Inwestycyjnych dnia 4 marca 2009 r. (płyta CD: opracowanie 04.03.2009) oraz przekazane zamawiającemu dnia: 24 września 2009 r. (płyta CD: opracowanie 24.09.2009), 5 sierpnia 2010 r. (płyta CD: opracowanie 05.08.2010), 9 sierpnia 2010 r. (płyta CD: opracowanie 09.08.2010), 30 grudnia 2010 r. (płyta CD: opracowanie 30.12.2010), 14 czerwca 2011 r. (płyta CD: opracowanie 14.06.2011) i 22 września 2011 r. z uzupełnieniami z dnia 4 listopada 2011 r. (płyta CD: opracowanie 22.09.2011 i 04.11.2011),

na okoliczność wykonania przez WBP Zabrze Sp. z o.o. przedmiotu świadczenia zgodnie z umowami oraz bezzasadności uwag zamawiającego do przedmiotu świadczenia wykonawcy WBP Zabrze Sp. z o.o.

Odwołujący podał, że jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą, a unieważnienie jej wyboru i planowane powtórzenie czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej, przy założeniu zaistnienia przesłanek określonych w art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp powoduje, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, a nadto może ponieść szkodę w postaci utraconych korzyści w wyniku naruszenia wskazanych przepisów Pzp.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podał, że pismem z dnia 9 marca 2012 r. został zawiadomiony o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej. Termin zawarcia umowy został wyznaczony na dzień 30 marca 2012 r. W dniu 29 marca 2012 r. odwołujący otrzymał zawiadomienie o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i planowanym dokonaniu ponownej oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty. Zamawiający stwierdził w piśmie, że zawarcie umowy stało się niemożliwe z uwagi na fakt wystąpienia, w odniesieniu do uczestnika odwołującego się konsorcjum - WBP Zabrze Sp. z o.o., przesłanek wykluczenia z postępowania unormowanych w art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp.

Odwołujący podał, że stan faktyczny związany z odstąpieniem przez zamawiającego od umów zawartych z WBP Zabrze Sp. z o.o. jest przedmiotem postępowania przed sądem powszechnym, zatem stosując przepis art. 177 § 1 pkt 1 Kpc wskazanym byłoby zawieszenie postępowania odwoławczego do czasu wydania prawomocnego wyroku przez sąd powszechny. Wskazał, że jest to tym bardziej uzasadnione, że w razie prowadzenia postępowania odwoławczego i ewentualnego oddalenia odwołania, w sytuacji kiedy w terminie późniejszym sąd powszechny uwzględni powództwo WBP Zabrze Sp. z o.o., odwołującemu będzie przysługiwało roszczenie o odszkodowanie wobec Skarbu Państwa -

Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad.

Uznał, że czynności zamawiającego, którego dotyczy odwołanie (Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku), są niezasadne i nie znajdują podstaw prawnych. Wskazał, że decyzja o zaistnieniu podstaw do wykluczenia z postępowania, winna być podjęta w wyniku procedury badania i oceny ofert, która miała miejsce przed przekazaniem informacji z dnia 9 marca 2012 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty. Wskazał, że obecnie zamawiający planuje dokonać jedynie procedury oceny ofert, która sprowadza się wyłącznie do wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryterium oceny ofert, wskazanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający przesądził o wykluczeniu odwołującego z postępowania z pominięciem procedury mimo, że przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp zaistniały w 2011 r. i winny być znane zamawiającemu przed rozstrzygnięciem postępowania. Obecne postępowanie zamawiającego, odwołujący uznał za obejście prawa, skutkujące naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Wskazał także, że przepisy Pzp stwarzają możliwość unieważnienia czynności zamawiającego wyłącznie na podstawie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej albo w przypadku uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Podniósł, że zgodnie z poglądami judykatury, za ewentualną podstawę czynności zamawiającego można byłoby uznać, co najwyżej unormowanie w zakresie wady oświadczenia w postaci błędu, w rozumieniu art. 84 Kc w zw. z art. 14 Pzp. Jednak uchylenie się od skutków oświadczenia o wyborze oferty wymaga wystąpienia następujących przesłanek:

- 1) błąd istotny, tj. uzasadniający przypuszczenie, że gdyby zamawiający nie działał pod wpływem błędu i oceniał sprawę rozsądnie, nie złożyłby oświadczenia tej treści,
- 2) błąd co do treści,
- 3) błąd został wywołany przez odwołującego, odwołujący wiedział o błędzie lub mógł z łatwością błąd zauważyć.

Podniósł, że w przedmiotowej sytuacji nie sposób uznać, iż zostały spełnione przesłanki, wymienione w pkt 1 i 3, a ze względu na ocenę merytoryczną - także w pkt 2. Biorąc pod uwagę fakt, iż oświadczenia o odstąpieniu od umów z WBP Zabrze Sp. z o.o. zostały złożone przez zamawiającego w maju 2011 r., nielogicznym jest założenie, iż w marcu 2012 r. zamawiający nie wiedział o tym fakcie. Ponadto, w związku z nieustannym kwestionowaniem przez WBP Zabrze Sp. z o.o. skuteczności odstąpienia przez zamawiającego od umów, ewentualnie przypisywanie spółce winy za takie działanie, jak również dokonania oceny stopnia zaawansowania prac wyłącznie przez zamawiającego, tym samym ustalenie wartości zrealizowanego zamówienia oraz mając na uwadze fakt, że zamawiający dotychczas nie skorzystał z przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp wobec WBP

Zabrze Sp. z o.o., niezasadnym jest twierdzenie, że odwołujący wywołał błąd, wiedział o błędzie lub mógł go z łatwością zauważyć. Skoro zamawiający uznał w maju 2011 r., że wobec WBP Zabrze Sp. z o.o. zaistniały przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp, winien znać stan faktyczny i prawny sprawy, zatem nie sposób przypisać działaniu odwołującego jakiegokolwiek wpływu na ewentualne wywołanie wady oświadczenia zamawiającego. Uczestnik odwołującego się konsorcjum - WBP Zabrze Sp. z o.o. złożył oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia, ponieważ - w jego ocenie - takie podstawy nie zaistniały. Od zaistnienia przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp upłynęło już 10 miesięcy, w czasie których zamawiający nie dokonał wykluczenia spółki z postępowania na podstawie przywołanego przepisu Pzp.

