

WYROK
z dnia 31 maja 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams
Członkowie: Przemysław Dzierzędzki
Irmina Pawlik
Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 maja 2019 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **17 maja 2019 r.** przez wykonawcę **SALINI POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad w Katowicach**,

przy udziale wykonawcy **BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie** oraz **Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 904/19 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **SALINI POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **SALINI POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **SALINI POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz zamawiającego **Skarbu Państwa - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Katowicach** kwotę **3 600 zł** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów poniesionych przez pełnomocnika zamawiającego.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 904/19

UZASADNIENIE

W dniu 17 maja 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Salini Polska S.A. (dalej „**Odwołujący**”) zarzucając zamawiającemu Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad – Oddział Katowice (dalej „**Zamawiający**”) naruszenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie negocjacji bez ogłoszenia dla zadania pn. „Kontynuacja robót związanych z budową autostrady A1 na odcinku węzeł Rząsawa - Węzeł Blachownia w zakresie robót zabezpieczających” (dalej „**Postępowanie**”):

- 1) art. 62 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp, art. 10 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne wszczęcie Postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia i zaproszenie do negocjacji wyłącznie kilku wybranych przez Zamawiającego wykonawców, pomimo, iż nie wystąpiły przesłanki dopuszczające zastosowanie tego trybu udzielenia zamówienia, co narusza uczciwą konkurencję, zasadę proporcjonalności oraz przejrzystości i w sposób nieuzasadniony ogranicza dostęp do udziału w Postępowaniu większej liczbie zainteresowanych wykonawców zdolnych wykonać zamówienie (w tym również Odwołującemu, który nie został zaproszony do negocjacji);
- 2) art. 10 ust. 1 oraz ust. 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wszczęcia nowego postępowania w przedmiocie wykonania zadania w jednym z trybów podstawowych, w szczególności przetargu nieograniczonego, chociaż jest możliwe zachowanie terminów przeprowadzenia postępowania w takim trybie bez uszczerbku dla realizacji obiektywnych potrzeb Zamawiającego związanych z wykonaniem zadania (m. in. przy zastosowaniu dopuszczonego w ustawie Pzp skróconego terminu składania ofert w zw. z „pilną potrzebą udzielenia zamówienia”).

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1) ustawy Pzp: (i) unieważnienia Postępowania prowadzonego w trybie negocjacji bez ogłoszenia, zmierzającego do udzielenia zamówienia publicznego na realizację Zadania; (ii) wszczęcia nowego postępowania zmierzającego do udzielenia zamówienia publicznego na realizację zadania w jednym z trybów podstawowych (konkurencyjnych), zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Z ostrożności, na wypadek gdyby w wyniku wszczęcia Postępowania prowadzonego w trybie negocjacji bez ogłoszenia doszło do wcześniejszego zawarcia umowy z wybranym wykonawcą, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i unieważnienie przez

Izbę zawartej umowy w trybie art. 192 ust. 3 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 179 ust. 1 PZP: „środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi. jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”. Jak wskazuje się w doktrynie oraz orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej „innym podmiotem” w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp będą m.in. potencjalni wykonawcy, którzy kwestionują prawidłowość zastosowania przez zamawiającego trybów niekonkurencyjnych (m.in. negocjacji bez ogłoszenia). Podmioty te zostają bowiem pozbawione szansy wzięcia udziału w postępowaniu, którą miałyby, gdyby zamawiający prowadził postępowanie zgodnie z prawem w trybie rozpoczynającym się publicznym ogłoszeniem. Izba podkreśla, iż „Art. 179 ust. 1 p.z.p. nie jest ograniczony jedynie do wykonawców, czy uczestników konkursu, ale także mowa jest w nim o innych osobach, które miały lub mają interes w uzyskaniu zamówienia i poniosły lub mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Takim klasycznym przykładem osoby uprawnionej do wniesienia odwołania nie będącej wykonawcą jest podmiot, który kwestionuje zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki skierowanego do jego konkurenta (analogicznie dotyczy to również trybu negocjacji bez ogłoszenia - przyp. Odwołujący). Taki podmiot nie mieści się w pojęciu wykonawcy w rozumieniu art. 2 pkt 11 p.z.p., co więcej nie ubiega się o zamówienie w tym konkretnym postępowaniu, ale dąży do przeprowadzenia kolejnego postępowania na to samo zamówienie w trybie konkurencyjnym z jego udziałem”.

Odwołujący Salini - jako tzw. „inny podmiot”, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp, bowiem wskutek niezasadnego zastosowania przez Zamawiającego trybu negocjacji bez ogłoszenia, Odwołujący obecnie nie może ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, chociaż jest do tego w pełni zdolny. Tym samym, w wyniku bezprawnego działania Zamawiającego, Odwołujący został niezasadnie pozbawiony szansy na uzyskanie zamówienia publicznego, a co za tym idzie może ponieść szkodę w postaci utraty szansy na uzyskanie wynagrodzenia z tytułu realizacji Zadania. Gdyby Zamawiający zastosował się do przepisów ustawy Pzp oraz zorganizował postępowanie w trybie konkurencyjnym (np. przetargu nieograniczonego), Odwołujący mógłby ubiegać się o uzyskanie zamówienia i miałby możliwość zawarcia umowy z Zamawiającym na realizację Zadania. Odwołujący specjalizuje się wykonywaniu prac budowlanych, a także realizował i realizuje tego typu drogowe inwestycje, regularnie

występując w ogłaszanych przez GDDKiA przetargach jako konkurent wykonawców zaproszonych przez Zamawiającego do negocjacji w przedmiotowym Postępowaniu. W szczególności Odwołujący brał udział w realizacji kontraktu z dnia 12 października 2015 r. obejmującego Odcinek F Autostrady A1, którego kontynuację stanowić ma realizacja prac ujętych w zadaniu.

Odwołujący powołał się na przepisy tzw. dyrektywy odwoławczej, które uzależniają dopuszczalność korzystania ze środków ochrony prawnej od istnienia interesu w uzyskaniu „danego zamówienia”, należy interpretować w ten sposób, że pojęcie „danego zamówienia” może dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym dopuszcza się wniesienie odwołania, którego skutkiem będzie unieważnienie postępowania. Zgodnie też z wyrokiem KIO z dnia 3 stycznia 2017 r. (sygn. akt: KIO 2395/15): „wykonawca ma interes we wniesieniu odwołania oraz może ponieść szkodę skutkiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, nawet jeśli następstwem uwzględnienia odwołania byłoby unieważnienie postępowania”. Stanowisko to pozostaje w pełni zbieżne z orzecznictwem Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który m.in. w wyroku z dnia 5 kwietnia 2016 r. w sprawie C-689/13 (Puligienica Facility Esco SpA (PFE) oraz w wyroku z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16 (Archus et Gama), potwierdził konieczność szerokiego rozumienia interesu, który może przejawiać się również w dążeniu do wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia i nie musi dotyczyć wyłącznie zamówienia udzielanego w postępowaniu, w którym dany środek odwoławczy jest wnoszony.

W ocenie Odwołującego naruszenie przez Zamawiającego przywołanych powyżej przepisów ustawy Pzp niewątpliwie może mieć istotny wpływ na wynik Postępowania, bowiem bezzasadne zastosowanie trybu negocjacji bez ogłoszenia skutkowało ograniczeniem kręgu wykonawców biorących udział w Postępowaniu wyłącznie do podmiotów wybranych przez Zamawiającego. W konsekwencji podmioty niezaproszone do negocjacji, lecz zdolne do realizacji zadania nie mogły złożyć oferty, która mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą. W związku z powyższym niniejsze odwołanie zasługuje na uwzględnienie w świetle art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu, Odwołujący wskazał, że w dniu 7 maja 2019 r., Zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej Komunikat, w którym poinformował o wszczęciu procedury negocjacji bez ogłoszenia, prowadzonej zgodnie z art. 62 ustawy Pzp. Jak podano w Komunikacie, celem wszczętego Postępowania jest udzielenie zamówienia na kontynuację prac związanych z budową obwodnicy Częstochowy w ciągu Autostrady A1, przerwanych w związku z odstąpieniem przez Zamawiającego od realizacji kontraktu realizowanego wcześniej

na tym odcinku przy udziale Odwołującego. Zamawiający zaznaczył również w Komunikacie, że: „Nowy wykonawca dokończy roboty ziemne i ułoży nawierzchnię, ale w pierwszej kolejności zabezpieczy przed degradacją już wykonane prace, w tym obiekty mostowe. Szybkie rozpoczęcie powyższej procedury jest możliwe m.in. dzięki wcześniejszemu monitoringowi inwestycji przez GDDKiA oraz przygotowaniu niezbędnej dokumentacji, na co wykorzystaliśmy okres przerwy zimowej. Teraz przechodzimy płynnie i bez zbędnej zwłoki do dalszych działań. Planujemy udostępnić plac budowy nowemu wykonawcy jak najszybciej, aby jeszcze w tym sezonie budowlanym zrealizował prace zabezpieczające. To pozwoli przed końcem roku udostępnić ciąg główny trasy.” (dalej „**Zadanie**”)

Dalej Odwołujący wskazał, że w odpowiedzi na wniosek z dnia 8 maja 2019 r. skierowany do Zamawiającego w oparciu m.in. o przepisy ustawy o dostępie do informacji publicznej, w dniu 10 maja 2019 r. Odwołujący uzyskał od Zamawiającego dokument pn.: „Uzasadnienie wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia dla zadania „Kontynuacja robót związanych z budową autostrady A1 na odcinku węzeł Rząsawa - Węzeł Blachownia w zakresie robót zabezpieczających” (dalej jako „**Uzasadnienie**”). Dokument ten zawiera uzasadnienie faktyczne i prawne zastosowanego trybu negocjacji bez ogłoszenia, w jakim prowadzone jest Postępowanie, do którego Odwołujący odnosi się szczegółowo w dalszej części swego odwołania. Wraz z uzasadnieniem Zamawiający przekazał listę 8 wykonawców zaproszonych do udziału w negocjacjach. Dowód: - kopia „Uzasadnienia wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia dla zadania „Kontynuacja robót związanych z budową autostrady A1 na odcinku węzeł Rząsawa - Węzeł Blachownia w zakresie robót zabezpieczających” wraz z wykazem wykonawców zaproszonych do negocjacji.

W ocenie Odwołującego określenie robót mieszczących się w Zadaniu mianem „zabezpieczających” stanowi istotne nadużycie, a Zamawiający świadomie posługuje się nim w celu wprowadzenia w błąd i umniejszenia tak zakresu, jak i wartości tych prac, dążąc do wywołania mylnego wrażenia, iż przedmiotem Postępowania są wyłącznie te prace, których wykonanie w krótkim czasie jest bezwzględnie konieczne dla utrzymania (zabezpieczenia) dotychczas wykonanego status quo. W rzeczywistości zakres prac objętych Postępowaniem jest bowiem dużo szerszy aniżeli tylko zabezpieczenie prac już wykonanych (przed ich degradacją i niszczeniem) i obejmuje de facto kontynuację prac i dokończenie rozpoczętej budowy w zakresie całej drogi głównej odcinka F, co potwierdza lista robót, które miałyby zostać zlecone w Postępowaniu (wymieniona przez Zamawiającego na str. 30 Uzasadnienia i szczegółowo opisana w punkcie 2.3. odwołania). Roboty te stanowią całość pozostałych do wykonania robót ziemnych wraz z ułożeniem nawierzchni i doprowadzeniem do przejezdności trasy głównej, w tym roboty wykończeniowe wraz z towarzyszącymi obiektami inżynierskimi w

ciągu trasy głównej autostrady. Zakres zaś wyłączony do przyszłego przetargu stanowi marginalny zakres prac, jakie procentowo można określić na poziomie maksymalnie 13 % z całości prac pozostałych do wykonania w ramach tej inwestycji.

Odwołujący wskazał, że z Uzasadnienia wynika, że Zamawiający wszczął Postępowanie w trybie negocjacji z ogłoszeniem na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 4) PZP. Zgodnie z tym przepisem zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, jeżeli ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której wcześniej nie można było przewidzieć, nie można zachować terminów określonych dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem.

Odwołujący wskazał, że możliwość skorzystania z ww. podstawy prawnej dla stosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia wymaga łącznego spełnienia następujących warunków, pomiędzy którymi winien zachodzić związek przyczynowo - skutkowy oraz związek czasowy:

- a) zaistnienie okoliczności, których nie dało się wcześniej przewidzieć - tzn. takiej sytuacji, której wystąpienie w normalnym stanie rzeczy byłoby bardzo mało prawdopodobne. Do takich okoliczności zalicza się np. zdarzenia losowe, awarie, katastrofy naturalne, niespodziewane wypadki. Przewidywalność winna być postrzegana w kategoriach obiektywnych. Jak wynika z orzecznictwa, zdarzenia/zjawiska typowe w danej branży lub dla danego regionu, bądź powtarzające się sezonowo, nie mogą być uznane za okoliczność nieprzewidywalną;
- b) wystąpienie pilnej potrzeby - pilność udzielenia zamówienia musi stanowić konsekwencję zaistnienia okoliczności, których wcześniej nie dało się przewidzieć. Na ogół pilność udzielenia zamówienia jest podyktowana koniecznością uniknięcia negatywnych konsekwencji, które spowodowane byłyby niepodjęciem w określonym czasie stosownych działań.
- c) nie dające się przewidzieć okoliczności powodujące pilną potrzebę udzielenia zamówienia nie wynikają z przyczyn leżących po stronie zamawiającego - tzn. okoliczności te nie mogą być spowodowane działaniem lub zaniechaniem zamawiającego (w tym jego opieszałością), ale muszą stanowić konsekwencję okoliczności, które wystąpiły pomimo, że zamawiający przygotował i przeprowadził postępowanie z należytą starannością. Oznacza to, iż powstanie pilnej potrzeby udzielenia zamówienia nie może wynikać z niestaranności lub niedbalstwa zamawiającego.
- d) brak jest możliwości dochowania terminów przewidzianych dla przetargu nieograniczonego, ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem - chodzi tu przy tym nie tylko o zachowanie podstawowych terminów, ale również o sytuację, w której niemożliwe jest udzielenie zamówienia z zastosowaniem tzw. procedury przyspieszonej, czyli takiej, która

pozwała na skrócenie terminów na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminów składania ofert ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia.

Dalej Odwołujący wskazał, że jak wynika z Uzasadnienia, wszczynając Postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia, Zamawiający kierował się błędnym, rozszerzającym rozumieniem przedstawionych powyżej przesłanek, warunkujących stosowanie tego trybu w przypadku tzw. pilnej potrzeby. Nie sprostął też obowiązkowi udowodnienia, iż prace składające się na Zadanie, które ma być zlecone w wyniku przeprowadzenia Postępowania, wynikają z pilnej potrzeby, której nie mógł on wcześniej przewidzieć i że zmierzają one (w pełnym zakresie) wyłącznie do zapobieżenia realnym, negatywnym skutkom nieprzewidzianego zdarzenia, jakim dla Zamawiającego miało być odstąpienie od kontraktu zawartego z dotychczasowym wykonawcą przedmiotowego odcinka F Autostrady A1. Tym samym Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów wskazanych w petitum niniejszego odwołania, a także zasady uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności, bowiem rozciągnął stosowanie wyjątkowej niekonkurencyjnej procedury negocjacyjnej na przypadki nie przewidziane w przepisach ustawy Pzp.

Zaistnienie okoliczności, które były możliwe do wcześniejszego przewidzenia.

W ocenie Odwołującego w przedmiotowej sprawie nie zachodzi okoliczność, której obiektywnie wcześniej nie można było przewidzieć, tzn. sytuacja, której wystąpienie w normalnym stanie rzeczy byłoby bardzo mało prawdopodobne. Do takich okoliczności zalicza się np.: zdarzenia losowe, awarie, katastrofy naturalne, które w przypadku Postępowania nie występują.

W tym zakresie Zamawiający jako nieprzewidywalne zdarzenie, które spowodować miało pilną potrzebę udzielenia zamówienia, kwalifikuje okoliczność odstąpienia przez Zamawiającego od kontraktu z dnia 12 października 2015 r. z rzekomej winy wykonawcy, w następstwie m.in. istotnego opóźnienia w prowadzeniu robót przez wykonawcę. Odwołujący wskazał, że odstąpienie od umowy (również umowy o zamówienie publiczne) nie jest okolicznością wyjątkową, czy nieprzewidywalną. Stanowi bowiem realizację uprawnienia standardowo przewidzianego w umowie. Również opóźnienia w realizacji prac przez wykonawców inwestycji drogowych nie są niczym niespotykanym i zdarzają się często przy inwestycjach prowadzonych przez GDDKiA z różnych przyczyn, często niezależnych od wykonawcy, a wręcz - jak ma to miejsce w niniejszej sprawie - z przyczyn leżących po stronie

Zamawiającego. Odwołujący powołał się na uchwałę KIO z dnia 28 maja 2013 r. (KIO/KD 44/13).

Niezależnie od powyższego, w ocenie Odwołującego, błędnie wywodzi Zamawiający w Uzasadnieniu, że w każdym wypadku i niezależnie od sytuacji, odstąpienie przez zamawiającego od umowy o zamówienie uznać należy - rzekomo w świetle orzecznictwa KIO - za okoliczność, której nie można wcześniej przewidzieć, skoro następuje ono z winy wykonawcy (co jak Odwołujący wykazuje w dalszej części odwołania nie wystąpiło, bowiem twierdzenia Zamawiającego o zawinieniu dotychczasowego wykonawcy Kontraktu na odcinek F są bezpodstawne). Wręcz przeciwnie, w ocenie Odwołującego, z wyroków KIO przywołanych przez Zamawiającego w Uzasadnieniu wynikają co najwyżej zalecenia o wystrzeganiu się w takich sprawach daleko idących generalizacji, które mogą okazać się nietrafne, co jednak nie wyklucza uznania, iż w danej sprawie okoliczności faktyczne mogą potwierdzać, iż rozwiązanie, czy też odstąpienie przez zamawiającego od umowy powodujące domniemaną pilną potrzebę zlecenia zamówienia nowemu wykonawcy, stanowić będą okoliczność możliwą do przewidzenia. Odwołujący powołała się uchwałę KIO/KD 22/16 oraz opinię rzecznika generalnego M.B. E., w sprawie C - 318/94 z dnia 28 marca 1996 r.

