

WYROK
z dnia 18 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Andrzej Niwicki**
 Aneta Mlącka
 Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: **Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 października 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 października 2012 r. przez wykonawcę **POLBUD S.A., ul. Żwirki i Wigury 61, 17-100 Bielsk Podlaski** w postępowaniu prowadzonym przez **Państwową Wyższą Szkołę Zawodową w Chełmie, ul. Pocztowa 54, 22-100 Chełm**.

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **POLBUD S.A., ul. Żwirki i Wigury 61, 17-100 Bielsk Podlaski** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **POLBUD S.A., ul. Żwirki i Wigury 61, 17-100 Bielsk Podlaski** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawcę **POLBUD S.A., ul. Żwirki i Wigury 61, 17-100 Bielsk Podlaski** na rzecz **Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej w Chełmie** kwotę **3 600zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

.....

U z a s a d n i e

Państwowa Wyższa Szkoła Zawodowa w Chełmie (dalej: Zamawiający) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dokończenie robót budowlanych w ramach realizacji zadania - budowa Laboratorium Budownictwa CSI PWSZ w Chełmie”, znak sprawy: K-ZP-251-94/12.

Wartość przedmiotu zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy – Prawo zamówień publicznych.

POLBUD S.A. w Bielsku Podlaskim (dalej jako „Odwołujący”) wniósł dnia 5 października do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na:

- 1) Wykluczeniu Odwołującego z postępowania;
- 2) odrzuceniu oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

Art. 24 ust. 1 pkt 1 a) ustawy pzp poprzez błędne zastosowanie w postępowaniu i wykluczenie na podstawie tego przepisu POLBUD S.A. z postępowania;

Art. 7 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 ustawy pzp poprzez niezastosowanie w postępowaniu, co przejawiało się w niedochowaniu należytej staranności przy badaniu i ocenie ofert.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; powtórzenie czynności badania i oceny ofert; dokonanie wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzuty i żądania, odwołujący wskazał, co następuje.

Zamawiający wykluczył firmę POLBUD S.A. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 "a" ustawy – Prawo zamówień publicznych (dalej: ustawa pzp). Zgodnie z tym przepisem z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się Wykonawców, z którymi dany Zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego, z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wynosiła co najmniej 5 % wartości umowy.

Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiającego i Odwołującego łączyła Umowa Nr 287/ZP/2010 z 25 października 2010 r., na „Budowę Laboratorium Budownictwa CSI PWSZ w Chełmie” - znak K-ZP-251-250/10.

Zamawiający powołał się na swoje odstąpienie od umowy z dnia 17.07.2012 r. (doręczone Odwołującemu w dniu 20.07.2012 r.). Tymczasem odstąpienie to w ocenie odwołującego było bezskuteczne.

Otóż bowiem wcześniej (tj. w dniu 18 lipca 2012 roku) firma POLBUD S.A. na podstawie § 17 ust. 3 Umowy odstąpił od umowy z przyczyn obciążających Zamawiającego, który niesłusznie odmówił odbioru robót wykonanych przez Odwołującego.

Zgodnie z § 6 pkt 6 w zw. z § 13 ust. 9 umowy Zamawiający zobowiązany był do odbioru końcowego robót w terminie 7 dni roboczych od daty zgłoszenia na piśmie gotowości do odbioru końcowego. Zgłoszenia takie dokonane zostały kilkakrotnie (tj. pismem nr WK/4636/2012 z 29.06.2012 r., pismem nr WK/4799/2012 z 04.07.2012 r.), pomimo tego nie została powołana przez Zamawiającego Komisja odbioru końcowego ani też nie wyznaczono daty odbioru końcowego. Jak wynika z pism Zamawiającego i co potwierdzają wpisy w dzienniku budowy (m.in. insp. nadzory M..... M..... z 13.07.2012 r.) - przyczyną niepodpisania protokołu odbioru robót jest "zła jakość robót".

Tymczasem strony umowy o roboty budowlane nie mogą uzależnić przeprowadzenia odbioru robót i wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy od braku jakichkolwiek usterek. Jeżeli wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych inwestor obowiązany jest dokonać ich odbioru na podstawie art. 647 k.c (tak wyrok SN z dnia 8 stycznia 2004 r., sygn. I CK 24/03, publ.). Nawet stwierdzenie istnienia nieistotnych wad robót (a więc usterek) nie rodzi uprawnienia do odmowy dokonania odbioru robót. Jak stwierdził SA w Katowicach w wyroku z dnia 30.03.2006 r. (sygn. I ACa 1900/05) wady nieistotne oznaczają wykonanie zobowiązania, ale w sposób nienależyty co do jakości, rzutując na uprawnienie inwestora, który może domagać się ich usunięcia w oznaczonym terminie bądź obniżenia wynagrodzenia. Wynika z tego, iż w przypadku wykonania umówionego zakresu robót i zgłoszenia ich do odbioru po stronie Inwestora pozostanie obowiązek odbioru robót i zapłaty wynagrodzenia za wykonane roboty nawet jeżeli w treści protokołu zostały zgłoszone usterki (wady nieistotne). W takim przypadku Inwestor powinien dokonać odbioru zgłoszonych robót, a w treści protokołu powinny zostać zapisane ustalenia co do zakresu wykonanych robót, ich jakości i ewentualnych stwierdzonych usterek oraz ich charakter wraz z terminem ich usunięcia (wyrok SN z 5.03.1997 r. II CKN 28/97; . też wyrok SN z dnia 22.06.2007 r., sygn. V CSK 99/07, publ. OSP 2009/1/7).

"O niewykonaniu zobowiązania z reguły nie można mówić, jeżeli wykonawca wykonał roboty lecz są one wadliwe. Decydujące znaczenie ma charakter wad. Z niewykonaniem zobowiązania z umowy o roboty budowlane mamy do czynienia wówczas, gdy roboty

budowlane nie zostały wykonane w ogóle bądź gdy wada jest tego rodzaju, że uniemożliwia normalne wykorzystanie rezultatu robót lub odbiera im cechy wyraźnie oznaczone w umowie istotnie zmniejszając ich wartość. Ujawnienie wad robót budowlanych nie wpływa na obowiązek inwestora dokonania odbioru robót zgodnie z art. 647 k.c, a z tą chwilą inwestor nabywa uprawnienia z tytułu rękojmi przewidziane w art. 637 i art. 638 k.c." (tak wyrok SA w Katowicach z dnia 21.04.2009 r., sygn. V ACa 88/2009, OSA 2010/8/58-70, LEX nr 523881). Mając to na uwadze, należy stwierdzić iż uzależnienie przez Zamawiającego dokonania odbioru od usunięcia wszystkich usterek było nieuzasadnione, a przez to POLBUD S.A. uzyskało podstawę do odstąpienia od umowy.

Poza tym wykonanie prawa odstąpienia od umowy następuje przez złożenie jednostronnego oświadczenia woli, którego skuteczność jest uzależniona od dojścia do adresata w taki sposób, że mógł się on zapoznać z jego treścią (art. 61 k.c.). Forma odstąpienia od umowy zależy do tego, w jakiej formie zawarto umowę. W przedmiotowej sprawie umowa została zawarta w zwykłej formie pisemnej, dlatego też odstąpienie powinno być dokonane na piśmie. Potwierdza to § 23 ust. 1 umowy, zgodnie z którym "dla skuteczności składanych oświadczeń, wezwań i zawiadomień, dokonywanych czynności prawnych przez strony związanych z realizacją niniejszej umowy, strony zastrzegają formę pisemną, pod rygorem nieważności".

Oświadczenie POLBUD S.A. - złożone w formie pisemnej - zostało doręczone Zamawiającemu 18.07.2012 r. (za pokwitowaniem odbioru w Kancelarii Uczelni). Wobec tego - skoro umowa została już rozwiązana na skutek naszego oświadczenia o odstąpieniu - bezprzedmiotowe było oświadczenie Zamawiającego w zakresie odstąpienia od umowy, które w formie pisemnej wpłynęło do POLBUD S.A. dopiero w dniu 20.07.2012 r.

Na marginesie zauważyć należy iż fax przesłany przez Zamawiającego w dniu 17.07.2012 r. nie może być uznany za wywołujący skutek w postaci rozwiązania umowy, albowiem wobec braku własnoręcznego podpisu nie zachowano formy pisemnej (tak SA w Katowicach w wyroku z 29.12.2006 r., sygn. akt I ACa 1589/06; SN w wyroku z 23.11.2007 r., sygn. akt IV CSK 228/07; KIO w wyroku z 9.02.2011 r., sygn. akt KIO/UZP 210/11).

W konsekwencji nie sposób przyjąć argumentacji Zamawiającego o skutecznym wypowiedzeniu umowy, ponieważ to Odwołujący ją wcześniej skutecznie wypowiedział. Zatem argumentacja Zamawiającego, iż to on odstąpił od umowy jest błędna (Zamawiający nie mógł odstąpić od umowy skoro przedmiotowa umowa została wcześniej skutecznie rozwiązana przez Wykonawcę - POLBUD S.A.).

Ponadto, abstrahując od powyższego, odwołujący wskazał na brak podstaw do odstąpienia przez Zamawiającego od umowy, albowiem nie zostały spełnione przesłanki z art. 635 kc i § 17 ust. 2 pkt 3 umowy na które się w odstąpieniu Zamawiającego powołano.

Zgodnie z art. 635 kc "jeżeli przyjmujący zamówienie opóźnia się z rozpoczęciem lub wykończeniem dzieła tak dalece, że nie jest prawdopodobne, żeby zdołał je ukończyć w czasie umówionym, zamawiający może bez wyznaczenia terminu dodatkowego od umowy odstąpić jeszcze przed upływem terminu do wykonania dzieła". Natomiast stosownie do § 17 ust. 2 pkt 3 umowy "Zamawiający może odstąpić od umowy (...) jeżeli Wykonawca (...) pomimo pisemnych zastrzeżeń Zamawiającego lub inspektora nadzoru nie wykonuje robót zgodnie z warunkami umowy lub w rażący sposób zaniedbuje zobowiązania umowne".

Tymczasem POLBUD S.A. nie pozostawało w zwłoce z wykonaniem robót umownych, wykonując wszelkie roboty, które były możliwe do zrealizowania (tylko i wyłącznie z przyczyn zależnych od Zamawiającego POLBUD S.A. nie mógł zrealizować części zakresu umowy). Nie może też być mowy o niewykonywaniu robót zgodnie z warunkami umowy czy też rażącym zaniedbywaniu zobowiązań umownych.

Niezależnie od powyższego, wskazano, iż kolejnym argumentem, który przemawia za tym, iż Zamawiający błędnie posługuje się art. 24 ust. 1 pkt 1 a jest okoliczność, iż wartość niezrealizowanych przez Wykonawcę robót wyniosła 18,97%. Zdaniem Odwołującego wartość tych robót z całą pewnością nie przekracza 5 % wartości kontraktu, a jest to wymóg, który musi być spełniony przy posługiwaniu się przytoczonym powyżej przepisem.

Odwołujący wyjaśnia, że wartość zrealizowanych przez POLBUD S.A. robót jest przedmiotem badania niezależnego biegłego sądowego w sprawie sądowej wytoczonej przez Odwołującego przed Sądem Okręgowym w Lublinie, przed którym odwołujący dochodzi od Zamawiającego wynagrodzenia za zrealizowane przez siebie roboty, za które nie otrzymał zapłaty. Zamawiający kwestionuje obowiązek zapłaty i wykonanie robót, mimo iż inspektorzy nadzoru podpisali protokoły odbioru robót i kosztorysy powykonawcze.

Dodatkowo w piśmie z 15.10.2012 r. uzupełniając argumentację odwołujący wskazał na przepis art. 77 kc, piśmiennictwo i orzecznictwo oraz postanowienia § 23 ust. 1 umowy stron, gdzie ustalono, że dla skuteczności składanych oświadczeń, wezwań i zawiadomień, dokonywanych czynności prawnych przez strony związanych z realizacją niniejszej umowy, strony zastrzegają formę pisemną, pod rygorem nieważności". Stwierdził, że pismo zamawiającego przesłane faksem dnia 17.07.2012 nie może być uznane za wywołujące skutek w postaci rozwiązania umowy z uwagi na brak własnoręcznego podpisu (brak formy pisemnej) wskazują na art. 78 § 1 kc i zastrzeżenie szczególnej formy czynności (art. 76 kc). Stwierdził także, że możliwość zapoznania się z treścią zawartą w wydruku faksowym nie może być uznana za spełnienie przesłanki z art. 61 kodeksu cywilnego.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Powołując treść art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy pzp wskazał na zagadnienie kognicji Krajowej Izby Odwoławczej co do badania prawidłowości przyczyn rozwiązania, wypowiedzenia czy też odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia

publicznego, nie tylko w zakresie jej podstawy prawnej, ale także z uwzględnieniem postanowień umownych i przepisów kodeksu cywilnego. Sformułował tezę, że KIO uprawniona jest do weryfikacji, czy wszystkie przesłanki wykluczenia wykonawcy z ww przepisu zostały spełnione, z jednoczesnym powstrzymaniem się od rozpoznania sporu stricte cywilnoprawnego, który zastrzeżony jest dla wyłącznego dominium sądów powszechnych.

Zamawiający stwierdza, że w niniejszym postępowaniu zaistniała przesłanka do odstąpienia od umowy, że dokonał tej czynności skutecznie, tak co do formy, w jakiej dokonano odstąpienia, jak i co do istnienia materialnych podstaw odstąpienia.

Wskazał na przebieg realizacji umowy między stronami, w tym kolejne terminy jej zakończenia i brak wykonania w terminie ustalonym na 29 czerwca 2012 r. Stwierdził, że także w dodatkowo wyznaczonym terminie obiekt nie został wykonany i obarczony jest szeregiem braków wykonawczych i usterek. Powołał treść pisma do wykonawcy z 3 lipca 2012, dziennik budowy 556/10 i protokół usterek i braków wykonawczych z 13 lipca 2012 r. Stwierdził, że dnia 17 lipca 2012 r. sporządził w formie pisemnej oświadczenie woli o odstąpieniu od umowy, przesłał je wykonawcy faksem i wysłał pocztą. Podstawą odstąpienia był art. 635 w zw. z art. 656 kc oraz art. 17 § 2 pkt 3 umowy.

Powołał art. 643 kc i stwierdził, że wobec niewykonania części prac oraz znacznych i istotnych wad nie obciążał go obowiązek odebrania budynku od odwołującego.

Podtrzymał tezę o zachowaniu wymaganej formy oświadczenia o odstąpieniu od umowy.

Stwierdził ponadto, że oświadczenie odwołującego o odstąpieniu od umowy jest bezskuteczne wobec braku podstaw faktycznych, w tym przewidzianych w § 13 ust. 7 i ust. 10 umowy (niewykonanie prób i sprawdzeń instalacji elektrycznej i sanitarnej oraz nieprzekazanie dokumentacji umożliwiającej ocenę wykonania przedmiotu umowy, najpóźniej w dniu zgłoszenia do odbioru końcowego). Wskazał też, że wg § 13 ust. 8 i 9 umowy odbiór końcowy powinien zostać zgłoszony poprzez wpis w dzienniku budowy, jak i poinformowanie zamawiającego na piśmie. Po prawidłowym zgłoszeniu zamawiający ma 7 dni na powołanie komisji odbiorowej i wyznaczenie daty odbioru. W niniejszej sprawie odwołujący zgłosił gotowość do odbioru końcowego dnia 17 lipca 2012 r., a oświadczenie woli o odstąpieniu z uwagi na odmowę odbioru złożył dnia 18 lipca 2012 r. nie dając szansy na przeprowadzenie procedury odbiorowej zgodnie z umową.

Zamawiający kwestionuje przy tym umocowanie osoby reprezentującej odwołującego do złożenia oświadczenia w jego imieniu w dacie złożenia tego oświadczenia.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z uwzględnieniem stanowisk stron przedstawionych na piśmie i do protokołu, treści umowy stron z dnia 25 października 2010 r. oraz okoliczności jej realizacji wskazanych przez strony, zważyła, co następuje.

W rozpoznawanej sprawie rozstrzygnięcie sporu wymaga odpowiedzi na pytanie, czy w rozpatrywanym stanie faktycznym sprawy ziszcila się przesłanka zobowiązująca Zamawiającego do wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy pzp.

Niesporne jest, że strony wiązała umowa nr 287/ZP/2010 z dnia 25 października 2010 r., której przedmiotem było wykonanie całości prac polegających na wykonaniu robót budowlanych Laboratorium Budownictwa CSI PWSZ w Chełmie szczegółowo określonych w dokumentacji projektowej.

Odnosząc się do kwestii związanej ze skutecznością złożonych zarówno przez Odwołującego, jak i zamawiającego oświadczeń woli w zakresie odstąpienia od umowy; ta kwestia stanowi główny element sporu podlegający merytorycznemu rozpoznaniu, Izba uznała, iż Zamawiający przedstawił w toku rozprawy dowody wykazujące, iż złożone przez niego oświadczenie z dnia 17 lipca 2012 r. przesłane w tym samym dniu Odwołującemu faksem, a doręczone dnia 20 lipca 2012 r. w formie pisemnej, było skuteczne. Jako podstawę prawną odstąpienia Zamawiający wskazał art. 635 kc uprawniający go do odstąpienia od umowy bez wyznaczania dodatkowego terminu, jeżeli wykonawca opóźnia się z wykończeniem dzieła tak dalece, że nie jest prawdopodobne dochowanie umówionego terminu wykonania. Kolejną podstawą wskazaną przez Zamawiającego w piśmie z 17 lipca 2012 jest § 17 ust. 2 pkt 3 umowy uprawniający Zamawiającego do odstąpienia od umowy w terminie 14 dni od zaistnienia okoliczności uzasadniającej odstąpienie, jeżeli wykonawca pomimo pisemnych zastrzeżeń Zamawiającego lub inspektora nadzoru nie wykonuje robót zgodnie z warunkami umowy lub w rażący sposób zaniedbuje zobowiązania umowne. Ta ostatnia przesłanka wynikała z zastrzeżonego umownego prawa odstąpienia dopuszczalnego przepisem art. 395 § 1 kc pod warunkiem, że strony w umowie oznaczyły termin, w którym prawo odstąpienia może być wykonane.

W tym miejscu należy zauważyć, że Odwołujący składając oświadczenie woli o odstąpieniu od umowy powołał się na umowne prawo odstąpienia przewidziane § 17 ust. 3 umowy. Treść postanowienia tego zapisu umownego brzmi: „Wykonawca może odstąpić od umowy, jeżeli zamawiający nie dotrzymuje warunków umowy, a w szczególności odmawia bez uzasadnionych przyczyn odbioru końcowego robót lub odbiorów robót zanikających.” Należy zauważyć, że w zacytowanym postanowieniu umowy, brak jest określenia terminu na odstąpienie. Oznacza to, że odstąpienie na podstawie takiego zapisu nie mogło być i nie

było skuteczne. Przesłanką ważności zastrzeżenia jest określenie terminu, w którym odstąpienie może nastąpić (por. Kodeks cywilny, Komentarz, Tom. 1, red. K. Pietrzykowski, wyd. Beck, W-wa 1997, s. 726). Wobec stwierdzenia braku podstaw prawnych do odstąpienia od umowy przez odwołującego, Izba nie analizowała przesłanek faktycznych, które odwołujący wskazywał w swoim oświadczeniu woli, zwłaszcza, że wspomnianych okoliczności faktycznych, w tym wpisów do dziennika budowy i dokonywanych zgłoszeń gotowości do odbioru końcowego nie wykazał i nie udowodnił w toku postępowania odwoławczego.

W konsekwencji odstąpieniem skutecznym od umowy było odstąpienie dokonane przez Zamawiającego, a jego faktyczną podstawę stanowiły wady wykonawcze i niezgodności z dokumentacją projektową wykazane w piśmie z dnia 17 lipca 2012 r. oraz wpisy w dzienniku budowy (kopie złożone do akt postępowania odwoławczego).

Zatem odstąpienie od umowy przez Zamawiającego z powodu okoliczności, co do których uznał, iż leżą one po stronie Odwołującego i wykazanie powyższego faktu przedstawionymi na rozprawie dowodami obejmującymi korespondencję obrazującą przebieg współpracy pomiędzy stronami umowy, należy uznać za wykazanie spełnienia ww. przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp. Powyższa okoliczność znajduje potwierdzenie w zgromadzonym materiale dowodowym, a Odwołujący nie odparł powyższych elementów i nie przedstawił w tym zakresie dowodów na twierdzenie przeciwne, uznał za wystarczające przedsięwzięte przez niego czynności skupiając się w niniejszym postępowaniu odwoławczym jedynie na kwestii związanej ze skutecznością złożonego swojego oświadczenia woli i bezskutecznością oświadczenia woli Zamawiającego.

Izba wskazuje, iż hipoteza normy prawnej uregulowanej w art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy pzp wskazuje, iż dla dokonania wykluczenia w oparciu o powyższą regulację niezbędne jest łączne (kumulatywne) zaistnienie następujących przesłanek:

- musi dojść do rozwiązania, wypowiedzenia lub odstąpienia przez zamawiającego od umowy w sprawie zamówienia publicznego;
- rozwiązanie, wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy winno nastąpić z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność;
- rozwiązanie, wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy winno nastąpić w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania;
- wartość niezrealizowanego zamówienia winna wynosić, co najmniej 5% wartości umowy.

Należy wskazać, iż brak którejkolwiek z powyższych przesłanek czyni czynność wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy pzp nieuprawnioną.

Należy dodatkowo wskazać, iż art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy pzp odnosi się do kwestii niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań mających swoje źródło w umowach cywilnoprawnych zawieranych w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego. Tym samym ograniczenie się jedynie tylko i wyłącznie do okoliczności faktycznych, tj. do samego złożenia oświadczenia o rozwiązaniu, wypowiedzeniu lub odstąpieniu od umowy bez analizy jego skuteczności, jak również z pominięciem analizy spełnienia pozostałych przesłanek prowadziłoby *de facto* do wypaczenia założeń ustawodawcy wprowadzających powyższą instytucję.

Izba wskazuje ponadto, iż ustawodawca przewidział kontrolę zasadności stosowania tej instytucji w drodze środków ochrony prawnej, co nie pozwala pominąć jakichkolwiek wątpliwości mogących świadczyć o braku kumulatywnego spełnienia przesłanek wskazanych w analizowanym art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp, w tym w szczególności świadczących o bezskutecznym rozwiązaniu, wypowiedzeniu lub odstąpieniu przez podmiot zamawiający od umowy w sprawie zamówienia publicznego. W ocenie Izby jakakolwiek wada oświadczenia woli powodująca nieważność czynności prawnej, a tym samym czyniąca odstąpienie, wypowiedzenie lub rozwiązanie umowy bezskutecznym, winna być uwzględniona w ramach oceny naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp, stąd też konieczne było dokonanie oceny prawidłowości składanych przez strony oświadczeń woli.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego zawartego w odpowiedzi na odwołanie, który poddawał w wątpliwość kognicję Izby w zakresie samodzielnej analizy przesłanek skuteczności odstąpienia.

Odnosnie ostatniej przesłanki wskazanej w art. 24 ust. 1 pkt 1 a ustawy pzp tj. wartości niezrealizowanego zamówienia, która winna wynosić co najmniej 5% wartości umowy Izba stwierdziła, iż Zamawiający udowodnił, iż wynagrodzeniu umownym umowy 287/ZP/2010 ustalonym w na kwotę 6.657.327,80 zł wykonawca wykonał roboty o wartości 4.473.680,75 zł, co zostało ustalone w wyniku inwentaryzacji robót i ich wyceny. Tym samym wartość robót niezrealizowanych kształtuje się na poziomie ok. 33%, co jest wielkością niewątpliwie przekraczającą próg ustawowy w wysokości 5%. Powyższa okoliczność nie została zanegowana przez Odwołującego, który w odwołaniu stwierdził jedynie, że „wartość niezrealizowanych przez wykonawcę robót wyniosła 18,97%. Zdaniem odwołującego wartość tych robót z całą pewnością nie przekracza 5% wartości kontraktu”. Na poparcie swojego stanowiska nie przedstawił jednak żadnego dowodu przed Izbą poprzestając na wyjaśnieniu, iż wartość zrealizowanych robót jest przedmiotem badania niezależnego biegłego sądowego w sprawie wytoczonej przed Sądem Okręgowym.

Reasumując Izba stwierdza, że jest uprawniona do oceny spełnienia przesłanek wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy pzp także wówczas, gdy pomiędzy stronami zawisł przed sądem powszechnym spór mający swoje źródło w czynności zamawiającego wskazanej w powyższym przepisie.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji uznając, że zamawiający wykluczając odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie naruszył przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy pzp.

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

Przewodniczący:

.....

.....