Podniósł, że z art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp wynika obowiązek zamawiającego udowodnienia okoliczności skutkujących wykluczeniem odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp. Wskazał, że takie samo stanowisko zostało wyrażone w uzasadnieniu do projektu ustawy z dnia 25 lutego 2011 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych, która wprowadziła przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp. Kierując się względami ostrożności, odwołujący podał, że udowodni, iż nie zaistniały przesłanki do wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp. Wskazał, że mimo, iż przedstawiony stan faktyczny będzie przedmiotem postępowania przed sądem powszechnym, w sytuacji, gdyby postępowanie odwoławcze nie zostało zawieszona, rozpoznania wymaga wystąpienie wszystkich przesłanek określonych w art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp. W przeciwnym wypadku wykluczenie z postępowania na podstawie tego przepisu prawa byłoby uwarunkowane tylko oceną zamawiającego, co ograniczałoby ochronę interesów wykonawcy i sprzytałoby nadużywaniu prawa przez zamawiających oraz czyniłoby ułomną ocenę czynności wykluczenia dokonywaną przez Izbę (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 września 2011 r., sygn. akt KIO 1822/11).

Odwołujący przedstawił stan faktyczny związany z odstąpieniem przez zamawiającego od umów nr I/413/DI-15/2006, I/20/ZP-P-2/2008 i I/349/ZP-P-2/2010, wskazując m.in. następujące okoliczności.

W dniu 28 grudnia 2006 r. strony (Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie i WBP Zabrze Sp. z o.o.) zawarły umowę nr I/413/DI-15/2006, na mocy której WBP Zabrze Sp. z o.o. zostało zobowiązane do opracowania dokumentacji projektowej do uzyskania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia dla zadania: „Budowa drogi ekspresowej S-7 na odcinku Moczydło-Szczepanowice-Widoma-Zastów-Kraków (Ptaszyckiego/Igołomska) o dług. ok. 57 km”. Pierwotny termin określono do dnia 28 czerwca 2008 r.

W trakcie realizacji umowy strony zawarły siedem aneksów zmieniających jej treść:

1) aneks nr I/202/ZP-P-2/2007 z dnia 25 maja 2007 r., 2) aneks nr I/500/ZP-P-2/2007 z dnia 20 grudnia 2007 r., 3) aneks nr I/277/ZP-P-2/2008 z dnia 12 sierpnia 2008 r., 4) aneks nr I/137/ZP-P-2/2009 z dnia 25 marca 2009 r., 5) aneks nr 8 (I/562/ZP-P-2/2009) z dnia 25 listopada 2009 r., 6) aneks nr 9 (I/284/ZP-P-2/2010) z dnia 27 czerwca 2010 r., 7) aneks nr 7 vat/I/138/ZP-P-2/2011 z dnia 31 stycznia 2011 r.

Odwołujący podał, że okoliczności, które uzasadniały zawarcie aneksu nr I/277/ZP-P-2/2008 z dnia 12 sierpnia 2008 r., tj. konieczność wykonania inwentaryzacji przyrodniczej w okresie od marca do sierpnia, zgodnie z zaleceniem Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, stanowiły podstawę zawarcia przez strony umowy z dnia 12 września 2008 r. nr I/347/ZP-P-2/2008.

Okoliczności, które uzasadniały zawarcie aneksu nr 9 (I/284/ZP-P-2/2010) z dnia 27 czerwca 2010 r. skutkowały zawarciem umowy nr I/349/ZP-P-2/2010 z dnia 21 lipca 2010 r., na mocy której WBP Zabrze Sp. z o.o. było zobowiązane do weryfikacji raportu o oddziaływaniu na środowisko oraz wprowadzenia dodatkowych regulacji związanych z proponowanym utworzeniem na terenie przebiegu wariantów trasy S-7 nowych obszarów Natura 2000, analizy opracowań STEŚ i raportu o oddziaływaniu na środowisko pod względem wprowadzenia nowych wytycznych w zakresie usytuowania i powierzchni miejsc obsługi podróżnych, jak również opracowania dodatkowego aneksu do opracowania studium techniczno-ekonomiczno-środowiskowego (STEŚ) zawierającego analizę wariantowania przebiegu odcinka trasy S7 w rejonie Zesławic. Do dwóch umów dodatkowych zostały zawarte aneksy, po jednym do każdej umowy.

W dalszej treści odwołania, odwołujący powołując się na postanowienia Specyfikacji technicznych przedstawił czynności stron związane z opracowaniem studium techniczno-ekonomiczno-środowiskowe oraz raportu o oddziaływaniu na środowisko, także czynności zgłaszania przez zamawiającego uwag do raportu, ich uwzględniania oraz stwierdzenia niezasadności zgłaszanych uwag, argumentując, że skoro zamawiający zapłacił wykonawcy WBP Zabrze Sp. z o.o. wynagrodzenie za opracowania w wysokości 85%, równoznaczne jest to z dokonaniem odbioru opracowań.

Wskazał czynności: związane z opracowaniem studium techniczno-ekonomiczno-środowiskowego o oddziaływaniu na środowisko nowo utworzonych obszarów Natura 2000, zmian w kwestii lokalizacji i kategorii miejsc obsługi podróżnych, korekty rozwiązań projektowych wariantu A i B (prace dodatkowe objęte umową z dnia 21 lipca 2010 r. nr I/349/ZP-P-2/2010), zgłaszanie uwag przez zamawiającego oraz wskazał na brak współpracy stron. Podał, że w wyniku w spotkaniu w Departamencie Środowiska Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie w dniu 9 września 2010 r., wykonawca WBP Zabrze Sp. z o.o. zadeklarował w piśmie z dnia 24 września 2010 r. przekazanie

zamawiającemu opracowania w ciągu 14 dni roboczych od uzyskania wszystkich potrzebnych materiałów od podmiotów trzecich, tj. m.in. dokumentacji obrazującej przebieg drogi i prognozy ruchu wraz ze strukturą ruchu dla projektowanej równolegle przez Fojud S.A. drogi wojewódzkiej 783, stanowiącej obwodnicę Miechowa.

Po niezbędnej modyfikacji opracowania wykonawca WBP Zabrze Sp. z o.o. przekazał zamawiającemu raport o oddziaływaniu na środowisko dnia 30 grudnia 2010 r. Zamawiający zgłosił dalsze uwagi do opracowania. W konsekwencji wykonawca przekazał w dniu 30 grudnia 2010 r. wyłącznie raport, co skutkowało następczymi rozbieżnościami pomiędzy treścią raportu, a pozostałą treścią studium techniczno-ekonomiczno-środowiskowego.

