Sygn. akt: KIO 1990/23

WYROK
z dnia 25 lipca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 25 lipca 2023 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lipca 2023 roku przez wykonawcę *FlexiPower Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Kudrowicach*
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – *Gmina Białe Błota*
przy udziale:

A)Wykonawcy *PRO-ECO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni*zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 1990/23 po stronie Zamawiającego

B) Wykonawcy *SOLARSPOT spółka akcyjna z siedzibą w Komornikach*zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 1990/23 po stronie Odwołującego

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie.

Nakazuje Zamawiającemu, w postępowaniu o udzielnie zamówienia pn.:*„Budowa farmy fotowoltaicznej w formule zaprojektuj i wybuduj w ramach zadania pn. Budowa farmy fotowoltaicznej na terenie gminy Białe Błota”* unieważnienie czynności z dnia
3 lipca 2023 roku, tj. wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy *PRO-ECO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni.*

Nakazuje Zamawiającemu odrzucenie, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Prawo zamówień publicznych oferty wykonawcy *PRO-ECO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni.*

*2.*Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – *Gminę Białe Błota* i:

*2.1*zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę *FlexiPower Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Kudrowicach* tytułem wpisu od odwołania,

*2.2*zasądza od Zamawiającego *Gminy Białe Błota*na rzecz wykonawcy *FlexiPower Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Kudrowicach* kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem wniesionego wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 1990/23

U Z A S A D N I E N I E

Zamawiający – *Białe Błota*prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pod nazwą*„Budowa farmy fotowoltaicznej w formule zaprojektuj i wybuduj w ramach zadania pn. Budowa farmy fotowoltaicznej na terenie gminy Białe Błota”.*
Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu pod numerem 2023/BZP 00188965/01.

W dniu 10 lipca 2023 roku Odwołujący działając na podstawie na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 poz. 1710; dalej „ustawa”, „PZP”) wniósł odwołaniewobec czynności polegającej na wyborze oferty PRO-ECO spółka z ograniczona odpowiedzialnością (daje: PRO-ECO) jako najkorzystniejszej w postępowaniu oraz zaniechanie wykluczenia tegoż wykonawcy
i odrzucenia jego oferty
Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1)naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 7 i 8 ustawy w zw. z art. 109 ust. 2 ustawy przez dokonanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty PRO-ECOi zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy PRO-ECO podczas gdy wykonawca
ten spełnia fakultatywne przesłanki wykluczenia, które Zamawiający przewidział
w ogłoszeniu o zamówieniu i SWZ, ponieważ:

a) z przyczyn leżących po jego stronie w stopniu większym niż znaczny nie wykonał istotnego zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do odstąpienia od umowy przez Zamawiającego,

b) w wyniku co najmniej rażącego niedbalstwa co najmniej wprowadził Zamawiającego
w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzieleniu zamówienia lub informacje te zataił,

2)naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy przez dokonanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i zaniechania odrzucenia oferty PRO-ECO jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

-unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 3 lipca 2023 r.,
a także nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wykluczenia wykonawcy PRO-ECO oraz odrzucenia jego oferty,
-orzeczenie na rzecz Odwołującej się uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego, obejmujących w szczególności wynagrodzenie pełnomocnika
w wysokości 3.600 złotych, określonych na podstawie rachunku, który zostanie przedłożony do akt sprawy,
-dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania,
-zobowiązanie Zamawiającego do załączenia dokumentacji postępowania oraz dokumentacji postępowania w postaci elektronicznej o udzielenie zamówienia *Budowa farmy fotowoltaicznej w formule zaprojektuj i wybuduj w ramach zadania pn. Budowa farmy fotowoltaicznej na terenie gminy Białe Błota.*

Odwołujący podał, że ma interes we wniesieniu odwołania w myśli art. 505 ust. 1 ustawy uzasadniając to następująco:

Zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy środki ochrony prawnej przewidziane w ustawie przysługują podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Nie ulega wątpliwości, że w niniejszej sprawie Odwołująca się ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem analizowanego postępowania. Wynika to z faktu,
że uczestniczyła ona w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jako wykonawca, lecz jej oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza ani też odrzucona. Biorąc pod uwagę fakt, iż Zamawiający w niniejszym postępowaniu zdecydował
o zastosowaniu procedury tzw. odwróconej, o której mowa w art. 139 ustawy (pkt 19.2. ust. 1 SWZ) po wykluczeniu wykonawcy PRO-ECO i odrzuceniu jego oferty Zamawiający dokona ponownego badania i oceny ofert a następnie także kwalifikacji podmiotowej pozostałych oferentów czego do tej pory nie czynił, a zatem oferta Odwołującej się zachowa możliwość bycia wybraną jako najkorzystniejsza. Niezgodny z przepisami wybór najkorzystniejszej oferty PRO-ECO i zaniechanie jej odrzucenia naraża zatem Odwołującego na szkodę
w granicach *lucrum cessans*, tj. korzyści jakie mógłby odnieść, gdyby doszło do realizacji przezeń zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał:
W dniu 24 kwietnia 2023 r. Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w przedmiocie inwestycji *Budowa farmy fotowoltaicznej w formule zaprojektuj i wybuduj w ramach zadania pn. Budowa farmy fotowoltaicznej na terenie gminy Białe Błota.*

W przedmiotowym postępowaniu ofertę złożyli Odwołujący oraz PRO-ECO, której oferta została ostatecznie wybrana jako najkorzystniejsza w dniu 3 lipca 2023 r. Oferta Odwołującej nie została odrzucona.

Dowody:

- ogłoszenie o zamówieniu (w aktach postępowania),

- informacja z otwarcia ofert (w aktach postępowania),

- zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 3 lipca 2023 r. (w aktach postępowania)

Zamawiający wskazał w ogłoszeniu o zamówieniu (sekcja V pkt 5.1. oraz 5.2.) oraz SWZ (pkt. 8.2. ppkt 4 i 5) na obowiązujące fakultatywne podstawy wykluczenia wykonawcy m. in. art. 109 ust. 1 pkt. 7 oraz 8 ustawy tj. stanowiące, że wykluczeniu podlega wykonawca, *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 czy też który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.*

Zgodnie natomiast z pkt. 9.1. oraz 9.2. wykonawca zobowiązany było dołączyć do oferty, aktualne na dzień złożenia oferty, oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu w zakresie wskazanym w SWZ oraz ogłoszeniu o zamówieniu zgodnie ze wzorem formularza 3.1 zamieszczonym w rozdziale 3 Tomu I SWZ. W pkt. 9.4. SWZ Zamawiający zastrzegł,
iż w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z udziału
w postępowaniu oświadczenie, o którym mowa w pkt. 9.1.a. SWZ jest jednocześnie oświadczeniem ostatecznym i Zamawiający nie żąda od wykonawcy złożenia podmiotowych środków dowodowych z tym zakresie.

Wykonawca PRO-ECO w złożonej ofercie złożył oświadczenie w trybie art. 125 ust. 1ustawy na formularzu 3.1., w którym oświadczył: *„nie podlegam wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 4-10 ustawy Pzp w zakresie okoliczności, które Zamawiający wskazał w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w pkt. 8.2 Instrukcji dla Wykonawców”* Formularz przewidywał również, w przypadku gdy wykonawca zaznaczył, iż podlega w powyższym zakresie podstawom wykluczenia, złożenie wyjaśnień jakie podjął czynności w ramach procedury *self-cleaning* – wykonawca PRO-ECO część tą wykreślił jako niepotrzebną. Tym samym wykonawca jednoznacznie złożył oświadczenia, iż nie podlega przesłankom wykluczenia przewidzianym przez Zamawiającego.

Dowody:

- Specyfikacja warunków zamówienia wraz z załącznikami (w aktach postępowania),

- oferta PRO-ECO sp. z o.o. wraz z załącznikami (w aktach postępowania)

Oświadczenie PRO-ECO nie przystaje jednak do okoliczności faktycznych. W trybie wnioskowania o dostęp do informacji publicznej powzięto wiedzę, iż Zamawiający Gmina Białaczów, która zawarł w dniu 22 grudnia 2021 r. umowę z PRO-ECO w ramach zamówienia publicznego pn. *Wymiana źródeł ciepła na terenie Gminy Białaczów* odstąpił

od umowy z winy wykonawcy w czerwcu 2022 r.

Dowody:

- *zawarta pomiędzy Zamawiającym Gmina Białaczów a Pro-Eco Sp. z o. umowa nr 272.10.2021 z dnia 22 grudnia 2021 r.,*

- *oświadczenie Zamawiającego Gminy Białaczów o odstąpieniu od umowy przez Zamawiającego z dnia 9 czerwca 2022 r.*

Prace w ramach umowy miały zostać wykonane do dnia 22 lipca 2022 r. Powodem złożenia oświadczenia o odstąpieniu przez Zamawiającego było przerwania przez wykonawcę prac
i brak uzasadnienia tejże przerwy oraz fakt, iż opóźnienie PRO-ECO w wykonaniu zadania było tak znaczne, iż nie było prawdopodobne, że wykonawca zdoła ukończyć zadanie
w czasie umówionym (§17 ust. 1 pkt 1 lit. c umowy oraz art. 635 k.c.).

Odwołujący podał, że w związku z powyższym stwierdzić należy, iż wobec wykonawcy PRO-ECQ który nie tylko z przyczyn leżących po jego stronie w znacznym zakresie nie wykonał zobowiązana wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego,
co doprowadziło do odstąpienia od umowy przez Zamawiającego Gminę Białaczów, ale również w wyniku co najmniej rażącego niedbalstwa wprowadził w błąd Zamawiającego Gminę Białe Błota przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, co wprost wpłynęło na to, że Zamawiający Gmina Białe Błota podjął decyzję o wyborze oferty tegoż wykonawcy w niniejszym postępowaniu lub nawet informację o odstąpieniu od umowy
ze swojej winy przez Gminę Białaczów zataił wobec Zamawiającego Gmina Białe Błota, zachodzą przesłanki do wykluczenia, o których mowa w pkt. 8.2. ppkt 4 i 5 umowy, a zatem wykonawca PRO-ECOwinien być wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona.

Odwołujący wskazał na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt: KIO 375/22, podnoszą, że sprawa ta jest analogiczna do objętej przedmiotowym odwołaniem. Odwołujący uzasadniał, że w przywołanym orzeczeniu Izba uznała za zasadne wykluczenie wykonawcy i odrzucenie jego oferty choćby tylko na tej podstawie, iż wykonawca zaniechał wyjaśnienia Zamawiającemu okoliczności związanych z rozwiązaniem wcześniejszej umowy przed czasem. Powyższe oznacza, iż Zamawiający Białe Błota winien wykluczyć wykonawcę PRO-ECO już na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 7 ustawy bez potrzeby ani konieczności żądania od PRO-ECO jakichkolwiek wyjaśnień w tym przedmiocie.

Oferta PRO-ECO jest zatem ofertą wniesioną przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu co winno skutkować jej odrzuceniem na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. a ustawy. Wybrany wykonawca nie tylko nie ujawnił wobec Zamawiającego Białe Błota, iż doszło
do odstąpienia od wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego przez Zamawiającego z powodu niewykonania umowy w znacznym zakresie przez PRO-ECO, ale także, co równie istotne, nie przedsięwziął żadnych działań zmierzających do wyjaśnienia okoliczności związanych z odstąpieniem, co mogłoby być istotne dla Zamawiającego
w niniejszej sprawie – tym samym wykreował wobec siebie kolejną podstawę wykluczenia,
o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy. Zaniechania Zamawiającego związane
z brakiem wykluczenia i odrzucenia oferty mają zatem charakter niezgodny z przepisami ustawy, co czyni uzasadnionym złożenie niniejszego odwołania.

Wpływ na wynik postępowania - zgodnie z art. 554 ust. 1 ustawy Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi

naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Utrzymanie w mocy czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz zaniechanie odrzucenia oferty oraz wykluczenia PRO-ECO miałoby taki wpływ na wynik postępowania, że jako oferta najkorzystniejsza zostałaby wybrana oferta niezgodna z przepisami prawa i warunkami postępowania, co jednocześnie uniemożliwiłoby wybór oferty zgodnej z ustawą jako oferta Odwołującego. Jak wskazuje Izba m.in. w wyroku z dnia 5 października 2016 r. sygn. akt KIO 1760/16 *„Za wynik postępowania należy uznać wybór konkretnej oferty jako najkorzystniejszej."* Uwzględnienie odwołania będzie skutkować tym, że w postępowaniu będzie mogła być wybrana oferta Odwołującego.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego oraz uczestników postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła,
co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy z dnia 11 września 2019 roku skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 10 lipca 2023 roku (poniedziałek) od czynności Zamawiającego z dnia 3 lipca 2023 roku. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone przez na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Izba stwierdziła:

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku
w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopię dokumentacji,
o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.
Izba uwzględniła stanowiska prezentowane na rozprawie przez Strony i uczestnika postępowania odwoławczego przybyłego na posiedzenie i rozprawę tj.: *PRO-ECO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni* .
Izba uwzględniła stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w piśmie procesowym z dnia 24 lipca 2023 roku „Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie".
Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone w trakcie rozprawy przez Odwołującego:
- dowód nr 1 – pismo z Gminy Białaczów z dnia 20 lipca 2023 roku wraz z Wezwaniem do zapłaty z dnia 16 sierpnia 2022 roku,
- dowód nr 2 - ogłoszenie o zamówieniu, Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej z dnia 23 sierpnia 2021 roku, numer 2021/S 162-426281

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone w trakcie rozprawy przez Zamawiającego:
- dowód nr 3 - Pismo z dnia 8 maja 2023 roku – Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu ofert; Gmina Białaczów,

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone w trakcie rozprawy przez uczestnika postępowania odwoławczego *PRO-ECO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni*:
- dowód nr 4 – pismo z dnia 24 czerwca 2022 roku od *PRO-ECO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni* do Gminy Białaczów.

Izba dopuściła dowody załączone do odwołania tj.:
- zawarta pomiędzy Zamawiającym Gmina Białaczów a Pro-Eco Sp. z o. umowa nr 272.10.2021 z dnia 22 grudnia 2021 r.,
- oświadczenie Zamawiającego Gminy Białaczów o odstąpieniu od umowy przez Zamawiającego z dnia 9 czerwca 2022 r.

W pozostałym zakresie wskazywanych dokumentów w odwołaniu stanowią one akta postępowania odwoławczego.
Izba dopuściła dowody załączone do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawcy *PRO-ECO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni:*
- Umowa nr 272.10.2021 z dnia 22 grudnia 2021 r. wraz z Programem Funkcjonalno-Użytkowym
- Pismo z dnia 12.04.2022 r. wraz ze zwrotnym potwierdzeniem odbioru
- Pismo z dnia 01.06.2022 r. wraz z notą księgową
- Pismo z dnia 25.08.2022 r. wraz ze zwrotnym potwierdzeniem odbioru.
- Protokół inwentaryzacji robót z dnia 06 lipca 2022 r.

Izba zważyła w zakresie zarzutów odwołania:

W zakresie zarzutu 1 i 2 odwołania tj.:

(1) naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 7 i 8 ustawy w zw. z art. 109 ust. 2 ustawy przez dokonanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty PRO-ECO i zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy PRO-ECO podczas gdy wykonawca ten spełnia fakultatywne przesłanki wykluczenia, które Zamawiający przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu i SWZ, ponieważ:

a) z przyczyn leżących po jego stronie w stopniu większym niż znaczny nie wykonał istotnego zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do odstąpienia od umowy przez Zamawiającego,
b) w wyniku co najmniej rażącego niedbalstwa co najmniej wprowadził Zamawiającego
w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzieleniu zamówienia lub informacje te zataił,

(2) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy przez dokonanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i zaniechania odrzucenia oferty PRO-ECO jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Izba zarzuty te (zarzut 1 i 2) uznała za zasadne.

Izba na wstępie wskazuję, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:
- art. 226 ustawy ust. 1 Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:
(…)
2) została złożona przez wykonawcę:
a) podlegającego wykluczeniu z postępowania
- art. 109 ust. 1 - Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:
(…)
7) 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;
8) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych;
- art. 109 ust. 2 ustawy - Jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 1, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.
Izba ustaliła:
Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.
Pismem z dnia 3 lipca 2023 roku Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty wykonawcy *PRO-ECO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni*
Izba ustaliła, że:
W ogłoszeniu o zamówienia Sekcja V pkt 5.1. Zamawiający podłą:
Zamawiający przewiduje fakultatywne podstawy wykluczenia: Tak.
pkt 5.2. *Fakultatywne podstawy wykluczenia: (…) Art. 109 ust. 1 pkt 7, Art. 109 ust. 1 pkt 8 (…)* oraz pkt 5.6. *Wykaz podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie niepodlegania wykluczeniu: W celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu: Oświadczenie wstępne, o którym mowa w pkt 9.1.a) IDW, jest jednocześnie oświadczeniem ostatecznym. Zamawiający nie żąda od Wykonawcy złożenia podmiotowych środków dowodowych w tym zakresie.*
W Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ) Zamawiający w punkcie 8PRZESŁANKI WYKLUCZEN WYKONAWCÓW
Podpunkt 8.2 Dodatkowo Zamawiający wykluczy Wykonawcę na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 4-10 stawy Pzp:
1)*w stosunku do którego otwarto likwidację, ogłoszono upadłość, którego aktywami zarządza likwidator lub sad, zawarł układ z wierzycielami, którego działalność gospodarcza jest zawieszona albo znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury;*
2)*który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy Wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienia, co Zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów;*
3)*jeżeli występuje konflikt interesów w rozumieniu art. 56 ust 2 ustawy Pzp, którego nie można skutecznie wyeliminować w inny sposób, niż przez wykluczenie Wykonawcy;*
4)*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;*
5)*który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych;*
6)*który bezprawnie wpływał lub próbował wpływać na czynności Zamawiającego lub próbował pozyskać lub pozyskał informacje poufne, mogące dać mu przewagę*
w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
7) *który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.*
Zgodnie z punktem 9 SWZ OŚWIADCZENIA I DOKUMENTY, JAKIE ZOBOWIĄZANI SĄ ZŁOŻYĆ WYKONAW CELU WYKAZANIA BRAKU PODSTAW WYKLUCZENIA ORAZ POTWIERDZENIA SPEŁNIANIA WARUNKÓW U W POSTĘPOWANIU:
9.1Do oferty Wykonawca zobowiązany jest dołączyć, aktualne na dzień złożenia oferty, oświadczenia o:
a)niepodleganiu wykluczeniu,
b)spełnianiu warunków udziału w postępowaniu,
w zakresie wskazanym w SWZ oraz ogłoszeniu o zamówieniu.
9.2 Oświadczenia, o których mowa w pkt 9.1. IDW Wykonawca zobowiązany jest złożyć wraz z Ofertą zgodnie z wzorem Formularza 3.1 i Formularza 3.2 zamieszczonych w Rozdziale 3 Tomu I niniejszej SWZ.
Izba ustaliła, że wykonawca *PRO-ECO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni*złożył oświadczenie:
Składając ofertę w trybie podstawowym, na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy Pzp pn.: Budowa farmy fotowoltaicznej w formule zaprojektuj i wybuduj w ramach zadania pn.
„Budowa farmy fotowoltaicznej na terenie gminy Białe Błota".
Znak postępowania: RZP.271.15.2023.ZP2
prowadzonym przez Gminę Białe Błota oświadczam, co następuje:
OŚWIADCZENIA DOTYCZĄCE WYKONAWCY:
1. Oświadczam, że nie podlegam wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 ustawy Pzp.

2. Oświadczam, że nie podlegam wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 4-10 ustawy Pzp w zakresie okoliczności, które Zamawiający wskazał w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w pkt 8.2. Instrukcji dla Wykonawców.
3. Oświadczam, że nie podlegam wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (Dz. U. poz. 835).

Z załączonego do odwołania dokumentu, pismo *Oświadczenie Zamawiającego o bezskuteczności złożonego przez Wykonawcę oświadczenia o odstąpieniu od Umowy wraz z oświadczeniem o odstąpieniu od Umowy przez Zamawiającego* z dnia 9 czerwca 2022 roku z Gminy Białaczów wynika, że:

Działając w imieniu Zamawiającego — Gminy Białaczów, w związku z zawartą Umową na realizację zadania „ Wymiana źródeł ciepła na terenie Gminy Białaczów ", w odpowiedzi na pismo Wykonawcy z dnia I czerwca 2022r. zatytułowane „oświadczenie o odstąpieniu' , Zamawiający wskazuje, że wobec braku aktualizacji w niniejszym stanie faktycznym podstawy do złożenia przedmiotowego oświadczenia jest ono bezskuteczne tj. nie wywołuje żadnych przypisanych mu przez Wykonawcę skutków prawnych.
Jednocześnie wobec przerwania przez Wykonawcę realizacji prac i braku uzasadnienia dla tej przerwy trwającej przez okres co najmniej 7 dni począwszy od dnia 10 maja 2022r. ewentualnie I czerwca 2022r., Zamawiający na podstawie 17 ust. 1 pkt. 1 lit. c Umowy odstępuje od Umowy z winy Wykonawcy.
Ponadto Zamawiający zaznacza, że w stanie faktycznym niniejszej sprawy zaktualizowała się jeszcze co najmniej jedna podstawa stanowiąca przesłankę niniejszego odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego wynikająca z art. 635 kc tj. Wykonawca opóźnia się z wykonaniem dzieła tak dalece, że nie jest prawdopodobne, żeby zdołał je ukończyć w czasie umówionym.
W związku z powyższym Zamawiający na podstawie 13 ust. 1 pkt. 1 lit. c Umowy wzywa Wykonawcę do zapłaty kary umownej z tytułu odstąpienia od Umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w wysokości 10% wynagrodzenia ustalonego w S 9 ust. 2 Umowy tj. kwoty 362 897,45 zł (słownie: trzysta sześćdziesiąt dwa tysiące osiemset dziewięćdziesiąt siedem złotych 45/100) w terminie 14 dni od dnia doręczenia niniejszego pisma.
Jednocześnie wobec poniesienia przez Zamawiającego szkody w związku z brakiem realizacji przedmiotowej Umowy, związanej w szczególności z utratą dofinansowania w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Łódzkiego, której wysokość znacząco przewyższa wysokość wskazanej wyżej kary umownej, Zamawiający w oparciu o regulacje S 13 ust. 2 Umowy wystąpi do Wykonawcy z roszczeniem odszkodowawczym, którego wysokość zostanie szczegółowo wyliczona i przedstawiona Wykonawcy niezwłocznie po jej oznaczeniu.
UZASADNIENIE
[bezskuteczność oświadczenia o odstąpieniu złożonego przez Wykonawcę]
Zamawiający w pierwszej kolejności odnosząc się do oświadczenia złożonego przez Wykonawcę podnosi, że wobec braku ziszczenia się podstaw do jego złożenia, nie sposób uznać by mogło ono wywołać zamierzone przez Wykonawcę skutki prawne. Wskazać należy, że wbrew stanowisku przedstawionemu przez Wykonawcę, wiążąca Strony Umowa nie miała charakteru umowy o roboty budowlane. Głównym przedmiotem niniejszej Umowy była dostawa i montaż pomp ciepła wraz z instalacją fotowoltaiczną. Jak wskazano w opisie przedmiotu Umowy, Wykonawca zobowiązany był między innymi do wymiany 37 sztuk domowych systemów grzewczych polegającej na demontażu aktualnego źródła grzewczego i montażu niskoemisyjnego źródła grzewczego, integracji nowego źródła ciepła z istniejącą instalacją hydrauliczną, montażu zewnętrznej infrastruktury pomp ciepła gruntowych czy też przeszkolenie użytkowników co do zasad prawidłowej eksploatacji zamontowanej pompy ciepła wraz z opracowaniem szczegółowych instrukcji obsługi i ich przekazaniem użytkownikom. Zamawiający podnosi, że wbrew twierdzeniu Wykonawcy jakoby opracowanie dokumentacji projektowej czy sporządzenie projektów geologicznych miałoby świadczyć o charakterze niniejszej Umowy jako umowy o roboty budowalne, stanowisko takie uznać należy za nietrafne. Opisany przedmiot Umowy powoduje, że nie budzi wątpliwości, że jest to umowa o dzieło z elementami umowy o świadczenie usług.
Wymaga podkreślenia, że głównym celem zadania inwestycyjnego była modernizacja źródeł ciepła na terenie gminy, która ostatecznie przyczynić miała się do znacznego spadku emisji gazów cieplarnianych. W odniesieniu do niniejszej Umowy, przedmiotowy cel w głównej mierze miał zostać osiągnięty poprzez dostawę i właściwe zamontowanie pomp oraz instalacji fotowoltaicznych, co wbrew stanowisku Wykonawcy nie stanowiło efektu wykonanych przez niego robót budowalnych.
Co więcej odnosząc się do wskazanej przez Wykonawcę podstawy do złożenia oświadczenia o odstąpieniu, abstrahując od rzeczywistego braku możliwości powołania się na ten przepis wobec braku zastosowania przepisów dotyczących umowy o roboty budowalne do niniejszej Umowy, Zamawiający wskazuje, że jak stanowi art. 649^4 § 3 kc, aby żądanie Wykonawcy było możliwe do przedstawienia konieczne jest zaistnienie dwóch wymienionych w tym artykule przesłanek tj. brak złożenia przez Zamawiającego żądanej gwarancji zapłaty, a także pozostawienie przez Wykonawcę w gotowości do wykonania przedmiotu umowy.
Pierwsza z wskazanych przesłanek, wobec nieznajdowania zastosowania art. 649^3 § 1 kc w odniesieniu do niniejszej Umowy, a w konsekwencji braku możliwości wyciągania względem Zamawiającego negatywnych konsekwencji braku złożenia żądanej gwarancji, w ogóle nie zaktualizowała się w niniejszej sprawie.
Odnosząc się natomiast do drugiej przesłanki tj. pozostawania Wykonawcy w gotowości do wykonania przedmiotu Umowy, Zamawiający podnosi, że w rzeczywistości także i ta okoliczność nie zaistniała w niniejszej sprawie. Należy podkreślić, że w ocenie Zamawiającego wystąpienie przez Wykonawcę z wnioskiem o zastosowanie rozwiązań równoważnych miało wyłącznie charakter pozorny i nakierowane było jedynie na wycofanie się z realizacji Umowy poprzez wykreowanie wadliwej podstawy dla złożenia oświadczenia o odstąpieniu. W ocenie Zamawiającego Wykonawca dążył do takiego zakończenia bytu prawnego zawartej Umowy, w wyniku którego bez właściwego jej wykonania mógłby żądać uzyskania wynagrodzenia z niej wynikającego. Na taki zamiar wskazują chociażby okoliczności tego rodzaju, że wniosek o zastosowanie rozwiązań równoważnych złożony został w bezpośredniej koincydencji czasowej z wezwaniem Wykonawcy do przedłożenia wskazanych w SWZ dokumentów, w tym deklaracji zgodności CE, certyfikatów czy raportów z badań. W ocenie Zamawiającego Wykonawca w rzeczywistości nie miał możliwości złożenia tych dokumentów i sytuację w jakiej się znalazł próbował rozwiązać poprzez zamianę pierwotnie oferowanego urządzenia na inne. Załączone przez Wykonawcę dokumenty do wniosku o zastosowanie urządzeń zamiennych nie mogły zostać uznane za wiarygodne, a zgłaszane przez Zamawiającego zastrzeżenia w tym przedmiocie nie zostały rozstrzygnięte przez Wykonawcę.
Uwzględniając postawę Wykonawcę, w toku procedury rozpatrywania możliwości zastosowania rozwiązań równoważnych, w szczególności zaproponowanie urządzeń kwotowo znacznie przewyższających cenę po jakich pierwotnie miało zostać

zrealizowane zamówienie przy jednoczesnym braku zaproponowania zastosowania alternatywnych urządzeń tego samego producenta dostępnych na rynku, znacznie tańszych od proponowanych przez Wykonawcę (VITOCAL 151-A A16 zamiast VITOCAL 222-A A 16), świadczy o kierowaniu się przez Wykonawcę innymi, nieznanymi Zamawiającemu pobudkami, które świadczą o braku rzeczywistego zamiaru należytego wykonania Umowy. Wykonawca zaproponował alternatywne urządzenia VITOCAL 151-A A16 dopiero po wskazaniu przez Zamawiającego brak spełnienia wymagań postępowania przetargowego przez urządzenie VITOCAL 222-A A 16 i wyraźne zapytanie Zamawiającego o przyczynę braku przedłożenia propozycji rozwiązania równoważnego z uwzględnieniem urządzenia VITOCAL 151-A Al 6. Co więcej Wykonawca pomimo dysponowania inną ofertą znacznie tańszych urządzeń, zbliżonych kwotowo do pierwotnie oferowanych, mimo braku wystąpienia rzeczywistych ku temu podstaw, nie zaproponował Zamawiającemu wykonania Umowy przy ich zastosowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności w ocenie Zamawiającego Wykonawca w rzeczywistości w ogóle nie zamierzał wykonać przedmiotowego zamówienia. Zamawiający rzetelnie przeprowadzając procedurę zatwierdzenia proponowanych rozwiązań równoważnych zobowiązał Wykonawcę do wykazania niezbędnych okoliczności warunkujących wyrażenie stosownej zgody. Wykonawca nie był w stanie zadośćuczynić ciążącym na nim obowiązkom, w tym w zakresie wykazania dochowania należytej staranności. Z niewiadomych przyczyn dążył do zaproponowania Zamawiającemu alternatywnego urządzenia znacznie przekraczającego pierwotnie założone koszty, pomimo braku przeszkód w zaoferowaniu innego, spełniającego wymagania postępowania urządzenia o cenie zbliżonej do ceny wyjściowej.

W ocenie Zamawiającego wszystkie czynności Wykonawcy w rzeczywistości zmierzały do próby wycofania się z realizacji przedmiotowego zamówienia lub wykreowania wadliwej podstawy złożenia pisma zatytułowanego „ oświadczenie o odstąpieniu .

Na marginesie odnosząc się do żądania Wykonawcy w zakresie zapłaty całości wynagrodzenia wynikającego z Umowy w kwocie 3 629 874,50 zł, Zamawiający pragnie podkreślić, że oprócz wadliwej interpretacji samej podstawy dochodzenia tej kwoty, Wykonawca zupełnie pomija okoliczność, że kwota ta niewątpliwie winna zostać pomniejszona o wartość tego co Wykonawca oszczędził z powodu niewykonania Umowy. Tym samym żądanie Wykonawcy jakkolwiek niezasadne, winno zostać pomniejszone między innymi o wartość niezamówionych urządzeń, koszty wynagrodzenia pracowników, którzy w rzeczywistości nie wykonali ewentualnie powierzonych im zadań, koszty najmu sprzętu czy też koszty związane z potencjalnymi procedurami administracyjnymi. Wobec okoliczności, że Wykonawca w rzeczywistość wykonał w ramach zawartej Umowy bardzo ograniczony zakres prac, wystosowane przez niego żądanie niewątpliwe winno zostać znacząco zredukowane.

[oświadczenie o odstąpieniu złożone przez Zamawiającego]

Wykonawca w treści maila wysłanego do Zamawiającego w dniu 10 maja 2022r. złożył oświadczenie, zgodnie z którym „z uwagi na dalszy brak ustosunkowania się Zamawiającego do pism nr 04/25/2021 z dnia II lutego br. oraz pisma nr 12/25/2021 z dnia 20 kwietnia br., (..) skutecznie wstrzymuje możliwość dalszej realizacji przedmiotu Umowy", Wobec powzięcia przez Zamawiającego wątpliwości w zakresie rzeczywistej realizacji Umowy przez Wykonawcę, Zamawiający pismem z dnia 16 maja 2022r. wezwał Wykonawcę do wykazania jakie czynności podjął On od dnia 10 maja 2022r. do dnia udzielenia odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie. Wykonawca tymczasem udzielając odpowiedzi na tak skierowane pytanie ograniczył się do wskazania, że „przedmiotowe zapytanie Inwestora pozostaje poza kwestią związanej z brakiem pomp ciepła GSJ, czy akceptacją zamiennych urządzeń VISSMANN". Dalej Wykonawca wyłącznie lakonicznie wskazał że nie zaprzestał wykonania przedmiotu zamówienia, jednakże wobec brak wykazania jakichkolwiek czynności podjętych w tym czasie w ocenie Zamawiającego, wyłączna, jednozdaniowa deklaracja Wykonawcy w tym zakresie nie stanowi potwierdzenia wykonywania przez niego Umowy. Co więcej nie sposób zgodzić się z argumentacją podniesioną przez Wykonawcę, która w ocenie Zamawiającego jednoznacznie świadczy także o nierzetelnej postawie Wykonawcy i braku zamiaru wykonania zamówienia. Fakt, że okoliczności, wykazania których żądał Zamawiający nie były związane bezpośrednio z realizacją zadania w zakresie pomp powietrznych, nie znaczy, że Wykonawca nie był zobowiązany do udzielenia informacji na zadane pytania, szczególnie, że sam wskazał na fakt wstrzymania realizacji prac co zasadnie wzbudziło wątpliwości Zamawiającego co do rzeczywistego wykonywania zamówienia. Wobec tego Zamawiający ponownie, pismem z dnia 26 maja 2022r. wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia pierwotnie okoliczności, w zakresie których zaniechał On udzielenie odpowiedzi, tj.:

- *a. wykazania kiedy dokładnie rozpoczął czynności związane z uzyskaniem dokumentacji geologicznej niezbędnej do realizacji przedmiotowej części zamówienia, należy wskazać, że podniesione okoliczności winny być potwierdzone wiarygodnymi dokumentami;*
- *b. przedstawienia dokumentów potwierdzających „kontakt z urzędami administracyjnymi, pozyskanie dokumentacji geodezyjno-kartograficznej oraz ewidencji gruntów" na potwierdzenie okoliczności, na które Wykonawca powołuje się w treści pisma z dnia 20 kwietnia 2022r.;*
- *c. wyjaśnienia z jakiego powodu realizowanie prac w tym zakresie Umowy nie jest terminowe względem pierwotnie złożonego harmonogramu, argumentacja w tym zakresie poparta winna być stosownymi dowodami;*
- *d. przedstawienia uzgodnień na jakie powołuje się Wykonawca poczynionych z Wojewódzkim Urzędem Ochrony Zabytków wskazać bowiem należy, że pomimo sformułowania oświadczenia w zakresie podjętych czynności, Wykonawca nie przedłożył na tq okoliczność żadnych dowodów, odpowiedź na przedmiotowe pytanie winna uwzględniać wskazanie daty złożonego wniosku o wytyczne do projektowania oraz o zezwoleń na prowadzenie prac na terenie archeologicznym;*

  a w szczególności
- *e. wykazania jakie czynności Wykonawca podjął od dnia 10 maja 2022r. do dnia udzielenia odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie.*

Wykonawca zaniechał ustosunkowania się do przedmiotowego wezwania.

Zamawiający wskazuje, że w związku z podniesionymi okolicznościami zgodnie ze złożonym oświadczeniem Wykonawca zaniechał wykonywania przedmiotu Umowy począwszy od dnia 10 maja 2022r. Z ostrożności Zamawiający ponosi, że nawet jeżeli w okresie od 10 maja 2022r. Wykonawca wykonał jakiekolwiek pozorne czynności mające charakter wykonywania Umowy, bez wątpienia czynności takich nie podjął po dniu złożenia rzekomego odstąpienia od Umowy datowanego na dzień 1 czerwca 2022r. Tym samym niezależnie od początkowego terminu nieuzasadnionego wstrzymania prac, na chwilę składania niniejszego oświadczenia zaktualizowała się podstawa do odstąpienia przez

Zamawiającego od Umowy wynikająca z S 17 ust. I pkt. 1 lit. c Umowy. Wobec powyższego doszło do zaistnienia okoliczności uzasadniających złożenie oświadczenie o odstąpieniu wynikających z art. 635 kc.
Wobec powyższego złożone oświadczenie o odstąpieniu uznać należy za skuteczne i wywołujące wszystkie związane z tym faktem konsekwencje.

Izba zważyła:

Izba, wyjaśnia i podkreśla na wstępie, że w postępowaniu odwoławczym Izba dokonuje oceny czynności podjętej przez Zamawiającego w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego, które to czynności dokonane zostały na podstawie i w oparciu o dokumenty złożone w postępowaniu.

W ramach prowadzonego postępowania o udzielnie zamówienia publicznego Zamawiający dokonał oceny oferty wykonawcy *PRO-ECO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyn*(dalej: PRO-ECO) na podstawie oświadczeń zawartych w złożonym oświadczeniu na załączniku formularzu 3.1. Jednakże w związku
ze złożeniem odwołania, oraz zgłoszeniem przystąpienia do postępowania odwoławczego, Zamawiający wszedł w posiadanie informacji, które winien był poddać analizie.
Izba wskazuje i podkreśla, że przewidzenie przez Zamawiającego w SWZ fakultatywnych przesłanek wykluczenia wykonawcy stwarza po stronie Zamawiającego obowiązek dokonania oceny tych przesłanek w trakcie postępowania o udzielnie zamówienia publicznego. Faktem niezaprzeczalnym w tym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego było to, że PRO-ECO złożył oświadczenie o treści: *nie podlegam wykluczeniu*
z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 4-10 ustawy Pzp w zakresie okoliczności, które Zamawiający wskazał w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w pkt 8.2. Instrukcji dla Wykonawców.
W odwołaniu podniesiona została argumentacja odnosząca się do tak złożonego oświadczenia, natomiast w trakcie rozprawy Zamawiający podał, że w wyniku złożenia odwołania wie o zaistniałym sporze pomiędzy Gminą Białaczów a PRO-ECO i wskazał,
że *pozostaje on w tej fazie, że wie o tym, że taki spór pomiędzy PPRO-ECO a gminą Białaczów jest.*
Taka działanie Zamawiającego nie jest uzasadnione obowiązującymi przepisami prawa, bowiem to po stronie Zamawiającego pozostaje kwestia oceny realności przesłanek wykluczenia z postępowania, w przypadku gdy te przesłanki zostały przez Zamawiającego do postępowania wprowadzone. Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy z postępowania
o udzielnie zamówienia publicznego Zamawiający wyklucza 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 obliczu tej przesłanki jednoznacznym jest, że nie ma w tym przypadku wymagania wydania orzeczenia przez sad powszechny w zakresie odstąpienia od umowy. Twierdzenia Zamawiającego z pisma procesowego, jak i podnoszone w trakcie rozprawy, a skupiające się na tym, że niemożliwe jest dokonanie oceny, obiektywnej i ostatecznej, co do przyczyn niewykonania umowy pomiędzy Gminą Białaczów a wykonawcą PRO-ECO, co w konsekwencji uniemożliwia Zamawiającemu dokonanie oceny zaistniałej sytuacji oraz oceny czy odstąpienie nastąpiło wyłącznie z winy wykonawcy z powodu braku skierowania tej sprawy na drogę sądową należy uznać za niezasadne. Wymaga wskazania, że Zamawiający nie może uchylać się od dokonywania oceny takich przesłanek, powołując się jedynie na brak rozstrzygnięcia na poziomie sporu sądowego. Powszechnie wiadomym jest, że nie każda z takich spraw kończy się postępowaniem sądowym i orzeczeniem wydanym przez sąd powszechny. Natomiast przesłanki ustawy z art. 109 ust. 1 pkt 7 i 8 podlegają analizie Zamawiającego niezależnie od tego czy postępowanie sądowe się toczy czy, jak również niezależnie od tego czy się skończyło prawomocnym orzeczeniem.

Przechodzą do oceny zarzutów odwołania Izba wskazuje, że na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy wykluczenie wykonawcy na ww. podstawie prawnej jest dopuszczalne w przypadku zajścia wszystkich określonych w tym przepisie przesłanek łącznie, a ponadto przesłanki te nie mogą być rozumiane dowolnie. Tym samym aby mogło dojść do wykluczenia wykonawcy z postępowania na wskazanej wyżej podstawie prawnej musi dojść do: 1) niewykonania lub nienależytego wykonania bądź długotrwałego nienależytego wykonywania obowiązków wynikających z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, 2) musi ono dotyczyć znacznego zakresu umowy albo być naruszeniem znacznego stopnia, 3) przyczyna musi tkwić po stronie wykonawcy, 4) musi to doprowadzić do skutków w postaci wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.
Odnosząc poszczególne przesłanki do stanu faktycznego sprawy Izba wskazuje w pierwszej kolejności, że umowa pomiędzy Gminą Białaczów a PRO-ECO została zawarta w 22 grudnia 2021 roku po przeprowadzeniu postępowania o udzielnie zamówienia publicznego
w przedmiocie „Wymiana źródeł ciepła na terenie Gminy Białaczów", ogłoszenie
o zamówieniu, Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej z dnia 23 sierpnia 2021 roku, numer 2021/S 162-426281 (dowód nr 2). Ogłoszenie to w sposób jednoznaczny wskazuje,
że przedmiotem zamówienia są „Dostawy". Z treści zawartej umowy wynika jednoznacznie, że jej przedmiotem jest Zaprojektowanie oraz dostawa i montaż pomp ciepła wraz
z instalacją fotowoltaiczną na terenie Gminy Białaczów. Mając na uwadze powyższe, oraz jak podnosił to zasadnie Odwołujący szczególny reżim dochodzenia do zawarcia umowy
w zamówieniach publicznych, który w sposób bardzo sformalizowany oraz ustalony szeregiem obowiązujących przepisów zakreśla sposób prowadzenia postępowania
o udzielnie zamówienia publicznego stwierdzić należy, że zamówienie jakie było udzielone przez Gminę Białaczów w dniu 22 grudnia 2021 roku to zamówienie na dostawę.
Nie jest to zatem zamówienie na roboty budowlane jak twierdził PRO-ECO. Fakt posłużenia się przez Gminę Białaczów programem funkcjonalno-użytkowym przy opisie przedmiotu zamówienia nie przesądza tego, że postępowanie to niejako z automatu stało się postępowaniem o robotę budowlaną oraz w konsekwencji rodziło to uprawnienia tego wykonawcy wynikające z art. 649^1 § 1 Kodeksu cywilnego. Jednoznacznie dała temu wyraz w piśmie z dnia 9 czerwca 2022 roku Gmina Białaczów. Izba stwierdza,
że okoliczności w jakich zostało złożone przez PRO-ECO pismo z dnia 12 kwietnia 2022 roku do Gminy Białaczów z żądaniem złożenia przez gminę gwarancji zapłaty za roboty budowlane nie odpowiada faktycznej sytuacji realizacji zawartej umowy na dostawy. Izba podkreśla, że nie ma żadnej podstawy do uznania, że umowa z 22 grudnia 2021 roku była umową o roboty budowlane. Prowadzenie postępowania o udzielnie zamówienia,

a w konsekwencji zawarcia umowy na roboty budowlane zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych oraz aktów wykonawczych do tej ustawy wymaga wykonania wielu czynności i działań po stronie Zamawiającego, a konsekwencji ogłoszenia postępowania
w reżimie robót budowlanych, które nie zostały wykazane przez PRO-ECO. Postępowanie
o udzielnie zamówienia publicznego stanowi postępowanie kontradyktoryjne i to po stronie twierdzącego pozostaje kwestia dowodowa. Natomiast Odwołujący przedstawionym dowodem (dowód nr 2) jednoznacznie potwierdził – ogłoszenie o zamówieniu – że przedmiotowe postępowanie prowadzone było jako dostawa, i tak też zawarta została umowa. W ocenie Izby nie jest wystarczające wskazanie, że przedmiot zamówienia opisano za pomocą programu funkcjonalno – użytkowego, co miałoby przesądzać o tym, że dane zamówienie było robotą budowlaną choć Zamawiający prowadzący postępowanie zakwalifikował je jako dostawa. Nie ma w przepisach zakazu opisania przedmiotu zamówienia na dostawy za pomocą programu funkcjonalno – użytkowego, przy czym jest obowiązek opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, w sposób dostatecznie zrozumiały i wyczerpujący oraz uwzgledniający wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (art. 99 ust. 1 ustawy). Słusznie wskazał również Odwołujący, że w § 4 pkt 12 umowy z dnia 22 grudnia 2021 roku mowa jest o „Koordynatorach Technicznych" a nie Kierowniku budowy czy kierownikach poszczególnych branż, które to funkcje są charakterystyczne dla procesu budowlanego. Jednocześnie w ocenie Izby podnoszone przez PRO-ECO argumenty, w tym te do których referował składając pismo z dnia 24 czerwca 2022 roku (dowód nr 4) jakie skierował do Gminy Białaczów, a odnoszące się do elementów jakie miałyby uzasadniać zawarcie umowy o roboty budowlane, a nie dostawy z Gminą Białaczów, w ocenie Izby nie przesądzają, że jest to umowa o roboty budowlane. Wymaga podkreślenia, że zgodnie z art. 33 ustawy wartość zamówienia na roboty budowlane ustala się na podstawie planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy Prawo budowlane. PRO-ECO nie wskazał na taki sposób szacowania wartości zamówienia, jak również nie wynika z zawartej umowy,
aby przedmiotem zamówienia było zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych
w rozumieniu ustawy Prawo budowlane. Podkreślenia wymaga również to, że ani PRO-ECO, ani Zamawiający nie byli w stanie podać jaka była faktyczna wartość robót budowlanych a jaka wartość oszacowanych dostaw. Natomiast z § 2 i 4 tej umowy z dnia 22 grudnia 2021 roku pomiędzy Gminą Białaczów a PRO-ECO wynika między innymi, że przedmiotem umowy jest szereg czynności związanych z dostawą i wymianą źródeł ciepła. Kody CPV podane dla zamówienia w Gminie Białaczów, a do których referował Zamawiający i PRO-ECO służą jedynie do opisania przedmiotu zamówienia, ale w żaden sposób nie przesądzają tego, jakim rodzajem zamówienia jest dane zamówienie na co wskazuje jednoznacznie art. 99 ust 3 ustawy.
Mając powyższe na uwadze, uwzględniając kontradyktoryjny charakter postępowania odwoławczego w ocenie Izby nie było podstawy do uznania, że umowa z dnia 22 grudnia 2021 zawarta między Gminą Białaczów a PRO-ECO była inną umową, niż umową dostawy, która została udzielona w reżimie postępowania o udzielnie zamówienia publicznego
na dostawę. Tym samym, w oparciu o te ustalenia nie znajduje uzasadnienia w ocenie Izby oświadczenie o odstąpieniu od umowy PRO-ECO z dnia 1 czerwca 2021 roku oparte na art. 649^4 § 1 Kodeksu cywilnego, czemu wyraz dała również Gmina Białaczów w piśmie z dnia
9 czerwca 2022 roku.

Przechodząc do oceny przesłanek z art. 109 ust.1 pkt 7 ustawy, w odniesieniu do pierwszej z nich tj.: (1) niewykonania lub nienależytego wykonania bądź długotrwałego nienależytego wykonywania obowiązków wynikających z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji - Izba stwierdza, że w oparciu o pismo Gminy Białaczów z dnia 9 czerwca 2022 roku jak również w oparciu o dowód nr 1 przedstawiony przez Odwołującego – pismo z Gminy Białaczów z dnia 20 lipca 2023 roku wynika w sposób jednoznaczny, że do czasu złożenia przez PRO-ECO oświadczenia o odstąpieniu od umowy w dniu 1 czerwca 2022 roku nie zostały wykonane żadne prace, a wymagana dokumentacja projektowa została złożona dopiero przy inwentaryzacji jaka została opracowana w dniu 6 lipca 2022 roku (w tym dniu została złożona dokumentacja). Jednocześnie PRO-ECO, co wynika z powyższego dowodu, dopiero w dniu sporządzania inwentaryzacji w sekretariacie Gminy Białaczów, złożył dokumenty geologiczną dokumentację projektową, projekt techniczny instalacji fotowoltaicznej oraz płyta DVD z dokumentacją projektową w wersji elektronicznej. Jak wskazała w ww. piśmie Gmina Białaczów dokumenty te zostały „po raz pierwszy przekazane Zamawiającemu". W żadne sposób nie została wykazana przez PRO-ECO okoliczność jaka była podnoszona w trakcie rozprawy, a mianowicie, że dokumentacja została przedstawiona, złożona Gminie Białaczów w dniu 1 czerwca 2022 roku tj. dniu złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy przez PRO-ECO. Z dokumentów załączonych przez PRO-ECO do zgłoszenia przystąpienia, pisma z dnia 1 czerwca 2022 roku załączona została jedynie nota księgowa. Brak jest jakiegokolwiek dowodu potwierdzającego przedstawienie jakichkolwiek innych dokumentów Gminie Białaczów.
Nadmienić należy, że zgodnie z umową z dnia 22 grudnia 2021 roku, § 2 umowy, wykonawca zobowiązany był do realizacji umowy w terminie 7 miesięcy od dnia podpisania umowy, czyli jak wskazano w umowie do dnia 22 lipca 2023 roku. Podkreślenia wymaga, że przedmiotem umowy była między innymi wymiana 37 sztuk domowych systemów grzewczych polegających na demontażu źródła ciepła z istniejącą instalacją hydrauliczną, montażu zewnętrznej infrastruktury pomp ciepła gruntowych wraz z przeszkoleniem użytkowników oraz opracowaniem szczegółowych instrukcji obsługi i przekazaniem użytkownikom.
Z pisma z dnia 9 czerwca 2022 roku Gminy Białaczów do PRO-ECO jednoznacznie wynika, że wobec wątpliwości Gminy Białaczów w zakresie rzeczywistej realizacji umowy przez PRO-ECO, Gmina Białaczów pismem z dnia 16 maja 2022r. wezwała PRO-ECO do wykazania jakie czynności podjął od dnia 10 maja 2022r. do dnia udzieleniaodpowiedzi na przedmiotowe wezwanie. Jak wyjaśnił PRO-ECO w udzielonej odpowiedzi,*„przedmiotowe zapytanie Inwestora pozostaje poza kwestią związana z brakiem pomp ciepła GSJ, czy akceptacją zamiennych urządzeń VISSMANN"*.Należy mieć również na uwadze, że PRO-ECO oświadczyło Zamawiającemu w dniu 10 maja 2022 roku, że „skutecznie wstrzymuje możliwość dalszej realizacji przedmiotu Umowy". Wobec problemów związanych z wprowadzeniem rozwiązań równoważnych (wniosek) oraz wezwaniem do przedstawienia dokumentów określonych w SWZ Gmina Białaczów ponownie pismem z dnia 26 maja 2022r. wezwała PRO-ECO do wyjaśnienia pierwotnie okoliczności, w zakresie których zaniechał udzielenie odpowiedzi, tj.: (a) wykazania kiedy dokładnie rozpoczął czynności związane z uzyskaniem dokumentacji geologicznej niezbędnej do realizacji przedmiotowej części zamówienia, należy wskazać, że podniesione okoliczności winny być potwierdzone wiarygodnymi dokumentami; (b) przedstawienia dokumentów potwierdzających „kontakt z urzędami administracyjnymi, pozyskanie dokumentacji geodezyjno-kartograficznej oraz ewidencji gruntów " na potwierdzenie okoliczności, na które Wykonawca powołuje się w treści pisma z dnia 20 kwietnia 2022r.; (c) wyjaśnienia z jakiego powodu realizowanie prac w tym zakresie Umowy nie jest terminowe względem pierwotnie złożonego

harmonogramu, argumentacja w tym zakresie poparta winna być stosownymi dowodami; (d) przedstawienia uzgodnień na jakie powołuje się Wykonawca poczynionych z Wojewódzkim Urzędem Ochrony Zabytków wskazać bowiem należy, że pomimo sformułowania oświadczenia w zakresie podjętych czynności, Wykonawca nie przedłożył na tą okoliczność żadnych dowodów, odpowiedź na przedmiotowe pytanie winna uwzględniać wskazanie daty złożonego wniosku o wytyczne do projektowania oraz o zezwoleń na prowadzenie prac na terenie archeologicznym; a w szczególności: (e) wykazania jakie czynności Wykonawca podjął od dnia 10 maja 2022r. do dnia udzielenia odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie. Jak wyjaśniła Gmina Białaczów, PRO-ECO nie złożyło żadnych wyjaśnień w tym zakresie.
Gmina Białaczów, mając na uwadze oświadczenie PRO-ECO z dnia 10 maja 2022 roku wskazała, że zaniechanie w czynnościach PRO-ECO początek ma w dniu 10 maja 2022 roku. Jednakże nawet jak podejmował PRO-ECO jakieś czynności do dnia 1 czerwca 2022 roku, to po złożeniu oświadczenia o odstąpieniu w dniu 1 czerwca na pewno już żadnych działań nie podejmował, tym samym zaistniała podstawa do odstąpienia z §17 ust. 1 pkt 1 lit. c umowy z dnia 22 grudnia 2021 roku.
Mając na uwadze powyższe, w ocenie Izby Odwołujący wykazał, że zaistniała pierwsza
z przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy, bowiem zgodnie z informacją z Gminy Białaczów z dnia 20 lipca 2023 roku PRO-ECO nie wykonał prac związanych z przedmiotem umowy
na dzień 10 czerwca 2022 roku, przy czym Zamawiający odstąpił od umowy w dniu 9 czerwca 2022 roku. Tym samym PRO-ECO nie wykonał wcześniejszej umowy o zamówienie publiczne.
Z powyższym powiązana jest w tym wypadku również kolejna z przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy, a mianowicie niewykonanie umowy (2) musi dotyczyć znacznego zakresu umowy albo być naruszeniem znacznego stopnia. Powyżej przedstawiona argumentacja w sposób jednoznaczny potwierdza, że niewykonanie umowy dotyczyło znacznego zakresu zawartej pomiędzy Gminą Białaczów a PRO-ECO w dniu 22 grudnia 2021 roku umowy, co potwierdza w sposób jednoznaczny argumentacja zawarta w piśmie Gminy Białaczów z dnia 20 lipca 2022 roku (dowód nr 1) – z pisma tego wynika jednoznacznie, że PRO-ECO „nie wykonała prac związanych z przedmiotem umowy na dzień 10 czerwca 2022 roku".
Co do kolejnej z przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy tj. niewykonania umowy z powodu tego, że (3) przyczyna musi tkwić po stronie wykonawcy, w ocenie Izby, potwierdzone zostało to w stanowisku Gminy Białaczów z dnia 9 czerwca 2022 roku. Wymaga podkreślenia, co jest przytoczone w stanie faktycznym tegoż wyroku, jak również wskazane w argumentacji przy rozpoznaniu pierwszej z przesłanek w ramach art. 109 ust. 1 pkt 7 powyżej, że Gmina Białaczów starała się wyjaśniać stan rzeczy jaki miał miejsce w czasie realizacji umowy z dnia 22 grudnia 2023 roku. Podkreślenia wymaga, że – jak wynika z pism – podstawą problemów z realizacją umowy było złożenie wniosku przez PPR-ECO
o zastosowanie rozwiązania równoważnego pozostającego w bezpośredniej koincydencji czasowej z wezwaniem PRO-ECO do złożenia wymaganych w SWZ tamtego postępowania dokumentów deklaracji zgodności, certyfikatów czy raportów z badań. PRO-ECO w trakcie rozprawy wyjaśnił, że chciał zmienić pompy ze względu na brak dostępności pompy zawartej w ofercie w stosunku do wymagań, które były przyjęte w PFU z uwagi na brak dostępności tej pompy na rynku. Co istotne w ramach tej sprawy odwoławczej, z pisma z dnia 9 czerwca 2022 roku z Gminy Białaczów nie wynika, aby na dzień odstąpienia od umowy gmina zatwierdziła jakiekolwiek zmiany umowy. Izba podziela stanowisko Odwołującego,
a wyjaśniające, że na podstawie złożonych pism Gmina Białaczów nieprzerwanie do dnia
1 czerwca 2022 roku tj. dnia złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy przez
PRO-ECO podejmowała czynności mające na celu realizację umowy zawartej w dniu
22 grudnia 2021 roku. Gmina Białaczów kierowała do PRO-ECO pisma, wskazywała dokumenty czy pytania na jakie podmiot ten ma odpowiedzieć. Brak natomiast po stronie PRO-ECO współdziałania oraz w konsekwencji realizacji umowy. Przyczyna w braku realizacji umowy tkwiła po stronie PRO-ECO, co jednoznacznie wybrzmiało w trakcie rozprawy, a co wynikało z faktu tego, że nie miał wykonawca możliwości dostarczenia zaoferowanych pomp. Co istotne z punktu widzenia oceny przesłanki przyczyny tkwiącej
po stronie PRO-ECO to fakt, ze na dzień 9 czerwca 2022 roku tj. złożenia oświadczenia
o odstąpieniu od umowy przez Gminę Białaczów, gmina ta nie zatwierdziła propozycji rozwiązania równoważnego, dającej się akceptować kwotowo, w zakresie prowadzonej procedury zastosowania rozwiązania równoważnego. Podkreślenia wymaga jeszcze, że Gmina Białaczów jednoznacznie wskazała w piśmie z dnia 9 czerwca 2022 roku, że podała PRO-ECO propozycje rozwiązań równoważnych, które akceptowalne były kwotowo, a które Gmina Białaczów wskazała wykonawcy sama. Natomiast nie zostały przedstawione żadne wymagane umową dokumenty uwzgledniające dokonaną zmianę w zakresie dopuszczenia rozwiązania równoważnego, a w konsekwencji nie została zatwierdzona żądna zmiana,
bo nie przedstawiono wymaganej dokumentacji technicznej.
Mając na uwadze powyższe, jak również całą powyżej przedstawioną argumentację uprawnione jest twierdzenie, że do odstąpienia od umowy przez Gminę Białaczów doszło z przyczyn tkwiących po stronie PRO-ECO. Jednocześnie w ocenie Izby uprawnione jest twierdzenie przedstawione przez Odwołującego, że gdy Gmina Białaczów otrzymała w dniu
1 czerwca 2022 roku pismo PRO-ECO oświadczenie o odstąpieniu od umowy na podstawie z art. 649^1 § 1 Kodeksu cywilnego, to mimo podejmowanych działań w celu realizacji umowy przez PRO-ECO, mimo upływającego czasu realizacji umowy, Gmina Białaczów podjęła decyzje o odstąpieniu zgodnie z umową z dnia 22 grudnia 2021 roku.
Ostatnia z przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy to wykazanie okoliczności, że w wyniku powyżej spełnionych przesłanek (4) musiało to doprowadzić do skutków w postaci wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. W tym wypadku przesłanka jest bardzo szeroka, aczkolwiek w rozpoznawanej sprawie doszło do odstąpienia od umowy przez Gminę Białaczów na podstawie wcześniej podnoszonych okoliczności, jak również wyjaśnionych w piśmie z dnia 9 czerwca 2022 roku. Odstąpienie od umowy przez Gminę Białaczów w ocenie Izby, dla oceny spełnienia przesłankę z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy jest skuteczne i zasadne.
Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego możliwe
i zasadne było uznanie oraz wykazanie i uzasadnienie, że doszło do naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy w czynności Zamawiającego wyboru oferty wykonawcy PRO-ECO. Nie jest zasadne twierdzenie Zamawiającego, że jedynie Gmina Białaczów mogłaby dokonać oceny w zakresie przesłanek z art. 109 ust.1 pkt 7 ustawy. Zamawiający obowiązany jest
do badania przesłanek podstaw wykluczenia z postępowania i niezależnie od konwencji oceny tych przesłanek – na co wskazywał w piśmie procesowym – obowiązany jest
do podejmowania czynności zgodnie z ustawą. Fakt, że dokonał pierwotnej oceny oświadczenia z formularza 3.1 jakie złożył PRO-ECO nie ogranicza jego obowiązku

do dokonywania przeglądu, rewizji swojego stanowiska w wyniku złożonego odwołania oraz powołanych dowodów. Tym bardziej nie jest zasadne bierne podejście Zamawiającego
do problemu oceny spełnienia przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy oraz odwoływanie się do braku możliwości uzasadnienia oceny przesłanek. Wymaga również zaznaczenia,
że z poziomu oceny przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielnie zamówienia publicznego, które Zamawiający sam wprowadził do postępowania i do oceny których jest obowiązany, niezasadna jest argumentacja odwołująca się do tego, że jest to spór pomiędzy Gminą Białaczów a PRO-ECO, który tylko Gmina Białaczów może ocenić. Nie znajduje również żadnego uzasadnienia argumentacja Zmawiającego oparta
na dowodzie - informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 8 maja 2023 roku
w Gminie Białaczów (dowód nr 3), w którym to postępowaniu wybrano ofertę Odwołującego, a co miałoby uzasadniać interes tego ostatniego w prowadzeniu postępowania odwoławczego w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego.
Co do podnoszonego naruszenia art. 190 ust. 1 pkt 8 ustawy, mając na uwadze,
że tą przesłankę fakultatywną wykluczenia wykonawcy przewidział Zamawiający w SWZ
tj. że z postępowania wyklucza się wykonawcę który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych Izba uznała zasadność poniesionego zarzutu.
Mając na uwadze całą powyżej przedstawioną argumentację, uwzględniając fakt, że ocena spełnienia przesłanki fakultatywnej z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy następowała w oparciu jedynie o oświadczenie wykonawcy składane Zamawiającemu Izba uznała, że przedstawione przez PRO-ECO oświadczenie w formularzu 3.1 zostało złożone w wyniku zamierzonego działania. W ocenie Izby przemawia za tym fakt, że podmiot taki jak PRO-ECO, niewątpliwie będący profesjonalistą, w tym profesjonalistą w składaniu ofert
w postępowaniach o zamówienie publiczne, zawieraniu umów nie dostrzega zasadniczego elementu zamówień publicznych jakim jest szczególny, wynikający z dyrektyw europejskich, reżim prowadzenia poszczególnych postępowań o udzielnie zamówienia publicznego na dostawy, usługi czy roboty budowlane. Regulacje ustawowe jednoznacznie odnoszą się do prowadzenia postępowania o udzielnie zamówienia publicznego na dostawę oraz zupełnie odmiennie na robotę budowlaną. Faktem jest, bo to jest niezaprzeczalne w oparciu o ogłoszenie o zamówieniu (dowód nr 2), że Gmina Białaczów prowadziła postępowanie na dostawę, a nie na robotę budowlaną co powoduje, że nie jest możliwe dokonanie zmiany charakteru prowadzonego postępowania o udzielnie zamówienia publicznego oraz zawartej w wyniku jego udzielenia umowy po terminie przeprowadzenia postępowania oraz zawarcia umowy. Jak to zostało już wykazane wyżej, nieskuteczne było oświadczenie o odstąpieniu od umowy z dnia 1 czerwca 2022 roku przedstawione Gminie Białaczów przez PRO-ECO, czemu również Gmina Białaczów dała wyraz w złożonym oświadczeniu w dniu 9 czerwca 2022 roku. Tym samym, niezlanie od stanowiska PRO-ECO przedstawianego w piśmie z dnia 24 czerwca 2022 roku, które skierowane zostało do Gminy Białaczów, nie jest możliwa zmiana charakteru zawartej umowy i prowadzonego postępowania o udzielnie zamówienia publicznego.
PRO-ECO miał świadomość tego, że składa ofertę w postępowaniu na dostawę, że zawiera również taka umowę. Dopiero na określonym etapie realizacji zamówienia, gdy pojawił się problem z rozwiązaniami zastępczymi z powodu niemożliwości instalowania pomp ciepła określonych w ofercie skierował do Zamawiającego pismo z dnia 12 kwietnia 2022 roku z żądaniem ustanowienia gwarancji zapłaty. Niemniej i ta czynność nie miała wpływu ani na charakter prowadzonego postępowania o udzielnie zamówienia publicznego w przedmiocie dostawy, jak i na zakres zawartej umowy o zamówienia publiczne z dnia 22 grudnia 2021 roku. Nie jest możliwa inna ocena, bowiem prowadziłoby to do obejścia bezwzględnie obowiązujących przepisów co do trybów postępowania o udzielenie zamówienia,
co do progów kwotowych postępowania różnych dla dostaw i robót budowlany,
a określonych ustawą, co do sposobu szacowania przedmiotu zamówienia jak również co do innych określonych przepisami prawa wymagań i uprawnień charakterystycznych
dla poszczególnych rodzajów zamówień.
Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że działanie PRO-ECO, tj. złożenie oświadczenia
w formularzu 3.1 stanowiło zamierzone działanie, które wprowadziło Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji i co miało wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia czego efektem był wybór oferty PRO-ECO w postępowaniu.
W konsekwencji powyższego, z uwagi na ziszczenie się przesłanek określających podstawy wykluczenia z postępowania o udzielnie zamówienia publicznego doszło
do naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust 1 pkt 2 lit. a ustawy przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy, który podlega wykluczeniu tj. na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 i 8 ustawy. Dlatego też Izba nakazała wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy.

Izba podkreśla, że postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego prowadzone przez Zamawiającego jest postępowaniem kreowanym w oparciu o regulacje prawne obowiązujące Zamawiającego. Oznacza to, że ocenie w zakresie zarzutów odwołania podlegają te czynności Zamawiającego podjęte w określonym stanie faktycznym, który wynika z akt sprawy postępowania o udzielnie zamówienia publicznego stanowiących akta postępowania odwoławczego. Izba podkreśla, że postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego nie jest dowolnym, nieskodyfikowanym, luźnym postępowaniem, stanowi ono szczególną formę prowadzącą
do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu – obowiązujące regulacje prawne są bardzo szczegółowe
i nakładają na podmioty starające się o udzielenie zamówienia publicznego sztywną regulację postępowania. W żadnej mierze nie zwalnia ustawa Zamawiającego
z dokonywania oceny przesłanek wykluczenia z postępowania, niezależnie od tego jak trudna może być ta ocena, jednocześnie wyposażając Zamawiającego w narzędzie pozwalające na jak najbardziej dokładną i precyzyjną ocenę zaistniałych stanów faktycznych. Ocena podstaw wykluczenia z postępowania nie sprowadza się, w określonych przypadkach, tylko do zero-jedynkowego zweryfikowania złożonego oświadczenia, czego najlepszym przykładem jest przedmiotowe postępowanie odwoławcze.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Izba uwzględnia odwołanie
w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ

lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Zgodnie z art. 557 ustawy w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

W rozpoznawanie sprawie odwołanie okazało się zasadne.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 2 lit. a, b w zw. z § 7 ust. 1 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), stosownie do wyniku postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący: ……..