Sygn. akt: KIO 2905/21

WYROK

z 9 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński
Danuta Dziubińska
Anna Packo

Protokolant: Adam Skowroński
Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawach 21 października 2021 r. i 8 listopada 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 1 października 2021 r. przez odwołującego: Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe reprezentowany przez Dyrektora Zakładu Informatyki Lasów Państwowych im. Stanisława Kostki Wisińskiego z siedzibą w Sękocinie Starym, przy udziale: wykonawcy Pro-Holding Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie w zakresie zarzutu nr 1.

2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów nr 2 i 3 i nakazuje zamawiającemu:

   2.1 unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu,

   2.2 unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty,

   2.3 przeprowadzenie ponownej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:

   3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

   3.2 zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 2905/21

Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe reprezentowane przez Dyrektora Zakładu Informatyki Lasów Państwowych im. Stanisława Kostki Wisińskiego z siedzibą w Sękocinie Starym (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019, dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego

pn. „Utrzymanie i rozwój Systemu LAS przez okres 24 miesięcy", nr postępowania: DZ.270.34.2021. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 14 maja 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 093-242990.

1 października 2021 r. wykonawca Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 pkt 1 Pzp z 11 września 2019 r.

Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych - przez jego zastosowanie

i wykluczenie Odwołującego z postępowania, mimo że w stosunku do Odwołującego winny mieć zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z 19 stycznia 2004 r. (dalej „sPzp"), w konsekwencji nie zaistniały przesłanki wykluczenia wskazane w piśmie z 20 września 2021 r., tj.:

a. Odwołujący z przyczyn leżących po jego stronie w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał istotnego zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do odstąpienia od umowy,

b. Odwołujący z przyczyn leżących po jego stronie w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał istotnego zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do odszkodowania;

2. w przypadku nieuwzględnienia zarzutu nr 1 - naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 16 Pzp - przez wykluczenie Odwołującego z postępowania, mimo

że w stosunku do Odwołującego nie zaistniały przesłanki wykluczenia wskazane w piśmie z 20 września 2021 r., tj.:

a. Odwołujący z przyczyn leżących po jego stronie w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał istotnego zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do odstąpienia od umowy,

b. Odwołujący z przyczyn leżących po jego stronie w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał istotnego zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do odszkodowania,

a wykluczenie Odwołującego naruszyło zasadę proporcjonalności i przejrzystości.

3. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp w zw. z art. 16 Pzp - przez odrzucenie oferty

Odwołującego z postępowania, mimo faktu, że nie podlegał on wykluczeniu, a odrzucenie jego oferty naruszyło zasady proporcjonalności, zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

4. z ostrożności procesowej na wypadek nie uwzględnienia Zarzutu nr 1 i/lub Zarzutu nr 2 - naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. 109 ust. 3 Pzp w zw. z art. 16 Pzp - przez wykluczenie Odwołującego z postępowania, mimo że wykluczenie to było w sposób oczywisty nieproporcjonalne;

5. z ostrożności procesowej na wypadek nie uwzględnienia Zarzutu nr 1 i/lub zarzutu nr 2 - naruszenie art. 128 ust. 4 w zw. z art. 16 Pzp - przez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień;

6. z ostrożności procesowej na wypadek nie uwzględnienia Zarzutu nr 1 i/lub Zarzutu nr 2 - naruszenie art. 110 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 16 Pzp - przez zaniechanie wezwania Odwołującego do wykazania rzetelności i udowodnienia Zamawiającemu, że spełnił przesłanki określone w art. 110 ust. 2 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności badania i oceny ofert,

2. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

3. unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania,

4. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
z ostrożności procesowej nakazanie Zamawiającemu:

5. wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 Pzp,

6. wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 110 ust. 2 i 3 Pzp,

7. powtórzenia czynności badania i oceny ofert, zgodnie z przepisami Pzp oraz Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ) z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł ponadto o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

W uzasadnieniu rozpoznanych przez Izbę zarzutów odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Zarzut nr 1

Zastosowanie przez Zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp stanowiło naruszenie zasady lex retro non agit, usankcjonowanej w art. 91 ust. 1 pkt 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (dalej: Ustawa wprowadzająca). Zgodnie z art. 91 ust. 1 pkt 1 Ustawy wprowadzającej do umów w sprawie zamówienia publicznego, o których mowa w ustawie z 29 stycznia 2004 r., zawartych przed 1 stycznia

2021 r., stosuje się przepisy sPzp. Obie umowy o zamówienie publiczne wskazywane przez Zamawiającego jako podstawa wykluczenia zostały zawarte nie tylko przed wejściem w życie Pzp (2021 r.), lecz nawet przed jej uchwaleniem w 2019 roku.

