

WYROK

z dnia 18 lipca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska
Ewa Sikorska
Maksym Smorczewski**

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 i 12 lipca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 czerwca 2022 r. przez wykonawcę **MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie, ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ– SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **PdS Projekt Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Antoniego Wiwulskiego 12, 51-629 Wrocław** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie, ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) p uiszczoną przez wykonawcę **MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie, ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie, ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów** na rzecz zamawiającego **Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ– SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ - SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2019 r., poz.2019 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego dla zadania remontowego pn.: „Likwidacja wypłyceń na odcinku eksploatacyjnym Rojęczyn-Leszno (odboczki Rydzyna, Pawłowice, Leszno) oraz odboczka Poniec”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 3 stycznia 2022 r., pod pozycją nr 2022/S 001-001934.

W dniu 20 czerwca 2022 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, polegających na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp i wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie i bezprawne wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia z uwagi na rzekome nienależyte wykonywanie obowiązków, wynikających z umowy nr 1000032164 z dnia 6 grudnia 2018 r. zawartej między MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie, a Operatorem Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie, w przedmiocie „Opracowania dokumentacji projektowej dla zadania inwestycyjnego pn.: Budowa gazociągu Skoczów-Komorowice-Oświęcim-Tworzeń wraz z infrastrukturą niezbędną do jego obsługi na terenie województw małopolskiego i śląskiego. Etap III Gazociąg wysokiego ciśnienia DN500 MOP 8,4 MPa relacji Skoczów-Komorowice-Oświęcim” z przyczyn leżących po stronie MGGP S.A., bezpodstawne uznanie, że zachowanie i uchybienia, których dopuściła się MGGP S.A. dalece odbiegały od minimalnego miernika staranności, którego można oczekiwać od podmiotu profesjonalnego, a także z uwagi na rzekome nie wykonanie ww. umowy zarówno w istotnej części rzeczowej i finansowej, co doprowadziło do odstąpienia od ww. umowy i naliczenia kar umownych, gdy w rzeczywistości nie doszło do sytuacji, w której Odwołujący z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależyte wykonał albo długotrwale nienależyte wykonywał istotne

- zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do odstąpienia od umowy i naliczenia kar umownych,
2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego i uznanie, że wykonawca podlega wykluczeniu w sytuacji, gdy nie zaistniały przesłanki uprawniające do zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, co oznacza, że wobec Odwołującego nie zachodzą przesłanki wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z kolei decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego i wykluczeniu Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia została podjęta z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 10 czerwca 2022 r. polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia oraz odrzuceniu jego oferty,
3. dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert,
4. przeprowadzenie dowodów wskazanych w odwołaniu na poparcie okoliczności faktycznych i prawnych wskazanych w odwołaniu,
5. dołączenie do akt niniejszej sprawy akt sprawy prowadzonej przez Krajową Izbą Odwoławczą pod sygnaturą akt: KIO 2706/21,
6. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania.

W obszernym uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł m.in., że Zamawiający w uzasadnieniu zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego przesłankę nienależytego wykonania umowy interpretuje wprost w odniesieniu do art. 471 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tj.: Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 z późn. zm.; dalej jako „KC”), tymczasem literalne brzmienie przesłanki, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wskazuje na niewykonanie lub nienależyte wykonanie albo długotrwałe nienależyte wykonanie istotnego zobowiązania, a nie na niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (tak w art. 471 KC), stąd też przy interpretacji art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp nie można wprost odnosić się do art. 471 KC. Ustalenie stopnia niewykonania lub nienależytego wykonania umowy jest ocenne i będzie zależeć od okoliczności faktycznych danej sprawy. Według J. Jarnickiej: „Niewykonanie lub nienależyte wykonanie istotnego zobowiązania można byłoby odnosić do pojęć niewykonania i nienależytego wykonania zobowiązania z art. 471 KC, przy czym w przypadku komentowanego przepisu niewykonanie lub nienależyte wykonanie powinno wystąpić w znacznym stopniu lub zakresie. Z tego względu ograniczone będzie korzystanie z dorobku orzecznictwa i doktryny odnoszącego się do art. 471 KC. Wydaje się bowiem, że niewykonanie zobowiązania i nienależyte wykonanie zobowiązania a

niewykonanie i nienależyte wykonanie w znacznym stopniu lub zakresie są jednak pojęciami różnymi. Oczywiście całkowite niewykonanie zobowiązania będzie skutkowało wykluczeniem. Jednak trudności może sprawić ocena stopnia niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Ponadto art. 471 KC odnosi się do niewykonania zobowiązania z powodu okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność, zaś wystąpienie komentowanej przesłanki wykluczenia należałoby raczej interpretować w kontekście dochowania należytej staranności dłużnika”. Także w komentarzu Prawo Zamówień Publicznych wydanym przez Urząd Zamówień Publicznych komentowaną przesłankę odnosi się do miernika dochowania należytej staranności: „Nie każde nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części daje podstawę do wykluczenia wykonawcy. Przy ocenie, czy stopień niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania jest wystarczająco „znaczący”, należy wziąć pod uwagę zarówno kryteria jakościowe, takie jak brak wymaganej staranności lub stopień wadliwości dostarczonego produktu, świadczonej usługi lub wykonanego obiektu budowlanego, jak i ilościowe, biorąc pod uwagę zakres niewykonanych lub nienależyte wykonanych świadczeń oraz rozmiar wynikłych stąd szkód. Według kryteriów jakościowych stopniować można nienależyte wykonanie zobowiązania. Stopień nienależytego wykonania zobowiązania jest niewątpliwie znaczący, jeżeli zachowanie wykonawcy wykazuje na poważne niedbalstwo, polegające na znacznym odchyleniu się od wzorca należytej staranności. Według ustawodawcy europejskiego poważnym brakiem w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów w ramach wcześniejszego zamówienia jest np. niedostarczenie produktu lub niewykonanie zamówienia, znaczące wady dostarczonego produktu lub świadczonej usługi, które spowodowały ich niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem, lub niewłaściwe zachowanie podające w poważną wątpliwość wiarygodność wykonawcy (por. motyw 101 preambuły dyrektywy klasycznej)” .

Odnosnie drugiej przesłanki, według Zamawiającego sformułowanie „z przyczyn leżących po jego stronie” oznacza, że „nienależyte wykonanie umowy jest oceniane niezależnie od stopnia winy wykonawcy. Podstawa wykluczenia jest zatem niezależna od tego, czy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy jest zawinione przez wykonawcę czy też nie”. Tymczasem w odniesieniu do komentowanej przesłanki wskazuje się, że „Zamawiający musi jednak wykazać, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Nie obejmuje to przyczyn, za które żadna ze stron umowy nie odpowiada, zwłaszcza noszących znamiona siły wyższej lub związanych z zachowaniem osób trzecich”. Pokreślić jednak trzeba, że znacząca część orzecznictwa i doktryny, opowiada się za zawężaniem pojęcia z przyczyn leżących po stronie wykonawcy - do odpowiedzialności wyłącznie na zasadzie winy. W orzecznictwie podkreśla się, że „niewątpliwie odpowiedzialność ta nie stanowi odpowiedzialności na zasadzie ryzyka, a więc

z punktu widzenia podziału systemowego, przystaje do pojęcia odpowiedzialności na zasadzie winy” . Przykładowo według M. Stachowiak „Do przyczyn leżących po stronie wykonawcy zaliczyć należy wszelkie działania zawinione, jak też takie, co do których umowa wskazywała na przejście za nie odpowiedzialności przez wykonawcę. Trzeba przy tym pamiętać, że zgodnie z art. 433 ustawy Pzp do klauzul niedopuszczalnych w zamówieniach publicznych zalicza się odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie (a nie zwłokę) oraz za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający. Ponadto nie każde nienależyte wykonanie będzie stanowiło podstawę do wykluczenia, lecz tylko takie, które wskazuje na utratę rzetelności wykonawcy, a więc nienależyte wykonanie w znacznym stopniu lub zakresie albo długotrwałe nienależyte wykonywanie zobowiązań” .

Ostatnia przesłanka stanowi element wtórny w stosunku do dwóch poprzednich przesłanek wynikających z przepisu art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Skutkiem niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania ma być wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy o zamówienie lub zasądzenie odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacja uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Należy podzielić stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 grudnia 2017 r. o sygnaturze akt KIO 2522/17, które na gruncie obowiązującej ustawy Pzp wciąż pozostaje aktualne: „przesłanką wykluczenia jest leżące po stronie wykonawcy niewykonanie lub nienależyte wykonanie w istotnym stopniu wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co dopiero w konsekwencji powinno skutkować rozwiązaniem umowy lub zasądzeniem odszkodowania. Tym samym samo odstąpienie od umowy jest jednym z elementów konstrukcji tego przepisu i to elementem wtórnym oraz wynikowym. Najistotniejsze i konieczne do wykazania przez Zamawiającego jest niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w cywilistycznym rozumieniu tych pojęć oraz jednocześnie wykazanie, że odnosi się ono do istotnej części umowy oraz że odpowiedzialność za taki stan rzeczy ponosi wykonawca. Choć odstąpienie od umowy jest oświadczeniem woli o charakterze prawno-kształtującym nie oznacza, że nie może ono być wadliwe lub bezskuteczne. Jak każde oświadczenie woli, którego skuteczność zależy od spełnienia określonych warunków w znaczeniu klasycznym, może być skutecznie kwestionowane przez jego adresata. Zrealizowane przez Zamawiającego odstąpienie od umowy ma charakter sankcyjny i trudno wyobrazić sobie w praktyce sytuację aby jego adresat zgodził się z takim stanem rzeczy”.

Podstawa wykluczenia wskazana w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp przewiduje możliwość wykluczenia z postępowania wykonawcy, który z przyczyn leżących po jego stronie w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwałe nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub

realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. W komentarzu Prawo Zamówień Publicznych pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza wydanym przez UZP wskazuje się, że „Nie każde nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części daje podstawę do wykluczenia wykonawcy. Przy ocenie, czy stopień niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania jest wystarczająco „znaczny”, należy wziąć pod uwagę zarówno kryteria jakościowe, takie jak brak wymaganej staranności lub stopień wadliwości dostarczonego produktu, świadczonej usługi lub wykonanego obiektu budowlanego, jak i ilościowe, biorąc pod uwagę zakres niewykonanych lub nienależycie wykonanych świadczeń oraz rozmiar wynikłych stąd szkód. Według kryteriów jakościowych stopniować można nienależyte wykonanie zobowiązania. Stopień nienależytego wykonania zobowiązania jest niewątpliwie znaczący, jeżeli zachowanie wykonawcy wykazuje na poważne niedbalstwo, polegające na znacznym odchyleniu się od wzorca należytej staranności. Według ustawodawcy europejskiego poważnym brakiem w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów w ramach wcześniejszego zamówienia jest np. niedostarczenie produktu lub niewykonanie zamówienia, znaczące wady dostarczonego produktu lub świadczonej usługi, które spowodowały ich niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem, lub niewłaściwe zachowanie podające w poważną wątpliwość wiarygodność wykonawcy (por. motyw 101 preambuły dyrektywy klasycznej)”.

Odnosząc stanowisko UZP do przedmiotowej sprawy należało ustalić stopień nienależytego wykonania; po pierwsze, w nawiązaniu do kryterium jakościowego, poprzez sprawdzenie czy Wykonawca MGGP S.A w trakcie realizacji Umowy dochował należytej staranności, po drugie, w nawiązaniu do kryterium ilościowego, poprzez ustalenie rozmiaru wykonania / niewykonania prac objętych przedmiotem zamówienia. Pojęcie należytej staranności wskazuje, że to zamawiający powinien wskazać jakiego modelu prawidłowego postępowania wymagał od wykonawcy w konkretnych okolicznościach danej sprawy (prawnych i faktycznych), a w dalszej kolejności zamawiający powinien wskazać, które z zachowań wykonawcy odbiegały od przyjętego wzorca. Tymczasem Zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty nie opisał wzorcowego modelu postępowania, a jedynie ogólnie zaznaczył, że „podstawą do oceny zachowania Wykonawcy oraz sposobu wykonania zobowiązania są w szczególności postanowienia Umowy, w tym w szczególności postanowienia Opisu Przedmiotu Zamówienia, które w sposób szczegółowy regulowały oczekiwany przez Zamawiającego sposób wykonania zobowiązania, jak również standardy realizacji tego typu zamówień realizowanych przez podmioty zajmującego się profesjonalnie świadczeniem usług projektowych oraz starannością związaną z jakością i terminowością wykonywania poszczególnych zobowiązań cząstkowych składających się na przedmiot umowy.” Cytowane stanowisko Zamawiającego nie można uznać za opisanie wzorcowego modelu postępowania, według którego należałoby oceniać czy działania / zaniechania

Odwołującego odbiegały od tego wzorca czy nie. W uzasadnieniu odrzucenia oferty argumentacja Zamawiającego odnosi się do ogólnych twierdzeń w zakresie rzekomego nienależytego wykonania zobowiązań wynikających z Umowy, a nie do skonkretyzowanego modelu powinno postępowania ze wskazaniem odstępstw od tegoż modelu, który miałby być przedmiotem polemiki z Odwołującym, a następnie oceny przez KIO. Mimo powyższego Odwołujący w odniesieniu do poszczególnych twierdzeń Zamawiającego wskazujących na rzekome niewykonanie/nienależyte wykonanie zobowiązań wynikających z Umowy, wskazuje, że Zamawiający nie miał podstaw prawnych i faktycznych by zarzucić Wykonawcy nienależytą staranność na etapie realizacji Umowy, co szczegółowo zostało wyjaśnione w punkcie IV odwołania.

Wykonawca MGGP S.A. od początku trwania Umowy, w trakcie realizacji całego projektu, dokładał należytej staranności podczas wykonywania zobowiązań wynikających z Umowy. Co więcej Wykonawca MGGP S.A. w ramach Umowy wielokrotnie dokładał staranności większej niż wymagana, a dążąc do wykonania Umowy podejmował wszelkie działania, także ponad zakres zobowiązania umownego. Wykonawca przystąpił do realizacji Umowy niezwłocznie po jej podpisaniu, dysponował odpowiednim personelem, wykazywał się prawdziwym zaangażowaniem. Doznał jednak przeszkód ze strony Zamawiającego, czego skutkiem była konieczność odstąpienia od Umowy. Choć zakres zobowiązania Wykonawcy, co do którego powinna się odnosić ocena jego działań został wyznaczony treścią Umowy, to Zamawiający dokonywał tej oceny wobec zakresu innego – rozszerzonego poprzez nieumocowane w treści Umowy, stawiane Wykonawcy dodatkowe wymagania i żądania.

W zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Zamawiający wskazuje, że nieznaczące zaawansowanie prac świadczy o nienależytym wykonaniu Umowy. Twierdzenie, że wykonane prace były na bardzo niskim poziomie jest nieuzasadnione. Dla oceny stanu zaawansowania prac po złożeniu oświadczenia o odstąpieniu konieczne jest przytoczenie następujących okoliczności faktycznych. W dniu 6 grudnia 2018 r. między Operatorem Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A., a MGGP S.A. została zawarta umowa na opracowanie przez MGGP S.A. oraz przekazanie Zamawiającemu - Operatorowi Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. dokumentacji projektowej dla zadania inwestycyjnego „Budowa gazociągu Skoczów-Komorowice-Oświęcim-Tworzeń wraz z infrastrukturą niezbędną do jego obsługi na terenie województwa małopolskiego i śląskiego. Etap III Gazociąg wysokiego ciśnienia DN500 MOP 8,4 MPa relacji Skoczów-Komorowice-Oświęcim” oraz sprawowanie nadzoru autorskiego nad realizacją inwestycji (zwana w niniejszym odwołaniu Umową). Przedmiot Umowy w zakresie opracowania dokumentacji projektowej miał zostać wykonany w terminie 12 miesięcy od dnia zawarcia Umowy, z kolei w zakresie sprawowania nadzoru autorskiego Umowa miała być wykonywana przez okres 21

miesiący od dnia następującego po dniu odebrania ostatniego Kamienia Milowego składającego się na etap opracowania dokumentacji projektowej.

W dniu 22 czerwca 2020 r. MGGP S.A. otrzymało oświadczenie o odstąpieniu od Umowy, (pismo datowane na dzień 19 czerwca 2020 r.). W oświadczeniu o odstąpieniu od Umowy Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. wskazał, że: „Zgodnie z § 2 Umowy całość Przedmiotu Umowy Wykonawca zobowiązał się przekazać do dnia 6.12.2019 r., który to termin nie został dotrzymany. Wykonawcy został wyznaczony wezwaniem z dnia 20.05.2020 r. ostateczny termin do przedstawienia kompletnej dokumentacji wykonanej zgodnie z Umową. Pomimo upływu wyznaczonego terminu wykonawca do dnia dzisiejszego nie uczynił zadość wezwaniu.

