

WYROK

Warszawa, dnia 12 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 stycznia 2024 r. przez wykonawcę K. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych "SALIX" K. S. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Kup

przy udziale uczestnika postępowania po stronie Zamawiającego ZAKŁAD USŁUG LEŚNYCH B. S., D. K. SPÓŁKA JAWNA z siedzibą w Szczytnie

orzeka:

1. Oddala odwołanie
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę K. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych "SALIX" K. S. i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę K. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych "SALIX" K. S. tytułem wpisu od odwołania

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

UZASADNIENIE:

Zamawiający - Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Kup prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Kup w 2024 roku i kwartale 2025 – 1 przetarg”, nr referencyjny: ZG.270.11.2023.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp”.

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza progi unijne określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 października 2023 r. pod numerem: 2023/S 208-651636.

W postępowaniu tym wykonawca K. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych "SALIX" K. S. (dalej: „Odwołujący”) w dniu 19 stycznia 2024 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności Zamawiającego:

1. odrzucenia oferty Odwołującego złożonej na pakiet 3, wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia w tej części oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty ZUL B. S., D. K. sp. j.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

2. art. 110 ust. 2 p.z.p. oraz 110 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p., a w konsekwencji także naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) p.z.p., poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania oraz odrzucenie jego oferty w sytuacji, gdy Odwołujący udowodnił Zamawiającemu spełnienie przesłanek z art. 110 ust. 2 p.z.p. oraz udowodnił swoją rzetelność, pomimo uprzedniego wypowiedzenia Wykonawcy przez Nadleśnictwo Olesno umowy na obsługę Punktu Alarmowo – Dyspozycyjnego;
3. art. 109 ust. 3 p.z.p. poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo że jest ono w sposób oczywisty nieproporcjonalne do okoliczności wypowiedzenia mu przez Nadleśnictwo Olesno umowy na obsługę Punktu Alarmowo – Dyspozycyjnego w szczególności w świetle: i) wartości całkowitej umowy zawartej z Nadleśnictwem Olesno, ii) okresu trwania tej umowy; iii) odmiennego przedmiotu umowy z Nadleśnictwem Olesno w stosunku do przedmiotu niniejszego postępowania oraz iv) symbolicznej wysokości kary umownej dobrowolnie zapłaconej przez Odwołującego na rzecz Nadleśnictwa Olesno.

Odwołujący wniósł o:

4. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego złożonej na pakiet 3 oraz unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania w tej części, a także unieważnienia czynności wyboru oferty w tej części oraz o:
5. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym zasądzenie na rzecz Odwołującego równowartości kwoty wpisu oraz kosztów, o których mowa w §5.2) rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

Dodatkowo wniósł o:

6. dopuszczenie dowodu z wszystkich wymienionych w niniejszym piśmie dokumentów zgromadzonych przez Zamawiającego w aktach postępowania o udzielenie zamówienia, oraz dokumentów złożonych wraz z niniejszym pismem.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał:

Przebieg procedury samooczyszczenia

Odwołujący zawarł w dniu 4 lutego 2022r. z Nadleśnictwem Olesno umowę o wartości 66.528,00 PLN. Jej przedmiotem była obsługa Punktu Alarmowo – Dyspozycyjnego (PAD) przez okres 8 miesięcy. Usługa, w skrócie rzecz ujmując, polegała na zapewnieniu obsady osobowej miejsca monitoringu systemu leśnych kamer przeciwpożarowych. Nadleśnictwo Olesno wypowiedziało umowę pismem z dnia 31 maja 2022r.

K. S. zdecydował się ubiegać o zamówienie w niniejszym postępowaniu. Przedmiotem zamówienia są usługi z zakresu pozyskania i zrywki drewna. Przedmiotem zamówienia nie jest zatem obsługa PAD. (...)

Składając oferty do Nadleśnictwa Kup, K. S. miał świadomość uprzedniego wypowiedzenia mu umowy przez Nadleśnictwo Olesno. Mając na uwadze, że ten zamawiający obciążył Wykonawcę odpowiedzialnością za wypowiedzenie, Odwołujący zdecydował się poddać w niniejszym postępowaniu procedurze samooczyszczenia w obawie o ewentualne wykluczenie.

Sposób, w jaki Odwołujący przeprowadził samooczyszczenie należy opisać w odniesieniu do poszczególnych elementów koniecznych tej procedury. I tak:

- Przepis art. 110 ust. 2 pkt 1) p.z.p. wymaga, aby wykonawca naprawił szkodę wyrządzoną nieprawidłowym postępowaniem.

K. S. zapłacił Nadleśnictwu Olesno karę umowną w kwocie 4.158,00 PLN. Zapłata nastąpiła dobrowolnie przelewem w dniu 11 lipca 2022r., a zatem niedługo po wypowiedzeniu umowy. Do zapłaty kary nie doszło w drodze potrącenia. Fakt zapłaty kary jest w niniejszej sprawie bezsporny.

- Przepis art. 110 ust. 2 pkt 2) p.z.p. wymaga, aby wykonawca wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym. (...)

Jak wynika z dokumentacji dołączonej do oferty, Wykonawca w obszerny sposób opisał Zamawiającemu okoliczności wykonywania i rozwiązania umowy z Nadleśnictwem Olesno, a także zrelacjonował podstawy wypowiedzenia. Odwołujący przekazał Zamawiającemu całość korespondencji kierowanej do Nadleśnictwa Olesno, w której p. S. kilkakrotnie objaśniał Nadleśnictwu Olesno swoje stanowisko dotyczące realizacji umowy na obsługę PAD. Zamawiający otrzymał od Wykonawcy także oświadczenie Nadleśnictwa Olesno o odstąpieniu. Wykonawca nie ukrywał przy tym przed Nadleśnictwem Kup, że zakwestionował podstawy wypowiedzenia umowy na obsługę PAD. Z tej przyczyny K. S. przesłał Zamawiającemu także pierwszą stronę pozwu wniesionego przeciwko Nadleśnictwu Olesno.

- Przepis art. 110 ust. 2 pkt 3) p.z.p. wymaga, aby wykonawca podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym nieprawidłowemu postępowaniu.

Celem zadośćuczynienia tej normie, K. S. powiadomił Zamawiającego, że zaprzestał współpracy z osobami, które były odpowiedzialne za realizację umowy na obsługę PAD, tj. z p. D. Ł. i D. I. . Odwołujący przekazał także Zamawiającemu, że wdrożył w swojej firmie procedury naprawcze, opisane w dokumencie przygotowanym i rozpowszechnianym w firmie wkrótce po wypowiedzeniu umowy przez Nadleśnictwo Olesno. Treść stosowanych procedur została Zamawiającemu przekazana w formie kopii obowiązującego w przedsiębiorstwie dokumentu.

Mając na uwadze opisane powyżej kroki podjęte przez p. S. należy stwierdzić, że Wykonawca potraktował treść art. 110 ust. 2 p.z.p. w sposób sumienny i wszechstronny. Kierując się przekonaniem o obowiązku podjęcia własnej inicjatywy w tym zakresie, Odwołujący zdecydował się już wraz z ofertą przekazać szczegółowe informacje dotyczące przyczyn, okoliczności i skutków wypowiedzenia umowy z Nadleśnictwem Olesno, nie kryjąc zarówno stanowiska tamtego zamawiającego, jak i własnego co do kwestii przedterminowego wypowiedzenia umowy. P. S. złożył w tym zakresie wyjaśnienia (odrębne od samego formularza JEDZ), a także przedstawił liczne dokumenty. P. S. wyraził w piśmie przekonanie, że okoliczności współpracy z Nadleśnictwem Olesno nie są dostatecznym powodem wykluczenia go z niniejszego postępowania. Jednocześnie zdecydował się na wykazanie przesłanek z art. 110 ust. 2 p.z.p. Stało się tak pomimo następujących argumentów:

- Przedmiot umowy z Nadleśnictwem Olesno jest całkowicie odmienny od przedmiotu niniejszego zamówienia. Usługi z zakresu gospodarki leśnej zlecane przez Nadleśnictwo Kup nie obejmują obsady punktu alarmowego i wymagają odmiennych kwalifikacji. Innymi słowy, wyrażane przez Nadleśnictwo Olesno wątpliwości co do kwalifikacji p. S. do obsługi PAD są bezprzedmiotowe w kontekście wymagań Nadleśnictwa Kup. Odwołujący, w ramach wykazania spełnienia warunków udziału w niniejszym postępowaniu, skądinąd deklarował m.in. dysponowanie osobami posiadającymi oczekiwane uprawnienia i nie były to osoby związane z realizacją umowy w Oleśnie. Przy okazji, jak wskazują formularze JEDZ, p. S. był w stanie spełnić także pozostałe warunki udziału w postępowaniu, deklarując posiadanie wymaganego sprzętu, zasobów finansowych i doświadczenia (w tym z okresu po wypowiedzeniu umowy na obsługę PAD).

- Wartość umowy z Nadleśnictwem Olesno (66.528,00 PLN brutto) stanowiła zaledwie: 3,7% przewidywanej przez Zamawiającego wartości pakietu 3, a przy okazji także 4,3 % przewidywanej przez Zamawiającego wartości pakietu 2.

Skala zamówienia, którego dotyczyła umowa w Oleśnie jest zatem nieporównywalnie mniejsza niż skala zamówień objętych przedmiotowym postępowaniem, o które ubiegał się p. S. .

- Zapłacona przez Odwołującego kara umowna wyniosła zaledwie nieco ponad 4.000 PLN, a zatem jest wręcz symboliczną częścią zarówno obrotów, które miałyby wygenerować usługi w ramach pakietu 2 i 3, jak i obrotów Odwołującego w ostatnich latach. Już w tym miejscu należy podnieść, że opisane powyżej kwestie w sposób samoistny uzasadniały zastosowanie przez Zamawiającego art. 109 ust. 3 p.z.p., a zatem dają podstawę do sformułowania zarzutu opisanego w pkt 3. powyżej.

Otwarte podejście p. S. do kwestii samooczyszczenia ma w niniejszej sprawie kluczowe znaczenie. Podważa ono bowiem sformułowany pod jego adresem zarzut „pozorności”. Otóż K. S. nie negował faktu wypowiedzenia umowy przez Nadleśnictwo Olesno. Co więcej, Odwołujący z własnej inicjatywy przyznał Zamawiającemu, że został w Oleśnie obciążony winą za wypowiedzenie. Fakt wypowiedzenia oraz jego przesłanki są w niniejszej sprawie ujawnione i bezsporne. Zarówno Odwołujący jak i Zamawiający nie mają wątpliwości, że rozwiązanie umowy obciążające odpowiedzialnością wykonawcę dotychczas funkcjonuje w obrocie prawnym, bowiem wywołało skutek w postaci przedterminowego zakończenia współpracy w Oleśnie i dobrowolnej zapłaty kary. Gdyby Wykonawca nie przyjmował do wiadomości opisanej, własnej sytuacji prawnej, nie widziałby potrzeby poddawania się procedurze samooczyszczenia i oczywiście nie zapłaciłby kary umownej. Wejście przez p. S. na drogę cywilną przeciwko Nadleśnictwu Olesno nie jest, wbrew mniemaniu Zamawiającego, okolicznością obciążającą Wykonawcę. Paradoksalnie bowiem pozew w postępowaniu gospodarczym jest dodatkowym przejawem zamierzenia p.

S. dokładnego wyjaśnienia, przed właściwym organem sądowym, okoliczności sporu. Rolą sądu gospodarczego jest wszakże wszechstronna ocena sprzecznych stanowisk stron. Wykonawca, decydując się na proces sądowy, dał zatem wyraz gotowości wzięcia odpowiedzialności za wynik procesu, także ewentualnie negatywny. Rozstrzygnięcie jest wszakże nieznanne do chwili uprawomocnienia wyroku, które jak dotąd nie nastąpiło (sąd I instancji wyznaczył termin wydania wyroku na dzień 7 lutego 2024r.).

W ten sposób w przypadku p. S., z jego własnej inicjatywy, obrazowo dopełnia się przesłanka samooczyszczenia opisana w art. 110 ust. 2 pkt 2 p.z.p.

Skuteczność samooczyszczenia w niniejszej sprawie widoczna jest także na tym tle, że K. S. zdecydował się podjąć środki organizacyjne tuż po wyniknięciu sporu z Nadleśnictwem Olesno. Kroki i zamierzenia Odwołującego są dowodem przemyślenia sytuacji z Olesna i wyciągnięcia konsekwencji ze sporu z tamtym zamawiającym. Nadleśnictwo Olesno zarzucało pracownikom Odwołującego brak kwalifikacji. Dlatego Wykonawca rozstał się ze wspomnianymi osobami, czego dodatkowo dowodzą załączone dokumenty ZUS.

W ten sposób p. S. wprost wypełnił dyspozycję przepisu art. 110 ust. 2 pkt 3 lit.a) p.z.p. Co więcej, wykonawca od tamtego czasu nie podjął się ubiegania o zamówienia w zakresie obsługi PAD, a działalność skoncentrował tylko na pozostałych sektorach usług z zakresu gospodarki leśnej.

W rezultacie powyższych, licznych argumentów należy dojść do wniosku, że stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w sprawie jest nieuzasadnioną, rozszerzoną interpretacją art. 110 ust. 2 p.z.p. Przepis ten nie wymaga bowiem od wykonawcy bezwzględnego powstrzymania się od skorzystania z drogi prawnej w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p., celem zakwestionowania podstaw wypowiedzianej umowy.

Zamawiający forsuje pogląd, że warunkiem koniecznym przeprowadzenia samooczyszczenia jest przyznanie popełnienia deliktu. Na poparcie wyrażonej tezy Nadleśnictwo cytuje m.in. orzeczenie w sprawie KIO 139/17 (...)