Dla ustawodawcy zrozumiałe i oczywiste bowiem było, że wykonawca nie może ponosić skutków prawnych, które nie istniały w obrocie prawnym w chwili wykonywania umowy o zamówienie publiczne. Wykonawcy podejmowali w owym czasie czynności w oparciu o istniejący stan prawny, nie mogąc przypuszczać, że kilka lat później się on może zmienić, a ich prawidłowe decyzje biznesowe - zgodne z ówcześnie obowiązującym prawem - mogą w przyszłości spowodować wykluczenie ich z postępowań, które będą wszczęte dopiero za kilka lat i na podstawie nieistniejącej jeszcze Pzp. Dlatego w ocenie Odwołującego do umów tych mógłby mieć zastosowanie co najwyżej art. 24 ust. 5 pkt 4 sPzp.

Czynności Zamawiającego stanowiące podstawę wykluczenia Odwołującego, zostały podjęte w 2018 r., a więc na prawie trzy lata przed wejściem w życie Pzp i prawie rok przed uchwaleniem Pzp.

W ocenie Odwołującego art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp może mieć zastosowanie wyłącznie do umów o zamówienie publiczne, które zostały zawarte na skutek wszczętych postępowań o zamówienie publiczne po 1 stycznia 2021 r., co wynika także z art. 90 ust. 1 Ustawy wprowadzającej .

W 2018 r., gdy były podejmowane czynności wskazywane przez Zamawiającego, wykonawcę można było wykluczyć z innego prowadzonego postępowania o zamówienie publiczne tylko wtedy, gdy doszło do rozwiązania umowy (ustawodawca nie wspominał o odstąpieniu)

lub zasądzenia odszkodowania w innym postępowaniu o zamówienie publiczne.
W dotychczasowym stanie prawnym musiało dojść do skutecznego rozwiązania umowy lub zasądzenia przez sąd powszechny odszkodowania, a nie jego dobrowolnej zapłaty przez wykonawcę. Dopiero w nowym stanie prawnym, obowiązującym od początku 2021 r., ustawodawca wprowadził nowe przesłanki, nieznane w sPzp, tj. doprowadzenia z winy wykonawcy do odstąpienia od umowy lub jej wypowiedzenia, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Zarzut nr 2

W piśmie o wykluczeniu Odwołującego z postępowania Zamawiający nie wykazał:

1. skutecznego rozwiązania umów;

2. winy Odwołującego;

3. zasądzenia odszkodowania czy też powstania szkody, która byłaby objęta odszkodowaniem.

Cała argumentacja Zamawiającego w zakresie stanu faktycznego ograniczała się do przedstawienia stanowisk podmiotów, które złożyły oświadczenia o rozwiązaniu umów. Wyjaśnienia Odwołującego zostały całkowicie zignorowane. Zaprezentowanie stanowiska podmiotu, który złożył oświadczenie o rozwiązaniu umowy, nie było wystarczające do weryfikacji, czy rozwiązanie umowy lub też naliczenie kary umownej było uprawnione.

W każdym zobowiązaniu kontraktowym mogą pojawić się spory, co do interpretacji postanowień umownych czy dokumentacji stanowiącej podstawę realizacji umowy. Strony mogą dokonywać odmiennej oceny zaistniałych okoliczności faktycznych czy prawnych - jak to miało miejsce w ww. sprawach. Z kolei wykluczenie może mieć miejsce wyłącznie w przypadku obiektywnego stwierdzenia, że wszystkie przesłanki wykluczenia miały miejsce. Mogłoby to mieć miejsce po dogłębnej analizie stanowisk obu stron sporu, analizie materiału dowodowego, ocenie mocy dowodowej poszczególnych dowodów, w tym dokumentów, jak i stanowisk stron. Tymczasem Zamawiający takiego materiału dowodowego w ogóle nie przedstawił ani też nawet nie dążył do jego pozyskania.

Wykluczając Odwołującego, Zamawiający nie mógł opierać się wyłącznie na fakcie, że doszło do rozwiązania wcześniejszej umowy zawartej z tym wykonawcą. Zamawiający musiał także wykazać, że do rozwiązania umowy (lub zasądzenia odszkodowania) doszło z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę. Oznaczało to, że Zamawiający musiał wykazać, czego konkretnie wykonawca nie zrobił lub jakiego obowiązku wynikającego z wcześniejszej umowy nie wykonał, a tego obowiązku Zamawiający zaniechał.

Zarzut nr 3 został podniesiony jako konsekwencja zarzutów nr 1 i 2. Odwołujący oparł zarzut nr 3 na stwierdzeniu, że wobec bezpodstawnego wykluczenia go z postępowania nie było powodów do odrzucenia jego oferty.

20 października 2021 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i wniósł o jego oddalenie. Uzasadniając swoje stanowisko Zamawiający wskazał m. in.:

Zarzut nr 1

Postępowanie zostało wszczęte w 2021 r. dlatego należało stosować przepisy Ustawy z 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z art. 91 ust. 1 pkt 1 przepisów wprowadzających Pzp, do umów w sprawie zamówienia publicznego oraz umów ramowych,

o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, zawartych przed 1 stycznia 2021 r. stosuje

się przepisy dotychczasowe. Zwrot „do umów" oznaczało, że chodzi o stosunek prawny pomiędzy zamawiającym a Wykonawcą, a zatem uregulowania związane z wykonywaniem umowy, jej ewentualną zmianą, rozwiązaniem, tj. uregulowaniach zamieszczonych w art. 139 - 151a uchylonej ustawy sPzp. Natomiast art. 109 Pzp znalazł się zupełnie w innym dziale niż regulacje dotyczące umów, regulującym kwestie prowadzenia postępowania przez zamawiającego. Przepisy wprowadzające ustawę Pzp nie dotyczyły przedmiotowego postępowania, a jedynie umów zawartych na podstawie przepisów obowiązujących do 31 grudnia 2021 r. Nie mógł więc mieć tutaj zastosowania art. 91 ust. 1 pkt 1 ustawy Przepisy wprowadzające ustawę Pzp. Żaden inny przepis ustawy wprowadzającej nie zawierał regulacji odnoszących się do czasu wejścia w życie art. 109 ustawy. Nie było też przepisu, który uzależniałby moc obowiązującą tego przepisu od innego momentu niż data wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zarzut nr 2

Zamawiający po zapoznaniu się z treścią Załącznika do JEDZ Odwołującego wystąpił do podmiotów (podmiot S. i podmiot Z.) tam wskazanych o przedstawienie informacji na temat realizacji przez Odwołującego umów z tymi podmiotami. Z odpowiedzi uzyskanej od S. wynikało, że Odwołujący zapłacił na rzecz S. naliczone kary umowne z tytułu nieterminowej realizacji umowy oraz nastąpiło odstąpienie od zawartej umowy z częściowym rozliczeniem dotyczącym zadań zrealizowanych. Faktu uiszczenia na rzecz S. kwoty w wysokości kar umownych Odwołujący nie negował. W swoich wyjaśnieniach (załącznik do JEDZ) Odwołujący wskazał, że doszło do ugody z S., czego nie potwierdzało pismo udostępnione przez S. Zamawiającemu.

W związku z powyższym Zamawiający uznał, że umowa była realizowana przez Odwołującego w sposób nienależyty, co doprowadziło do częściowego odstąpienia od umowy przez

S., co z kolei wypełniło przesłanki określone w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

S. odstąpił od umowy przesyłając Odwołującemu oświadczenie o odstąpieniu oparte na jej postanowieniach. Wola S. były wyrażone w sposób jednoznaczny. Nieuzasadniony był więc wniosek Odwołującego, że zapłata na jego rzecz części wynagrodzenia niweczyła czynność odstąpienia od umowy przez S., czy też świadczyła o tym, że do odstąpienia nie doszło. Zamawiający odwołując się do informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa Odwołującego wskazał na przyczyny, dla których w ocenie Zamawiającego doszło do zapłaty części wynagrodzenia.

Odwołujący również potraktował pismo S. jako oświadczenie o odstąpieniu od umowy, skoro zwrócił się do S. o cofnięcie oświadczenia woli o odstąpieniu. W odpowiedzi na ten wniosek S. podtrzymał swoje stanowisko w zakresie odstąpienia od umowy.

Co więcej, postanowienia umowy dawały S. możliwość wskazania, czy odstąpił od umowy w całości, czy też w części.

W polskim porządku prawnym wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy co do zasady stanowi konsekwencję niewykonania lub nienależytego wykonanie zobowiązania. Zgodnie z postępowaniem dowodowym przeprowadzonym przez Zamawiającego w przywołanym przez Odwołującego przypadku doszło do skutecznego odstąpienia przez S. od zawartej umowy, na skutek zwłoki w wykonaniu etapu umowy Odwołującego przekraczającej 14 dni. W ocenie Zamawiającego zapłata przez Odwołującego kary umownej stanowiła jednoznaczne przyznanie się do niewykonania czy też nienależytego wykonania umowy. Brak bowiem racjonalnego uzasadnienia zapłaty kar umownych w kwocie przewyższającej otrzymane wynagrodzenie w sytuacji, gdy wykonawca uważał, że były one nienależne.

W ocenie Zamawiającego dla rozstrzygnięcia nie powinny mieć znaczenia wywody Odwołującego w zakresie powodów, dla których uchybił terminom określonym w umowie z S. Okoliczności te mogłyby być podnoszone w postępowaniu cywilnym, przy okazji kwestionowania zasadności naliczania kar umownych. Krajowa Izba Odwoławcza nie rozstrzyga o takich okolicznościach i powinna przyjąć, że kary umowne zostały naliczone i zapłacone przez Odwołującego.

W ocenie Zamawiającego kara umowna zastrzeżona w ww. umowie miała charakter odszkodowawczy. W ujęciu art. 483 i 484 Kc kara umowna stanowi ryczałtowo określony surogat odszkodowania należnego wierzycielowi z tytułu odpowiedzialności kontraktowej dłużnika. Według Zamawiającego nic nie stoi na przeszkodzie aby zastrzeżona kara umowna spełniała jednocześnie kilka funkcji, np. odszkodowawczą, represyjną, czy prewencyjną.

Odwołujący przedstawił w złożonym wraz z JEDZ oświadczeniu drugi przypadek, w którym od umowy odstąpił Z. Odwołujący wskazał przy tym, że oświadczenie o odstąpieniu od umowy, naliczeniu i potrąceniu kar umownych zostało dokonane przez Z. bez właściwej podstawy prawnej. Zgodnie z opinią wyrażoną przez Urząd Zamówień Publicznych w komentarzu

do art. 109 ust. 7 Pzp: „Wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy, wysunięte roszczenie odszkodowawcze lub naliczenie kar umownych nie musi być usankcjonowane przez sąd. Nawet zakwestionowanie tych czynności lub roszczeń przed sądem cywilnym nie ma wpływu na wykluczenie wykonawcy. Dowodem nienależytego wykonania umowy może być w szczególności pozew, protokoły odbioru, korespondencja stron, a nawet notatki ze spotkań". Inaczej niż w poprzednio obowiązującej ustawie (art. 24 ust. 5 pkt 4 sPzp) odszkodowanie nie musiało być „zasądzone", co oznaczało, że również odszkodowanie wypłacone bez sporu mogło stanowić podstawę do wykluczenia z postępowania.

20 października oraz 8 listopada 2021 r. Przystępujący Pro-Holding w odpowiedzi na odwołanie złożył pisma procesowe, w których wniósł o jego oddalenie. Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego, a ponadto wskazał:

Skoro w okresie określonym w art. 111 pkt 4 Pzp wykonawca 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 co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia

od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady, to podlegał on wykluczeniu niezależnie od wielkości jego obrotów.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i przystępującego zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, pismach procesowych a także wyrażone ustnie na rozprawach i odnotowane w protokole,

ustaliła

co następuje.

zważyła,

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

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

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że częściowo zasługuje ono na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

W Rozdziale II SWZ, punkt 8 Zamawiający wskazał:

„Zamawiający wykluczy z postępowania wykonawców, wobec których zachodzą podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 108 ust. 1 oraz art. 109 ust. 1 pkt 1), 4) i 7) ustawy Pzp tj. Zamawiający wykluczy z postępowania wykonawcę: (...)

> 8.9 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".

Wraz z ofertą Odwołujący złożył JEDZ, w którym udzielił twierdzącej odpowiedzi na pytanie „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?".

Odwołujący wyjaśnił przy tym, że informacje dotyczące przyczyn udzielenia takiej odpowiedzi na pytanie znajdowały się w Załączniku nr 1 do JEDZ - część jawna oraz w Załączniku nr 2 do JEDZ - część objęta tajemnicą przedsiębiorstwa. Odwołujący zaznaczył przy tym, że nie podjął środków w celu wykazania swojej rzetelności (samooczyszczenie).

W jawnej części załącznika do JEDZ Odwołujący wskazał m. in.: „Wykonawca Asseco ma świadomość, że zostały złożone w stosunku do niego oświadczenia o rozwiązaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego (o czym szczegółowo dalej). Niemniej jednak żadne

z takich oświadczeń nie zostało złożone na podstawie realizacji przesłanki niewykonania lub nienależytego wykonania w istotnym stopniu wcześniejszej umowę w sprawie zamówienia publicznego. Stąd też Asseco do tej pory konsekwentnie zaznaczało odpowiedź NIE

w przedmiotowym punkcie formularza JEDZ. Co więcej - było to stanowisko uznawane za prawidłowe zarówno przez Zamawiających, jak i przez Krajową Izbę Odwoławczą. Pomimo zaznaczania odpowiedzi NIE w przedmiotowym punkcie formularza JEDZ - nigdy nie orzeczono wobec Asseco wykluczenia w związku z takim wypełnieniem formularza JEDZ.

Niezależnie jednak od wskazanego powyżej stanowiska opartego na analizie prawnej przepisów prawa, w tym także prawa europejskiego - Asseco na bieżąco analizuje praktykę, w tym orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i Sądów Powszechnych w zakresie stosowania Ustawy Prawo zamówień publicznych. Odnotowaliśmy zatem pojawienie się nowych poglądów Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych oraz brak jednolitej linii orzeczniczej. (...) wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 23 sierpnia 2019 roku, sygn. akt XXIII Ga 469/19, zainicjował nową linię orzeczniczą, potwierdzającą zasadność wykluczenia wykonawcy w przypadku zaistnienia koniunkcji następujących okoliczności: zaistnienia rozwiązania przed czasem umowy w sprawie zamówienia publicznego (niezależnie od przyczyn) oraz zaznaczenia NIE w przedmiotowym punkcie formularza JEDZ. Dodać należy, że powyżej wskazany dorobek orzeczniczy odnosi się do poprzednio obowiązującej ustawy i wobec braku innych orzeczeń w tym zakresie musi być brany pod uwagę na zasadzie analogii do nowych przepisów ustawy".

W objętym tajemnicą przedsiębiorstwa załączniku nr 2 do JEDZ Odwołujący szczegółowo opisał okoliczności, w jakich doszło do odstąpienia od umów z nim przez S. i Z. Odwołujący nie zgodził się z oboma tymi podmiotami, co do przyczyn i zasadności odstąpienia od umów.

13 sierpnia 2021 r. Zamawiający wystąpił do S. i Z. z pytaniem: „Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Zakład Informatyki Lasów Państwowych im. Stanisława Kostki Wisińskiego, w związku z prowadzonym postępowaniem przetargowym zwraca się z uprzejmą prośbą o udzielenie informacji dotyczącej rzetelności realizacji umowy nr (...). Prosimy o informacje czy ww. wykonawca z przyczyn leżących po jego stronie

w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z zawartej umowy, co doprowadziło do:

1) Wypowiedzenia lub odstąpienia przez (...) od umowy lub;

2) Zapłaty przez wykonawcę odszkodowania lub;

3) Zastępczego wykonania umowy lub;

4) Realizacji uprawnień z tytułu rękojmi (.)".

27 sierpnia 2021 r. Z. udzielił Zamawiającemu zwięzłych odpowiedzi na ww. pytania. Z. nie przekazał Zamawiającemu żadnych dokumentów dotyczących przyczyn i okoliczności odstąpienia od umowy z Odwołującym.

2 września 2021 r. S., w odpowiedzi na ww. pytania, przesłał Zamawiającemu skany:

1. umowy z Odwołującym,

2. wezwania skierowanego przez S. do Odwołującego,

3. oświadczenia o odstąpieniu od umowy przez S.,

4. pisma S. informującego Odwołującego o odmowie cofnięcia oświadczenia o odstąpieniu od umowy.

S. nie przesłał Zamawiającemu żadnych pism Odwołującego, które stanowiły element korespondencji w sprawie, mimo, że wskazane wyżej, w punktach 2 i 4 pisma S. w sposób oczywisty stanowiły element polemiki z Odwołującym.

Zamawiający nie wezwał Odwołującego do jakichkolwiek wyjaśnień dotyczących ww. kwestii oraz okoliczności i przyczyn odstąpienia przez S. i Z. od umów z Odwołującym. Zamawiający nie próbował również uzyskać dalszych informacji od S. i Z.

20 września 2021 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m. in.:

„Wykonawca Asseco Poland S.A. w punkcie dotyczącym podstaw wykluczenia Wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp to jest: Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa

z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową złożył oświadczenie potwierdzając, że znajdował

się w powyższej sytuacji.

Z dokumentów załączonych do oświadczenia wynika, że sytuacja, w której Wykonawca otrzymał oświadczenie Zamawiającego o odstąpieniu umowy nastąpiła co najmniej dwa razy w okresie ostatnich trzech lat. Co więcej, Wykonawca został również obciążony karami umownymi (...). Wykonawca w swoim oświadczeniu podnosi, że złożone wobec Asseco Poland S.A. oświadczenia o odstąpieniu od umowy nie zostały złożone na podstawie realizacji przesłanki niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. W polskim porządku prawnym wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy co do zasady stanowi konsekwencję za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Zgodnie z postępowaniem dowodowym przeprowadzonym przez Zamawiającego w przywołanym przez Asseco Poland S.A. przypadku doszło do skutecznego odstąpienia przez Zamawiającego od zawartej umowy, na skutek zwłoki Wykonawcy przekraczającej 14 dni w wykonaniu etapu umowy. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Wykonawcy, iż odstąpienie od umowy może dotyczyć wyłącznie całości umowy. W określonych sytuacjach może dotyczyć również jej części, co też miało miejsce w opisanej przez Wykonawcę sytuacji. Wskutek odstąpienia od umowy doszło do wzajemnego zwrotu świadczeń: Wykonawca został wezwany do deinstalacji i usunięcia wszystkich elementów budowanego systemu, a Zamawiający przejął nieusuwalne

elementy systemu, za które Zamawiający zapłacił Wykonawcy w ramach rozliczenia umowy w związku z odstąpieniem.

Ponadto, zgodnie z wyjaśnieniami Wykonawcy oraz dowodami uzyskanymi przez Zamawiającego, doszło do rozliczenia umowy, wskutek czego Wykonawca został zobowiązany do uiszczenia kar umownych w znacznej wysokości. Pomimo negowania przez Wykonawcę zasadności naliczenia kar umownych doszło do ich zapłacenia, a tym samym do przyznania przez Wykonawcę, że doszło do nienależytego wykonania umowy. Należy zwrócić uwagę, iż kary umowne były naliczone za „zwłokę", a więc opóźnienie kwalifikowane, zawinione przez Wykonawcę. Nie mają znaczenia dla oceny stanu faktycznego żadne zastrzeżenia Wykonawcy poczynione przy zapłacie kary umownej (.).

Zamawiający przeanalizował dokumenty złożone w przedmiotowym postępowaniu oraz uzyskane w postępowaniu dowodowym i stwierdził, że przedstawiony przez Wykonawcę przypadek należy ocenić jako istotne, długotrwałe, nienależyte wykonanie wcześniejszej umowy w znacznym zakresie (.). Wykonawca Asseco Poland S.A. przedstawił w złożonym wraz z JEDZ oświadczeniu drugi przypadek, w którym Zamawiający również odstąpił od umowy. W ocenie Wykonawcy oświadczenie o odstąpieniu od umowy, naliczeniu i potrąceniu kar umownych zostało dokonane przez Zamawiającego bez właściwej podstawy prawnej. Zamawiający wystąpił również z powództwem o zasądzenie m.in. zapłaty naliczonych kar umownych oraz roszczeniem odszkodowawczym od Asseco Poland S.A., które Wykonawca zakwestionował w całości. Ustawodawca wiąże niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy z odszkodowaniem. Ustawodawca uznał, że wystąpienie odszkodowania w wyniku realizacji umowy stanowi o nierzetelności wykonawcy. Nie jest przy tym istotne, jaką formę odszkodowanie przybrało - czy było to świadczenie w naturze czy pieniądzu,

czy stosowano zasady ogólne dotyczące naprawienia szkody, czy też doszło do naliczenia kar umownych (.).

Wykonawca w ramach złożonych oświadczeń dołączonych do JEDZ nie przedstawił dowodów, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 110 ust 2 ustawy Pzp. Z brzmienia art. 110

ust. 2 ustawy Pzp wynika, że ciężar udowodnienia samooczyszczenia spoczywa na wykonawcy. Zamawiający nie bada z urzędu, czy wykonawca, wobec którego zachodzą podstawy wykluczenia określone w art. 108 i art. 109 ust. 1 ustawy Pzp, podjął działania w celu samooczyszczenia, które są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Wykonawca z własnej inicjatywy i bez wezwania, chcąc wykazać swą rzetelność pomimo istnienia odpowiedniej podstawy wykluczenia powinien dowieść przywrócenia swojej rzetelności.

Zamawiający przeanalizował przedstawione przez Wykonawcę informacje w kontekście art. 111 ustawy Pzp i stwierdził, że nienależyte wykonanie umowy miało miejsce w granicach czasowych wyznaczonych dyspozycją art. 111 ustawy Pzp.

Zamawiający świadomy wagi skutków wykluczenia Wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz mając na względzie realizację zasad proporcjonalności i równego traktowania oraz zapewnienie efektywnej konkurencji na rynku zamówień publicznych, dochowując należytej staranności, podjął próbę ustalenia, czy konkretny stan faktyczny przemawia za rzetelnością wykonawcy oraz pozwala na stwierdzenie, że daje on rękojmię należytego wykonania zamówienia, pomimo, że wcześniej uchybił określonym obowiązkom. Zamawiający w tym celu przeprowadził postępowanie dowodowe.

Zgodnie z uzyskanym materiałem dowodowym Zamawiający ocenił, że w zaistniałej sytuacji zachodzą przesłanki wykluczenia Wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 7 ustawy Pzp (.)".

Biorąc pod uwagę ustalony i opisany wyżej stan faktyczny Izba uznała, że czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp była nieuzasadniona.

Art. 109 ust. 1 pkt 7 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. Obowiązkiem Zamawiającego, który musiał zostać zrealizowany przed podjęciem decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania (niezależnie od podstawy) było wykazanie,

że zostały wypełnione przesłanki wykluczenia. W ocenie Izby Zamawiający nie wypełnił tego obowiązku - zamiast tego, Zamawiający dał wiarę stanowisku przedstawionemu przez S. i Z., mimo, że informacje przekazane przez te podmioty były bardzo skąpe. Z. ograniczył się do udzielenia Zamawiającemu podstawowych odpowiedzi na zadane pytania, przy czym z treści odpowiedzi Z. jasno wynikało, że między tym podmiotem, a Odwołującym zaistniał silny konflikt. Dlatego Zamawiający nie powinien traktować informacji uzyskanych od Z. w sposób bezkrytyczny, a co za tym idzie - w miarę swoich możliwości zweryfikować te dane. W toku rozprawy Zamawiający podniósł, że nie jest organem śledczym nie ma możliwości prowadzenia postępowania wyjaśniającego. Wskazać jednak należy,

że przesłanka z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp ma charakter fakultatywny, zatem Zamawiający sam zdecydował się na jej stosowanie w postępowaniu. Zamawiający nie może więc podnieść

na swoją obronę argumentu braku możliwości wyjaśnienia okoliczności dotyczących sposobu realizacji umów przez wykonawców. Skoro Zamawiający zdecydował się wyeliminować

z postępowania wykonawców, którzy nie zrealizowali wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego w sposób należyty, to powinien mieć świadomość, że w zakresie dowodowym podejmuje się bardzo trudnego zadania. Brak możliwości zbadania wszystkich, istotnych okoliczności mogących dać podstawę do uznania, że przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp wypełniły się nie daje Zamawiającemu uprawnienia do odstąpienia od rzetelnego badania zasadności podstaw wykluczenia wykonawcy.

W przypadku informacji i dokumentów uzyskanych od S. Zamawiający powinien mieć na uwadze, że z całą pewnością otrzymał tylko wycinek informacji dotyczących sposobu realizacji umowy przez Odwołującego. Również w tym przypadku Zamawiający powinien dążyć do uzyskania pełniejszego obrazu zdarzeń, które doprowadziły do przedwczesnego zakończenia realizacji umowy między Odwołującym, a S.

Niezwykle istotne dla oceny działań i czynności Zamawiającego miało uzasadnienie wykluczenia Odwołującego z postępowania zawarte w piśmie z 20 września 2021 r.

O ile Zamawiający w sposób dosyć lakoniczny opisał i uzasadnił powody, dla jakich uznał, że wobec Odwołującego wypełniły się przesłanki określone w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, to pominął całkowicie stanowisko Odwołującego zawarte w załącznikach do JEDZ. Izba przeprowadziła dowód z tych załączników i uznała, że stanowisko Odwołującego było na tyle spójne i szczegółowe, że nie mogło zostać pominięte przez Zamawiającego milczeniem. W uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z postępowania Zamawiający nie wskazał jednak żadnych przyczyn, dla których nie dał wiary wyjaśnieniom Odwołującego, w szczególności

w zakresie jego twierdzeń, że do problemów z realizacją umów z S. i Z. nie doszło z przyczyn leżących po stronie Odwołującego. W ocenie Izby Zamawiający poprzestał na bezkrytycznym przyjęciu, że informacje przekazane przez S. i Z. Podkreślić należy, że wykazanie zaistnienia przesłanek wykluczenia z postępowania na podst. Art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp nie może ograniczyć się do uzyskania określonych informacji od zamawiających, na rzecz których dany wykonawca realizował umowy. Informacje takie wymagają weryfikacji, szczególnie, gdy - jak na gruncie tego postępowania - zamawiający dysponował wyjaśnieniami Odwołującego całkowicie sprzecznymi ze stanowiskiem S. i Z. Brak krytycznej oceny i weryfikacji informacji dotyczących okoliczności, które doprowadziły do przedwczesnego zakończenia (bądź nieprawidłowej realizacji) umów uniemożliwił wykazanie zasadności wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Z powyższych przyczyn Izba uwzględniła zarzut nr 2 odwołania, a w konsekwencji również zarzut nr 3 uznając, że skoro Zamawiający nie wykazał zaistnienia wobec Odwołującego podstaw do wykluczenia go z postępowania, to oferta Odwołującego nie powinna być odrzucona z postępowania.

Izba oddaliła zarzut nr 1 odwołania uznając, że stanowisko Odwołującego jest błędne i sprzeczne z obowiązującymi przepisami prawa. Zgodnie z art. 111 pkt 4 Pzp wykluczenie wykonawcy następuje w przypadkach, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 i 6, art. 109 ust. 1 pkt 4-7 i 9, na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Wejście w życie tego przepisu nie zostało w żaden sposób ograniczone czy opóźnione przepisami intertemporalnymi. Izba nie zgodziła się z Odwołującym, który twierdził, że do oceny skutków umów zawartych pod rządami sPzp należy stosować przepisy sPzp. Art. 111 pkt 4 Pzp jasno określa ramy czasowe w jakich może dojść do wykluczenia wykonawcy m. in. na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, ale nie stanowi, że do zdarzenia

będącego podstawą wykluczenia miało dość już po wejściu w życie nowego Pzp. Dlatego, mimo, że Izba negatywnie oceniła czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania, to nie dopatrzyła się w czynności Zamawiającego złamania zasady nieretroakcji prawa.

W zakresie zarzutów o numerach 4, 5 i 6 Izba ustaliła, że Odwołujący jasno wskazał, że zarzuty

te zostały podniesione z ostrożności procesowej, na wypadek oddalenia zarzutu nr 1 lub 2. Biorąc pod uwagę, że zarzut nr 2 został uwzględniony, to warunek pod jakim zostały postawione zarzuty 4 - 6 nie spełnił się. Z tego względu zarzuty 4 - 6 nie były przedmiotem rozpoznania Izby.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1. dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem:

    a) SWZ wraz z załącznikami,

    b) oferty Odwołującego wraz z JEDZ i załącznikami do JEDZ,

    c) korespondencji Zamawiającego z S. i Z. wraz z dokumentami przekazanymi Zamawiającemu przez te podmioty,

    d) uzasadnienia wykluczenia Odwołującego z postępowania 20 września 2021 r.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....