Wykonawca uczestniczył w spotkaniu, które odbyło się w Departamencie Środowiska Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie w dniu 19 stycznia 2011 r. Wówczas strony ustaliły zakres i termin zmian i uzupełnień dokumentacji, przy czym dotrzymanie terminu 3 tygodni uzależnione było od od uzyskania brakujących uzgodnień Arcellor Mittal Poland S.A. oraz Miejskiego Konserwatora Zabytków i Małopolskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków w Krakowie. Podczas spotkania zamawiający odstąpił od żądania uzgodnienia oddziaływań skumulowanych w związku z budową obwodnicy Miechowa, uznając argumentację WBP Zabrze Sp. z o.o. Uzgodnienie z Arcellor Mittal Poland S.A. uzyskano dnia 2 marca 2011 r.

W celu uzyskania uzgodnienia Małopolskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków i Miejskiego Konserwatora Zabytków w Krakowie, w dniu 31 marca 2011 r. odbyło się spotkanie z udziałem przedstawicieli WBP Zabrze Sp. z o.o., zamawiającego, Małopolskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków i Miejskiego Konserwatora Zabytków w Krakowie, w wyniku którego oczekiwano od wykonawcy WBP Zabrze Sp. z o.o. przeanalizowania wariantu poprowadzenia drogi S-7 pod, nad Aleją Solidarności oraz w jej poziomie, jak również uwzględnienia w raporcie o oddziaływaniu na środowisko niezasadnych uwag dotyczących zabytków kubaturowych. Małopolski Wojewódzki Konserwator Zabytków w Krakowie wydał negatywną opinię dla raportu o oddziaływaniu na środowisko (pismo z dnia 12 kwietnia 2011 r.).

Wykonawca przekazał zamawiającemu robocze wersje rozwiązania przejścia drogi ekspresowej w rejonie Alei Solidarności przed ich wysłaniem do Miejskiego Konserwatora Zabytków i Małopolskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków w Krakowie (pismo z dnia 19 kwietnia 2011 r.). Zamawiający przekazał zastrzeżenia do rozwiązań. Małopolski Wojewódzki Konserwator Zabytków w Krakowie przyjął raport o oddziaływaniu na środowisko w zakresie zabytków kubaturowych, stwierdzając, że nie określa on zakresu kolizji oraz sposobu postępowania z obiektami położonymi w korytarzu projektowanej trasy S-7. W piśmie z dnia 3 czerwca 2011 r. WBP Zabrze Sp. z o.o. przesłało Miejskiemu Konserwatorowi Zabytków w Krakowie wariantowe rozwiązania przecięcia projektowanej

trasy S-7 z Aleją Solidarności oraz rozwiązanie kolizji ze schronem amunicyjnym przy ul. Łowińskiego (wykonane jako prace dodatkowe bez stosownej umowy) z prośbą o wydanie opinii. Miejski Konserwator Zabytków w Krakowie w piśmie z dnia 18 lipca 2011 r. wyraził opinię, w której zaproponował, zdaniem odwołującego, rozwiązania nieuzasadnione technicznie i ekonomicznie oraz przekazał wniosek o opinię z dnia 3 czerwca 2011 r. Małopolskiemu Wojewódzkiemu Konserwatorowi Zabytków w Krakowie (opinia została wyrażona w piśmie z dnia 3 sierpnia 2011 r.). Odwołujący wskazał, że konieczność prowadzenia drogi S-7 z uwzględnieniem schronu amunicyjnego przy ul. Łowińskiego wystąpiła dopiero podczas spotkania dnia 31 marca 2011 r. ze względu na zapewnienie przez Miejskiego Konserwatora Zabytków (pismo z dnia 27 lutego 2009 r. i z dnia 1 lipca 2010 r.), że w rejonie projektowanej trasy nie występują zabytki kubaturowe, objęte ochroną konserwatorską.

W ocenie odwołującego, mimo braku podstaw formalnych i merytorycznych do zgłaszania uwag do opracowań, jak również mimo występujących problemów z uzyskaniem uzgodnień oraz niezapewnieniem podstaw formalnych do wykonania prac dodatkowych polegających na analizie wariantowania przebiegu drogi S-7 w rejonie Alei Solidarności i analizie wariantowania przebiegu drogi S-7 w rejonie schronu amunicyjnego przy ul. Łowińskiego, zamawiający wystosował w dniu 10 maja 2011 r. do członków Rady Nadzorczej WBP Zabrze Sp. z o.o. pismo, w którym prosił o interwencję w celu przyśpieszenia wykonania przedmiotu umowy nr I/413/DI-15/2006 oraz nr I/349/ZP-P-2/2010 do dnia 25 maja 2011 r. W piśmie z dnia 18 maja 2011 r. zamawiający ponownie zgłosił zastrzeżenia do roboczych wariantów przejścia drogi ekspresowej S-7 w rejonie Alei Solidarności i żądał, aby dokumentacja została wykonana niezwłocznie.

W trzech pismach z dnia 26 maja 2011 r. zamawiający oświadczył, że z dniem 27 maja 2011 r. odstępuje od umów nr I/413/DI-15/2006, I/349/ZP-P-2/2010 i I/20/ZP-P-2/2008 na podstawie art. 491 § 1 Kc wzywając wykonawcę do sporządzenia zestawienia zawierającego wykaz i określenie stopnia zaawansowania poszczególnych opracowań projektowych wraz z zestawieniem wartości wykonanych opracowań według stanu na dzień odstąpienia. W piśmie z dnia 31 maja 2011 r. wykonawca WBP Zabrze Sp. z o.o. poinformował zamawiającego o braku przesłanek do zastosowania przepisu art. 491 § 1 Kc, tj. o braku winy po stronie wykonawcy w opóźnieniu w wykonaniu przedmiotu umów, a nadto o niedopełnieniu przez zamawiającego wymogów formalnych w postaci wyznaczenia odpowiedniego dodatkowego terminu do wykonania z zagrożeniem, iż w razie bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu, będzie uprawniony do odstąpienia od umowy.

Wykonawca zadeklarował nowe terminy wykonania poszczególnych opracowań do dnia 15 czerwca 2011 r., przekazując zamawiającemu w dniu 14 czerwca 2011 r. studium

techniczno-ekonomiczno-środowiskowe wraz z raportem o oddziaływaniu na środowisko. W odpowiedzi na złożone materiały zamawiający wezwał do przedłożenia dokumentacji w wersji elektronicznej edytowalnej (w formacie dwg), a w piśmie z dnia 21 czerwca 2011 r. stwierdził 74 nieścisłości oraz braki, również wzywając do ich usunięcia do dnia 5 lipca 2011 r.