MGGP S.A. kwestionowała skuteczność otrzymanego w dniu 22 czerwca 2020 r. (datowanego na dzień 19 czerwca 2020 r.) oświadczenia Zamawiającego o odstąpieniu od Umowy z powodu braku podstaw prawnych i faktycznych dla skutecznego odstąpienia od Umowy. W miarę możliwości, po otrzymaniu ww. oświadczenia, MGGP S.A. kontynuowała realizację Umowy, prowadząc jednocześnie rozmowy z Zamawiającym mające na celu wypracowanie porozumienia.

Wobec braku współpracy ze strony Zamawiającego Wykonawca – MGGP S.A., pismem nr K/OliŚ/120/07/2020/AS z dnia 21 lipca 2020 r., wezwała Zamawiającego do należytego wykonania Umowy, wyznaczając mu 14-dniowy termin pod rygorem odstąpienia od Umowy oraz przedstawiła informację o zaistnieniu sporu w trybie § 18 Umowy, regulującego rozstrzygnięcie sporów pomiędzy stronami. Wobec bezskuteczności tego wezwania pismem datowanym na dzień 25 września 2020 r. MGGP S.A. odstąpiła od Umowy.

Wykonawca – MGGP S.A. - przystąpił do inwentaryzacji prac wykonanych do dnia odstąpienia od Umowy. W dniu 21 października 2020 r. (pismo K/OliŚ/122/10/2020/AS) MGGP S.A. przekazała Zamawiającemu - Operatorowi Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. opracowania wykonane do dnia odstąpienia od Umowy wraz z protokołem zinwentaryzowanych prac określającym stopień zaawansowania poszczególnych etapów (Kamieni Milowych). W związku z istnieniem sporu pomiędzy stronami Wykonawca zdecydował się przedstawić zaawansowanie prac na dzień 28 września 2020 r. (dzień odstąpienia od Umowy) oraz na dzień 22 czerwca 2020 r. (dzień otrzymania oświadczenia Zamawiającego), co miało ułatwić stronom prowadzenie rozmów ugodowych.

Odwołujący podniósł także, iż protokół z inwentaryzacji przygotowany przez Zamawiającego został opracowany niezgodnie z postanowieniami Umowy, bowiem Zamawiający dla ustalenia procentowego stopnia zaawansowania prac w ramach Projektu Budowlanego i Projektu Wykonawczego przypisuje poszczególnym częściom tej dokumentacji „wagi”, które nie znajdują potwierdzenia w żadnych dokumentach

kontraktowych. Co więcej, Zamawiający w żaden sposób nie wyjaśnia dlaczego danemu opracowaniu przypisał daną wagę. Nie wynika to również z żadnych dokumentów, a w szczególności z Umowy i jej załączników. Zamawiający zupełnie dobrowolnie i swobodnie określa ostateczny stopień zaawansowania prac w ramach poszczególnych Kamieni Milowych (przykładowo w Protokole przekazanym za pismem nr OS-DI.4121.11.2018.515 z dnia 15.09.2020 r. Zamawiający ustalił „wagę” Geotechnicznych warunków posadowienia w Projekcie Budowlanym na „30”, a następnie w Protokole inwentaryzacji przekazanym za pismem nr OS-DI.4121.11.2018.576 z dnia 12.01.2021r. przypisuje tej części Projektu Budowlanego „wagę 10”). A ponadto w załącznikach do przekazanego pismem z dnia 12 stycznia 2021r. Protokołu z inwentaryzacji Zamawiający wskazuje, że pewne elementy dokumentacji są w jego ocenie wykonane „częściowo”, czy „do uzupeł.”. Jednocześnie Zamawiający nie określa stopnia częściowego wykonania tego elementu. Powstaje więc pytanie w jaki sposób Zamawiający określił końcowy procent zaawansowania danej części Projektu Budowlanego, a następnie całego projektu Budowlanego nie wskazując precyzyjnie jak zaawansowane są poszczególne części. Takie postępowanie Zamawiającego umożliwia w zasadzie dobrowolne określenie stopnia zaawansowania prac w ramach danego Kamienia Milowego bez możliwości jego weryfikacji.

Zamawiający nie zastosował prawidłowej metodyki określenia stopnia zaawansowania prac w ramach poszczególnych Kamieni Milowych. Wskazać bowiem należy, że podział Przedmiotu Umowy na Kamienie Milowe służy ramowemu określeniu terminowego programu działań Projektanta (§ 2 ust. 5 Umowy: „Harmonogram Rzeczowo-Finansowy stanowiący Załącznik nr 5 do Umowy określa ramowo terminowy program działań Projektanta, składających się na Przedmiot Umowy. Harmonogram Rzeczowo – Finansowy określa Kamienie Milowe Przedmiotu Umowy”) oraz służy realizacji częściowych płatności (§ 4 ust. 1 Umowy: „Maksymalne terminy realizacji oraz wysokość płatności za wykonanie poszczególnych Kamieni Milowych Przedmiotu Umowy zostały określone w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym” oraz § 4 ust. 4 ostatnie zdanie Umowy: „Dokonanie odbioru Kamienia Milowego służy wyłącznie realizacji częściowych płatności”). Część wynagrodzenia płatna po osiągnięciu danego Kamienia Milowego nie jest równa wartości niezbędnych do wykonania prac w celu osiągnięcia tego Kamienia Milowego. Potwierdzeniem stanowiska, że przypisane poszczególnym Kamieniom Milowym części wynagrodzenia służą jedynie częściowym płatnościom i nie przesądzają o wartości prac niezbędnych do osiągnięcia celu danego Kamienia Milowego jest fakt, że oferta złożona przez Projektanta obejmowała wycenę całego Przedmiotu Umowy. Wykonawca nie składał oferty wyceniającej odrębnie poszczególne opracowania i decyzje administracyjne. Podział płatności wynagrodzenia po osiągnięciu danego Kamienia Milowego był narzucony przez Zamawiającego, który jednostronnie określił jaki procent wynagrodzenia za wykonanie całego Przedmiotu Umowy

będzie płatny po osiągnięciu celu przypisanego danemu Kamieniowi Milowemu. Płatności przypisane przez Zamawiającego do poszczególnych Kamieni Milowych nie odpowiadają zaś rzeczywistej wartości prac jakie są niezbędne do osiągnięcia danego Kamienia Milowego. Wobec powyższego błędne jest założenie Zamawiającego, że płatność przypisana do danego Kamienia Milowego odpowiada wartości prac zrealizowanych w celu osiągnięcia tego Kamienia i, że poszczególne opracowania służą ocenie zaawansowania wyłącznie jednego Kamienia Milowego. Powyższe stanowisko jest spójne z zapisami Umowy oraz jej załączników, które nie przypisują określonych czynności wyłącznie do jednego Kamienia Milowego. Zarówno Umowa jak i OPZ nie przewidują katalogu czynności składających się oddzielnie na każdy Kamień Milowy wskazany w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym. Wykonawca także wskazywał, że zaawansowanie prac dla Kamieni Milowych związanych z postępowaniami administracyjnymi oraz ostatecznością decyzji administracyjnych jest związane z zaawansowaniem prac Kamieni Milowych związanych z opracowaniem dokumentacji, która stanowi niezbędny element zarówno dla osiągnięcia Kamienia Milowego związanego z opracowaniem tej dokumentacji jak i Kamienia Milowego związanego z uzyskaniem decyzji administracyjnej a następnie ostatecznej decyzji administracyjnej. Przyjęcie takiej metodyki liczenia zaawansowania prac w ramach poszczególnych Kamieni Milowych jest nie tylko spójne z zapisami OPZ ale pozwala również odzwierciedlić rzeczywistą wartość wykonanych prac. Wyżej przedstawiona metodyka wyliczenia zaawansowania prac dla poszczególnych Kamieni Milowych jest logiczna, spójna z zapisami Umowy i wbrew twierdzeniom Zamawiającego nie powoduje, że Zamawiający płaci za jakiś element kilkakrotnie. Wobec powyższego Wykonawca wniósł o przyjęcie przez Zamawiającego prawidłowej metodyki określenia zaawansowania prac w ramach poszczególnych Kamieni Milowych, zgodnej z zapisami Umowy i OPZ. Wniosek o zmianę metodyki wyliczenia zaawansowania prac nie spotkał się z akceptacją po stronie Zamawiającego.

W przekazanym Protokole Inwentaryzacji prac Zamawiający nie uwzględnił zobowiązań Projektanta w stosunku do podwykonawców. Zamawiający wskazał jedynie, że nie uregulowano części należności względem podwykonawców. Zamawiający nie wskazał przy tym, że prace te nie zostały wykonane. Co więcej, Zamawiający nie kwestionuje wykonania prac zleconych podwykonawcom. Zamawiający nie wskazuje również żadnego uzasadnienia dla nieuwzględniania umów z podwykonawcami i kwot z nich wynikających w przekazanym Protokole z inwentaryzacji oraz ustalonym na jego podstawie wynagrodzeniu. Wykonawca zaznaczył, że nie zgadza się także z twierdzeniem Zamawiającego o dezaktualizacji map do celów projektowych oraz wypisów z ewidencji gruntów. Przygotowana przez Projektanta mapa została przyjęta przez ośrodek i oklauzulowana. Zmiany w ramach przygotowanej mapy są normalnym procesem wynikającym z

wykonywania bieżących prac geodezyjnych. Mapa wymaga więc wyłącznie bieżącej aktualizacji. Odnosząc się do stwierdzenia Zamawiającego o braku zatwierdzenia dokumentacji geologicznej przez odpowiednie urzędy Wykonawca wskazał, że również ta kwestia była przedmiotem wyjaśnień Projektanta. Brak decyzji zatwierdzających dokumentację geologiczną wynika wyłącznie z faktu przedłużającej się procedury zatwierdzenia dokumentacji przez Zamawiającego, a następnie zakończenia realizacji Umowy. Dokumentacja była gotowa do złożenia we właściwych urzędach, czego Zamawiający nie kwestionował. Projektant wyjaśnił również, że znaczne braki w części formalno-prawnej wynikają z odmowy akceptacji i zatwierdzenia przez Zamawiającego opracowanych wniosków o wydanie stosowanych decyzji/pozwoleń/opinii oraz przedłużającej się procedury zatwierdzenia i odbioru Projektu Wstępnego z trasą gazociągu oraz zakresem decyzji. Wskazać należy, że Zamawiający bezpodstawnie uwarunkował złożenie wniosków o uzyskanie Zamiennej/Nowej Decyzji Lokalizacyjnej od uzyskania odstępstw od przepisów techniczno-budowlanych, co było wprost sprzeczne z zapisami Umowy i jej załączników i jednocześnie z uwagi na zależności wynikające z obowiązujących przepisów uniemożliwiało wszczęcie pozostałych postępowań administracyjnych (np. uzyskania decyzji lokalizacyjnej, pozwolenia na budowę). Ponadto, Wykonawca wskazał, że uzyskał szereg uzgodnień i warunków od zarządców infrastruktury obcej (ponad 350 pozycji).

Jako przykład zupełnie dowolnej i nierzetelnej oceny stanu zaawansowania prac należy wskazać, wycenę kamienia milowego nr 5 pn. Opracowanie i zatwierdzenie Projektów Wykonawczych oraz pozostałej dokumentacji projektowej. Stan zaawansowania prac został oszacowany przez Zamawiającego na 18 %, z kolei przez Wykonawcę na 53 %. Zamawiający wszczynając kolejne postępowania o tożsamym zakresie przedmiotowym wykorzystał dokumentację projektową przygotowaną przez Wykonawcę – MGGP S.A., co wprost potwierdza, że nie jest możliwe, że prace zostały wykonane na poziomie wskazanym przez Zamawiającego.

Choć Zamawiający – Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. i Wykonawca – MGGP S.A. nie doszli do porozumienia co do stopnia zaawansowania prac i należnego Wykonawcy wynagrodzenia, to zestawienie prac, w każdym razie, przeczy twierdzeniom, że Wykonawca wykonał marginalny zakres Umowy.

Odnosząc się do kwestii „w znacznym stopniu lub zakresie niewykonanie lub nienależyte wykonanie albo długotrwałe nienależyte wykonywanie istotnych zobowiązań z przyczyn leżących po stronie wykonawcy” Odwołujący podniósł, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie lub długotrwałe nienależyte wykonywanie istotnego zobowiązania wynikającego z umowy w sprawie zamówienia lub koncesji uprawniające do wykluczenia wykonawcy powinno być spowodowane przyczynami leżącymi po jego stronie. Jak

wskazano w pkt III lit. A) uzasadnieniu niniejszego odwołania sformułowanie „z przyczyn leżących po stronie wykonawcy” należy interpretować poprzez przyjęcie pojęcia odpowiedzialności na zasadzie winy, bowiem pojęcie „z przyczyn leżących po stronie wykonawcy” nie obejmuje odpowiedzialności za okoliczności stanowiące siłę wyższą, a także nie obejmuje okoliczności związanych z działaniami i zaniechaniami osób trzecich – tak w komentarzu Prawo Zamówień Publicznych pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza wydanym przez UZP: „Zamawiający musi jednak wykazać, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Nie obejmuje to przyczyn, za które żadna ze stron umowy nie odpowiada, zwłaszcza noszących znamiona siły wyższej lub związanych z zachowaniem osób trzecich”. Powyższe oznacza, że wykonawca nie powinien ponosić odpowiedzialności za działania stron trzecich, np. organów administracji publicznej, ale także nie powinien ponosić odpowiedzialności za działania samego zamawiającego. Pojęcie „z przyczyn leżących po stronie wykonawcy” nie należy charakteryzować jako odpowiedzialności na zasadzie ryzyka (tak w wyroku KIO z dnia 2 marca 2009 r., KIO/UZP 190/09). Powyższe potwierdzają przepisy ustawy pzp – art. 433 pkt 1-3 Pzp zgodnie, z którym projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać: 1) odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia; 2) naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem; 3) odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający. By wyjaśnić czym jest zwłoka, a czym opóźnienie należy odwołać się do art. 476 Kc zgodnie, z którym dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie, a jeżeli termin nie jest oznaczony, gdy nie spełnia świadczenia niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela. Nie dotyczy to wypadku, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Opóźnienie to z kolei każde niewykonanie zobowiązania w terminie. Zwłoka jest zatem kwalifikowaną formą opóźnienia. W komentarzu Prawo Zamówień Publicznych pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza wydanym przez UZP wskazuje się, że „Wykonawca, który nie wykonuje zobowiązania w terminie wyznaczonym w umowie w sprawie zamówienia publicznego z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność, pozostaje w zwłoce”. Tym samym konstrukcja postanowień w zakresie umowy w sprawie zamówienia publicznego przyjmuje za zasadę odpowiedzialność wykonawcy na zasadzie winy, co oznacza, że „do przyczyn leżących po stronie wykonawcy” zaliczyć należy jedynie działania zawinione po stronie wykonawcy.

