

WYROK
z dnia 8 grudnia 2020r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Monika Kawa-Ogorzałek**
Członkowie: **Magdalena Grabarczyk**
Ewa Kisiel
Protokolant: **Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 listopada 2020r., w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 listopada 2020r. przez wykonawcę STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Gminę Andrespol ul. Rokicińska 126, 95-202 Andrespol oraz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji w Warszawie ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie w zakresie dotyczącym naruszenia przez Zamawiającego – Gminę Andrespol art. 24 ust. 8 w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazać Zamawiającemu – Gminie Andrespol unieważnienie czynności wezwania w dniu 4 listopada 2020r. wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie do przedstawienia dowodów dotyczących jego rzetelności w oparciu o art. 24 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, w związku z uznaniem, że wobec wykonawcy STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie ziszcza się przesłanka określona w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych;
 2. w pozostałym zakresie oddać odwołanie;
 3. kosztami postępowania obciążyć w 3/5 Zamawiającego natomiast w 2/5 Odwołującego i:
 - 3.1 zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2 zasądzić od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 12 720 zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy siedemset dwadzieścia złotych zero groszy).
- Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 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 Łodzi.

Przewodniczący :

Członkowie:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Gmina Andrespol oraz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji z siedzibą w Warszawie prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019r., poz. 1843 ze zm. dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa skrzyżowania bezkolizyjnego z liniami kolejowymi nr 25 i 17 w ciągu ulicy Brzezińskiej w Andrespolu wraz z budową przyległego układu drogowego, w zamian za likwidację przejazdu kolejowo- drogowego kat A w km 18,175 linii kolejowej nr 25 i w km 13, 162 linii kolejowej nr 17, w ramach projektu pn. „poprawa bezpieczeństwa na skrzyżowaniach linii kolejowych z drogami — etap III”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 127-309522 w dniu 3 lipca 2020r.

W dniu 9 listopada 2020r. Odwołujący – STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności Zamawiającego z dnia 4 listopada 2020r. polegającej na wezwaniu Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 8 Pzp do „przedstawienia odpowiednich dowodów dowodzących jego rzetelności”.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 25 ust. 8 w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp poprzez wezwanie Odwołującego do zastosowania procedury określonej w art. 24 ust. 8 Pzp na skutek uznania, że w odniesieniu do Odwołującego zaistniały przesłanki do wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp w związku ze stwierdzeniem, że w odniesieniu do:
 - a)umowy zawartej przez Odwołującego ze Związkiem Międzygminnym „Bzura” (dalej: „Bzura”) „doszło do niewykonania umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”,
 - b)umowy zawartej z Państwowym Gospodarstwem Wodnym Wody Polskie (dalej: „PGWWP”) „stanowisko PGWWP odstąpieniu od Umowy i naliczeniu kary umownej z tytułu odstąpienia było prawidłowe”.
- 2.art. 24 ust. 8, a tym samym art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp poprzez brak dokonania wszechstronnej analizy całości dokumentów dotyczących przebiegu realizacji zamówienia w zakresie rozwiązań umów z Państwowym Gospodarstwem Wodnym Wody Polskie oraz Związkiem Międzygminnym „Bzura” i błędne uznanie, że wobec Odwołującego ziszcza się przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp i powinna wobec niego zostać zastosowana procedura, o której mowa w art. 24 ust. 8 Pzp, podczas gdy nie istniały podstawy do uznania, że Odwołujący podlega wykluczeniu w rozumieniu art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp w konsekwencji naruszeń wskazanych w ust. 1-2
- 3.art. 24 ust. 8 w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp w zw. z art. 24 ust. 6 Pzp i art. 36 ust. 1 pkt 5a Pzp poprzez nieuprawnione wezwanie Odwołującego w dniu 4 listopada 2020r. do zastosowania procedury określonej w art. 24 ust. 8 Pzp w konsekwencji przyjęcia, że zaistniały przesłanki do uznania, że Odwołujący podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, podczas gdy Zamawiający nie dokonał skutecznie określenia fakultatywnej przesłanki wykluczenia, zgodnie z wymogami art. 36 ust. 1 pkt 5a Pzp, a tym samym nie jest uprawniony do badania zaistnienia tej przesłanki wykluczenia i żądania samooczyszczenia,
- 4.art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania przetargowego przez Zamawiającego w sposób naruszający zasady równego traktowania, uczciwej konkurencji i proporcjonalności oraz naruszenie
- 5.art. 61 § 1 zd. 2 k.c. w zw. z art. 14 Pzp w zw. z 26 ust. 1 i art. 26 ust. 2f Pzp poprzez niedozwoloną zmianę podstawy prawnej wezwania do złożenia dokumentów z 14 września 2020r. na art. 26 ust. 2f Pzp zamiast art. 26 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania go do przedstawienia dowodów dotyczących jego rzetelności, tj. dowodów na dokonanie samooczyszczenia w oparciu o art. 24 ust. 8 Pzp, w związku z nieuprawnionym ustaleniem przez Zamawiającego, że wobec Odwołującego ziszcza się przesłanka określona w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp.

Na wstępie Odwołujący wyjaśnił, że w sekcji VI.3 Ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający wskazał, że w

postępowaniu mogą brać udział Wykonawcy, wobec których brak jest podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12-23 Pzp oraz art. 24 ust. 5 pkt 1 i 4 Pzp przewidywał możliwość wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1, 4 i 8 Pzp. Wbrew postanowieniom art. 24 ust. 6 i art. 36 ust. 1 pkt 5a Pzp Zamawiający nie zawarł w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) informacji na temat podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp. Zamawiający nie był więc uprawniony do dokonania czynności objętych odwołaniem.

Z daleko idącej ostrożności Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 9.1 SIWZ w celu wstępnego wykazania, że brak jest wobec niego podstaw do wykluczenia z postępowania oraz w celu potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu, Odwołujący złożył oświadczenie w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (dalej: „JEDZ”), sporządzonego zgodnie z wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji Europejskiej. Zgodnie z wypełnionym przez Odwołującego dokumentem JEDZ, w Części III [Podstawy wykluczenia] lit. C [Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi], w pytaniu „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?”, Odwołujący zaznaczył pole „TAK”, przedstawiając że dotyczy to czterech umów z czterema zamawiającymi, wskazując i opisując, że wcześniejsze rozwiązanie nie nastąpiło z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca. W towarzyszącym pytaniu „czy wykonawca przedsięwziął środki w celu samooczyszczenia?”, Odwołujący zaznaczył pole „NIE”, potwierdzając, że okoliczności rozwiązania wskazanych przez niego wcześniej umów w sprawie zamówienia publicznego nie stanowią podstawy do wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o art. 24 ust 5 pkt 4 Pzp.

W dniu 14 września 2020r. Zamawiający wezwał Odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp do udzielenia wyjaśnień w celu ustalenia czy podlega on wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp. Zamawiający zwrócił się o przesłanie dokumentacji z realizacji wskazanych w JEDZ umów w części dotyczącej okoliczności odpowiednio odstąpienia od nich lub rozwiązania. Odwołujący odpowiadając 21 września 2020r. na wezwanie Zamawiającego wyjaśnił, że oświadczył, że brak jest podstaw do stwierdzenia, że wobec niego zachodzą przesłanki wykluczenia wskazane w przepisie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp oraz udzielił wyjaśnień w zakresie wymaganym przez Zamawiającego, tj. wyjaśnił, że w trakcie realizacji umów wskazanych w JEDZ nie doszło do ich niewykonania ani nienależytego wykonania z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Pismem z 8 października 2020r. Zamawiający ponownie wezwał Odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp do udzielania wyjaśnień w zakresie realizacji umowy z 28 czerwca 2017r. dotyczącej zadania „Budowa Regionalnego Zakładu Zagospodarowania Odpadów w miejscowości Piaski Bankowe” zawartej z Zamawiającym - Związek Międzygminny „Bzura” (dalej: „Bzura”). Zamawiający zażądał informacji dotyczących istotności zmian w projekcie budowlanym oraz informacji, czy Zamawiający tego zadania przekazał Odwołującemu kopię projektu budowlanego. Dalej Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o przekazanie skanów umów:

- 1) Umowy z dnia 28.06.2017 r. w przedmiocie „Budowa Regionalnego Zakładu Zagospodarowania Odpadów w miejscowości Piaski Bankowe” zawartej z Zamawiającym Bzura.
- 2) Umowy nr 19/JR-R/15 z dnia 12.01.2015 r. w przedmiocie „Odbudowa brzegów i udrożnienie Kanału Jeglińskiego m. Karwik gmina i powiat Pisz, woj. warmińsko — mazurskie” zawartej z PGWWP.