Celem omówienia zastrzeżeń, WBP Zabrze Sp. z o.o. zwróciło się o zorganizowanie spotkania, które odbyło się w dniu 11 lipca 2011 r. Wykonawca WBP Zabrze Sp. z o.o. zadeklarował ostateczny termin przekazania zamawiającemu opracowań uwzględniających zmiany omówione podczas spotkania, do dnia 31 sierpnia 2011 r., przy zastrzeżeniu, że Miejski Konserwator Zabytków w Krakowie wyda opinię w terminie do dnia 29 lipca 2011 r. Wprowadzenie zmian do dokumentacji wymagało wykonania prac dodatkowych, tj.: analizy wariantowania przebiegu drogi S-7 w rejonie Alei Solidarności i analizy wariantowania przebiegu drogi S-7 w rejonie schronu amunicyjnego przy ul. Łowińskiego, uszczegółowienia analizy wariantowania przebiegu drogi S-7 w rejonie Zesławic, przeprowadzenia konsultacji społecznych i przygotowania raportu z nich, opracowania wielokryterialnej analizy porównawczej dotyczącej przebiegu drogi S-7 w rejonie Alei Solidarności. WBP Zabrze Sp. z o.o. przeprowadziło dnia 24 sierpnia 2011 r. konsultacje społeczne dotyczące wariantowania przebiegu trasy w rejonie Alei Solidarności. Zamawiający przesunął termin wpływu wniosków z konsultacji społecznych z dnia 26 sierpnia 2011 r. do dnia 31 sierpnia 2011 r., co skutkowało przesunięciem terminu przekazania kompletnych opracowań do dnia 20 września 2011 r. Jednak ze względu na dużą liczbę złożonych wniosków oraz ich wpływ do dnia 2 września 2011 r., przekazanie dokumentacji nastąpiło dnia 22 września 2011 r. W piśmie z dnia 29 września 2011 r. zamawiający zgłosił 60 uwag do opracowań.

Zamawiający przesłał również dodatkowe informacje, które określił jako konieczne do uwzględnienia w dokumentacji (przypuszczenie, iż na trasie analizowanej inwestycji występuje chroniony gatunek fauny, nieujęty dotychczas w opracowaniu). W wyniku ponownego sprawdzenia w terenie, przypuszczenie to okazało się bezzasadne. Odwołujący wskazał, że zamawiający nie dotrzymał siedmiodniowego terminu do zgłoszenia uwag zgodnie z umową nr I/20/ZP-P-2/2008 (§ 7 ust. 5) oraz nr I/349/ZP-P-2/2010 (§ 5 ust. 5).

Odwołujący stwierdził, że czynności zamawiającego świadczyły o tym, iż umowy nr I/413/DI-15/2006, I/349/ZP-P-2/2010 i I/20/ZP-P-2/2008 wiążą strony nadal, więc uznał bezskuteczność oświadczeń o odstąpieniu od umów. Jednak wobec deklarowanej przez zamawiającego woli zakończenia współpracy, potwierdzonej podczas spotkania z przedstawicielami w dniu 21 czerwca 2011 r., również w dniu 7 października 2011 r., wykonawca WBP Zabrze Sp. z o.o. przygotował i przekazał zamawiającemu projekt porozumienia o rozwiązaniu umów (pismo z dnia 29 września 2011 r.). Zamawiający odmówił podpisania porozumienia, powołując się na skuteczne odstąpienie od umów w maju

2011 r. na podstawie art. 635 Kc, tj. innego przepisu niż podany w oświadczeniach z dnia 26 maja 2011 r. W piśmie z dnia 17 października 2011 r. zamawiający podtrzymał stanowisko o odstąpieniu od umów, wyrażone w piśmie z dnia 7 października 2011 r. i wezwał wykonawcę do przedłożenia w dniu 2 listopada 2011 r. dokumentacji projektowej wraz z zestawieniem zawierającym wykaz i określenie stopnia zaawansowania oraz wartości poszczególnych opracowań.

Odwołujący zakwestionował w odwołaniu wskazanie przepisu art. 635 Kc jako podstawy odstąpienia od umów nr 1/413/DI-15/2006, I/349/ZP-P-2/2010 i I/20/ZP-P-2/2008 podając, że odstąpienie zostało złożone po upływie określonego w tych umowach terminu wykonania dzieła. Powołał się na doktrynę i judykaturę (*A. Kidyba (red.), Z. Gawlik, A. Janiak, K. Kopaczyńska-Pieczniak, G. Kozieł, E. Niezbecka, T. Sokołowski, Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania - część szczególna, LEX 2010; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 stycznia 2004 r., sygn. akt IV CK 356/02; Mon. Spół. 2005, nr 5, s. 14*). Wskazał, że w wyroku z dnia 21 września 2006 r., sygn. akt I CSK 129/06, Sąd Najwyższy orzekł, że skoro art. 635 Kc nie zawiera rozróżnienia opóźnienia zawinionego i niezawinionego przez przyjmującego zamówienie, to uprawnienie zamawiającego do odstąpienia od umowy jest niezależne od przyczyny tego opóźnienia, zatem może on od umowy odstąpić także wówczas, gdy opóźnienie zostało przez niego spowodowane. Jeżeli bowiem przyjmujący zamówienie nie spełnia świadczenia z powodu braku potrzebnego do wykonania dzieła współdziałania zamawiającego, to nie zachodzi przesłanka opóźnienia się przyjmującego zamówienie, warunkująca prawo zamawiającego do odstąpienia od umowy.

Odwołujący podniósł, że odstąpienia od umów nie można było dokonać również na podstawie art. 636 Kc, przepis ten bowiem zakłada wadliwe albo sprzeczne z umową wykonanie dzieła. Wymaga też wezwania przyjmującego zamówienie do zmiany sposobu wykonania umowy i wyznaczenia mu w tym celu odpowiedniego terminu.

