

Sygn. akt: KIO 1033/18

WYROK

z dnia 12 czerwca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Katarzyna Brzeska Anna Chudzik Anna Wojciechowska
Protokolant:	Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 czerwca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 23 maja 2018 r. przez **wykonawcę MOST Spółka z.o.o. z siedzibą w Sopocie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Białymstoku**
- przy udziale **wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę MOST Spółka z.o.o. z siedzibą w Sopocie i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr.** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę MOST Spółka z.o.o. z siedzibą w Sopocie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) zasądza od **wykonawcy MOST Spółka z.o.o. z siedzibą w Sopocie** kwotę **3.600 zł 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz **Zamawiającego: Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Białymstoku** stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Białymstoku**.

Przewodniczący:

.....

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Białymstoku prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2017 r., poz. 1579) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: „*Rozbiórka istniejącego i budowa nowego mostu przez rzekę Jabłonkę w m. Zambrów Pruski na drodze krajowej nr 63 JNI=01420020*”.

Wykonawca MOST Spółka z.o.o. z siedzibą w Sopocie (zwany dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 23 maja 2018 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) odwołanie na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 24 ust. 5 pkt 4, art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz 17 ustawy Pzp. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu dokonania unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie Zamawiającemu powtórzenia badania i oceny ofert, a w konsekwencji wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (zwanego dalej również: „*Przystępującym*”).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie podlega oddaleniu.

Krajowa izba Odwoławcza zgodziła się z Przystępującym, że w niniejszym stanie faktycznym nie zostały wykazane przesłanki skutkujące wykluczeniem z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Zgodzić należało się z Przystępującym, że podstawą wniesionego odwołania było odstąpienie od umowy datowane na dzień 27 lutego 2018 r. Jak wskazano wykonawca Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie zakwestionował skuteczność i ważność oświadczenia o odstąpieniu od umowy.

Jak zauważono odstąpienie od umowy nastąpiło na podstawie art. 635 kc oraz w ocenie Zamawiającego – Zarządu Dróg Wojewódzkich w Gdańsku zostały spełnione przesłanki odstąpienia wskazane w § 17 ust. 2 zawartej z wykonawcą Strabag Sp. z o.o. umowy. Przystępujący słusznie zauważył, że odstąpienie od umowy nie może być skuteczne, w przypadku zaistnienia przyczyn leżących po stronie Zamawiającego.

W niniejszej sprawie zauważono, że w dniu 2 marca 2018 wykonawca Strabag Sp. z o.o. złożył sprzeciw wobec zamiaru odstąpienia przez Zamawiającego od zawartej umowy, które przekazane zostało Zamawiającemu faksem, zaś odstąpienie datowane na dzień 27 lutego 2018 zostało doręczone wykonawcy w dniu 6 marca 2018. Jak zauważył Przystępujący w dniu 20 marca 2018 r. wykonawca Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie złożył pozew o ustalenie, że umowa zawarta z Zamawiającym - Zarządem Dróg Wojewódzkich w Gdańsku dalej istnieje. Ponadto w dniu 6 marca 2018 Przystępujący wystąpił do Zamawiającego o przekazanie prawidłowej, pełnej dokumentacji, a w dniu 19 kwietnia 2018 r. wykonawca Strabag Sp. z o.o. odstąpił od umowy.

Zatem Wykonawca Strabag Sp. z o.o. z siedziba w Pruszkowie sprzeciwił się, nie uznając odstąpienia Zamawiającego od zawartej umowy, wezwał Zamawiającego oraz wytoczył w tej sprawie powództwo.

Zgodzić należało się z Przystępującym, że Odwołujący konstruuje zarzut odwołania wyłącznie w oparciu o wybiórczą dokumentację postępowania, na podstawie jednego pisma, nie powołując się jednocześnie na konkretne dowody, tylko na odstąpieniu od umowy. Co do wykonania dokumentacji projektowej, Przystępujący zauważył, że w dużej większości

dokumentacja projektowa została wykonana przez wykonawcę. Podstawą odstąpienia było to, że wykonawca nie przekazał projektu wzmocnienia podłoża gruntowego na odcinku B, z uwagi na konieczność wykonania dodatkowych prac. W tym przypadku sytuacja dotyczyła rozbieżności, dotyczących badań geotechnicznych.

Zgodnie z PFU przedstawiona dokumentacja wiązała wykonawcę, w tym decyzja środowiskowa i badania geotechniczne, wykonawca zobowiązany był do zaprojektowania zamówienia zgodnie z przedstawionymi dokumentami, niemniej jednak dokumentacja ta zawierała pewne błędy. Zatem Przystępujący występował do Zamawiającego, m. in. wystąpił w dniu 9 stycznia 2018 r. z pismem, podając Zamawiającemu argumentację odnoszącą się do rozbieżności oraz konieczności przeprowadzenia dodatkowych badań geotechnicznych, wystąpił przy tym o wydłużenie terminu realizacji umowy. Ponadto Przystępujący zauważył, że do zakończenia etapu projektowania pozostała niewielka tylko jego część. Zamawiający na niniejsze pismo nie udzielał odpowiedzi, z uwagi na to, że nie posiadał wiedzy co do ewentualnych kosztów dotyczących przeprowadzenia dodatkowych badań. Jak zauważył Przystępujący spór pomiędzy Zamawiającym - Zarządem Dróg Wojewódzkich w Gdańsku a wykonawcą toczył się przez większość trwającego kontraktu – a odnosił się do prawidłowości przekazanej dokumentacji. Przystępujący zauważył – co również jest istotne w tej sprawie - Zamawiający zwlekał z decyzją, a następnie odstąpił od zawartej umowy. W ocenie Izby zatem nie zostały wypełnione przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, skoro przed sądem w niniejszej sprawie zawiśł spór.

Ponadto, co zostało już wskazane w dniu 19 kwietnia 2018 r. Strabag Sp. z o.o. odstąpił od umowy. Dodatkowo niewykonanie części zamówienia (na które powołuje się Odwołujący) było niewykonaniem niewielkiego zakresu zamówienia odnoszącego się do fazy projektowania. Ponadto logicznym jest również to, że nie da się wykonać zamówienia bez prawidłowo wykonanego projektu, dlatego też wykonawca nie mógł przejść do następnej fazy zamówienia – tj. fazy projektowania. Zatem zgodzić należało się z Zamawiającym i Przystępującym, że Odwołujący przyjął błędne założenia oraz wyciągnął błędne wnioski na podstawie złożonego pisma z dnia 2 marca 2018 r. Przystępujący wskazał na pismo z dnia 2 marca 2018 r. i wskazane w tym piśmie przekroczenia terminów, z którego np. wynika, że dopiero po upływie długiego okresu, tj. np. 5,5 miesiąca uzgodniony został projekt budowlany kanalizacji, czy też wykonawca uzyskał po 2,5 miesiącach pozwolenie. Przystępujący zwrócił uwagę na przewlekłość postępowania administracyjnego, zauważając iż wnioski – z jego strony - zostały złożone w terminie, wbrew temu co twierdził Odwołujący. Niewątpliwie przekroczone terminy administracyjne, co niewątpliwie było okolicznością niezależną od wykonawcy. Ponadto Przystępujący pismem z dnia 8 września 2017 występował do

Zamawiającego o wydłużenie terminu realizacji, czy też pismem z dnia 9 stycznia 2018 r. Zamawiający nie odpowiadał, nie odstąpił od umowy zwlekając pół roku z podjęciem decyzji.

Dodatkowo zauważono również, że Przystępujący zakwestionował również właściwość umocowania osoby podpisującej to odstąpienie, a odstąpienie od umowy jest czynnością jednostronną, której nie można konwalidować. Co do konieczności złożenia oświadczenia o samooczyszczeniu, zgodzić należało się z Przystępującym, że skoro wdał się w spór to trudno przyznać, aby składał takie oświadczenie innemu zamawiającemu w innym postępowaniu, gdyż pozostawałby w sprzeczności, z jednej strony wchodząc w spór z Zamawiającym, a z drugiej strony przyznając się do błędu.

W ocenie Izby Zamawiający wykluczając wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp nie może mieć wątpliwości, co do podstaw wykluczenia oraz okoliczności faktycznych a w niniejszej sprawie wątpliwości niewątpliwie zaistniały wobec wkania się w spór z Zamawiającym - Zarządem Dróg Wojewódzkich w Gdańsku.

W konsekwencji również nie potwierdziły się również zarzuty Odwołującego odnoszące się do naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz 17 ustawy Pzp.

Wobec tak zaistniałego stanu faktycznego Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła podstaw do uwzględnienia niniejszego odwołania. W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. Zatem, odwołanie podlega oddaleniu.

Wobec powyższego, orzeczono jak na wstępie.

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

Przewodniczący:

.....

.....

.....