P. S. poddał się procedurze samooczyszczenia i ujawnił stanowisko Nadleśnictwa Olesno, aby uniknąć konsekwencji wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. Odwołujący przyjmuje zatem do wiadomości, że w ocenie Zamawiającego mogły nastąpić okoliczności uzasadniające zastosowanie tego przepisu. W przeciwnym wypadku przekazanie Zamawiającemu obszernych informacji o sprawie z Nadleśnictwem Olesno nie miałoby żadnego sensu.

W literaturze przedmiotu w kontekście art. 110 ust. 2 p.z.p. mocno akcentowana jest inicjatywa własna wykonawcy w procedurze samooczyszczenia oraz rzetelność składanych przez niego wyjaśnień. W niniejszej sprawie okazuje się, że ujawniony Zamawiającemu stan

faktyczny staje się argumentem przeciwko p. S. . Innymi słowy, staranność Pana S. jest wykorzystywana przeciwko niemu. Gdyby jednak Odwołujący nie zdecydował się na przekazanie informacji o wypowiedzeniu umowy na obsługę PAD oraz o sporze co do wypowiedzenia, tym bardziej narażałby się na zarzut niekompletności przekazanych informacji bądź na wykluczenie na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 p.z.p.

Podsumowując należy wskazać, że akceptacja stanowiska Nadleśnictwa Kup musiałaby prowadzić do wniosku, iż wykonawca, którego poprzednia umowa o zamówienie była wypowiedziana z jego winy, nie może żądać od sądu cywilnego oceny podstaw wypowiedzenia, jeżeli ma zamiar brać udział w przetargach publicznych. Takie stanowisko godzi w fundamentalne prawo każdego przedsiębiorcy do sądu. Zaniechanie wszechstronnego wyjaśnienia okoliczności

Zamawiający, mając wątpliwości odnośnie samooczyszczenia, nie podjął próby ich uzupełniającego wyjaśnienia u Odwołującego. Z decyzji Nadleśnictwa wynika, że w trybie art. 128 ust. 5 p.z.p. uzyskało informacje w sprawie wyłącznie w Nadleśnictwie Olesno. Ten podmiot z natury rzeczy krytycznie ocenia realizację umowy na obsługę PAD. Zamawiający, chcąc dowiedzieć się więcej o omawianej sprawie, zgłębił ją zatem tylko jednostronnie. Wbrew twierdzeniom decyzji z dnia 9 stycznia, Nadleśnictwo Olesno nie jest bowiem „w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału.”, skoro wszystkie takie dokumenty Odwołujący sam przekazał Zamawiającemu. Skądinąd, Odwołujący nie miał okazji dowiedzieć się z treści zaskarżonego decyzji, jakie obciążające go dowody posiadał Zamawiający, skoro uznał, iż starania w trybie art. 128 ust. 5 p.z.p. prowadzą do wykluczenia p. S. z postępowania. Powyższy argument nie oznacza, że Odwołujący oczekiwał zdjęcia z niego obowiązku udzielenia wszechstronnych informacji. Skoro jednak Zamawiający dociekał okoliczności rozwiązania umowy na obsługę PAD, jego inicjatywa mogła i powinna zostać skierowana także do p. S. . P. S. o zarzucie „pozorności” samooczyszczenia dowiedział się jednak dopiero w zaskarżonej decyzji, a zatem nie miał możliwości polemiki z taką, zaskakującą konkluzją Zamawiającego.

Jest to o tyle istotne, że:

Po pierwsze: Odwołujący ubiegał się w miesiącu listopadzie 2022r. o zamówienie publiczne z zakresu gospodarki leśnej w Nadleśnictwie Olesno. Przetarg miał miejsce kilka miesięcy po wypowiedzeniu umowy PAD. P. S. złożył do ww. Nadleśnictwa analogiczne dokumenty na okoliczność samooczyszczenia, jak te złożone w niniejszej sprawie. Nadleśnictwo Olesno, a zatem ten sam podmiot, który wypowiedział umowę PAD, nie uznało wyjaśnień p. S. za pozorne i nie odrzuciło oferty Wykonawcy.

Strona, która obciążyła p. S. odpowiedzialnością za nienależyte wykonanie umowy, ma najlepszą wiedzę o tym wykonaniu. Jeżeli ten sam podmiot traktuje stanowisko wykonawcy

jako przekonujące w świetle art. 110 ust. 2 p.z.p., zarzuty w tym zakresie ze strony innego zamawiającego okazują się bezzasadne.

Po drugie: od rozwiązania umowy w Oleśnie upłynęło ponad półtora roku czasu. W tym okresie K. S. ubiegał się o inne, liczne zamówienia i z powodzeniem kontynuował swoją działalność z zakresu usług leśnych.

Posługując się gotowym, analogicznym zestawem dokumentów, wykonawca przechodził samooczyszczenie w innych postępowaniach przetargowych. Żaden z tych zamawiających nie podniósł zastrzeżeń takich, jakie podnosi Nadleśnictwo Kup, co utwierdziło Odwołującego w przekonaniu, że także w niniejszym postępowaniu jego samooczyszczenie okaże się skuteczne.

Po trzecie: po rozwiązaniu umowy na obsługę PAD, K. S. zrealizował z powodzeniem inne, liczne zamówienia z zakresu gospodarki leśnej. To dowód na to, że niepowodzenie we współpracy z Nadleśnictwem Olesno nie stało na przeszkodzie owocnej współpracy z innymi Nadleśnictwami i rzetelnemu wywiązywaniu się z umów o zamówienia publiczne. Wartość tych umów kilkudziesięciokrotnie przewyższała wartość umowy na obsługę PAD, a ich przedmiot pokrywał się z przedmiotem zamówienia w niniejszej sprawie. Na należyte wykonanie umów w okresie po przypadku w Nadleśnictwie Olesno Wykonawca wyraźnie wskazywał także w oświadczeniach JEDZ złożonych na obydwie pakiety. Powszechnie podnosi się, że celem procedury samooczyszczenia jest spowodowanie, aby na gruncie zamówień publicznych nie doszło ponownie do nierzetelnego postępowania danego przedsiębiorcy. Aktywność gospodarcza p. S. w okresie ostatnich kilkunastu miesięcy potwierdza, że jest on przedsiębiorcą dającym rękojmię prawidłowego wykonania usług z zakresu gospodarki leśnej. Odwołujący miał prawo zakładać, iż procedura samooczyszczenia w Nadleśnictwie Kup okaże się skuteczna, skoro kilkakrotnie okazywała się skuteczna na przestrzeni kilkunastu minionych miesięcy.

Zaniechanie wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 3 p.z.p.

Zgodnie z art. 109 ust. 3 p.z.p., w przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 1-5 lub 7,

zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne, w szczególności gdy kwota zaległych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne jest niewielka albo sytuacja ekonomiczna lub finansowa wykonawcy, o którym mowa w ust. 1 pkt 4, jest wystarczająca do wykonania zamówienia. Opisane powyżej okoliczności sprawy uzasadniały zastosowanie powyższego przepisu. O nieproporcjonalności utraty prawa do ubiegania się o zamówienie w stosunku do okoliczności rozwiązania umowy na obsługę PAD świadczą następujące argumenty:

- brak tożsamości przedmiotu zamówień w Nadleśnictwie Olesno i Nadleśnictwie Kup,
- rażąca dysproporcja wartości przedmiotu zamówień,

- upływ czasu od chwili wypowiedzenia umowy na obsługę PAD (ponad półtora roku),
- prawidłowe wykonanie innych zamówień na tożsame usługi w okresie od chwili wypowiedzenia umowy na obsługę PAD, na kwoty kilkudziesięciokrotnie wyższe niż wartość umowy w Oleśnie.

W złożonej pismem z dnia 2 lutego 2024 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający nie uwzględnił zarzutów zawartych w odwołanych i wniósł o ich oddalenie w całości.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in.:

Wykonawca w złożonym oświadczeniu na formularzu JEDZ oświadczył, że skorzystał z przewidzianej w ustawie Prawo zamówień publicznych instytucji selfcleaningu (samooczyszczenia) i w tym celu przedstawił zamawiającemu wyjaśnienia, z których wynika, że poprzedni zamawiający wcześniej rozwiązał z tym wykonawcą umowę na wykonanie zamówienia zawartą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Olesno w roku 2022”. Wykonawca w dalszych wyjaśnieniach wskazał, że podjął środki zaradcze w ramach procedury „samooczyszczenia” poprzez zapłatę zamawiającemu kary umownej, co w jego ocenie eliminuje przeszkody prawne uniemożliwiające mu udział w postępowaniu. Dalej wykonawca w swoich wyjaśnieniach składanych w ramach procedury „samooczyszczenia” oraz załączając dodatkowe dokumenty otwarcie zanegował popełnienie deliktu oraz zakwestionował powody wcześniejszego wypowiedzenia umowy przez poprzedniego zamawiającego. Ponadto do złożonych wyjaśnień wykonawca dołączył korespondencję prowadzoną przez jego pełnomocnika z poprzednim zamawiającym datowaną na dzień 22 czerwca 2022 roku, w której to korespondencji wprost oświadczył, że w ocenie reprezentowanego przez niego wykonawcy (Zakład Usług Leśnych „Salix” K. S. z/s w Radłowie) odstąpienie od umowy uznaje za bezpodstawne. Wykonawca na dowód kwestionowania własnej winy, jako załącznik do oświadczenia złożonego na formularzu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia przedłożył kopię pierwszej strony pozwu złożonego przeciwko poprzedniemu zamawiającemu o zapłatę kwoty stanowiącej równowartość zapłaconej temu zamawiającemu kary umownej. Wykonawca na skierowane przez Zamawiającego w trybie art. 128 ust.4 pzp wezwanie do złożenia wyjaśnień, na jakim etapie postępowania jest istniejący spór sądowy z poprzednim zamawiającym wyjaśnił, że postępowanie nie jest zakończone i w dalszym ciągu pozostaje w sądzie rejonowym. Tym samym Wykonawca na etapie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie dysponował prawomocnym orzeczeniem sądowym rozstrzygającym spór pomiędzy Wykonawcą a poprzednim zamawiającym stanowiącym dowód braku winy po stronie Wykonawcy a co za tym idzie brak zasadności naliczenia Wykonawcy przez poprzedniego zamawiającego kary umownej z tytułu rozwiązania umowy z jego winy.

Niezależnie od powyższego, celem wszechstronnego i przede wszystkim obiektywnego wyjaśnienia sytuacji zamawiający stosownie do art. 128 ust.5 pzp zwrócił się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów. W tym miejscu Zamawiający podnosi, że bezpodstawne pozostaje twierdzenia Wykonawcy, że „skoro jednak Zamawiający dociekał okoliczności rozwiązania umowy na obsługę PAD, jego inicjatywa mogła i powinna zostać skierowana także do p. S. . P. S. o zarzucie pozorności dowiedział się dopiero z zaskarżonej decyzji, a zatem nie miał możliwości polemiki z taką zaskakującą konkluzją Zamawiającego.”

Po pierwsze Zamawiający w trybie art. 128 ustawy PZP wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w związku z postępowaniem sądowym i wyjaśnienia takie zostały Zamawiającemu przez Wykonawcę przedłożone. Po drugie, Zamawiający nie jest uprawniony do oceny, który z podmiotów będących w sporze sądowym ma rację i na czyją korzyść powinno zostać wydane orzeczenie sądu. Nadto przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie przewidują na etapie oceny złożonych oświadczeń i dokumentów toczenia polemiki pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą. Etapem, na którym owa ewentualna polemika może być toczona jest postępowanie odwoławcze.

Przenosząc powyższe na grunt obowiązującej ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych, zamawiający stwierdza, że zgodnie z art.109 ust. 1 p. 7 ustawy, zawierającym tzw. fakultatywne przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania, przewidziane przez zamawiającego w p. 6.2 ppkt 6) SWZ przedmiotowego 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.”

W stosunku do wykonawcy zachodziła przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 p. 7 ustawy PZP. Nie ma bowiem wątpliwości, że z wykonawcą została wcześniej rozwiązana umowa w sprawie zamówienia publicznego przez poprzedniego zamawiającego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

W odpowiedzi na pismo skierowane w trybie art. 128 ust.5 PZP poprzedni zamawiający udzielił obszernych informacji, z których wynika, że w trakcie realizacji umowy stwierdzono naruszenie przez wykonawcę szeregu obowiązków umownych, a (cyt.) „z całokształtu uchybień stwierdzonych przez zamawiającego w toku czynności kontrolnych wyłaniał się obraz usługi wykonywanej w sposób nienależyty, przez osoby nieposiadające w tym zakresie elementarnych kompetencji” oraz „mimo kilkukrotnego wezwania wykonawcy

do zaprzestania naruszeń postanowień umowy oraz jej należytego wykonania pod rygorem odstąpienia od umowy, nie doszło do oczekiwanej poprawy (...)"

Poprzedni zamawiający posiadając informacje istotne dla oceny spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, przedstawiając takie informacje podał, że w trakcie realizacji umowy stwierdzono naruszenie obowiązków umownych, m.in.:

- brak doświadczenia w pełnieniu dyżurowania w PAD przy wykorzystaniu systemu kamer, mimo legitymowania się takowym w toku postępowania przetargowego, brak kwalifikacji merytorycznych i psychofizycznych w PAD;
- brak doświadczenia w obsłudze systemu p.poż i nieznanostwo dedykowanego systemu;
- nieznanostwo procedur (w szczególności w sytuacji zagrożenia) i zasad pracy w PAD, nieznanostwo zdarzenia jakim jest pożar;
- naruszenie postanowień specyfikacji warunków zamówienia (dot. opisu standardu technologii wykonawstwa prac leśnych stanowiących załącznik do umowy oraz naruszenie instrukcji dyspozytora Punktu-Alarmowo-Dyspozycyjnego Nadleśnictwa Olesno w 2022 r. wraz z Załącznikami, brak doświadczenia w prowadzeniu dokumentacji w PAD.

Zamawiający, który na wezwanie w trybie art. 128 ust.5 ustawy pzp przedstawił posiadane informacje, stwierdził także, iż pomimo kilkakrotnego wezwania Wykonawcy do zaprzestania naruszeń postanowień Umowy oraz jej należytego wykonania pod rygorem odstąpienia od Umowy, nie doszło do oczekiwanej poprawy. Jak wynika z informacji poprzedniego zamawiającego Wykonawca w dalszym ciągu uchybiał spoczywającym na nim obowiązkom i pomimo kierowanych wezwań, w dalszym ciągu realizował umowę w sposób nienależyty, narażając Zamawiającego na powstanie rażącej straty.

Istotne w sprawie pozostają też informacje, jakich w trybie art. 128 ust.5 ustawy udzielił poprzedni zamawiający, z których jednoznacznie wynika, że:

1. Wykonawca nie uznał swojej winy;
2. Wykonawca nie podjął się wyczerpującego wyjaśnienia nieprawidłowego wykonania umowy, nie współpracował w tym zakresie z zamawiającym;
3. Nie przedstawił zamawiającemu programu naprawczego.

Przenosząc powyższy stan faktyczny na grunt przepisów ustawy pzp, Zamawiający odnosząc się do czynionych we wniesionym odwołaniu zarzutów Wykonawcy na czynność odrzucenia jego oferty będącej konsekwencją wykluczenia Wykonawcy z postępowania podnosi, co następuje.

Ustawa z dnia 11.09.2019 roku - Prawo zamówień publicznych przewiduje możliwość po stronie wykonawcy skorzystania z procedury tzw. „samooczyszczenia”. Zamawiający przytoczył treść art. 110 ust. 2 ustawy Pzp wskazując na konieczność łącznego spełniania wskazanych w nim przesłanek.

Analiza orzecznictwa oraz piśmiennictwa dokonana przez zamawiającego wskazuje jednoznacznie, że aby można było zastosować przesłankę wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, skutkiem niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia musi być rozwiązanie umowy o zamówienie publiczne, co w przypadku wykluczonego wykonawcy miało miejsce (tak: Prawo zamówień publicznych. Komentarz 2022 red. dr hab. Małgorzata Sieradzka). Jednocześnie za niewystarczającą dla skuteczności tzw. „samooczyszczenia” należy uznać samą zapłatę kar umownych (tak: wyr. KIO z 1.6.2015 r., KIO 758/15, Legalis; wyr. KIO z 23.3.2016 r., KIO 353/16, Legalis). Zamawiający przytoczył tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 lutego 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 139/17.

Wobec powyższego, samooczyszczenie nie może mieć zatem charakteru pozornego, tak jak ma to miejsce w przedmiotowym postępowaniu, gdzie wykonawca wprost stwierdził, że nie uznaje przypisywanej mu przez zamawiającego winy.

Prawidłowe skorzystanie z tej instytucji umożliwia wykonawcy wykazanie, że choć istnieją względem niego przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10 PZP, to podjął on kroki świadczące o jego rzetelności udowadniając zamawiającemu, że spełnił łącznie określone w art. 110 ust. 2 ustawy przesłanki, a zatem przedstawił dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Wykonawca dowodów takich w postępowaniu nie przedstawił.

Wykonawca poza zapłatą kar umownych, nie tylko nie przedstawił dowodów, o których mowa w art. 110 ust. 2 ustawy, lecz jak wskazano powyżej wprost oświadczył, że nie uznaje deliktu, którego samooczyszczenie ma dotyczyć, nadto wszedł z poprzednim zamawiającym na drogę sądową. Tymczasem zarówno w dosyć licznych orzecznictwie jak i literaturze - pochodzących jeszcze sprzed tzw. dużej nowelizacji ustawy pzp i w pełni zachowującym aktualność na gruncie obecnej regulacji zgodnie wskazuje się, że podstawowym, zasadniczym i bezwzględnie koniecznym warunkiem dającym możliwość skorzystania przez wykonawcę z instytucji self-cleaning jest przyznana okoliczność przez wykonawcę, że do danego nagannego zachowania z jego strony doszło. Brak jest przy tym możliwości negowania, czy też wprost kwestionowania deliktu; przy jednoczesnym wykazywaniu rzekomych działań zaradczych. W takiej sytuacji „samooczyszczenie” ma charakter wyłącznie pozorny (tak: P. Wiśniewski, J.E. Nowicki: Prawo zamówień publicznych, wyd. V, Komentarz, Warszawa 2023; wyrok KIO z 16.06.2021, KIO 1008/21; wyrok KIO z 27.08.2019 KIO 1576/19).

Jak dalej wskazuje doktryna instytucja self-cleaning uregulowana w przepisie art. 110 ust. 2 ustawy pzp a wynikająca bezpośrednio z art. 57 ust. 6 dyrektywy klasycznej (2014/24/UE) jest szczególną procedurą specjalną umożliwiającą wykonawcy, w stosunku do którego zachodzą ustawowe przesłanki wykluczenia z postępowania wykazania, że jest on zdolny do wykonania zamówienia. Wykonawca udowadnia w tej procedurze, że daje

rękojmię rzetelnego wykonania zamówienia publicznego, gdyż zauważył istnienie problemu i podjął odpowiednie środki zapobiegające nieprawidłowemu zachowaniu w przyszłości (tak: Dzierżanowski Wł. Prawo zamówień publicznych, Komentarz 2011). Tymczasem, co podniesiono powyżej Wykonawca nie przedłożył jakichkolwiek wyjaśnień i dowodów na podjęcie środków zaradczych, zapobiegających powstaniu w przyszłości nieprawidłowości, co warunkuje przepis art. 110 ust. 2 pkt.3 ustawy.

Zgodnie z przepisem art. 110 ust. 3 ustawy PZP zamawiający ocenia, czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2 są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. Jeżeli podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2 nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zamawiający wyklucza wykonawcę.

Zamawiający podnosi, że w przedmiotowej sprawie Wykonawca nie podjął żadnych z wymienionych w tym przepisie czynności, co skutkowało po stronie zamawiającego koniecznością wykluczenia Wykonawcy z prowadzonego postępowania oraz odrzucenie złożonej oferty. Ponadto jak wynika z informacji, o które zamawiający wnioskował w trybie art. 128 ust. 5 PZP „wg stanu na dzień 12 grudnia 2023 r. Nadleśnictwo Olesno nie posiada wiedzy o podjęciu przez w/w Wykonawcę konkretnych środków technicznych, organizacyjnych, kadrowych i in. odpowiednich dla zapobiegania dalszym nieprawidłowością”.

Wbrew twierdzeniom Wykonawcy zawartym w odwołaniu, decydując się na proces sądowy i pozywając poprzedniego zamawiającego, Wykonawca dał wyraz, że neguje swoją winę, a tym samym nie uznaje zaistnienia deliktu, którego samooczyszczenie miało dotyczyć, co potwierdza pozorność dokonanego oczyszczenia.

Ponadto twierdzenia Wykonawcy zawarte w odwołaniu pozostają w sprzeczności z informacjami, jakie Zamawiający uzyskał w trybie art. 128 ust.5 pzp od poprzedniego zamawiającego. Nie jest bowiem prawdą, jak podaje Wykonawca, że poprzedni zamawiający nie odrzucił oferty tego wykonawcy. Z otrzymanych przez zamawiającego informacji, jakich udzieliło Nadleśnictwo Olesno wynika, wprost, że „W toku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych przez Nadleśnictwo Olesno, przypadających po odstąpieniu od Umowy, Wykonawca ten składał bardzo lakoniczne wyjaśnienia w ramach procedury samooczyszczenia. W przypadkach tych jednak nie dochodziło do udzielenia zamówienia temu Wykonawcy, gdyż albo podlegał on wykluczeniu z postępowania, albo jego oferta w ogóle nie była poddawana ocenie od strony podmiotowej, a to z uwagi na kolejność w rankingu”.

W kontrze do informacji uzyskanych w trybie art. 128 ust.5 pzp od zamawiającego pozostaje także twierdzenie Wykonawcy o zakończeniu współpracy z osobami nieposiadającymi wymaganych kwalifikacji do wykonania zamówienia. Wykonawca w

przedmiotowym postępowaniu nie przedłożył na tę okoliczność żadnych dowodów (jak np. wskazywane w odwołaniu dokumenty wyrejestrowujące wskazane osoby z ubezpieczenia społecznego), natomiast jak wynika z informacji poprzedniego zamawiającego „W swoich wyjaśnieniach powoływał się na rzekome zerwanie współpracy z dotychczasowymi współpracownikami, pomimo iż jedną z tych osób w dalszym ciągu wykazywał w JEDZ na potrzeby warunku udziału w postępowaniu”.

Skala zamówienia, którego dotyczyła umowa wykluczonego Wykonawcy z poprzednim zamawiającym w stosunku do zamówienia, na wykonanie którego złożył ofertę nie może stanowić okoliczności łagodzącej ustawowe przesłanki uprawniającej zamawiającego do odrzucenia oferty wykluczonego wykonawcy.

Całokształt dokumentów jakimi dysponował zamawiający, w tym informacje uzyskane w trybie art. 128 ust. 5 PZP potwierdzają, że Wykonawca nie był w stanie sprostać wykonaniu zamówienia o mniejszej skali, realizując je nierzetelnie, co finalnie doprowadziło do wcześniejszego rozwiązania przez zamawiającego umowy z tym wykonawcą, co nadto w połączeniu z niewykazaniem przez Wykonawcę podjęcia działań naprawczych, o których mowa w art. 110 ust.2 ustawy pzp. powoduje, że wybór tego Wykonawcy prowadziłby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Stosownie do treści przepisu art. 110 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, za dokonanie oceny, czy podjęte przez wykonawcę środki należy uznać za wystarczające dla wykazania rzetelności, odpowiedzialny jest zamawiający. Oceny tej dokonuje na podstawie analizy przedstawionych dokumentów i to one są kluczowe dla stwierdzenia, czy zaistniała w danych okolicznościach podstawa do uznania, że dany wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania, czy też takie przesłanki nie zaistniały (tak wyrok KIO z 22.06.2022, KIO 504/22).

Reasumując, Zamawiający przytoczył tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 września 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2360/22).

Wykonawca ZAKŁAD USŁUG LEŚNYCH B. S., D. K. SPÓŁKA JAWNA z siedzibą w Szczytnie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Pismem z dnia 5 lutego 2024 r. ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestnika postępowania wyrażone odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę ZAKŁAD USŁUG LEŚNYCH B. S., D. K. SPÓŁKA JAWNA z siedzibą w Szczytnie. Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione. Co za tym idzie ww. wykonawca skutecznie zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego, stając się Uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowody niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożone przez Odwołującego wraz z odwołaniem oraz na posiedzeniu z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Stan faktyczny pomiędzy Stronami i Uczestnikiem postępowania nie był sporny. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Kup w 2024 roku i kwartale 2025.

Odwołujący złożył ofertę m.in. na pakiet nr 3 – Prace z zakresu pozyskania surowca drzewnego przy użyciu harwestera i zrywka pozyskanego w ten sposób surowca przy użyciu forwardera w trzebieżach wczesnych i późnych w młodszych klasach wieku w Nadleśnictwie Kup.

Odwołujący w złożonym oświadczeniu na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ) oświadczył, że znajdował się w sytuacji, w której wcześniej umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową. Szczegółowe informacje na ten temat zostały podane w dodatkowym piśmie – załączniku do JEDZ. Jednocześnie Odwołujący oświadczył, że przedsięwziął środki w celu samooczyszczenia. Szczegółowy opis przedsięwziętych środków został zawarty ww. załączniku do JEDZ. We wskazanym załączniku Odwołujący poinformował, że wykonywał zamówienie publiczne na rzecz Nadleśnictwa Olesno w postaci pełnienia dyżuru w Punkcie Alarmowo-Dyspozycyjnym. Umowa przewidywała świadczenie usług od dnia 1 marca 2022 r. do dnia 31 października 2022 r. W dniu 31 marca 2022 r.

Nadleśnictwo odstąpiło od umowy obciążając Odwołującego za to odpowiedzialnością i wzywając do zapłaty kary umownej.

Odwołujący wskazał, że kwestionuje powody wypowiedzenia i zamierza skierować sprawę na drogę postępowania sądowego. Odwołujący podkreślił, że swoje stanowisko odnośnie zarzutów Nadleśnictwa, które od początku uważał za bezzasadne, konsekwentnie prezentował Nadleśnictwu w kolejnych pismach.

Odwołujący, celem uniknięcia przymusowego ściągnięcia kary oraz celem wykazania przesłanek samooczyszczenia w kolejnych przetargach, dobrowolnie zapłacił karę umowną, którą naliczyło mu Nadleśnictwo.

Nadto, fakt przedterminowego rozwiązania umowy zakwestionował na drodze sądowej, a postępowanie w tym zakresie jest w toku.

Odwołujący wskazał również, że podjął kroki, których celem jest uniknięcie podobnych problemów w związku z kolejnymi umowami o zamówienie. Z ostrożności zdecydował się nie kontynuować współpracy z osobami, które zatrudniał na potrzeby PAD w Oleśnie – osoby te nie są już współpracownikami Odwołującego.

Dodatkowo Odwołujący wdrożył w firmie procedury informacyjne, których stosowanie pomoże Odwołującemu usprawnić działania w każdym przypadku zastrzeżeń od zamawiających oraz pozwoli na szybkie podejmowanie właściwych decyzji, aby uniknąć negatywnych skutków prawnych.

Zwrócił również uwagę, że przedmiotem ww. umowy, która uległa przedterminowemu rozwiązaniu nie są usługi tożsame z usługami objętymi niniejszym postępowaniem. Co więcej, wartość tej umowy była kilkakrotnie mniejsza niż wartość niniejszego zamówienia. Końcowo Odwołujący oświadczył, że składając JEDZ wraz z ofertą, nie miał intencji ukrywania przed Zamawiającym informacji istotnych dla rozstrzygnięcia.

Odwołujący zakładał, że nie ma związku pomiędzy obecnym przetargiem, a sytuacją, która spotkała go w Nadleśnictwie Olesno. Przedmiotowe pismo złożył na wypadek, gdyby Zamawiający uznał, że taki związek istnieje.

Odwołujący uważa, że skutecznie przeszedł procedurę samooczyszczenia i posiada zdolność ubiegania się o przedmiotowe zamówienie.

Wraz z pismem Odwołujący przedłożył następujące załączniki: umowę z Nadleśnictwem Olesno; oświadczenie Nadleśnictwa Olesno o odstąpieniu; odpowiedź na oświadczenie o odstąpieniu z dnia 7 czerwca 2022r.; pisma do Nadleśnictwa Olesno z dnia 4 marca, 23 marca, 20 kwietnia; notę księgową z Nadleśnictwa; potwierdzenie zapłaty kary umownej; pierwszą stronę pozwu złożonego przeciwko Nadleśnictwu Olesno; potwierdzenie nadania pozwu; opis procedur wdrożonych w firmie.

Poza sporem jest również fakt wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w związku z postępowaniem sądowym jak również to, że Odwołujący takie wyjaśnienia złożył.

Sąd Rejonowy w Opolu, V Wydział Gospodarczy wyrokiem z dnia 7 lutego 2024 r. oddalił powództwo.

Poza sporem jest również fakt wezwania w trybie art. 128 ust. 5 ustawy Pzp Nadleśnictwo Olesno do udzielenia informacji w zakresie jak w wezwaniu. Nadleśnictwo Olesno udzieliło informacji zgodnie z wezwaniem. Treść wezwania oraz odpowiedzi na wezwania została przytoczona w odpowiedzi na odwołanie i odpowiada rzeczywistości, wobec czego za zbędne należy uznać ich powtarzanie.

Osią sporu między Stronami była ocena skuteczności procedury, o której mowa w art. 110 ust. 3 ustawy Pzp tzw. self – cleaning jak również bezzasadne wykluczenie Odwołującego z postępowania w sytuacji, gdy jest ono w sposób oczywisty nieproporcjonalne.

Izba dała wiarę w całości dowodom z dokumentów postępowania złożonych przez Zamawiającego oraz dowodom z dokumentów złożonych przez Odwołującego gdyż nie były one przez Strony/Uczestnika postępowania kwestionowane, a Izba nie znalazła podstaw, aby z urzędu podważać ich wiarygodność.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Przechodząc do zarzutów odwołania wskazać należy, co następuje:

1. *naruszenie art. 110 ust. 2 p.z.p. oraz 110 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p., a w konsekwencji także naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) p.z.p., poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania oraz odrzucenie jego oferty w sytuacji, gdy Odwołujący udowodnił Zamawiającemu spełnienie przesłanek z art. 110 ust. 2 p.z.p. oraz udowodnił swoją rzetelność, pomimo uprzedniego wypowiedzenia Wykonawcy przez Nadleśnictwo Olesno umowy na obsługę Punktu Alarmowo – Dyspozycyjnego*

Art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp stanowi, że 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.

Zgodnie z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie następujące przesłanki:

- 1) *naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne;*
- 2) *wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym;*
- 3) *podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności:*
 - a) *zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy,*
 - b) *zreorganizował personel,*
 - c) *wdrożył system sprawozdawczości i kontroli,*
 - d) *utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów,*
 - e) *wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzebranie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.*

Z kolei zgodnie z ust. 3 Zamawiający ocenia, czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. Jeżeli podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zamawiający wyklucza wykonawcę.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Zgodnie z przywołaną treścią art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp aby możliwe było wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego konieczne jest łączne spełnienie przesłanek wskazanych w analizowanym przepisie, a mianowicie:

1. *wystąpienie przyczyn leżących po stronie wykonawcy*
2. *wykonanie lub nienależyte wykonanie w znacznym stopniu lub zakresie umowy*
3. *zaistnienie tych okoliczności doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady*

W orzecznictwie wielokrotnie podkreślano i z tym należy się zgodzić, aby wykonawca mógł skorzystać z dobrodziejstwa instytucji samooczyszczenia musi przyznać, że zachodzą w stosunku do niego podstawy wykluczenia. W przedmiotowej sprawie Odwołujący kwestionuje wystąpienie przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp.

Odwołujący w piśmie z dnia 22 listopada 2023 r. „UZUPEŁNIENIE FORMULARZA JEDZ PROCEDURA SAMOOCZYSZCZENIA” zwraca uwagę, „że przedmiotem ww. umowy, która uległa przedterminowemu rozwiązaniu nie są usługi tożsame z usługami objętymi niniejszym postępowaniem. Co więcej, wartość tej umowy była kilkakrotnie mniejsza niż wartość niniejszego zamówienia. Dlatego oświadczam, że składając JEDZ wraz z ofertą, nie miałem intencji ukrywania przed Państwem informacji istotnych dla rozstrzygnięcia. Zakładałem bowiem, że nie ma związku pomiędzy Państwa przetargiem, a sytuacją, która spotkała mnie w Nadleśnictwie Olesno. Niniejsze pismo składam na wypadek, gdybyście Państwo uznali, że taki związek istnieje” (podkreślenie własne). Z kolei w treści odwołania wskazuje „Mając na uwadze, że ten zamawiający obciążył Wykonawcę odpowiedzialnością za wypowiedzenie, Odwołujący zdecydował się poddać w niniejszym postępowaniu procedurze samooczyszczenia w obawie o ewentualne wykluczenie” (...) „P. S. wyraził w piśmie przekonanie, że okoliczności współpracy z Nadleśnictwem Olesno nie są dostatecznym powodem wykluczenia go z niniejszego postępowania.” (podkreślenie własne)

Zgodnie z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie następujące przesłanki (...). Zastosowanie przedmiotowej instytucji jest możliwe jedynie w przypadku braku kwestionowania przez wykonawcę podstaw wykluczenia, z którymi związana jest ta instytucja. Tylko bowiem w wypadku uznania wykonawcy za podlegającego wykluczeniu w oparciu o przesłanki wskazane w treści art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp istnieje możliwość samooczyszczenia. Wynika to nie tylko z literalnej wykładni art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, ale również z wykładni celowościowej tego przepisu. Skład orzekający podziela pogląd, zgodnie z którym nie ma możliwości zastosowania instytucji self – cleaningu „z ostrożności”.

Izba dostrzega szczerść Odwołującego i chęć wyjaśnienia sprawy z Nadleśnictwem Olesno, jest to jednak niewystarczające do uwzględnienia odwołania. Odwołujący powinien działać zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp.

Już tylko z tego powodu odwołanie w tym zakresie podlegało oddaleniu. W zasadzie na tym stwierdzeniu Izba mogłaby poprzestać. Skład orzekający postanowił jednak odnieść się do twierdzeń Zamawiającego i Uczestnika postępowania wyrażonych w odwołaniu, piśmie procesowym oraz ustnie na rozprawie.

Twierdzenia forsowane przez Zamawiającego oraz Uczestnika postępowania co do konieczności „uznania przez wykonawcę faktu, że popełnił delikt”, „wykonawca nie uznał swojej winy” nie zasługują na aprobatę. W przedmiotowej sprawie Zamawiający, zamiast w sposób rzetelny przeanalizować dokumenty złożone przez Odwołującego, skupił się na orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz piśmiennictwie dotyczącym instytucji samooczyszczenia i, co dziwi najbardziej, na opinii Nadleśnictwa Olesno.

Po pierwsze, rozróżnia się dwa reżimy odpowiedzialności cywilnej:

1. deliktowa – ma miejsce wtedy, gdy szkoda jest wynikiem czynu niedozwolonego.
2. kontraktowa – dotyczy sytuacji, w której powstanie szkody wiąże się z niewłaściwego wykonania lub niewykonania zobowiązania.

Zamawiający oraz Uczestnik postępowania wielokrotnie odnoszą się do *negowania przez Odwołującego popełnienie deliktu*, powołując się nawet na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie. Jednak ani Zamawiający, ani też Uczestnik postępowania nie wskazują jakiego to czynu niedozwolonego dopuścił się Odwołujący.

Po drugie, Zamawiający nie wyjaśnił z czego wynika obowiązek, aby *wykonawca uznał swoją winę*. Wykonawca obowiązany jest przyznać, że podlega wykluczeniu. Treść art.109 ust. 1 pkt 7) referuje do przypadku, gdy odstąpienie od umowy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy (zawinionych lub niezawinionych). Wymaganie aby każdorazowo wykonawca uznał swoją winę nie znajduje potwierdzenia w obowiązujących przepisach. Mało tego, uznanie winy pozbawiłoby wykonawcę prawa do obrony swoich praw w postępowaniu cywilnym.

Całkowicie niezrozumiałe jest dlaczego Zamawiający uznał za istotne w sprawie informacje, jakie w trybie art. 128 ust. 5 ustawy Pzp udzielił poprzedni zamawiający, tj. Nadleśnictwo Olesno. Zamawiający zarówno w odpowiedzi na odwołanie jak i na rozprawie podkreślał, że Nadleśnictwo Olesno w odpowiedzi na pytanie nr 3 *Czy wykonawca wyjaśnił wyczerpująco fakty związane z nieprawidłowym wykonywaniem umowy i czy aktywnie współpracował w tym zakresie celem wyjaśnienia zaistniałych nieprawidłowości oraz czy Nadleśnictwo Olesno posiada informację o podjęciu przez ww. wykonawcę konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, bądź innych, odpowiednich dla zapobiegania dalszym nieprawidłowościom?* stwierdziło, że Odwołujący: *„nie podjął się wyczerpującego wyjaśnienia nieprawidłowego wykonywania umowy, nie współpracował w tym zakresie z tut. Zamawiającym, nie złożył w naszej ocenie wyczerpującego programu naprawczego, tzw. self-cleaning`u. W toku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych przez Nadleśnictwo Olesno, przypadających po odstąpieniu od Umowy, Wykonawca ten składał bardzo lakoniczne wyjaśnienia w ramach procedury samooczyszczenia. (...) W przypadkach tych jednak Nadleśnictwo Olesno nie posiada wiedzy o podjęciu przez w/w Wykonawcę konkretnych środków technicznych, organizacyjnych, kadrowych, i in., odpowiednich dla zapobiegania dalszym nieprawidłowościom.”* Wbrew twierdzeniom Zamawiającego powyższa informacja nie ma żadnego znaczenia w sprawie. Przecież to Zamawiający Nadleśnictwo Kup winien ocenić czy Odwołujący w przedmiotowym postępowaniu spełnił przesłanki z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, a nie Nadleśnictwo Olesno.

2. *art. 109 ust. 3 p.z.p. poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo że jest ono w sposób oczywisty nieproporcjonalne do okoliczności wypowiedzenia mu przez Nadleśnictwo Olesno umowy na obsługę Punktu Alarmowo – Dyspozycyjnego w szczególności w świetle: i) wartości całkowitej umowy zawartej z Nadleśnictwem Olesno, ii) okresu trwania tej umowy; iii) odmiennego przedmiotu umowy z Nadleśnictwem Olesno w stosunku do przedmiotu niniejszego postępowania oraz iv) symbolicznej wysokości kary umownej dobrowolnie zapłaconej przez Odwołującego na rzecz Nadleśnictwa Olesno*

Izba wskazuje, że na Odwołującym spoczywa ciężar wykazania okoliczności faktycznych będących podstawą odwołania i uzasadniających jego wnioski. To Odwołujący bowiem, a nie Zamawiający, a tym bardziej Uczestnik postępowania, wywodzi z okoliczności podnoszonych w odwołaniu korzystne dla siebie skutki prawne, opierając na nich żądanie odwołania, a co za tym idzie oczywistym jest, że okoliczności te powinien wykazać właśnie odwołujący.

Odwołujący nie wykazał, że wykluczenie jest w sposób oczywisty nieproporcjonalne. Odwołujący nie wskazał, na czym konkretnie miałyby polegać naruszenie proporcjonalności przy wykluczeniu go z przedmiotowego postępowania, jak również, że stopień i zakres nienależytego wykonania wcześniejszej umowy nie były znaczne oraz że była to sytuacja jednorazowa. Mało tego, z nieznanymi Izbie przyczyn, Odwołujący przedłożył wraz z odwołaniem referencje z Nadleśnictwa Kluczbork z których wynika, że Odwołujący nienależycie wykonał umowę i został wezwany do uiszczenia kary umownej. Odwołujący przedkłada dokument, który może działać na jego niekorzyść nie pochyłając się nawet aby wyjaśnić okoliczności w nim wskazane.

Zdaniem Izby Odwołujący ww. zakresie nie sprostął ciężarowi dowodu. Rolą Izby nie jest poszukiwanie argumentów przemawiających za zasadnością zarzutów podnoszonych przez Odwołującego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 w związku z § 2 ust. 1 pkt 2) w zw. z § 5 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: