

Sygn. akt: KIO 705/17

**WYROK**

**z dnia 4 maja 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Daniel Konicz  
**Członkowie:** Marek Koleśnikow  
Izabela Kuciak  
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 kwietnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 kwietnia 2017 r. przez Odwołującego – wykonawcę T. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Probud Firma Projektowo-Budowlana T. G. z siedzibą w Szczecinie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Stołeczny Zarząd Infrastruktury w Warszawie,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500,00 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. 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:** .....  
**Członkowie:** .....  
.....

### Uzasadnienie

Stołeczny Zarząd Infrastruktury w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Opracowanie projektu budowlanego oraz kompletnej dokumentacji projektowo-kosztorysowej wraz z opisem przedmiotu zamówienia oraz pełnieniem nadzoru autorskiego podczas trwania robót budowlanych dla zadania: *Przebudowa sieci wodociągowej, kanalizacji sanitarnej i deszczowej na terenie kompleksu wojskowego ul. Żwirki i Wigury 9/13 w Warszawie w zakresie ograniczonym do terenów nie objętych roszczeniami byłych właścicieli*” (znak sprawy 8/2017), zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 1 marca 2017 r. pod nr 34436-2017.

5 kwietnia 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawcę T. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Probud Firma Projektowo-Budowlana T. G. z siedzibą w Szczecinie o wykluczeniu z Postępowania i odrzuceniu jego oferty oraz o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę Wielobranżową Pracownię Projektową Diapron sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „Wykonawca D”).

10 kwietnia 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba”) wpłynęło odwołanie ww. wykonawcy (dalej „Odwołujący”), w którym zarzucono Zamawiającemu, że dokonując wskazanych powyżej czynności naruszył:

1. art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp przez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z Postępowania z uwagi na niewykonanie poprzedniej umowy w sprawie zamówienia publicznego, mimo że niewykonanie nastąpiło z winy Zamawiającego i to Odwołujący odstąpił od umowy z winy Zamawiającego, więc wobec Odwołującego nie ziszczyły się przesłanki określone w przepisie,
2. art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przez niesłuszne uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą, pomimo że wykluczenie Odwołującego było bezpodstawne,
3. art. 92 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,

ewentualnie inne przepisy wynikające bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wykluczenia z Postępowania i odrzucenia oferty Odwołującego,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
3. dokonanie wyboru oferty Odwołującego w wyniku ponownego badania i oceny ofert.

Odwołujący stwierdził, że posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ Zamawiający bezzasadnie wykluczył go z Postępowania, a następnie odrzucił jego ofertę. Gdyby Zamawiający w należyty sposób zweryfikował, czy wobec Odwołującego zachodzą podstawy wykluczenia, Odwołujący nie zostałby wykluczony z Postępowania i uzyskałby przedmiotowe zamówienie. Odwołujący złożył ofertę najkorzystniejszą spośród wszystkich ofert w Postępowaniu.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wyjaśnił, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”), w rozdziale VIII „Podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 5”, w pkt 4 Zamawiający wskazał, że przewiduje wykluczenie wykonawcy, który z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4 Pzp, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

15 marca 2017 r. w Postępowaniu oferty złożyło trzech wykonawców:

1. Wykonawca D z ceną 424.350,00 zł brutto, wariant V, termin wykonania Projektu Budowlanego i Dokumentacji Projektowo-Kosztorysowej – odpowiednio: 80 i 130 dni, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie nabyte w okresie ostatnich pięciu lat – 36 projektów,
2. wykonawca P. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P. S. APS z siedzibą w Niemczu z ceną 396.675,00 zł brutto, wariant III, termin wykonania PB i DPK – odpowiednio: 90 i 140 dni, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie nabyte w okresie ostatnich pięciu lat – 31 projektów,
3. Odwołujący z ceną 264.450,00 brutto, wariant V, termin wykonania PB i DPK – odpowiednio: 80 i 130 dni, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie nabyte w okresie ostatnich pięciu lat – 35 projektów.

5 kwietnia 2017 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wynikach Postępowania – za najkorzystniejszą uznana została oferta Wykonawcy D, z kolei na drugim miejscu sklasyfikowana została oferta wykonawcy P. S. . Zamawiający nie brał pod uwagę oferty Odwołującego, bowiem wykluczył go z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, a w konsekwencji odrzucił jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że 25 sierpnia 2016 r. odstąpił od realizacji z Odwołującym umów nr 235/003/2016/01504/PI, 236/003/2016/01504/DT oraz 237/003/2016/01504/NA. Dalej Zamawiający wskazał, że umowy rozwiązane zostały z przyczyn leżących po stronie Odwołującego z powodu niedotrzymania terminu realizacji umowy nr 235/003/2016/01504/PI.

Odwołujący wyjaśnił, że umowa nr 235/003/2016/01504/PI zawarta została 17 czerwca 2016 r. na skutek przeprowadzenia przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Opracowanie programu inwestycji, dokumentacji projektowo-kosztorysowej oraz pełnienie nadzoru autorskiego dla zadania: *Modernizacja, adaptacja budynku nr 59 przy ul. Marsa 80 w Warszawie*” (znak sprawy 1/2016). W umowie określono termin zakończenia prac do 6 sierpnia 2016 r.

Realizacja zamówienia została podzielona na trzy etapy: etap I – opracowanie programu inwestycji, etap II – opracowanie kompletnej dokumentacji projektowo-kosztorysowej oraz etap III – pełnienie nadzoru autorskiego w trakcie realizacji robót. Etap I miał zostać zakończony w ciągu 60 dni od daty podpisania umowy, etap II – w ciągu 120 dni od daty powiadomienia wykonawcy o zatwierdzeniu programu inwestycji, z kolei etap III miał trwać od dnia wprowadzenia na budowę wykonawcy robót budowlanych do dnia wygaśnięcia rękojmi. Zgodnie z pkt 23.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający przewidywał zawarcie trzech odrębnych umów odpowiednio jedna na każdy z etapów.

Już na wstępnym etapie realizacji umowy nr 235/003/2016/01504/PI wyłącznie po stronie Zamawiającego doszło do wielu zaniedbań uniemożliwiających lub znacznie opóźniających spełnienie świadczenia przez Odwołującego. Chodziło m.in. o nieprzekazanie Odwołującemu szeregu dokumentów niezbędnych do opracowania dokumentacji projektowej, czy błędy w ustaleniach stosunków własnościowych gruntu, którego dotyczyła umowa, które to elementy były wyłącznymi obowiązkami Zamawiającego.

W tym zakresie Odwołujący wskazał na:

1. zaniechanie przekazania mapy archiwalnej w terminie (wniosek złożony 20 lipca 2016r., mapa przekazana dopiero 23 sierpnia 2016 r. – miesiąc zwłoki ze strony Zamawiającego),

2. zaniechanie przekazania podpisanych umów, brak informacji o podpisaniu umów, nieprawidłowe przekazanie upoważnienia,
3. zaniechanie przekazania umów z gestorami mediów (umów w ogóle nie przekazano).

W trakcie obowiązywania ww. umowy Odwołujący wielokrotnie monitował Zamawiającego w zakresie braku współpracy i zabiegał o podjęcie współpracy. Ostatecznie 2 sierpnia 2016 r. po wielu prośbach o przesłanie dokumentów niezbędnych do ukończenia prac, Odwołujący zawiadomił Zamawiającego o zawieszeniu prac. 8 sierpnia 2016 r. Odwołujący przekazał Zamawiającemu wykonaną do tego dnia dokumentację. Ostatecznie umowa została rozwiązana.

Odwołujący złożył oświadczenie o odstąpieniu od umów, z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, w pismach doręczonych Zamawiającemu 24 i 26 sierpnia 2016 r.

Jak się później dowiedział Odwołujący Zamawiający przesłał do niego złożone na piśmie oświadczenie o odstąpieniu. Oświadczenie to jednak nie dotarło do Odwołującego w taki sposób, że mógł się z nim zapoznać. Odwołujący zapoznał się z treścią oświadczenia Zamawiającego o odstąpieniu dopiero po ponownym przesłaniu, tj. 29 września 2016 r.