Odwołujący podał, że zamawiający uniemożliwił mu wykonanie dokumentacji podnosząc, że wobec obowiązku spełnienia wymogów wprowadzonych ustawą z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (zarządca drogi zamieszcza na swojej stronie internetowej informację o zamiarze rozpoczęcia budowy lub przebudowy drogi i możliwości zgłaszania zainteresowania udostępnieniem kanału technologicznego, jednocześnie zawiadamiając o tym Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, zwanego dalej „Prezesem UKE”), zamawiający zamieścił stosowne ogłoszenie dopiero w kwietniu 2011 r. (wymagany termin - najpóźniej na 6 miesięcy przed dniem złożenia wniosku o wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej albo o pozwoleniu na budowę dróg, o których mowa w ust. 6 pkt 2). W ocenie odwołującego, zamawiający nie był zainteresowany dalszą realizacją umów z powodu skreślenia inwestycji dotyczącej drogi S-7 na odcinku od granicy województwa

świętokrzyskiego do Krakowa z listy zadań inwestycyjnych, których realizacja rozpocznie się do 2013 r. (załącznik do Programu Budowy Dróg Krajowych na lata 2011-2015).

Odwołujący stwierdził, że wobec przekazania zamawiającemu w dniu 4 listopada 2011 r. opracowań o stopniu zaawansowania 100%, za wyjątkiem materiałów do wniosku o decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach (50% zaawansowania) oraz w świetle oceny przez zamawiającego stopnia zaawansowania tych prac i sporządzenia protokołu końcowego odbioru oraz protokołu rozliczeń, uzasadnionym jest twierdzenie, że zamawiający w piśmie z dnia 17 października 2011 r. przez podtrzymanie stanowiska zawartego w piśmie z dnia 7 października 2011 r., złożył oświadczenie o odstąpieniu od umów nr I/413/DI-15/2006, I/349/ZP-P-2/2010 i I/20/ZP-P-2/2008, przy czym - wobec braku przesłanek określonych w innych przepisach prawa – odwołujący uznał, że odstąpienie zostało dokonane na podstawie art. 644 Kc. Podniósł z ostrożności, że przyjmując nawet ewentualny brak podstaw do zakwalifikowania odstąpienia od umów na podstawie art. 644 Kc, okoliczności sprawy wskazują, że zamawiający w myśl art. 639 Kc nie może odmówić zapłaty wynagrodzenia mimo niewykonania dzieła, choć w tym przypadku dzieło zostało w całości wykonane (pismami z dnia 22 grudnia 2011 r. zamawiający odesłał noty księgowo oraz faktury VAT jako wystawione bezpodstawnie).

Odwołujący zakwestionował ustalony przez zamawiającego stopień zaawansowania opracowania, a tym samym wartość zrealizowanych zamówień: wykonania raportu o oddziaływaniu na środowisko na poziomie 60%, a pozostałych elementów studium techniczno-ekonomiczno-środowiskowego na poziomie 90% i 95%.

Uznał, że stopień zaawansowania studium techniczno-ekonomiczno-środowiskowego należy ocenić na poziomie 100%, co uprawnia wykonawcę do żądania wynagrodzenia w pełnej wysokości. Wskazał, że zamawiający do dnia odstąpienia od umów - nr I/413/DI-15/2006 i I/20/ZP-P-2/2008 zapłacił wykonawcy wynagrodzenie w wysokości stanowiącej 85% należnego wynagrodzenia za studium techniczno-ekonomiczno-środowiskowe wraz z jego elementem w postaci raportu o oddziaływaniu na środowisko, a od umowy - nr I/20/ZP-P-2/2008 zapłacone wynagrodzenie za raport o oddziaływaniu na środowisko wyniosło 100%.

Podczas spotkania w dniu 22 listopada 2011 r. zamawiający oświadczył, że zwiększy ocenę stopnia zaawansowania raportu o oddziaływaniu na środowisko o 10-15% w razie przekazania przez WBP Zabrze Sp. z o.o. edytowalnej wersji tego opracowania. Stanowisko zamawiającego, w ocenie odwołującego, świadczy o tym, iż zamawiający kierował się błędnymi przesłankami oceny stopnia zaawansowania. Stopień zaawansowania wskazuje na zakres wykonanych prac pod względem merytorycznym, zamawiający natomiast uwzględnił również formę przekazania opracowań, która nie ma znaczenia dla oceny stopnia zaawansowania opracowania. Oznacza to, że zamawiający ocenił stopień zaawansowania raportu o oddziaływaniu na środowisko w rzeczywistości na poziomie 70-75%.

Odwołujący nie zgodził się również z określeniem stopnia zaawansowania analizy i prognozy ruchu na poziomie 91%. Podniósł, że opracowanie zostało wydane zamawiającemu i przyjęte bez zastrzeżeń, co oznacza, że dokonując zapłaty 80% wynagrodzenia, zamawiający potwierdził odbiór opracowania, a tym samym jego stopień zaawansowania na poziomie 100%. Do odwołania zostały załączone dowody wskazane w jego treści wraz z korespondencją dokumentującą dokonane czynności w toku realizacji umów.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający, na mocy art. 186 ust. 1, wniósł o:

- 1) oddalenie odwołania,
- 2) obciążenie odwołujących kosztami postępowania,
ponadto wniósł o:
- 3) dopuszczenie dowodów z dokumentów wymienionych w treści pisma.

Wskazał, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

I. Stwierdził, iż bezzasadna jest argumentacja wykonawców, jakoby czynność unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej dokonana została z naruszeniem przepisów ustawy.

Podkreślił, że celem wszczęcia i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie ważnej i niepodlegającej unieważnieniu umowy. Czynności zamawiającego podejmowane w toku postępowania powinny więc przede wszystkim zmierzać do skutecznego udzielenia zamówienia, tj. zawarcia ważnej umowy. Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, tj. takiemu, który nie podlega wykluczaniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 i 2 oraz, który złożył ofertę nie podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 Pzp. Wskazał, że błędne jest stanowisko odwołującego, że wykluczenie wykonawcy może nastąpić wyłącznie na etapie oceny i badania ofert. Błędne jest również stanowisko że czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, nawet jeżeli wykonawca składający ofertę winien podlegać wykluczeniu, ma charakter niewzruszalny. Powołał się na orzecznictwo Izby w - wyroku z dnia 28 grudnia 2010 r., sygn. akt KIO 2685/10 i KIO 2686/10, Izba opowiedziała się za dopuszczalnością, a nawet obowiązkiem zamawiającego dokonania unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, w sytuacji gdy stwierdzi on, że uprzednio popełnił błąd wybierając ofertę z naruszeniem przepisów ustawy. W motywach uzasadnienia wskazano, że „w sytuacji gdy zamawiający stwierdzi, iż w okolicznościach danej sprawy zachodzą przesłanki obligujące go do wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia jego ofert, zobowiązany jest to uczynić”. Podniósł, że przepisy art. 24 ust. 1 i 2 oraz 89 ust. 1 ustawy nie pozostawiają zamawiającemu wyboru, wskazując na bezwzględny obowiązek podjęcia stosownych czynności w razie stwierdzenia przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia jego oferty. Powołane przepisy nie zakreślają zamawiającemu także ram