Odnosząc powyższe rozważania do sytuacji, w jakiej znalazł się Zamawiający po złożeniu (bezskutecznego) oświadczenia o odstąpieniu od Kontraktu na odcinek F (co datuje się na dzień 26 kwietnia 2019 r.) Odwołujący podkreślił, że w niniejszej sprawie to Zamawiający podjął decyzję o odstąpieniu od Kontraktu na odcinek F, a więc o dokonaniu czynności, na którą powołuje się w odniesieniu do pilnej potrzeby udzielenia zamówienia. Co więcej - jak sam przyznaje - przygotowywał się do tej decyzji już od dłuższego czasu, o czym świadczy m.in. przywołany na wstępie odwołania Komunikat z dnia 7 maja b.r., z którego wynika, że już w okresie przerwy zimowej (tj. kilka miesięcy przed złożeniem oświadczenia o odstąpieniu od Kontraktu na odcinek F) Zamawiający przygotowywał dokumentację zmierzającą do wyboru nowego wykonawcy tego odcinka, antycypując tym samym już w okresie zimowym (który rozpoczął się w grudniu 2018 r. a zakończył się z dniem 15 marca b.r.), iż nie zamierza dalej realizować Kontraktu. Odwołujący podkreślił również, że Zamawiający - wbrew deklaracjom składanym Odwołującemu jako liderowi konsorcjum realizującego Kontrakt na odcinek F - przez cały ten czas działał w złej wierze, zmierzając wyłącznie do zakończenia Kontraktu, a nie współdziałania z wykonawcą w celu jego realizacji, co oddaje ogólną politykę działania Zamawiającego na tym Kontrakcie.

W ocenie Odwołującego Zamawiający przygotowywał się więc do złożenia oświadczenia o odstąpieniu od Kontraktu co najmniej od ostatniej przerwy zimowej tj. od grudnia 2018 r., a

więc co najmniej od kilku miesięcy przed formalnym wystosowaniem oświadczenia o odstąpieniu. To on wreszcie decydował czy i kiedy ostatecznie dokona odstąpienia, co w jego (błędny) przekonaniu umożliwiło mu dopiero przygotowanie i wszczęcie kolejnej procedury na kontynuację przerwanych prac. Przy czym podkreślić należy, że jak wynika z Komunikatu, już pierwszego dnia po zakończeniu przerwy zimowej, a więc dnia 16 marca 2019 r. Zamawiający wystosował do wykonawcy Kontraktu wezwanie do poprawy, w którym szczegółowo wskazał jakie prace wykonawca musi zrealizować w ciągu kolejnych 30 dni, w związku z czym Zamawiający nabył - jego zdaniem - uprawnienie do odstąpienia od umowy, z którego następnie skorzystał. Choć zrealizowanie wskazanych w wezwaniu prac w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego było obiektywnie niemożliwe, wykonawca Kontraktu niezwłocznie przystąpił do ich realizacji i do dnia wystosowania przez Zamawiającego oświadczenia o odstąpieniu od umowy wykonał 7 zobowiązań w zakresie robót mostowych oraz 16 zobowiązań w zakresie robót drogowych. Dowód: - powiadomienie GDDKiA nr O.KA.KP-4.4170/9.3.2017.Rz-B z dnia 16 marca 2019 r.

Odwołujący wskazał dalej, że powyższa korespondencja nie była pierwszą, jaką strony Kontraktu na odcinek F wymieniły w sprawie problemów z jego terminowym zakończeniem. Odwołujący wskazał, że począwszy od 2017 r. zgłaszał problemy z terminowym zakończeniem Kontraktu na odcinek F z przyczyn niezależnych od wykonawcy, w tym z uwagi na wyjątkowo niesprzyjające warunki pogodowe i fizyczne, co w świetle Kontraktu uprawniało go do zgłoszenia uzasadnionych roszczeń wobec Zamawiającego. Ponadto zwracał on uwagę na problemy wynikające z braku współpracy Zamawiającego w realizacji umowy, w tym w szczególności na niedopuszczalną praktykę blokowania i przewlekania przez Zamawiającego procedury akceptacji podwykonawców (co wstrzymywało prace i wpływało na finansowanie projektu), zgłaszając w tym zakresie wobec Zamawiającego uzasadnione roszczenia. Dowód: - pismo wykonawcy do Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 22 grudnia 2017 r., nr 11306/GM/A1F/2017. W ocenie Odwołującego potwierdza to zresztą sam Zamawiający na stronie 28 Uzasadnienia, gdzie wskazuje, iż rzekomo okolicznością niemożliwą wcześniej do przewidzenia była utrata płynności finansowej wykonawcy, jaka zdaniem Zamawiającego nasiliła się w styczniu i lutym 2019 r.(!) w związku z brakiem możliwości finansowania przez wykonawcę płatności na rzecz podwykonawców z innych źródeł, niż płatności od Zamawiającego. Zamawiający pomija przy tym, że własnym działaniem przyczynił się do powstania trudności w realizacji płatności na rzecz podwykonawców, nie współdziałając z wykonawcą w realizacji Kontraktu. Dalej na tej samej stronie Uzasadnienia Zamawiający wskazuje na sformułowane przez wykonawcę już w grudniu 2018 r. (!) roszczenie waloryzacyjne na kwotę ponad 128 mln zł netto. W ocenie Odwołującego Zamawiający zatem jako strona umowy, która ma wpływ na korzystanie ze swoich umownych

uprawnień, już na długo przed wszczęciem Postępowania miał świadomość opisywanych w Uzasadnieniu problemów z realizacją inwestycji i musiał liczyć się z tym, że realizacja inwestycji będzie opóźniona. Od dawna mógł więc przewidzieć wystąpienie skutków opisywanych szeroko w Uzasadnieniu, w sytuacji, w której zdecydowałby się odstąpić od umowy (o czym świadczy zarówno ww. Komunikat, okoliczności opisane w niniejszym odwołaniu, jak i fakty potwierdzone w samym Uzasadnieniu). Świadomość wystąpienia ryzyka złożenia przez niego oświadczenia o odstąpieniu od umowy musiał mieć on co najmniej od dnia doręczenia wykonawcy ww. wezwania z dnia 16 marca 2019 r. bezpośrednio poprzedzającego odstąpienie. Nie sposób zatem, w ocenie Odwołującego, przyjmować, że Zamawiający znalazł się w wyjątkowej sytuacji, będącej wynikiem czynników zewnętrznych, której nie mógł wcześniej przewidzieć i która by wykraczała poza normalne ryzyko gospodarcze.

Dalej Odwołujący wskazał, że niezależnie od powyższego, nawet gdyby hipotetycznie przyjąć, że Zamawiający nie mógł wcześniej przewidzieć, że dojdzie do odstąpienia od Kontraktu na odcinek F (z czym jednak Odwołujący się nie zgadza i czemu przeczą zarówno okoliczności niniejszej sprawy jak i deklaracje samego Zamawiającego), to bez wątplenia miał świadomość, a tym samym mógł przewidzieć, że w konsekwencji odstąpienia, wystąpi konieczność zabezpieczenia niedokończonych prac/obiektów, zwłaszcza w związku z warunkami atmosferycznymi panującymi w okresie wiosenno-letnim (włączając w to deszcze, które występowały przecież również w poprzednich latach realizacji inwestycji). Jak Zamawiający sam podkreśla w Uzasadnieniu, w tym zakresie kieruje się on swoimi wcześniejszymi doświadczeniami, co oznacza że był on w stanie przewidzieć okoliczności, na które się powołuje. Zamawiający na bieżąco monitorował też prace dotychczasowego wykonawcy i doskonale wiedział jaki jest poziom ich zaawansowania. W oparciu o tą wiedzę oraz znajomość technologicznych uwarunkowań prowadzenia poszczególnych prac, był w stanie z odpowiednim wyprzedzeniem ustalić nie tylko konieczność wykonania prac zabezpieczających, lecz również sprecyzować ich zakres, na co z resztą - jak deklaruje w ww. Komunikacie - Zamawiający poświęcił przerwę zimową. Niezrozumiałe jest zatem argumentowanie przez Zamawiającego, iż domniemana pilna potrzeba zlecenia prac zabezpieczających wynika z okoliczności, których nie mógł on przewidzieć.

Odwołujący wskazał również, że w Uzasadnieniu Zamawiający zdaje się wywodzić również, iż pilna potrzeba udzielenia zamówienia wynika z konieczności uniknięcia kosztów związanych z prowadzeniem całej inwestycji w kolejnych miesiącach, wśród których Zamawiający wymienia m.in. opłaty do PKP PLK S.A., czy też koszty utrzymania w trakcie prac organizacji ruchu na drogach poprzecznych. W zakresie przywoływanych w Uzasadnieniu opłat związanych z ograniczeniem prędkości i opóźnieniami w ruchu pociągów PKP, Zamawiający

całkowicie pomija, iż koszty te w rzeczywistości ponosi wykonawca (nie Zamawiający), a nadto obiekt WK373, z którego realizacją związane są obecne ograniczenia w ruchu pociągów na moment złożenia przez Zamawiającego (bezsukutecznego) oświadczenia o odstąpieniu od umowy był już praktycznie w całości zrealizowany, a pozostały do wykonania wyłącznie prace wykończeniowe i związane z odbiorem obiektu (co wymagało około miesiąca czasu). Co więcej, wykonawca - nawet po „odstąpieniu” przez Zamawiającego od umowy - nie porzucił prac na tym obiekcie, mając świadomość ich priorytetowego charakteru. Wykonawca jest na ukończeniu wskazanych prac, a co za tym idzie w najbliższym czasie szybki ruch pociągów na trasie kolejowej będzie mógł zostać przywrócony.

W konsekwencji, w ocenie Odwołującego, opisywane szeroko przez Zamawiającego rzekome straty nie będą miały miejsca, a z pewnością nie będzie ich ponosić Skarb Państwa. Niezależnie od powyższego, ponoszenie tego rodzaju kosztów w związku z budową autostrady nie jest niczym nadzwyczajnym, niemożliwym wcześniej do przewidzenia i koszty takie były ponoszone i są ponoszone na bieżąco. Brak jest zatem związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy odstąpieniem (w którym Zamawiający upatruje wystąpienie nieprzewidywalnej okoliczności) a rzekomą pilną potrzebą. W tym kontekście Odwołujący wskazał, iż jak wynika z orzecznictwa unijnego, przesłanką uprawniającą do zastosowania omawianego trybu negocjacji bez ogłoszenia nie może być nawet zagrożenie nałożeniem przez odpowiednie władze na zamawiającego kar finansowych (wynikłych np. z funkcjonowania konkretnych instalacji po terminach wyznaczonych na ich usunięcie), czy innych poważnych sankcji prawnych jeżeli są to sankcje których zamawiający może się spodziewać, jeżeli nie spełni określonych warunków.

Za niezasadną w ocenie Odwołującego uznać należy argumentację Zamawiającego o potrzebie jak najszybszego ukończenia co najmniej drogi głównej odcinka F ze względu na konieczność odciążenia nadmiernego ruchu drogowego i poprawę bezpieczeństwa ruchu drogowego w tym rejonie (ze szczególnym uwzględnieniem m. Częstochowy w związku z planowaną przez miasto modernizacją odcinków dróg DK46 oraz DK1 przebiegających w granicach miasta), a także poprawę warunków życia mieszkańców terenów sąsiadujących. Cele na jakie wskazuje Zamawiający przyświecają bowiem tej inwestycji od samego jej początku (i są zbieżne z wieloma innymi tego typu inwestycjami drogowymi), zaś konieczność poprawy bezpieczeństwa ruchu drogowego poprzez budowę autostradowego obejścia Częstochowy nie stanowi okoliczności nieprzewidywalnej i nie zaistniała ona dopiero w wyniku odstąpienia od Kontraktu na odcinek F. Jak też podaje Zamawiający w Uzasadnieniu, miasto Częstochowa zawarło stosowną umowę o dofinansowanie na przebudowę ww. odcinków

przebiegających przez miasto już w 2016 r. Potrzeba skoordynowania inwestycji z planami miasta Częstochowa była zatem wiadoma Zamawiającemu już od dawna.

Brak pilnej potrzeby udzielenia zamówienia objętego Postępowaniem

W ocenie Odwołującego okoliczności wskazane w Uzasadnieniu nie potwierdzają wystąpienia pilnej potrzeby udzielenia zamówienia na prace ujęte w Zadaniu, którego dotyczy Postępowanie i potrzeby takiej Zamawiający nie zdołał w żaden sposób wykazać.

W tym kontekście w pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, iż pilna potrzeba co do zasady podyktowana jest koniecznością uniknięcia dotkliwych negatywnych konsekwencji zagrażających takim interesom jak zdrowie i życie, bezpieczeństwo publiczne czy środowisko, które spowodowane byłyby niepodjęciem w określonym czasie stosownych działań, przy czym tak rozumiana pilność udzielenia zamówienia musi stanowić konsekwencję zaistnienia okoliczności, których wcześniej nie dało się przewidzieć. Jednocześnie, zgodnie z zasadą proporcjonalności, powoływanie się pilną potrzebę dopuszczalne jest tylko w takim zakresie, w jakim jest to bezwzględnie i obiektywnie konieczne do ograniczenia lub zapobieżenia skutkom nieprzewidzianego zdarzenia.

Niezależnie od tego, w ocenie Odwołującego nie zaistniały okoliczności, których nie dało się wcześniej przewidzieć, to jednocześnie w sprawie nie występuje pilna potrzeba w przedstawionym powyżej rozumieniu, a z pewnością nie w odniesieniu do wykonania robót, których dotyczy Postępowanie. Roboty te Zamawiający określił mianem „zabezpieczających”, tj. zmierzających rzekomo do zapobiegnięcia możliwej degradacji, a nawet zniszczenia prac i obiektów już wykonanych (w tym m.in. obiektów mostowych), co miałyby narazić Zamawiającego na straty finansowe, nie wykluczając konieczności ponownego wykonania pewnych elementów/instalacji oraz generować różnego rodzaju negatywne konsekwencje (jak np. osuwanie się skarp). Stąd też Zamawiający omawia obszernie w Uzasadnieniu hipotetyczne straty jakie może z tego tytułu ponieść, a także dalsze negatywne skutki, zwłaszcza w związku z grożącymi ulewnymi deszczami w zbliżającym się okresie letnim, od których miałyby go uchronić udzielenie zamówienia na te prace w wyniku przeprowadzenia Postępowania w połowie sierpnia b.r.

W ocenie Odwołującego prace, które miałyby zostać zlecone nowemu wykonawcy w trybie negocjacji bez ogłoszenia, znacząco wykraczają jednak poza zakres tzw. prac „zabezpieczających”, a wręcz stanowią one w rzeczywistości prawie cały, zasadniczy zakres prac pozostałych do wykonania w celu zakończenia inwestycji. Świadczy o tym:

- (a) treść pism Inżyniera Kontraktu (działającego w imieniu Zamawiającego) wystosowanych do dotychczasowego wykonawcy zaraz po (bezsuktecznej) próbie odstąpienia przez Zamawiającego od umowy (wspomniana niżej korespondencja z dnia 10 maja 2019 r.), z których wynika, jakie prace uznane zostały przez Zamawiającego w rzeczywistości za „zabezpieczające” (niezbędne do zabezpieczenia robót i uchronienia robót przed degradacją) i kto ma je wykonywać, jak i
- (b) porównanie zakresu prac wskazanego przez Zamawiającego do wykonania w ramach toczącego się Postępowania oraz planowanego otwartego przetargu - tj. prac, które miałyby zostać wykonane przez wykonawcę wyłonionego w trybie negocjacji bez ogłoszenia i prac do wykonania przez wykonawcę, który miałby zostać wyłoniony w trybie przetargu nieograniczonego (vide: str. 6-7 oraz str. 30-31 Uzasadnienia).

Rozwijając powyższe Odwołujący wskazał, że wspomnianym pismem z dnia 10 maja 2019 r. (nr MMP/F/PH/ph/mma/346850/A07A/6664/2019, dalej jako „**Pismo 1**”) Zamawiający polecił dotychczasowemu wykonawcy Kontraktu na odcinek F, wykonanie prac „w celu ochrony życia lub własności, lub w celu bezpieczeństwa Robót, lub w celu zabezpieczenia wykonanych Robót, lub w celu zakończenia Robót znajdujących się w trakcie cyklu technologicznego, którego przerwanie spowoduje ich degradację lub konieczność rozbiórki tych Robót obejmujących w szczególności:

- 1) w celu ochrony życia:
 - Zabezpieczenie obiektów inżynierskich przed dostępem osób postronnych,
 - Zabezpieczenie studzienek kanalizacyjnych,
 - Utrzymanie tymczasowych organizacji ruchu, w szczególności na DK 1, DW 483, DW 491, DK 43, DK 46, na ul. Klonowej w m. Antoniów, na drodze DP 13 w rejonie wiaduktu WD-367 (droga gminna nr 601106S),
 - Zabezpieczenie zalanych wodą wykopów po komorach startowych do nasuwania konstrukcji ramowych wiaduktu WK-373.
- 2) w celu ochrony własności:
 - Zabezpieczenie stanowiących własność Zamawiającego materiałów zgromadzonych na placu budowy i na uzgodnionych placach przylegających do terenu budowy (rury GRP, Geowłóknina do nawierzchni betonowej, kruszywo do nawierzchni betonowej)
- 3) w celu zapewnienia bezpieczeństwa Robót lub w celu zabezpieczenia wykonanych Robót:

- Dokończenie odbudowy torowiska na obiekcie WK-373 i dokończenie Robót towarzyszących,
 - Kontynuacja monitoringu odkształceń tymczasowych ścianek szczelnych zabezpieczających wykopy przy obiektach WA-352, PPz-12 oraz PPz-13.
- 4) w celu zakończenia Robót znajdujących się w trakcie cyklu technologicznego. którego przerwanie spowoduje ich degradację lub konieczność rozbiórki, w szczególności:
- W zakresie kanalizacji deszczowej i odwodnienia obiektów mostowych, wykonanych niedogęszczonych ostatnich warstw nasypu, obsiania zahumusowanych skarp”.

Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 10 maja 2019 r. (nr MMP/F/PH/ph/mma/346850/A07A/6664/2019).

Jednocześnie Odwołujący wskazał, że odrębnym pismem z dnia 10 maja 2019 r. nr MMP/F/PH/ph/mma/346850/A07A/6667/2019 (dalej jako „**Pismo 2**”) Inżynier Kontraktu wezwał wykonawcę Kontraktu do przedłożenia Inżynierowi wykazu aktywnych umów koniecznych dla bezpieczeństwa i zabezpieczenia wykonanych Robót.

Inżynier poinformował przy tym, że oczekuje, że wykonawca rozwiąże umowy ze swoimi podwykonawcami, z wyjątkiem umów dot. ochrony życia lub własności, lub bezpieczeństwa Robót. Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 10 maja 2019 r. nr MMP/F/PH/ph/mma/346850/A07A/6667/2019.

Choć Zamawiający nie miał prawa wystosować do dotychczasowego wykonawcy Kontraktu ww. pism w powołaniu na Subklauzulę 16.3 Kontraktu (z uwagi na bezskuteczność własnego odstąpienia), z ich treści bezsprzecznie wynika, iż zdaniem Zamawiającego prace typowo zabezpieczające są i mają być nadal wykonywane przez dotychczasowego wykonawcę lub jego podwykonawców, z którymi umowy nadal mają być przez wykonawcę utrzymywane w mocy. Co więcej, wykonawca potwierdził pismem z dnia 15 maja 2019 r. nr A1-F/TJ/A0/6851/19, że w świetle własnego odstąpienia roboty te wykona. Dowód: - pismo wykonawcy Kontraktu z dnia 15 maja 2019 r. nr A1-F/TJ/A0/6851/19 dot. czynności po odstąpieniu.

W ocenie Odwołującego przedmiotem zamówienia, które ma być zlecone wykonawcy wyłonionemu w Postępowaniu są w rzeczywistości roboty dalece wykraczające poza zakres robót „zabezpieczających”. Zamawiający świadomie natomiast posługuje się tym określeniem w celu wprowadzenia w błąd i umniejszenia tak zakresu, jak i wartości tych prac, dążąc do wywołania mylnego wrażenia, iż przedmiotem Postępowania są wyłącznie te prace, których wykonanie w krótkim czasie jest bezwzględnie konieczne dla utrzymania (zabezpieczenia)

dotychczas wykonanego status quo. Tymczasem jak wynika z informacji zamieszczonej m.in. na str. 30 Uzasadnienia Zamawiający zamierza zlecić wykonawcy wyłonionemu w trybie negocjacji bez ogłoszenia de facto realizację prac i dokończenie rozpoczętej budowy w zakresie całej drogi głównej odcinka F, wymieniając w Uzasadnieniu, że będzie to obejmowało wykonanie następujących robót:

- roboty ziemne wraz z górną warstwą nasypu,
- warstwa mrozoochronna,
- warstwa technologiczna,
- podbudowa z chudego betonu,
- nawierzchnia betonowa,
- dokończenie kanalizacji deszczowej wraz z budową zbiorników retencyjnych ziemnych i separatorów,
- nawierzchnia asfaltowa (podbudowa, warstwa wiążąca, warstwa ścieralna z betonu asfaltowego) na przejazdach poprzecznych i dojazdach do obiektów inżynierskich,
- warstwa SMA na łącznicach i obiektach Inżynierskich w ciągu autostrady,
- zabezpieczenie skarp i pasa rozdziału poprzez humusowanie i obsianie trawą, krawężniki,
- obiekty inżynierskie (z wyłączeniem obiektu WA-352 jezdnia lewa) roboty wykończeniowe, tj.: izolacje, kapy chodnikowe, bariery zabezpieczające, krawężniki oraz przepusty, sieci energetyczne w zakresie oświetlenia i telematyki.

Tym samym, w niekonkurencyjnym trybie negocjacji zlecona ma być de facto kompleksowa realizacja kluczowego zakresu prac stanowiących ponad 87 % części robót pozostałych do wykonania w ramach całego dotychczasowego Kontraktu na odcinek F. Jak natomiast wynika ze str. 7 Uzasadnienia, w zakres „pozostałych” robót, które Zamawiający planuje zięćiów przetargu nieograniczonym, wchodzić będzie jedynie:

- budowa Miejsc Obsługi Podróżnych: MOP Gorzelanka Wschód, MOP Gorzelanka Zachód, MOP Wierzchowisko Wschód i MOP Wierzchowisko Zachód,
 - budowa Obwodu Utrzymania Autostrady - OUA Lgota,
 - przebudowa skrzyżowania drogi krajowej DK46 z drogą powiatową i drogą gminną w rejonie przejazdu kolejowego w km 124.805 linii kolejowej nr 61,
- a więc wyłącznie roboty, które można uznać za akcesoryjne wobec głównego przedmiotu inwestycji - stanowią one jedynie realizację swoistego „zaplecza” inwestycji, stanowiąc maksymalnie 13 % części robót pozostałych do wykonania.

W ocenie Odwołującego nie sposób zatem uznać, aby w niniejszej sprawie zachodziła pilna potrzeba wykonania wszelkich prac wskazanych w Uzasadnieniu powodowana rzekomym

dążeniem Zamawiającego do zabezpieczenia prac już wykonanych. Prace wskazane w Uzasadnieniu jako „zabezpieczające” dalece bowiem wykraczają poza to, co można by uznać za adekwatne do zabezpieczenia prac przerwanych w związku z odstąpieniem od umowy. Z drugiej strony prace, które rzeczywiście taki charakter (zabezpieczający) mają, będą zrealizowane przez dotychczasowego wykonawcę zgodnie z treścią ww. pisma dotychczasowego wykonawcy Kontraktu z dnia 15 maja 2019 r. W tym zakresie Zamawiający niewątpliwie dopuścił się naruszenia fundamentalnej zasady proporcjonalności. Pod pozorem bowiem zlecenia prac, które miałyby zachować dotychczas zrealizowane status quo, minimalizując ryzyko degradacji oraz możliwie eliminując konieczność powtórzenia określonych prac, Zamawiający w rzeczywistości dąży do osiągnięcia innego celu, jakim jest dokończenie drogi głównej i uzyskanie jej przejezdności do końca roku 2019 r. Przy czym i to ostatnie założenie wynika wyłącznie z własnych ustaleń Zamawiającego i nie jest determinowane zewnętrznymi okolicznościami niemożliwymi wcześniej do przewidzenia. Zamawiający nie dąży do zlecenia prac które mogłyby (choćby tymczasowo do czasu wyboru nowego wykonawcy) zabezpieczyć w realnym stopniu wykonane już roboty, lecz z góry przyjmuje, że najlepszym zabezpieczeniem jest po prostu sfinalizowanie rozpoczętych już prac i doprowadzenie do osiągnięcia głównego celu inwestycji. Takie działanie stanowi przejaw rażącego nadużycia i nie może zasługiwać na ochronę.

W ocenie Odwołującego o pilnej potrzebie udzielenia zamówienia niemożliwej wcześniej do przewidzenia nie świadczą również okoliczności przywołane przez Zamawiającego na stronach nr 8 - 11 w podpunktach c) oraz d) Uzasadnienia. Po pierwsze okoliczności te dotyczą jedynie 5 wybranych obiektów, gdy tymczasem zakres prac objęty Postępowaniem, jak wskazano powyżej, jest niepomiarnie szerszy. Ponadto Zamawiający powołuje się na kwestie, które towarzyszą przedmiotowej inwestycji od samego początku, są typowe na tego typu inwestycji, i nie potwierdzają istnienia pilnej potrzeby.

W tym zakresie Zamawiający wskazuje na rzekomo pilną potrzebę dokończenia wiaduktów WA-372 i WK-373 celem przywrócenia ruchu kolejowego na linii kolejowej nr 61, lecz potrzeby tej nie wykazał. Ograniczenia ruchu kolejowego na odcinkach sąsiadujących z budowaną autostradą nie są niczym nadzwyczajnym, lecz stanowią standardowy element towarzyszący tego typu inwestycjom. W ocenie Odwołującego jeżeli chodzi o obiekt WK-373, to Zamawiający w sposób głośłowny twierdzi, iż brak niezwłocznej kontynuacji robót może stanowić rzekome zagrożenie dla bezpieczeństwa ruchu kolejowego. Jak sam bowiem potwierdza, w przypadku tego obiektu po pierwsze ruch prowadzony jest tylko po jednym torze, a po drugie zainstalowano tam tymczasową konstrukcję odciążającą, która jest stale monitorowana. Zamawiający nie wykazał, jakoby zagrożeni, na jakie w tym zakresie się

powołuje było realne. Niezależnie od powyższego, jak wynika z przywołanego wcześniej Pisma 1, Inżynier Kontraktu polecił dotychczasowemu wykonawcy zabezpieczenie robót na wskazanym obiekcie i roboty te są już zabezpieczone, a zatem nie jest prawdą, aby zachodziła pilna potrzeba zlecenia ich wykonania nowemu wykonawcy, wyłonionemu w niekonkurencyjnym trybie negocjacyjnym.

Jeżeli chodzi zaś o obiekt WA-372, to Odwołujący wskazał, że Inżynier Kontraktu w piśmie MMP/F/PH/ph/mma/346850/A07A/6664/2019 z dnia 10.05.2019 r. nie wskazał pracy polegającej na wykończeniu tego obiektu jako niezbędnej do wykonania czy to pod względem ochrony życia, czy to pod względem zabezpieczenia robót przed degradacją. W piśmie tym została jedynie określona ogólna potrzeba ogrodzenia i odwodnienia dla wszystkich obiektów, a co za tym idzie twierdzenia Zamawiającego są bezzasadne.

W zakresie obiektów Ppz-12, WA-352, Ppz-13 i utrzymywana w ich sąsiedztwie tymczasowej organizacji ruchu na jezdni DK1, to Zamawiający twierdzi, że utrzymywanie aktualnej organizacji ruchu w dalszym okresie jest niepożądane w kontekście oczekiwań społecznych. W ocenie Odwołującego Zamawiający nie wykazał jednak, jaki ma to związek z niemożliwą do przewidzenia pilną potrzebą realizacji prac. Oczekiwania społeczne, na które się powołuje towarzyszą tej inwestycji od samego początku i nie są niczym nadzwyczajnym. Ponadto, nie należy zapominać, że logistyka wykonywania prac na ww. obiektach pozwala na bieżące korzystanie z ww. jezdni DK1, która pomimo pewnych koniecznych ograniczeń jest przejezdna i dostępna dla lokalnej społeczności. Zamawiający w żaden sposób nie wykazał również, jakoby ścianki szczelne stanowiące zabezpieczenie dla wykopów dla ww. obiektów miały ulec zniszczeniu lub co najmniej występowałyby takie ryzyko na skutek przedłużających się prac. Twierdzenia Zamawiającego w tym zakresie są chybione i nieudowodnione. Jak Zamawiający sam wskazuje w uzasadnieniu, ścianki te są w sposób stały monitorowane, a co więcej monitoring taki jest kontynuowany przez dotychczasowego wykonawcę (co potwierdza już wspomniane wcześniej Pismo 1 Zamawiającego z dnia 10 maja 2019 r., w którym polecił on dotychczasowemu wykonawcy Kontraktu kontynuację takiego monitoringu w celu zapewnienia bezpieczeństwa robót).

W ocenie Odwołującego jak też wynika z dalszej części Uzasadnienia rzeczywistą intencją Zamawiającego, zresztą nawet nie ukrywaną, lecz akcentowaną w Uzasadnieniu, jest nie tyle wykonanie koniecznych prac „zabezpieczających”, co dążenie do dokończenia wszystkich prac zapewniających przejezdność trasy głównej odcinka F z końcem roku 2019 r. Okoliczność ta jest jednak błędnie postrzegana przez Zamawiającego jako wymuszona pilną potrzebą konieczność.

W ocenie Odwołującego zawartą w tym zakresie argumentację Zamawiającego (pkt 2) oraz 3) Uzasadnienia) można sprowadzić do następującej dość tendencyjnej narracji:

- a) przedmiotowa inwestycja jest ważna dla lokalnej społeczności, gdyż ma za zadanie przenieść na autostradę ruch tranzytowy odbywający się przez małe miejscowości oraz ulicami miasta Częstochowa, co poprawi bezpieczeństwo ruchu drogowego w tym rejonie, a także docelowo skróci czas podróży i obniży koszty transportu ludzi i towarów,
- b) inwestycja wygeneruje zatem znaczne korzyści społeczne, w tym zmniejszy liczbę wypadków i zdarzeń drogowych,
- c) w szeroko rozumianym interesie społecznym jest zatem aby przedmiotowa inwestycja powstała, a im szybciej to nastąpi tym szybciej społeczeństwo i Skarb Państwa zaczną czerpać z zakładanych korzyści,
- d) w związku z tym Zamawiający przyjmuje, że co najmniej droga główna odcinka F powinna zostać zakończona i uzyskać przejezdność z końcem roku 2019.

Abstrahując od wątpliwości co do rzetelności przywoływanych przez Zamawiającego danych liczbowych (w zakresie kosztów, strat i korzyści), z powyższego wynika, że Zamawiający powołuje się na okoliczności i założenia, które towarzyszyły tej inwestycji od samego początku, a które powodują że istnieje uzasadnienie, aby w tym miejscu autostrada w ogóle powstała. Jak jednak sam Zamawiający potwierdza w Uzasadnieniu (por. m.in. str. 25), są to zalety/korzyści jakie generuje każda tego typu inwestycja. Nie ma zatem bezpośredniego związku przyczynowo - skutkowego pomiędzy rzekomą nieprzewidzianą okolicznością, której Zamawiający upatruje w odstąpieniu od umowy z dotychczasowym wykonawcą, a domniemaną potrzebą zakończenia prac jak najszybciej, tj. zgodnie z arbitralną decyzją Zamawiającego do końca roku 2019. Termin ten jest bowiem terminem przyjętym subiektywnie przez Zamawiającego wynikającym z założenia „im szybciej tym lepiej”, niezależnym od ww. odstąpienia od umowy i nie jest podyktowany obiektywnymi, zewnętrznymi okolicznościami, których Zamawiający nie był w stanie wcześniej przewidzieć.

W ocenie Odwołującego również utrudnienia, na jakie powołuje się Zamawiający związane z bieżącym prowadzeniem prac na tym odcinku, w tym konieczność zapewnienia ruchu tymczasowego z pewnymi ograniczeniami (np. co do prędkości), czy w prowadzeniu w tym rejonie ruchu kolejowego, stanowią standardowe uciążliwości, z jakimi trzeba liczyć się przy każdej tego typu inwestycji. Nie świadczą one jednak o niemożliwej do przewidzenia pilnej potrzebie zakończenia prac i to do konkretnej wyznaczonej przez Zamawiającego daty.

Odwołujący wskazał również, że Zamawiający niezasadnie usiłuje też spotęgować wagę tej inwestycji i potrzebę jej jak najszybszego zakończenia (w domyśle do końca 2019 r.) powołując się na planowane do rozpoczęcia w najbliższym czasie prace modernizacyjne odcinków dróg DK46 oraz DK1 przebiegających w granicach miasta Częstochowa. Inwestycje planowane do wykonania w m. Częstochowa spowodują wzrost utrudnień z przejazdem przez ten obszar i nagromadzenie inwestycji w tym rejonie w tym samym czasie. Modernizacje planowane do wykonania w Częstochowie stanowią jednak inwestycje niezależne od budowy odcinka F na Autostradzie A1, a co więcej decyzje dotyczące realizacji tych modernizacji zapadały na długo po tym jak Zamawiający podjął decyzję o budowie odcinka F. Przypomnieć należy że Kontrakt na odcinek F podpisano z dotychczasowym wykonawcą w październiku 2015 r. Tymczasem, jak wynika z Uzasadnienia, miasto Częstochowa zawarła stosowne umowy o dofinansowanie ww. prac dopiero w grudniu 2016 r., a następnie we wrześniu 2018 podpisała kontrakt na przebudowę drogi DK1. Planując prace w Częstochowie, w rejonie gdzie jednocześnie prowadzone były już wcześniej rozpoczęte prace związane z budową aż 4 odcinków Autostrady, miasto musiało się zatem liczyć zarówno z możliwymi opóźnieniami na tych odcinkach, jak i szczególnymi utrudnieniami w prowadzeniu prac na tym terenie. Jest to zatem przykład świadomego planowania inwestycji w czasie, który może generować liczne ryzyka wykonawcze, w tym kumulację ruchu w tym rejonie i szukanie przez kierowców alternatywnych dróg objazdowych m.in. przez inne nieremontowane ulice miasta. Z ryzykami tego rodzaju, zwiększonymi w sytuacji nadal trwających prac na odcinku F, zmierzyć się musi przede wszystkim miasto Częstochowa, która podjęła decyzję o prowadzeniu ww. modernizacji w znanych jej uwarunkowaniach, bez gwarancji zakończenia prac i udostępnienia autostrady przed rozpoczęciem prac modernizacyjnych.

Jednocześnie Odwołujący zauważył, że próbujący (nieudolnie) przekonać w Uzasadnieniu do rzekomo bezwzględnej potrzeby zakończenia prac przy głównej drodze odcinka F do końca 2019 r. w kontekście planowanych prac modernizacyjnych w Częstochowie, Zamawiający opiera się na harmonogramach rzeczowo - finansowych dla drogi DK46 oraz DK1, które jak sam podkreśla mają charakter wstępny (por. ostatni akapit na str. 3 Uzasadnienia). Co więcej, Zamawiający podaje w Uzasadnieniu sprzeczne planowane daty rozpoczęcia prac dla tych modernizacji np. na str. 3 i 4 dla drogi DK1 podaje połowę marca 2020 (jako data „przewidywana” uzyskania decyzji ZRID), zaś na str. 12 pisze już że rozpoczęcie robót przy przedmiotowej inwestycji „planowane” jest na jesień 2019 r. Informacje te jako niespójne, a przy tym odnoszące się jedynie do planów i przewidywań, które zapewne będą ulegać jeszcze zmianie, nie mogą zatem dowodzić istnienia pilnej potrzeby, jaką miałyby być ukończenie drogi głównej odcinka F do końca 2019 r. Ponadto, jeżeliby przyjąć oszacowany przez Zamawiającego jedynie 3 tygodniowy okres oszczędności czasowej, jaką miałyby mu

przyniesie skorzystanie z trybu negocjacyjnego w porównaniu do przyspieszonego przetargu nieograniczonego, to okres ten można potraktować jako taki, który z pewnością wpisuje się w zapas czasowy jaki należałoby założyć (nawet w większym zakresie niż 3 tygodnie) w związku z opieraniem się przez Zamawiającego na terminach innych inwestycji, które mają charakter jedynie wstępnych planów. Tym samym nawet jeżeli przyspieszony przetarg nieograniczony miałby zdaniem Zamawiającego trwać o 3 tygodnie dłużej (co jednak nie jest prawdą), to należy założyć że nie przyniesie to żadnej niepowetowanej straty, której Zamawiający powinien przeciwdziałać poprzez skorzystanie z procedury negocjacyjnej.

Ponadto Odwołujący wskazał, że Zamawiający błędnie wreszcie upatruje pilnej potrzeby realizacji prac objętych Postępowaniem w potrzebie przyspieszenia momentu czerpania z zakładanych korzyści związanych z wybudowaniem autostrady jako takiej (por. argumentację zawartą na str. 25 oraz 26 Uzasadnienia). Procedura negocjacyjna służy bowiem uniknięciu skutków nieprzewidzianych zdarzeń, nie zaś przyspieszeniu (jak się okazuje wg wyliczeń Zamawiającego jedynie o 3 tygodnie) korzyści, które od samego początku były przez Zamawiającego zakładane w związku z podjęciem decyzji o budowie autostrady i są typowe dla tego typu inwestycji. Gdyby natomiast przyjąć rozumowanie Zamawiającego, to należałoby wszystkie analogiczne inwestycje, zwłaszcza autostradowe, zlecać wykonawcom w trybach niekonkurencyjnych, bo mogą być one szybsze i szybciej pozwalać osiągnąć planowane cele, jakimi są m.in. poprawa bezpieczeństwa i upłynnienie ruchu.

Przyczyny zaistniałej sytuacji leżą po stronie Zamawiającego

W ocenie Odwołującego twierdzenie Zamawiającego, jakoby przyczyny zaistniałej sytuacji nie leżały po stronie Zamawiającego jest całkowicie nieuprawnione. W rzeczywistości to właśnie Zamawiający ponosi winę za powstały stan rzeczy. To Zamawiający - pomimo braku zarówno ustawowych, jak i umownych kutejmu podstaw - złożył (bezskuteczne) oświadczenie o odstąpieniu od Kontraktu na odcinek F i nakazał dotychczasowemu wykonawcy opuszczenie placu budowy, a na wcześniejszym etapie nie współpracował z wykonawcą w realizacji Kontraktu. To, że na obecnym etapie zasadnicze roboty, zmierzające do uzyskania celu, jakim jest zakończenie inwestycji (w tym uzyskanie przejezdności trasy głównej) nie są prowadzone, a nadto, że zachodzi potrzeba „zabezpieczenia robót dotychczas wykonanych, spowodowane jest nie tylko nielojalnym, ale i bezprawnym działaniem Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego oświadczenie o odstąpieniu od Kontraktu na odcinek F złożone przez Zamawiającego w dniu 29 kwietnia 2019 r., na które Zamawiający powołuje się w Uzasadnieniu, jako bezskuteczne, nie wywołało żadnych skutków prawnych, o czym

dotychczasowy wykonawca poinformował Zamawiającego pismem z dnia 2 maja 2019 r. poprzez Odwołującego działającego w roli lidera (pełnomocnika). W tym samym piśmie wykonawca wezwał Zamawiającego do należytego wykonania zobowiązań wynikających z Kontraktu na odcinek A1 oraz podjęcia należytego współdziałania z wykonawcą w realizacji tego Kontraktu poprzez wydanie wykonawcy placu budowy w stanie zgodnym z Kontraktem i zdatnym do kontynuowania robót na podstawie Kontraktu w terminie 3 dni, pod rygorem odstąpienia od niego przez wykonawcę w części do tej pory niewykonanej. Wykonawca przez cały czas deklarował więc wolę kontynuacji robót, będąc zmobilizowanym do ich dalszego prowadzenia. Dowód:- pismo dotychczasowego wykonawcy Kontraktu na odcinek F z dnia 2 maja 2019 r. (A1-F/AH/A0/6790/19).

W związku z bezskutecznością oświadczenia o odstąpieniu od umowy przez Zamawiającego wykonawca nie zaprzestał realizacji prac i nie opuścił terenu budowy, oczekując współpracy ze strony Zamawiającego. Pismem z dnia 10 maja 2019 r. MMP/F/PH/ph/mma/346850/A07A/666/2019 (dalej jako „**Pismo 3**”) Zamawiający polecił dotychczasowemu wykonawcy opuszczenie placu budowy i usunięcie z niego wszelkich Dóbr (sprzętu, materiałów, urządzeń i robót tymczasowych). W przywołanym zaś już wcześniej w odwołaniu Piśmie 1 Zamawiający wskazał, że „Wykonawca zobowiązany jest do zaprzestania całej dalszej pracy”. Mając na uwadze powyższe, wobec braku współdziałania Zamawiającego w realizacji Kontraktu na odcinek F, pismem z dnia 13 maja 2019 r. wykonawca odstąpił od umowy. Dowód: pismo Inżyniera Kontraktu z dnia 10 maja 2019 r., nr MMP/F/PH/ph/mma/346850/A07A/666/2019; Pismo 1; oświadczenie o odstąpieniu od umowy przez wykonawcę Kontraktu z dnia 13 maja 2019 r.

Odwołujący wskazał, że zarówno w piśmie z dnia 2 maja 2019 r., jak i w odstąpieniu od Kontraktu dotychczasowy wykonawca odniósł się do chybionych zarzutów Zamawiającego wystosowanych pod adresem wykonawcy. Choć ocena zasadności odstąpienia od umowy przez którąkolwiek ze stron wykracza poza zakres kognicji KIO, Odwołujący poniżej przedstawia krótkie odniesienie się do kluczowych aspektów związanych z wykonywaniem Kontraktu na odcinek F, które Zamawiający przywołuje próbując uzasadnić decyzję o zastosowaniu niekonkurencyjnego trybu postępowania, na skutek: i) własnego (bezszykownego) odstąpienia od umowy i ii) odmowy współdziałania z wykonawcą w dalszej realizacji Kontraktu (co zmusiło z kolei dotychczasowego wykonawcę do odstąpienia od tegoż Kontraktu).

Zamawiający wskazuje, że pierwotny termin wykonania robót, określony na 12 października 2018 r., przesunięty został do dnia 3 lipca 2019 r. Do przesunięcia tego terminu doszło w

wyniku częściowej akceptacji roszczenia dotychczasowego wykonawcy o przedłużenie czasu na ukończenie zgłoszone w trybie Subklauzuli 20.1. Kontraktu na odcinek F. Oznacza to, że do opóźnienia w realizacji robót doszło z przyczyn niezależnych od Wykonawcy (w przeciwnym razie, zgodnie z kontraktem nie doszłoby do przedłużenia czasu na ukończenie). Fakt, iż Zamawiający jedynie w części zaakceptował roszczenia wykonawcy o przedłużenie czasu na ukończenie (a także o dodatkową płatność), nie oznacza jednak że:

a) były one bezzasadne w pozostałym zakresie - w toku realizacji Kontraktu na odcinek F Inżynier z dużą dozą uznaniowości rozpoznawał uzasadnione roszczenia wykonawcy, przykładowo włączając do czasu na ukończenie 3-miesięczny okres zimowy 2016/2017 (Zamawiający sam przyznał zresztą, że pierwotny termin realizacji kontraktu przypadający na 12 października 2018 r. został przedłużony do dnia 3 lipca 2019 r. w związku z jedynie częściowym uznaniem roszczeń Wykonawcy),

b) podawany przez Zamawiającego termin 3 lipca 2019 r. stanowił realny termin zakończenia inwestycji; wręcz przeciwnie, termin ten od początku nie oddawał realiów panujących na Kontrakcie. W ocenie Odwołującego w związku z zaistnieniem szeregu okoliczności generujących opóźnienia w realizacji prac (o czym poniżej), za które wyłączną odpowiedzialność ponosił Zamawiający, wykonawca uprawniony był do złożenia kolejnych roszczeń o przedłużenie czasu na ukończenie i dodatkową płatność, które jednak do dnia dzisiejszego albo w ogóle nie zostały rozpoznane albo zostały arbitralnie odrzucone. Fakt, że wskazany wyżej termin nie był realny potwierdzają także przedkładane przez dotychczasowego wykonawcę programy robót, w których termin realizacji prac wykraczał poza ww. datę, co było Zamawiającemu od dawna wiadome. Wbrew też twierdzeniom Zamawiającego termin realizacji całości Inwestycji zgodnie z ostatnim harmonogramem wykonawcy wcale nie przypadał na grudzień 2019 r. Zamawiający odnosi się bowiem do starego programu robót, z sierpnia 2018 r. Od tego czasu - z uwagi na okoliczności niezależne od wykonawcy - Zamawiającemu przedstawione były kolejne rewizje programu robót, na podstawie których Zamawiający prowadził monitoring postępu prac (Zamawiający miał więc pełną wiedzę, co do przewidywanego, realnego terminu realizacji inwestycji). Zgodnie z ostatnią rewizją nr 9.2. termin zakończenia całości Inwestycji przewidziano na sierpień 2020 r.

Odwołujący wśród okoliczności zawinionych przez Zamawiającego i przyczyniających się do opóźnienia w realizacji prac wymienił m.in.:

i. odmowę Zamawiającego - bez uzasadnionej przyczyny i wbrew postanowieniom Kontraktu - akceptacji podwykonawców zgłoszonych na potrzeby realizacji części robót, jak również bezzasadne blokowanie umów podwykonawczych, co do których Zamawiającemu w ogóle nie przysługiwało prawo do wyrażenia sprzeciwu (szczegółowy opis okoliczności i

skutków tego niezgodnego z Kontraktem działania Zamawiającego zostały opisane w rozszczeniu C-053 i dalszej korespondencji):

ii. bezzasadne odrzucenie przez Inżyniera Kontraktu wykonania wiaduktów WD-361 oraz WD-362 i w efekcie bezzasadne żądanie ich rozebrania i ponownego wykonania - Inżynier Kontraktu i Zamawiający wyrazili zgodę na dalszą realizację tych obiektów odstępując od wcześniejszego bezzasadnego żądania ich rozebrania dopiero po ponad roku, co miało istotny wpływ na organizację pracy dotychczasowego wykonawcy i możliwość wykonania Kontraktu na odcinek F w umówionym terminie.

W ocenie Odwołującego fakt, iż za zaistniałą sytuację Zamawiający nie może winić dotychczasowego wykonawcy zdaje się potwierdzać również sama nomenklatura stosowana przez Zamawiającego w Uzasadnieniu, gdzie konsekwentnie posługuje się on terminem „opóźnienia” wykonawcy, nie zaś „zwłoki” w realizacji robót, co potwierdza, że wykonawca nie ponosi za ten stan odpowiedzialności. Tym samym twierdzenie zawarte w Uzasadnieniu jakoby „Zamawiający poprzez swoje działania nie dopuścił się w żaden sposób do zaniedbań, błędów czy opóźnień, które mogłyby stać się podstawą do odstąpienia od umowy” jest całkowicie nieuprawnione.

Odwołujący wskazał, że nie jest również prawdą, aby dotychczasowy wykonawca zaprzestał prowadzenia robót, co miałyby uzasadniać odstąpienie od umowy przez Zamawiającego. Roboty realizowane były codziennie i zgodnie z ustaleniami wykonawca zmobilizował podwykonawców do pracy 6 dni w tygodniu po 16 h dziennie. W ocenie Odwołującego Zamawiający miał on możliwość podjęcia działań niezbędnych do ewentualnego jak najszybszego wszczęcia procedury wyboru nowego wykonawcy w trybie podstawowym jeszcze przed dokonaniem formalnego odstąpienia od Kontraktu na odcinek F, licząc się wcześniej z ryzykiem takiego odstąpienia (np. poprzez wcześniejsze podjęcie prac nad opracowaniem ewentualnej SIWZ na taki wypadek, co było możliwe zważywszy na deklarowany przez Zamawiającego ciągły monitoring inwestycji i jego aktywność w „przygotowaniu niezbędnej dokumentacji” zwłaszcza w okresie przerwy zimowej). To Zamawiający zatem swoją opieszałością przyczynił się do rzekomej pilnej potrzeby udzielenia zamówienia na prace objęte Postępowaniem.

Możliwość zachowania przez Zamawiającego terminów określonych dla trybów podstawowych lub negocjacji z ogłoszeniem

Odwołujący wskazał, że Uzasadnienie przekazane przez Zamawiającego wskazuje, że oceniając konieczność skorzystania z trybu negocjacyjnego, wziął on pod uwagę wariant

przeprowadzenia przetargu nieograniczonego przyspieszonego tj. z 15 - dniowym terminem na składanie ofert z uwagi na pilną potrzebę udzielenia zamówienia (tj. zgodnie z art. 43 ust. 2b ppkt 2) PZP). Z niejasnych jednak przyczyn uznał, że taka przyspieszona procedura nie pozwoli mu rzekomo na zrealizowanie zakładanego przez niego harmonogramu, tj. na zawarcie z wybranym nowym wykonawcą umowy w połowie sierpnia b.r. Zamawiający nie przedstawił żadnej szczegółowej, a przede wszystkim przekonującej analizy potwierdzającej, iż wszczęcie postępowania w trybie przetargu nieograniczonego w dniu 27 maja br. (kiedy to jak twierdzi byłby gotów dokument SIWZ wraz z opisem przedmiotu zamówienia) rzeczywiście skazuje go na zawarcie umowy z wybranym wykonawcą dopiero w trzeciej dekadzie sierpnia lub pierwszej dekadzie września br.

Tymczasem, w ocenie Odwołującego, biorąc pod uwagę możliwość zastosowania trybu przetargu nieograniczonego przyspieszonego, zawarcie umowy może bez przeszkód nastąpić nawet we wcześniejszym terminie niż przewiduje Zamawiający. Poza skorzystaniem ze skróconego terminu składania ofert, do znacznego przyspieszenia postępowania w trybie przetargu nieograniczonego może przyczynić się również zastosowanie procedury odwróconej uregulowanej w art. 24aa PZP, czego jak widać Zamawiający w ogóle nie uwzględnił w swoich szacunkach. W takim przypadku Zamawiający nie dokonywałby podmiotowej oceny wszystkich wykonawców, zaś wyłącznie w odniesieniu do wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza badałby jego oświadczenie wstępne, a następnie żądał przedłożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp .

Odwołujący wskazał, że Zamawiający wywodząc, że zastosowanie trybu negocjacyjnego przyczyni się do zaoszczędzenia około 3 tygodni w porównaniu z trybem przetargu nieograniczonego, pominął szereg istotnych okoliczności, które przeczą takiemu założeniu. W pierwszej kolejności należy wskazać, iż czas, jaki Zamawiający poświęci na przeprowadzenie negocjacji z wykonawcami, równie dobrze mógłby wykorzystać na przygotowanie SIWZ (w tym opisu przedmiotu zamówienia) na potrzeby przetargu nieograniczonego. W razie natomiast trudności z opisem przedmiotu zamówienia - prac niezbędnych do wykonania w ramach zabezpieczenia dotychczasowych robót, czy warunków realizacji przyszłej umowy - Zamawiający mógłby skorzystać z dozwolonych prawem, szybkich i niesformalizowanych konsultacji rynkowych, konfrontując swoje oczekiwania z możliwościami wykonawców np. w formie dialogu technicznego, co również ograniczałoby późniejsze pytania do treści SIWZ.

Jednocześnie, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, wcześniejsze rozpoczęcie negocjacji nie przyczyni się do szybszego zakończenia postępowania w porównaniu z trybem przetargu nieograniczonego. W tym przypadku różnica pomiędzy tymi dwoma trybami polega jedynie na

tym, że w przetargu nieograniczonym SIWZ udostępniany jest w momencie wszczęcia postępowania, a w negocjacjach bez ogłoszenia po zakończeniu negocjacji. Bazując na informacjach zawartych w Uzasadnieniu należałoby przy tym przyjąć, że w obu tych trybach udostępnienie wykonawcom SIWZ przez Zamawiającego możliwe byłoby najwcześniej z końcem maja, kiedy to bądź w formie zaproszenia do składania ofert po negocjacjach, bądź w formie zaproszenia publicznego jakim jest ogłoszenie o zamówieniu, Zamawiający wyraziłby swoje oczekiwanie na składanie ofert. Termin zaś na składanie ofert w obu rozważanych trybach mógłby być taki sam licząc od momentu przekazania SIWZ i wynosić np. 15 dni, co powoduje że w tym aspekcie oba tryby są czasowo porównywalne, a domniemana oszczędność 3 tygodni w przypadku trybu negocjacyjnego realnie nie występuje.

Niezależnie od powyższego Odwołujący zauważył, iż możliwość przekazania SIWZ wykonawcom dopiero po negocjacjach nie oznacza też, że w trybie negocjacji bez ogłoszenia sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia jest dla Zamawiającego procesem mniej skomplikowanym, czy pracochłonnym, niż w trybie przetargu nieograniczonego. W wielu przypadkach bowiem przeprowadzenie negocjacji, w wyniku których powstaje opis przedmiotu zamówienia odpowiadający oczekiwaniom wszystkich stron, prowadzić może do znacznego wydłużenia postępowania. Tryb negocjacji bez ogłoszenia nie gwarantuje także Zamawiającemu znacznego ograniczenia pytań i oszczędności czasu na etapie składania ofert po przekazaniu SIWZ. Jak pokazuje praktyka, nierzadko wykonawcy wykorzystują instytucję pytań do zamawiającego, jako środek do wprowadzenia rozwiązań, które nie zostały uwzględnione na etapie negocjacji.

W ocenie Odwołującego Zamawiający nie wykazał również, z jakich przyczyn przygotowanie pełnego opisu przedmiotu zamówienia będzie możliwe dopiero na dzień 27 maja br. Termin ten nie znajduje uzasadnienia w zaistniałych okolicznościach faktycznych sprawy. Jak wynika z cytowanego już wcześniej Komunikatu GDDKiA z dnia 7 maja br. Zamawiający deklarował, że „Szybkie rozpoczęcie powyższej procedury jest możliwe m.in. dzięki wcześniejszemu monitoringowi inwestycji przez GDDKiA oraz przygotowaniu niezbędnej dokumentacji, na co wykorzystaliśmy okres przerwy zimowej. Teraz przechodzimy płynnie i bez zbędnej zwłoki do dalszych działań”. Skoro Zamawiający wykorzystał okres przerwy zimowej na przygotowanie niezbędnej dokumentacji, to nie ulega wątpliwości, że w tym okresie był w stanie przygotować pełny opis przedmiotu zamówienia. Jak wynika ze wskazanej informacji prasowej, Zamawiający monitorował inwestycję, co oznacza, że posiadał informacje konieczne do przygotowania pełnego SIWZ. Potwierdza to również treść Uzasadnienia skierowanego do Prezesa UZP, które zawiera szereg szczegółowych informacji technicznych, które mogły zostać wykorzystane do sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia.

W związku z tym, w ocenie Odwołującego, z całą pewnością można przyjąć, iż przy dołożeniu należytej staranności Zamawiający byłby w stanie przygotować pełną dokumentację dla przetargu nieograniczonego, w tym opis przedmiotu zamówienia, znacznie wcześniej niż przed 27 maja br. Bezzasadne powoływanie się przez Zamawiającego na datę 27 maja br. służy wyłącznie sztucznemu wykreowaniu potrzeby sięgnięcia do niekonkurencyjnego trybu negocjacyjnego, kosztem możliwego do zastosowania trybu konkurencyjnego tj. przyspieszonego przetargu nieograniczonego, którego okres trwania bez przeszkód pozwoliłby na dotrzymanie harmonogramu nakreślonego przez Zamawiającego.

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) zaproszenie do negocjacji Tura I i Tura II na okoliczność ustalenia wykonawców zaproszonych do udziału w negocjacjach bez ogłoszenia; (ii) Komunikat zamieszczony na stronie GDDKiA z dnia 7 maja 2019 r. zatyt. „Wyłaniamy nowego wykonawcę obwodnicy Częstochowy w ciągu AT” oraz „Uzasadnienia wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia dla zadania „Kontynuacja robót związanych z budową autostrady A1 na odcinku węzeł Rząsawa - Węzeł Blachownia w zakresie robót zabezpieczających” na okoliczność ustalenia przesłanek zastosowania trybie negocjacji bez ogłoszenia; (iii) Wezwanie do poprawy skierowane przez GDDKiA nr O.KA.KP-4.4170/9.3.2017.Rz-B z dnia 16 marca 2019 r. do wykonawcy Kontraktu AF-1 na okoliczność ustalenia jego treści; (iv) pismo Odwołującego z dnia 22 marca 2019 r., z dnia 15 i 17 kwietnia 2019 r. na okoliczność ustalenia stanowiska wykonawcy wobec wezwania przez Zamawiającego do wykonania zaległych prac na podstawie pisma z dnia 16 marca 2019 r.; (v) dwa pisma Inżyniera Kontraktu z dnia 10 maja 2019 r na okoliczność wykazania zakresu prac pilnych i koniecznych do wykonania w związku z odstąpieniem Zamawiającego od Kontraktu AF – 1; (vi) pismo wykonawcy kontraktu AF-1 z dnia 15 maja 2019 r. dot. czynności po odstąpieniu na okoliczność wykazania, iż wykonawca zobowiązał się do wykonania pilnych prac zabezpieczających wskazanych przez Inżyniera Kontraktu pismem z dnia 10 maja 2019 r.; (vii) oświadczenie o odstąpieniu od umowy przez wykonawcę Kontraktu z dnia 13 maja 2019 r. na okoliczność ustalenia przyczyn odstąpienia od umowy przez wykonawcę; (viii) pismo wykonawcy do Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, z dnia 22 grudnia 2017 r., nr 11306/GM/A1F/2017 na okoliczność wykazania, iż Odwołujący zgłaszał problemy z realizacją inwestycji w już 2017 r.; (ix) oświadczenie Zamawiającego o odstąpieniu od Kontraktu z dnia 26 kwietnia 2019 r. na okoliczność ustalenia przyczyn odstąpienia przez Zamawiającego od Kontraktu AF-1; (x) wniosek o wydanie środka zabezpieczającego złożony

przez Odwołującego w dniu 2 maja 2019 r. do Sądu w Mediolanie na okoliczność ustalenia treści oświadczeń zawartych we wniosku; (xi) zestawienie umów dla największych zadań inwestycyjnych z PBDK 2014-2023 zawierane w latach 2014-2019 (Perspektywa UE 2014-2020) stan na 29.04.2019 r. oraz zestawienie umów, w których nastąpiło rozwiązanie z winy Wykonawcy dla zadań inwestycyjnych z PBDK 2014-2023 (Perspektywa UE 2014-2020) - stan na 29.04.2019 r. na okoliczność wykazania, iż odstąpienie od umowy realizowanej w trybie przetargowym nie jest okolicznością przewidywalną i powszechną; (xii) pismo Inżyniera Kontraktu nr MMP/F/PH/ez/mma/346850/A22C/6600/2018 z dnia 19 kwietnia 2019 r. na okoliczność ustalenia zakresu prac wykonanych przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie do poprawy z dnia 16 marca 2019 r.; (xiii) pismo PKP PLK S.A. z dnia 27.02.2019 r. nr IZDKa-511-02/02/2019 oraz pismo PKP PLK S.A. z dnia 13.05.2019 r. nr IZDKa-511-02/02/2019 na okoliczność wykazania pilności realizacji prac wskazanych w Uzasadnieniu; (xiv) porównanie czasu trwania Robót dla postępowania przetargowego w trybie negocjacji bez ogłoszenia oraz w trybie przetargu nieograniczonego, procedura przyspieszona sporządzone przez Odwołującego na okoliczność wykazania, iż nie zachodzi przesłanka niemożności zachowania terminów w postępowaniu konkurencyjnym; (xv) porównanie czasu trwania Robót dla postępowania przetargowego w trybie negocjacji bez ogłoszenia oraz w trybie przetargu nieograniczonego, procedura przyspieszona sporządzone przez Zamawiającego na okoliczność wykazania, iż zachodzi przesłanka niemożności zachowania terminów w postępowaniu konkurencyjnym; (xvi) pismo Miejskiego Zarządu Dróg i Transportu w Częstochowie z dnia 2 maja 2019 r. na okoliczność wykazania braku możliwości wykorzystywania drogi wojewódzkiej 908 jako drogi alternatywnej w przypadku opóźnień w realizacji Kontraktu AF – 1; (xvii) informacje prasowe na temat prac zawiązanych z drogą krajową DK46 na okoliczność wykazania, iż prace te będą rozpoczęte nie wcześniej niż w połowie przyszłego roku oraz informacje prasowe dotyczącej drogi DW 908 na okoliczność wykazania, że wbrew twierdzeniu Zamawiającego istnieje alternatywa droga, która może przejąć ruch w przypadku nieukończenia autostrady A1 w terminie przewidzianym przez Zamawiającego; (xviii) opinię techniczną dotyczącą prac koniecznych do pilnego wykonania w zakresie zabezpieczenia robót wykonanych w ramach Kontraktu AF – 1 z dnia 25 maja 2019 r. na okoliczność wykazania pilności wykonania prac wskazanych w Uzasadnieniu; (xix) protokół wykonania prac zleconych przez inżyniera kontaktu dotyczący zakresu prac, jakie wykonawca ma wykonać z związku z pismem inżyniera kontraktu z dnia 10 maja 2019 r., na okoliczność wykazania, że prace, które mają służyć pilnemu zabezpieczeniu są realizowane i będą realizowane przez dotychczasowego wykonawcę, tj. firmy konsorcjum SALINI, i że są to prace, które podyktowane są pilną potrzebą ich realizacji; (xx) zestawienie postępowań wszczętych przez Zamawiającego po wcześniejszym rozwiązaniu umowy z dotychczasowym wykonawcą

na okoliczność wykazania, iż Zamawiający dotychczas stosował procedury konkurencyjne na dokończenie prac.

Izba ustaliła, że Zamawiający pismami z dnia 7 maja 2019 r. zaprosił ośmiu wykonawców do udziału w negocjacjach bez ogłoszenia. Zamawiający w tym samym dniu na swojej stronie internetowej zamieścił komunikat „Wyłaniamy nowego wykonawcę obwodnicy Częstochowy w ciągu AT”.

Pismem z dnia 8 maja 2019 r. Zamawiający zgodnie z art. 62 ust. 2 ustawy Pzp poinformował Prezesa UZP o wszczęciu postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia, składając uzasadnienia wszczęcia tego trybu postępowania (dalej „**Uzasadnienie**”).

Izba ustaliła, że w treści Uzasadnienia Zamawiający wskazał, iż pilna potrzeba udzielenia zamówienia była spowodowana nienależytym i nieterminowym wykonaniem zobowiązań wykonawcy w związku z realizacją Kontraktu AF 1 przez wykonawcę – konsorcjum na czele, którego stał Odwołujący, które to okoliczności legły u podstaw odstąpienia przez Zamawiającego od realizacji umowy. Jak wskazał Zamawiający, zgodnie z umową z dnia 12 października 2015 r., zmienionej Aneksem nr 1 z dnia 28 kwietnia 2017, Aneksem nr 2 z dnia 4 kwietnia 2018 r., Aneksem nr 3 z dnia 17 maja 2018 r., Aneksem nr 4 z dnia 23 maja 2018 r., Aneksem nr 5 z dnia 12 października 2018 r., aneksem nr 6 z dnia 17 grudnia 2018 r. oraz aneksem nr 7 dnia 2019 r. zawartą pomiędzy Zamawiającym a konsorcjum firm, którego Liderem jest Odwołujący (dalej „**Umowa**”, „**Kontrakt AF 1**”), prace projektowe i Roboty wraz z uzyskaniem w imieniu i na rzecz Zamawiającego pozwolenia na użytkowanie miały zostać ukończone w terminie 33 miesięcy (tj. od daty zawarcia Umowy przez obie Strony - Subklauzula 1.1.3.2. Warunków Szczególnych Kontraktu) z zastrzeżeniem, iż do czasu realizacji Robót nie wlicza się okresów zimowych (tj. od 15 grudnia do 15 marca), a do czasu objętego projektowaniem wlicza się okresy zimowe (tj. od 15 grudnia do 15 marca). Jak wynika z treści Uzasadnienia wykonawca uzyskał ostatnią Decyzję o Zezwoleniu na Realizację Inwestycji Drogowej (ZRID) w dniu 06 kwietnia 2017 roku (tj. Decyzję w przedmiocie zmiany ostatecznej Decyzji Wojewody Śląskiego z dnia 08 sierpnia 2014 roku, nr 8/2014, znak 19111.7820.43.2012, o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej) okres projektowania zakończył się z tym dniem i tym samym okres realizacji Robót rozpoczął się w dniu 07 kwietnia 2017 roku. W związku z powyższym pierwotnie Czas na Ukończenie upływał 12 października 2018 roku. W dniu 12 października 2018 r. został zawarty Aneks nr 5 do Umowy, w którym Strony Umowy ustaliły nowy Czas na Ukończenie tj. „Prace projektowe i Roboty wraz z uzyskaniem w imieniu i na rzecz Zamawiającego pozwolenia na użytkowanie zostaną ukończone w ustalonym Czasie na Ukończenie tj. w terminie 33 miesięcy i 90 dni od Daty

Rozpoczęcia tj. do dnia 10.04.2019r.”. W dniu 07 marca 2019r. został zawarty Aneks nr 7 do umowy, w którym strony umowy ustaliły nowy Czas na Ukończenie tj. „Prace projektowe i Roboty wraz z uzyskaniem w imieniu i na rzecz Zamawiającego pozwolenia na użytkowanie zostaną ukończone w ustalonym Czasie na Ukończenie tj. w terminie 33 miesięcy oraz 90 dni i 84 dni od Daty Rozpoczęcia tj. do dnia 03 lipca 2019 roku”. Czas na ukończenie upływał w dniu 3 lipca 2019 r.

Izba ustaliła, że przed odstąpieniem od Umowy Zamawiający w dniu 16 marca 2019 r. wezwał Odwołującego do poprawienia zgodnie z Subklauzulą 15.1 Umowy. W wezwaniu wskazano szczegółowy zakres robót i zobowiązań kontraktowych, których wykonania Zamawiający wymaga w określonym wykonawcy terminie tj. do dnia 16 kwietnia 2019 r.

Izba ustaliła, że Odwołujący, działając w imieniu konsorcjum, pismem z dnia 22 marca 2019 r. ustosunkował się do treści wezwania Zamawiającego. Wykonawca wskazał m.in. na przyczyny związane z opóźnieniem realizacji Kontraktu AF – 1. Zaliczył do nich bezzasadną odmowę akceptacji umów z podwykonawcami, wstrzymanie zatwierdzenia obiektów WD-361 i WD 363. W kolejnych pismach z dnia 15 i 17 kwietnia 2019 wykonawca powoływał się na trudności związane z zaległościami płatniczymi wobec podwykonawców oraz na swoją trudną sytuację finansową. Wykonawca podkreśliła brak realistycznego harmonogramu zakończenia inwestycji.

Izba ustaliła, że Inżynier Kontraktu pismem z dnia 19 kwietnia 2019 r. wskazał, że Odwołujący w zasadniczej części nie wykonał nałożonych na niego obowiązków wynikających z wezwania Zamawiającego z dnia 16 marca 2019 r. Wykonawca nie podjął prac w zakresie nieprzerwanego prowadzenia robót co najmniej od 6:00 do 22:00 przez 6 dni w tygodniu, wykonawca nie wykonał niezwłocznego zapłaty wszystkich wymaganych należności podwykonawców i dalszych podwykonawców, ogółem ze wszystkich 215 zobowiązań wykonawca wykonał 24, co stanowiło 11,16% (w tym m.in. w zakresie robót mostowych wykonawca wykonał zalewie 9,64% nałożonych na niego zobowiązań, w zakresie robót drogowych wykonawca wykonał 13% zobowiązań (ze 123 wykonał 16), w zakresie robót branżowych wykonawca nie wykonał żadnego zobowiązania).

Izba ustaliła, że Zamawiający na podstawie Subklauzuli 15.2 (a), 15.2 (c) ppkt (i), 15.2 (h) Szczególnych Warunków Kontraktu oraz na podstawie art. 635 i 636 § 1 Kodeksu cywilnego w związku z art. 656 Kodeksu cywilnego, jak również na podstawie art. 491 § 1 i 2 k.c., Zamawiający pismem z dnia 26 kwietnia 2019 r. (doręczonym dnia 29 kwietnia 2019 r.) odstąpił od Umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Odstąpienie nastąpiło ze skutkiem ex

nunc tzn. ze skutkiem na przyszłość od dnia złożenia wykonawcy oświadczenia o odstąpieniu od Kontraktu AF-1. W związku z powyższym odstąpienie nastąpiło w zakresie niewykonanej do dnia 29 kwietnia 2019 r. części Kontraktu AF 1.

Izba ustaliła, że wykonawca Kontraktu AF – 1 działając poprzez swojego lidera – Odwołującego pismem z dnia 13 maja 2019 r. odstąpił od realizacji Kontraktu AF – 1 na podstawie art. 640 k.c. w zw. z art. 354 §2 k.c. i art. 647 k.c. oraz na podstawie art. 491 §1 i 2 k.c.

Izba zważyła co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia. Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, iż odstąpienie Zamawiającego od umowy na realizację Kontraktu AF-1 z winy wykonawcy, jak również odrębne odstąpienie od Kontraktu AF – 1 przez Odwołującego niejako niweczy interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia na wykonanie robót wskazanych w Uzasadnieniu. Wskazać należy, że zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp: „środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”. „Innym podmiotem” w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp będą m.in. potencjalni wykonawcy, którzy kwestionują prawidłowość zastosowania przez zamawiającego trybów niekonkurencyjnych (m.in. negocjacji bez ogłoszenia). Podmioty te zostają bowiem pozbawione szansy wzięcia udziału w postępowaniu, którą miałyby, gdyby zamawiający prowadził postępowanie zgodnie z prawem w trybie rozpoczynającym się publicznym ogłoszeniem. W ocenie Izby - Odwołujący Salini - jako tzw. „inny podmiot”, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w przypadku stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp, bowiem wskutek zastosowania przez Zamawiającego trybu negocjacji bez ogłoszenia, Odwołujący nie może ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, a w konsekwencji pozbawiony zostaje potencjalnej możliwości zawarcia umowy z Zamawiającym na realizację Zadania i uzyskania korzyści z tego tytułu.

Przechodząc do zarzutów zawartych w odwołaniu, to wskazać należy na wstępie, że zgodnie z art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji

bez ogłoszenia jeżeli ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której wcześniej nie można było przewidzieć, nie można zachować terminów określonych dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem.

Dla zastosowanie powyższego trybu udzielenia zamówienia zamawiający musi wykazać, iż: (1) zaistniała pilna potrzeba udzielenia zamówienia; (2) przyczyny pilnej potrzeby udzielenia zamówienia nie zostały spowodowane przez zamawiającego; (3) nie można było przewidzieć przyczyn udzielenia zamówienia; (4) nie można zachować terminów przewidzianych dla trybów pozwalających na zachowanie zasady konkurencyjności.

Pilna potrzeba udzielenia zamówienia

Na wstępie wskazać należy, że ustawodawca nie zdefiniował ani też nie zawarł żadnych wytycznych jak należy rozumieć użyty w przepisie art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zwrot „pilna potrzeba udzielenia zamówienia”. Pojęciem tym ustawodawca posłużył się również w art. 43 ust. 2b pkt 2 ustawy Pzp w zakresie tzw. procedury przyspieszonej w ramach przetargu nieograniczonego, ale również nie zdefiniował bliżej użytego zwrotu. W piśmiennictwie wskazuje się, że pilna potrzeba udzielenia zamówienia oznacza potrzebę niezwłocznego udzielenia zamówienia publicznego w celu zapobieżenia powstania znacznej szkody, w celu ochrony zdrowia i życia bądź środowiska, przy czym podstawą wydania decyzji powinny być wiarygodne informacje (G. Wicik „Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Warszawa 2007, wyrok KIO z dnia 27 stycznia 2011 sygn. akt: KIO 88/11). Pilna potrzeba udzielenia zamówienia musi być skutkiem okoliczności, których nie można było obiektywnie przewidzieć. Podkreślić przy tym należy w kontekście analizowanej sprawy, że art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie odnosi się w żaden sposób do pojęcia „robót zabezpieczających”. Przepis ten odnosi się do pilnej potrzeby udzielenia zamówienia, co oznacza w ocenie Izby, iż zakres prac jakie instytucja zamawiająca zamierza zlecić w ramach trybu ogłoszenia bez negocjacji winien być analizowana przez pryzmat pilności ich wykonania. To bowiem pilność wykonania określonych robót determinuje pilność udzielenia zamówienia przez zamawiającego. Oczywistym jest, że w tym zakresie mogą mieścić się roboty zabezpieczającego, nie oznacza to jednak ustawowego ograniczenia zakresu prac wyłącznie do robót zabezpieczających. Pilność bowiem realizacji określonych robót może wynikać nie tylko z konieczności ich zabezpieczenia przed degradacją i zniszczeniem, ale również może być uzasadniona innymi czynnikami, w tym koniecznością ochrony życia czy zdrowia czy zapobieżenia szkodzie majątkowej.

Dalej wskazać należy, że niezwłoczność udzielenia zamówienia publicznego zasadniczo skorelowana jest z konsekwencjami, jakie wynikłyby z udzielenia zamówienia w terminach podstawowych. Chodzi tu o ochronę jakiegoś interesu, który może doznać uszczerbku wskutek zbyt późnego udzielenia zamówienia, np. mogłoby to prowadzić do powstania nieodwracalnych, ujemnych skutków finansowych dla zamawiającego lub też ze względu na pilną konieczność ochrony określonych i istotnych interesów publicznych, w tym interesu społecznego związanych z realizacją inwestycji publicznych. Niewątpliwie w tym aspekcie dochodzi do kolizji pomiędzy zasadą konkurencyjności wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a dążeniem instytucji zamawiającej do ochrony określonych interesów poprzez zastosowanie niekonkurencyjnego trybu udzielenia zamówienia. Stąd też konieczność podjęcia obiektywnej oceny ograniczenia zasady konkurencyjności w świetle przyznania prymatu ochrony określonych wartości.

W ocenie Izby w analizowanej sprawie Zamawiający wykazał, że zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia na prace wskazane w Uzasadnieniu z dnia 7 maja 2019 r., zaś Odwołujący nie obalił zasadności twierdzeń Zamawiającego. W swoim stanowisku Odwołujący argumentował, że prace wskazane w Uzasadnieniu wykraczają poza zakres tzw. „prac zabezpieczających”. Argumentacja ta opierała się w głównej mierze na twierdzeniu, iż zakres prac zabezpieczających został wskazany przez Inżyniera Kontraktu w piśmie z dnia 10 maja 2019 r., który to zakres nie pokrywa się z zakresem wskazanym w Uzasadnieniu z dnia 7 maja 2019 r. W ocenie Odwołującego tylko prace wskazane w piśmie z dnia 10 maja 2019 r. mają charakter pilny.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego. Odwołujący przytaczając katalog prac zawartych w Uzasadnieniu wskazuje, że roboty te nie są robotami zabezpieczającymi i nie mają charakteru pilnego. Nie wykazał jednak w żaden sposób, by którakolwiek ze wskazanych branż nie wymagała robót polegających na niezwłocznym zabezpieczeniu dotychczas wykonanych prac. Są to wyłącznie gołosłowne twierdzenia wykonawcy nie poparte żadnym materiałem dowodowym. Również odwołanie się do procentowego podziału prac objętych trybem negocjacji bez ogłoszenia oraz prac, jakie Zamawiający zleci do wykonania w trybie przetargu nieorganicznego nie jest wystarczającym dowodem na wykazanie zasadności twierdzeń wykonawcy. Izba uznała za wiarygodny dowód złożony przez Zamawiającego w postaci Opinii technicznej dotyczącej prac koniecznych do pilnego wykonania w zakresie zabezpieczenia robót wykonywanych w ramach Kontraktu AF-1 z dnia 25 maja 2019 r. Autor opinii wskazał na szereg okoliczności uzasadniających przyjęty zakres prac zabezpieczających, wskazując, iż roboty te muszą być wykonane w taki sposób, aby nie stanowiły jedynie tymczasowych rozwiązań, gdyż byłoby to działanie niegospodarne. Rezultat

takich robót musiałyby być bowiem docelowo zastępowany rozwiązaniami ostatecznymi, co podnosiłoby koszty, wydłużało czas realizacji poprzez dwukrotne wykonanie tych samych czynności (odwodnień, wzmocnień itp.). Dlatego też przy realizacji robót zabezpieczających koniecznym jest zastosowanie rozwiązań docelowych. Zarówno Zamawiający w treści Uzasadnienia, w odpowiedzi na odwołanie, jak również autor opinii przedstawili szczegółową analizę wykonania poszczególnych prac, wraz z uzasadnieniem konieczności i pilności ich wykonania. Nie został przedłożony Izbie dowód przeciwny, który obalałby słuszność twierdzeń Zamawiającego.

Nie można uznać zasadności zarzutu Odwołującego wyłącznie w oparciu o treść pisma Inżyniera Kontraktu z dnia 10 maja 2019 r., na którą to powołuje się Odwołujący. Zgodnie z postanowieniami umowy Inżynier Kontraktu polecił Odwołującemu wykonanie prac, które Inżynier uznał za możliwe do wykonania przez wykonawcę przed niezwłocznym opuszczeniem placu budowy. Nie ma żadnego dowodu w sprawie, na podstawie którego Izba mogłaby uznać, że roboty zlecone przez Inżyniera Kontraktu wyczerpują zakres robót, które powinny być niezwłocznie wykonane w związku z odstąpieniem Zamawiającego od umowy i zaprzestaniem prac przez wykonawcę. Odróżnić w tym miejscu należy konieczność natychmiastowego wykonania określonych prac związanych z odstąpieniem przez Zamawiającego od Kontraktu AF-1 od konieczności pilnego udzielenia zamówienia na wykonanie prac w celu zapobiegnięcia w przyszłości powstaniu szkód majątkowych oraz w celu ochrony życia i zdrowia. Zakres prac wskazanych w piśmie z dnia 10 maja 2019 r. odnosi się wyłącznie do potrzeby natychmiastowego wykonania robót w celu ochrony życia i zdrowia, nie zaś do konieczności pilnego udzielenia zamówienia.

Izba uznała za zasadną obszerną argumentację jaką Zamawiający zawarł w Uzasadnieniu oraz w odpowiedzi na odwołanie w zakresie okoliczności uzasadniających pilność udzielenia zamówienia. Wskazać tu należy na następujące aspekty pilności udzielenia zamówienia:

- 1) Zapobieganie szkodzie w majątku – pilność realizacji zleconych robót uzasadniona jest koniecznością ich zakończenia w celu uniknięcia degradacji wykonanych obiektów i elementów robót, a w konsekwencji uniknięcia konieczności ich powtórnego wykonania i sfinansowania ze środków publicznych. Nie ma żadnego racjonalnego uzasadnienia, aby Zamawiający, a tym samym Skarb Państwa ponosił koszty związane z wykonaniem prowizorycznych zabezpieczeń, (o ile takie byłby możliwe do wykonania, czego Odwołujący nie wykazał), które w żaden sposób nie służą rozwiązaniu zaistniałych trudności związanych z realizacją inwestycji. Zamawiający przyjął określone rozwiązanie w celu zabezpieczenia prac nieukończonych przez Odwołującego. Rozwiązanie to polega m.in. na docelowym wykonaniu wszystkich

warstw konstrukcyjnych jezdni betonowej, systemu odwodnienia, obiektów inżynierskich, prac ziemnych w zakresie humusowania i umacniania skarp. Odwołujący zaś poza zanegowaniem zasadności takich rozwiązań nie przedstawił, a tym bardziej nie wykazał, iż na obecnym etapie zaawansowania robót przyjęcie odmiennego sposobu ich zabezpieczenia byłoby bardziej zasadne.

- 2) Ochrona zdrowia i życia, bezpieczeństwa ruchu drogowego – pilność udzielenia zamówienia na wykonanie prac wskazanych w Uzasadnieniu uzasadniona jest również przyjętym harmonogramem realizacji inwestycji w rejonie miasta Częstochowa, w tym dróg DK 1 i DK 46. W tym zakresie nie można zgodzić się ze stwierdzeniem wykonawcy, że są to niezależne od siebie inwestycje, zaś miasto powinno było liczyć się z opóźnieniami w wykonaniu Kontraktu AF – 1 i tak planować inwestycje, aby uwzględnić ryzyko opóźnień. Rzeczywiście ww. inwestycje realizowane są przez odrębne podmioty, jednakże dotyczą jednego miasta, jego mieszkańców i nie ulega wątpliwości, iż skoordynowanie powyższych prac w ten sposób, aby zapewnić bezpieczny i sprawny ruch pojazdów stanowi priorytet zarówno dla Zamawiającego jak i Miejskiego Zarządu Dróg i Transportu w Częstochowie. Jak wskazał Zamawiający, z uwagi na lokalizację, okres realizacji w/w inwestycji został skoordynowany w czasie z ukończeniem i planowanym oddaniem do użytkowania autostradowej obwodnicy miasta Częstochowa (A1 odc. F i G). Powyższe miało na celu przekierowanie ruchu tranzytowego na autostradę A1 i umożliwienie płynnej realizacji przebudowy drogi DK1 i DK 46, co w rezultacie miało skutkować maksymalnym zniwelowaniem uciążliwości dla użytkowników ruchu drogowego oraz optymalizacji czasu realizacji ww. przebudowy. Podkreślić przy tym należy, że niewykonanie prac wskazanych przez Zamawiającego przed okresem zimowym 2019/2020 spowoduje, iż prace to będą wykonywane dopiero w 2020, a więc równolegle z planowanym rozpoczęciem robót na DK 1 i DK 46. Okoliczność tą wykazał sam Odwołujący, składając dokumenty, z których wynika, że planowane terminu na rozpoczęcie inwestycji na drogach DK1 i DK 46 to początek 2020 r. Kumulacja tylu nieplanowanych w jednym czasie inwestycji stanowi, w ocenie Izby, zasadną przesłankę do pilnego zlecenia prac wskazanych przez Zamawiającego w celu uniknięcia paraliżu drogowego. Brak bezzwłocznego wykonania prac przełoży się bezpośrednio na użytkowników ruchu drogowego, którzy zostaną obarczeni zwiększonym kosztem oraz znacznie wydłużonym czasem dojazdu/przejazdu. Dojdzie do znacznego pogorszenia bezpieczeństwa ruchu drogowego jak również zwiększona częstotliwość i zakres zatorów na terenie całego miasta Częstochowa spowoduje znaczące utrudnienia w funkcjonowaniu służb ratunkowych takich jak straż pożarna i pogotowie ratunkowe, co Zamawiający wykazał w

treści Uzasadnienia poprzez odwołanie się do statystyk dotyczących natężenia ruchu oraz wypadków drogowych. Odwołujący ponownie poza gołosłownym zakwestionowaniem wyjaśnień Zamawiającego nie przedstawił żadnych dowodów na wykazanie braku rzetelności danych liczbowych przywołanych przez Zamawiającego. Podnoszona przez Odwołującego możliwość skorzystania przez Zamawiającego z drogi wojewódzkiej 908, jak wykazał Zamawiający, jest ograniczona z uwagi na ograniczenia wynikające z warunków gwarancji, jaką jest objęta ww. droga (dowód: pismo Miejskiego Zarządu Dróg i Transportu w Częstochowie z dnia 2 maja 2019 r.). Odwołujący nie złożył dowodów przeciwnych.

- 3) Aspekt ekonomiczny – pilność udzielenia zamówienia na prace wskazane w Uzasadnieniu wynika również z ryzyka wystąpienia negatywnych skutków ekonomicznych w sytuacji braku wykonania robót przed okresem zimowym 2019/2020. Zamawiający w treści Uzasadnienia w sposób wyczerpujący przedstawił analizę kosztów, jakie musiałyby ponosić w tym zakresie. Są to koszty związane z wyznaczeniem objazdów na lokalnych drogach nasilonego ruchu tranzytowego, co generować będzie koszty związane z ich degradacją i potencjalne wypłaty odszkodowań dla zarządców tych dróg, koszty związane z koniecznością wykonania i utrzymania zabezpieczeń odcinka G autostrady, w części jaka nie zostanie oddana do ruchu z powodu braku skomunikowania z częścią F. Zamawiający odwołał się do Analizy Departamentu Strategii i Studiów Wydziału Prac Studialnych GDDKiA w Katowicach z dnia 5 marca 2019 r, z której wynika, że brak oddania do eksploatacji przedmiotowej inwestycji zgodnie z założonym harmonogramem to utrata korzyści społecznych wysokości miesięcznie 18,78 mln złotych. W tym zakresie Odwołujący również nie złożył żadnych dowodów na wykazanie braku zasadności twierdzeń Zamawiającego. Zakwestionował statystyki, nie przedłożył jednak innych danych liczbowych.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że ogólna argumentacja Odwołującego o nieprawidłowym zakresie prac wskazanych w Uzasadnieniu nie stanowi dowodu na obalenie słuszności założeń przyjętych przez Zamawiającego i szczegółowo omówionych w treści Uzasadnienia. Odwołujący nie wyjaśnił w jaki inny sposób Zamawiający miałyby zabezpieczyć wykonane roboty drogowe, obiekty mostowe, inżynieryjne i inne niedokończone elementy inwestycji. Nie wykazał w żaden sposób, iż szacowane przez Zamawiającego straty związane z brakiem realizacji prac są nieadekwatne.

Odwołujący odniósł się w szerszym zakresie wyłącznie do prac związanych z dokończeniem Wiaduktów WA - 373 oraz WK – 373. W ocenie Odwołującego ograniczenia w ruchu kolejowym w trakcie realizacji inwestycji drogowych nie są niczym nadzwyczajnym, zaś Zamawiający nie wykazał realności zagrożeń na jakie się powołuje. Izba nie podziela stanowiska wykonawcy. Po pierwsze, Zamawiający złożył jako dowód w sprawie dokumenty potwierdzające zasadność prezentowanych twierdzeń (pismo z dnia 27 lutego 2019 r. PKP PLK S.A. oraz pismo z dnia 13 maja 2019 r.). Jak wynika z złożonych dokumentów z tytułu strat eksploatacyjnych związanych z ograniczeniami prędkości i opóźnieniami w ruchu pociągów PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Zakład Linii Kolejowych w Częstochowie nalicza opłaty w wysokości 200 000 zł miesięcznie. Przedłużanie zakończenia przebudowy układu torowego wraz z oddaniem do ruchu obu torów oraz pełnym przywróceniem ruchu kolejowego na przedmiotowej trasie będzie skutkowało koniecznością dalszego ponoszenia kosztów naliczanych przez PKP PLK S.A. opłat, aż do czasu wykonania wszystkich w/w prac przez nowego wykonawcę. Dodatkowo brak niezwłocznej kontynuacji robót zgodnie z uzgodnionym z zarządcą kolejowym harmonogramem ich prowadzenia, połączony z brakiem nadzoru nad placem budowy „stwarza bezpośrednio zagrożenie bezpieczeństwa ruchu kolejowego” polegające na możliwości utraty stateczności konstrukcji tymczasowych. Zgodnie z szacunkami PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., koszty związane z odbudową torów kolejowych, pokryciem strat eksploatacyjnych oraz kosztami związanymi z zajęciem terenu niezbędnego do wykonania przedmiotowej przebudowy do dnia 30.06.2019 r. określone zostały w piśmie PKP PLK S.A. z dnia 27.02.2019 r. Jednocześnie, jak wynika z pisma PKP PLK S.A. z dnia 13 maja 2019 r. wykonawca na dzień 16 maja 2019 r. zalega z zapłatą na rzecz PKP PLK S.A. kwoty 1.356.269,64 zł. W tym kontekście wskazać należy, że twierdzenie Odwołującego jakoby powyższe straty finansowe były bez znaczenia dla Zamawiającego, bowiem koszty te ponosi wykonawca uznać należy za niedopuszczalne. Odwołujący obecnie już zalega z płatnościami na rzecz PKP PLK S.A. Trudna sytuacja finansowa wykonawcy rodzi uzasadnione wątpliwości co do możliwości pokrycia już istniejących kosztów związanych z opóźnieniem realizacji umowy. Narażanie Zamawiającego na ponoszenie dodatkowych kosztów nie jest niczym uzasadnione, w szczególności gołosłownymi twierdzeniami wykonawcy. W ocenie Izby pilność dokończenia omawianych wiaduktów wynika chociażby z konieczności minimalizowania strat finansowych związanych z opóźnieniem inwestycji. W interesie Skarbu Państwa reprezentowanego przez Zamawiającego, jak również w interesie społeczności lokalnej jak i pasażerów korzystających z infrastruktury kolejowej jest pilne wykonanie prac wskazanych przez Zamawiającego.

Nie można również zgodzić się ze stwierdzeniem Odwołującego, iż wykonawca jest na ukończeniu ww. wskazanych prac, a co za tym idzie w najbliższym czasie szybki ruch

pociągów na trasie kolejowej będzie mógł zostać przywrócony. Z protokołu odbioru częściowego obiektu WK 373 z dnia 10 maja 2019 r. wynika bowiem, iż nastąpił wyłącznie odbiór częściowy robót dotyczących Wiaduktu 373 w części pod torem nr 2, odbudowa torów w km 124, 521 do 124,612 linii 61 Kielce – Fosowskie na torze nr 2 na obiektach inżynierskich WK-373/W w km 124,584+15 i WK 373/E w km 124,548+94. Odbiór prac został dokonany z szeregiem uwag wskazanych w pkt 3. W pkt 5 wskazane zostało, że do czasu usunięcia usterek wskazanych w pkt 3 można eksploatować tor nr 2 z ograniczeniem prędkości do 60km/h. Odwołujący nie złożył żadnych dowodów na potwierdzenie, że prace te zostały rzeczywiście zakończone i Zamawiający nie ponosi w związku z tym żadnych kosztów związanych z opóźnieniami.

Odwołujący odniósł się również szerzej do stanowiska Zamawiającego w zakresie obiektów Pzp – 12, WA – 352, Pzp – 13 i utrzymania w ich sąsiedztwie tymczasowej organizacji ruchu. Odwołujący stwierdził, że oczekiwania społeczne, na które powołuje się Zamawiający istniały od samego początku inwestycji oraz, że Odwołujący na bieżąco monitoruje ścianki szczelne stanowiące zabezpieczenie dla wykopów, zaś Zamawiający nie wykazał, aby elementy miały ulec zniszczeniu na skutek przedłużających się prac. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego. Po pierwsze, wskazać należy, że to, iż Odwołujący monitoruje ścianki szczelne nie oznacza, iż nie podlegają one degradacji i niszczeniu w przypadku braku szybkiego podjęcia prac. Po drugie, ryzyko niszczenia powyższych elementów w przypadku braku szybkiej kontynuacji prac wskazane jest wprost w złożonej przez Zamawiającego opinii technicznej z dnia 25 maja 2019. Po trzecie, skoro sam Odwołujący monitoruje powyższe elementy, to oczywistym jest również dla Izby, że istnieje ryzyko ich uszkodzenia czy zniszczenia w miarę upływu czasu, przy braku zakończenia prac. Nikt nie zleca monitorowania prac, jeśli brak jest ryzyka ich degradacji czy uszkodzenia. Po czwarte, Odwołujący nie złożył żadnych dowodów na obalenie twierdzeń Zamawiającego.

Nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że o pilności wykonania określonych prac nie mogą decydować zakładane korzyści z ich zakończenia. W ocenie Odwołującego, gdyby szybkość uzyskania korzyści miała decydować o trybie wykonania inwestycji, to winny być one zlecane w trybie niekonkurencyjnym, aby szybciej osiągnąć planowane cele. Podkreślić jednakże należy, że wybór podmiotu na realizację Kontraktu AF – 1 odbył się w trybie przetargu nieorganicznego. Po drugie, korzyści jakie Zamawiający zakładał z jego realizacji miały zostać osiągnięte w lipcu 2019 r. Korzyści tych Zamawiający, a tym samym użytkownicy dróg nie osiągną. Co więcej, niedokończenie robót przed okresem zimowym 2019/2020 będzie dodatkowo finansowym obciążeniem dla Skarbu Państwa. Jak wskazał Zamawiający brak realizacji lub opóźnienie spowodowane między innymi przedłużaniem się procedury

przetargowej realizowanej w trybie konkurencyjnym, doprowadzi do utraty korzyści społeczno-gospodarczych w wysokości wynoszącej prawie 18,8 mln zł miesięcznie. Tym samym przyspieszenie realizacji korzyści związanych z wybudowaniem autostrady oznacza uchronienie Skarbu Państwa przed dodatkowymi stratami finansowymi z tytułu nieterminowego wykonania zamówienia przez Odwołującego.

Przesłanka dotycząca braku możliwości przewidzenia przyczyn pilnego udzielenia zamówienia

W zakresie ww. przesłanki wskazać należy, że nieprzewidywalność okoliczności powinna być zawsze oceniana indywidualnie – w konkretnym stanie prawnym i faktycznym. Jednocześnie, w ocenie Izby, nie można utożsamiać wyjątkowej sytuacji ze zdarzeniami, których wystąpienie jest nieprawdopodobne lub wręcz niemożliwe, lecz z takimi, które strony działając zgodnie z przyjętym miernikiem staranności w obrocie nie mogą zakładać i nie mogą planować. O nieprzewidywalności określonych okoliczności można mówić w sytuacji, której wystąpienie w normalnym stanie rzeczy byłoby bardzo mało prawdopodobne. Zgodzić się należy, że stanowiskiem Izby zawartym w uchwale o sygn. akt: KIO/KD 58/10 z dnia 6 sierpnia 2010 r., iż nikt, podpisując umowę w dobrej wierze (tym bardziej, zamawiający przeprowadzający postępowanie, którego wynikiem jest zawarcie umowy o udzielenie zamówienia publicznego), nie zakłada, że trzeba będzie od umowy odstąpić. Uwzględnia się taką możliwość w umowie, niemniej jednak nie oznacza to, że się przewiduje jej wystąpienie. Podobnie zresztą jak uwzględnia się w umowie szereg innych okoliczności dotyczących wystąpienia m.in. zdarzeń spowodowanych działaniem siły wyższej, co nie oznacza jednak, iż strony umowy przewidują i zakładają wystąpienie takich okoliczności. Zakładanie z góry, że dojdzie do wypowiedzenia umowy o udzielenie zamówienia publicznego z winy wykonawcy i przyjmowanie, że sytuacja taka mieści się w „normalnych stosunkach handlowych” podważa po pierwsze cel i sens udzielenia zamówienia, po drugie - poddaje w wątpliwość rzetelność weryfikacji wykonawców na etapie oceny spełnienia przez nich warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby Zamawiający wykazał, że nie mógł przewidzieć, iż będzie zmuszony do odstąpienia od umowy realizację Kontraktu AF-1. Izba nie podziela w tym zakresie stanowiska Odwołującego, iż odstąpienie od realizacji umowy nie stanowi okoliczności wyjątkowej czy nieprzewidywalnej. Przyjęcie takiego stanowiska za poprawne oznaczałoby przyjęcie w systemie realizacji zamówień publicznych założenia, iż odstępowanie od umów zawieranych w trybie przetargowym jest czymś powszechnym i akceptowalnym. Stoi to w sprzeczności z celem prowadzenia, częstokroć długotrwałych, postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Celem postępowania jest realizacja zamówienia publicznego, tj. pełne wykonanie

umowy. I o ile zgodzić się można z Odwołującym, że okoliczność opóźnień realizacji inwestycji publicznych jest dość powszechna, a tym samym może być zakwalifikowana jako przewidywalna, o tyle odstępnie od realizacji umowy nie może być, w ocenie Izby, za taką okoliczność uznane.

Nie można zgodzić się również z Odwołującym, iż zawarcie w umowie postanowień dotyczących prawa odstąpienia świadczy o przewidywalności wystąpienia takiego zdarzenia. O nieprzewidywalności określonych zdarzeń nie decyduje to czy w treści zapisów umowy Zamawiający przewidział określone uwarunkowania formalnoprawne dotyczące konsekwencji ich wystąpienia, ale charakter przedmiotowych zdarzeń. Z samego faktu zastrzeżenia możliwości odstąpienia od umowy nie wynika, że zamawiający tym samym przewiduje fakt wcześniejszego rozwiązania umowy. Decyzja o odstąpieniu od umowy jest konsekwencją zaistnienia pewnych okoliczności, których jednak zaistnienie w trakcie realizacji umowy nigdy nie jest pewne. Zastrzeżenie okoliczności, w których może nastąpić odstąpienie od umowy nie oznacza, że strona tworząca wzorzec umowy wbrew zasadzie *pacta sunt servanda* przewiduje, że druga strona umowy nie wykona należycie i odstąpienie się ziści. Podobnie w przypadku szeregu postanowień umownych dotyczących siły wyższej. Fakt zawarcia w umowie szeregu postanowień związanych z wystąpieniem zdarzeń spowodowanych siłą wyższą nie oznacza, że są one przewidywalne.

Wskazać dalej należy, że Odwołujący w treści wniosku do Sądu w Mediolanie o wydanie postanowienia w trybie *inaudita altera pars* z dnia 2 maja 2019 r. dotyczącego zastosowania środka tymczasowego dotyczącego wypłaty gwarancji złożył oświadczenie, iż w trakcie realizacji robót związanych z Kontraktem AF-1 pojawiały się problemy, które doprowadziły do opóźnień w realizacji robót. Do problemów tych wykonawca zliczył zwiększone zapotrzebowanie na rynku pracowników osób fizycznych na poziomie przewyższającym podaż, co spowodowało podwyższenie poziomu wynagrodzenia o ok. 43% (pkt 41 (i) wniosku), wzrost cen surowców o ok. 60%, a w niektórych przypadkach 100% (pkt 41 (ii) wniosku). To właśnie ww. okoliczności, za które z pewnością nie może ponosić odpowiedzialności czy winy Zamawiający, legły u podstaw problemów finansowych wykonawcy, a w konsekwencji opóźnień w realizacji inwestycji. Sam też Odwołujący w treści wniosku wskazuje, że owe okoliczności miały charakter nadzwyczajny i nieprzewidywalny.

W ocenie Izby nie można przyjąć, że Zamawiający mógł przewidzieć, iż odstąpi do umowy, a tym bardziej kiedy dokona takiej czynności. To, że Zamawiający na bieżąco monitorował postęp prac na budowie, przygotowywał odpowiednią dokumentację związaną ze stanem zaawansowania robót nie może być uznane za działania w złej wierze i za okoliczność

potwierdzającą przygotowywanie się, jak twierdzi Odwołujący, do decyzji od odstąpieniu od umowy przez dłuży okres czasu. Zamawiający ma obowiązek monitorować postęp prac, w tym zaangażowanie wykonawcy w realizację umowy. Ma obowiązek informowania wykonawcy o wszelkich opóźnieniach, które powinny być odzwierciedlone w dokumentacji przetargowej. Nie może ulegać wątpliwości, iż dokonywanie szczegółowego monitoringu realizowanej inwestycji przez Zamawiającego potwierdzać może jedynie należytą staranność w zabezpieczeniu interesu Skarbu Państwa, a nie stanowi potwierdzenia tezy o zamiarze odstąpienia od umowy. Oczywiście przy tym jest, że odstąpienie od umowy na roboty budowlane, która realizowana jest przez ponad 4 lata nie następuje z dnia na dzień, co jak zdaje się sugeruje Odwołujący. Nieprzewidywalność pilnej potrzeby udzielenia zamówienia, o której mowa w art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp odnosi się do przyczyn zaistnienia okoliczności uzasadniających takie odstąpienia. Te zaś miały charakter nieprzewidywalny. Za takie uznać należy utratę płynności finansowej przez Odwołującego (co sam Odwołujący potwierdził podczas spotkania w dniu 13 lutym 2019 r. jak również w treści wnioski do Sądu w Mediolanie), wzrost cen na rynku budowlanym oraz kosztów pracy. W ocenie Izby nieprzewidywalność sytuacji związanej z realizacją Kontraktu AF - 1 wynikała również z braku obiektywnej możliwości przewidzenia reakcji wykonawcy na opisane w wezwaniu z dnia 16 marca 2019 r. przez Zamawiającego nieprawidłowości w realizacji robót. Zamawiający zakładał, że wykonawca po zakończeniu przerwy zimowej wywiąże się ze swoich obowiązków. Tym bardziej, że sam Odwołujący w treści odwołania oświadczył, że „ *Wykonawca przez cały czas deklarował więc wolę kontynuacji robót, będąc zmobilizowanym do ich dalszego prowadzenia*”.

Podkreślić należy, że argumentacja Odwołująca w zakresie omawianej przesłanki w zasadniczej części sprowadza się do twierdzenia, że Zamawiający wiedział o okolicznościach uzasadniających odstąpienie od umowy znacznie wcześniej niż w dniu 29 kwietnia 2019 r. Według oceny Odwołującego mógł odstąpić od umowy dużo wcześniej, był bowiem świadomy trudności związanych z realizacją umowy, a tym samym mógł przewidzieć skutki opóźnienia w realizacji inwestycji. Odwołujący przy tym powołuje się na pismo z dnia 22 grudnia 2017 r. dotyczące wypłaty wynagrodzenia dla podwykonawców oraz działania monitorujące, jakie Zamawiający podjął po zakończeniu przerwy zimowej. Okoliczności te miały uzasadniać przewidywalność odstąpienia od umowy. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego. W ocenie Izby Odwołujący subiektywnie dokonuje analizy działań Zamawiającego podjętych przed decyzją o odstąpieniu od umowy, z pominięciem specyfiki inwestycji, postanowień umowy jaką wykonawca zawarł z Zamawiającym.

Oczywiste jest, że przy inwestycji o takich rozmiarach jak Kontrakt AF-1 opóźnienia w realizacji poszczególnych etapów mogą wystąpić. Takie opóźnienia miały również miejsce na

przedmiotowej inwestycji. Zamawiający dokonywał przesunięcia dat realizacji umowy. Strony zawarły aneksy zmieniających ostateczny termin realizacji inwestycji. Przywołać w tym zakresie należy chociażby aneks nr 7 z dnia 7 marca 2019 r. na podstawie, którego strony ustaliły nowy czas na zakończenie inwestycji tj. do dnia 3 lipca 2019. Odwołujący był stroną zawartego porozumienia, zgodził się na nowy termin realizacji inwestycji na zasadach wskazanych w umowie z dnia 12 października 2015 r. Trudno więc w takiej sytuacji mówić o przewidywalności odstąpienia od umowy skoro jeszcze 7 marca 2019 r. Odwołujący sam zgodził się i zobowiązał się do jej zrealizowania do dnia 3 lipca 2019 r. Co więcej sam Odwołujący w piśmie z dnia 15 kwietnia 2019 r. składa Zamawiającemu zapewnienia, iż cyt. *„...zwolnione tempo robót zaobserwowane przez Inżyniera, które nie podlega kwestii nie jest rezultatem złej woli Wykonawcy, a jedynie okoliczności jakie zaistniały i z którymi Wykonawca zmuszony jest się uporać. Innymi słowy Wykonawca nie zamierza opuszczać budowy, wręcz przeciwnie rozpoczął mobilizację, ale ze względu na skalę i bezwładność procesu czas potrzeby na rozruch przekroczył oczekiwania.”*

W obliczu zapewnień wykonawcy co do dalszej realizacji umowy, trudno uznać za przewidywalną sytuację, w której wykonawca nie podejmuje dostatecznych działań. Podejmowanie przez Zamawiającego próby mobilizacji dotychczasowego wykonawcy i przedstawienia przez niego planu naprawczego to wyraz dążenia do realizacji inwestycji i nie sposób takiemu działaniu przypisać złej wiary. Trudno oczekiwać, że po wystąpieniu pierwszych trudności w organizacji budowy czy opóźnień Zamawiający od umowy odstąpi. Zgodzić się należy z Zamawiającym, że twierdzenie, iż wykonawca niemalże od początku realizacji umowy sygnalizował problemy z jej terminową realizacją, a Zamawiający od umowy odstąpił dopiero w kwietniu 2019 r. - a więc zbyt późno jest nieadekwatne do skali przedsięwzięcia polegającego na budowie drogi i przyjętych zwyczajowo metodach współpracy pomiędzy wykonawcą a inwestorem, w tym negocjacje w celu usunięcia przeszkód we współpracy czy też wezwaniu wykonawcy do poprawy, wskazanemu w zawartej z wykonawcą umowie.

Również twierdzenie Odwołującego, iż nawet gdyby przyjąć hipotetycznie, iż Zamawiający nie mógł wcześniej przewidzieć, że dojdzie do odstąpienia, to miał świadomość i mógł przewidzieć, że w konsekwencji odstąpienia wystąpi konieczność zabezpieczenia niedokończonych prac/obiektów. Argumentacja ta jest wewnętrznie sprzeczna. Skoro Odwołujący przyjmuje hipotetycznie, że Zamawiający nie mógł przewidzieć odstąpienia, to tym bardziej nie mógł przewidzieć skutków takiej czynności, bo nie miał wiedzy kiedy ona nastąpi i jaki będzie zakres prac koniecznych do zabezpieczenia.

Jednocześnie wskazać należy, że żaden przepis ustawy Pzp nie nakłada na Zamawiającego obowiązku wszczęcia nowego postępowania w sytuacji, gdy obowiązuje nadal umowa na realizację zamówienia publicznego. Do czasu odstąpienia od umowy Zamawiający nie miał możliwości wszczęcia procedury wyboru wykonawcy w żadnym z ustawowych trybów. Dopiero fakt odstąpienia od umowy z dniem 29 kwietnia 2019 r. zwolnił Zamawiającego z przyjętych umową zobowiązań i od chwili wejścia w życie tej decyzji możliwe stało się wszczęcie nowego postępowania.

Przyczyny pilnej potrzeby udzielenia zamówienia nie zostały spowodowane przez Zamawiającego

Izba również uznała, że pilna potrzeba udzielenia zamówienia nie została spowodowana przez Zamawiającego. Jak wynika z Uzasadnienia z dnia 7 maja 2019 r. pilna potrzeba udzielenia zamówienia była spowodowana nienależytym i nieterminowym wykonaniem zobowiązań wykonawcy w związku z realizacją Kontraktu AF 1 przez Odwołującego, które to okoliczności legły u podstaw odstąpienia przez Zamawiającego od realizacji umowy. Czas na ukończenie inwestycji zgodnie z Aneks nr 7 upływał w dniu 3 lipca 2019 r. W dniu 16 marca 2019 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do poprawienia zgodnie z Subklauzulą 15.1. W wezwaniu wskazano szczegółowy zakres robót i zobowiązań kontraktowych, których wykonania Zamawiający wymaga w określonym wykonawcy terminie. Jak wynika z pisma Inżyniera Kontraktu z dnia 19 kwietnia 2019 r. Odwołujący w zasadniczej części nie wykonał nałożonych na niego obowiązków.

Wobec powyższego, na podstawie Subklauzuli 15.2 (a), 15.2 (c) ppkt (i), 15.2 (h) Szczególnych Warunków Kontraktu oraz na podstawie art. 635 i 636 § 1 Kodeksu cywilnego w związku z art. 656 Kodeksu cywilnego, jak również na podstawie art. 491 § 1 i 2 k.c., Zamawiający pismem z dnia 26 kwietnia 2019 r. (doręczonym dnia 29 kwietnia 2019 r.) odstąpił od umowy z przyczyn leżących po stronie Odwołującego.

Odwołujący powołuje się w treści odwołania na szereg okoliczności związanych z przyczynami zaistniałych opóźnień w realizacji Kontraktu AF 1. Dotyczą one, w szczególności odmowy zatwierdzenia przez Zamawiającego umów z podwykonawcami. Strony umowy na Kontrakt AF 1 prezentują odmienną interpretację jej zapisów co do możliwości zatwierdzenia takich umów w świetle znaczenia Zasadniczego Przedmiaru Robót Stałych i ustalonych na jego podstawie wartości robót podwykonawczych. Okoliczności te pozostają jednak bez wpływu na prawo Zamawiającego do odstąpienia od umowy wynikające z Subklauzuli 15.2 (a), 15.2 (c) ppkt (i), 15.2 (h) Umowy. Zamawiający wezwał zgodnie z umową wykonawcę do poprawy,

wyznaczając termin na realizację określonych zobowiązań. Zobowiązań tych Odwołujący nie wykonał, co uprawniało Zamawiającego do odstąpienia od umowy. Subiektywna odmienna interpretacja zapisów umownych przez Odwołującego nie może świadczyć o zawinieniu przez Zamawiającego. W ocenie Izby nie ulega wątpliwości, iż konsorcjum, które realizowało Kontrakt AF 1 nie dochowało terminu realizacji zamówienia. Niewątpliwie powszechnie znany na rynku budowlanym wzrost cen robocizny i materiałów budowlanych, na co zresztą powołuje się sam Odwołujący, przyczynił się do problemów finansowych wykonawcy Kontraktu AF – 1, a w konsekwencji do rozliczeń z podwykonawcami i terminową realizacją zamówienia. Obarczanie jednak Zamawiającego konsekwencjami ww. zdarzeń i wywodzenie, iż to Zamawiający wykreował okoliczności uzasadniające pilną potrzebę udzielenia zamówienia nie zasługuje na aprobatę. W ocenie Izby Odwołujący jako profesjonalista, który decyduje się na realizację kontraktów budowlanych w Polsce, winien mieć pełną świadomość warunków kontraktowych na jakich decyduje się realizować przedmiotową inwestycję. Zmiana warunków gospodarczych jest elementem ryzyka gospodarczego jakie ponoszą przedsiębiorcy. Profesjonalizm to umiejętność wyceny owego ryzyka już na etapie szacowania kosztów realizacji inwestycji w momencie składania ofert. Odwołujący zaś przerzuca obecnie na Zamawiającego zaistniałe, niezależne od Zamawiającego, ryzyka gospodarcze, stwierdzając jednocześnie, iż brak realizacji inwestycji to wręcz wina Zamawiającego. Odwołujący, jako profesjonalista, winien mieć pełną świadomość, że umowa zawarta z Zamawiającym przewiduje umowną waloryzację wynagrodzenia wykonawcy w ograniczonym zakresie. Odwołujący ma prawo wystąpić na drogę sądową w trybie art. 357¹ kodeksu cywilnego, czego jednak nie uczynił, przynajmniej nie przedstawił dowodu, iż podjął takie działania. Odwołujący powołuje się na trudności w realizacji inwestycji od 2017 r., w tym na problemy związane z brakiem zatwierdzenia umów podwykonawczych. Odwołujący jednak znając ograniczoną możliwość umownej waloryzacji swojego wynagrodzenia, nie podejmuje żadnych kroków sądowych w celu rozwiązania zastałego sporu, obarczając obecnie Zamawiającego winą za opóźnienia w realizacji inwestycji. Takie działanie nie zasługuje na aprobatę. Ochrona interesów zamawiającego, a tym samym Skarbu Państwa i podejmowanie decyzji w oparciu o rygorystyczne zapisy Umowy, które były znane Odwołującemu, bo przecież podpisał umowę na realizację Kontraktu AF – 1, nie jest okolicznością, na podstawie, której można uznać, iż to działania Zamawiającego spowodowały powstanie pilnej potrzeby udzielenia zamówienia.

Odwołujący wskazał również na przyczynienie się Zamawiającego do opóźnień w realizacji inwestycji z powodu bezzasadnego odrzucenia przez Inżyniera Kontraktu wykonania wiaduktu WD – 361 oraz WD - 363. Odwołujący przy tym nie przedstawia żadnej analizy wpływu opóźnienia w zatwierdzeniu wykonania powyższych obiektów na postęp prac związanych z realizacją Kontraktu AF 1, podsumowując powyższą sytuację jednozdaniowym stwierdzeniem,

że opóźnienie przyjęcia wykonania tych wiaduktów miało wpływ na organizację pracy i możliwość wykonania zamówienia w terminie. Takie uzasadnienie nie może być uznane za wiarygodne. To Odwołujący winien wykazać czy rzeczywiście i w jakim stopniu owe opóźnienie przełożyło się na wydłużenie terminu realizacji inwestycji w sposób uniemożliwiający jej zakończenie w zmienionych terminach ustalonych z Zamawiającym. Takiej okoliczności Odwołujący nie wykazał. Nie przedstawił Izbie żadnej wiarygodnej analizy w tym zakresie.

Brak możliwości zachowania terminów określonych dla trybów podstawowych

Kolejną okolicznością, która musi wystąpić, aby możliwe było zastosowanie trybu negocjacji bez ogłoszenia jest niemożność zachowania terminów przewidzianych przez przepisy ustawy Pzp dla trybów przetargu nieograniczonego, ograniczonego oraz negocjacji z ogłoszeniem. Oznacza to, iż zamawiający może zastosować tryb negocjacji bez ogłoszenia, jeżeli ma mniej czasu na udzielnie zamówienia, niż czas niezbędny do prowadzenia postępowania w trybach wszczynanych publicznym ogłoszeniem. W ocenie Izby Zamawiający wykazał okoliczności uzasadniające konieczność maksymalnego skrócenia okresu niezbędnego do podpisania umowy na wykonanie pilnych prac związanych z realizacją Kontraktu AF-1. Wykazał również, że dochowanie terminów w przetargu nieorganicznym w oparciu o własne bogate doświadczenia związane z realizacją przetargów byłoby niemożliwe, gdyż stanowiłoby ryzyko nieukończenia prac przed okresem zimowym 2019/2020.

Wskazać należy, że w treści Uzasadnienia Zamawiający wskazał, że poprzez zastosowanie trybu negocjacji bez ogłoszenia zyskuje około 3 tygodnie w związku z faktem, iż zakłada się rozpoczęcie prowadzenia negocjacji jeszcze w końcowej fazie wykonywania inwentaryzacji placu budowy. Jak wskazał Zamawiający czas ten pozwoli na przystąpienie do rozpoczęcia niezbędnych robót jeszcze w sierpniu 2019 r., co pozwoli niewątpliwie na wykorzystanie znacznej części sezonu budowlanego (przed 15.12). Procedura udzielania zamówienia i jej czas jest więc kluczowa dla możliwości wykonania najważniejszych prac przed sezonem zimowym 2019/2020. Okres zimy uniemożliwiający prowadzenie robót budowlanych spowoduje, że planowane prace zabezpieczające nie zostaną wykonane, a tym samym wybudowane i niezabezpieczone elementy obiektów ulegną degradacji. Tym samym skrócenie terminu kontraktowania o każdy tydzień służąc wcześniejszemu rozpoczęciu (a w konsekwencji zakończeniu) robót zabezpieczających ma znaczenie. Zamawiający w treści Uzasadnienia wymieniał prace jakie mogą być wykonane w ciągu 3 tygodni. Przyjęte przez Zamawiającego 3 tygodnie oszczędności czasowej są niezwykle ważne, zważywszy na to, że chodzi o trzy tygodnie przypadające w sierpniu 2019 r., a więc w pełni sezonu budowlanego.

Izba wskazuje, że Odwołujący wyłącznie ogólnie zakwestionował przyjęcie przez Zamawiającego okresu 3 tygodni oszczędności (tj. przyjęcie, że o 3 tygodnie szybsze będzie rozstrzygnięcie postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia), nie przedstawiając żadnych wiarygodnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń, ani nie dokonując żadnych szerszych analiz, m.in. w zakresie średniej długości postępowań przetargowych prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego, z uwzględnieniem procedury przyspieszonej. Jak zaś wskazał Zamawiający średni czas trwania prowadzonych uprzednio w GDDKiA (w latach 2011-2014) postępowań dotyczących kontynuacji robót dla 7 dużych zadań inwestycyjnych to około 6 miesięcy, z kolei w 2018 roku czas trwania jednego postępowania dotyczącego kontynuacji robót to około 6,6 miesiąca. Podkreślić przy tym należy, że przetarg nieograniczony przyspieszony to jedynie możliwość skrócenia terminu składania ofert do 15 dni, a więc oszczędność 20 dni w stosunku do procedury standardowej.

Jedynym dowodem w sprawie złożonym przez Odwołującego w zakresie omawianej przesłanki był harmonogram obrazujący etapy i czas konieczny dla przetargu nieograniczonego oraz negocjacji bez ogłoszenia. Dowód ten Izba uznała za niewiarygodny. Istota złożonego zestawienia opiera się bowiem o możliwość zastosowania przez Zamawiającego w przetargu nieograniczonym procedury przyspieszonej z art. 43 ust. 2b pkt 2 ustawy Pzp, gdzie podobnie jak w art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp ustawodawca posługuje się pojęciem pilnej potrzeby udzielenia zamówienia. Zakładając racjonalność ustawodawcy przyjąć należy, że użytym ww. zwrotom nadał zbliżone znaczenie. Tym samym nie można opierać dowodu na założeniu, iż występuje pilna potrzeba udzielenia zamówienia, o której mowa w art. 43 ust. 2b ppkt 2 ustawy Pzp, twierdząc jednocześnie, że nie występuje pilna potrzeba udzielenia zamówienia, o której ustawodawca mówi w art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Uznanie dowodu złożonego przez Odwołującego za wiarygodny oznaczałoby dopuszczenie sprzecznej argumentacji Odwołującego, co uznać należy za nielogiczne i niedopuszczalne. Sam Odwołujący nie podjął żadnej próby analizy czy wyjaśnienia odmienności znaczenia pojęć użytych ww. przepisach. Tym samym nie sposób uznać zasadności twierdzeń Odwołującego.

Wskazać w końcu należy, że przywołane przez Odwołującego w treści uzasadnienia odwołania orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości dotyczy odmiennych okoliczności faktycznych, a w konsekwencji nie sposób wniosków w nich zawartych stosować wprost do sytuacji Zamawiającego. Po pierwsze, Odwołujący powołał się na Opinię Rzecznika Generalnego z dnia 2 czerwca 2005 w sprawie C-525/03 Komisja przeciwko Republice Włoskiej (pkt 62,63) wskazując, że zdarzenia, zjawiska typowe dla danej branży lub danego regionu, bądź powtarzające się sezonowo, nie mogą być uznane za okoliczność

nieprzewidywalną. Wskazać jednakże należy, że opinia Rzecznik odnosi się do zjawisk typowych dla danego regionu geograficznego, o charakterze powtarzalnym. Rzecznik wskazał, że wybuch pożarów lasów na południu Europy to zjawisko regularnie występujące, a więc przewidywalne (pkt 63 opinii). Rzecznik w pkt 64 Opinii powołał szereg dokumentów, z których wynikała owa przewidywalność pożarów. Z taką sytuacją nie mamy do czynienia w analizowanym stanie faktycznym. Odwołujący nie wykazał bowiem, że odstąpienia od umów na wykonanie robót budowlanych zawieranych w trybie konkurencyjnym to zjawisko powszechne, powtarzające się, a tym samym przewidywalne. Jak wskazał zaś Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie na 165 umów zawartych przez Zamawiającego w latach 2014 – 2019 wyłącznie w przypadku czterech z nich Zamawiający odstąpił od umowy z winy wykonawcy. Statystyka złożona przez Zamawiającego potwierdza jego twierdzenia, iż odstąpienia od umowy to zdarzenie nieprzewidywane, które nie ma charakteru powszechnego. Dalej Odwołujący odwołał się do wyroku z dnia 2 czerwca 2005 r. w sprawie C-394/02 Komisja Europejska przeciwko Republice Greckiej wskazując, iż przesłanką uprawniającą do zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia nie może być nawet zagrożenie nałożenia kar finansowych czy innych sankcji prawnych, jeśli są to sankcje, których zamawiający może się spodziewać, jeśli nie spełni określonych warunków. Podkreślić jednakże należy, że przywołane orzeczenie Trybunał odniósł się, w szczególności do aspektu pilności udzielenia zamówienia. W pkt 43 Trybunał wskazał, że cyt. *„Fakt, iż organ, którego zadaniem jest zatwierdzenie danego projektu, może nakładać terminy stanowi przewidywalny element procedury zatwierdzania tego projektu (zob. podobnie w kontekście dyrektywy 71/305 ww. wyrok z dnia 28 marca 1996 r. w sprawie Komisja przeciwko Niemcom, pkt 18)*. Trybunał odwołał się do pkt 18 orzeczenia C – 318/94, które to orzeczenie zostało wydane w zupełnie odmiennym stanie faktycznym. Sprawa ta dotyczyła bowiem projektu poszerzenia rzeki Ems. Projekt ten wymagał zatwierdzenia przez Weser-Ems Regional Authority. Władze przeprowadzające procedurę przetargową nie uwzględniły w harmonogramie projektu czasu koniecznego do zatwierdzenia projektu lub zgłoszenia ewentualnych uwag przez ww. organ, co spowodowało opóźnienia w jego realizacji, a w konsekwencji odstąpienie od procedury otwartej i przyznanie zamówienia wykonawcy wybranemu w ramach negocjacji bez ogłoszenia. Jak wskazano w orzeczeniu brak uwzględnienia w harmonogramie konieczności uzyskania odpowiednich zgód wymaganych przez prawo i koniecznych do realizacji projektu nie stanowi zdarzenia nieprzewidywalnego i nie może decydować o pilności realizacji zamówienia. Instytucja zamawiająca wiedziała bowiem, że zgodnie z prawem taka zgoda musi być uzyskana i czas na jej uzyskanie może wpływać na czas zakończenia projektu. Takie okoliczności nie mają miejsca w analizowanym stanie faktycznym. Opóźnienie w realizacji Kontraktu AF-1 nie wynika z zaniechania uwzględnienia przez Zamawiającego w harmonogramie realizacji umowy konieczności uzyskania zgód czy decyzji wymaganych

przepisami prawa. Trudno również wymagać od Zamawiającego, aby w harmonogramie wykonania Kontraktu AF – 1 przewidywał odstąpienie od umowy przez wykonawcę. Jaki byłby cel przeprowadzenia postępowania przetargowego na wybór wykonawcy, dokonywania oceny podmiotowej wykonawcy, analizy oferowanej ceny skoro niejako *a priori* strony zmuszone byłyby do uwzględniania w harmonogramie sytuacji odstąpienia od umowy. Takiej sytuacji po prostu nie da się przewidzieć z góry, nie da się przewidzieć kiedy może ono nastąpić i w jakim zakresie. Tym samym nie sposób odnosić wniosków zwartych w przywołanym orzeczeniu do niniejszej sprawy.

W ocenie Izby w treści Uzasadnienia Zamawiający zawarł szczegółową analizę okoliczności uzasadniających zastosowanie trybu negocjacji bez ogłoszenia. Uprawdopodobnił możliwość wystąpienia określonych ryzyk związanych z brakiem pilnego zawarcia umowy na realizację Kontraktu AF-1. Odwołujący nie przedstawił Izbie dowodów na wykazanie braku spełnienia przesłanek z art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. W konsekwencji, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018, poz. 972 z zm.).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....