Przechodząc do stanu faktycznego sporu, który zaistniał między MGGP S.A. a Operatorem Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. w związku z realizacją Umowy należy podkreślić, że w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego Zamawiający wskazał na

okoliczności, które nie leżą po stronie Wykonawcy – MGGP S.A., tj. po stronie MGGP S.A. Zamawiający powołuje się na następujące okoliczności, które rzekomo mają świadczyć o nienależyтым wykonywaniu Umowy, m. in.:

- a) rażące opóźnienia w wykonaniu zobowiązań umownych, w tym wykonanie niewralgicznego dla kolejnych etapów realizacji zamówienia Kamienia Milowego nr 1, tj. Projektu Wstępnego (PWs) – jako dokumentu podstawowego i kluczowego dla określenia zakresu dalszych prac - z 13 miesięcznym opóźnieniem (!) względem Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego – w tym uporczywe niestosowanie się do uwag i zaleceń Zamawiającego dotyczących sposobu wykonania zobowiązania wynikających z OPZ – w tym miejscu Odwołujący wskazuje, że Zamawiający pomija fakt, że wykonanie Projektu Wstępnego wymagało współpracy stron, a ze strony Zamawiającego woli współpracy nie było. Nie wspomina też, że kierował do Wykonawcy coraz to nowe wymagania dotyczące treści i zakresu Projektu Wstępnego, przy czym żądania takie nie wynikały z Umowy, a konieczność ich uwzględnienia w Projekcie Wstępnym znacząco wydłużyła czas przygotowywania opracowania, co nie było zależne od Wykonawcy. Stanowisko Zamawiającego w poszczególnych kwestiach było niespójne, zmieniało się (np. uzgodnienia/warunki techniczne), co także miało wpływ na czas prac.
- b) rażąca ilość błędów w przedkładanych Zamawiającemu do akceptacji kolejnych, poprawianych wersji Projektu Wstępnego (łącznie Wykonawca złożył 8 wersji Projektu Wstępnego), w tym błędów mających charakter elementarny, które nie powinny wystąpić w opracowaniu przygotowanym przez podmiot świadczący profesjonalnie usługi projektowe - w tym miejscu Odwołujący wskazuje, że owszem w przedkładanych dokumentacjach występowały błędy i niedoskonałości, to jednak ich zakres i ilość nie uzasadnia powyższej oceny Zamawiającego. Projekt wstępny ma charakter dokumentu początkowego, określającego założenia inwestycji, które w kolejnych etapach (projekt budowlany i projekt wykonawczy) są uszczegóławiane i zmieniane zgodnie z tokiem postępu prac projektowych. Co więcej kształtowanie opracowań projektowych dla tak dużych inwestycji także w procesie usuwania wad, uwzględniania uwag Zamawiającego, jest normalnym elementem pracy projektanta.
- c) wielokrotne kwestionowanie przez Wykonawcę jednoznacznych i uzasadnionych w świetle przedmiotu zamówienia wymagań dotyczących realizacji zamówienia - wynikających z treści Umowy i OPZ i składających się na treść zobowiązania umownego Wykonawcy - z wykorzystaniem przez niego argumentacji świadczącej o elementarnym braku profesjonalizmu Wykonawcy, a które miały wpływ na znaczące opóźnienie Wykonawcy w realizacji jego zobowiązań umownych - w tym miejscu Odwołujący wskazuje, że owszem Wykonawca kwestionował wymagania w oczywisty

sposób wykraczające poza zakres Umowy. Zamawiający pomija fakt, że Wykonawca wielokrotnie realizował dodatkowe prace, w ogóle nie przewidziane w Umowie (np.: opracowanie tras alternatywnych wykraczających poza Decyzje Środowiskowe, analizy wykonalności miejsc newralgicznych). Zakres zobowiązania Wykonawcy jest wyznaczany treścią Umowy. To Zamawiający ma decydujący wpływ na brzmienie Umowy i tym bardziej powinien działać w granicach wyznaczonych przez postanowienia umowne, a nie zmuszać Wykonawcę do realizacji dodatkowych, wcześniej nie przewidzianych wymagań które zawsze mają wpływ na wydłużenie zarówno procesu projektowego jak i procesu uzgodnień i w konsekwencji przekraczają uprzednio zaplanowane umowne terminy realizacji.

- d) nierzetelne i sprzeczne ze stanem faktycznym informowanie Zamawiającego o istotnych okolicznościach faktycznych i prawnych związanych z wykonaniem opracowań projektowych - w tym miejscu Odwołujący wskazuje, że nie zgadza się z taką oceną, dowodem na bieżące przekazywanie Zamawiającemu wszelkich informacji dotyczących realizacji umowy jest liczna korespondencja, raporty, protokoły z narad, wiadomości email.
- e) zrealizowanie przez Wykonawcę do dnia 19.06.2020 r. marginalnego zakresu Umowy ze znaczącym opóźnieniem (Kamień Milowy nr 1; nieprawidłowe zrealizowanie Kamienia Milowego nr 1a i 3) w sytuacji, gdy całość zakresu zobowiązania Wykonawcy, z wyłączeniem sprawowania nadzoru autorskiego, winna była zostać wykonana do dnia 06.12.2019 r. - w tym miejscu Odwołujący wskazuje, że zarówno złożona przez Wykonawcę w ramach rozliczenia Umowy (prac wykonanych) inwentaryzacja, jak i ilość materiałów przygotowanych przez Wykonawcę, które Zamawiający wykorzystuje aktualnie w ramach wszczynanych postępowań przetargowych przeczą wprost temu twierdzeniu Zamawiającego.

Przedstawione przez Zamawiającego okoliczności, które rzekomo mają potwierdzać, że do nienależytego wykonania Umowy doszło z przyczyn obciążających Wykonawcę, albo w ogóle nie występowały (np. rzekome nierzetelne i sprzeczne ze stanem faktycznym informowanie Zamawiającego o istotnych okolicznościach faktycznych i prawnych związanych z wykonaniem opracowań projektowych), albo jeżeli dochodziło do nienależytego wykonania Umowy to wyłącznie z przyczyn obciążających Zamawiającego.

Powyższe prowadzi do wniosku, że Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanki wskazującej, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie lub długotrwałe nienależyte wykonywanie istotnego zobowiązania wynikającego z umowy w sprawie zamówienia lub koncesji uprawniająca do wykluczenia wykonawcy jest spowodowane przyczynami leżącymi po jego stronie, co jest kluczowe z uwagi na fakt, że to na zamawiającym spoczywa ciężar

dowodu, bowiem „konieczne jest udowodnienie, że przyczyny niewykonania lub nienależytego wykonania (w istotnym stopniu) leżą po stronie wykonawcy”.

Ponadto szczególną uwagę zwrócił na uzasadnienie wyroku Izby z dnia 25 października 2021 r. o sygn. akt KIO 2706/21, wydane po rozpoznaniu odwołania wniesionego przez MGGP S.A. (czyli przez Odwołującego), w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia na świadczenie usługi budowlanego nadzoru inwestorskiego, przyrodniczego i zarządzania realizacją Inwestycji pn.: „Budowa gazociągu DN 1000 Gustorzyn – Wronów” z podziałem na trzy Etapy (numer postępowania: ZP/2021/04/0037/PI), prowadzonym przez Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. (czyli przez Zamawiającego, który był stroną Umowy). W sprawie, która została merytorycznie rozpatrzona przez Krajową Izbę Odwoławczą, Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. wykluczył MGGP S.A. z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz odrzucił jej ofertę w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp. Jako podstawę faktyczną swojej decyzji Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. wskazał okoliczności związane z realizacją Umowy podkreślając rażące naruszenie obowiązków zawodowych przez MGGP S.A., polegające na niewykonaniu obowiązków umownych, wskutek czego Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. odstąpił od Umowy z winy MGGP S.A. MGGP S.A. nie zgadzając się z decyzją Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. wniosła odwołanie zaskarżając czynność wykluczenia MGGP S.A. z postępowania i odrzucenia jego oferty. Odwołanie MGGP S.A. zostało uwzględnione przez KIO w całości. Choć ww. wyrok odnosi się do sytuacji wykluczenia MGGP S.A. na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp, tym niemniej uzasadnienie orzeczenia, w szczególności w zakresie w jakim wskazuje na brak odpowiedzialności po stronie MGGP S.A. za opóźnienia, do których doszło w trakcie realizacji Umowy, potwierdza, że wobec Odwołującego nie zajdą przesłanki wykluczenia określone w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Reasumując Odwołujący podniósł, że wykluczenie Odwołującego z przedmiotowego postępowania związane jest z okolicznością realizacji umowy z dnia 6 grudnia 2018 r. o numerze 1000032164 na opracowanie dokumentacji projektowej dla zadania inwestycyjnego pn.: Budowa gazociągu Skoczów – Komorowice – Oświęcim – Tworzeń wraz z infrastrukturą niezbędną dla jego obsługi na terenie województwa małopolskiego i śląskiego. Etap III Gazociąg wysokiego ciśnienia DN500 MOP 8,4 MPa relacji Skoczów – Komorowice – Oświęcim. Te same okoliczności faktyczne były przedmiotem postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, które zakończyło się wydaniem wyroku w dniu 25 października 2021 r. o sygn. akt KIO 2706/21, po rozpoznaniu odwołania wniesionego przez MGGP S.A. (czyli przez obecnego Odwołującego), w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia na świadczenie usługi budowlanego nadzoru inwestorskiego, przyrodniczego i

zarządzania realizacją Inwestycji pn.: „Budowa gazociągu DN 1000 Gustorzyn – Wronów” z podziałem na trzy Etapy (numer postępowania: ZP/2021/04/0037/PI), prowadzonym przez Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. (czyli przez Zamawiającego, który był stroną Umowy).

W sprawie, która została merytorycznie rozpatrzona przez Krajową Izbę Odwoławczą, Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. również wykluczył MGGP S.A. z postępowania, ale nie na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, lecz na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp. Okoliczności faktyczne będące podstawą decyzji Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. o wykluczeniu z postępowania są tożsame w obu sprawach, tj. w przedmiotowej sprawie oraz w sprawie, która była rozpoznana przez Krajową Izbę Odwoławczą pod sygnaturą KIO 2706/21. Ponadto obie przesłanki wykluczenia, tj. przesłanka wskazana w art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp i przesłanka, o której mowa w 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, są związane z ustaleniem czy wykonawca w trakcie realizacji Umowy dochował należytej staranności, a zatem wniosek o dołączenie do akt niniejszej sprawy akt sprawy prowadzonej przez Krajową Izbę Odwoławczą pod sygnaturą akt: KIO 2706/21 należy uznać za zasadny.

Na dalszych stronach odwołania Odwołujący zamieścił bardzo szczegółową polemikę z argumentami wskazanymi w informacji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania.

Z uwagi na obszerność odwołania (odwołanie liczy 318 stron + 4 segregatory załączników) Izba ograniczyła część historyczną uzasadnienia.

W dniu 21 czerwca 2022 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający, za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej za pomocą platformy zakupowej przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu informację o odwołaniu wraz z kopią odwołania oraz informacją o możliwości zgłoszenia przystąpienia wykonawców do postępowania odwoławczego.

W dniu 22 czerwca 2022 r. (pismem z tej samej daty) Wykonawca PdS Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zwany dalej „Wykonawcą PdS” zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 7 lipca 2022 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego (odpowiedź na odwołanie liczy 250 stron + 66 załączników).

W dniu 8 lipca 2022 r. (pismo z dnia 7 lipca) Odwołujący złożył pismo procesowe w sprawie, zawierające – jak wskazał – dalszą argumentację w zakresie podniesionych w odwołaniu zarzutów.

W dniu 11 lipca 2022 r. (pismem z tej samej daty) Odwołujący złożył pismo procesowe w sprawie.

W dniu 11 lipca 2022 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający złożył pismo procesowe w sprawie, w którym wniósł o pominięcie argumentacji Odwołującego zawartej w piśmie z dnia 7 lipca 2022 r. z uwagi na to, że stanowi ona rozszerzenie zarzutów odwołania oraz odniósł się do argumentów odwołania (pkt 339-368).

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia Wykonawcy PdS Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska oraz oświadczenia Stron i Przystępującego wyrażone w pismach oraz złożone ustnie przez Strony do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Odwołującego i złożone w załączeniu do odwołania, tj.:

1. Oświadczenie Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. o odstąpieniu od Umowy z dnia 19 czerwca 2020 r. (załącznik nr 5);
2. Pismo Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z dnia 12 stycznia 2021 r. (znak: OS-DI.4121.11.2018.576) (załącznik nr 6);
3. Nota obciążeniowa nr 6040000505 z dnia 2 lipca 2020 r. (załącznik nr 7);
4. Pismo MGGP S.A. z dnia 24 czerwca 2020 r. znak L.Dz. K/OliŚ/144/06/2020/EL (załącznik nr 8);
5. Pismo MGGP S.A. z dnia 25 czerwca 2020 r. znak L.Dz. K/OliŚ/147/06/2020/AS (załącznik nr 9).
6. 3 segregatory zawierające kilkaset stron pism każdy (opisane przez Odwołującego jako Załącznik nr 1- Tom 1 z 2, Załącznik nr 1- Tom 2 z 2 i Załącznik nr 3 - Tom 1 z 1) z wyłączeniem tych z zawnioskowanych dowodów, które nie zostały przez Izbę dopuszczone w poczet materiału dowodowego.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Zamawiającego i złożone w załączeniu do odpowiedzi na odwołanie, tj.:

1. Umowę nr 1000032164 dotyczącą opracowania dokumentacji projektowej dla zadania inwestycyjnego pn.: „Budowa gazociągu Skoczów-Komorowice-Oświęcim-Tworzeń wraz z infrastrukturą niezbędną do jego obsługi na terenie województw małopolskiego i śląskiego. Etap III Gazociąg wysokiego ciśnienia DN500 MOP 8,4 MPa relacji Skoczów-Komorowice-Oświęcim” (załącznik C);
2. OPZ dot. zamówienia objętego Umową nr 1000032164 (Załącznik D);
3. Załącznik nr 1 - Protokół z inwentaryzacji nr 1;
4. Załącznik nr 2 - Protokół z inwentaryzacji nr 2;
5. Załącznik nr 3 - Korespondencja - zaopiniowanie DG;
6. Załącznik nr 4 - Odstąpienie od Umowy nr 1000032164 z dn. 6 grudnia 2018;
7. Załącznik nr 5 - Pismo w sprawie odstąpienia od Umowy przez Wykonawcę – odpowiedź;
8. Załącznik nr 6 - Załącznik nr 15 do OPZ Opiniowanie;
9. Załącznik nr 7 - Pismo w sprawie opóźnienia odbioru KM nr 1;
10. Załącznik nr 8 - Odbiór KM nr 1 cd. Odpowiedź;
11. Załącznik nr 9 - Pismo w sprawie PWs-wer.04;
12. Załącznik nr 10 - Pismo w sprawie uwag do Raportów stanowisko GS;
13. Załącznik nr 11 - Odpowiedź w sprawie możliwości odbioru PWs;

14. Załącznik nr 12 - Pismo w sprawie realizacji Umowy oraz możliwości odbioru KM nr 1_Odpowiedź;
15. Załącznik nr 13 - Pismo w sprawie odbioru Projektu Wstępnego - wer. 05;
16. Załącznik nr 14 - Uwagi do Raportu nr 18;
17. Załącznik nr 15 - Uwagi do PwS_ver.00_pismo wychodzące;
18. Załącznik nr 16 - Procedura PI-II-I02;
19. Załącznik nr 17 - Protokół 135.19;
20. Załącznik nr 18 - Protokół 12.20 PwS SKO;
21. Załącznik nr 19 - Notatka z dnia 4.06.2019;
22. Załącznik nr 20 - Odpowiedź na pismo ws DL;
23. Załącznik nr 21 - Odbiór PwS z uwagami;
24. Załącznik nr 22 - Pismo w sprawie PRG;
25. Załącznik nr 23 - Pismo w sprawie uwag do wsadu do PRG_2;
26. Załącznik nr 24 - zestawienie WT;
27. Załącznik nr 25 - notatka_20190213;
28. Załącznik nr 26 - Przekazanie uwag do PwS;
29. Załącznik nr 27 - Notatka z dnia 30.08.2019;
30. Załącznik nr 28 - Przekazanie analizy wykonalności gazociągu po wizji w terenie;
31. Załącznik nr 29 - Uwagi do analizy wykonalności;
32. Załącznik nr 30 - Uwagi do Raportu nr 10;
33. Załącznik nr 31 - Pismo w sprawie real. PU i możliwości odbioru PwS;
34. Załącznik nr 32 - Odpowiedz w sprawie odbioru PwS-wer.06;
35. Załącznik nr 33 - Przekazanie analizy wykonalności;
36. Załącznik nr 34 - Załącznik nr 24 do OPZ Zakres zamawianej dokumentacji;
37. Załącznik nr 35 - Wezwanie pod rygorem odstąpienia;
38. Załącznik nr 36 - Pismo od podwykonawcy Oil Gas;
39. Załącznik nr 37 - Pismo w sprawie ugody;
40. Załącznik nr 38 - Pismo w sprawie PRG odpowiedz 1;
41. Załącznik nr 39 Odpowiedź na wyjaśnienia w sprawie odmowy wszczęcia postępowania - zatwierdzenie PRG;
42. Załącznik nr 40 - Uwagi Raport nr 6
43. Załącznik nr 41 - Pismo w sprawie zaległości
44. Załącznik nr 42 - Uwagi do Raportu nr 9
45. Załącznik nr 43 - Przekazanie analizy wykonalności gazociągu po wizji w terenie
46. Załącznik nr 44 - Pismo w sprawie odrzuconego wniosku przez Aqua
47. Załącznik nr 45 - Odpowiedź w sprawie Raportu nr 6
48. Załącznik nr 46 - Uwagi do Raportu nr 8