W tak zakreślonym stanie faktycznym Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp zamawiający może wykluczyć z postępowania wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z Postępowania wskazał, że Odwołujący nie wykonał umowy nr 235/003/2016/01504/PI. Tymczasem, biorąc pod uwagę okoliczności towarzyszące wykonaniu rzeczonyj umowy, w ogóle nie może być mowy o wypełnieniu przesłanek określonych w przepisie, gdyż do niewykonania doszło z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, a to z następujących przyczyn.

#### **1. Zwłoka Zamawiającego w przekazaniu podpisanych umów i ostatecznej informacji o podpisaniu umów**

21 czerwca 2016 r. Zamawiający przesłał Odwołującemu faksem pierwszą stronę wypełnionego wzoru umowy na etap I – opracowanie programu inwestycji. Już na wstępie Odwołujący nie mógł uzyskać od Zamawiającego informacji o podpisaniu umów. Sam fakt,

że nie był w stanie zidentyfikować w jakim dniu należy datować podpisanie umowy jest okolicznością leżącą po stronie Zamawiającego, który nie informował go o podpisaniu umowy.

W piśmie z 24 czerwca 2016 r. Odwołujący wskazał, że czynność taka nie jest równoznaczna z przekazaniem pełnej treści trzech umów na każdy z etapów. Dalej Odwołujący wskazał, że proces projektowy rozpocznie w momencie przekazania przez Zamawiającego pełnej treści wszystkich umów – dopiero w tym momencie Odwołujący mógł formalnie rozesłać pisma inicjujące w zakresie uzyskania niezbędnych dokumentów do realizacji procesu projektowego. Dopiero w umowach była informacja, w jakich klauzulach niejawnie wykonywać poszczególne opracowania projektowe. Co istotne – określone jest to w instrukcji, której Zamawiający nie przekazał nawet w momencie przekazania podpisanych umów. Dopiero po podpisaniu umowy można było podjąć działania w stosunku do administratora obiektu i użytkownika w zakresie prac przedprojektowych.

W związku z tym Odwołujący wniósł o wydłużenie terminu realizacji umowy o okres opóźnienia po stronie Zamawiającego w przekazywaniu pełnej treści umów.

Następnie, 27 czerwca 2017 r. Zamawiający przesłał do Odwołującego niepełną treść trzech umów. W poszczególnych umowach brakowało załączników nr 1, na co uwagę Zamawiającego Odwołujący zwrócił w piśmie z 30 czerwca 2017 r. Jednocześnie Odwołujący wskazał, że 27 czerwca 2016 r., mimo otrzymania niekompletnych umów, rozpoczął realizację prac. Ponadto ponownie wniósł o wydłużenie terminu realizacji umowy o okres opóźnienia w przekazywaniu pełnej treści umów przez Zamawiającego.

Łączny okres opóźnienia w realizacji zamówienia z powodu trudności w przekazywaniu kompletnych umów po stronie Zamawiającego wyniósł 10 dni (od 17 do 27 czerwca 2016 r.).

Należy zauważyć, że pomimo 10-dniowego opóźnienia w realizacji umowy spowodowanego okolicznościami nieleżącymi po stronie Odwołującego, Zamawiający w sposób dorozumiany odmówił przedłużenia terminu wykonania umowy. W piśmie z 7 lipca 2016 r. wskazał, że termin wykonania zadania określa umowa, a na niedotrzymanie terminu skutkować będzie sankcjami przewidzianymi w § 4 i 10 umowy. Jest to jednoznaczny brak współpracy ze strony Zamawiającego.

## **2. Zwłoka Zamawiającego w przekazaniu „Minimalnych Wojskowych Wymagań Organizacyjno-Użytkowych” (dalej „Minimalne Wymagania” – „MW”)**

Następnie Odwołujący wskazał, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczącej postępowania 1/2016, w pkt 3.1, zawarto informację, że podstawą do wykonania przedmiotowej dokumentacji są zatwierdzone MW. Ponadto, zgodnie z § 1 ust. 6 umowy

Odwołujący zobowiązany był sporządzić przedmiot umowy według wzoru Zamawiającego, w oparciu o MW stanowiące integralną część ww. SIWZ.

Co więcej, w pkt 5.1 specyfikacji wskazano, że program inwestycji należy opracować na podstawie MW zatwierdzonych w dniu 21 listopada 2014 r. r. przez Dowódcę Generalnego Rodzajów Sił Zbrojnych. Dalej wskazano, że podstawowe wymagania oraz zakres rzeczowy programu inwestycji określają zatwierdzone MW.

Zamawiający podał, że MW będą do wglądu w siedzibie inwestora po wcześniejszym złożeniu wniosku oraz po okazaniu stosowych dokumentów (pisemnego upoważnienia kierownika jednostki organizacyjnej upoważniającego do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „zastrzeżone” lub poświadczenia bezpieczeństwa, aktualnego zaświadczenia o odbyciu szkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych).

Odwołujący oświadczył, że nie należy mylić wglądu do MW na etapie przetargu (wgląd był potrzebny do sporządzenia oferty) z przekazaniem tego dokumentu na etapie wykonawstwa.

Co istotne, już w piśmie z 24 czerwca 2016 r. ponaglającym do przekazania podpisanych umów Odwołujący zawiadamiał Zamawiającego o tym, że w momencie przekazania umów zostaną wysłane tzw. „pisma startowe” w zakresie niezbędnych dokumentów do realizacji procesu projektowego.

30 czerwca 2016 r. Odwołujący wysłał „pismo startowe”, w którym wskazał niezbędne dokumenty, przy czym nie nazwał wprost MW wprost, ale wskazał „Pozostałe opracowania nie ujęte powyżej będące w posiadaniu Zamawiającego lub jednostek podległych oraz użytkownika obiektów mających istotny wpływ na proces projektowania”, co – w połączeniu z rozmowami telefonicznymi – należy mieć na uwadze. Odwołujący wielokrotnie dzwonił do Zamawiającego z prośbami o ten dokument, ale został on ostatecznie udostępniony 6 lipca 2016 r.

6 lipca 2016 r. Odwołujący wniósł o przesłanie zatwierdzonych MW, gdyż były one podstawą do wykonania programu inwestycji. Odwołujący wskazał, że prosi o przesłanie MW w terminie trzech dni roboczych. Tego samego dnia przedstawiciel Odwołującego osobiście odebrał MW w siedzibie Zamawiającego.

Następnie, 7 lipca 2016 r. Zamawiający wskazał, że zgodnie z pkt 4.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdzie określono dokumenty przekazywane przez Zamawiającego, nie był zobowiązany do dostarczenia Odwołującemu MW. Należy zaznaczyć,

że z powodu braku MW Odwołujący nie mógł podjąć takich czynności, jak określenie podstawowego zakresu zadania projektowego.

### **3. Zwłoka Zamawiającego w przekazaniu mapy archiwalnej**

Kolejno Odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z pkt 4.1.2. SIWZ Zamawiający zobowiązany był dostarczyć wykonawcy mapę archiwalną w celu jej aktualizacji po złożeniu przez upoważnionego i uprawnionego geodetę pisemnego zgłoszenia do Ośrodka Dokumentacji Geodezyjnej i Kartograficznej Stołecznego Zarządu Infrastruktury.

Ponadto, zgodnie z pkt 4.1.3 SIWZ Zamawiający w trakcie procesu projektowego zobowiązany był do dostarczenia Odwołującemu mapy do celów projektowych po przedłożeniu operatu geodezyjnego z wykonanych pomiarów aktualizacyjnych do Ośrodka Dokumentacji Geodezyjnej i Kartograficznej Stołecznego Zarządu Infrastruktury.

W piśmie z dnia 19 lipca 2016 r. Odwołujący w załączeniu przesłał Zgłoszenie Pracy Geodezyjnej i zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o przygotowanie materiałów wyjściowych dla celu sporządzenia operatu technicznego mapy do celów projektowych obiektu nr 59.

Następnie w piśmie z 20 lipca 2016 r. Odwołujący wskazał, że w związku ze złożeniem przez upoważnionego i uprawnionego geodetę pisemnego zgłoszenia do Ośrodka Dokumentacji Geodezyjnej i Kartograficznej Zamawiającego, wnosi o przekazanie mapy archiwalnej.

26 lipca 2016 r. Odwołujący ponownie zwrócił się z prośbą o udostępnienie mapy archiwalnej. Odwołujący wskazał, że Zamawiający jest jedynym podmiotem dysponującym mapą archiwalną, a wykonywanie dalszych prac bez dokumentu jest niemożliwe. Należy zaznaczyć, że z powodu braku map Odwołujący nie mógł uzyskać w ramach wykonywanego programu inwestycji decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego.

Jak się później okazało pismo zostało nadane w taki sposób, że dotarło do Odwołującego dopiero 23 sierpnia 2016 r., w momencie, gdy już nie było możliwości wykonania zamówienia.

Zwłoka Zamawiającego związana z nieprzekazaniem mapy wyniosła około 30 dni – 20 lipca 2016 r. Zamawiający powinien podjąć niezbędne działania, aby taką mapę niezwłocznie przekazać.

Co istotne – Zamawiający nie reagował na wezwania i unikał kontaktu, termin wykonania umowy wynosił 50 dni, dotychczasowe prośby Odwołującego o wydłużenie terminu wykonania umowy były traktowane odmownie.



W takiej sytuacji Odwołujący zdecydował się odstąpić od umowy, wobec czego 24 i 26 sierpnia 2016 r. złożył niezbędne pisma u Zamawiającego.

#### **4. Zwłoka Zamawiającego w przekazaniu upoważnienia**

Zgodnie z pkt 4.1.1 SIWZ Zamawiający w trakcie procesu projektowego zobowiązany był do dostarczenia Odwołującemu pełnomocnictwa, upoważnienia do reprezentowania i występowania w imieniu inwestora w sprawach związanych z uzyskaniem niezbędnych uzgodnień, decyzji administracyjnych umożliwiających opracowanie programu inwestycji, dokumentacji projektowej i wykonanie robót budowlanych oraz składania oświadczeń o prawie do dysponowania nieruchomością na cele budowlane.

W piśmie z 30 czerwca 2016 r. Odwołujący, w związku z rozpoczęciem prac w dniu 27 czerwca 2016 r., wniósł o dostarczenie dokumentów i materiałów koniecznych do wykonania dokumentacji projektowej, w tym upoważnienia do reprezentowania dla przedstawiciela Odwołującego. Odwołujący ponowił wniosek 5 lipca 2016 r.

7 lipca 2016 r. Zamawiający przesłał upoważnienie dla Odwołującego do reprezentowania i występowania w imieniu inwestora. Należy jednak wskazać, że przesłane upoważnienie było wadliwe – Zamawiający wskazał błędny numer dowodu osobistego przedstawiciela Odwołującego, na co ten zwrócił uwagę w piśmie z 7 lipca 2016 r. Ostatecznie Zamawiający przekazał Odwołującemu prawidłowo wystawione upoważnienie w załączeniu do pisma z 14 lipca 2016 r. otrzymanym przez Odwołującego 18 lipca 2016 r.

Podkreślenia wymaga, że w tym przypadku – pomimo błędów Zamawiającego – Odwołujący chciał działać, niemniej jednak nie mógł podejmować czynności z powodu braków map archiwalnych i podkładów mapowych.

#### **5. Zaniechanie przekazania przez Zamawiającego umów przyłączeniowych z gestorami mediów**

W piśmie z 30 czerwca 2016 r. Odwołujący, w związku z rozpoczęciem prac w dniu 27 czerwca 2016 r., wniósł o dostarczenie dokumentów i materiałów koniecznych do wykonania dokumentacji projektowej, w tym umów przyłączeniowych z poszczególnymi gestorami mediów. Odwołujący ponowił wniosek 5 lipca 2016 r. Co istotne, do dnia dzisiejszego ww. dokumenty nie zostały Odwołującemu przekazane.

Odwołujący wyjaśnił, że w umowach przyłączeniowych określone są niezbędne dane potrzebne do procesu projektowania dotyczące mocy instalacji, tj. mocy energetycznej, mocy cieplnej. Są tam niezbędne informacje – jakie ilości wody są odprowadzane do obiektu,

jakie ilości gazu mogą być doprowadzone do obiektu, jaki jest dopuszczalny odbiór ścieków i wód deszczowych do obiektu.

Odwołujący stwierdził, że do wspomnianego rozwiązania umowy w rzeczywistości doprowadził Odwołujący, a nie Zamawiający. Oświadczenie woli Zamawiającego o odstąpieniu od umowy było spóźnione – dotyczyło umowy skutecznie zniesionej uprzednio przez Odwołującego.

Odwołujący zapoznał się z treścią oświadczenia Zamawiającego o odstąpieniu dopiero po ponownym przesłaniu, tj. w dniu 29 września 2016 r. W międzyczasie Odwołujący nieświadom istnienia oświadczenia Zamawiającego o odstąpieniu, sam złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy w pismach doręczonych Zamawiającemu w dniach 24 i 26 sierpnia 2016 r., co stwierdzone zostało pokwitowaniem.

Powyższych okoliczności nie sposób rozpatrywać w oderwaniu od treści art. 61 § 1 zdanie pierwsze K.c. gdzie wskazano, że 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. Z przyczyn leżących po stronie operatora pocztowego Odwołujący zapoznał się z oświadczeniem dopiero dnia 29 września 2016 r. w sytuacji, gdy umowa już została wypowiedziana przez Odwołującego.

Odwołujący przywołał przepis art. 640 K.c. i stwierdził, że w świetle przedstawionych powyżej okoliczności współpracy ze strony Zamawiającego nie było, w szczególności wobec przekroczenia wyznaczonego mu terminu do przekazania mapy archiwalnej o ponad 3 tygodnie.

Z sekwencji czasowej oraz przepisów prawa wynika zatem, że umowa została zniesiona skutecznie odstąpieniem Odwołującego, a nie oświadczeniem woli Zamawiającego. Oświadczenie woli z którym Odwołujący zapoznał się w dniu 29 września 2016 r. było prawnie irrelevantne.

Wobec powyższego, w przypadku Odwołującego, nie może być mowy o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp.

Odwołujący informował Zamawiającego o braku możliwości wykonywania umowy z uwagi na brak niezbędnych dokumentów, co spowodowało również wstrzymanie prac nad projektem (pismo z 2 sierpnia 2016 r.). Następnie, w piśmie z 8 sierpnia 2016 r. Odwołujący przekazał całość dotychczasowych prac Zamawiającemu. Co istotne, Odwołujący wykonał wszystkie czynności, które możliwe były do czasu uzyskania od Zamawiającego dokumentów.

Odwołujący złożył do akt postępowania odwoławczego dokumentację dotyczącą przebiegu realizacji zawartych uprzednio z Zamawiającym umów, wnosząc o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z ich treści na okoliczność braku winy Odwołującego w ich niezrealizowaniu oraz skuteczności dokonanego przez Odwołującego odstąpienia od tych umów.

Zamawiający złożył do protokołu rozprawy wniosek o oddalenie odwołania uzasadniając go w następujący sposób.

Na wstępie Zamawiający podkreślił, że Odwołujący jest wykonawcą posiadającym doświadczenie w realizacji podobnych zamówień, w tym na rzecz Zamawiającego, wobec czego powinien znać zasady jego funkcjonowania. Ponadto Zamawiający podkreślił, że wykonawca zaakceptował postanowienia SIWZ, w związku z czym obowiązywały go zasady realizacji zamówienia w niej wskazane. W tym kontekście zwrócił uwagę na pkt 4.1 SIWZ opisujący dokumenty, których obowiązek dostarczenia w toku realizacji zamówienia obciążał Zamawiającego.

W zakresie skuteczności odstąpienia od zawartych z Odwołującym umów Zamawiający stwierdził, że oświadczenia o odstąpieniu od umów doszły do Odwołującego w sposób umożliwiający zapoznanie się z nimi w dniu pierwszej próby doręczenia potwierdzonej pozostawieniem awizo, tj. 25 sierpnia 2016 r. W konsekwencji Odwołujący nie mógł odstąpić od umów, które już nie obowiązywały z uwagi na wcześniejsze odstąpienie od nich przez Zamawiającego.

W odniesieniu do wskazanych w uzasadnieniu odwołania kwestii związanych z realizacją umów, od których odstąpienie stanowiło podstawę wykluczenia Odwołującego z Postępowania, Zamawiający stwierdził, co następuje.

#### **1. Zwłoka Zamawiającego w przekazaniu podpisanych umów i ostatecznej informacji o podpisaniu umów**

Zamawiający podkreślił, że pismem z 29 lutego 2016 r. zwrócił się do Odwołującego o przesłanie w terminie do 8 marca 2016 r. podpisanych umów, których wzory stanowiły załączniki do SIWZ w sprawie nr 1/2016. Wyjaśnił, że zawarcie umów przedłużyło się w czasie ze względu na wykorzystanie przez Odwołującego niewłaściwych wzorów dokumentów oraz przedstawienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy, które nie uzyskało akceptacji Zamawiającego. Podał, że ostatecznie to Zamawiający przesłał Odwołującemu 21 czerwca 2017 r. pierwsze strony umów podpisanych z datą 17 czerwca 2017 r. i od tego czasu należało – w ocenie Zamawiającego – liczyć termin na ich wykonanie.

Zamawiający zasygnalizował, że Odwołujący zaoferował krótkie terminy ich realizacji, dzięki czemu złożona przez niego oferta uzyskała dodatkowe punkty w kryterium oceny ofert odnoszącym się do terminu realizacji zamówienia.

## **2. Zwłoka Zamawiającego w przekazaniu MW**

Zamawiający zaprzeczył jakoby pismem z 30 czerwca 2016 r. Odwołujący zwrócił się do niego z wnioskiem o wydanie MW, ponieważ nie wskazał wprost w pkt 12 pisma na konieczność udostępnienia mu ww. dokumentu. Podał, że Odwołujący złożył wniosek o przekazanie MW 6 lipca 2016 r., który został zrealizowany tego samego dnia.

## **3. Zwłoka Zamawiającego w przekazaniu mapy archiwalnej**

Zamawiający podkreślił, że zgodnie z pkt 4.1.2 SIWZ spoczywał na nim obowiązek dostarczenia Odwołującemu mapy archiwalnej, jednak aktualizował się on dopiero po złożeniu przez upoważnionego i uprawnionego geodetę pisemnego zgłoszenia do Ośrodka Dokumentacji Geodezyjnej i Kartograficznej Stołecznego Zarządu Infrastruktury na wykonanie prac geodezyjnych, co Odwołujący zrobił dopiero 20 lipca 2016 r. Stwierdził, że tak późne złożenie wniosku jest niezrozumiałe, biorąc pod uwagę argumentację Odwołującego o znaczeniu mapy archiwalnej dla realizacji zamówienia i zadeklarowany przez niego krótki termin jego wykonania.

Zamawiający wyjaśnił, że przedmiotowy dokument wysłał pocztą specjalną 2 sierpnia 2016 r., ponieważ przepisy dotyczące ochrony informacji niejawnych nie upoważniały go do skorzystania z operatora pocztowego. Dodał, że nie było przeszkód, aby Odwołujący odebrał mapę archiwalną w siedzibie Zamawiającego.

## **4. Zwłoka Zamawiającego w przekazaniu upoważnienia**

Zamawiający wyjaśnił, że nie może ponosić negatywnych konsekwencji zmiany przez Odwołującego dowodu osobistego, o czym nie był informowany przed wystawieniem pierwszych upoważnień. Pierwotne upoważnienia zostały wystawione z datą 5 lipca 2016 r. i przekazane Odwołującemu za pismem z 7 lipca 2016 r. Upoważnienia uwzględniające zmianę dokumentu tożsamości Zamawiający wystawił 13 lipca 2016 r. i przesłał Odwołującemu dzień później.

## **5. Zaniechanie przekazania przez Zamawiającego umów przyłączeniowych z gestorami mediów**

Zamawiający podkreślił, że Odwołujący powinien mieć świadomość, że o ww. dokumenty należało zwrócić się do administratora budynków, tj. do Jednostki Wojskowej nr 2305. Stwierdził ponadto, że część informacji objętych umowami zamieszczona została w MW.

Na potwierdzenie przedstawionego powyżej stanowiska Zamawiający złożył do akt postępowania odwoławczego kopię dokumentacji dotyczącej realizacji umów, od których 25 sierpnia 2016 r. odstąpił, wnosząc o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści tych dokumentów.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Wielobranżowa Pracownia Projektowa Diapron sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, wnosząc o oddalenie odwołania.

Izba postanowiła odmówić dopuszczenia ww. wykonawcy do udziału w postępowaniu odwoławczym stwierdzając, że wykonawca nie wyartykułował w treści zgłoszonego przystąpienia, wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 185 ust. 2 Pzp, interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której zgłoszone zostało przystąpienie.

**Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę przytoczone powyżej oświadczenia i stanowiska stron, ustaliła i zważyła, co następuje.**

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści:

1. SIWZ na opracowanie programu inwestycji, dokumentacji projektowo-kosztorysowej oraz pełnienie nadzoru autorskiego dla zadań „Modernizacja, adaptacja budynku nr 59 przy ul. Marsa 80 w Warszawie” (znak sprawy 1/2016),
2. MW,
3. oferty Odwołującego złożonej w ww. postępowaniu,
4. umów nr 235/003/2016/01504/PI, 236/003/2016/01504/DT z załącznikiem nr 2 „Szczególne wymagania dla ochrony informacji niejawnych, 237/003/2016/01504/NA z 17 czerwca 2017 r.,
5. pisma Zamawiającego z 29 lutego 2016 r., nr 1862/16,
6. pisma Zamawiającego z 19 kwietnia 2016 r., nr 3307/16,
7. pisma Zamawiającego z 25 maja 2016 r., nr 4368/16,
8. pisma Odwołującego z 6 czerwca 2016 r., znak D-483/2016,
9. pisma Zamawiającego z 17 czerwca 2016 r., nr 5086/16,
10. pisma Odwołującego z 24 czerwca 2016 r., znak D-545/2016,
11. pisma Zamawiającego z 21 czerwca 2016 r., nr 5166/16,
12. pism Odwołującego z 30 czerwca 2016 r., znak D-562/2016 i D-536/2016,
13. pisma Odwołującego z 5 lipca 2016 r., znak D-570/2016,

14. pisma Odwołującego z 6 lipca 2016 r., znak D-572/2016,
15. pisma Zamawiającego z 7 lipca 2016 r., nr 5701/16,
16. pisma Odwołującego z 7 lipca 2016 r., znak D-578/2016,
17. pisma Odwołującego z 8 lipca 2016 r., znak D-585/2016,
18. pisma Zamawiającego z 14 lipca 2016 r., nr 5950/16,
19. pisma Odwołującego z 19 lipca 2016 r., znak D-609/2016,
20. pisma Odwołującego z 20 lipca 2016 r., znak D-613/2016,
21. pisma Zamawiającego z 21 lipca 2016 r., nr 6130/16,
22. pisma Odwołującego z 26 lipca 2016 r., znak D-633/2016,
23. pisma Zamawiającego z 29 lipca 2016 r., nr 6306/16,
24. pisma Odwołującego z 2 sierpnia 2016 r., znak D-663/2016,
25. pisma Zamawiającego z 2 sierpnia 2016 r., znak Z-21/16,
26. pisma Odwołującego z 9 sierpnia 2016 r., znak D-678/2016 z załącznikami,
27. pisma Zamawiającego z 19 sierpnia 2016 r., nr 6849/16 i 6850/16 wraz z kserokopiami kopert i dowodów nadania oraz wydrukami ze strony [emonitoring.poczta-polska.pl](http://emonitoring.poczta-polska.pl) dotyczącymi przesyłek zawierających ww. korespondencję,
28. pisma Odwołującego z 23 sierpnia 2016 r., znak D-709/2016,
29. pism odwołującego z 25 sierpnia 2016 r., znak D-718/2016 i D-719/2016,
30. pisma Odwołującego z 12 września 2016 r., znak D-748/2016,
31. pisma Zamawiającego z 22 września 2016 r., nr 7693/16,
32. pisma Odwołującego z 5 października 2016 r., znak D-805/2016,
33. pisma Zamawiającego z 18 października 2016 r., nr 8484/16,
34. pisma Odwołującego z 6 grudnia 2016 r., znak D-929/2016,
35. SIWZ,
36. zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej i wykluczeniu Odwołującego z Postępowania

Pozostałe wnioski dowodowe dotyczące niewymienionych powyżej dokumentów i korespondencji pomiędzy stronami Izba oddaliła stwierdzając ich nieprzydatność dla rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania.

Oddalony został ponadto wniosek Odwołującego o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu architektury na okoliczność ustalenia czy brak mapy archiwalnej, o której mowa w pkt 4.1.2 SIWZ w postępowaniu nr 1/2016 oraz umów przyłączeniowych z gestorami mediów powodował niemożność, bądź znaczne utrudnienia w wykonywaniu umowy nr 235. Zamawiający nie kwestionował okoliczności, że ww. dokumenty

były niezbędne do wykonania kontraktu, wobec czego fakty, które miały być przedmiotem tego dowodu nie były sporne. W konsekwencji Izba uznała, że dowód powołany był jedynie dla zwłoki.

Na podstawie dopuszczonych i przeprowadzonych dowodów ustalono następujący stan faktyczny.

W wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na opracowanie programu inwestycji, dokumentacji projektowo-kosztorysowej oraz pełnienie nadzoru autorskiego dla zadań „Modernizacja, adaptacja budynku nr 59 przy ul. Marsa 80 w Warszawie” Zamawiający dokonał wyboru oferty Odwołującego. Zaoferował on wykonanie programu inwestycji i dokumentacji projektowo-kosztorysowej w najkrótszych dopuszczalnych przez Zamawiającego terminach, tj. odpowiednio – w 50 i 100 dni, otrzymując za to maksymalną liczbę punktów w kryterium „Termin wykonania PI i DPK”. Strony miały zawrzeć odrębne umowy na opracowanie programu inwestycji (umowa nr 235/003/2016/01504/PI), dokumentację projektowo-kosztorysową (umowa nr 236/003/2016/01504/DT) oraz nadzór autorski (umowa nr 237/003/2016/01504/NA).

Pismem z 29 lutego 2016 r., informującym o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty Odwołującego, Zamawiający zwrócił się o przesłanie podpisanych umów zgodnych ze wzorami załączonymi do SIWZ w postępowaniu nr 1/2016 w terminie do 8 marca 2016 r. Zamawiający przypomniał również, że przed podpisaniem umów należy wnieść zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości 10% ceny brutto oferty.

19 kwietnia 2016 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że nie wyraża zgody na niektóre postanowienia zawarte w przesłanej mu 8 marca 2016 r. gwarancji, natomiast 25 maja 2016 r. wezwał Odwołującego do złożenia prawidłowej gwarancji i umów, wyznaczając Odwołującemu termin na spełnienie żądań pod rygorem odstąpienia od rozstrzygnięcia postępowania nr 1/2016 z winy Odwołującego. Podpisane przez Odwołującego umowy Zamawiający otrzymał za pismem z 6 czerwca 2016 r. wraz z informacją o wniesieniu zabezpieczenia należytego wykonania umowy w pieniądzu.

Zamawiający poinformował Odwołującego o podpisaniu umów z datą 17 czerwca 2016 r. pismem z tej samej daty (termin realizacji umowy nr 235 określono, zgodnie z ofertą Odwołującego, na 50 dni od daty zawarcia umowy, tj. do dnia 6 sierpnia 2016 r.), na którym widnieje adnotacja pracownika Zamawiającego, że Odwołujący – pomimo wcześniejszej deklaracji – nie stawił się w siedzibie Zamawiającego 18 czerwca 2016 r. w celu odbioru tych dokumentów. Wobec tego Zamawiający przesłał Odwołującemu pierwsze strony umów datowanych na 17 czerwca 2016 r. oraz załącznik nr 2 do umowy nr 236

(„Szczególne wymagania dotyczące ochrony informacji niejawnych”) za pismem z 21 czerwca 2016 r. W odpowiedzi z 24 czerwca 2016 r. Odwołujący stwierdził, że przesłano mu jedynie pierwszą stronę umowy nr 235 oraz że do realizacji zamówienia przystąpi dopiero po otrzymaniu pełnej treści podpisanych kontraktów. Wniósł również o przedłużenie terminu realizacji zamówienia o okres zwłoki w przekazaniu kompletnych dokumentów. Następnie, pismem z 30 czerwca 2016 r., Odwołujący powiadomił Zamawiającego, że 27 czerwca 2016 r. otrzymał od niego niekompletne umowy (bez załącznika nr 1), wnosząc o uzupełnienie tego braku. Podał również, że 27 czerwca 2016 r. rozpoczął realizację zamówienia, w związku z czym ponownie wniósł o wydłużenie terminu wykonania umów.

30 czerwca 2016 r. Odwołujący wystosował do Zamawiającego kolejne pismo (tzw. „pismo startowe”) zawierające prośbę o dostarczenie szeregu wymienionych w nim dokumentów (w tym m.in. upoważnień) oraz, w pkt 12, „[...]Pozostałych opracowań wyżej nie ujętych będących w posiadaniu Zamawiającego lub jednostek podległych oraz użytkownika obiektów mających istotny wpływ na proces projektowania.[...]”. Odwołujący ponowił ww. wniosek 5 lipca 2016 r.

6 lipca 2016 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie mu MW w terminie trzech dni roboczych. Dokument został wydany Odwołującemu w tym samym dniu, o czym świadczy pieczęć firmowa, data i podpis Odwołującego na stronie tytułowej MW.

7 lipca 2016 r. Zamawiający przesłał Odwołującemu stosowne upoważnienia. W odpowiedzi, pismem z 7 lipca 2016 r. Odwołujący poinformował Zamawiającego o zmianie numeru i serii dowodu osobistego Odwołującego, zwracając się o ponowne wystawienie upoważnień, co miało miejsce 14 lipca 2016 r.

Pismem z 8 lipca 2016 r. Odwołujący zwrócił się o wyjaśnienie szeregu kwestii związanych z treścią MW, na co Zamawiający odpowiedział 21 lipca 2016 r. wyjaśniając, że autorem MW, a jednocześnie użytkownikiem i administratorem budynków, jest Jednostka Wojskowa nr 2305, do której należy zgłaszać pytania i wnioski o udostępnienie dokumentacji.

19 lipca 2016 r. Odwołujący, zgodnie z postanowieniem pkt 4.1.2 SIWZ w postępowaniu nr 1/2016, złożył zgłoszenie pracy geodezyjnej i zwrócił się do Zamawiającego m.in. z prośbą o przygotowanie materiałów wyjściowych dla celów sporządzenia operatu technicznego mapy do celów projektowych. Odwołujący wysłał do Zamawiającego ponaglenia w tej sprawie 20 i 26 lipca 2016 r. Odpowiadając na powyższe Zamawiający w piśmie z 29 lipca 2016 r. przedstawił warunki dostępu do informacji z klauzulą „Zastrzeżone” i zobowiązał Odwołującego do przedstawienia dokumentów potwierdzających ich spełnianie pod rygorem



pozostawienia sprawy bez rozpatrzenia. Odwołujący uzupełnił zgłoszenie pismem z 9 sierpnia 2016 r, natomiast Zamawiający wysłał mapę archiwalną 2 sierpnia 2016 r. za pośrednictwem poczty specjalnej. Odwołujący otrzymał mapę 23 sierpnia 2016 r.

Pismem z 2 sierpnia 2016 r. Odwołujący poinformował o wstrzymaniu prac nad projektem inwestycji do czasu otrzymania od Zamawiającego mapy do celów opiniodawczych.

Pismami z dnia 19 sierpnia 2016 r. Zamawiający odstąpił od zawartych z Odwołującym umów podnosząc, w odniesieniu do umowy nr 235, że opóźnia się on z wykonaniem całego zamówienia tak dalece, że nie jest prawdopodobne żeby zdołał je w terminie. Z kolei w zakresie pozostałych umów Zamawiający stwierdził, że odstąpienie od nich stanowi konsekwencję odstąpienia od umowy nr 235. Opisana korespondencja została nadana za pośrednictwem operatora pocztowego 23 sierpnia 2016 r. i wobec bezskuteczności doręczenia jej Odwołującemu – awizowana 25 sierpnia 2016 r. Ostatecznie, po powtórnym awizowaniu i jej niepodjęciu w terminie, zwrócono ją do nadawcy 9 września 2016 r.

Pismem z 23 sierpnia 2016 r. Odwołujący – przywołując przepis art. 640 K.c. i zarzucając Zamawiającemu brak współdziałania w wykonaniu zamówienia – odstąpił od umowy nr 235. Oświadczenie to zostało doręczone Zamawiającemu 24 sierpnia 2016 r. Następnie 26 sierpnia 2016 r. Odwołujący, w powołaniu na identyczną argumentację, odstąpił od umów nr 236 i 237 (pisma Odwołującego z 25 sierpnia 2016 r.).

W piśmie z 12 września 2016 r. Odwołujący stwierdził, że nie odebrał kierowanej do niego korespondencji z uwagi na błędną informację operatora pocztowego na temat terminu odbioru przesyłek. W odpowiedzi, pismem z 23 września 2016 r., Zamawiający przesłał kopie oświadczeń o odstąpieniu od zawartych z Odwołującym umów i oświadczył, że odstąpienia Odwołującego od umów nie mogły odnieść skutku, wobec wcześniejszego skorzystania z tego uprawnienia przez Zamawiającego. Podkreślił, że skutek doręczenia nastąpił z dniem, w którym nastąpiła pierwsza próba doręczenia pism pod właściwym adresem potwierdzona pozostawieniem awizo, tj. 25 sierpnia 2016 r. W związku z takim stanowiskiem Zamawiającego Odwołujący stwierdził, że nie są mu znane losy przesyłek zawierających odstąpienia od umów, nie otrzymał żadnego awizo, a sekretariat jego przedsiębiorstwa funkcjonuje nieprzerwanie i na bieżąco zajmuje się adresowanej do Odwołującego korespondencji. Ponadto przedstawił argumentację mającą świadczyć o braku możliwości zrealizowania przedmiotu zamówienia z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego. Dalsza wymiana korespondencji w sprawie przyczyn odstąpienia od umów (pismo Zamawiającego z 18 października 2016 r. i Odwołującego z 6 grudnia 2016 r.) nie przyniosła zmiany stanowisk stron.

Izba ponadto ustaliła, że w Rozdziale VIII ust. 4 SIWZ Zamawiający sformułował dodatkową podstawę wykluczenia wykonawcy z Postępowania, referującą do art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, która stanowiła przesłankę podjęcia zaskarżonej odwołaniem czynności.

W powyższych okolicznościach odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie należało udzielić odpowiedzi na pytanie, której ze stron w zaistniałych okolicznościach faktycznych przysługiwało uprawnienie do odstąpienia od umowy? Wyjaśnić należy bowiem, że rozstrzygnięcie tego problemu jest immanentnie związane z ustaleniem istnienia/nieistnienia przesłanki wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odnoszącej się do wykonawcy, który nie wykonał umowy w sprawie zamówienia publicznego z przyczyn leżących po jego stronie. Odwołujący konsekwentnie twierdził, że za zaistniały stan nie ponosi odpowiedzialności, a za podstawę odstąpienia od umów uczynił przepis wskazujący na przyczynę dotyczącą Zamawiającego (brak współdziałania – art. 640 K.c.). Gdyby zatem przyjąć w przedmiotowej sprawie istnienie po stronie Odwołującego uprawnienia do odstąpienia od zawartych z Zamawiającym umów na podstawie art. 640 K.c., to nie doszłoby do zaktualizowania się przesłanki z przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, bowiem należałoby uznać, że niezrealizowanie przez Odwołującego kontraktów nie było następstwem przyczyn leżących po jego stronie.

Mając na względzie fakt, że oświadczenie Odwołującego o odstąpieniu od umowy nr 235 zostało złożone wcześniej, o czym w dalszej części uzasadnienia, konieczne stało się rozważenie, czy ziściła się dyspozycja przepisu art. 640 K.c., zgodnie z którą podstawą odstąpienia od umowy jest brak współdziałania ze strony zamawiającego w wykonaniu umowy o dzieło.

Przede wszystkim należy zauważyć, że ustalenie czy, a przede wszystkim w jakim zakresie, każdą ze stron obciąża obowiązek współdziałania w wykonaniu umowy o dzieło zależy od okoliczności konkretnego stanu faktycznego, ponieważ przepisy art. 627 i nast. K.c. nie zawierają postanowień szczególnych określających tę kwestię. W orzecznictwie wyrażono pogląd, że „[...]analiza istoty umowy o dzieło prowadzi zaś do wniosku, że o tym, czy i w jakim zakresie taki obowiązek współdziałania obciąża zamawiającego, decyduje bądź właściwość wykonywanego dzieła (bez współdziałania zamawiającego wykonanie dzieła nie jest w ogóle możliwe), bądź też treść umowy. W innych natomiast wypadkach, chociażby nawet za współdziałaniem przemawiał interes przyjmującego zamówienie, nie może on żądać współdziałania od zamawiającego.[...]” (tak: wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 4 grudnia 2015 r., sygn. akt I ACa 699/15, LEX nr 1950408). Przedstawione zapatrywanie, jakkolwiek trafne, nie uwzględnia jednak specyfiki stosunków obligacyjnych powstających

w związku z udzielaniem zamówień publicznych, które charakteryzują się wyraźną przewagą jednej ze stron umowy – zamawiającego. Uprawniony wydaje się wniosek, że co do zasady wykonawca zamówienia publicznego powinien być stroną wykazującą się większą aktywnością w kwestii współpracy przy realizacji umowy. Powyższe może mieć dodatkowe uzasadnienie w sytuacji, gdy wykonawca zaoferował takie warunki realizacji zamówienia, które – z jednej strony – wymagają wzmożonego wysiłku w celu ich urzeczywistnienia, z drugiej zaś – pozwoliły wykonawcy uzyskać przewagę nad konkurencją w procesie oceny ofert.

*Ad casum* Izba uznała za przesądzający o konieczności wykazania się przez Odwołującego większą aktywnością we współpracy z Zamawiającym w wykonaniu zawartych umów fakt zaoferowania przez Odwołującego najkrótszych przewidzianych przez Zamawiającego terminów realizacji części zamówienia objętych umowami nr 235 i 236 (zob. pkt 16 SIWZ w postępowaniu nr 1/2016 i str. 3 oferty Odwołującego). W konsekwencji Odwołujący otrzymał maksymalną liczbę punktów w kryterium oceny ofert odnoszącym się do tego aspektu realizacji zamówienia, co przyczyniło się następnie do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu nr 1/2016. *Ergo*, nie mógł przemawiać na korzyść Odwołującego argument o krótkim, liczącym jedynie 50 dni, terminie realizacji umowy nr 235, jako że składając ofertę świadomie i w określonym celu skrócił maksymalny termin wykonania projektu inwestycji aż o 10 dni.

Kierując się przedstawionymi powyżej zapatrywaniami Izba stwierdziła, że przyczyny niewykonania umów nr 235-237 leżą po stronie Odwołującego, za czym – z zachowaniem wcześniejszych uwag – przemawiają dodatkowo następujące okoliczności.

### **1. Zwłoka Zamawiającego w przekazaniu podpisanych umów i ostatecznej informacji o podpisaniu umów**

Skład orzekający uznał za irrelevantne okoliczności poprzedzające zawarcie umów. Zgodnie z treścią § 2 ust. 1 umowy nr 235 termin jej wykonania określono na 50 dni od daty zawarcia umowy, tj. do dnia 6 sierpnia 2016 r., natomiast terminy wykonania pozostałych umów miały wtórne znaczenie. Przy tak określonym terminie realizacji ww. kontraktu istotna mogła być ewentualnie data jego zawarcia, tym niemniej co do tej okoliczności Odwołujący nie miał wątpliwości, wskazując na str. 4 odwołania, że jest nią 17 czerwca 2016 r. Odwołujący wskazywał natomiast na brak możliwości przystąpienia do wykonania umowy z uwagi na nieznaną klauzulę niejawności, choć opisane zostały one w pkt 4.4 SIWZ, podkreślał, że „[...]Dopiero po przekazaniu podpisanej umowy można było podjąć działania w zakresie przekazywania dokumentów.[...]” (odwołanie, str. 6), jednak nie wyjaśnił jakie

dokumenty miał na myśli, ani też nie wykazał, że Zamawiający postawił mu taki warunek. Wskazywał również, że „[...]Dopiero po podpisaniu umowy – można było podjąć działania w stosunku do administratora obiektu i użytkownika w zakresie prac projektowych.[...]” (*ibidem*), chociaż co do samej daty jej zawarcia nie miał – jak wskazano – wątpliwości, a pierwsze działania w stosunku do administratora i użytkownika obiektu (Jednostki Wojskowej nr 2305) podjął dopiero 8 lipca 2016 r. (*vide* pismo stanowiące dowód wymieniony w pkt 17).

Trudno w ogóle, zdaniem Izby, wyobrazić sobie sytuację, w której Zamawiający po wyborze oferty Odwołującego i otrzymaniu podpisanych przez niego umów, mógł jednostronnie zmienić ich postanowienia w stosunku do tych, które zawarte zostały we wzorach stanowiących załączniki do SIWZ w postępowaniu nr 1/2016.

Niezrozumiałe jest również stanowisko Odwołującego w kwestii zaniechania przekazania mu załączników nr 1 do zawartych z Zamawiającym umów. Zgodnie z ich treścią załącznikami tymi była oferta złożona w postępowaniu nr 1/2016. Odwołujący nie wyjaśnił w jaki sposób brak tego dokumentu (którego sam był autorem) miałby uniemożliwiać przystąpienie do wykonania zamówienia.

## **2. Zwłoka Zamawiającego w przekazaniu MW**

Izba nie dała wiary argumentacji Odwołującego, zgodnie z którą w pkt 12 pisma z 30 czerwca 2016 r. zwrócił się do Zamawiającego o wydanie MW. Okoliczności sprawy wskazują, że Odwołujący nie miał najmniejszych trudności z nazewnictwem poszczególnych dokumentów, zwracając się również o takie, których obowiązek sporządzenia spoczywał na Odwołującym i stanowił część zawartej z Zamawiającym umowy nr 235 (przykładowo pkt 1 pisma Odwołującego z 30 czerwca 2016 r. – dokument z pkt 4.2.4 wypunktowanie trzecie SIWZ). Zgromadzony materiał dowodowy wskazuje, że Odwołujący wystąpił o MW dopiero 6 lipca 2016 r. i tego samego dnia otrzymał od Zamawiającego oczekiwany dokument.

## **3. Zwłoka Zamawiającego w przekazaniu mapy archiwalnej**

Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego, jakoby przekazanie mapy archiwalnej, które *de facto* miało miejsce na dwa dni przed odstąpieniem przez Zamawiającego od umów było okolicznością obciążającą Zamawiającego.

Podkreślenia wymaga, że zgodnie z pkt 4.1.2 SIWZ w postępowaniu nr 1/2016 Zamawiający był zobowiązany do dostarczenia wykonawcy mapy archiwalnej w celu jej aktualizacji, co uwarunkowane było uprzednim złożeniem przez upoważnionego i uprawnionego geodetę w imieniu wykonawcy pisemnego zgłoszenia do Ośrodka Dokumentacji Geodezyjnej i Kartograficznej Stołecznego Zarządu Infrastruktury na

wykonanie prac geodezyjnych dla konkretnego nr zadania inwestycyjnego. Zgromadzony materiał dowodowy wskazuje, że Odwołujący złożył wspomniany wniosek 20 lipca 2016 r., mimo że – jak podkreślał zarówno w korespondencji z Zamawiającym (*vide* pisma Odwołującego z 20 i 26 lipca 2016 r.), jak i w odwołaniu (str. 8-9) – stanowiła ona podstawowy i niezbędny do realizacji zamówienia dokument.

W konsekwencji skład orzekający uznał, że argumentacja Odwołującego, zgodnie z którą „[...]po raz pierwszy współpracując z Zamawiającym spotkał się z procedurą składania wniosku o wydanie tej mapy. Dotychczas przekazanie tego dokumentu odbywało się na telefoniczną prośbę pracowników Odwołującego[...]” (protokół posiedzenia i rozprawy, str. 7) nie mogła się ostać, jako że procedurę uzyskania mapy archiwalnej regulowało czytelne postanowienie pkt 4.1.2 SIWZ, nie zaś nabyte doświadczenie ze współpracy z Zamawiającym. Istotne jest również, że Odwołujący nie przedstawił dowodu mającego wykazać, że złożenie wniosku 20 lipca 2016 r. uzależnione było od współdziałania Zamawiającego, przykładowo, od przekazania określonych dokumentów mających stanowić podstawę jego złożenia.

W kwestii sposobu przekazania mapy archiwalnej, zawierającej informacje niejawne o klauzuli „zastrzeżone”, skład orzekający nie przychylił się do stanowiska Zamawiającego, jakoby taki dokument można było przysyłać wyłącznie za pośrednictwem poczty specjalnej, jak to miało miejsce w przedmiotowej sprawie. Na wniosek taki nie pozwala bowiem przepis § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 7 grudnia 2011 r. w sprawie nadawania, przyjmowania, przewożenia, wydawania i ochrony materiałów zawierających informacje niejawne (Dz.U.2011.271.1603), z którego wynika jedynie, że materiały o klauzuli „ściśle tajne” lub „tajne” mogą być przewożone przez podmioty, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1-3, w tym m.in. przez pocztę specjalną (choć w szczególnie uzasadnionych przypadkach ich przewóz może odbywać się nawet za pośrednictwem operatora pocztowego). *A contrario* wnioskować należy, że materiały o pozostałych klauzulach mogą być, przy zachowaniu innych wymogów określonych w przepisach powołanego aktu normatywnego, przesyłane przez każdy podmiot wymieniony w § 2 ust. 1.

W ocenie Izby nie oznacza to jednak, że okoliczności związane z pozyskaniem przez Odwołującego mapy archiwalnej obciążać powinny Zamawiającego. Jest tak nie tylko ze względu na fakt, że Zamawiający wybrał jedną z dopuszczalnych form przesłania dokumentu zawierającego informacje niejawne. Skoro bowiem Odwołujący – jak wspomniano – zaoferował krótki termin realizacja zamówienia, a z wnioskiem warunkującym przekazanie mu mapy wystąpił stosunkowo późno (niezależnie od rzeczywistej daty zawarcia umowy), to – będąc, jak podkreślał, podmiotem doświadczonym w realizacji podobnych zamówień i posiadając wiedzę o sposobie postępowania z informacjami niejawnymi – tym bardziej

powinien niezwłocznie ustalić z Zamawiającym kwestię sposobu przekazania mu mapy archiwalnej. Odwołujący, poza złożeniem wniosku i dwukrotnym ponagleniu Zamawiającego, nie wyraził zainteresowania tą kwestią.

Nie bez znaczenia jest również okoliczność, że po złożeniu wniosku Zamawiający, pismem z 29 lipca 2016 r., przedstawił Odwołującemu warunki dostępu do informacji z klauzulą „Zastrzeżone” i zobowiązał Odwołującego do przedstawienia dokumentów potwierdzających ich spełnienie pod rygorem pozostawienia sprawy bez rozpatrzenia. O tych okolicznościach Odwołujący powinien był wiedzieć, jako że wynikają z postanowień załącznika nr 2 do umowy nr 236, których treść powinna być mu znana przez sam fakt ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu nr 1/2016 (dokument ten był załącznikiem do SIWZ).

#### **4. Zwłoka Zamawiającego w przekazaniu upoważnienia**

Skład orzekający uwzględnił argumentację Zamawiającego, zgodnie z którą konieczność wystawienia kolejnych upoważnień obejmujących zaktualizowane dane dotyczące dokumentu tożsamości Odwołującego była skutkiem braku z jego strony informacji o zmianie dowodu osobistego. Zauważyć w tej kwestii należy, że Odwołujący nie przedstawił dowodu na powiadomienie Zamawiającego o tej kwestii przed sporządzeniem pierwszej wersji upoważnień.

#### **5. Zaniechanie przekazania przez Zamawiającego umów przyłączeniowych z gestorami mediów**

Izba stwierdziła, że nieprzekazanie Odwołującemu ww. umów nie jest okolicznością leżącą po stronie Zamawiającego. Odwołujący był przezeń informowany, że o dokumenty te należy zwrócić się do administratora budynków, którym była JW 2305.

W konsekwencji powyższego Izba doszła do przekonania, że Odwołującemu nie przysługiwało uprawnienie do odstąpienia od zawartych z Zamawiającym umów, wobec czego złożone przez niego, w dniu 24 i 25 sierpnia 2016 r., oświadczenia o odstąpieniu od kontraktów Izba uznała za bezskuteczne (niewywołujące skutków prawnych).

Jedynie na marginesie skład orzekający dodatkowo wyjaśnia, że skorzystanie przez przyjmującego zamówienie z uprawnienia do odstąpienia od umowy o dzieło na podstawie art. 640 K.c. wymaga od niego wyznaczenia zamawiającemu odpowiedniego terminu na podjęcie współdziałania z zagrożeniem, że po jego bezskutecznym upływie będzie uprawniony do odstąpienia od umowy, czego Odwołujący w ogóle nie wykonał.

W następstwie poczynionych rozważań kwestię momentu złożenia przez każdą ze stron oświadczeń o odstąpieniu od umów Izba uznała za drugorzędną. Dokonując jej oceny

skład orzekający przychylił się jednak do stanowiska prezentowanego przez Zamawiającego, zgodnie z którym za moment doręczenia oświadczenia woli należy uznać pozostawienie pisma je zawierającego w placówce pocztowej z jednoczesnym poinformowaniem przez awizo o możliwości jego podjęcia, co w przedmiotowej sprawie, w stosunku do oświadczeń Zamawiającego, nastąpiło 25 sierpnia 2016 r.

Nie wdając się szczegółowo w rozważania dotyczące interpretacji przepisu art. 61 § 1 K.c. skład orzekający wyjaśnia, że zwolennicy wspomnianego poglądu uzasadniają go m.in. okolicznością, że chwili złożenia oświadczenia woli nie powinno się uzależniać od subiektywnej decyzji adresata, który może nawet świadomie zwlekać z odbiorem przesyłki, czerpiąc z tego stanu korzyści z uszczerbkiem dla nadawcy (tak: M. Wojewoda: *Komentarz do art. 61 K.c., tezy 21-22* [w:] P. Księżak (red.), M. Pyziak-Szafnicka (red.): *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna*, LEX/el. 2014).

Przenosząc powyższy pogląd na przedmiotową sprawę Izba stwierdza, że stanowisko Odwołującego w kwestii doręczenia mu oświadczeń Zamawiającego o odstąpieniu od umów było niekonsekwentne, co podważało jego wiarygodność, a nadto, że Odwołujący usiłował wyzyskać nieodebranie korespondencji zawierającej wspomniane oświadczenia w celu uchylecia się od negatywnych skutków odstąpienia od umów przez Zamawiającego i złożenia własnych oświadczeń o odstąpieniu od nich. Należy bowiem zauważyć, że Odwołujący stwierdził na rozprawie, że przyczyną nieodebrania przez niego przesyłek było błędne pouczenie o ostatecznym terminie ich odbioru w treści awizo (protokół posiedzenia i rozprawy, str. 8), co wprawdzie zdaje się wynikać z treści skierowanego do Zamawiającego w dniu 12 września 2016 r. pisma, tym niemniej – nie zostało poparte dowodem w postaci dokumentu awizo, czy korespondencją z postępowania reklamacyjnego, na które powoływał się Odwołujący. Co jednak istotniejsze przywołane twierdzenia Odwołującego pozostają w sprzeczności z treścią pisma do Zamawiającego z 5 października 2016 r., w którym wyjaśnia, że: „[...]nieznane są mnie oraz moim pracownikom losy przesyłki (...) Nie otrzymałem ponadto zawiadomienia o pozostawieniu przesyłki do odbioru w urzędzie pocztowym, czyli tzw. awizo.[...]”.

W ocenie składu orzekającego, zważywszy na fakt, że strony wymieniały liczną korespondencję, także za pośrednictwem operatora pocztowego, a Odwołujący konsekwentnie twierdził, że sekretariat jego firmy stale i na bieżąco zajmuje się przyjmowaniem poczty, nie wydaje się prawdopodobne, aby akurat oświadczenia o odstąpieniu przez Zamawiającego od umów nie zostały przezeń przyjęte, podobnie jak nieprawdopodobny jest zbieg okoliczności polegający na wystawieniu dla tych przesyłek błędnego awizo. Zdaniem Izby, biorąc pod uwagę, że w dacie pozostawienia awizo

(25 sierpnia 2016 r.) termin realizacji umowy nr 235 (8 sierpnia 2016 r.) upłynął bezskutecznie. Odwołujący powinien był się spodziewać, że Zamawiający odstąpi od tego kontraktu, co wywoła skutek w postaci odstąpienia od pozostałych umów. Mając jednocześnie na względzie, że w tym samym czasie Odwołujący sam złożył oświadczenia o odstąpieniu od wszystkich umów logiczny i uprawniony wydaje się wniosek, że uchylał się od odbioru korespondencji po to tylko, aby wyprzedzić Zamawiającego w złożeniu oświadczeń o odstąpieniu.

Podsumowując, żadna ze wskazanych w odwołaniu okoliczności nie świadczyła o braku koniecznego współdziałania Zamawiającego w wykonaniu zawartych z Odwołującym umów. Izba nie dopatrzyła się zatem naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp i art. 92 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp uznając, że wykluczenie Odwołującego z Postępowania oraz wybór oferty wykonawcy Wielobranżowa Pracownia Projektowa Diapron sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie odpowiada prawu.

Skład orzekający stwierdził natomiast, że doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, który nie znajduje zastosowania w jednoetapowych procedurach udzielania zamówień publicznych. Przywołana regulacja określa skutki złożenia oferty przez wykonawcę uprzednio wykluczonego z postępowania, co ma miejsce, przykładowo, w przetargu ograniczonym, którego pierwszym etapem jest wyłonienie wykonawców, którzy zostaną następnie zaproszeni do składania ofert. Powyższe nie mogło jednak stanowić podstawy uwzględnienia odwołania z uwagi na brak wpływu na wynik Postępowania, o którym mowa w przepisie art. 192 ust. 2 Pzp.

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 2 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 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.2010.41.238 ze zm.).

**Przewodniczący:** .....



**Członkowie:**

.....

.....