

WYROK

z dnia 19 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Marzena Teresa Ordysińska
Anna Osiecka

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 maja 2022 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 maja 2022 r. przez wykonawcę

Przedsiębiorstwo Robót Drogowo - Mostowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim

w postępowaniu prowadzonym przez

Gminę Inowłódz

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Gminie Inowłódz: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Robót Drogowo - Mostowych Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Przedsiębiorstwa Robót Drogowo - Mostowych Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością,

2. kosztami postępowania obciąża Gminę Inowłódz i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Robót Drogowo - Mostowych Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Gminy Inowłódz na rzecz Przedsiębiorstwa Robót Drogowo - Mostowych Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok
- w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa
Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1199/22

Zamawiający - Gmina Inowłódz prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „przebudowę dróg gminnych na odcinku Inowłódz - Zakościele - Liciężna - Żądłowice” na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 17 marca 2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 00089282. Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący - Przedsiębiorstwo Robót Drogowo - Mostowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez ich niezasadne zastosowanie i uznanie, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu z uwagi na ziszczenie się w stosunku do niego przesłanki wykluczenia dotyczącej nienależytego wykonania wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co miało generować po stronie Odwołującego obowiązek przeprowadzenia procedury samooczczenia, podczas gdy w stosunku do Odwołującego nie spełniła się przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, będąca domniemaną podstawą wykluczenia Odwołującego, została rozwiązana przez Zamawiającego z powodu niewykonania obowiązku umownego leżącego po stronie Zamawiającego; a w konsekwencji - art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przeprowadzenie postępowania

w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego; uznania, że względem Odwołującego nie zmaterializowały się podstawy do wykluczenia z postępowania; unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonanie ponownego badania i oceny ofert oraz dalszych czynności w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego; a także dopuszczenie i przeprowadzenie wnioskowanych dowodów oraz zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnienie odwołania Odwołujący wskazał, że w rozdziale 9 pkt 2.3 Zamawiający, wśród fakultatywnych przesłanek wykluczenia mających zastosowanie w postępowaniu, wymienił art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Następnie poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazując, że Odwołujący w oświadczeniu o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu oraz o braku podstaw do wykluczenia z postępowania zaznaczył, że nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający, w wyniku weryfikacji wskazanego oświadczenia stwierdził, że w zakresie tej podstawy wykluczenia wskazana została nieprawda, gdyż 19 listopada 2019 r. między Odwołującym a Zamawiającym zawarta została umowa nr 132/2019 w sprawie zamówienia publicznego,

przedmiotem której była przebudowa drogi gminnej w Konewce (zwana dalej „Umową Konewka”), a rozwiązanie tej umowy nastąpiło z uwagi na nierozpoczęcie realizacji robót przez Odwołującego. W wyniku powyższych okoliczności Zamawiający upatrywał w działaniach Odwołującego obowiązek przeprowadzenia procedury self-cleaning, o której mowa w art. 110 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tymczasem Odwołujący nie podlegał i nie podlega wykluczeniu z postępowania, a tym samym nie pozostawał w obowiązku wskazywania w oświadczeniu, iż ziszcza się w stosunku do niego podstawa wykluczenia. Nie był zobowiązany też w tym zakresie do przeprowadzenia procedury self-cleaning. Zamawiający naruszył przywołane przepisy poprzez nieuzasadnione uznanie, że w stosunku do Odwołującego ziszcza się przesłanka wykluczenia oraz całkowicie pominął spoczywający na nim obowiązek wykazania przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, nadając przepisom regulującym materię wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego automatyczny, bezrefleksyjny, a przez to całkowicie oderwany od celu przepisu, charakter.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, „który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady”. W przepisie tym przewidziane zostały zatem następujące przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania: 1) wykonawca z przyczyn leżących po jego stronie, 2) w znacznym stopniu lub zakresie: a) nie wykonał lub (alternatywa łączna) b) nienależycie wykonał albo

(alternatywa rozłączna) c) długotrwale nienależycie wykonywał, 3) istotnego zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy

w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, 4) co doprowadziło do: a) wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, b) odszkodowania, c) wykonania zastępczego lub 4) realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Dopiero kumulatywne (jednoczesne) spełnienie się ww. przesłanek uprawnia do zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Czynność wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest (obok odrzucenia jego oferty) czynnością najdalej ingerującą w prawa wykonawcy. Przyjmuje się, że przepisy przewidujące tego typu sankcje muszą być wykładane w sposób ścisły i nie jest na tym polu dopuszczalna wykładnia rozszerzająca. Zastosowanie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych wymaga zatem bezwzględnie wykazania, że wykonawca swoim działaniem lub zaniechaniem (okolicznościami leżącymi po jego stronie) doprowadził do zastosowania jednej z sankcji wskazanych powyżej. Wykluczając wykonawcę zamawiający nie może opierać się wyłącznie na fakcie, że doszło do rozwiązania wcześniejszej umowy zawartej z wykonawcą, musi także wykazać, że do rozwiązania umowy 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. Przy badaniu przesłanki wykluczenia należy rozważyć, czy odstąpienie od umowy było spowodowane przyczynami leżącymi wyłącznie po stronie wykonawcy, czy też nie, oraz czy niewykonanie lub nienależyte wykonanie było istotne. Przy ocenie okoliczności danego przypadku Izba może badać też ewentualne przyczynienie się zamawiającego, który powinien współdziałać przy realizacji zobowiązania, do niewykonania umowy przez wykonawcę. 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. 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 wymogom wynikającym

z tej umowy. Zatem wykluczenie wykonawcy powinno być poparte szczegółową i skrupulatną analizą okoliczności zaistniałych w toku realizacji Umowy Konewka.

W uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu Zamawiający wskazał, że art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych nie wymaga stwierdzenia naruszenia przez sąd, wymagając jedynie jednostronnej negatywnej decyzji zamawiającego. Takie stanowisko jest nieuzasadnione. Odwołujący nie przeczy, iż ziszczenie się przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych nie wymaga stwierdzenia naruszenia przez sąd

(o takowy też trudno w przypadku Umowy Konewka, bowiem żadna ze stron nie

kwestionowała okoliczności jej rozwiązania na drodze sądowej), nie może się jednak zgodzić z twierdzeniem, że spełnienie przesłanki wykluczenia wymaga jedynie jednostronnej

negatywnej decyzji Zamawiającego. Konieczne jest bowiem wykazanie, że w odniesieniu do konkretnego kontraktu spełniła się bezsprzecznie w całości dyspozycja art. 109 ust.1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych i to na Zamawiającym spoczywa ciężar dowodowy wykazania ziszczenia się przesłanek przepisu.

W przekonaniu Zamawiającego stan faktyczny realizacji Umowy Konewka miał wyczerpywać przesłanki art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający podniósł, iż 23 listopada 2019 r. doszło do rozwiązania umowy z Odwołującym, bowiem ten, mimo wielokrotnych pism ze strony Zamawiającego, nie przystąpił do rozpoczęcia i realizacji robót. Odwołujący nie zaprzecza temu, że do rozwiązania umowy doszło, jednak przywołany przez Zamawiającego stan faktyczny jest nie tylko niepełny, ale wręcz nieprawdziwy. Jednym z obowiązków Zamawiającego przy realizacji Umowy Konewka było uzyskanie pozwolenia na budowę, do czego zobowiązał się w treści przedmiotowej umowy, poza tym takie zobowiązanie wynikało wprost z pozostałej dokumentacji przetargowej ówczesnego postępowania. Bezsporne jest zatem, że jednym z obowiązków Zamawiającego było pozyskanie pozwolenia na budowę do 29 listopada 2019 roku, którego do 29 listopada 2019 r. Zamawiający nie wykonał. Po podpisaniu przez strony Umowy Konewka 19 listopada 2019 r., Odwołujący podjął pierwsze niezbędne czynności w celu realizacji przedmiotu Umowy. W tym czasie oczekiwał od Zamawiającego uzyskania i przedłożenia pozwolenia na budowę. Po upływie terminu na uzyskanie pozwolenia na budowę, Odwołujący, pismem z 3 grudnia 2019 r. oraz z 9 grudnia 2019 r., zwrócił się do Zamawiającego z informacją o upływie umownego terminu na uzyskanie pozwolenia na budowę wraz z zapytaniem o przewidywany termin dostarczenia prawomocnego pozwolenia na budowę. Pismem z 18 grudnia 2019 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o uzyskaniu zaświadczenia Starosty Tomaszowskiego o braku podstaw do wniesienia sprzeciwu odnośnie wykonania robót budowlanych, co w ocenie Zamawiającego miało rzekomo upoważniać Odwołującego do rozpoczęcia prac budowlanych. W odpowiedzi na przedłożone stanowisko Zamawiającego, Odwołujący, pismem z 19 grudnia 2019 r., przekazał Zamawiającemu informację, iż przedmiotowe zaświadczenie Starosty Tomaszowskiego nie stanowi decyzji o pozwoleniu na budowę, w świetle czego Odwołujący nie mógł w dalszym ciągu rozpocząć robót budowlanych. Odwołujący w tym samym piśmie zauważył też, iż Zamawiający pozostaje w opóźnieniu w stosunku do umownego terminu na uzyskanie pozwolenia na budowę, co zagraża

dotrzymaniu realizacji przedmiotu zamówienia. Odwołujący w następnym dniu (20 grudnia 2019 r.) przesłał Zamawiającemu kolejne pismo,

w którym podkreślił, iż zaistniałe okoliczności (brak uzyskania pozwolenia na budowę) nie jest następstwem działań lub zaniechań Odwołującego. Odwołujący podkreślił przy tym, że poinformowanie Zamawiającego, iż przedmiotowe zaświadczenie nie jest wystarczającym dokumentem upoważniającym do rozpoczęcia robót budowlanych (równoznacznym z pozwoleniem na budowę) jest wyrazem dbałości o interes prawny Zamawiającego i ma na celu informowanie Zamawiającego o aktualnych przeszkodach wstrzymujących realizację inwestycji. Odwołujący poinformował Zamawiającego, iż pozostaje jednak niezmiennie gotowy do realizacji umowy. Zamawiający, pismem z 23 grudnia 2019 r., poinformował Odwołującego, iż stosownie do brzmienia § 1 ust. 1 umowy (tj. w przypadku nieuzyskania przez Zamawiającego pozwolenia na budowę) rozwiązuje w trybie natychmiastowym Umowę Konewka. Pismem z 31 grudnia 2019 r. Odwołujący wskazał, iż przyjmuje do wiadomości informację o skorzystaniu przez Zamawiającego z § 1 ust. 1 umowy i rozwiązaniu na tej podstawie Umowy Konewka. Jednocześnie Odwołujący wskazał, że rozwiązanie to jest wynikiem braku uzyskania przez Zamawiającego pozwolenia na budowę. Stanowisko to nie zostało zakwestionowane przez Zamawiającego.

Analiza powyższych okoliczności faktycznych już na tym etapie powinna prowadzić do wniosku, iż w odniesieniu do Odwołującego nie mogła spełnić się przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Rozwiązanie Umowy Konewka nastąpiło bowiem z przyczyn obiektywnie niezawinionych przez Odwołującego i w żadnym przypadku nie wykazuje cech nienależytej realizacji tego kontraktu. Potwierdza to stanowisko samego Zamawiającego, który, uzasadniając decyzję o rozwiązaniu Umowy Konewka, wskazał § 1 ust. 1, który formułował spoczywający na Zamawiającym obowiązek pozyskania pozwolenia na budowę. Z przepisu tego nie wynika żaden obowiązek leżący po stronie wykonawcy, już z tego powodu zatem trudno zgodzić się, że do rozwiązania umowy mogło dojść z przyczyn leżących po stronie Odwołującego. Okoliczność braku pozyskania przez Zamawiającego pozwolenia na budowę jest bezsporna. W prowadzonej z Odwołującym korespondencji Zamawiający podnosił, że nie jest jednak (pomimo jednoznacznej w tej kwestii treści dokumentacji postępowania) konieczne