49. Załącznik nr 47 - Korespondencja mailowa z dnia 06.11.2019
50. Załącznik nr 48 - Korespondencja mailowa z dnia 04.11.2019
51. Załącznik nr 49 - Uwagi do Raportu nr 11
52. Załącznik nr 50 - Raport nr 12
53. Załącznik nr 51 - Uwagi do Raportu nr 12
54. Załącznik nr 52 - Raport nr 13
55. Załącznik nr 53 - Uwagi do Raportu nr 13
56. Załącznik nr 54 - Raport nr 14
57. Załącznik nr 55 - Uwagi do Raportu nr 14
58. Załącznik nr 56 - Raport nr 15
59. Załącznik nr 57 - Uwagi do Raportu nr 15
60. Załącznik nr 58 - Raport nr 16
61. Załącznik nr 59 - Uwagi do Raportu nr 16
62. Załącznik nr 60 - Raport nr 17
63. Załącznik nr 61 - Uwagi do Raportu nr 17
64. Załącznik nr 62 - Raport nr 18
65. Załącznik nr 63 - Wykaz Personelu BP SKO
66. Załącznik nr 64 - Terminy realizacji zadań BP SKO
67. Załącznik nr 65 - Protokół Zdawczo-Odbiorczy - gaz. łączący BP z KSP
68. Załącznik nr 66 - KM1 2020.02.14 Protokół odbioru częściowego PWs

Izba nie dopuściła dowodu zawnioskowanego i złożonego przez Odwołującego w załączeniu do odwołania, tj. :

1. Odpisu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 października 2021 r. o sygn. akt: KIO 2706/21 (załącznik nr 4), gdyż niedopuszczalne jest oparcie ustaleń faktycznych w danej sprawie na ustaleniach dokonanych w innym postępowaniu. Nie może bowiem stanowić dowodu odpis orzeczenia lub decyzji administracyjnej, odzwierciedlający tok rozumowania innego składu orzekającego lub innego organu chyba, że mają charakter prejudycjalny w danej sprawie (np. prawomocny wyrok skazujący w warunkach art. 11 k.p.c. co w tym stanie faktycznym nie ma miejsca).
2. Akt sprawy odwoławczej o sygn. akt KIO 2706/21, gdyż dowód z akt innej sprawy nie istnieje. Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego jedynie część akt w postaci określonych dokumentów może stanowić środek dowodowy (wyrok z dnia 27 stycznia 1999 r., II CKN 798/97). Niedopuszczalne jest natomiast oparcie ustaleń faktycznych i prawnych na ustaleniach dokonanych w innym postępowaniu.
3. Odpisów odwołania ze sprawy o sygn. akt KIO 2706/21 (pismo Odwołującego z dnia 11 października 2021 r. składane w związku ze sprawą KIO 2706/21 - załącznik

nr 3 do obecnego odwołania) i pisma procesowego (pismo Odwołującego z dnia 30 września 2021 r. składane w związku ze sprawą KIO 2706/21 - załącznik nr 2 do obecnego odwołania) złożonych w toku wskazanej sprawy z uwagi na inną podstawę prawną i faktyczną będącą podstawą wniesionego odwołania (art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp a nie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp), a co za tym idzie rozstrzygnięcia.

W niniejszej sprawie nie sposób nie odnieść się do obszerności odwołania wniesionego w tej sprawie i ukształtowanego w tym zakresie jednolitego stanowiska SN i NSA. NSA w postanowieniu z dnia 1 lipca 2021r., sygn. akt II OSK 2184/20, odwołując się do orzeczenia SN podniósł bowiem, iż „za Sądem Najwyższym wskazać zatem trzeba, że konstrukcja bardzo obszernej skargi kasacyjnej, cechująca się powielaniem w istocie tych samych zarzutów i tych samych przepisów w kolejnych punktach skargi kasacyjnej, powoduje, że skarga jest mało czytelna i utrudnia sądowi zbadanie zasadności postawionych zarzutów. Sformułowanie podstaw kasacyjnych i ich uzasadnienie powinno być zwięzłe, rzeczowe, jasne i emocjonalnie neutralne. Liczne, podnoszone ponad potrzebę zarzuty oraz rozwlekłe rozważania i argumenty, zajmujące wiele stron (w niniejszej sprawie 38), powtarzane i akcentowane w różnych miejscach uzasadnienia, z reguły odbierają skardze kasacyjnej siłę przekonywania i osłabiają jej procesową skuteczność (por. postanowienie SN z dnia 18 grudnia 2013 r., III CSK 311/13, publ. OSNC 2014, nr 7-8, poz. 83)”. Podobnie NSA w postanowieniu z dnia 25 stycznia 2022 r., sygn. akt I FSK 1012/19. Nie sposób nie wywieść z zaprezentowanych orzeczeń wskazówki, iż wszelkie pisma procesowe powinny być w taki sposób konstruowane. Tymczasem odwołanie wniesione w niniejszej sprawie liczy 318 stron + 3 segregatory załączników zawierające kilkaset stron każdy i zawiera w swej treści wielokrotnie powielane argumenty i scany z wyciągów z różnych dokumentów, itp. Dlatego też w dobie elektronicznej pozwalającej dowolnie kopiować i skanować niemal wszystko tak ważne jest – jak podkreślono w wyżej zacytowanych orzeczeniach - zwięzłe i rzeczowe formułowanie pism procesowych aby przez nadmierną rozwlekłość nie pozbawić ich jasności i czytelności.

Izba rozpoznała niniejszą sprawę tylko i wyłącznie w kontekście ściśle określonej czynności Zamawiającego, tj. wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp a więc poprzez ustalenie istnienia przesłanek skutkujących zastosowaniem przez Zamawiającego tego przepisu. Izba, oceniając w tym konkretnym stanie faktycznym przesłanki wykluczenia z postępowania, brała pod uwagę te okoliczności, które miały miejsce na tle realizacji umowy stanowiącej podstawę zastosowania wykluczenia wykonawcy z obecnie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając że odwołanie podlega oddaleniu.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający, pismem z dnia 31 marca 2022 r., wezwał Odwołującego do przedłożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w Rozdz. XII ust. 2 SWZ oraz oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, tj. jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, zwanego dalej „JEDZ”, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia. Dokumenty należało złożyć do dnia 12 kwietnia 2022 r. do godz. 12.00.

Odwołujący w odpowiedzi na powyższe wezwanie, pismem z dnia 11 kwietnia 2022 r., złożył „JEDZ” celem potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia z postępowania. Odwołujący w części III JEDZ „Podstawy wykluczenia lit. C „Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi” na pytanie, czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową, odpowiedział: „NIE”. Do JEDZ załączył dodatkowe wyjaśnienia, w których poinformował Zamawiającego o tym, że „Wykonawca znajduje się w sytuacji, gdzie wcześniej zawarta umowa z zamawiającym publicznym została rozwiązana przed czasem. W drugiej połowie 2020 r. Spółka odstąpiła od umowy w sprawie zamówienia publicznego, ze względu na okoliczności leżące po stronie Zamawiającego. Oświadczenie o odstąpieniu złożył też Zamawiający będący stroną przedmiotowej umowy, przy czym oświadczenie Zamawiającego nie miało podstaw ani faktycznych ani też prawnych, a tym samym było bezskuteczne”. Nadto dodał, że „pomimo wcześniejszego rozwiązania uprzednio zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego nie zachodzi wobec Wykonawcy przesłanka wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5) i/lub 7) ustawy Pzp. Okoliczności, które spowodowały rozwiązanie umowy nie leżały po stronie Wykonawcy, który umowę realizował prawidłowo i zgodnie z jej treścią. Nie zachodzą więc wszystkie przesłanki wskazane w przywołanych przepisach, co skutkuje brakiem podstaw do wykluczenia Wykonawcy z postępowania”.

Zamawiający, pismem z dnia 6 maja 2022 r., wezwał Odwołującego do poprawienia JEDZ poprzez wskazanie odpowiedzi „TAK” na pytanie „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została

rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?” oraz do przedstawienia przedsięwziętych w celu samooczyszczenia środków wraz z ich opisem, zgodnie z dyspozycją art. 110 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący, pismem z dnia 13 maja 2022 r., wskazał, że nie może zastosować się do żądania poprawienia JEDZ, ponieważ przesłanka wykluczenia określona w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie ma zastosowania, a złożone przez niego oświadczenie w tym zakresie odpowiada prawdzie. Odwołujący odwołał się także do toczącego się między Zamawiającym, a Odwołującym sporu dotyczącego realizacji umowy z dnia 6 grudnia 2018 r. o numerze 1000032164 na opracowanie dokumentacji projektowej dla zadania inwestycyjnego pn.: Budowa gazociągu Skoczów – Komorowice – Oświęcim – Tworzeń wraz z infrastrukturą niezbędną dla jego obsługi na terenie województwa małopolskiego i śląskiego. Etap III Gazociąg wysokiego ciśnienia DN500 MOP 8,4 MPa relacji Skoczów – Komorowice – Oświęcim, a także do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 października 2021 r. o sygn. akt KIO 2706/21, wydanym po rozpoznaniu odwołania wniesionego przez Odwołującego, w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia na świadczenie usługi budowlanego nadzoru inwestorskiego, przyrodniczego i zarządzania realizacją Inwestycji pn.: „Budowa gazociągu DN 1000 Gustorzyn – Wronów” z podziałem na trzy Etapy (numer postępowania: ZP/2021/04/0037/PI), prowadzonym przez Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. (czyli przez Zamawiającego, który był stroną Umowy). W sprawie, która została merytorycznie rozpatrzona przez Izbę, Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. wykluczył MGGP S.A. z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz odrzucił jej ofertę w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp. Jako podstawę faktyczną swojej decyzji Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. wskazał okoliczności związane z realizacją Umowy podkreślając rażące naruszenie obowiązków zawodowych przez MGGP S.A., polegające na niewykonaniu obowiązków umownych, wskutek czego Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. odstąpił od Umowy z winy MGGP S.A. MGGP S.A. nie zgadzając się z decyzją Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. wniosła odwołanie zaskarżając czynność wykluczenia MGGP S.A. z postępowania i odrzucenia jego oferty. Odwołanie MGGP S.A. zostało uwzględnione w całości. W piśmie tym podkreślił, że co prawda przedmiotowe orzeczenie odnosi się do sytuacji wykluczenia MGGP S.A. na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, tym niemniej uzasadnienie orzeczenia, w szczególności w zakresie w jakim wskazuje na brak odpowiedzialności MGGP S.A. oraz brak odpowiedniego współdziałania Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z MGGP S.A., wskutek czego Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. przyczynił się

znacząco do wydłużenia okresu realizacji przedmiotu umowy, potwierdza, że wobec Odwołującego nie znajdą przesłanki wykluczenia określone w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Zamawiający, pismem z dnia 10 czerwca 2021 r., poinformował Odwołującego o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp a w konsekwencji o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp. Zamawiający uzasadniając powyższe podniósł, że w zaistniałych w sprawie okolicznościach faktycznych i prawnych konieczne oraz uzasadnione jest wykluczenie Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp, a w konsekwencji odrzucenie jego oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp. Podkreślił, że w odpowiedzi na wezwanie ze strony Zamawiającego z dnia 6.05.2022 r. Wykonawca potwierdził brak woli skorzystania z procedury samooczyszczenia uregulowanej w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp. Konieczność wykluczenia Wykonawcy z postępowania na ww. podstawie, związana jest z nienależytą realizacją przez Wykonawcę zawartej z Zamawiającym w dniu 6.12.2018 r. Umowy nr 1000032164 w przedmiocie: „Opracowania dokumentacji projektowej dla zadania inwestycyjnego pn.: Budowa gazociągu Skoczów-Komorowice-Oświęcim-Tworzeń wraz z infrastrukturą niezbędną do jego obsługi na terenie województw małopolskiego i śląskiego. Etap III Gazociąg wysokiego ciśnienia DN500 MOP 8,4 MPa relacji Skoczów-Komorowice-Oświęcim” („Umowa”).

Zamawiający dokonał zindywidualizowanej oceny zachowania i postawy Wykonawcy w związku z realizacją Umowy. W ocenie Zamawiającego zachowanie Wykonawcy towarzyszące realizacji Umowy w sposób rażąco odbiegało od standardu świadczenia usług, jakiego należy oczekiwać od podmiotu profesjonalnego oraz od standardu podobnych podmiotów realizujących usługi projektowe a przede wszystkim uchybiało wymaganom Zamawiającego określonym w Umowie, w tym OPZ. Co więcej, zachowanie i uchybienia, których dopuścił się Wykonawca – opisane w pkt. III niniejszego uzasadnienia - dalece odbiegały od minimalnego miernika staranności, którego można oczekiwać od podmiotu profesjonalnego.

Stosownie do treści art. 109 ust. 1 pkt. 7) ustawy Pzp wykluczeniu z postępowania podlega wykonawca, który z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał swoje zobowiązanie umowne albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie umowne, zobowiązania wykonawcy wynikały z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Odnosząc się do powyższych przesłanek Zamawiający stwierdził, że Umowa zawarta pomiędzy Wykonawcą i Zamawiającym została zawarta w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym niewątpliwie zachowanie Wykonawcy dotyczy nienależytego wykonania „wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego”.

Co do przesłanki „nienależytego wykonania lub nienależytego wykonywania zobowiązania” stwierdził, że na gruncie przepisu art. 471 Kodeksu cywilnego, regulującego odpowiedzialność kontraktową dłużnika z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania pojęcie wykonania zobowiązania oznacza zachowanie dłużnika, polegające na spełnieniu wszystkich obowiązków spoczywających na nim, a wynikających z treści łączącego strony stosunku prawnego: Skoro powstał (...) stosunek zobowiązaniowy, to wierzyciel ma prawo oczekiwać, że dłużnik spełni obciążające go świadczenie, a więc, iż ten zachowa się zgodnie z treścią zobowiązania, zaspokajając jednocześnie określony w jego treści interes wierzyciela. Jeżeli to nastąpi, zobowiązanie zostaje wykonane i jako takie wygasa. Brak spełnienia świadczenia oznacza niewykonanie zobowiązania. Przy nienależytym wykonaniu zobowiązania świadczenie jest wprawdzie spełnione, lecz nie jest ono prawidłowe, gdyż odbiega w większym lub mniejszym stopniu od świadczenia wymaganego. Zastosowanie podstawy wykluczenia opisanej w art. 109 ust. 1 pkt. 7) ustawy Pzp warunkowane jest tym, aby nienależyte wykonanie lub nienależyte wykonywanie zobowiązania wykonawcy wynikało z „przyczyn leżących po jego stronie”. Powyższe sformułowanie oznacza, że nienależyte wykonanie umowy jest oceniane niezależnie od stopnia winy wykonawcy. Podstawa wykluczenia jest zatem niezależna od tego, czy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy jest zawinione przez wykonawcę czy też nie. Podstawą do oceny zachowania Wykonawcy oraz sposobu wykonania zobowiązania są w szczególności postanowienia Umowy, w tym w szczególności postanowienia Opisu Przedmiotu Zamówienia, które w sposób szczegółowy regulowały oczekiwany przez Zamawiającego sposób wykonania zobowiązania, jak również standardy realizacji tego typu zamówień realizowanych przez podmioty zajmującego się profesjonalnie świadczeniem usług projektowych oraz starannością związaną z jakością i terminowością wykonywania poszczególnych zobowiązań częściowych składających się na przedmiot umowy.

W ocenie Zamawiającego Wykonawca, z przyczyn leżących po jego stronie, w sposób nienależyty wykonywał swoje obowiązki wynikające z Umowy (opisane szczegółowo w punkcie III niniejszego uzasadnienia). Zarówno skala, charakter oraz uporczywość uchybień, których dopuścił się Wykonawca w związku z realizacją Umowy, w tym niewykonywanie obowiązków wynikających z Umowy i OPZ, nagminne ignorowanie uwag Zamawiającego, które poparte były wymogami OPZ, skala i elementarny charakter błędów

podczas wykonywania opracowań objętych przedmiotem Umowy, nieznaczne zaawansowanie prac i znaczące opóźnienia w realizacji przedmiotu Umowy (wynikające m.in. z nieskierowania dostatecznej liczby personelu oraz skierowaniu personelu do realizacji innych projektów) świadczą o nienależytym wykonaniu Umowy w znacznym stopniu oraz w sposób istotny i długotrwały. Wykonawca nie tylko nie zrealizował istotnej części Umowy (Kamienie Milowe opisane w dalszej części uzasadnienia), ale również w sposób długotrwały nienależycie wykonywał Umowę – Kamień Milowy nr 1 (PWs), który został odebrany warunkowo dopiero 30.04.2020 r. (data podpisania Protokołu odbioru), a więc 13 miesięcy po upływie umownego terminu zakończenia tego etapu Umowy (06.03.2019). Umowa nie została zatem wykonana przez Wykonawcę zarówno w istotnej części rzeczowej i finansowej (wartość prac dotyczących Kamienia Milowego nr 1 – PWs wynosiła raptem 682 407,00 zł), ale również całe zobowiązanie nie było wykonywane w sposób odpowiadający istotnym dla Zamawiającego wymaganiom określonym w Umowie, a Wykonawca notorycznie przedstawiał do odbioru przedmiot umowy z licznymi wadami, które pomimo zgłaszanych przez Zamawiającego uwag nie były usuwane w terminie – przykładowo, z uwagi na liczbę uwag i zastrzeżeń Zamawiającego, które nie pozwalały na dokonanie odbioru PWs Wykonawca przedstawił do odbioru łącznie 8 wersji PWs (od rewizji 00 do rewizji 06 po poprawie), a pozostałe opracowania przygotowane przez Wykonawcę (KM nr 1a i 3) były wadliwe, a przez to niezdatne do odbioru przez Zamawiającego. Co więcej, realizacja usługi dotyczyła projektu o istotnym i strategicznym znaczeniu dla bezpieczeństwa energetycznego południowej części kraju, a tym samym dla Zamawiającego kluczowe znaczenie miało rzetelne i terminowe wykonania zamówienia.