czasowych na dokonanie czynności, co jest uzasadnione i stanowi wyraz konkretnego ukształtowania przez ustawodawcę procedury udzielania zamówienia. Zmiana decyzji zamawiającego jest zatem uprawniona do momentu zawarcia umowy (udzielenia zamówienia). Zawarcie umowy z wykonawcą, który powinien być wykluczony lub jego oferta odrzucona, stwarza możliwość wystąpienia przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o unieważnienie umowy na podstawie przepisu art. 146 ust. 6 ustawy.

Wskazał wyrok Izby z dnia 26 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 104/12, w którym stwierdzono, że błędny wybór oferty wykonawcy, który winien podlegać wykluczeniu, nie ma charakteru nieusuwalnego. „Zamawiający ma bowiem możliwość naprawienia błędu. Jest uprawniony do unieważnienia z własnej inicjatywy wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonywania badania i oceny ofert, gdy tylko stwierdzi, że uprzednio popełnił błąd wybierając ofertę z naruszeniem przepisów ustawy. Zdaniem KIO, w takiej sytuacji nie zachodzą przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, a zatem nie ma podstaw do unieważnienia całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Izby wada niemożliwa do usunięcia to taka, której żadne działanie zamawiającego nie naprawi, zdarzenie które zaistniało jest nieodwracalne. Sytuacją taką nie jest wybór oferty wykonawcy, który winien podlegać wykluczeniu.” Tożsame stanowisko zajęła Izba w wyroku z dnia 8 grudnia 2011 KIO 2535/11, w którym zawarto następującą tezę: „Okoliczność, że zamawiający pomylił się przy wyborze oferty najkorzystniejszej nie dokonując jej odrzucenia, nie niweczy całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tylko dyskwalifikuje czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, która to czynność w drodze środków ochrony prawnej, nakazów kontroli uprzedniej Prezesa UZP, czy też samokontroli samego podmiotu zamawiającego może zostać naprawiona”.

W ocenie zamawiającego, na szczególną uwagę, w kontekście zgłaszanych przez odwołującego zarzutów, zasługuje teza KIO zawarta w powołanym wyroku z dnia 28 grudnia 2010 r., zgodnie z którą anulowanie pierwotnego wyboru oferty najkorzystniejszej, nie jest uzależnione od stwierdzenia podstaw z art. 84 i 88 Kc do uchylenia się od skutków oświadczenia woli złożonego pod wpływem błędu. Zdaniem Izby uprawnienie i obowiązek anulowania wadliwej czynności wynika ze zobowiązania zamawiającego do naprawiania, w każdym czasie, wszelkich błędów postępowania, w celu uniknięcia naruszenia przepisów ustawy, które mogłyby skutkować unieważnieniem umowy (por. wyrok ZA z dnia 03.11.2004 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1844/04).

Z ostrożności procesowej, zamawiający podniósł ponadto, że nawet gdyby przyjąć, że wyeliminowanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wymagało uchylenia się od skutków oświadczenia woli złożonego pod wpływem błędu na podstawie art. 88 Kc w zw. z art. 14 Pzp, nie można podzielić argumentacji odwołującego, że nie zaistniały przesłanki, o których mowa w art. 84 Kc. Błąd definiowany jest jako mylne wyobrażenie o istniejącym

stanie rzeczy lub mylne wyobrażenie o treści złożonego oświadczenia. Pierwsza sytuacja występuje na gruncie przedmiotowej sprawy. Spełniony jest też warunek, iż osoba, której oświadczenie złożono, błąd wywołała, o błędzie wiedziała lub z łatwością mogła błąd zauważyć. W ocenie zamawiającego, wykonawca wiedział o istnieniu podstawy do wykluczenia, a pomimo to zaświadczył, iż nie podlega wykluczeniu, co wywołało błąd zamawiającego. Błąd ten ma też niewątpliwie charakter istotny, skoro mylne wyobrażenie o braku przesłanek wykluczenia wykonawcy, skutkowało wyborem oferty wykonawcy jako najkorzystniejszej.

II. Zamawiający uznał, że bezzasadne są również zarzuty odwołującego, jakoby nie zaistniały wobec Konsorcjum przesłanki do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp. Podkreślił, że z dniem 27.05.2011 r. z winy wykonawcy WBP Zabrze Sp. z o.o. Skarb Państwa GDDKiA za pośrednictwem GDDKiA Oddział w Krakowie odstąpił od umowy podstawowej nr 1/413/DI-15/2006 z dnia 28.12.2006 r. oraz umów dodatkowych nr I/20/ZP-P-2/2008 z dnia 01.02.2008 i nr I/349/ZP-P2/2010 z dnia 21.07.2010, na opracowanie dokumentacji projektowej do uzyskania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia dla zadania: „Budowa drogi ekspresowej S-7 na odcinku Moczydło-Szczepanowie-Widoma-Zastów-Kraków o dł. ok. 57 km”. Przyczyną podjęcia decyzji o odstąpieniu były znaczne opóźnienia w przekazaniu kompletnej dokumentacji, niedotrzymanie kolejnych, deklarowanych przez wykonawcę terminów związanych z usuwaniem braków oraz dokonywaniem korekt i poprawek dokumentacji. W konsekwencji nie odbyło się wymagane regulaminem wewnętrznym GDDKiA posiedzenie KOPI oraz nie została uzyskana decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach dla ww. inwestycji. Poziom zawansowania prac zaakceptowanych przez zamawiającego oceniono w sposób następujący:

studium techniczno – ekonomiczno - środowiskowe - 90%,
raport OOS - 60 %,
materiały do wniosku o wydanie decyzji środowiskowej - 50%,
Analiza i prognoza ruchu - 95%,
Mapa sytuacyjno - wysokościowa do celów projektowych - 100%,
studium geologiczno - inżynierskie - 100%.