pozyskanie tego pozwolenia, a za wystarczające do przystąpienia do prac uznać należy brak sprzeciwu Starosty Tomaszewskiego do zgłoszenia o zamiarze podjęcia prac budowlanych. Jeśli jednak, zdaniem Zamawiającego, pozyskanie pozwolenia na budowę nie było niezbędne do rozpoczęcia robót i Odwołujący niesłusznie uchylił się od ich podjęcia, to podstawą zakończenia współpracy nie powinien być przepis umowny sankcjonujący odpowiedzialność Zamawiającego, lecz art. 636 Kodeksu cywilnego. Zamawiający z tego przepisu nie skorzystał, co, w obliczu braku jakichkolwiek podstaw, jest zrozumiałe. Nie sposób za takowe uznać jednak aktualnej próby przerzucenia na Odwołującego odpowiedzialności za uchybienia popełnione w toku realizacji umowy przez Zamawiającego. W wyniku rozwiązania umowy nie doszło również do naliczenia Odwołującemu jakichkolwiek kar umownych, które przewidziane zostały w § 11, w tym chociażby kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn zawinionych przez wykonawcę, co dodatkowo potwierdza, iż rozwiązanie umowy nastąpiło z przyczyn niezawinionych przez Odwołującego. Co istotne, nawet w samym § 11 odnoszącym się do kar umownych, Zamawiający wprowadził zastrzeżenie braku ponoszenia konsekwencji finansowych z tytułu rozwiązania umowy w przypadku braku pozyskania decyzji o pozwoleniu na budowę do 29 listopada 2019 r.

Nie bez znaczenia pozostaje również nomenklatura stosowana przez Zamawiającego w treści postanowień Umowy Konewka. Otóż na mocy § 1 ust. 1 umowy doszło do rozwiązania umowy, a nie do odstąpienia od umowy. Analiza treści umowy prowadzi do wniosku, że zastosowana nomenklatura nie jest przypadkowa i Zamawiający rozróżniał na tym tle sytuację, w której może dojść do rozwiązania umowy (§ 1 ust. 1), od sytuacji, które prowadziłyby do odstąpienia od umowy (§ 11 wraz z katalogiem kar umownych). Pojęcia rozwiązania umowy i odstąpienia od umowy różnią się od siebie i tym rozróżnieniem posługuje się sam Zamawiający w umowie. Odstąpienie od umowy charakteryzuje się bowiem jednostronną decyzją strony umowy, która umotywowana jest konkretnymi, negatywnymi działaniami bądź zaniechaniami drugiej strony umowy. Z kolei w instytucji rozwiązania umowy doszukiwać należy się polubownego (konciliacyjnego) charakteru zakończenia współpracy w ramach danej umowy, które nacechowane jest zgodną wolą stron. Skoro więc strony Umowy Konewka przewidziały w jej postanowieniach okoliczność rozwiązania z powodu braku pozyskania przez Zamawiającego pozwolenia na budowę, a w konsekwencji ustalono, iż z tego tytułu nie będą ponoszone konsekwencje finansowe, to trudno przyjąć, by taki przebieg realizacji umowy i jej zakończenia determinował wykluczenie Odwołującego w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. W wyniku realizacji tej umowy nie doszło bowiem do odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Odwołującego; niewykonania bądź nienależytego wykonania umowy ze strony Odwołującego; naliczenia kar umownych (odszkodowania) lub wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Lakoniczność uzasadnienia decyzji Zamawiającego, w tym całkowite pominięcie szeregu okoliczności faktycznych i prawnych dotyczących Umowy Konewka, nie odpowiada wymogom, jakie winny stać u podstawy wykluczenia wykonawcy, bowiem zamawiający obowiązany jest do przedstawienia wyczerpującego uzasadnienia takiej czynności i tym samym umożliwienia wykonawcy podjęcia obrony w postępowaniu odwoławczym. W tym stanie rzeczy stwierdzić należy, iż nie spełniła się przesłanka wykluczenia Odwołującego, a

tym samym decyzja

o odrzuceniu oferty Odwołującego pozostaje pozbawiona podstaw prawnych i faktycznych. Na tym tle stwierdzić należy, iż Zamawiający w treści uzasadnienia o odrzuceniu oferty Odwołującego opiera się na całkowicie błędnych założeniach, jakoby Odwołujący winien był przeprowadzić procedurę self-cleaning i wskazać, jakie w tym zakresie podjął środki naprawcze. Jak wynika z treści art. 110 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych procedurę self-cleaningu stosuje się do wykonawców, względem których zachodzą przesłanki wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Oznacza to, że zaistnienie jednej z przesłanek wykluczenia, względem których self-cleaning może znaleźć zastosowanie, powoduje, że wykonawca, chcąc uniknąć wykluczenia, ma prawo, nie kwestionując zaistnienia podstaw do wykluczenia, wykazać się przedsięwzięciem środków, które to wykluczenie czynią niezasadnym. W odniesieniu do Odwołującego jednak nie zachodzą ani nie zachodziły podstawy do wykluczenia z postępowania w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Skoro tak, to logicznym jest, że wykonawca ten nigdy nie podejmował działań zmierzających do samooczyszczenia się, te bowiem uzależnione są od przyznania, że spełniły się przesłanki wykluczenia. Procedura samooczyszczenia nie może mieć charakteru pozornego, lecz w sposób rzetelny i kompletny powinna wyczerpywać wymogi ujęte przez ustawodawcę. Tylko w ten bowiem sposób możliwe jest zadośćuczynienie celowi, jaki przyświeca tej procedurze, a jakim jest zapewnienie uniknięcia analogicznych sytuacji

w przyszłości. Tym samym procedura samooczyszczenia nie może być przeprowadzana z ostrożności przez wykonawcę, który kwestionuje istnienie podstaw wykluczenia go