Co do ostatniego elementu podstawy wykluczenia – skutkiem nienależytego wykonywania umowy musi być wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy, odszkodowanie, wykonanie zastępcze lub realizacja uprawnień z tytułu rękojmi za wady. W przypadku Wykonawcy, nienależyte wykonywanie Umowy doprowadziło do odstąpienia Zamawiającego w dniu 19 czerwca 2020 r. od Umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy oraz nałożenia na Wykonawcę kar umownych, które należy rozumieć jako „odszkodowanie” w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp. W pojęciu „odszkodowania” użytym w art. 109 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych mieścić się będą również ustalone w umowie w oparciu o art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego kary umowne z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Artykuł 483 § 1 Kodeksu cywilnego wskazuje, że zapłata określonej sumy (kary umownej) jest jedną z form naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania - ze swojej istoty zastępuje ona zatem odszkodowanie z art. 471 Kodeksu cywilnego. Co istotne, Wykonawca do tej pory nie zakwestionował w postępowaniu sądowym ani podstaw faktycznych ani podstaw prawnych odstąpienia.

Mając na uwadze treść oraz wykładnię przepisu art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp oraz uwzględniając wskazane poniżej okoliczności, związane z realizacją przez Wykonawcę Umowy Zamawiający uznał, że podlegają one kwalifikacji jako przypadek nienależytego wykonania i wykonywania umowy o zamówienie publiczne, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, przy czym nienależyte wykonanie dotyczyło istotnego stopnia i zakresu zobowiązania Wykonawcy oraz polegało na długotrwałym nienależytym wykonywaniu umowy, co ostatecznie doprowadziło do odstąpienia przez Zamawiającego od Umowy oraz nałożenia na Wykonawcę kar umownych (odszkodowania).

Zamawiający zaznaczył, że w odniesieniu do obowiązków wynikających z Umowy Wykonawca zrealizował ze znaczącym opóźnieniem lub nie zrealizował następujących zobowiązań wynikających z Umowy:

Zamawiający zaznacza, że w odniesieniu do obowiązków wynikających z Umowy Wykonawca zrealizował ze znaczącym opóźnieniem lub nie zrealizował następujących zobowiązań wynikających z Umowy: Numer KM	Kamień Miłowy	Data realizacji (zgodnie z Harmonogramem Rzeczowo-Finansowym)	Data realizacji przez projektanta
1	Opracowanie i zatwierdzenie projektu wstępnego (PWs)	6.03.2019r.	9.04.2020r. - pismo informujące o warunkowym odbiorze 21.04.2020r. - Protokół Odbioru KM nr 1 – podpisany w dniu 30.04.2020r.
1a	Opracowanie dokumentacji w sprawie przeprowadzenia oceny oddziaływania na środowisko w ramach postępowania w sprawie wydania Decyzji o pozwoleniu na budowę	6.07.2019r.	Nie zrealizowano. Przekazane Raporty oddziaływania Inwestycji na środowisko nie spełniają wymagań obowiązujących przepisów i nie mogą stanowić podstawy do przeprowadzenia oceny oddziaływania na środowisko
2a	Zamiennej i/lub Nowej Decyzji o ustaleniu i lokalizacji inwestycji w zakresie terminalu z rygiem natychmiastowej wykonalności	6.07.2019r.	Nie zrealizowano
2b	Uzyskanie ostatecznej	do końca trwania NA	Nie zrealizowano

	Zamiennej i/lub Nowej Decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji w zakresie terminalu		
3	Opracowanie i zatwierdzenie Projektu Budowlanego	6.07.2019r.	Nie zrealizowano. Przekazany materiał nie spełnia wymagań przepisów prawa (szczegóły poniżej) i nie może zostać zatwierdzony.
4a	Uzyskanie decyzji Pozwolenia na budowę	6.12.2019r.	Nie zrealizowano
4b	Uzyskanie ostatecznej decyzji Pozwolenia na budowę	do końca trwania NA	Nie zrealizowano
5	Opracowanie i zatwierdzenie Projektów Wykonawczych oraz pozostałej dokumentacji projektowej.	6.10.2019r.	Nie zrealizowano
6	Nadzór autorski	21 m-cy od uzyskania Decyzji o PnB	Nie zrealizowano

Okoliczności, które świadczą o nienależyтым wykonywaniu, co ostatecznie doprowadziło do nienależytego wykonania Umowy obejmują m.in.:

- a) rażące opóźnienia w wykonaniu zobowiązań umownych, w tym wykonanie newralgicznego dla kolejnych etapów realizacji zamówienia Kamienia Milowego nr 1, tj. Projektu Wstępnego (PWs) – jako dokumentu podstawowego i kluczowego dla określenia zakresu dalszych prac - z 13 miesięcznym opóźnieniem (!) względem Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego – w tym uporczywe niestosowanie się do uwag i zaleceń Zamawiającego dotyczących sposobu wykonania zobowiązania wynikających z OPZ;
- b) rażąca ilość błędów w przedkładanych Zamawiającemu do akceptacji kolejnych, poprawianych wersji Projektu Wstępnego (łącznie Wykonawca złożył 8 wersji Projektu Wstępnego), w tym błędów mających charakter elementarny, które nie powinny wystąpić w opracowaniu przygotowanym przez podmiot świadczący profesjonalnie usługi projektowe;
- c) wielokrotne kwestionowanie przez Wykonawcę jednoznacznych i uzasadnionych w świetle przedmiotu zamówienia wymagań dotyczących realizacji zamówienia - wynikających z treści Umowy i OPZ i składających się na treść zobowiązania umownego Wykonawcy - z wykorzystaniem przez niego argumentacji świadczącej o elementarnym braku profesjonalizmu Wykonawcy, a które miały wpływ na znaczące opóźnienie Wykonawcy w realizacji jego zobowiązań umownych;

- d) nierzetelne i sprzeczne ze stanem faktycznym informowanie Zamawiającego o istotnych okolicznościach faktycznych i prawnych związanych z wykonaniem opracowań projektowych;
- e) zrealizowanie przez Wykonawcę do dnia 19.06.2020 r. marginalnego zakresu Umowy ze znaczącym opóźnieniem (Kamień Milowy nr 1; nieprawidłowe zrealizowanie Kamienia Milowego nr 1a i 3) w sytuacji, gdy całość zakresu zobowiązania Wykonawcy, z wyłączeniem sprawowania nadzoru autorskiego, winna była zostać wykonana do dnia 06.12.2019 r.

W związku z nienależytym wykonaniem przez Wykonawcę swoich obowiązków umownych w dniu 19.06.2020r., po wcześniejszym bezskutecznym wezwaniu Wykonawcy do wykonania Przedmiotu Umowy, Zamawiający odstąpił od niej z winy Wykonawcy. Uwzględniając rozmiar i stopień nagromadzenia przypadków nienależytego wykonywania zamówienia (zobowiązań wynikających z Umowy), które ostatecznie skutkowało niewykonaniem zamówienia przez Wykonawcę.

W celu szczegółowego wykazania okoliczności świadczących o nienależytym wykonaniu zobowiązań umownych, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, w pkt III niniejszego pisma Zamawiający przedstawił szczegółową argumentację odnoszącą się do okoliczności faktycznych realizacji Umowy oraz nienależytego wykonania Umowy przez Wykonawcę.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

W myśl art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wykluczeniu podlega wykonawca, który z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji lub wykonał tę umowę nienależycie w istotnym stopniu lub zakresie, lub też długotrwale nienależycie ją wykonywał, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnienia z tytułu rękojmi za wady.

Przepis ten opiera się na art. 57 ust. 4 lit. g dyrektywy klasycznej, tj. Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, który to przepis upoważnia Zamawiającego do wykluczenia wykonawcy, jeżeli wykonawca wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym lub wcześniejszą umową w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej wcześniejszej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji.

Ustawodawca unijny w motywie 101 preambuły do dyrektywy klasycznej zamieścił także wskazówki dotyczące stosowania ww. podstawy wykluczenia, wskazując, że instytucje

zamawiające „powinny także mieć możliwość wykluczenia kandydatów lub oferentów, którzy przy wykonywaniu wcześniejszych zamówień publicznych wykazali poważne braki w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów; było to np. niedostarczenie produktu lub niewykonanie zamówienia, znaczące wady dostarczonego produktu lub świadczonej usługi, które spowodowały ich niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem, lub niewłaściwe zachowanie poddające w poważną wątpliwość wiarygodność wykonawcy”.

Dla zastosowania sankcji wykluczenia z postępowania wynikającej z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp konieczne jest zatem stwierdzenie kumulatywnego zaistnienia przesłanek enumeratywnie wymienionych w tym przepisie. Wykluczeniu z postępowania podlega więc wykonawca, który:

- 1) w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał swoje zobowiązanie umowne, albo
 - długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie umowne,
 - zobowiązania wykonawcy wynikały z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego,
- 2) niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy wynikało z przyczyn leżących po jego stronie wykonawcy,
- 3) skutkiem nienależytego wykonania lub nienależytego wykonywania obowiązków umownych było wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy, odszkodowanie, wykonanie zastępcze lub realizacja uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Niewątpliwym jest, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie, w tym stanie faktycznym, dotyczy wcześniej zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego, w tym przypadku umowy zawartej z tym Zamawiającym a więc Zamawiającym, który obecnie prowadzi postępowanie, w którym Odwołujący został wykluczony na podstawie wskazanego wyżej przepisu. Podkreślić przy tym należy, że ta podstawa wykluczenia dotyczy nie tylko umów zawartych uprzednio pomiędzy danym wykonawcą a zamawiającym prowadzącym postępowanie, ale również wszelkich umów w sprawie zamówienia publicznego lub koncesji (umów łączących wykonawcę z innymi zamawiającymi). Umowa, która legła u podstaw wykluczenia Odwołującego z postępowania, została zawarta pomiędzy tym Zamawiającym a Odwołującym w dniu 6 grudnia 2018 r., a jej przedmiotem – zgodnie z treścią zawartej umowy (§ 1 ust. 2) - było wykonanie dokumentacji projektowej gazociągu DN 500 8m4 MPa, obejmującej m.in. opracowanie: Projektu Wstępnego (PWs), Projektu Budowlanego Projektu Wykonawczego wraz ze szczegółowymi specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót budowlanych, przedmiarów robót oraz kosztorysów inwestorskich, uzyskanie wszystkich niezbędnych zgód, opinii, uzgodnień, sprawdzeń rozwiązań projektowych, zezwoleń, pozwoleń i ostatecznych decyzji administracyjnych niezbędnych do budowy instalacji, uzyskanie decyzji zmieniającej (-ych) dotychczas wydaną (-e) decyzje o lokalizacji

inwestycji na podstawie Specustawy w przypadku konieczności wprowadzenia takich zmian i sprawowanie nadzoru autorskiego nad realizacją inwestycji. Szczegółowy zakres przedmiotu umowy określał OPZ (§ 1 ust. 4).

Termin realizacji przedmiotowej umowy określono w załączonym do umowy Harmonogramie rzeczowo - finansowym, podając nazwę, termin realizacji przez projektanta oraz wartość (kwotę netto PLN) wyspecyfikowanych w tym harmonogramie dziewięciu „Kamieni Milowych”. Terminy wykonania Kamieni Milowych w odniesieniu do sześciu z nich uregulowano poprzez wskazanie daty, natomiast w odniesieniu do pozostałych poprzez wskazanie liczby miesięcy, w którym wskazany Kamień Milowy miał być wykonany. Przykładowo na „03.2019r.” wskazano realizację „KM nr 1: Opracowanie i zatwierdzenie projektu wstępnego” (poz. 1 Harmonogramu), na „12.2019r.” „KM nr 4a: Uzyskanie decyzji pozwolenia na budowę” (poz. 6 Harmonogramu), a na „21 m-cy (do zakończenia NA)” „KM nr 4b: Uzyskanie ostatecznej Decyzji pozwolenia na budowę” (poz. 7 Harmonogramu) oraz na „21 m-cy od odbioru KM nr 4b)” dla „KM nr 6: Nadzór Autorski” (poz. 9 Harmonogramu). Umowa precyzyjnie więc określała terminy wykonania poszczególnych Kamieni Milowych a co za tym idzie termin wykonania umowy.

„Niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z przyczyn leżących po stronie wykonawcy” - jak wynika z dotychczasowego piśmiennictwa i orzecznictwa - odnosi się zarówno do przypadków całkowitego niewykonania zobowiązania, jak i do nienależytego wykonania zobowiązania polegającego w szczególności na spełnieniu świadczenia bez zachowania terminu, miejsca, rozmiaru, sposobu lub jakości.

Niewykonanie oraz nienależyte wykonanie zobowiązania to dwie postaci naruszenia zobowiązania (umowy).

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należy, że umowa z dnia 6 grudnia 2018 r. nie została wykonana (nie została wykonana w całości). Jest to – jak się wydaje - rzecz oczywista i w zasadzie bezsporna. Jednak nie każde nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części – jak słusznie podniósł Odwołujący - daje podstawę do wykluczenia. Wobec powyższego należało ustalić, mając na uwadze treść art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, stopień niewykonania lub nienależytego wykonania tejże umowy.

Nie ulga wątpliwości, że umowa ta nie została należycie wykonana, gdyż rzeczowo i finansowo odbiega „od wymaganego umową świadczenia”. W tym przypadku niewykonanie lub nienależyte wykonanie w szczególności polega na niespełnieniu świadczenia w terminie i zakresie wynikającym z umowy i załączników do tej umowy.

Świadczy o tym już chociażby sposób realizacji pierwszego Kamienia Milowego – opracowania i zatwierdzenia projektu wstępnego, będącego bazą do kolejnych opracowań. Pierwszy Kamień Milowy (spośród ściśle określonych w Harmonogramie rzeczowo-

finansowym, stanowiącym załącznik nr 5 do umowy) został zrealizowany przez wykonawcę i warunkowo odebrany przez Zamawiającego dopiero w kwietniu 2020 r., dowodem czego jest protokół odbioru Kamienia Milowego z dnia 21 kwietnia 2020 r. oraz pismo informujące o jego warunkowym odbiorze z dnia 9 kwietnia 2020 r. Wartość tego kamienia wynosiła 682 407,00 zł netto (wartość całego zamówienia to 7 582 300,00 zł netto).

Odbiór Kamienia Milowego odbywał się według ściśle określonych zasad. Procedura opiniowania dokumentacji projektowej, a tym samym odbioru poszczególnych Kamieni Milowych, została opisana w umowie i załącznikach do umowy oraz Załączniku nr 15 do OPZ - informacji o procesie opiniowania dokumentacji projektowej i projektów decyzji wskazanych w ramach realizacji Kamieni Milowych, zawierającym wskazania dotyczące sposobu uzgadniania. Jest to – jak wynika z powyższych dokumentów - standardowy, trzyetapowy tryb postępowania Zamawiającego, identyczny dla każdego z realizowanych projektów.

Dokumentacja projektowa przekazana przez wykonawcę, zgodnie z tymi procedurami, podlega zaopiniowaniu zarówno przez Oddział (Radę Techniczną (RT) lub Radę Techniczno-Ekonomiczną (RTE)), jak i Centralę Zamawiającego (Komisję Oceny Projektów Inwestycyjnych (KOPI)). Odbiór następuje po pozytywnym zaopiniowaniu dokumentacji przez obie jednostki opiniujące. Dokumentacja podlega więc wstępnemu uzgodnieniu przez Zamawiającego a następnie po pozytywnym uzgodnieniu oraz po wypełnieniu postanowień poczynionych na tym etapie jest przekazywana do zaopiniowania przez RT lub RTE a następnie jest kierowana na KOPI. Stąd też uwagi do opracowania zgłaszane są oddzielenie przez każdą z tych jednostek. Mogą być one wnoszone na każdym etapie opiniowania i często mogły być wynikiem konieczności uszczegółowienia złożonego przez Projektanta opracowania. Uwagi tych jednostek pochodzą bowiem – jak podniósł Zamawiający - z różnych komórek organizacyjnych i dotyczą różnych zakresów, branż i kompetencji. Treść umowy nie wyklucza przy tym możliwości formułowania uwag do każdorazowo przedłożonej dokumentacji projektowej. Taka też sytuacja miała miejsce w czasie odbioru pierwszego Kamienia Milowego.

Procedura odbiorowa, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie była chaotyczna a w trakcie odbioru pierwszego Kamienia Milowego (Projektu Wstępnego (PWs) nie doszło do jej naruszenia. To przecież Zamawiający celem przyspieszenia procesu opiniowania i, mając na uwadze napięte terminy realizacji umowy, wystąpił do Centrali o możliwość połączenia opiniowania dokumentacji przez RT (RTE) i KOPI (bez wstępnego opiniowania). Taka sytuacja, jak sam przyznał Odwołujący, miała miejsce w przypadku opiniowania PWs - rew. 01, rew. 03, rew. 05 oraz rew. 06. Decyzja ta nie przyniosła jednak wymiernych efektów. Opracowanie będące przedmiotem Projektu wstępnego (PWs) zostało bowiem warunkowo zatwierdzone dopiero po przedstawieniu jego 8-ej wersji (rew.06).

Tymczasem - jak wynika z Harmonogramu rzeczowo-finansowego - pierwszy Kamień Milowy, obejmujący Projekt Wstępny (PWs) miał być wykonany w terminie do „03.2019r.”. Pierwsza wersja opracowania (rew.00) została złożona przez Odwołującego Zamawiającemu do zaopiniowania w dniu 11.02.2019 r. Natomiast ostatnia (odebrana warunkowo) została przekazana Zamawiającemu w dniu 20 marca 2020 r. W tym okresie a więc od marca 2019 r. do marca 2020 r. do zaopiniowania przedkładane były przez wykonawcę kolejne wersje PWs. Zastrzeżenia do przedstawianego opracowania, komentarze oraz uwagi zgłaszane przez Zamawiającego nie zawsze były nowe. Pojawiały się na każdym etapie – podczas oceny kolejnej wersji PWs, o ile przekazane opracowanie było niezgodne z wymaganiami zawartymi w OPZ, umową i załącznikami do umowy. Nie wszystkie uwagi były bowiem uwzględniane przez wykonawcę. Wobec tego bywało, że ponownie pojawiały się w każdej następnej rewizji Projektu Wstępnego. Uwagi mogły dotyczyć również takich kwestii, które wcześniej już były przedmiotem opinii. Załącznik nr 15 do OPZ, jak i Umowa regulowały także i to, na czym polega opiniowanie przedłożonego opracowania, jak i jakie działania ma podjąć wykonawca w przypadku zgłoszenia uwag, zastrzeżeń i komentarzy. Oznacza to niewątpliwie, że strony umowy wiedziały albo też powinny wiedzieć po zapoznaniu się z obowiązującymi regulacjami w tym zakresie jak wygląda cały proces opiniowania i odbioru opracowania.

Wykonawca nie wywiązywał się z obowiązków wynikających z umowy z dnia 6 grudnia 2018 r. Zamawiający - zgodnie z § 6, ust. 1 i ust. 2 umowy – miał „prawo kontrolować Projektanta oraz jakość wyników w zakresie realizacji Przedmiotu Umowy, a także dokonywać odbiorów Przedmiotu Umowy. Przedmiot Umowy będzie wykonywany w ścisłej współpracy z Zamawiającym, z którym będą konsultowane założenia, przyjmowane na poszczególnych etapach realizacji Umowy”. Realizując powyższe Zamawiający wielokrotnie wzywał wykonawcę m.in. do „zmiany sposobu realizacji zamówienia” oraz „rzetelnego i terminowego podejścia do tematu”, „wykonywania przedmiotu umowy zgodnie z postanowieniami umowy”, itp. (np. pisma Zamawiającego z dnia: 09.04.2019 r., 16.04.2019 r., 29.04.2019 r., 28.06.2019 r., 08.07.2019 r., 12.08.2019 r., 23.08.2019 r., 28.08.2019 r., 02.09.2019 r., 09.09.2019 r., 16.09.2019 r., 17.09.2019 r., 02.10.2019 r., 14.11.2019 r., 23.03.2020 r., 13.05.2020 r., 14.05.2020 r., 12.06.2020 r.). Wskazywał nie tylko na konieczność dochowania profesjonalizmu, ale także dołożenia wszelkich i należytych starań oraz realizację umowy „zgodnie z wymaganiami zawartymi w Umowie § 3 ust. 2 z najwyższą starannością wynikającą z zawodowego charakteru przedmiotu działalności Projektanta”.

Wykonawca przekazywał Zamawiającemu raporty miesięczne, które pozwalały Zamawiającemu na kontrolowanie stopnia zaawansowania prac. Zgodnie bowiem z OPZ – punkt 9 „Raportowanie” Projektant był zobowiązany do przekazywania Zamawiającemu informacji o zaawansowaniu prac w cyklu miesięcznym przedstawiającym stopień

zaawansowania realizacji przedmiotu zamówienia. Okazało się jednak, że raporty te nie odzwierciedlają stanu faktycznego (np. raport nr 6, 7 i 8 - dotyczy trasy gazociągu przy ul. Grażyńskiego, co do której Zamawiający przedstawiał już wcześniej stanowisko i wskazywał na konieczność ponownego przeanalizowania z uwagi na zaproponowaną przez Projektanta trasę oraz rozwiązania technologiczne – brak możliwości korzystania z działki, bliskość kanalizacji deszczowej a w konsekwencji ryzyko uszkodzenia i zniszczenia). Uwagi Zamawiającego nie zostały jednak uwzględnione w opracowaniach. Dlatego też Zamawiający słusznie czynił, odnosząc się do treści raportów nr: 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16 i 17 w pismach skierowanych do wykonawcy (pisma z dnia 05.08.2019 r., 16.09.2019 r., 03.06.2019 r., 08.07.2019 r., 08.10.2019 r., 06.11.2019 r., 03.11.2019 r., 04.11.2019 r., 14.11.2019 r., 29.11.2019 r., 09.12.2018 r., 03.01.2020 r., 10.02.2020 r., 16.03.2020 r., 04.09.2020 r., 07.05.2020 r., 15.06.2019 r.). Wykonawca – Projektant nie usuwał bowiem w terminie uwag zgłaszanych przez Zamawiającego (w każdym z protokołów zawarte były ustalenia w jakim zakresie opracowanie powinno być zmienione). Jak wynika z treści kolejnych protokołów i oświadczeń Zamawiającego uwagi i zastrzeżenia zgłaszane przez Zamawiającego nie były wprowadzane, pomimo tego, że wykonawca w kolejnych pismach przewodnich przekazujących kolejną wersję opracowania zapewniał, że tak się stało (np. pismo z 04.03.2019r., w którym wykonawca, przekazując projekt wstępny rew. 01 podał, że przekazuje wersję „uwzględniającą przesłane uwagi”; podobnie w piśmie z dnia 09.04.2019 r. wykonawca przekazuje projekt wstępny „z uwzględnieniem zgłoszonych uwag”, dodając że w załączeniu przekazuje „tabelaryczne zestawienie uwag wraz ze stanowiskiem Projektanta”; a także pismo z dnia 01.07.2019r. „przekazujemy projekt wstępny z uwzględnieniem zgłoszonych uwag” itp.). Brak rzetelności, staranności i ignorowanie uwag Zamawiającego wynika także z protokołów z narad, w których wskazywano braki, błędy i wszelkie niedociągnięcia elementów projektu wstępnego, podając np., że „projektanci pokażą kolizje na mapach zasadniczych oraz ortofotomapach (...) wraz z opisaniem rodzaju kolidującej sieci z projektowanym gazociągiem (...) w przypadku sieci przeznaczonych do przebudowy Projektant ma na mapach zasadniczych i ortofotomapach wskazać (zaprojektuje) nową trasę sieci oraz nowy zakres, na który należy pozyskać zamienną DL”; „w przekazanej do ponownej oceny wielobranżowej dokumentacji PWS rew.02 nie zostały wprowadzone w większości istotne uwagi merytoryczne, o których mowa w protokole z KOPI z dnia 19.03.2019r.” ze wskazaniem w jakim zakresie dokument ma zostać poprawiony; „Projektant zobligowany jest niezwłocznie złożyć poprawiony PRG do Urzędu Marszałkowskiego w Katowicach i Krakowie; Projektant ponownie przeanalizuje przyjęte rozwiązania w km 20+100 do km 20+400. Obszar wymaga ponownej analizy”; „projekt wstępny należy skorygować zgodnie z uwagami i ustaleniami z punktu III niniejszego protokołu oraz ustaleniami spotkania (...)” oraz wskazanie, że to „na projektancie spoczywa

obowiązek zmiany decyzji Lokalizacyjnej w zakresie tytułów prawnych”, „podział dokumentacji formalno-prawnej PWs został wykonany niezgodnie z wytycznymi zawartymi w korespondencji mailowej z dnia 23.07.2019 r.” „Projektant nie miał wystarczającej ilości czasu na dokładane przeanalizowanie materiałów projektowych” (np. protokoły z narad w dniu 29.03.2019r., 15.04.2019r., 16.05.2019r., 23.07.2019r., 30.08.2019r., 09.02.2020r.).

W konsekwencji powyższego pierwszy Kamień Milowy (PWs) będący kluczowym dla realizacji całego przedmiotu umowy został wykonany z 13-miesięcznym opóźnieniem. Przyczyną tego – jak wykazał Zamawiający – były błędy i braki w opracowaniu oraz niewykonywanie przez wykonawcę obowiązków nałożonych umową. Okoliczność tę przyznał i Odwołujący, wskazując że w PWs „występowały błędy i niedoskonałości to jednak ich zakres i ilość nie uzasadnia stwierdzenia, że nienależycie wykonywał umowę”. W ocenie Odwołującego były one wynikiem działania Zamawiającego, którego stanowisko „było niespójne, i stale się zmieniało”, gdyż „Zamawiający oczekiwał realizacji prac wykraczających poza umowę i OPZ, np. opracowania tras alternatywnych wykraczających poza Decyzje Środowiskowe, analizy wykonalności miejsc newralgicznych”. Jednak Odwołujący nie zauważał i nadal nie zauważa, że zarówno przedmiot zamówienia, a co za tym idzie wymagania Zamawiającego dotyczące jego realizacji, jak i cały proces opiniowania i odbioru został szczegółowo określony w umowie oraz OPZ i – jak wynika z akt sprawy – odbywał się w oparciu o te regulacje. A ponadto mimo, że wykonawca obecnie kwestionuje uwagi kierowane pod adresem PWs na etapie odbioru każdej wersji opracowania i odnosi się do nich z ogromną szczegółowością (odwołanie zawiera bowiem 318 stron, a w jego treści znajdują się scany z części różnych dokumentów, w tym m.in. pism, protokołów itp. i te same argumenty podnoszone są w różnych konfiguracjach), nie czynił tego w taki sposób na kolejnych etapach odbioru kolejnych wersji opracowania. Pisma (np. z dnia 11.12.2019r., 23.12.2019r.), w których kwestionował uwagi i zastrzeżenia Zamawiającego dotyczą sytuacji zastanej już po upływie terminu odbioru pierwszego Kamienia Milowego.

Spośród błędów jakie pojawiły się podczas trwania procesu odbioru PWs, które stały się następnie podstawą stwierdzenia niewykonania oraz nienależytego wykonania umowy Zamawiający wskazał m.in. na następujące:

- brak weryfikacji trasy gazociągu w terenie:
wymóg w tym zakresie wynikał z pkt 13.1.1. i 5.1. OPZ i przewidywał konieczność dokonania wizji lokalnej, co w ocenie Izby jest niesporne. Była ona przeprowadzona w dniach 05-06.02.2019r. W trakcie realizacji opracowania powstała jednak konieczność przeprowadzenia kolejnej wizji, co przyznał wykonawca w trakcie narady podkreślając, że „nie miał wystarczającego czasu na dokładne przeanalizowanie materiałów projektowych ze względu na złożony charakter i zgłasza konieczność udziału w wizji terenowej wraz z projektantami oraz Zamawiającym” (protokół z

narady w dniu 30.08.2019r.). Wizja została przeprowadzona w dniach 09-13.09.2019 r. a poczynione w jej trakcie ustalenia – na co wskazał Odwołujący w odwołaniu (str. 90) - zostały wykorzystane przy opracowywaniu treści PWs. Wizja ta została przeprowadzona już po umownym terminie odbioru Kamienia Milowego i świadczy to o tym, że faktycznie dopiero w tym okresie wykonawca dostrzegł złożoność wykonywanego opracowania. Konsekwencją tego było przygotowanie „Analizy możliwości wykonania gazociągu w miejscach newralgicznych”. Analiza ta jest wynikiem nie dostosowania się wykonawcy do zapisów OPZ (13.1.1.), gdzie jest mowa o przygotowaniu „analizy trasy gazociągu”, która powinna poprzedzać przygotowanie Projektu Wstępnego (PWs). Wykonanie opracowania w sposób prawidłowy i zgodny z OPZ nie wymagałoby wykonania kolejnych analiz. Zamawiający takiego dokumentu nie wymagał. Wykonawca został zobligowany do przeprowadzenia trasy gazociągu w PWs. A ponieważ wykonawca nie wykonał takiej analizy na wstępnym etapie prac wobec czego musiał opracować dokument dodatkowy.

- brak wymaganych uzgodnień będących podstawą do uzyskania Zamiennej Decyzji Lokalizacyjnej i/lub Nowej Decyzji Lokalizacyjnej:

wymóg w tym zakresie wynikał wprost z pkt 13.1.1. i 13.1.4.6.4. OPZ - „w trakcie realizacji PWs Wykonawca winien był uzyskać: wstępne uzgodnienia” gestorów sieci dla wykonania skrzyżowań (np. ul. Liliowa, ul. Rakietowa, ul. Cybernetyków). Wykonawca twierdzi, że takie uzgodnienia przedstawiał jednakże nie stanowiły one warunku odbioru PWs. Przeczą temu jednak powołane wyżej zapisy OPZ, jak również i to, że sam Odwołujący dalej wskazuje, że Zamawiający wymagał „wyłącznie warunków technicznych oraz wstępnych uzgodnień”.

Odwołujący, mając wątpliwości dotyczące rozumienia pojęcia „wstępnych uzgodnień”, mógł jeszcze na etapie postępowania przetargowego te zapisy kwestionować i żądać ich wyjaśnienia i uszczegółowienia. Tego jednak nie uczynił.

Brak uzyskania wymaganych uzgodnień miał miejsce na każdym etapie odbioru opracowania, np. do złożonej wersji 00 – nie przedstawiono żadnych uzgodnień, do złożonej wersji 03 – wykonawca nie uwzględnił tego, że wydana decyzja (Decyzja Wójta Gminy Jasienica) jest już nieaktualna.

Podkreślić także należy, że wykonawca do czasu odstąpienia od umowy przez Zamawiającego nie uzyskał kompletu wymaganych uzgodnień.

- brak dokonania optymalizacji trasy gazociągu:
wymóg w tym zakresie wynikał wprost z pkt 13.1.1. i 13.1.4.6.4. OPZ - np. dotyczył zjazdu będącego w trakcie przebudowy, tj. ul. Olszewskiego (kwestii zjazdów dotyczą m.in. pisma Zamawiającego z dnia 21.02.2019r., 02.09.2019r., 14.11.2019r.).

Wniosek złożony został dopiero w dniu 31.07.2019r., na skutek czego na Zamawiającego zostały nałożone obowiązki gwarancyjne związane z modernizacją drogi dojazdowej. Do zjazdów przy ul. Olszewskiego wykonawca nie uzyskał stosownych zgód. Tymczasem pierwszym krokiem jego działania – zgodnie z OPZ - powinno być uzyskanie zgód w tym zakresie. Zgodę taką – zgodę dla lokalizacji zjazdów stałych wykonawca powinien pozyskać na wstępnym etapie prac projektowych.

- brak ostatecznego ostatecznego/poprawnego zakresu Zamiennych/Nowych Decyzji Lokalizacyjnych z uwagi na brak uzgodnienia trasy przebudowywanej infrastruktury obcej kolidującej z zaprojektowanym gazociągiem:

wymóg w tym zakresie wynikał wprost z pkt 13.1.1. i 13.1.8. OPZ oraz Rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 26 kwietnia 2013r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać sieci gazowe i ich usytuowanie (konieczność spełnienia wymagań); Zamawiający w przedstawionych opracowaniach dla różnych wersji stwierdził m.in. brak uwzględnienia wymagań obejmujących np. kąty skrzyżowania kanalizacji teletechnicznej z zaprojektowanym gazociągiem w wymaganiach ww. rozporządzenia. Wykonawca wymagań tych nie uwzględniał w kolejno składanych wersjach PWs. Tymczasem – jak wskazał Zamawiający – aby wskazać zakres Zamiennych/Nowych Decyzji Lokalizacyjnych konieczne jest wyrysowanie przebudowywanych tras infrastruktury obcej oraz uzyskanie wstępnych uzgodnień od gestora w celu potwierdzenia prawidłowości poczynionych założeń.

- błędy dotyczące weryfikacji geologicznej:

wymóg w tym zakresie wynikał wprost z pkt 13.1.3. OPZ - wykonawca powinien był wykonać analizę i zweryfikować dokumentację geologiczną oraz dostosować ją do wymagań wynikających z instrukcji stanowiącej załącznik nr 8 do OPZ. Zmiana technologii z wykopowej na bezwykopową na późniejszym etapie prac projektowych skutkowała bowiem koniecznością wykonania kolejnej dokumentacji oraz dodatkowych odwiertów.

Zamawiający ujawnił w złożonym przez wykonawcę opracowaniu (PWs) i zgłosił następnie wykonawcy uwagi/zastrzeżenia do około 200 odwiertów geologicznych w zakresie ich lokalizacji oraz głębokości. Dokumentacja geologiczno-inżynierska powinna bowiem spełniać wymagania określone w załączniku nr 4 do Instrukcji PI-II-102, gdzie zostały one jasno i czytelnie sprecyzowane. Powstałe błędy – jak podniósł Zamawiający – to efekt braku rzetelnej analizy trasy gazociągu oraz nienależycie wykonanej lub niewykonanej wizji w terenie.

- błędy i braki w poszczególnych rewizjach PWs:

1. braki uzyskania warunków technicznych dla skrzyżowań zaprojektowanego gazociągu z infrastrukturą obcą lub pozostawienia jej w strefie kontrolowanej gazociągu lub warunków przebudowy infrastruktury obcej. Dowodem na powyższe są przedłożone przez Zamawiającego pisma i protokoły z dnia: 21.02.2019r. (dotyczy PWs rew. 00); protokół nr 42/2019 z posiedzenia Rady Technicznej i KOPI w dniu 19.03.2019r. (dotyczy PWs rew.01); protokół nr 135/2019 z posiedzenia Rady Technicznej i KOPI w dniu 23.07.2019r. (dotyczy PWs rew.03); pismo z dnia 02.09.2019r. (dotyczy PWs rew. 04); protokół nr 12/2020 z posiedzenia Rady Technicznej i KOPI w dniu 29.01.2020r. (dotyczy PWs rew. 05); protokół nr 34/2020 z posiedzenia Rady Technicznej i KOPI w dniu 13.03.2020r. (dotyczy PWs rew. 06), pismo z dnia 04.09.2020r. (dotyczy PWs rew. 06 poprawiony).
2. założenia przyjęte w PWs niezgodne z otrzymanymi warunkami technicznymi. Dowodem na powyższe są przedłożone przez Zamawiającego pisma i protokoły z dnia: 21.02.2019r. (dotyczy PWs rew. 00); protokół nr 42/2019 z posiedzenia Rady Technicznej i KOPI w dniu 19.03.2019r. (dotyczy PWs rew.01); uwagi do PWs rew. 02 przekazane korespondencją mailową w dniu 16.04.2019r.; protokół nr 135/2019 z posiedzenia Rady Technicznej i KOPI w dniu 23.07.2019r. (dotyczy PWs rew.03); pismo z dnia 02.09.2019r. (dotyczy PWs rew. 04); protokół nr 12/2020 z posiedzenia Rady Technicznej i KOPI w dniu 29.01.2020r. (dotyczy PWs rew. 05).
3. przyjęte założenia projektowe niezgodne z obowiązującym Rozporządzeniem oraz załącznikiem nr 5 do Instrukcji PE-DY-I02 oraz wymagań gestorów sieci. Dowodem na powyższe są przedłożone przez Zamawiającego pisma i protokoły z dnia: 21.02.2019r. (dotyczy PWs rew. 00); protokół nr 42/2019 z posiedzenia Rady Technicznej i KOPI w dniu 19.03.2019r. (dotyczy PWs rew.01); uwagi do PWs rew 02 przekazane korespondencją mailową w dniu 16.04.2019r.; protokół nr 12/2020 z posiedzenia Rady Technicznej i KOPI w dniu 29.01.2020r. (dotyczy PWs rew. 05); protokół nr 34/2020 z posiedzenia Rady Technicznej i KOPI w dniu 13.03.2020r. (dotyczy PWs rew. 06), pismo z dnia 04.09.2020r. (dotyczy PWs rew. 06 poprawiony).
4. brak zaznaczenia zakresów Zamiennych/Nowych Decyzji Lokalizacyjnych lub błędnie zaznaczone zakresy – zgodnie z wymaganiami OPZ, pkt 13.1.1. Dowodem na powyższe są przedłożone przez Zamawiającego pisma i protokoły z dnia: 21.02.2019r. (dotyczy PWs rew. 00); protokół nr 42/2019 z posiedzenia Rady Technicznej i KOPI w dniu 19.03.2019r. (dotyczy PWs rew.01); uwagi do PWs rew. 02 przekazane korespondencją mailową w dniu

16.04.2019r.; protokół nr 135/2019 z posiedzenia Rady Technicznej i KOPI w dniu 23.07.2019r. (dotyczy PWS rew.03); pismo z dnia 02.09.2019r. (dotyczy PWS rew. 04); protokół nr 12/2020 z posiedzenia Rady Technicznej i KOPI w dniu 29.01.2020r. (dotyczy PWS rew. 05); protokół nr 34/2020 z posiedzenia Rady Technicznej i KOPI w dniu 13.03.2020r. (dotyczy PWS rew. 06).

5. brak analizy zaprojektowanego gazociągu oraz przekazanych na etapie procedury przetargowej materiałów. Dowodem na powyższe są przedłożone przez Zamawiającego pisma i protokoły z dnia: 21.02.2019r. (dotyczy PWS rew. 00); protokół nr 42/2019 z posiedzenia Rady Technicznej i KOPI w dniu 19.03.2019r. (dotyczy PWS rew.01); uwagi do PWS rew. 02 przekazane korespondencją mailową w dniu 16.04.2019r.; protokół nr 135/2019 z posiedzenia Rady Technicznej i KOPI w dniu 23.07.2019r. (dotyczy PWS rew.03); pismo z dnia 02.09.2019r. (dotyczy PWS rew. 04); protokół nr 12/2020 z posiedzenia Rady Technicznej i KOPI w dniu 29.01.2020r. (dotyczy PWS rew. 05); protokół nr 34/2020 z posiedzenia Rady Technicznej i KOPI w dniu 13.03.2020r. (dotyczy PWS rew. 06).

Odwołujący przyznał, że każda kolejna wersja PWS była poprawiana i uzupełniana celem sprostania wymaganiom Zamawiającego, pomimo, że w jego ocenie, nie znajdowały one podstaw w treści OPZ i umowy. Brak odebrania pierwszego Kamienia Milowego uniemożliwił Odwołującemu realizację kolejnego Kamienia Milowego, tj. uzyskania nowych lub zamiennych Decyzji Lokalizacyjnych. Nadal prowadził jednak działania, które miały na celu przygotowanie wniosków dla uzyskania określonych decyzji. Przez cały czas trwania umowy otrzymywał bowiem od Zamawiającego coraz więcej uwag dotyczących kolejno składanych wersji opracowania, na które reagował w kolejnych pismach, podkreślając iż wykraczają one poza zakres wyznaczony OPZ i umowę (pisma wykonawcy z dnia 26.03.2019r., 24.04.2019r., 05.08.2019r., 27.08.2019r., 21.08.2019r., 16.10.2019r., 11.12.2019r., 232.121.2019r., 27.02.2020r., 20.03.2020r., 19.05.2020r., 25.06.2019r.), ale i uwzględniając je w kolejno przygotowanych wersjach Projektu Wstępnego.

Zauważyć przy tym należy, iż Odwołujący podejmował działania zmierzające do wykonania umowy twierdząc, iż świadczenie jest nie tylko, że możliwe do zrealizowania, a wręcz przekonywał Zamawiającego, że powstałe trudności zostaną rozwiązane. Niemniej jednak nie osiągnął zamierzonego rezultatu. Podejmowane przez niego próby wykonania umowy były znacząco odbiegające od miernika należytej staranności w konsekwencji czego Zamawiający odstąpił od umowy.

A ponieważ „ciężar udowodnienia zasadności wykluczenia wykonawcy spoczywa na zamawiającym, który ma wykazać niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania w wyniku co najmniej rażącego niedbalstwa” (Wyrok XII GA 397/15 wyrok SO w Gdańsku z

dnia 22 września 2015 r.) to Zamawiający zobowiązany jest wykazać niewykonanie oraz nienależyte wykonanie umowy i te okoliczności Zamawiający w sposób nie budzący żadnych wątpliwości wykazał. Poza warunkowo przyjętym Kamieniem Milowym nr 1 żaden z pozostałych Kamieni Milowych, wyspecyfikowanych w Harmonogramie rzeczowo – finansowym nie został przez Odwołującego wykonany. Niezależnie bowiem od błędów i braków opracowania ujawnionych w trakcie procedury odbioru poszczególnych wersji PWs, o których wskazano już wyżej, Zamawiający stwierdził także szereg błędów w odebranym warunkowo Projekcie Wstępnym. Wykonawca – jak podniósł Zamawiający – odmawiał ich usunięcia. Tak więc nieuwzględniane przez wykonawcę uwagi ujawnione w ramach danej wersji opracowania powodowało, że pojawiały się one w każdej następnej jego wersji. Odwołujący podniósł, że „nie twierdzi, że wykonał Kamień Milowy 1a w całości (...) niemniej jednak przekazana inwentaryzacja przyrodnicza stanowiła kluczową część tego kamienia”. Zaprzeczył przy tym by nie zrealizował „KM 2a, KM 3, KM 4a, KM 4b, KM 5”. Tymczasem nie zostały one wykonane w ogóle lub też zostały wykonane wadliwie. I tak:

Wadliwie został wykonany także Kamień Milowy nr 2a, który był zależny od prawidłowo wykonanego PWs. Wymóg został określony w pkt 13.1.1. i 13.3.7.2. OPZ, a Zamawiający stwierdził jego niezgodność w zakresie: pkt 13.3.4. – materiały niekompletne. Na załącznikach graficznych brak trasy przebudowywanej infrastruktury obcej, brak zaznaczonych działek; pkt 13.3.5. – brak opinii – zgodnie z art. 6 ust. 3 Specustawy gazowej, pkt 13.3.6. – brak kompletu uzgodnień przebudowywanej infrastruktury obcej; pkt 13.3.7.2. – brak ostatecznego zakresu: nie uzgodniono tras przebudowywanej infrastruktury obcej, nie uzgodniono z Zamawiającym zjazdów i objazdów do pasa budowlano-montażowego; pkt 13.3.9. – nie przekazano materiału; pkt 13.3.11.1. – przekazane wypisy z ewidencji gruntów nieaktualne – 01.2019r.; pkt 13.3.11.2. - nie przekazano materiałów; 13.3.11.3. - nie przekazano materiałów; pkt 13.3.11.4. - nie przekazano materiałów; pkt 13.3.12. – nie złożono wniosków o Nowe/Zamienne DL do organów; pkt 13.3.13. - nie złożono wniosków o Nowe/Zamienne DL do organów; pkt 13.3.15. - nie złożono wniosków o Nowe/Zamienne DL do organów, wnioski negatywnie zaopiniowane przez Zamawiającego; pkt 13.3.16. – brak DL; pkt 13.3.17. - nie przekazano materiałów; pkt 13.3.17.1. - nie przekazano materiałów; pkt 13.3.17.2. - nie przekazano materiałów; pkt 13.3.20. - nie przekazano materiałów. Było to wynikiem – jak dalej wskazał Zamawiający – dużej ilości „kolizji” zaprojektowanego gazociągu z infrastrukturą obcą. Wykonawca powinien uzyskać stosowne odstępstwa od przepisów techniczno-budowlanych, tymczasem kolejne wnioski w tym zakresie nie spełniały podstawowych wymagań i zostały zaopiniowane negatywnie.

Wadliwie został wykonany także Kamień Milowy nr 3, w którym stwierdzono brak podstawowych kwestii formalno–prawnych (niezgodności z wymaganiami OPZ). Zamawiający stwierdził niezgodność w zakresie: pkt 13.4.3. – materiały niekompletne. Brak

m.in. skrzyżowań z drogami, ciekami, liniami kolejowymi, cz. Konstrukcyjnej, uzgodnień/opinii/decyzji. Szczegóły zawarte w załączniku do protokołu z inwentaryzacji.; pkt 13.4.4. – PB nie został złożony do zaopiniowania na RT i KOPI; punkty: 13.4.5., 13.4.6., 13.4.8., 13.4.10.,, 13.4.11., 13.4.11.3., 13.4.11.8., 13.4.11.9., 13.4.12., 13.4.13., 13.4.14., 13.4.15., 13.4.17., 13.4.21., 13.4.27., 13.4.29., 13.4.30., 13.4.31., 13.4.32., 13.4.33., 13.4.34., 13.4.35. - nie przekazano materiałów lub przekazany materiał jest niekompletny; pkt 13.4.36. – brak aktualizacji map dcp (mapy z kwietnia 2019 r.).

Wadliwie został zrealizowany Kamień Milowy nr 4a – uzyskanie decyzji o pozwoleniu na budowę. Zamawiający wskazał w tym zakresie na brak istotnych uzgodnień/decyzji/opinii m.in. zgód na wystąpienia o odstępstwo oraz uzyskanych odstępstw, warunków technicznych dotyczących skrzyżowania zaprojektowanego gazociągu z drogami, ciekami i rzekami, warunków technicznych przebudowy infrastruktury obcej kolidującej z zaprojektowanym gazociągiem, pozwoleń wodnoprawnych oraz pism uzgadniających projekty skrzyżowań projektowanego gazociągu z drogami, liniami kolejowymi i infrastrukturą podziemną.

Istotnie istnieje spór pomiędzy stronami co do tego jaki zakres został przez wykonawcę faktycznie wykonany. Przygotowane protokoły z inwentaryzacji Zamawiającego i Odwołującego w tej kwestii zasadniczo się różnią. Jednak to Zamawiający w sposób jednoznaczny i nie budzący żadnych wątpliwości wykazał w jak dużym a nawet znacznym stopniu umowa nie została wykonana. Zamawiający warunkowo przecież przyjął pierwszy Kamień Milowy (zrealizowany 13 miesięcy po terminie wynikającym z Harmonogramu). Wykonawca kilkakrotnie bowiem składał projekt Wstępny (PWs), który nie uwzględniał wymogów OPZ i treści umowy, a także uwag wskazywanych przez Zamawiającego w ramach kolejno wydawanych opinii. W odniesieniu do każdej z wersji uwag tych było od kilkunastu do kilkudziesięciu. Błędy były więc wielokrotnie poprawiane a wszelkie uwagi były konsekwencją postawionych w OPZ i umowie wymagań. Ilość zgłaszanych uwag do przedstawionego opracowania świadczyła o niskiej jakości dokumentacji i rażącym braku wywiązywania się przez wykonawcę z postanowień umowy. Także fakt dokonania zatwierdzenia i odbioru Projektu Wstępnego po upływie 13 miesięcy od terminu wynikającego z Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego był konsekwencją postawy Wykonawcy, który nienależycie wykonywał umowę. Przekazane opracowanie było niezgodne z wymaganiami zawartymi w OPZ, niedbałe i nierzetelne.

Wykonawca od grudnia 2018 r. czyli od momentu podpisania umowy do przedłożenia projektu opracowania w lutym 2019 r. powinien był przeanalizować trasę gazociągu, dokonując obligatoryjnej wizji lokalnej i taką wizję wykonawca przeprowadził. Tymczasem w sierpniu 2019r. zgłosił konieczność dokonania kolejnej wizji lokalnej, gdyż wcześniej – jak podał - nie miał czasu na przeanalizowanie trasy. Stąd nie dostrzegał

problemów powstałych obecnie z lokalizacją gazociągu w terenie, którego nie znał (trasa przechodziła przez jary w terenach leśnych). Pracował na podkładach mapowych i dopiero po wizji lokalnej w terenie w sierpniu 2019 r. zmienił opracowanie, dostosowując je do rzeczywistej sytuacji w terenie.

Projekt powinien być zgodny z decyzją środowiskową. Tymczasem zakres pasa budowlano-montażowego był z nią niezgodny.

Aby wskazać zakres Zamiennych/Nowych decyzji Lokalizacyjnych konieczne jest wyrysowanie przebudowywanych tras infrastruktury obcej oraz uzyskanie wstępnych uzgodnień od gestora w celu potwierdzenia prawidłowych założeń przyjętych przez wykonawcę. Trasa przebudowywanej infrastruktury wytycza zakres inwestycji, a tym samym zamiennych/Nowych DL. Dlatego też bez przeprowadzenia wstępnych uzgodnień z gestorami infrastruktury obcej nie można było stwierdzić, czy przedstawione rozwiązania w zakresie przebudów są zgodne z oczekiwaniami i wymaganiami gestorów. Założenia były wykonalne ponieważ korekta trasy gazociągu w zakresie uzyskanych decyzji środowiskowych była możliwa i wykonalna. Analizy wykonalności gazociągu w miejscach newralgicznych czyli trudnych zostały wykonane dopiero po około 10 miesiącach po podpisaniu umowy, czyli po założonym umownym terminie odbioru Kamienia Milowego nr 1 (PWs)

Zamawiający wskazywał, że wielokrotnie informował wykonawcę, że przedstawione do odbioru wnioski o wydanie Decyzji Lokalizacyjnych są niekompletne w odniesieniu do zakresu, np. brakowało trasy przebudowywanej infrastruktury obcej kolidującej z zaprojektowanym gazociągiem, która to bezpośrednio wpływa na zakres koniecznych do uzyskania Decyzji Lokalizacyjnych, finalnego pasa budowlano-montażowego. Dopiero ostateczna trasa zaprojektowanego gazociągu wraz z prawidłowym zakresem pasa budowlano-montażowego stanowi bowiem podstawę do określenia finalnego kształtu (zakresu) każdego z wniosków. Jak podkreślał wymagał jedynie warunków technicznych/uzgodnień potwierdzających możliwość posadowienia zaprojektowanego gazociągu wraz ze strefą kontrolowaną w pobliżu lub na skrzyżowaniu z infrastrukturą obcą. Tylko ostateczna trasa zaprojektowanego gazociągu wraz z prawidłowym zakresem pasa budowlano-montażowego może bowiem stanowić podstawę do określenia finalnego kształtu każdego z wniosków.

Kolejną kwestią pokazującą ziszczenie się przesłanki niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania było zaangażowanie zespołu do innych realizacji, co sam wykonawca przyznał, wskazując że jego zespół projektowy zaangażowany jest równolegle na innych projektach (e-maile z dnia 01.10.2019r.). „zespół krakowski od ubiegłego tygodnia zaangażowany jest w komplecie w BP na Goleniowie”, „pracujemy nad Sandomierzem (tam

też są sprawy pilne i najwyższe kary) i SKO”. Nie występował przy tym do Zamawiającego, mimo że umowa taką możliwość przewidywała, o zmianę kluczowych osób realizujących zamówienie. Umowa zobowiązywała wykonawcę (§3 umowy) do posiadania zdolności produkcyjnych i wykwalifikowanej kadry niezbędnej dla profesjonalnego wykonania umowy zgodnie z najwyższymi standardami jakościowymi. Wykonawca zobowiązany był zatem do utrzymywania tego potencjału przez cały okres trwania umowy. Tymczasem - jak wykazał to Zamawiający – składając także załącznik nr 63 „Wykaz pracowników zaangażowanych do realizacji zamówienia pn. „Budowa gazociągu DN1000 Goleniów – Lwówek” i „Budowa gazociągu Skoczów- Komorowice – Oświęcim – Tworzeń wraz z infrastrukturą”, w obydwu tych realizacjach wykonawca przedstawił tożsamy wykaz osób. Terminy tych realizacji pokrywały się, a osoby dublowały co niewątpliwie miało wpływ na realizację umowy.

A ponadto - jak wynika z akt sprawy - wykonawca „nie miał wystarczającego czasu na dokładne przeanalizowanie materiałów projektowych” (protokół z narady z dnia 30.08.2019r.), co było spowodowane zapewne zaangażowaniem tego zespołu także do innych prac.

Tak więc dokonując oceny stopnia niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania należy ustalić czy stopień ten jest wystarczająco „znaczący”, należy wziąć pod uwagę zarówno kryteria jakościowe, w tym przypadku zakres niewykonanych prac, w odniesieniu do wymaganej staranności lub stopnia wadliwości dostarczonego produktu, świadczonej usługi lub wykonanego obiektu budowlanego, jak i ilościowe, biorąc pod uwagę zakres niewykonanych lub nienależycie wykonanych świadczeń oraz rozmiar wynikłych stąd szkód. Według kryteriów jakościowych stopniować można nienależyte wykonanie zobowiązania. W tym przypadku stopień nienależytego wykonania zobowiązania jest niewątpliwie znaczący, gdyż zachowanie wykonawcy znacznie odbiegało w trakcie realizacji umowy od wzorca należytej staranności. Pisma wzywające Zamawiającego do współdziałania przy realizacji umowy i zarzuty dotyczące rozszerzenia zakresu umowy pojawiły się dopiero po odstąpieniu przez Zamawiającego od umowy realizowanej przez Odwołującego. Natomiast zakres zobowiązania zrealizowano w ograniczonym zakresie. Wykonawca proponował nawet polubowne zakończenie powstałego sporu, zaznaczając że wskazany w piśmie z dnia 20.05.2020r. termin przekazania kompletnej dokumentacji projektowej był nieodpowiedni (zbyt krótki).

Tak więc, dokonując oceny realizacji umowy należy wskazać na niski poziom zaawansowania prac (protokół inwentaryzacji sporządzony przez komisję Zamawiającego, wskazujący na niewykonanie przedmiotu umowy). Poza pierwszym Kamieniem Milowym zakres ten jest rzeczywiście skromny. Niemniej jednak Odwołujący uważa, że zrealizował

umowę niemal w 80 %, co nie znajduje potwierdzenia w przedstawionym przez Zamawiającego materiale dowodowym.

Nawet gdyby uznać, że są to drobne, powtarzające się niedociągnięcia to z uwagi na ich notoryjność i zakres mogą prowadzić, a w tym przypadku prowadzą, do wykluczenia wykonawcy, gdyż się powtarzają. Zamówienie zostało więc zrealizowane w minimalnym zakresie. Nienależyte wykonanie zobowiązania nie musi być znaczące w przyjętym wyżej znaczeniu, jeżeli wykonawca „długotrwale nienależycie wykonywał zobowiązanie”. A w tym stanie faktycznym także tak było.

Podstawa wykluczenia jest niezależna od tego, czy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy jest zawinione przez wykonawcę. Zamawiający musi jednak wykazać, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. W ocenie Izby Zamawiający temu obowiązkowi sprostał. Zamawiający dla ziszczenia się przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp musi wykazać, że wskazane niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Należy bowiem podkreślić, że powody, dla których wykonawca nie wykonuje lub nienależycie wykonuje umowę, mogą wynikać z różnych okoliczności, w tym również okoliczności leżących po stronie zamawiającego, z którym była zawarta wcześniejsza umowa lub okoliczności niezależnych od żadnej ze stron tej umowy. W tym stanie faktycznym okoliczności te leżały po stronie wykonawcy. Świadczy o tym m.in. sposób realizacji pierwszego Kamienia Milowego (8 wersji, podczas gdy normą są 2-3 wersje opracowania), nieusuwanie w terminie uwag i zastrzeżeń zgłaszanych przez Zamawiającego, mimo wielu monitów z jego strony, powtarzające się błędy i niedociągnięcia w przedkładanych opracowaniach, zaangażowanie zespołu do innych prac oraz niski poziom zaawansowania prac. Podkreślić przy tym należy, że podstawa wykluczenia jest niezależna od tego, czy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy jest zawinione przez wykonawcę. Wystarczy wykazać, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Do takich przyczyn zaliczyć należy „wszelkie działania zawinione, jak też takie, co do których umowa wskazywała na przejście za nie odpowiedzialności przez wykonawcę”. (Wł. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Warszawa 2021) „Chodzi więc o wszystkie przyczyny niewykonania zamówienia, które można przypisać wykonawcy, a nie wyłącznie te, za które ponosi winę”. (M. Jaworska, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Warszawa 2021) Podkreślić przy tym należy, że „nie obejmuje przyczyn, za które żadna ze stron umowy nie odpowiada, zwłaszcza noszących znamiona siły wyższej lub związanych z zachowaniem osób trzecich. Zawinienie wykonawcy oraz jego stopień może mieć jednak wpływ na ocenę

zaistnienia przesłanki znaczącego naruszenia zobowiązania”. (Prawo zamówień publicznych, Komentarz pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza, Warszawa 2021) W świetle powyższego brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania, że „do przyczyn leżących po stronie wykonawcy” zaliczyć należy wyłącznie działania zawinione przez wykonawcę. Sformułowanie to oznacza, że nienależyte wykonanie umowy należy oceniać niezależnie od stopnia winy wykonawcy. Zamawiający musi jednak wykazać, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. W ocenie Izby Zamawiający temu obowiązkowi sprostał i wykazał, że okoliczności te leżą po stronie wykonawcy.

W kontekście zaistniałych okoliczności Zamawiający, pismem z dnia 19 czerwca 2020 r. Zamawiający złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy po uprzednim wezwaniu Odwołującego, pismem z dnia 20 maja 2020 r., do przedstawienia kompletnej dokumentacji wykonanej zgodnie z umową (w wyznaczonym dodatkowym ostatecznym terminie) dodając, że pomimo wyznaczonego terminu wykonawca do dnia złożenia oświadczenia o odstąpieniu nie uczynił zadość żądaniu Zamawiającego. Tak więc mimo wielu pism wzywających wykonawcę do prawidłowej realizacji zobowiązania i braku realizacji w sposób zgodny z umową Zamawiający odstąpił od umowy. Rozwiązanie umowy nastąpiło więc w okolicznościach nadzwyczajnych, gdyż w normalnym toku realizacji umowa byłaby nadal wykonywana i wygasłaby dopiero po jej zrealizowaniu. Jeżeli wykonawca opóźnia się z rozpoczęciem lub wykończeniem umowy tak dalece, że nie jest prawdopodobne, żeby zdołał ją wykonać w terminie umówionym, Zamawiający może bez wyznaczenia dodatkowego terminu od umowy odstąpić. Wykonawca powinien bowiem wykonać zobowiązanie zgodnie z treścią umowy i w umówionym terminie.

Odstąpienie od umowy jest sposobem zakończenia stosunku prawnego łączącego strony na podstawie zawartej między nimi umowy. Odbywa się ono na podstawie oświadczenia jednej ze stron. Nie ma więc konieczności uzyskania zgody drugiej strony umowy. Odstąpienie powoduje, że zawarta umowa przestaje obowiązywać.

Oświadczenie Zamawiającego o odstąpieniu od umowy Odwołujący otrzymał w dniu 22 czerwca 2022 r. Odwołujący kwestionował skuteczność otrzymanego oświadczenia, podnosząc brak podstaw prawnych i faktycznych dla skutecznego odstąpienia od umowy. Możliwość odstąpienia była jednak zastrzeżona w treści umowy (w §12 uregulowane zostały okoliczności odstąpienia od umowy.) W jej treści jednoznacznie bowiem wskazano, że w sytuacji gdy jedna ze stron nie wykonuje zobowiązania w wyznaczonym terminie to druga strona może odstąpić od umowy. Tak też się stało. Warto w tym miejscu podkreślić, że termin wykonania pierwszego Kamienia Milowego – zgodnie z Harmonogramem rzeczowo – finansowym – określono na „03.2019 r.”, a np. uzyskanie decyzji Pozwolenia na budowę na

6.12.2019 r. (Kamień Milowy 4a) i żaden z nich nie został zrealizowany w terminie wynikającym z Harmonogramu. Kamień Milowy 4a – w ocenie Zamawiającego i zgodnie z przygotowaną przez niego inwentaryzacją prac - nie został w ogóle zrealizowany, natomiast - zdaniem Odwołującego – na dzień 22.06.2020 r. został on zrealizowany w 70 %. Przygotowane protokoły z inwentaryzacji Zamawiającego i Odwołującego w tej kwestii zasadniczo się różnią.

Jednak niezależnie od powyższego w tym okresie powinny już być zrealizowane wszystkie te elementy umowy (Kamienie Milowe), których termin realizacji określono konkretnymi datami. A tak się nie stało.

W kontekście powyższego Odwołujący błędnie uznaje, że skutecznym odstąpieniem od umowy było dopiero oświadczenie o odstąpieniu od umowy złożone Zamawiającemu przez Odwołującego pismem z dnia 25 września 2020 r. (doręczone Zamawiającemu w dniu 28 września 2020 r.), całkowicie pomijając fakt złożenia już takiego oświadczenia przez Zamawiającego. Zamawiający jako podstawę odstąpienia od umowy wskazał niedotrzymanie terminu wykonania całości przedmiotu umowy (zgodnie z § 2 Umowy), odnosząc się następnie do niskiego zaawansowania i niskiej jakości prac projektowych, licznych błędów opracowania oraz niespełnienia wymagań określonych w obowiązujących przepisach prawa, Umowie i załącznikach do tej Umowy, szczegółowo opisując okoliczności dotyczące podanych kwestii. Odstąpienie co do zasady stanowi bowiem sankcję za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. I takie okoliczności, okoliczności wskazujące na niewykonanie i nienależyte wykonanie Zamawiający przedstawił. Zamawiający, w tym stanie faktycznym, wyznaczył wykonawcy ostateczny termin na przekazanie przedmiotu umowy i termin ten także bezskutecznie upłynął. Skutkiem złożonego oświadczenia o odstąpieniu od umowy – jak podniósł Zamawiający - była naliczona kara umowna zgodnie z §12 ust. 1 pkt 1 umowy, która nie została zapłacona. Mimo wielu pism wzywających wykonawcę do prawidłowej realizacji zobowiązania i braku realizacji w sposób zgodny z umową zamawiający odstąpił od umowy (pismo z dnia 19 czerwca 2022 r.)

Tym samym ziściła się kolejna przesłanka z enumeratywnie wymienionych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp a koniecznych dla stwierdzenia kumulatywnego zaistnienia celem zastosowani powyższego przepisu i wykluczenia wykonawcy z postępowania. Dlatego też Izba uznała, że podniesiony przez Odwołującego zarzut nie potwierdził się.

Powołane przez Odwołującego orzeczenie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 24 października 2017 r., sygn. akt XXIII Ga 928/17 w tym stanie faktycznym nie znajduje zastosowania, gdyż strony tego postępowania nie prowadzą, zgodnie z oświadczeniami złożonymi w trakcie rozprawy, sporu sądowego a zgodnie z powołanym orzeczeniem to właśnie „orzeczenie sądu miało odnosić się do kwestii prawidłowości wykonania

zobowiązania/umowy o zamówienie publiczne a tym samym do czasu prawomocnego zakończenia sporu, nie można jednoznacznie wskazać czy stanowisko (...) było zasadne”. Strony nie pozostają w sporze sądowym, mimo iż okoliczności związane z realizacją umowy, jej rozwiązaniem i rozliczeniem – jak twierdzą - pozostają między nimi sporne. Do chwili ogłoszenia orzeczenia w niniejszej sprawie sprawa nie zawisła przed sądem.

Izba nie odnosiła się do uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 października 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2706/21, gdyż po pierwsze dotyczy wykluczenia Odwołującego z innego postępowania i na innej podstawie prawnej (art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp) a po drugie rozstrzygnięcie było oparte tylko i wyłącznie na okolicznościach i dowodach podniesionych w tamtej sprawie. Z tego względu Izba nie podejmuje polemiki z treścią uzasadnienia tamtego orzeczenia. Nie może ono także stanowić dowodu w niniejszej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący:

.....

.....