Odwołujący wskazał, że przy piśmie z dnia 13 października 2020r. udzielił odpowiedzi na zadane przez Zamawiającego pytania oraz przekazał skany zawartych umów. Natomiast w dniu 4 listopada 2020r. Zamawiający poinformował go, że uznał, że wobec Odwołującego ziszcza się przesłanka z art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp w odniesieniu do dwóch umów, tj. umowy z dnia 28.06.2017r. zawartej z Bzurą oraz umowy z dnia 12.01.2015r. zawartej z PGWWP i w związku z tym wezwał go zgodnie z art. 24 ust. 8 Pzp w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp do przedstawienia dowodów na dokonanie samooczyszczenia.

Odwołujący odnosząc się do zakwestionowanych przez Zamawiającego umów wyjaśnił, że w odniesieniu do umowy z dnia 28 czerwca 2017r. zawartej z Bzurą, wskazał w JEDZ, że podstawą realizacji prac budowlanych objętych Umową był projekt budowlany (zał. 3.1 do Umowy) oraz decyzja nr 683/2013 z dnia 9 grudnia 2013 r. zatwierdzająca projekt budowlany i udzielająca pozwolenia na budowę Regionalnego Zakładu Zagospodarowania Odpadów Komunalnych w Piaskach Bankowych (zał. 34 lit d) do Umowy). W oparciu o te dokumenty Odwołujący rozpoczął realizację prac objętych umową. Prace budowlane trwały do września 2017 r. kiedy to Zamawiający przesłał do STRABAG drogą elektroniczną skan decyzji Wojewody Łódzkiego nr 264/2017 z dnia 30 sierpnia 2017 r. o uchyleniu w/w decyzji starosty o pozwoleniu na budowę i przekazaniu sprawy organowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania. Decyzja Wojewody była ostateczna w świetle art. 16 § 1 kpa, co też zostało wprost wskazane w treści decyzji. Konsekwencją tego było to, że od dnia 30 sierpnia 2017 r. brak było ostatecznej i wykonanej decyzji o pozwoleniu na budowę przedmiotu umowy, a STRABAG został pozbawiony możliwości realizacji przedmiotu umowy. Pismem z dnia 29 września 2017 r. STRABAG poinformował Zamawiającego o wstrzymaniu wykonywania robót budowlanych a jednocześnie kierownik budowy STRABAG w dniu 15 września 2017 r. wstrzymał wykonywanie robót budowlanych wpisem do dziennika budowy. Wpisem do dziennika budowy z dnia 22 września 2017 r. inspektor nadzoru inwestorskiego potwierdził zasadność wstrzymania wykonywania robót budowlanych przez kierownika budowy w związku z uchyleniem decyzji o pozwoleniu na budowę oraz zaprzestął dalszego pełnienia funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego. Zgodnie z art. 647 k.c. Bzura jako inwestor zobowiązana była do przekazania STRABAG wykonanej decyzji o pozwoleniu na budowę jako formalnej podstawy wykonywania robót budowlanych objętych umową. Jednocześnie Bzura podjęła działania w celu uchylenia decyzji Wojewody Łódzkiego i złożyła skargę do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi. W celu wznowienia robót budowlanych i dalszej możliwości wykonywania umowy STRABAG w oparciu o art. 491 § 1 k.c. wezwał Bzurę, pismem z dnia 16 października 2017 r., do przekazania decyzji o pozwoleniu na budowę, która umożliwiłaby wykonanie przedmiotu umowy. STRABAG wyznaczył miesiąc na przedłożenie nowej decyzji o pozwoleniu na budowę. W wyznaczonym terminie Bzura uzyskała nową decyzję o pozwoleniu na budowę - Starosta Łowicki w dniu 17.11.2017 r. wydał decyzję nr 643/2017 r., w której zatwierdził projekt budowlany oraz udzielił pozwolenia na budowę. Zamawiający Bzura pismem z dnia 17.11.2017 r. przekazał STRABAG jedynie kserokopię tej decyzji, a nie przekazał oryginału. STRABAG po otrzymaniu wyżej wskazanego pisma i kserokopii nowej decyzji o pozwoleniu na budowę podjął czynności zmierzające do wznowienia wykonywania robót budowlanych.

Jednocześnie STRABAG wezwał Zamawiającego Bzura do przekazania oryginału projektu budowlanego zatwierdzonego decyzją o pozwoleniu na budowę, na którą Bzura nie zareagowała i nie przekazała oryginału projektu budowlanego. W związku z brakiem możliwości realizacji robót budowlanych kierownik budowy Odwołującego w związku z treścią art. 46 Prawa budowlanego wpisem w dzienniku budowy z dnia 27 listopada 2017 r. zwrócił się do Zamawiającego Bzura o przekazanie oryginału projektu budowlanego i oryginału decyzji o pozwoleniu na budowę. Pomimo skierowania kolejnych pism wzywających do przekazania oryginału decyzji o pozwoleniu na budowę jak i spotkań z Zamawiającym Bzura nie doszło do przekazania oryginału decyzji. W związku z tym wobec braku możliwości wykonywania przedmiotu umowy STRABAG pismem z dnia 12 grudnia 2017 r. złożył na podstawie art. 491 § 1 k.c. oświadczenie o odstąpieniu od umowy z przyczyn dotyczących Zamawiającego. Jednocześnie Zamawiający Bzura rozpoczął działania, aby samodzielnie złożyć oświadczenie o odstąpieniu od umowy kierując do powódki pismo z dnia 9 stycznia 2018 r. wzywające do wznowienia robót a następnie pismem z dnia 18.01.2018 r. złożył oświadczenie o odstąpieniu od Umowy oraz zażądał zapłaty kary umownej z tytułu odstąpienia.

Odwołujący wyjaśnił, że nie wznowił wykonywania robót budowlanych ani nie zapłacił żądanej przez Bzurę kary umownej z uwagi na okoliczność, że umowa w dacie złożenia oświadczenia przez Bzurę już nie istniała, gdyż STRABAG skutecznie złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy już w grudniu 2017 r. Jednocześnie Odwołujący wyjaśnił, że odnośnie odstąpienia przez STRABAG od ww. umowy toczy się postępowanie sądowe przed Sądem Okręgowym w Łodzi wywołane jego pozwem o zasądzenie od Zamawiającego kwoty stanowiącej karę umowną naliczoną przez STRABAG w związku z odstąpieniem od umowy z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi wyłącznie Zamawiający. Podkreślił, że Zamawiający Bzura nie złożył powództwa wzajemnego o zapłatę kary umownej w związku z odstąpieniem od umowy, a zamiast tego złożył on pozew przeciwko Skarbowi Państwa o odszkodowanie z uwagi na to, że decyzja Wojewody Łódzkiego o uchyleniu decyzji o pozwoleniu na budowę została następnie uchylona przez Wojewódzki Sąd Administracyjny w Łodzi. Złożenie tego pozwu świadczy, zdaniem Odwołującego, że Zamawiający pośrednio potwierdza, że brak było możliwości realizacji przedmiotu umowy a za ten stan rzecz odpowiada Wojewoda Łódzki (Skarb Państwa), który niezasadnie wydał decyzję o uchyleniu decyzji o pozwoleniu na budowę".

Końcowo Odwołujący wyjaśnił, że zaistniały pomiędzy nim a Bzurą spór sądowy nie został zakończony. Sprawa sądowa toczy się co do zasady o zasądzenie od Bzura na rzecz niego kary umownej, jaką ten naliczył Bzura w związku z odstąpieniem od umowy z przyczyn leżących po stronie Bzura. Odwołujący wyjaśnił ponadto, że dopiero po wytoczeniu przez niego powództwa, Bzura wystąpiła o pobranie kwoty z gwarancji należytego wykonania umowy, na skutek czego Odwołujący - kwestionując jakiegokolwiek uprawnienie Bzury w tym przedmiocie - w dniu 24.08.2014 r. dokonał rozszerzenia powództwa tytułem zwrotu od Bzura nienależnie pobranej kwoty z gwarancji należytego wykonania umowy.

Odwołujący odnosząc się do drugiej umowy, tj. umowy nr 19/JR-R/15 z dnia 12 stycznia 2015 r. zawartej z PGWWP wyjaśnił, że wskazał w JEDŹ, że STRABAG wykonał w całości roboty budowlane określone w Umowie pismem z dnia 26.04.2019 r. zgłosił Zamawiającemu gotowość do odbioru końcowego. Zamawiający przystąpił do odbioru prac, jednak w toku czynności odbioru stwierdził, że na odcinku ubezpieczenia w km 3+856, 13 - 4+095, 61 brzeg prawy oraz w km 3+852,50 - 4+095,46 brzeg lewy oraz w zakresie dotyczącym humusowania z obsianiem trawą za umocnieniem gabionowym roboty nie są gotowe do odbioru. Do uszkodzeń umocnień doszło w wyniku podniesienia się stanu wód już po wykonaniu przez wykonawcę tej części robót (i potwierdzeniu ich wykonania), co ujawniło błędy dokumentacji projektowej dostarczonej przez Zamawiającego. Jak wynika z ekspertyzy technicznej opracowanej na potrzeby ustalenia przyczyn powstałych uszkodzeń i skierowania sprawy na drogę sądową, projekt opracowany przez zamawiającego nie uwzględniał istniejących warunków geologicznych i hydrologicznych. Przyczyną uszkodzeń były więc w ocenie Odwołującego przyczyny od niego niezależne tj. błędy przekazanej dokumentacji projektowej. Z kolei odnosząc się do zarzutu niewykonania humusowania z obsianiem trawą za umocnieniem gabionowym, STRABAG wskazał, że zrealizował roboty dotyczące wykonania zagospodarowania terenu zgodnie z zapisami projektu budowlanego i decyzji o pozwoleniu na budowę. Co istotne, przekazane przez Zamawiającego rozwiązanie techniczne określające sposób dokonania naprawy uszkodzonego odcinka ubezpieczenia stanowiło zmianę umowy o roboty budowlane w zakresie przedmiotu zamówienia, a zmiana umowy nie została pomiędzy Stronami dokonana. Ponadto wobec uzyskania przez Zamawiającego zamiarnej decyzji o pozwoleniu na budowę, skutkującej utratą mocy obowiązującej decyzji o pozwoleniu na budowę stanowiącej podstawę realizacji prac określonych w Umowie, w zakresie odnoszącym się do prac związanych z naprawą uszkodzonego fragmentu robót, Odwołujący nie miał formalnej możliwości dokonania naprawy uszkodzonych części robót. Wyjaśnił, że pismem z dnia 11 lipca 2019 r. Zamawiający nie podając podstawy prawnej swojego działania odstąpił od Umowy w części niewykonanej uznając, że STRABAG był zobowiązany do wykonania wyżej wskazanych prac naliczając STRABAG karę umowną z tytułu odstąpienia od umowy. Pismem z dnia 31 lipca 2019r. STRABAG zakwestionował zasadność odstąpienia od umowy przez Zamawiającego jak i naliczenie kary umownej wskazując, oprócz braku podstaw również przeszkody natury prawnej uzasadniające brak możliwości uznania odstąpienia za skuteczne (oświadczenie o odstąpieniu od Umowy nie zostało poprzedzone wezwaniem wykonawcy do wykonania robót pod rygorem odstąpienia od umowy, co byłoby konieczne w sytuacji, gdy podstawą prawną odstąpienia od umowy stanowiłby przepis art. 491 § 1 k.c.). Odwołujący zauważył, że podstawy prawnej dla odstąpienia od umowy nie mógł też stanowić przepis art. 492 k.c., który znajduje zastosowanie jedynie do zobowiązań, które nie zostały w całości wykonane. Zamawiający był pozbawiony również umownej podstawy do rozwiązania umowy, gdyż umowa nie przewidywała uprawnienia Zamawiającego do odstąpienia od umowy w przypadku zaistnienia opisanych okoliczności. Zamawiający nie zajął stanowiska na jakiej podstawie prawnej odstąpił od umowy. W zakresie kary umownej Zamawiający ani nie potrącił tej kary z wynagrodzeniem STRABAG, ani nie zaspokoił kary z zabezpieczenia należytego wykonania, nie skierował w tym zakresie sprawy na drogę postępowania sądowego. Aktualnie przed Sądem Okręgowym w Warszawie prowadzone jest postępowanie z powództwa STRABAG przeciwko Zamawiającemu o zapłatę wynagrodzenia, w którym kwestionowana jest skuteczność odstąpienia od Umowy. Zamawiający nie skierował sprawy przeciwko STRABAG na drogę postępowania sądowego.

Według Odwołującego uwzględniając powyżej przytoczone okoliczności, w niniejszym stanie faktycznym brak jest podstaw do uznania, że wobec niego zaistniały przesłanki wykluczenia w rozumieniu art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, a w konsekwencji brak jest możliwości wezwania go przez Zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 8 Pzp do przedstawienia odpowiednich dowodów dowodzących jego rzetelności. Odwołujący podkreślił, że w stosunku do niego nie zachodzi przesłanka wskazana w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, ponieważ nie doszło do niewykonania lub nienależytego wykonania umowy o zamówienie publiczne z przyczyn leżących po jego stronie, co doprowadziło do jej rozwiązania lub zasądzenia odszkodowania.

Ponadto wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie tego przepisu jest dopuszczalne jedynie w przypadku

zajścia wszystkich określonych w tym przepisie przesłanek łącznie, a ponadto przesłanki te nie mogą być rozumiane dowolnie. Wykluczając wykonawcę Zamawiający nie może zatem opierać się wyłącznie na fakcie, że doszło do rozwiązania wcześniejszej umowy zawartej z wykonawcą. Zamawiający musi także wykazać, że do rozwiązania umowy (lub zasądzenia odszkodowania) doszło z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę. Oznacza to, że Zamawiający musi wykazać, czego konkretnie wykonawca nie zrobił lub jakiego obowiązku wynikającego z wcześniejszej umowy nie wykonał. Ponadto zobowiązany jest wykazać, że określone we wcześniejszej umowie zobowiązanie, którego wykonawca nie wykonał lub wykonał nienależycie, było dla tej umowy istotne. W świetle dyrektywy klasycznej oznacza to, że Zamawiający musi wykazać, że wykonawca albo nie wykonał umowy w ogóle albo wykonał ją nienależycie w stopniu znaczącym lub nienależyte wykonywanie miało charakter uporczywy, nawet jeśli niedociągnięcia nie były znaczące. Ponadto niezależnie od wykazania istotności zachowania wykonawcy, Zamawiający musi jeszcze wykazać, że wskazane niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w ogóle nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Rolą Zamawiającego jest zatem zebranie dowodów świadczących o wystąpieniu wszystkich, określonych w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, przesłanek łącznie i uzasadnienie zaistnienia każdej z nich. Jest to istotne dla zachowania zasady proporcjonalności i przejrzystości postępowania oraz zachowania uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 Pzp).

Odwolujący stwierdził natomiast, że w niniejszym stanie faktycznym Zamawiający ustalenie wystąpienia przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp oparł na ogólnikowym stwierdzeniu, że w odniesieniu do umowy zawartej z Zamawiającym Bzura doszło do niewykonania umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Z kolei w odniesieniu do umowy zawartej z Zamawiającym PGWWP Zamawiający ograniczył się do stwierdzenia, że: „stanowisko PGWWP o odstąpieniu od Umowy i naliczeniu kary umownej z tytułu odstąpienia było prawidłowe”. Zamawiający w żaden sposób nie wypowiedział się co pozostałym do przesłanek art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, które winny ziszczyć się łącznie. Zamawiający pominął całkowicie, że Odwołujący prowadzi spory sądowe zarówno z Zamawiającym Bzura, jak i PGWWP, które na chwilę obecną nie zostały rozstrzygnięte. Dopiero rozstrzygnięcia sądów stanowić mogą podstawę oceny ziszczenia się przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp. W konsekwencji, Odwołujący stwierdził, że nie zaistniały także przesłanki do wezwania go do samooczyszczenia. A ponadto wskazał, że zastosowanie przez niego instytucji „samooczyszczenia” zgodnie z wezwaniem Zamawiającego z dnia 4 listopada 2020r. wiązałoby się bowiem z przyznaniem, że podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, a zatem że doszło do rozwiązania umowy o wykonanie zamówienia publicznego z przyczyn leżących po jego stronie, mimo że Odwołujący kwestionuje tę okoliczność. Należy przy tym wskazać, że zgodnie z jednolitymi poglądami KIO (tak m.in. wyrok z dnia 15 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 991/18, KIO 997/18, KIO 1000/18, KIO 1007/18, KIO 1016/18, wyrok KIO z dnia 27 sierpnia 2019 r., sygn. akt KIO 1576/19), zastosowanie tej instytucji jest możliwe jedynie w przypadku braku kwestionowania przez wykonawcę podstaw wykluczenia, z którymi związana jest ta instytucja. Tylko bowiem w wypadku uznania wykonawcy za podlegającego wykluczeniu w oparciu o przesłanki wskazane w treści art. 24 ust. 8 Pzp istnieje możliwość tzw. samooczyszczenia. Powyższe wynika nie tylko z literalnej treści przepisu art. 24 ust. 8 Pzp, który stanowi, że z tej instytucji może skorzystać tylko wykonawca, który podlega wykluczeniu, ale również z wykładni celowościowej tego przepisu. Nie istnieje możliwość zastosowania tej instytucji niejako „z ostrożności” przy jednoczesnym kwestionowaniu w drodze środków ochrony prawnej zasadności samego wykluczenia.

Jednocześnie, jak wskazuje się w orzecznictwie, procedura określona w art. 24 ust. 8 Pzp ze skutkiem czynności wskazanej w ust. 9, stosowana jest przez wykonawców z własnej inicjatywy, bez wzywania przez Zamawiającego, co wynika z treści ww. przepisu (wyrok KIO z dnia 12 sierpnia 2019 r., sygn. akt KIO 1179/19). Łączna interpretacja art. 24 ust. 8 i 9 Pzp wskazuje, że to wykonawca ma wystąpić z inicjatywą samooczyszczenia i przedstawić zamawiającemu dokumenty dające mu podstawy do odstąpienia od obowiązku wykluczenia wykonawcy (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lutego 2018 r., KIO 113/18). Zauważył, że instytucja samooczyszczenia ma miejsce wtedy, kiedy wykonawca wprost wskaże, że podlega wykluczeniu, a co nie miało miejsca w postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego za nieuprawnioną uznać należy czynność Zamawiającego polegającą na zmianie podstawy prawnej wezwania dokonanego przez Zamawiającego z dnia 14 września 2020r. z art. 26 ust. 1 na art. 26 ust. 2f Pzp. Zgodnie z art. 61 § 1 k.c. w zw. z art. 14 § 1 Pzp oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią. Odwołanie takiego oświadczenia jest skuteczne, jeżeli doszło jednocześnie z tym oświadczeniem lub wcześniej. W realiach sprawy Zamawiający odwołał/zmienił swoją czynność po niemal 2 miesiącach po jej dokonaniu, a zatem czynność ta jest pozbawiona skutków prawnych.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Następnie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a zarzucane naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba ustaliła, że w dniu 16 listopada 2020 r. wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy "POLWAR" Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku. Wskazać należy, że zgodnie z art. 185 ust. 2 1 Pzp, wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Wykonawca oświadczył, że powziął informację o złożonym odwołaniu w dniu 10 listopada 2020 r. W aktach sprawy znajduje się także oświadczenie Zamawiającego, że przesłał kopię odwołania w dniu 10 listopada 2020r. Tym samym z ww. chwilą rozpoczął bieg termin na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego. Zgodnie z dyspozycją art. 185 ust. 2 Pzp, termin na wniesienie odwołania upłynął w dniu 13 listopada 2020r. Wykonawca w dniu 16 listopada 2020r. przesłał zgłoszenie do postępowania odwoławczego, a więc z uchybieniem ustawowego 3 - dniowego terminu do jego wniesienia, co skutkuje niedopuszczeniem do udziału w postępowaniu odwoławczym zgłaszającego przystąpienie. W konsekwencji wykonawca ten nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Niezachowanie terminu dla zgłoszenia przystąpienia skutkowało wygaśnięciem prawa do

występowania w toku postępowania odwoławczego w charakterze uczestnika, gdyż termin określony w art. 185 ust. 2 Pzp ma charakter terminu zawitego i nie podlega przywróceniu.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ, ogłoszenia o zamówieniu, dokumentu JEDZ złożonego przez Odwołującego, treści odwołania objętego tajemnicą przedsiębiorstwa a także dowodów złożonych wraz z odwołaniem.

Na podstawie ww. dokumentów Izba ustaliła, że stan faktyczny sprawy został przedstawiony w odwołaniu adekwatnie do treści przywołanych powyżej dokumentów, dlatego Izba za niecelowe uznała ponowne przytaczanie stanu faktycznego sprawy. Uzupełniając Izba ustaliła, że Zamawiający w piśmie z dnia 4 listopada 2020 r. poczynił następujące ustalenia:

1. w odniesieniu do umowy zawartej pomiędzy STRABAG a PGWWP:

„W trakcie trwania umowy z dnia 12.01.2015 r. w sprawie realizacji zadania pod nazwą: „Odbudowa brzegów i udrożnienie Kanalu Jeglińskiego m. Karwik gmina i powiat Pisz, woj. warmińsko-mazurskie” doszło do zawarcia 13 aneksów. Zgodnie z warunkami umowy wykonawca Strabag sp. z o.o. zobowiązał się wykonać roboty budowlane zgodnie z Projektem budowlanym i wykonawczym stanowiącym załącznik Nr 1 oraz w Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych (STWiORB) stanowiącą załącznik Nr 2, zgodnie z ofertą wykonawcy stanowiącą załącznik Nr 3 i harmonogramem rzeczowo - finansowym stanowiącym załącznik Nr 4, zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz zgodnie z zasadami wiedzy technicznej i przepisami prawa powszechnie obowiązującego. Z analizy przekazanych dokumentów wynika, że dokumentacja projektowa zawierała wady i w trakcie realizacji umowy wielokrotnie dochodziło do jej zmiany. Zmiany dotyczyły wykonania robót zamiennych, dodatkowych i rezygnacji z części zakresu robót.

Jako podstawę zawarcia 13 aneksów Strony wskazywały wykonywanie przez wykonawcę robót dodatkowych i zamiennych wynikających ze zmian sposobu umocnienia brzegów w stosunku do dokumentacji projektowej (aneks nr 1), roboty dodatkowe, wykonanie nowoprojektowanych umocnień i zagospodarowania terenu (aneks nr 2), opracowanie projektu zamiennego w stosunku do zabezpieczenia brzegów gabionami na długości 3 924 m (aneks nr 3), siłę wyższą, nieprzewidziane warunki gruntowe i ograniczenie zakresu robót zamiennych (aneks nr 5), wysoki stan wody gruntowej na rzędnej uniemożliwiającej inwentaryzację robót (aneks nr 4, 6, 7, 8, 9, 10,11), roboty dodatkowe (aneks nr 12) , roboty dodatkowe, zmiana sposobu świadczenia (aneks nr 13). W wyniku zawarcia aneksów wynagrodzenie wykonawcy Strabag sp. z o.o. z tytułu robót dodatkowych i zamiennych ulegało zwiększeniu i doszło do przedłużenia terminu wykonania umowy.

Do sporu pomiędzy Stronami doszło na etapie odbioru końcowego. Cyt. „W dniu 17 maja 2019 r. PGWWP przystąpił do odbioru prac, jednak w toku czynności odbioru stwierdził, że na odcinku ubezpieczenia w km 3+856,13 – 4+095,61 brzeg prawy oraz w km 3+852,50- 4+095,46 brzeg lewy oraz w zakresie dotyczącym humusowania z obsianiem trawą za umocnieniem gabionowym roboty nie są gotowe do odbioru. Powołując się na postanowienie § 11 ust. 17 Umowy, PGWWP odstąpił od dokonania odbioru końcowego i wezwał wykonawcę do ukończenia prac w terminie do dnia 17 czerwca 2019 r.”