z postępowania oraz generuje nieodwracalne skutki. Zagadnienie możliwości przeprowadzenia procedury samooczyszczenia w przypadku, w którym wykonawca kwestionuje zasadność wykluczenia go z postępowania, było wielokrotnie analizowane i doczekało się zgodnych rozstrzygnięć. Z orzecznictwa wynika, że samooczyszczenie przeprowadzone przez wykonawcę nieuznającego istnienia zasadności wykluczenia jest niewiarygodne i budzi daleko idące wątpliwości, co do rzetelności i prawidłowości takiej, podjętej „z ostrożności”, procedury. Uzasadnione przekonanie Odwołującego o nieistnieniu w stosunku do niego podstaw wykluczenia wywołuje przede wszystkim skutek braku możliwości przeprowadzenia w sposób skuteczny procedury samooczyszczenia. Tym samym oczekiwanie Zamawiającego w tym zakresie już z tego powodu pozostaje całkowicie nieuzasadnione. Przeprowadzenie skutecznej procedury samooczyszczenia wywołałoby także daleko idące skutki dla przedsiębiorstwa Odwołującego. Procedura samooczyszczenia wymaga przedsięwzięcia konkretnych i faktycznych działań. Nie wystarczy więc złożenie oświadczenia, czy też inne rozwiązanie, które nie wymagać będzie określonych zmian w strukturze przedsiębiorstwa. Oczekiwane są działania konkretne, wywołujące określone skutki. Ustawodawca w art. 110 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych podaje przykładowy katalog środków i czynności, których podjęcia należy oczekiwać od wykonawcy. Pomijając działania właściwe dla deliktów karnych lub innych wywołujących szkodę u innego podmiotu, wskazana została konieczność wyjaśnienia faktów i okoliczności oraz podjęcie określonych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych. Oczekiwanie podjęcia takich środków przez wykonawcę, który nie doprowadził swoim działaniem do zerwania umowy, jest niczym nieuzasadnione.

II Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego, o dopuszczenie i przeprowadzenie wnioskowanych dowodów oraz o zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

Zamawiający wskazał, że nie może się zgodzić z zarzutami Odwołującego i w całości je kwestionuje. Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych

z postępowania zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Sytuacja, jaka zaszła pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na przebudowę drogi gminnej w Konewce, niewątpliwie wpisuje się w tę przesłankę wykluczenia z postępowania. Zamawiający w IV kwartale 2019 roku przeprowadził postępowanie na wykonanie ww. robót budowlanych i 19 listopada 2019 r. doszło do zawarcia umowy z Odwołującym. Mimo wielokrotnych monitów ze strony Zamawiającego wykonawca nie przystąpił do rozpoczęcia i realizacji robót. W związku z powyższym Zamawiający 23 grudnia 2019 r. rozwiązał w trybie natychmiastowym przedmiotową umowę. Rozwiązanie w trybie natychmiastowym było następstwem zaniechania Odwołującego w zakresie przystąpienia do realizacji przedmiotu umowy. Nie zasługuje na uwzględnienie twierdzenie Odwołującego, iż nie mógł on przystąpić do realizacji z uwagi na niedostarczenie mu przez Zamawiającego decyzji pozwolenia na budowę, gdyż Zamawiający dostarczył mu zaświadczenie Starosty Tomaszowskiego z 11 grudnia 2019 r., znak WAB.6743.1354.2019, z którego jednoznacznie wynikało, iż organ ten nie wnosi sprzeciwu do realizacji zadania objętego umową nr 132/2019 z 19 listopada 2019 r. na „przebudowę drogi gminnej w Konewce”. W tym stanie rzeczy wykonawca nie był podmiotem uprawnionym do kwestionowania przedmiotowego zaświadczenia. Również nie był on podmiotem uprawnionym do żądania dokumentów, w oparciu o które zostało wydane zaświadczenie. Zaświadczenie, jako dokument wydany w postępowaniu administracyjnym, było wiążące zarówno dla Zamawiającego, jak i wykonawcy. A zatem na dzień ostatecznego wezwania Odwołującego do przystąpienia do robót Zamawiający posiadał zaświadczenie wydane przez Starostę Tomaszowskiego uprawniające do wejścia w teren i rozpoczęcia robót budowlanych polegających na remoncie drogi.

Przepisy ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane aktualne na dzień zawarcia umowy o realizację inwestycji dotyczącej przebudowy drogi gminnej w Konewce, w art. 29 ust. 2 pkt 1 wyraźnie stanowią, że pozwolenia na budowę nie wymaga wykonywanie robót budowlanych polegających na remoncie obiektów budowlanych. W przepisie art. 30 ust. 1 pkt 2a lit. a powołana ustawa stanowi, że zgłoszenia organowi administracji architektoniczno-budowlanej wymaga, z zastrzeżeniem art. 29 ust. 3 i 4, wykonywanie remontu, o którym mowa w art. 29 ust. 2 pkt 1, dotyczącego budowli, których budowa wymaga uzyskania

pozwolenia na budowę. Zamawiający dokonał przedmiotowego zgłoszenia, czego potwierdzeniem jest posiadane zaświadczenie. Organ administracji architektoniczno-budowlanej (starosta), kompetentny w tym zakresie, wydając zaświadczenie potwierdził możliwość wykonania robót budowlanych. Nadto, po myśli art. 30 ust. 5a ustawy Prawo budowlane, organ administracji architektoniczno-budowlanej może z urzędu, przed upływem terminu, o którym mowa w ust. 5, wydać zaświadczenie o braku podstaw do wniesienia sprzeciwu. Wydanie zaświadczenia wyłącza możliwość wniesienia sprzeciwu, o którym mowa w ust. 6 i 7, oraz uprawnia inwestora do rozpoczęcia robót budowlanych.

W tym stanie rzeczy nie istniały żadne podstawy, które nie zezwalały Odwołującemu na rozpoczęcie realizacji przedmiotu umowy, tym bardziej, że inwestycja ta została przez Zamawiającego zrealizowana na podstawie dokumentów przedłożonych Odwołującemu, w tym w oparciu o zaświadczenie Starosty Tomaszowskiego z 11 grudnia 2019 r.

Po natychmiastowym rozwiązaniu umowy z Odwołującym Zamawiający zmuszony był w pilnym trybie ogłosić kolejne postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w następstwie którego 14 stycznia 2020 r. została zawarta umowa z innym wykonawcą. Wyłoniony wykonawca wykonał powierzone zadanie w oparciu o zaświadczenie Starosty Tomaszowskiego z 11 grudnia 2019 r.

Mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, iż Odwołujący z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał zobowiązania wobec Zamawiającego, które wynikało z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego tj. umowy z 19 listopada 2019 r., zatem Odwołujący winien zostać wykluczony z udziału w niniejszym postępowaniu ze względu na fakt, iż

z przyczyn leżących po jego stronie w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub

nienależycie wykonał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do rozwiązania umowy w trybie natychmiastowym. Przesłanka ta została przewidziana w rozdziale 9. ustęp 2. podpunkt 2.3 specyfikacji warunków zamówienia, a Zamawiający był zobowiązany do wykluczenia Odwołującego. Przesłanka ta mogłaby zostać uchylona wyłącznie wskutek prawidłowo przeprowadzonej procedury samooczyszczenia, do czego w niniejszej sprawie nie doszło. Odwołujący, składając wraz z ofertą oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz

o braku podstaw do wykluczenia z postępowania, o których mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zaznaczył, że nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający, dokonując weryfikacji ww. oświadczenia stwierdził jednak, że oświadczenie, w ww. zakresie, nie odzwierciedla rzeczywistego stanu rzeczy, że wprowadza Zamawiającego w błąd. Przesłanka wykluczenia z postępowania z powodu złożenia informacji wprowadzających w błąd, zawarta w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, dotyczy wprowadzenia w błąd zamawiającego przy wykazywaniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji. Dotyczy więc stricte informacji odnoszących się do sytuacji podmiotowej wykonawcy, których ocena decyduje o udziale w postępowaniu. Przepis ma o tyle istotne znaczenie, że właśnie ten zakres informacji badany jest w postępowaniu na podstawie oświadczeń. Z tej perspektywy bardzo istotne jest nałożenie na wykonawców odpowiedniej sankcji za złożenie nieprawdziwych oświadczeń, na podstawie których zamawiający będzie dokonywał weryfikacji sytuacji podmiotowej wykonawców. W niniejszym przypadku, pomimo że istniały podstawy wykluczenia, Odwołujący nie wskazał ich w złożonym oświadczeniu, czym wprowadził Zamawiającego w błąd.

Bezsprzecznie w niniejszym przypadku wystąpiła przesłanka wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, która mogłaby zostać uchylona wyłącznie wskutek prawidłowo przeprowadzonej procedury samooczyszczenia, do czego nie doszło. Istotą samooczyszczenia jest dobrowolna chęć naprawienia szkody przez wykonawcę. Artykuł 110 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że z inicjatywą samooczyszczenia musi wystąpić wykonawca. Nie jest zatem możliwe zastosowanie self-cleaningu w sytuacji, kiedy to zamawiający w toku postępowania pozyska informacje, że zaistniała podstawa wykluczenia. Informacje na temat samooczyszczenia wykonawca powinien przedstawić, co

do zasady,

w oświadczeniu własnym składanym wraz z ofertą albo wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W niniejszym przypadku Odwołujący w żadnym dokumencie nie odniósł się do sytuacji rozwiązania z nim w trybie natychmiastowym umowy z 19 listopada 2019 r., co przesądza że nie doszło do skutecznego samooczyszczenia, a więc Odwołujący winien zostać wykluczony z udziału w niniejszym postępowaniu.

Wobec powyższego Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał czynności w postaci odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na zaistniałą przesłankę wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w sposób prawidłowy dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

III Stanowisko Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (ustawy Prawo zamówień publicznych).

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania, tj. treść specyfikacji warunków zamówienia, treść oferty Odwołującego i złożonych przez niego oświadczeń, jak też sam przebieg realizacji umowy nr 132/2019 z 19 listopada 2019 r., dotyczącej przebudowy drogi gminnej w Konewce, nie jest sporny między Stronami i odpowiada przedstawionemu w pismach procesowych wraz z załączonymi do nich dokumentami oraz podczas rozprawy. Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przedstawionej przez Zamawiającego, złożonych pism wraz z załączonymi dokumentami oraz stanowisk Stron przedstawionych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W odwołaniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w związku z art. 109 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a w konsekwencji art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przywołane przepisy stanowią:

Art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych: Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Prawo zamówień publicznych: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych: Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Jak wynika z rozdziału 9. specyfikacji warunków zamówienia „Podstawy wykluczenia z postępowania”, ustęp 2. Zamawiający przewidział podstawy wykluczenia wskazane w art.

109 ust. 1 pkt 4, 5 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

27 kwietnia 2022 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że odrzucił jego ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w związku z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazując, że przesłankę wykluczenia wskazaną w art. 109 ust. 1 pkt 7 zamawiający weryfikuje na podstawie oświadczenia z art. 125 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wykonawca (Odwołujący) składając wraz z ofertą oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz o braku podstaw do wykluczenia z postępowania,

o których mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zaznaczył, że nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający, dokonując weryfikacji ww. oświadczenia stwierdził, że w oświadczeniu, w zakresie ww. przesłanki została wskazana nieprawda. Zamawiający w IV kwartale 2019 r. przeprowadził postępowanie na wykonanie robót budowlanych na „przebudowę drogi gminnej w Konewce”. 19 listopada 2019 r. doszło do zawarcia umowy pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym na wykonanie ww. robót. Mimo wielokrotnych pism ze strony Zamawiającego wykonawca nie przystąpił do rozpoczęcia i realizacji robót. W związku z tym Zamawiający 23 grudnia 2019 r. rozwiązał w trybie natychmiastowym przedmiotową umowę. Zgodnie z art. 111 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych wykluczenie na podstawie przesłanki wynikającej z art. 109 ust. 1 pkt 7 jest możliwe w okresie 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. W związku z powyższym wykonawca składając oświadczenie powinien wskazać, że podlega wykluczeniu na podstawie ww. artykułu, a tym samym wskazać okoliczności, na podstawie art. 110 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, jakie podjął środki naprawcze. Wykonawca powinien wskazać, że zaistniała wobec niego podstawa wykluczenia z postępowania, wyjaśnić zamawiającemu rzetelnie stan faktyczny, opisując jednocześnie, jakie działania naprawcze podjął w celu wyeliminowania podobnych zdarzeń w przyszłości. Informacje takie wykonawca zamieszcza już w oświadczeniu wstępnym, składanym na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Moment przedstawienia środków naprawczych może jednakże zależeć od stanu faktycznego konkretnej sprawy. Nie jest wykluczone zupełnie podjęcie działania w celu samooczyszczenia także po złożeniu oferty albo wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a więc w zasadzie w każdym momencie w toku postępowania