Zamawiający załączył dowody: oświadczenia z dnia 26 maja 2011 r. o odstąpieniu od trzech umów, pismo zamawiającego z dnia 16.11.2011 GDDKiA-O/KRP-2aw/4113/S7-Mo/55/1d/12962/2011, pismo z centrali GDDKiA z dnia 15.11.2011 GDDKiA/DŚR-WOŚ/łk/Dk/4117/226/11, pismo zamawiającego z dnia 06.12.2011 r. GDDKiA-O/KRP-2aw/4113/S7-Mo/55/1e/13943/2011, protokół końcowy odbioru dokumentacji projektowej z dnia 15.02.2011 r., protokół rozliczeniowy z dnia 28.11.2011 r. wraz z załącznikami, notatka służbowa z dnia 22.11.2011 r.

Mając na uwadze powyższe, stwierdził, że brak jest podstaw do uznania, iż w stosunku do odwołującego nie zachodzą przesłanki, o jakich mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołujący posiada legitymację czynną do wniesienia odwołania, o której stanowi art. 179 ust. 1 ustawy. Oferta odwołującego została pierwotnie wybrana jako najkorzystniejsza, więc w przypadku udowodnienia naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy i rozstrzygnięcia zgodnego z żądaniem zawartym w odwołaniu, odwołujący miałby możliwość uzyskania zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że brak jest podstaw do zawieszenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 177 § 1 pkt 1 Kpc ze względu na proces cywilny, wywołany złożeniem w dniu 5 kwietnia 2012 r. pozwu do Sądu Okręgowego w Gliwicach. Przepis art. 185 ust. 7 ustawy stanowi, że do postępowania odwoławczego stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania cywilnego o sędzie polubownym (arbitrażowym), jeżeli ustawa nie stanowi inaczej. Brak odesłania w przepisach ustawy do odpowiedniego stosowania przepisów Kodeksu postępowania cywilnego w części procesowej, wyłącza możliwość zawieszenia postępowania do czasu rozstrzygnięcia sporu w odrębnym postępowaniu.

Ponadto należy podkreślić, że inny charakter ma postępowanie cywilne (w rozpoznawanej sprawie wniesiono pozew o zapłatę), a inny charakter postępowanie odwoławcze, którego celem jest rozpoznanie zarzutów odwołującego od niezgodnych z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do których zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy (przepis art. 180 ust. 1 ustawy wyznacza granice odwołania, a przepis art. 192 ust. 7 ustawy granice rozpoznania odwołania – Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu).

Zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, którą złożył odwołujący (zawiadomienie z dnia 9 marca 2012 r.). W uzasadnieniu pisma zamawiający podał, że zawarcie umowy z wyżej wymienionym wykonawcą (odwołującym) stało się niemożliwe z uwagi na fakt, że zamawiający w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania odstąpił na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy od umowy w sprawie zamówienia publicznego z wykonawcą, który w aktualnie prowadzonym postępowaniu jest partnerem Konsorcjum - WBP Zabrze Sp. z o.o., z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, a wartość niezrealizowanego zamówienia wynosiła co najmniej 5%

wartości umowy. Na rozprawie zamawiający wyjaśnił, że wskazane okoliczności skutkujące wykluczeniem wykonawcy z postępowania ustalił po dokonaniu wyboru oferty. Uznał, że czynność została dotknięta wadą, zatem obowiązkiem zamawiającego było unieważnienie czynności. Z przepisów art. 23 ust. 3 ustawy, który stanowi, że przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców, o których mowa w ust. 1, wynika, że ustalenie okoliczności wykluczenia jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, wywiera taki sam skutek wobec pozostałych wykonawców. Izba podziela stanowisko zamawiającego potwierdzone w przywołanym przykładowo, w odpowiedzi na odwołanie, orzecznictwie. Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie ważnej umowy w wyniku postępowania przeprowadzonego zgodnie z obowiązującą procedurą. Przepisy ustawy obligują zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania i odrzucenia oferty, w okolicznościach określonych, m.in. w art. 24 ust. 1 i 2 oraz art. 89 ust. 1. Zaniechanie obligatoryjnych czynności stanowi naruszenie ustawy oraz jest podstawą do stwierdzenia nieważności umowy (art. 146 ust. 6 ustawy).

Przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy zobowiązuje zamawiającego do unieważnienia postępowania w razie stwierdzenia, że postępowanie jest obarczone wadą niemożliwą do usunięcia, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Należy uznać na zasadzie *a contrario*, że czynność dotknięta wadą możliwą do usunięcia, powinna być powtórzona w celu wyeliminowania wady. W wyroku z dnia 8 grudnia 2011 r., sygn. akt KIO 2535/11 Izba orzekła „Okoliczność, iż Zamawiający pomylił się przy wyborze oferty najkorzystniejszej, nie dokonując jej odrzucenia, nie niweczy całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tylko dyskwalifikuje swoją czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, która to czynność w drodze środków ochrony prawnej, nakazów kontroli uprzedniej Prezesa UZP, czy też samokontroli samego podmiotu zamawiającego, może zostać naprawiona jako działanie podjęte pod wpływem błędu”.

Z pisma zamawiającego z dnia 29 marca 2012 r. - zawiadomienie o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty - oraz wyjaśnień złożonych na rozprawie wynika, że zamawiający unieważnił wybór oferty oraz dokona ponownej oceny ofert po uprzednim powtórzeniu ich badania.

Izba podziela również stanowisko zamawiającego, co do błędu oświadczenia złożonego w piśmie z dnia 9 marca 2012 r. – wybór oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej. Słusznie zamawiający wskazał, że wykonawca WBP Zabrze Sp. z o.o. wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, powinien wiedzieć o błędzie lub mógł z łatwością błąd zauważyć (art. 84 § 1 Kc w zw. z art. 14 ustawy), gdyż odstąpienie od umów zawartych przez tego wykonawcę z GDDKiA Oddział w Krakowie, zostało dokonane pismami z dnia 26 maja 2011 r. Na rozprawie zamawiający potwierdził, że gdyby wiedział o odstąpieniu od umów w toku badania i oceny ofert, nie wybrałby oferty odwołującego (art. 84 § 2 Kc). Kwestia

zakończenia współpracy była przedmiotem prowadzonej korespondencji oraz spotkań przedstawicieli stron. Odwołujący nie zakwestionował czynności zamawiającego na drodze postępowania sądowego. Podjął próby zmiany stanowiska zamawiającego, występując z propozycją porozumienia w sprawie rozwiązania umów, którego treść wskazuje, że przedmiotem porozumienia miała być m.in. zmiana sposobu zakończenia realizacji umów, uzyskanie wynagrodzenia oraz zwolnienie wykonawcy z długu w postaci wykonania materiałów do wniosku o wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach.

Odwołujący przyznał w odwołaniu, że przekazał zamawiającemu w dniu 4 listopada 2011 r. opracowania o stopniu zaawansowania 100%, za wyjątkiem materiałów do wniosku o decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach (50% zaawansowania). Podniósł z ostrożności, przyjmując nawet ewentualny brak podstaw do zakwalifikowania odstąpienia od umów na mocy art. 644 Kc, że okoliczności sprawy wskazują, iż zamawiający w myśl art. 639 Kc nie może odmówić zapłaty wynagrodzenia mimo niewykonania dzieła, choć w tym przypadku dzieło zostało w całości wykonane (pismami z dnia 22 grudnia 2011 r. zamawiający odesłał noty księgowe oraz faktury VAT jako wystawione bezpodstawnie).

Dyrektor Departamentu Środowiska GDDKiA w piśmie z dnia 15.11.2011 r. ocenił stopień zaawansowania raportu o oddziaływaniu na środowisko na 60%. Podkreślił, że dokument po wielokrotnych uzupełnieniach nadal, pod względem merytorycznym, nie spełnia wszystkich wymogów art. 66 ustawy z dnia 3 października 2008 r. o udostępnieniu informacji o środowisku oraz o ocenach oddziaływania na środowisko.

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy nakazuje zamawiającemu wykluczenie wykonawcy z postępowania, z którym dany zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego, z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy. Przywołany przepis został wprowadzony ustawą z dnia 25 lutego 2011 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 87, poz. 484), która weszła w życie 11 maja 2011 r.

Dla dokonania wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy niezbędne jest łączne (kumulatywne) zaistnienie wskazanych przesłanek. Określenie zawarte w przepisie co do okoliczności stanowiących podstawę odstąpienia od umowy „okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność” wskazuje na regulacje zawarte w Kodeksie cywilnym, na podstawie odesłania zawartego w art. 139 ust. 1 ustawy (Do umów w sprawie zamówień publicznych stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej).

Przepis art. 471 Kc stanowi, że dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z

niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.

Zamawiający odstąpił od umów z powodu okoliczności co do których uznał, że leżą one po stronie wykonawcy: „Wobec bezskutecznego upływu terminów określanych w kolejnych pismach i wezwaniach (ostatni wyznaczony termin upłynął z dniem 25.05.2011 r.) do dostarczenia skorygowanej i kompletnej dokumentacji projektowej wraz z ostateczną decyzją o środowiskowych uwarunkowaniach - działając zgodnie z art. 491 § 1 Kodeksu cywilnego Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie oświadcza, że z dniem 27 maja 2012 r. odstępuje (trzy odstąpienia od trzech umów):

- 1) od umowy Nr I/413/DI-15/2006 z dnia 28.12.2006 r. na opracowanie dokumentacji projektowej do uzyskania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach dla zadania pn: „Budowa drogi ekspresowej S-7 na odcinku Moczydło (gr. woj. Świętokrzyskiego)-Szczepanowie-Widoma-Zastów-Kraków (Ptaszyckiego/Igołomska)” dług. ok. 57km wraz z aneksami;
- 2) od umowy Nr I/20/ZP-P-2/2008/Ze-3960A/DP1/2008 z dnia 01.02.2008 r. na opracowanie dodatkowej dokumentacji projektowej dla tzw. „wariantu społecznego” - zamówienie dodatkowe do umowy Nr I/413/DI-15/2006 z dnia 28.12.2006 r.;
- 3) od umowy Nr I/349/ZP-P-2/2010 z dnia 21.07.2010 r. na opracowanie dodatkowej dokumentacji projektowej w zakresie opracowań środowiskowych - zamówienie dodatkowe do umowy Nr I/413/DI-15/2006 z dnia 28.12.2006 r.

W ocenie Izby, skoro czynność zamawiającego nie została podważona w postępowaniu o ustalenie odmiennych okoliczności zakończenia współpracy stron, a fakt niewykonania dokumentacji w takim stanie, który pozwoliłby na uzyskanie decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych, został przyznany przez odwołującego i w odwołaniu i na rozprawie, należało uznać, że przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy zostały potwierdzone. Nie jest sporne ustalenie, że nie wykonano w całości dokumentacji. Odwołujący zabiegał o odstąpienie od kar umownych kosztem obniżenia zaawansowania raportu ooś do 85% (notatka służbowa ze spotkania w siedzibie GDDKiA O/Kraków w dniu 22.11.2011 r.).

Złożone przez odwołującego na rozprawie pisma Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie z dni 5 i 23 kwietnia 2012 r. dotyczą uzgodnienia co do spotkania stron przy udziale niezależnego mediatora z list sądowej i są odpowiedziami na pisma wykonawcy WBP Zabrze Sp. z o.o. z dni 28.03. i 16.04. 2012 r. Pisma stanowią dowód na prowadzenie między stronami końcowych rozliczeń oraz były skutkiem inicjatywy wykonawcy. Odwołujący nie przedstawił innego dowodu, że rozliczenie dotyczy zakresu

wykonanych prac.

Izba nie uwzględniła wniosku o przeprowadzenie wskazanych w odwołaniu dowodów z zeznań świadków, przesłuchania stron, opinii biegłych, gdyż okoliczności potwierdzające zaistnienie przesłanek podanych w piśmie zamawiającego z dnia 29 marca 2012 r., zostały potwierdzone na podstawie dokumentacji postępowania. Okoliczności, które miałyby być wykazane na podstawie wnioskowanych dowodów będą miały znaczenie dla oceny roszczeń wykonawcy WBP Zabrze Sp. z o.o. w postępowaniu sądowym.

Odwołujący podniósł na rozprawie niezgodność art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy z art. 45 ust. 2 lit. d Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi. Zarzut ten nie był zawarty w odwołaniu, stąd nie stanowił przedmiotu rozstrzygnięcia Izby.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że odwołujący nie wykazał naruszenia przepisów wskazanych w zarzutach odwołania - art. 24 ust. 1 pkt 1a, art. 24 ust. 3 i art. 92 ust. 1 w zw. z art. 39 i nast., w zw. z art. 7 i art. 91 ust. 1 ustawy oraz w zw. z art. 58 § 1 Kc, a także art. 186 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy.

Na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 lit. a i § 5 ust. 4 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:

.....