Z przekazanych informacji wynika, że roboty uznane przez PGWWP za niegotowe do odbioru zostały bezpośrednio po ich wykonaniu uznane przez tego zamawiającego za wykonane zgodnie z projektem budowlanym i decyzją o pozwoleniu na budowę. Roboty te na potrzeby rozliczenia zostały już wcześniej przez PGWWP potwierdzone, gdyż zawarta pomiędzy stronami Umowa przewidywała odbiory częściowe (§ 11 ust. 7-9 Umowy). PGWWP nie kwestionował sposobu wykonania tych robót ani ich jakości. Wykonawca Strabag sp. z o.o. otrzymał za wykonanie tej części robót wynagrodzenie. Wskutek wysokiego stanu wód, jaki utrzymywał się na kanale w okresie od grudnia 2016 r. do października 2018 r.(9 miesięcy) wykonane przez wykonawcę prace uległy rozmyciu i uszkodzeniu z przyczyn niezależnych od wykonawcy. Wykonawca wskazał, że po ujawnieniu się uszkodzeń w wyżej wymienionych robotach, co nastąpiło po ustąpieniu wysokiego stanu wód, PGWWP przekazał wykonawcy rozwiązanie projektowe dotyczące robót poprawkowych i dodatkowych z jednoczesnym wnioskiem o dokonanie wyceny przedmiotowych robót. Wielomiesięczne ustalenia Stron nie doprowadziły do porozumienia i uzgodnienia stanowisk co do zakresu i kosztów naprawy. Sytuację dodatkowo skomplikował fakt przekazania przez PGWWP w dniu 27 listopada 2018 r. wykonawcy STRABAG sp. z o.o. zamiennej decyzji o pozwoleniu na budowę z dnia 06 lipca 2017 r. wraz z zamiennym projektem budowlanym, który odnosił się do prac już wykonanych przez wykonawcę na podstawie pierwotnej decyzji w 2016 roku. Zamienna dokumentacja budowlana wprowadziła szereg zmian w robotach, w tym zmian odnoszących się do wykonania uszkodzonego zakresu prac, co oznaczało, że prace te należało wykonać w sposób odmienny niż określony w pierwotnym projekcie budowlanym, a więc w Umowie. Z przekazanych informacji wynika, iż wykonawca Strabag sp. z o.o. robót naprawczych według rozwiązania zamiennego nie wykonał wobec braku podpisania aneksu i zmiany wynagrodzenia. W dniu 17 czerwca 2019 r. PGWWP ponownie przystąpił do czynności odbioru końcowego. Wobec braku dokonania przez Wykonawcę naprawy uszkodzeń na odcinku ubezpieczenia rzeki w km 3+856,13 – 4+095,61 brzeg prawy oraz w km 3+852,50- 4+095,46 brzeg lewy oraz braku wykonania przez Wykonawcę humusowania z obsianiem trawą za umocnieniem gabionowym, PGWWP wyznaczył Wykonawcy termin na wykonanie wyżej określonych prac do dnia 30 czerwca 2019 r. Kolejno wobec niedotrzymania tego terminu PGWWP pismem z dnia 11 lipca 2019 r. odstąpił od Umowy w części niewykonanej, „tj. w zakresie niewykonanych lub wadliwie wykonanych prac i robót stanowiących przedmiot Umowy, wedle stanu na dzień odstąpienia”. PGWWP obciążył też wykonawcę Strabag sp. z o.o. karą umowną z tytułu odstąpienia od Umowy.

Wykonawca Strabag sp. z o.o. podniósł, że w oświadczeniu o odstąpieniu od Umowy PGWWP nie wskazał żadnej podstawy prawnej swojego oświadczenia. Wykonawca wskazał ponadto, że oświadczenie o odstąpieniu od Umowy nie zostało poprzedzone wezwaniem wykonawcy do wykonania robót pod rygorem odstąpienia od umowy, co byłoby konieczne w sytuacji, gdy podstawą prawną odstąpienia od umowy stanowiłby przepis art. 491 § 1 k.c. Podstawy prawnej dla odstąpienia od umowy, w ocenie wykonawcy, nie mógł też stanowić przepis art. 492 k.c., który znajduje zastosowanie jedynie do zobowiązań, które nie zostały w całości wykonane, gdyż umowa nie zawierała postanowień uprawniających PGWWP do odstąpienia od Umowy na wypadek takich okoliczności. Wykonawca zlecił wykonanie ekspertyzy technicznej mającej za przedmiot analizę poprawności wykonania projektu budowlanego oraz projektu budowlanego zamiennego w odniesieniu do prac prowadzonych przez wykonawcę, obserwowanych stanów wód oraz obowiązujących przepisów i aktualnej wiedzy technicznej. Jak przekazał wykonawca Strabag sp. z o.o., z ekspertyzy technicznej wynika, że zaprojektowana konstrukcja umocnienia jest niewłaściwa w panujących warunkach gruntowych i przewidywanej funkcji.

Jednocześnie Zamawiający wskazuje na postanowienia § 16 zawartej umowy, który stanowi, iż:

I. Wykonawca zobowiązany jest ubezpieczyć, na koszt własny, wykonywane przez siebie roboty, obiekty i

urządzenia, a także wszelkie mienie ruchome związane bezpośrednio z wykonawstwem robót od wszelkich zdarzeń losowych.

2. Ubezpieczenie powinno obejmować cały okres realizacji robót tj. od dnia przekazania terenu budowy do dnia dokonania przez Zamawiającego odbioru końcowego.

3. Wykonawca winien okazać do wglądu Zamawiającemu dokument ubezpieczeniowy najpóźniej w trakcie przejmowania terenu budowy i jednocześnie przekazać Zamawiającemu jego kopię.

4. Brak ubezpieczenia upoważnia Zamawiającego do wstrzymania przekazania terenu budowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.

5. Zamawiający nie będzie pokrywał żadnych szkód na robotach i obiektach spowodowanych działaniem siły wyższej.

6. Wykonawca winien chronić przed uszkodzeniem lub kradzieżą wykonane przez siebie roboty i przekazane mu do ich realizacji obiekty i przedmioty, aż do momentu odbioru końcowego.

W ocenie Zamawiającego stanowisko PGWWP o odstąpieniu od Umowy i naliczeniu kary umownej z tytułu odstąpienia było prawidłowe, PGWWP wyznaczył wykonawcy Strabag sp. z o.o. termin na wykonanie określonych prac naprawczych do dnia 30 czerwca 2019 r. i w wyznaczonym terminie wykonawca napraw nie dokonał. Zamawiający nie mógł uznać wykonanych prac za należycie wykonane i dokonać ich odbioru. Ponadto wykonawca Strabag sp. z o.o. niezależnie od faktu iż objęta sporem część prac została odebrana i uzyskał za nie wynagrodzenie, na zasadzie ryzyka ponosił odpowiedzialność za wykonywane przez siebie roboty, obiekty i urządzenia, a także wszelkie mienie ruchome związane bezpośrednio z wykonawstwem robót. Ryzyko to wykonawca winien był ubezpieczyć na okres obejmujący cały okres realizacji robót tj. od dnia przekazania terenu budowy do dnia dokonania przez Zamawiającego odbioru końcowego (§16 ust. 1,2 i 5 umowy). W szczególności ryzyko to dotyczyło wszelkich zdarzeń losowych, a z taką sytuacją wysokiego stanu wód, który utrzymywał się na kanale w okresie od grudnia 2016 r. do października 2018 r., Strony miały do czynienia. Tym samym, w ocenie Zamawiającego, wykonawca Strabag sp. z o.o. powinien w wyznaczonym przez PGWWP okresie zaproponować odtworzenie wykonanych prac ze środków uzyskanych z ubezpieczenia lub zawrzeć aneks na wykonanie tych prac według projektu zamiennego, przy czym część środków powinna być pokryta z ubezpieczenia. Wykonawca Strabag nie przedstawił informacji z jakiego powodu ubezpieczyciel odmówił wypłaty z ubezpieczenia."

2. w odniesieniu do umowy zawartej pomiędzy STRABAG a Bzurą:

"Umowa w sprawie zamówienia publicznego jest szczególnym rodzajem umowy ponieważ jej celem jest zaspokojenie potrzeby publicznej poprzez realizację konkretnego zdefiniowanego w niej zadania. Tym samym odstąpienie od realizacji takiej umowy ma charakter wyjątku i jest dopuszczone albo w przypadkach określonych w art. 145 i 145a Pzp albo w przypadkach określonych w kodeksie cywilnym. Na zasadach kodeksowych odstąpienie jest możliwe na wypadek zwłoki w spełnieniu świadczenia (art. 491 kc), opóźniania się z rozpoczęciem wytwarzania przedmiotu dostawy (art. 610 kc) albo dzieła (art. 635 kc), wadliwego wykonywania dzieła lub robót budowlanych (art. 636 kc), utraty zaufania do wykonawcy (art. 730, art. 746, art. 764 kc) oraz z tytułu rękojmi za wady przedmiotu zamówienia (art. 560 kc). Wykonawca może także odstąpić od umowy: w razie zaniechania przez zamawiającego koniecznego współdziałania z wykonawcą, w tym bezzasadnego uchylecia się od odbioru przedmiotu umowy (por. np. art. 640 kc), zaniechania ustanowienia przez zamawiającego gwarancji zapłaty za roboty budowlane (art. 649¹ kc). Mając na względzie istotność dla interesu publicznego osiągnięcie zakładanego rezultatu umowy zamawiający ZM Bzura w ocenie Zamawiającego określił postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty, z których wykonawca Strabag sp. z o.o. nie skorzystał wybierając jako sposób rozwiązania zaistniałego problemu przepisy kodeksu cywilnego umożliwiające odstąpienie od umowy zamiast skorzystania z postanowień tej umowy, które w naszej ocenie powinny być wykorzystane w pierwszej kolejności.

Chociaż należy się zgodzić z wykonawcą Strabag sp. z o.o., że w trakcie realizacji umowy doszło do sytuacji niestandardowej tj. uchylecia przez Wojewodę Łódzkiego decyzji Starosty o pozwoleniu na budowę, co zawiesiło możliwości wykonywania robót budowlanych od września 2017 r. to w naszej ocenie podejmowanie działań w celu odstąpienia od umowy nie było jedynym działaniem jakie mógł podjąć wykonawca. Według informacji wykonawcy Strabag sp. z o.o. prace budowlane trwały do września 2017 r., kiedy to ZM Bzura przesłał do wykonawcy drogą elektroniczną skan decyzji Wojewody Łódzkiego nr 264/2017 z dnia 30 sierpnia 2017 r. o uchyleciu w/w decyzji starosty o pozwoleniu na budowę i przekazaniu sprawy organowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania. W celu wznowienia robót budowlanych i dalszej możliwości wykonywania Umowy, wykonawca w oparciu o art. 491 § 1 k.c. wezwał Bzurę pismem z dnia 16 października 2017 r. do przekazania decyzji o pozwoleniu na budowę, która umożliwiłaby wykonanie przedmiotu Umowy. Wykonawca Strabag sp. z o.o. wyznaczył zamawiającemu ZM Bzura pismem z dnia 16.10.2017 r. miesiąc na przedłożenie nowej decyzji o pozwoleniu na budowę – zał. 13 do wyjaśnień z dnia 21.09.2020 r. W wyznaczonym terminie ZM Bzura uzyskał nową decyzję o pozwoleniu na budowę (Starosta Łowicki w dniu 17.11.2017 r. wydał decyzję nr 643/2017 r.), w której zatwierdził projekt budowlany oraz udzielił pozwolenia na budowę (zgodnie z zał. 14 do przedłożonych przez Strabag sp. z o.o. wyjaśnień z 21.09.2020 r.). ZM Bzura pismem z dnia 17.11.2017 r. przekazał wykonawcy uwierzytelnioną kserokopię tej decyzji bez załącznika w postaci projektu budowlanego. Kolejno wykonawca pismami z dnia 21.11, 27.11. i 6.12.2017 r. wzywał zamawiającego ZM Bzura do przesłania mu projektu budowlanego wyznaczając zamawiającemu w oparciu o art. 491 kc termin na jego przedłożenie. Po upływie ostatniego 3 dniowego, liczonego od dnia doręczenia wezwania, terminu, wykonawca Strabag sp. z o.o. pismem z dnia 12 grudnia 2017 r. złożył na podstawie art. 491 § 1 kc oświadczenie o odstąpieniu od umowy z przyczyn leżących po stronie ZM Bzura. Gdyby nie zaistniała sytuacja wykonawca byłby zobowiązany do zakończenia robót w terminie do dnia 20.06.2018 r. (pierwotny termin 30.09.2017 r.) oraz uzyskania ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie obiektu budowlanego i wszystkich jego elementów - w terminie do 20 sierpnia 2018 r. (pierwotny termin 30.11.2017 r.) (§ 2 ust. 4 umowy).

W ocenie Zamawiającego działanie wykonawcy w trakcie realizacji umowy powinno opierać się na jej postanowieniach, a dopiero gdy skorzystanie z nich okazałoby się niemożliwe podjąć działania w oparciu o zasady ogólne wynikające z postanowień kodeksu cywilnego. W przypadku zaistnienia wymienionych w umowie okoliczności strony umowy mogły dokonać jej zmiany i dostosować choćby termin jej wykonania do tych okoliczności. Przykładowo tak jak już poprzednio uczyniły to aneksem nr 1 z 6 lipca 2017 r. gdy na wniosek wykonawcy Strabag sp. z o.o. ze względu na wniesienie środków ochrony prawnej w postępowaniu przetargowym niemożliwe było dotrzymanie terminu planowanego pierwotnie - termin zakończenia umowy przesunięto o prawie 9 miesięcy. Zamawiający stwierdził iż umowa nie zawierała literalnie wyartykułowanych postanowień, które zezwalałyby na odstąpienie wykonawcy od umowy w

przypadku uchylenia decyzji o pozwoleniu na budowę - § 19 ODSTĄPIENIE OD UMOWY w ust. 4 dopuszczał możliwość odstąpienia Wykonawcy od Umowy jedynie w przypadku, gdy Zamawiający powiadomił pisemnie Wykonawcę, że nie będzie mógł pokryć zobowiązań finansowych wynikających z Umowy. Umowa zawierała natomiast postanowienia umożliwiające przesunięcie terminu jej realizacji na skutek okoliczności określonych w § 18 ZMIANY DO UMOWY.

Cyt. (...) Zmiana postanowień Umowy w stosunku do treści oferty Wykonawcy, na podstawie której został wybrany Wykonawca możliwa jest w szczególności w przypadku zaistnienia następujących okoliczności i w zakresie określonym poniżej:

1)w przypadku dokonania określonych czynności lub ich zaniechania przez organy administracji państwowej, w tym organy administracji rządowej, samorządowej, jak również organy i podmioty, których działalność wymaga wydania jakiegokolwiek decyzji o charakterze administracyjnym w trakcie wykonywania przedmiotu niniejszej Umowy, w szczególności:

a) opóźnienie wydania przez ww. organy decyzji, zezwoleń, uzgodnień itp., do wydania których są zobowiązane na mocy przepisów prawa lub regulaminów, z przyczyn niezawinionych przez Wykonawcę;

b) odmowa wydania przez ww. organy decyzji, zezwoleń, uzgodnień itp., z przyczyn niezawinionych przez Wykonawcę.

W przypadku wystąpienia którejkolwiek z okoliczności wymienionych powyżej w pkt 1 i o ile ich powstanie nie jest lub nie było w jakikolwiek sposób zależne od Wykonawcy, zmianie może ulec termin realizacji Umowy, odpowiednio do okresu trwania przeszkody/okoliczności, o której mowa powyżej, a która uniemożliwia realizację przedmiotu niniejszej Umowy zgodnie z jej treścią i w sposób należyty”.

Powyższe postanowienie powinno w naszej ocenie być podstawą do podjęcia przez wykonawcę Strabag sp. z o.o. w pierwszej kolejności działania w celu dokonania zmiany terminu realizacji umowy. Odstąpienie od umowy nie było zdaniem Zamawiającego jedynym sposobem rozwiązania zaistniałej sytuacji. Wykonawca Strabag sp. z o.o. korzystając z art. 491 kc wyznaczał zamawiającemu ZM Bzura terminy na wykonanie określonych czynności w oderwaniu od trudnego stanu prawnego i faktycznego w jakim ten zamawiający znalazł się, nie ze swojej winy, jednak były to terminy bardzo krótkie, które w naszej ocenie były nierealne. Przykładowo Wykonawca wyznaczył zamawiającemu ZM Bzura pismem z dnia 16.10.2017 r. miesiąc na przedłożenie nowej decyzji o pozwoleniu na budowę – gdy termin wyznaczony przepisami budowlanymi to 63 dni, pismem z 6.12.2017 r. wyznaczył 3 dniowy ostateczny termin na przekazanie projektu budowlanego. W ocenie Zamawiającego całokształt czynności wykonawcy wskazuje że dążył on w istocie do odstąpienia od umowy. Zamawiający nie może też nie wskazać, że pomimo 3-krotnego wezwania w oparciu o art. 491 kc pomiędzy pierwszym wezwaniem do przekazania dokumentów a wyznaczonym przez wykonawcę ostatecznym terminem upłynęły tylko trzy tygodnie (20 dni). A z § 19 ust. Odstąpienie od umowy ust. 2 wynika, że : „Zamawiający może odstąpić od Umowy w przypadku co najmniej 30-dniowej zwłoki Wykonawcy w realizacji któregośkolwiek etapu określonego w harmonogramie rzeczowo - finansowym, pomimo wyznaczenia dodatkowego co najmniej 30-dniowego terminu i żądać kary umownej oraz odszkodowania za niewykonanie lub nienależyte wykonanie przedmiotu Umowy.” Wykonawca mógł przez analogię chociaż dotrzymać terminu 30-dniowego na złożenie dokumentów

Na marginesie Zamawiający wskazuje, że w jego ocenie brak jest przepisu prawa, który zakazywałby wykonywania robót na podstawie przekazanej przez inwestora uwierzytelnionej kopii pozwolenia na budowę. W ocenie Zamawiającego skorzystanie przez wykonawcę Strabag sp. z o.o. z przepisów kodeksowych o odstąpieniu od umowy, zamiast podjęcia negocjacji w celu zmiany terminu jej zakończenia należy uznać w okolicznościach sprawy za przedwczesne i naruszające standardy lojalności, współpracy i szeroko pojętej kooperatywności. W ocenie Zamawiającego w zaistniałym stanie faktycznych do niewykonania umowy doszło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”.

Izba zważyła:

Rozpoznając niniejszą sprawę rozstrzygnięcia Izby w pierwszej kolejności wymagało, czy Zamawiający wykazał w piśmie z dnia 4 listopada 2020 r., że w stosunku do Odwołującego zachodzą przesłanki wykluczenia zawarte w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, a następnie, czy Zamawiający w sposób prawidłowy wezwał Odwołującego w dniu 4 listopada 2020 r. do przeprowadzenia procedury self-cleaningu. Wskazać bowiem należy, że aby wezwać wykonawcę do samooczyszczenia, Zamawiający powinien zbadać zaistnienie wszystkich przesłanek do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp. Instytucja samooczyszczenia ma zastosowanie tylko wtedy, gdy wobec wykonawcy zachodzi podstawa wykluczenia, a wykonawca zamierza wykazać, że mimo to jest podmiotem rzetelnym i wiarygodnym. Instytucja ta nie ma natomiast zastosowania w sytuacji, gdy wobec wykonawcy ww. podstawa wykluczenia nie zachodzi. Na powyższe wskazuje dyspozycja art. 24 ust. 8 i 9 Pzp, zgodnie z którą wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16-20 lub ust. 5, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy.

Uwzględniając powyższe ustalenia, Izba w składzie orzekającym uznała, że w odniesieniu do umowy realizowanej na rzecz PGWWP Zamawiający nie wykazał, że Odwołujący podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp.

W pierwszej kolejności zauważyć należało, że Zamawiający nie wskazał jakich postanowień umownych Odwołujący nie zrealizował. Nie zostały wykazane żadne okoliczności na czym miało polegać niewykonanie lub nieprawidłowe wykonanie umowy na Kanał Jegliński, które podważyłyby twierdzenie Strabag o wykonaniu zobowiązań umownych i odmowie wykonania w ramach tej samej umowy nieprzewidzianej w niej prac. Skład orzekający w pełni podziela stanowisko Izby, zaprezentowane w wyroku z dnia 30 października 2020 r., o sygn. akt KIO 2535/20, w którym Izba wskazała, że z faktu zgłoszenia odbioru końcowego można wywieść domniemanie, że skoro Zamawiający dokonywał odbiorów częściowych i za nie płacił, to prace wynikające z umowy zostały wykonane. Z okoliczności opisywanych przez Odwołującego wynika, że przyczyną braku odbioru oraz złożenia przez Zamawiającego oświadczenia o odstąpieniu od umowy był brak porozumienia ze STRABAG, co do tego, czy prace wynikające z zamiennego pozwolenia na budowę, opisane zamiennym projektem budowlanym mogą być uznane za wykonywane w ramach danej umowy. Kwestią sporną pozostaje również wynagrodzenie. W ocenie Izby, Zamawiający oczekiwał powtórzonego wykonania prac, które uległy zniszczeniu oraz oczekiwał realizacji tych prac zgodnie z nową dokumentacją projektową, które nie była załącznikiem do zawartej pomiędzy stronami umowy. W tym stanie rzeczy Izba uznała, że brak jest podstaw do twierdzenia, że STRABAG podlegałby wykluczeniu w związku z tą umową. Zauważyć należy, że

art. 57 Dyrektywy klasycznej, wdrożony do ustawy w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, nakazuje wykluczenie wykonawcy wykazującego znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu umowy. Również w preambule do Dyrektywy klasycznej w motywie 101 wyjaśniono, że ta przesłanka wykluczenia odnosi się do wykonawców, którzy przy wykonywaniu wcześniejszych zamówień publicznych wykazali poważne braki w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów. W opinii Izby, Zamawiający w żaden sposób nie próbował wykazywać istotności w niewykonaniu umowy. Zamawiający skupił się bowiem jedynie na wykazywaniu, że obowiązkiem STRABAG była naprawa wykonanych uprzednio prac, zniszczonych przez stan wysokiej wody, bowiem jak twierdził Zamawiający, STRABAG ponosił za nie odpowiedzialność na zasadzie ryzyka. Jednakże, uszło uwadze Zamawiającego, że PGWWP oczekiwał od STRABAG powtórznego wykonania prac, ale na podstawie nowej dokumentacji projektowej, która nie była załącznikiem do zawartej pomiędzy stronami umowy. Ponadto Zamawiający nie wykazał, pomimo ciężącego na nim ciężaru dowodowego, że wystąpienie tzw. „wysokiej wody” można uznać za zdarzenie losowe, które umożliwiałoby naprawę szkód z posiadanego przez STRABAG ubezpieczenia.

Reasumując, stwierdzić należało, że Izba w składzie orzekającym, nie dopatrzyła się podstaw do uznania, że nienależyte wykonanie umowy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Odwołującego. W okolicznościach sprawy, wobec braku udowodnienia przez Zamawiającego, że to STRABAG ponosił winę w niewykonaniu umowy, Izba uznała, że powodem dla którego PGWWP odstąpił od umowy było zniszczenie wykonanych robót przez „wysoką wodę”. Wykonawca nie odpowiada za sytuację hydrologiczną. Ponadto wskazać należało, że wykluczenie wykonawcy, nie może opierać się wyłącznie na fakcie, że doszło do rozwiązania wcześniejszej umowy. Fakt rozwiązania umowy musi być powiązany z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy w istotnym stopniu z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Bezsprorna jest okoliczność, że PGWWP w oświadczeniu o odstąpieniu od umowy nie wskazał żadnej podstawy prawnej swojego oświadczenia. Ponadto, z dowodów zgromadzonych w aktach sprawy wynika, że oświadczenie o odstąpieniu od umowy nie zostało poprzedzone wezwaniem do wykonania robót pod rygorem odstąpienia od umowy. Na niemożność realizacji prawa do odstąpienia wskazał w takiej sytuacji Sąd Najwyższy uzasadnieniu z dnia 9 czerwca 1998 r. II KKN 803/97, stwierdzając, że powoływanie się na pisemne wezwania pozwanej do wykonania obowiązków wynikających z umowy nie jest równoznaczne z wykazaniem, że skarżący wyznaczył pozwanej odpowiedni termin do wykonania z zagrożeniem, iż w razie bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu będzie uprawniony do odstąpienia od umowy.

Również w ocenie składu orzekającego brak jest podstaw do uznania, że Odwołujący nie wykonał, lub wykonał w sposób nienależyty umowę zawartą z Bzurą, a ponadto Zamawiający nie wykazał, że to STRABAG przyczynił się do niewykonania umowy.

Podkreślić należy, że z wyjaśnień Odwołującego wynika, że powodem odstąpienia od umowy zawartej z Bzurą była okoliczność, że pomimo wielokrotnie kierowanych przez Odwołującego wezwań o przekazanie oryginału pozwolenia na budowę wraz z projektem budowlanym taka decyzja nie została wykonawcy przekazana. Zauważyć należy, że pomiędzy STRABAG i Bzurą toczy się spór sądowy i dopiero rozstrzygnięcie, czy doszło do niewykonania umowy z przyczyn leżących po stronie Odwołującego, umożliwi ustalenie czy do wykonania umowy doszło z przyczyn leżących po stronie Odwołującego, a w konsekwencji czy Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp. Również w ocenie składu orzekającego okoliczność, że Bzura nie wystąpiła wobec STRABAG z pozwem wzajemnym o zapłatę kary umownej w związku z odstąpieniem STRABAG od umowy, a zamiast tego wystąpił z pozwem wobec Skarbu Państwa o odszkodowanie powoduje powstanie domniemania, że Bzura przyczyn niewykonania umowy upatruje w związku z działaniem innych podmiotów niż STRABAG.

Podkreślić także należy, że Zamawiający oprócz wskazania, że do niewykonania umowy z Bzurą doszło z przyczyn leżących po stronie Odwołującego, w żaden sposób nie wykazał, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy przez Odwołującego miało charakter istotny. Zamawiający nie ujawnił też, jakiego konkretnie zobowiązania Odwołujący nie wykonał. Samo stwierdzenie Zamawiającego na rozprawie, że już sam czas trwania umowy tj. okres od czerwca 2017 r. do grudnia 2017 r. nie wystarcza do wykazania, że umowa nie została zrealizowana z istotnym stopniem. Zamawiający musi bowiem wykazać, że do rozwiązania umowy (zasądzenia odszkodowania) doszło z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę, a zatem musi wykazać, czego konkretnie wykonawca nie zrobił lub jakiego obowiązku wynikającego z wcześniejszej umowy nie wykonał. Ponadto zobowiązany jest wykazać, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie miało miejsce w istotnym stopniu, co oznacza, że Zamawiający musi również wykazać, iż wykonawca albo nie wykonał umowy w ogóle albo wykonał ją nienależycie w stopniu znaczącym lub nienależyte wykonywanie miało charakter uporczywy, nawet jeśli niedociągnięcia nie były znaczące. Jak już wyżej wskazano, treść art. 57 ust. 4 lit. g dyrektywy 2014/24/UE przesądza, że chodzi tu nie tylko o istotny wartościowo lub rzeczowo zakres nienależytego lub niewykonania świadczenia wykonawcy w stosunku do zakresu przewidzianego umową, ale również o niespełnienie przez wykonawcę świadczenia, w sposób odpowiadający istotnym dla Zamawiającego wymagom wynikającym z tej umowy. Dlatego w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej użyte w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp sformułowanie „w istotnym stopniu” należy odnosić zarówno do zakresu umowy, jak i do wykonania umowy ze znaczącym naruszeniem jej postanowień, np. do znaczących wad produktu, które spowodowały jego niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem (por. m.in. wyrok z dnia 3 lutego 2017 r., KIO 139/17, wyrok z dnia 9 maja 2017 r., KIO 706/17, wyrok z dnia 4 lipca 2017 r., KIO 1166/17).

Podsumowując powyższe rozważania podkreślić należy, że rolą Zamawiającego jest zebranie dowodów świadczących o wystąpieniu wszystkich, określonych w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, przesłanek łącznie i uzasadnienie zaistnienia każdej z nich. Jest to istotne dla zachowania zasady proporcjonalności i przejrzystości postępowania oraz zachowania uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 Pzp), a także dla możliwości skorzystania przez wykonawcę z procedury tzw. samooczyszczenia, o której mowa w art. 24 ust. 8 Pzp, lub skorzystania przez niego ze środków ochrony prawnej.

Skoro więc Zamawiający nie wykazał kumulatywnie zaistnienia przesłanek skutkujących wykluczeniem wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, to stwierdzić należało, że wadliwym było wezwanie Odwołującego do przeprowadzenia procedury samooczyszczenia, bowiem jak wskazuje się w orzecznictwie Izby, instytucja ta nie ma zastosowania w sytuacji, gdy wobec wykonawcy ww. podstawa wykluczenia nie zachodzi. Na powyższe wskazuje dyspozycja art. 24 ust. 8 i 9 Pzp, zgodnie z którą wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16-20 lub ust. 5, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i

kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy.

Izba w składzie orzekającym za niezasadny uznała zarzut dotyczący nieuprawnionego wezwania Odwołującego w dniu 4 listopada 2020 r. do zastosowania procedury określonej w art. 24 ust. 8 Pzp w konsekwencji przyjęcia, że zaistniały przesłanki do uznania, że Odwołujący podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, podczas gdy Zamawiający nie dokonał skutecznie określenia fakultatywnej przesłanki wykluczenia, zgodnie z wymogami art. 36 ust. 1 pkt 5a Pzp, a tym samym nie jest uprawniony do badania zaistnienia tej przesłanki wykluczenia i żądania samooczyszczenia.

Skład orzekający ustalił, że Zamawiający w punkcie 8.1. SIWZ oraz sekcji VI pkt 3 Ogłoszenia o zamówieniu przewidział fakultatywną przesłankę wykluczenia, tj. art. 24 ust. 5 pkt 1 i 4 Pzp. Tym samym zarzuty stawiane przez Odwołującego nie zasługiwały na uwzględnienie.

Skład orzekający za niezasadny uznał również zarzut dotyczący art. 61 § 1 zd. 2 k.c. w zw. z art. 14 Pzp w zw. z 26 ust. 1 i art. 26 ust. 2f Pzp poprzez niedozwoloną zmianę podstawy prawnej wezwania do złożenia dokumentów z 14 września 2020r. na art. 26 ust. 2f Pzp zamiast art. 26 ust. 1 Pzp.

Wskazać należy, że na rozprawie Zamawiający wyjaśniał, że dążąc do sprawnego rozstrzygnięcia postępowania skierował do Odwołującego wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, jednak w trakcie analizy dokumentu JEDZ uznał, że wezwanie do Odwołującego powinno być skierowane na podstawie art. 26 ust. 2f Pzp. Podkreślić należy, że zgodnie z art. 26 ust. 1 Pzp Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Zgodnie natomiast z ust. 2f ww. przepisu, jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, a jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio oświadczenia lub dokumenty nie są już aktualne, do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów.

Uwzględniając brzmienie powyższych przepisów oraz wyjaśnienia Zamawiającego, skład orzekający uznał, że Zamawiający w sposób uprawniony dokonał zmiany podstawy prawnej pierwotnej czynności. Podkreślić należy, że Zamawiający jako gospodarz i dysponent postępowania może samodzielnie korygować własne błędy. W sytuacji więc uznania w wyniku analizy złożonego przez Odwołującego dokumentu JEDZ, że konieczne jest wszczęcie procedury przewidzianej w art. 26 ust. 2f Pzp, Zamawiający korygując poprzedni błąd polegający na wezwaniu Odwołującego do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 Pzp prawidłowo dokonał zmiany podstawy prawnej wezwania.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

W kwestii kosztów postępowania Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 192 ust. 9 Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6 Pzp.

Izba, częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Stosunek zarzutów zasadnych do niezasadnych wyniósł odpowiednio 3/5 do 2/5. Kosztami postępowania obciążano, zatem Zamawiającego w części 3/5 i Odwołującego w części 2/5.

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 20 000 zł, koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3 600 zł oraz koszty poniesione przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3600 zł (łącznie 27 200 zł). Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 23 600 zł tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 10 880 zł (27 200 zł x 2/5). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 12 720 zł stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania w sprawie KIO 2729/20 orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący :

Członkowie:

.....