o udzielenie zamówienia, dopóki zamawiający nie podejmie decyzji o wykluczeniu wykonawcy. Przesłanka wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych nie wymaga stwierdzenia naruszenia przez sąd, wymagając jedynie jednostronnej negatywnej decyzji zamawiającego. Jeżeli zamawiający wpisał podstawę wykluczenia wynikającą z ww. artykułu, w prowadzone postępowanie, wówczas zaistniała sytuacja powoduje ziszczenie się tej sankcji względem wykonawcy, który spowodował wypowiedzenie umowy o zamówienie publiczne. Opisana sytuacja wpisuje się w tę przesłankę wykluczenia wykonawcy

z postępowania.

Przywołane przez Zamawiającego pismo z 23 grudnia 2019 r. było częścią ciągu korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym, odnoszącej się głównie do konieczności przedstawienia decyzji o pozwoleniu na budowę dla inwestycji, której dotyczyła umowa. W piśmie tym Zamawiający wskazał, że Zamawiający dostarczył zaświadczenie Starosty Tomaszowskiego z 11 grudnia 2019 r., z którego jednoznacznie wynika, iż organ ten nie wnosi sprzeciwu do realizacji zadania objętego umową nr 132/2019 z 19 listopada 2019 r. na „przebudowę drogi gminnej w Konewce”. Zatem wykonawca nie jest podmiotem uprawnionym do kwestionowania przedmiotowego zaświadczenia. Również nie jest podmiotem uprawnionym do żądania dokumentów, w oparciu o które zostało zaświadczenie wydane. Zaświadczenie, jako dokument wydany w postępowaniu administracyjnym, jest wiążące zarówno dla Zamawiającego, jak i wykonawcy. Oczywistym jest, iż przedmiotowe zaświadczenie nie stanowi decyzji administracyjnej pozwolenia na budowę. Jednak prace budowlane mogą być realizowane w oparciu o pozwolenie na budowę bądź na podstawie zgłoszenia. W drugim przypadku, jeśli właściwy organ nie wniesie sprzeciwu do realizacji zadania, może ono być realizowane. Oczywistym jest, że wówczas pozwolenie na budowę nie jest potrzebne. Wykonawca nie ma żadnych podstaw, aby kwestionować przedmiot zamówienia i jego zakres. Wiążąca w tym zakresie jest zawarta umowa. Z całą pewnością Zamawiający nie ma podstaw, aby kwestionować zakres robót z uwagi na wydane przez Starostę Tomaszowskiego zaświadczenie. Zgodnie z ustaleniami poczynionymi na spotkaniu 2 grudnia 2019 r. Zamawiający pozyskał zaświadczenie umożliwiające wykonawcy wejście na teren budowy celem wykonania: uzupełnienia ubytków na jezdni i odtworzenie nawierzchni z betonu asfaltowego, uzupełnienia i wyrównanie poboczy, wymiany nawierzchni chodnika utwardzonej kruszywem i częściowo kostką betonową na nawierzchnię z kostki betonowej. Podczas spotkania uzgodniono, iż wykonawca w pierwszym etapie wykona przede wszystkim nawierzchnię asfaltową oraz obsadzi krawężnik. Posiadane zaświadczenie umożliwia wykonanie przedmiotowych robót. Zamawiający nie podziela także twierdzeń wykonawcy w zakresie projektu budowlanego. Projekt budowlany był uszczegółowiany na życzenie wykonawcy po podpisaniu umowy, pomimo iż był on załącznikiem do przetargu. Przekazane po podpisaniu umowy uzupełnienia do projektu branży drogowej są zmianami nieistotnymi, które należy rozwiązywać na etapie budowy. Wykonawca stawia również zarzut niezgodności przedmiarów w stosunku do projektu budowlanego - roboty opisane lub wskazane w projekcie budowlanym wchodzą w skład zamówienia, chociażby nie zostały ujęte w projekcie wykonawczym, STWiORB lub przedmiarze. Zamawiający poczytuje pismo wykonawcy z 19 grudnia 2019 r. za uchylenie się od realizacji umowy. Zamawiający na etapie składania ofert informował wykonawców, iż

nie jest możliwe przedłużenie terminu wykonania umowy, a zatem wniosek wykonawcy o przedłużenie terminu realizacji I etapu umowy nie może zostać zrealizowany. Ponadto Zamawiający nie podziela stanowiska wykonawcy, iż to z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego wskazany I etap realizacji umowy nie może zostać zrealizowany. Niezależnie od powyższego wskazuję, iż przedmiotowa umowa w § 1 ust. 1 stanowi, że Zamawiający pozyska decyzję o pozwoleniu na budowę do 29 listopada 2019 r. W przypadku braku pozyskania tej decyzji Zamawiający zastrzega sobie prawo do rozwiązania umowy o roboty budowlane przed rozpoczęciem robót budowlanych bez ponoszenia konsekwencji finansowych z tytułu jej rozwiązania. Wobec powyższego zapisu i twierdzeń wykonawcy o braku decyzji o pozwoleniu na budowę, a także żądaniem wydłużenia terminu realizacji robót skutkującego utratą możliwości dofinansowania Zamawiający zmuszony jest rozwiązać z wykonawcą w trybie natychmiastowym przedmiotową umowę. Zamawiający nie może bowiem na skutek bezpodstawnych twierdzeń wykonawcy utracić możliwości dofinansowania przedmiotu umowy w ramach podpisanej już umowy z Wojewodą Łódzkim. „Mając powyższe na uwadze, stosownie do brzmienia § 1 ust. 1 nr 132/2019 z 19 listopada 2019 r. na <<Przebudowę drogi gminnej w Konewce>> w imieniu Gminy Inowódz oświadczam, iż rozwiązuję w trybie natychmiastowym przedmiotową umowę. Skutek rozwiązujący nastąpi z dniem doręczenia niniejszego oświadczenia.”

Przywołany § 1 ust. 1 przedmiotowej umowy z 19 listopada 2019 r. ma następującą treść: „Przedmiotem umowy są roboty budowlane obejmujące swym zakresem przebudowę drogi gminnej w Konewce. Zamawiający pozyska decyzję o pozwoleniu na budowę do 29.11.2019 r. W przypadku braku pozyskania w/w decyzji zamawiający zastrzega sobie prawo do rozwiązania umowy o roboty budowlane przed rozpoczęciem robót budowlanych bez ponoszenia konsekwencji finansowych z tytułu jej rozwiązania. Zamawiający zastrzega sobie również prawo do rozwiązania niniejszej umowy przed rozpoczęciem robót budowlanych bez ponoszenia konsekwencji finansowych w przypadku gdy w w/w terminie utraci możliwość dofinansowania przedmiotu umowy w ramach podpisanej już umowy z Wojewodą Łódzkim. Za najbliższy możliwy termin rozpoczęcia robót budowlanych uważa się datę pozyskania pozwolenia na budowę.”

Zaświadczenie Starosty Tomaszowskiego z 11 grudnia 2019 r. wskazywało, że na podstawie art. 30 ust. 5aa ustawy Prawo budowlane w związku ze zgłoszeniem z 4 grudnia 2019 r. dotyczącym zamiaru remontu drogi gminnej na długości 1325 mb w miejscowości Konewka realizowanego w całości w istniejącym pasie drogowym na działkach o nr ewid. (...) zaświadcza się, że brak jest podstaw do wniesienia sprzeciwu odnośnie wykonania powyższych robót. W przypadku nierozpoczęcia wykonywania robót budowlanych przed upływem 3 lat od określonego w zgłoszeniu terminu ich rozpoczęcia. rozpoczęcie tych robót może nastąpić po dokonaniu ponownego zgłoszenia.

Art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że zamawiający może wykluczyć z postępowania wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Nie ulega wątpliwości, że Odwołujący nie wykonał przedmiotowej umowy z 19 listopada 2019 r. - w ogóle nie przystąpił do jej realizacji - i że została ona rozwiązana przez Zamawiającego przed przystąpieniem Odwołującego do realizacji. Jak jednak wynika z powyżej przywołanego stanu faktycznego, pomimo toczącego się pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym sporu dotyczącego rozpoczęcia realizacji tej umowy i - w konsekwencji - braku jej rozpoczęcia, formalną i prawną podstawą rozwiązania tej umowy przez Zamawiającego był rzeczywście

§ 1 ust. 1 umowy - jak prawidłowo wskazywał Odwołujący w swoim stanowisku, a dokładniej - jego postanowienie dające Zamawiającemu prawo do rozwiązania umowy przed rozpoczęciem robót budowlanych w przypadku braku pozyskania pozwolenia na budowę, do którego to pozyskania i przedstawienia wykonawcy Zamawiający zobowiązał się do 29 listopada 2019 r. („Mając powyższe na uwadze, stosownie do brzmienia § 1 ust. 1 nr 132/2019 z 19 listopada 2019 r. na <<Przebudowę drogi gminnej w Konewce>> w imieniu Gminy Inowódz oświadczam, iż rozwiązuję w trybie natychmiastowym przedmiotową

umowę.”)

Zatem, pomimo toczzonego sporu z Odwołującym, Zamawiający finalnie zdecydował się na

rozwiązanie umowy z przyczyn leżących po jego własnej stronie, a nie po stronie wykonawcy.

Powyższa okoliczność, w ocenie Izby, jest wystarczająca do stwierdzenia, że przesłanka opisana w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie spełniła się w całości (nie zaistniały wszystkie jej elementy) - co jest konieczne do wykluczenia wykonawcy z postępowania - zatem nie zaistniały podstawy do wykluczenia Odwołującego z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba zgodziła się także ze stanowiskiem Odwołującego, że niedopuszczalne jest, by Odwołujący po dopiero ponad dwóch latach od rozwiązania umowy, biorąc udział w kolejnym postępowaniu o udzielenie zamówienia, został poinformowany przez dotychczasowego kontrahenta (Zamawiającego), że zachodzą w stosunku do niego podstawy wykluczenia ze względu na niewykonanie umowy, o których nie został wcześniej poinformowany, gdyż - niezależnie od sytuacji poprzedzającej rozwiązanie umowy i wątków podnoszonych przez Zamawiającego w piśmie z 23 grudnia 2019 r. - nie wynika to z samej podstawy rozwiązania umowy. W szczególności ze względu na trzy okoliczności, tj. po pierwsze, że przedmiotowa przesłanka wykluczenia dotyczy nie tylko postępowań prowadzonych przez Zamawiającego, lecz ogółu postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, zatem wykonawca musi orientować się w swojej sytuacji prawnej, nie zaś być narażonym na ewentualne zarzuty składania innym zamawiającym nieprawdziwych informacji. Po drugie, w przypadku sposobu rozwiązania umowy, który wpisywałby się w przesłanki art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, Odwołujący mógłby w chwili rozwiązania umowy wejść w polemikę z Zamawiającym co do podstaw owego rozwiązania i uregulować swoją sytuację prawną, tj. albo doprowadzić do uznania, że nie zachodzą wobec niego przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, albo wiedzieć, że musi zastosować owo samooczyszczenie, na które wskazywał Zamawiający. Po trzecie zaś - nie tylko ze względu na samego Odwołującego, ale też z punktu widzenia konieczności zapewnienia ładu

i bezpieczeństwa obrotu na rynku zamówień publicznych, gdyż potencjalnie mogłaby być podważana prawidłowość innych umów zawartych przez innych zamawiających.

Należy także zwrócić uwagę na pozostałe aspekty umowy z 19 listopada 2019 r., na które częściowo słusznie wskazywał Odwołujący, a które powodują, że nie można obciążyć go odpowiedzialnością za rozwiązanie tej umowy w kontekście przesłanki art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych „z przyczyn leżących po jego stronie”.

Po pierwsze bowiem Zamawiający w § 1 ust. 1 umowy (jak i we wcześniej prowadzonym postępowaniu przetargowym) wskazał, że przedmiotem umowy są roboty budowlane obejmujące swym zakresem przebudowę drogi gminnej w Konewce, w związku z czym Zamawiający pozyska decyzję o pozwoleniu na budowę do 29 listopada 2019 r., a za najbliższy możliwy termin rozpoczęcia robót budowlanych uważa się datę pozyskania pozwolenia na budowę. Zamawiający takowego pozwolenia na budowę nie pozyskał - nie tylko do wskazanej daty 29 listopada 2019 r., ale także później.

Izba nie rozstrzyga w tym momencie, czy takowe pozwolenie na budowę w świetle przepisów Prawa budowlanego było konieczne - natomiast pozwolenie to było jednym z istotnych postanowień zawartej pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym umowy, które m.in. skutkowało możliwością rozpoczęcia jej realizacji. Jak wynika z wyjaśnień Zamawiającego złożonych podczas rozprawy, do 29 listopada 2019 r. nie ustalił on finalnie, czy ma obowiązek uzyskania owego pozwolenia na budowę i w jakim zakresie.

Po drugie, w terminie do 29 listopada 2019 r. Zamawiający w ogóle nie wystąpił o pozwolenie na budowę ani nie dokonał zgłoszenia - jak wyjaśnił podczas rozprawy, dopiero ustalał, czy konieczne jest uzyskanie decyzji o pozwoleniu na budowę i w jakim zakresie, czy też wystarczy samo zgłoszenie. Jak wynika z zaświadczenia Starosty Tomaszewskiego, zgłoszenie takie zostało dokonane dopiero 4 grudnia 2019 r.

Po trzecie, nawet gdy Zamawiający ustalił, że nie musi uzyskać decyzji o pozwoleniu na budowę (przynajmniej dla większości zakresu robót, gdyż co do niektórych pozostały wątpliwości, o których świadczy zastrzeżenie zawarte w kolejnej dokumentacji przetargowej), postanowienia umowy z Odwołującym dotyczące pozwolenia na budowę nie uległy zmianie. Po czwarte, jak również zauważył Odwołujący, treść zaświadczenia Starosty Tomaszewskiego z 11 grudnia 2019 r. budzi wątpliwości, gdyż - wbrew twierdzeniom Zamawiającego - nie wynika z niego jednoznacznie, iż organ ten nie wnosi sprzeciwu do realizacji zadania objętego umową nr 132/2019 z 19 listopada 2019 r. na „przebudowę drogi gminnej w Konewce” - takich stwierdzeń w tym zaświadczeniu nie ma - natomiast samo zaświadczenie dotyczy zgłoszenia zamiaru remontu drogi gminnej w miejscowości Konewka, a nie jej przebudowy. Tymczasem, wbrew twierdzeniu Zamawiającego decyzja o pozwoleniu

na budowę i zaświadczenie o braku sprzeciwu w przypadku zgłoszenia robót nie są dokumentami „tożsamymi” i w przypadku, gdy decyzja o pozwoleniu na budowę jest wymagana, samo zgłoszenie nie jest wystarczające

- i brak sprzeciwu co do tego zgłoszenia. Zgodnie bowiem z art. 28 ust. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 2351 z późn. zm.) roboty budowlane można rozpocząć jedynie na podstawie decyzji o pozwoleniu na budowę, z zastrzeżeniem art. 29-31, które określają wyjątki m.in. w postaci możliwości dokonania zgłoszenia robót, co jednak zależy od zakresu zgłaszanych robót. Tym samym zrozumiałe jest, iż wykonawca mający wykonywać dane roboty budowlane pragnął uzyskać wiedzę, jakie konkretnie prace Zamawiający zgłosił, skoro odstąpił od zamiaru uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę. Po piąte zaś, nawet jeśli Odwołujący wobec zaistniałych w sprawie okoliczności (krótszy niż planowano termin wykonania robót, różnica zakresu prac wycenionego według przedmiaru i w dokumentacji itd.) rzeczywiście uznał, że realizacja umowy nie jest dla niego opłacalna, to - jak również słusznie wskazał Odwołujący - Zamawiający de facto nie potrafił wskazać konkretnego postanowienia lub postanowień umowy z 19 listopada 2019 r., które naruszył Odwołujący, a które doprowadziły do jej rozwiązania. Dlatego też prawdopodobnie Zamawiający, pomimo podnoszonych w piśmie z 23 grudnia 2019 r. zastrzeżeń wobec odwołującego, rozwiązał umowę korzystając z regulacji jej § 1 ust. 1.

Co do wskazywanego naruszenia przez Zamawiającego art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba stwierdziła, że Odwołujący w tym zakresie nie sformułował innych zastrzeżeń niż sam fakt, że jego zdaniem Zamawiający nie poświęcił wystarczająco uwagi uzasadnieniu wszystkich elementów przesłanki wykluczenia opisanych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednak zgodnie z tym przepisem Zamawiający miał poinformować Odwołującego o przyczynach faktycznych i prawnych odrzucenia oferty, co też uczynił. Czy owo uzasadnienie jest wystarczające, by udowodnić słuszność stanowiska Zamawiającego, jest kwestią ocenianą w ramach samej oceny wystąpienia przesłanek art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 2 pkt 1, § 5, § 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z dyspozycją art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Z § 2 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na roboty budowlane o wartości nie przekraczającej progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wynosi 10.000 złotych.

Zgodnie z § 5 rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące m.in. koszty związane

z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę i wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, nieprzekraczające łącznie kwoty 3.600 złotych.

Z kolei § 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia stanowi, że w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi zamawiający; a Izba zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2.

Izba uwzględniła zatem uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 10.000 złotych oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600 złotych.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący: