

Sygn. akt KIO 778/24

Sygn. akt KIO 779/24

## WYROK

Warszawa, dnia 22 marca 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 marca 2024 r. przez wykonawcę:

A.Ł.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Ł.S. (KIO 778/24)

B.K.J. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą K.J. (KIO 779/24)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Lubliniec

przy udziale uczestników po stronie Zamawiającego

1.K.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych "SALIX" K.S. w postępowaniu o sygn. akt KIO 778/24

2.M&H BROL SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Boronowie, K.S. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych "SALIX" K.S. w postępowaniu o sygn. akt KIO 779/24

### orzeka:

#### KIO 778/24

1.Oddala odwołanie

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę Ł.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Ł.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 Ł.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Ł.S.tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez ww. wykonawcę oraz Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika

2.2.zasądza od wykonawcy Ł.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Ł.S. na rzecz zamawiającego Skarbu Państwa – Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe Nadleśnictwo Lubliniec kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt poniesiony przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

#### KIO 779/24

1.Oddala odwołanie

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę K.J. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą K.J. 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.J. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą K.J.tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez ww. wykonawcę oraz Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika

2.2.zasądza od wykonawcy Krystyny Jureczko prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą K.J.na rzecz zamawiającego Skarbu Państwa – Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe Nadleśnictwo Lubliniec kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt poniesiony przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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: .....

Sygn. akt KIO 778/24

Sygn. akt KIO 779/24

### UZASADNIENIE:

Zamawiający - Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Lubliniec prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Lubliniec w 2024 roku.”, nr referencyjny: NN.270.3.2023.

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 jest równa lub 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 10 października 2023 r. pod numerem: 00684928-2023.

#### **KIO 778/24**

W postępowaniu tym wykonawca Ł.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Ł.S. (dalej: „Odwołujący 1”) w dniu 10 marca 2024 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec niezgodnych z ustawą czynności podjętych przez Zamawiającego w zakresie Pakietu nr I, tj. zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Zakład Usług Leśnych SALIX K.S. i w konsekwencji dokonanie wyboru oferty tego wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący 1 zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt. 2a) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Zakład Usług Leśnych SALIX K.S. dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty tego wykonawcy, podczas gdy wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP, a złożona przez niego oferta odrzucona;
- 2) art. 239 PZP poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy: Zakład Usług Leśnych SALIX K.S. podczas gdy wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP, a złożona przez niego oferta odrzucona;
- 3) art. 110 ust. 2 i 3 PZP poprzez przyjęcie, iż wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza udowodnił Zamawiającemu łączne spełnienie wskazanych w tym przepisie przesłanek samooczyszczenia, podczas gdy przeprowadzona przez tego wykonawcę procedura self-cleaningu oraz zgromadzone przez Zamawiającego dokumenty wskazują, iż wykonawca ten nie spełnił łącznie wymaganych przesłanek i nie wykazał swojej rzetelności.

Odwołujący 1 wniósł o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu dokonania unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty na Pakiet nr I oraz nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy Zakład Usług Leśnych SALIX K.S. jako oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu, a także nakazanie dokonania ponownej oceny ofert i ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) 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 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania;
- 3) przeprowadzenie dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Lubliniec w roku 2024”, w szczególności wskazanych w uzasadnieniu niniejszego pisma;
- 4) przeprowadzenie dowodu z nagrania rozprawy, która odbyła się w sprawie o sygnaturze: KIO 205/24, na okoliczność potwierdzenia przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, iż po rzekomym zaprzestaniu współpracy z osobami odpowiedzialnymi za nienależyte wykonanie umowy z poprzednim zamawiającym, jedną z tych osób wskazał w dokumencie JEDZ na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w kolejnym postępowaniu.

#### **KIO 779/24**

W postępowaniu tym wykonawca Krystyna Jureczko prowadząca działalność gospodarczą pod firmą K.J. (dalej: „Odwołujący 2”) w dniu 10 marca 2024 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec niezgodnych z ustawą czynności podjętych przez Zamawiającego w zakresie Pakietu nr II, tj. zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum Lubliniec: M&H Brol sp. z o.o., Zakład Usług Leśnych SALIX K.S. i w konsekwencji dokonanie wyboru oferty tego wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący 2 zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt. 2a) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Lubliniec i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty tego wykonawcy, podczas gdy wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP, a złożona przez niego oferta odrzucona;
- 2) art. 239 PZP poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy: Konsorcjum Lubliniec, podczas gdy wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP, a złożona przez niego oferta odrzucona;
- 3) art. 110 ust. 2 i 3 PZP poprzez przyjęcie, iż wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza udowodnił Zamawiającemu łączne spełnienie wskazanych w tym przepisie przesłanek samooczyszczenia, podczas gdy przeprowadzona przez tego wykonawcę procedura self-cleaningu oraz zgromadzone przez Zamawiającego dokumenty wskazują, iż wykonawca ten nie spełnił łącznie wymaganych przesłanek i nie wykazał swojej rzetelności.

Odwołujący 2 wniósł o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu dokonania unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty na Pakiet nr II oraz nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum Lubliniec jako oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu, a także nakazanie dokonania ponownej oceny ofert i ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) 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;
- 3) przeprowadzenie dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Lubliniec w roku 2024”, w szczególności wskazanych w uzasadnieniu niniejszego pisma;
- 4) przeprowadzenie dowodu z nagrania rozprawy, która odbyła się w sprawie o sygnaturze: KIO 205/24, na okoliczność potwierdzenia przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, iż po rzekomym zaprzestaniu współpracy z osobami odpowiedzialnymi za nienależyte wykonanie umowy z poprzednim zamawiającym, jedną z tych osób wskazał w dokumencie JEDZ na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w kolejnym postępowaniu.

#### **KIO 778/24, KIO 779/24**

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący 1 i 2 wskazali:

Odwołujący 1 i 2 wskazali, że wykonawca Zakład Usług Leśnych SALIX K.S., w formularzu JEDZ w części III, wskazał, iż wykonawca ten znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową. Do dokumentu JEDZ załączono pismo zatytułowane: Uzupełnienie formularza JEDZ Procedura samooczyszczenia, a następnie złożone kolejne dokumenty, w tym pismo z dnia 25.02.2024 roku zatytułowane: pismo w sprawie samooczyszczenia (dodatkowe wyjaśnienia i argumenty dotyczące złożonych ofert w pakietach I i II) wraz z załącznikami.

Zamawiający wystąpił do poprzedniego zamawiającego: Nadleśnictwo Olesno w trybie art. 128 ust. 5 PZP o udzielenie informacji dotyczących wcześniejszego rozwiązania umowy z ww. wykonawcą i uzyskał pisemne stanowisko z tego Nadleśnictwa. Z treści wskazanych dokumentów wynika, iż z wykonawcą Zakład Usług Leśnych SALIX K.S. została rozwiązana umowa w trybie wcześniejszym z przyczyn leżących po stronie tego wykonawcy. Ponadto z dokumentów tych wynika, iż wykonawca kwestionował swoją odpowiedzialność za nienależyte wykonanie zobowiązania, sugerował ówczesnemu zamawiającemu, że nadzór ze strony zamawiającego jest prowadzony w warunkach pretensji i zastraszania. Wystąpił też na drogę postępowania sądowego celem odzyskania zapłaconych temu zamawiającemu z zastrzeżeniem zwrotu kar umownych.

Z dokumentów wynika także, iż ww. wykonawca przedłożył aktualnemu Zamawiającemu pismo zatytułowane „Opis procedur dotyczących wykonaniu umów o zamówienie publiczne z zakresu gospodarki leśnej”, przy czym dokument ten nie ma daty, pozwalającej na określenie kiedy procedury te rzekomo powstały. Natomiast z wyjaśnień przesłanych przez Nadleśnictwo Olesno wynika, iż wykonawca ten „*nie podjął się wyczerpującego wyjaśnienia nieprawidłowego wykonywania umowy, nie współpracował w tym zakresie z tut. Zamawiającym, nie złożył w naszej ocenie wyczerpującego programu naprawczego. 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 ocenie Odwołującego 1 i 2 Zamawiający w sposób powierzchowny i w efekcie błędny ocenił przedłożone przez K.S. (pakiet nr I) oraz Konsorcjum Lubliniec (pakiet nr II) dokumenty, co skutkowało podjęciem niezgodnej z przepisami ustawy czynności w postaci wyboru ofert ww. wykonawców jako ofert najkorzystniejszych.

Odwołujący 1 i 2 zwrócili uwagę, iż dla skutecznego przeprowadzenia procedury samooczyszczenia art. 110 ust. 2 PZP wymaga udowodnienia Zamawiającemu łącznego spełnienia wskazanych tam przesłanek. Co istotne, przesłanki te muszą zaistnieć w relacji z poprzednim zamawiającym, u którego doszło do naruszenia, a następnie zostać udowodnione aktualnemu Zamawiającemu. Zdaniem Odwołującego 1 i 2 wykonawca Zakład Usług Leśnych SALIX K.S. nie sprostął temu wymogowi i nie dokonał skutecznego samooczyszczenia w przedmiotowym postępowaniu. Jak wskazuje się w literaturze, podstawowym warunkiem skutecznego self-cleaningu jest przyznanie przez wykonawcę, iż podlega wykluczeniu. W stanowisku, które zawarł wykonawca w dokumencie z dnia 12.12.2023 roku zatytułowanym: Uzupełnienie formularza JEDZ procedura samooczyszczenia, wskazano: *„Składając JEDZ wraz z ofertą, nie miałem intencji ukrywania przed Państwem informacji istotnych dla rozstrzygnięcia. Zakładałem bowiem, że nie ma związku pomiędzy Państwem przetargiem, a sytuacją, która spotkała mnie w Nadleśnictwie Olesno. Niniejsze pismo składam na wypadek, gdybyście Państwo uznali, że taki związek istnieje.”* Z przytoczonego fragmentu wynika, iż wykonawca nie

uważał się za podlegającego wykluczeniu, a procedurę samooczyszczenia zastosował z ostrożności, co powoduje, iż procedura ta nie może być uznana za skuteczną. Stanowisko takie znalazło swoje potwierdzenie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12.02.2024 roku (KIO 205/24, który dotyczy tego właśnie wykonawcy, a w którym wskazano, iż dla skutecznego samooczyszczenia konieczne jest uznanie przez wykonawcę, że podlega wykluczeniu, czego ten wykonawca nie uczynił. Niezależnie od powyższego, w ocenie Odwołującego, wykonawca nie spełnił żadnej z trzech przesłanek procedury samooczyszczenia.

Odnosząc się do przesłanki z art. 110 ust. 2 pkt 1) PZP, która dotyczy obowiązku naprawienia szkody wyrządzonej swoim nieprawidłowym postępowaniem, Odwołujący 1 i 2 wskazali, iż wykonawca K.S. w złożonych przez siebie - w ramach procedury samooczyszczenia - wyjaśnieniach z dnia 12.12.2023 roku wskazał, iż dobrowolnie zapłacił karę umowną, ale przemilczał fakt, iż uczynił to z „zastrzeżeniem zwrotu”. O okoliczności tej Zamawiający dowiedział się dopiero z pisma Nadleśnictwa Olesno z dnia 5.01.2024 roku. Odwołujący 1 i 2 przytoczyli stanowisko zaprezentowane w komentarzu do ustawy PZP zamieszczonym na stronie Urzędu Zamówień Publicznych.

W ocenie Odwołującego 1 i 2, wykonawca przemilczając okoliczność zapłaty kar umownych z zastrzeżeniem zwrotu, przedstawił jedynie fragmentarycznie stan faktyczny, a pominięcie tej akurat okoliczności jawi się jako stronicze dobieranie dowodów. Wykonawca ten uiszczył zatem kary umowne na wszelki wypadek, jedynie na potrzeby możliwości wykazywania formalnego spełnienia pierwszej przesłanki w ramach procedury samooczyszczenia. W tym samym czasie podejmował działania, które miały doprowadzić do odzyskania zapłaconych zamawiającemu kwot.

Odwołujący 1 i 2 zwrócili uwagę, że w relacji z poprzednim zamawiającym wykonawca przez cały czas kwestionował fakt ponoszenia odpowiedzialności za zaistniałe nieprawidłowości, co samo w sobie uniemożliwia skuteczne przeprowadzenie w kolejnym postępowaniu procedury samooczyszczenia. Dopiero niekorzystny dla ww. wykonawcy wyrok sądowy, w którym sąd oddalił powództwo o zwrot uiszczonych kar umownych, przyjmując istnienie podstaw do ich naliczenia, niejako wymusił na wykonawcy zmianę jego „oficjalnego” stanowiska w tej kwestii. Odwołujący 1 i 2 przytoczyli tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 sierpnia 2019 r., w sprawie o sygn. akt KIO 1576/19.

Chronologia zachowań i twierdzeń wykonawcy wskazuje, iż działania, które podejmował w tym zakresie były zrachowaniami „na wszelki wypadek” i w tym sensie miały charakter pozorny: wykonawca zapłacił karę umowną, ale próbował ją odzyskać, wyjaśnił aktualnemu Zamawiającemu, że naprawił szkodę, ale nie dodał, że nastąpiło to z zastrzeżeniem zwrotu.

Przechodząc do kolejnej z przesłanek tj. przesłanki z art. 110 ust. 2 pkt 2) PZP, Odwołujący 1 i 2 wskazali, iż wymaga ona, aby wykonawca wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami lub zamawiającym. W ocenie Odwołującego 1 i 2 ww. wykonawca nie spełnił tej przesłanki. Z dostarczonych przez niego dowodów nie wynika bowiem, iż współpracował on aktywnie w wyjaśnieniu okoliczności z zamawiającym, u którego wystąpiła szkoda. W drugim złożonym przez niego piśmie w ramach procedury samooczyszczenia (z dnia 25.02.2024 roku) wskazał, że przekazał Zamawiającemu całość korespondencji kierowanej do Nadleśnictwa Olesno, jednak z treści tej korespondencji nie wynika jego współdziałanie z zamawiającym.

Odwołujący 1 i 2 przytoczyli tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 lutego 2024 r. KIO 363/24 oraz KIO 364/24. Takie samo stanowisko znajduje się w komentarzu dostępnym na stronie Urzędu Zamówień Publicznych. Zdaniem Odwołującego 1 i 2 z przytoczonego fragmentu wynika bowiem, iż chodzi tutaj o aktywne współdziałanie w wyjaśnieniu nieprawidłowości względem poprzedniego zamawiającego, a więc tego, u którego nieprawidłowości miały miejsce i który w związku z tym może mieć wobec wykonawcy roszczenia z tytułu odpowiedzialności cywilnoprawnej.

Dla skutecznego przeprowadzenia procedury samooczyszczenia wykonawca musiałby zatem udowodnić aktualnemu Zamawiającemu, iż aktywnie współpracował z poprzednim zamawiającym, czego nie uczynił. Jako dowody aktywnej współpracy z poprzednim zamawiającym nie mogą być bowiem potraktowane dołączone do dokumentu JEDZ pisma kierowane przez tego wykonawcę do Nadleśnictwa Olesno. Stanowią one polemikę ze stanowiskiem nadleśnictwa, zawierają kwestionowanie faktu zaistnienia jakichkolwiek nieprawidłowości i odmowę przyjęcia odpowiedzialności za te uchybienia. Pisma te zawierają informacje o woli dochodzenia zwrotu uiszczonych kar umownych. Okoliczności aktywnej współpracy z poprzednim zamawiającym nie potwierdza także pismo tego zamawiającego. Co więcej, w piśmie z 5 stycznia 2024 roku, które Nadleśnictwo Olesno przesłało do aktualnego Zamawiającego wskazano: „Wykonawca Zakład Usług Leśnych „SALIX K.S. z siedzibą w Radłowie, ul. Kolorowa 17, 46 331 Radłów, 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-cleaningu. 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 swoich wyjaśnieniach powoływał się on 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.”

W tej sytuacji Zamawiający nieprawidłowo przyjął, że wykonawca udowodnił mu spełnienie przesłanki z art. 110 ust. 2 pkt 2) PZP. W ocenie Odwołującego z dokumentów przedłożonych przez wykonawcę w ramach procedury samooczyszczenia wynika jednoznacznie, że w relacji z poprzednim zamawiającym absolutnie nie poczuwał się do winy i nie widział potrzeby współpracowania z tymże zamawiającym w celu uzdrowienia tej sytuacji i wypracowania rozwiązań. W odniesieniu do aktualnego Zamawiającego wykonawca ten także nie dążył do rzeczywistego wzięcia odpowiedzialności za swoje uchybienia z poprzedniego postępowania. Świadczy o tym fakt, iż od momentu złożenia oferty do dnia 25 lutego 2024 roku, kiedy to złożył dodatkowe wyjaśnienia, stał na stanowisku braku winy po swojej stronie. Do zmiany stanowiska w tym zakresie skłoniło go jedynie orzeczenie Sądu Rejonowego w Opolu z dnia 7 lutego 2024 roku, w którym oddalone zostało powództwo tego wykonawcy o zwrot uiszczonych kar umownych oraz trzy niekorzystne dla tego wykonawcy orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej: KIO 205/24 z dnia 12.02.2024 oraz 363/24 i 364/24 z dnia 23.02.2024. Zmiana stanowiska na tym etapie przy jednoczesnym przekazywaniu Zamawiającemu informacji, które stanowiły tylko część stanu faktycznego sprawy (o czym wspomniano już przy analizie przesłanki z art. 110 ust. 2 pkt 1) PZP mogą wręcz świadczyć o próbie wprowadzenia tego Zamawiającego w błąd oraz o instrumentalnym podejściu do całej sytuacji, w celu „uratowania” tego postępowania, bez rzeczywistej woli jakiegokolwiek refleksji nad przyczynami nienależytego wykonania poprzedniej umowy.

Przechodząc do ostatniej z przewidzianych w ustawie przesłanek skutecznego self-cleaningu, Odwołujący 1 i 2 wskazali, iż art. 110 ust. 2 pkt 3) PZP wymaga od wykonawcy, aby podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu. Również ta przesłanka powinna zaistnieć już w relacji z poprzednim zamawiającym. Jak wynika z przytaczanego pisma poprzedniego zamawiającego, wykonawca nie podjął odpowiednich działań zaradczych. Ponadto, przedłożona obecnemu Zamawiającemu procedura wykonywania umów o zamówienie publiczne z zakresu gospodarki leśnej jest bardzo lakoniczna i ogólna. Nie dowodzi ona wprowadzenia jakichkolwiek konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych. Co prawda w stanowisku, które zawarł wykonawca w dokumencie z dnia 12.12.2023 roku zatytułowanym: Uzupełnienie formularza JEDZ procedura samooczyszczenia, wskazał on, że zerwał wszelkie powiązania z osobami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie, a do pisma z dnia 25.02.2024 roku załączył dokumenty wskazujące na wyrejestrowanie pracowników z ZUS w czerwcu 2022 roku, to jednocześnie z informacji zawartych w piśmie z Nadleśnictwa Olesno z dnia 5.01.2024 roku wynika, iż jedna z tych osób w dalszym ciągu wykazywana była w JEDZ w kolejnych postępowaniach, co wskazywałoby na realne kontynuowanie współpracy. Okoliczność tę potwierdził sam wykonawca na rozprawie przed KIO w sprawie KIO 205/24.

Z załączonej przez wykonawcę procedury nie wynika w jaki sposób zreorganizował on personel. Nie wynika też fakt wdrożenia jakiegokolwiek systemu sprawozdawczości i kontroli. Z dokumentu tego dowiadujemy się jedynie, że współpracownicy otrzymali dokument zatytułowany: Opis procedur dotyczących wykonania umów o zamówienie publiczne z zakresu gospodarki leśnej, ale już nie dowiadujemy się o tym, żeby się z nim zapoznali. Dowiadujemy się, że mają zapoznać się z treścią umowy zawartej z nadleśnictwem oraz zgłaszać wątpliwości do jej treści. Nie wiadomo jednak w jaki sposób i w jakich okolicznościach mają się zapoznać z umową, której nie są stronami, a która zawierać może informacje poufne. Nie można w tym miejscu nie zwrócić uwagi na fakt, iż współpracownicy wykonawcy to pilarze, operatorzy maszyn, pracownicy fizyczni, a więc osoby, dla których analiza kilku dziesięciostronicowej umowy co do zasady nie będzie możliwa. Zwykłe doświadczenie życiowe pokazuje, że nie ma możliwości, aby pracownicy ci przeczytali, przeanalizowali i jeszcze formułowali wątpliwości wobec tak skomplikowanych dokumentów.

Z przedstawionej lakonicznej procedury nie wynika także żadne systemowe rozwiązanie w zakresie monitorowania przestrzegania przepisów, czy sprawdzania wymaganej wiedzy lub umiejętności. Nie wynika z niej także, aby wykonawca wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów. Wykonawca ograniczył się do ogólnego sformułowania o ponoszeniu przez współpracowników odpowiedzialności za prawidłowe wykonanie zawartych przez siebie umów. W ocenie Odwołującego 1 i 2 ogólnikowość przedłożonej procedury wskazuje, iż nie ma ona na celu doprowadzenia do jakiegokolwiek rzeczywistej zmiany. Wszak w sytuacji, gdy wykonawca nie miał sobie nic do zarzucenia, jeśli chodzi o realizację umowy na rzecz Nadleśnictwa Olesno, to siłą rzeczy nie mógł on dostrzegać potrzeby usprawnienia i wdrożenia środków technicznych i organizacyjnych w prowadzonej działalności. Ergo, te opisywane przez Odwołującego w wyjaśnieniach muszą być uznane za pozorne. Odwołujący 1 i 2 ponownie podkreślili, iż opisane w wyjaśnieniach Odwołującego środki zaradcze mają charakter wysoce ogólnikowy, pozbawiony realnych instrumentów sprawozdawczości i kontroli, czy też struktur audytu wewnętrznego.

Ponadto, załączone do pisma w sprawie samooczyszczenia dokumenty w postaci referencji, czy też informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty tego wykonawcy w postępowaniach toczących się w od jesieni 2022 roku do wiosny 2023 roku nie mają żadnego waloru dowodowego dla procedury samooczyszczenia. Zgodnie z wolą ustawodawcy, wykonawca, w odniesieniu do którego zachodzą przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP podlega wykluczeniu

z postępowań w okresie 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Stąd upatrywanie przez wykonawcę „okoliczności łagodzącej” i istotnej z punktu widzenia oceny skutecznego self-cleaningu w tym, iż prawidłowo wykonał pewne umowy w okresie, który upłynął od odstąpienia od umowy przez Nadleśnictwo Olesno jest całkowicie bezprzedmiotowe. Prawidłowe późniejsze wykonywanie umów przez tego wykonawcę nie wpływa na ocenę dokonywaną przez Zamawiającego w postępowaniu, w którym przewidział on fakultatywną przesłankę wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP.

Nie można w tym miejscu pominąć faktu, iż wśród dokumentów załączonych do pisma wykonawcy z dnia 25.02.2024 roku znajdują się referencje wystawione przez Nadleśnictwo Kluczbork z dnia 12 stycznia bieżącego roku. Z referencji tych wynika, że nadleśnictwo naliczyło temu wykonawcy kary za nienależyte wykonanie umowy w 2023 roku (!). Okoliczność ta potwierdza, zapewne wbrew intencjom wykonawcy, że nie jest on podmiotem dającym rękojmię należytego wykonania umowy.

Wykonawca w wyjaśnieniach wskazał także, iż wykluczenie z postępowania byłoby nieproporcjonalne z uwagi na to, że przedmiot umów jest odmienny, zapłacone na rzecz Nadleśnictwa Olesno kary umowne stanowiły symboliczną kwotę, a wartość umowy z Nadleśnictwem Olesno stanowiła niewielki procent wielkości pakietów w przedmiotowym postępowaniu. W ocenie Odwołującego 1 i 2 okoliczności te są całkowicie bez znaczenia. Ustawa nie wymaga, aby przedmiot umowy wykonanej nienależycie oraz umowy o zawarcie której ubiega się wykonawca były tożsame. Również wysokość kar umownych nie ma na gruncie przepisów żadnej doniosłości prawnej. Natomiast okoliczność, iż wykonawca nie podołał prawidłowej realizacji umowy o znacznie mniejszej wartości może co najwyżej świadczyć na jego niekorzyść. Skoro nie dał rady prawidłowo zrealizować prac wymagających znacznie mniejszego zaangażowania potencjałów (organizacji procesu pracy), to istnieje ryzyko, że z realizacją znacznie większej i bardziej różnorodnej (co do czynności, które mają być wykonywane) umowy sobie nie poradzi.

Należy także mieć na uwadze, że w art. 109 ust. 3 PZP mowa jest o sytuacjach, kiedy wykluczenie wykonawcy z postępowania byłoby nieproporcjonalne w sposób oczywisty, czyli ta nieproporcjonalność musiałaby być rażąca, widoczna na pierwszy rzut oka, prowadzić do obiektywnie nieuzasadnionego pokrzywdzenia wykonawcy. Tymczasem w niniejszym przypadku z taką sytuacją nie mamy do czynienia. Jak wynika ze zgromadzonych w toku postępowania dokumentów, nierzetelność wykonawcy dotyczyła kwestii zasadniczych. Jak wynika bowiem ze stanowiska Nadleśnictwa Olesno: *„Z całokształtu uchybień stwierdzonych w toku czynności kontrolnych, wyłaniał się obraz usługi wykonywanej w sposób nienależyty, przez osoby nieposiadające w tym zakresie elementarnych kompetencji. Nie gwarantowało to zabezpieczenia interesu Zamawiającego oraz ochrony zarządzanych drzewostanów w przypadku rzeczywistego wystąpienia zagrożenia pożarowego”*.

Z uwagi na powyższe należy stwierdzić, iż nieuwzględnienie tych okoliczności przez Zamawiającego, stanowi istotne naruszenie wskazanych w petitum niniejszego odwołania przepisów.

Reasumując Odwołujący 1 i 2 wskazali, iż Zamawiający nie przeanalizował w sposób rzetelny i dogłębny dokumentów, które zostały przedłożone w ramach procedury samooczyszczenia. W konsekwencji nie zwrócił uwagi na to, że:

- K.S. nie współpracował aktywnie z poprzednim zamawiającym w wyjaśnieniu sprawy;
- przedstawiona przez wykonawcę procedura naprawcza nie zawiera rozwiązań, które mogłyby zostać skutecznie zastosowane w praktyce;
- wykonawca dobierał dowody przedkładane Zamawiającemu stroniczo, tj. z pominięciem niewygodnych dla niego okoliczności, np. o zapłacie kar umownych z zastrzeżeniem zwrotu, czy też o zakończeniu współpracy z osobami odpowiedzialnymi za nieprawidłową realizację umowy z Nadleśnictwem Olesno w maju 2022 roku, pomijając, iż jedną z tych osób wykazywał później w JEDZ złożonym w kolejnym postępowaniu;
- z referencji wystawionych na początku tego roku przez Nadleśnictwo Kluczbork wynika, że ww. wykonawcy naliczono kary z tytułu nienależytego wykonania umowy, a zatem nadal nie daje on rękojmi należytego wykonania obowiązków umownych;
- wykonawca zmienił prezentowane przez siebie stanowisko dopiero po orzeczeniu Sądu Rejonowego w Opolu z dnia 7 lutego 2024 roku oraz po trzech niekorzystnych dla tego wykonawcy orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej, przy czym nie wykazał, żeby wprowadził w związku z tym jakiekolwiek nowe, realne procedury naprawcze, co wskazuje na próbę instrumentalnego wykorzystania instytucji samooczyszczenia, bez rzeczywistej woli przeprowadzenia jakichkolwiek zmian;
- w stosunku do wybranego wykonawcy zapadły w tym roku już trzy rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej, które potwierdziły, iż wykonawca ten nie przeszedł skutecznie procedury samooczyszczenia (KIO 205/24, KIO 363/24 i 364/24).

Skoro Zamawiający zdecydował się na wprowadzenie do SWZ fakultatywnej przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt. 7) PZP, to konsekwentnie powinien dążyć do powierzenia realizacji zadania wykonawcy, który nie podlega wykluczeniu z

tego powodu, a zatem w przypadku poddania się przez wykonawcę w procedurze samooczyszczenia, dokonać rzetelnej oceny jej skuteczności. Odwołujący 1 i 2 przytoczyli tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 września 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1935/21.

W złożonych pismach z dnia 18 marca 2024 r. stanowiących odpowiedzi na odwołania, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołań w całości.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał:

Zgodnie z powszechnie obowiązującym systemem normatywnym RP wykonawca, który podlega wykluczeniu z powodu wystąpienia przesłanek, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 pzp, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Zamawiający przytoczył brzmienie art. 110 ust. 2 i 3 ustawy Pzp oraz tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt 665/22.

W ocenie Zamawiającego stan faktyczny potwierdzony zgromadzonym materiałem sprawy wskazuje, że wykonawca zrealizował skutecznie procedurę samooczyszczenia w przedmiotowym postępowaniu.

Korzystając z self-cleaningu wykonawca przyznał się do deliktu i podjął środki, które zostały przez zamawiającego uznane za wystarczające do stwierdzenia, że popełnione zaniechanie z dużym prawdopodobieństwem nie będzie miało miejsca w przyszłości.

Wykonawca obszerne wyjaśnienia [wraz z dowodami] w tym zakresie złożył w piśmie z dnia 25 lutego 2024 r., w którym to wskazał, że w Sądzie Rejonowym w Opolu zapadł wyrok oddalający jego powództwo o zwrot uiszczonych kar umownych.

Wyrok ten został zaakceptowany przez wykonawcę, który uznał swoją winę w rozwiązaniu umowy z Nadleśnictwem Olesno. Wykonawca nie zaskarżył wyroku, w pełni uznając jego sentencję.

Wykonawca zapłacił na rzecz Nadleśnictwa Olesno karę umowną w kwocie 4185 zł. Należy już w tym miejscu zwrócić uwagę, że wysokość kary umownej jest rażąco niewielka (symboliczna) w porównaniu z wartością zamówienia w przedmiotowej sprawie oraz wysokością obrotów wykonawcy na przestrzeni ostatnich lat.

Wykonawca spełnił również wszystkie pozostałe warunki wymagane w procedurze samooczyszczenia.

Wykonawca wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności [i poparł dowodami] związane z nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami; przedłożono całą dokumentację sprawy z Nadleśnictwem Olesno oraz odpis wyroku Sądu Rejonowego w Opolu.

Wykonawca wskazał nadto, że zaprzestał współpracy z osobami, które były odpowiedzialne za realizację umowy na obsługę PAD, tj. z p. Danutą Łysy i D.I.. Poinformował także o wdrożeniu w swojej firmie procedury naprawczej, opisane w dokumencie przygotowanym i rozpowszechnianym w firmie wkrótce po wypowiedzeniu umowy przez Nadleśnictwo Olesno. Załączył dodatkowo potwierdzenia rozwiązania umów z p. Łysy i p. I. oraz wyrejestrowania ich z ubezpieczeń, a także potwierdzenie wdrożenia innych procedur naprawczych.

Wykonawca oświadczył, że od czasu wypowiedzenia w Oleśnie nie podjął się ubiegania o zamówienia w zakresie obsługi PAD, a działalność skoncentrował tylko na pozostałych sektorach usług z zakresu gospodarki leśnej.

Wykonawca podniósł również, że wypowiedzenie umowy przez Nadleśnictwo Olesno nie jest dostatecznym powodem wykluczenia z postępowania, bowiem skutki wykluczenia będą niewspółmiernie dotkliwe dla wykonawcy w stosunku do okoliczności realizacji umowy z Oleśnie. Tezę umotywował faktami, iż przedmiot umowy z Nadleśnictwem Olesno jest całkowicie odmienny od przedmiotu niniejszego zamówienia. Wyrażane przez Nadleśnictwo Olesno wątpliwości co do kwalifikacji wykonawcy w zakresie obsługi PAD są bezprzedmiotowe w kontekście wymagań przedmiotowego postępowania. Wykonawca przyznał, że wartość umowy z Nadleśnictwem Olesno (66.528,00 PLN brutto) stanowiła zaledwie niewielki procent wartości każdego z pakietów, które zostały przygotowane w ramach niniejszego postępowania. Skala zamówienia, którego dotyczyła umowa w Oleśnie jest nieporównywalnie mniejsza niż skala zamówień objętych przedmiotowym postępowaniem.

Przy dokonywaniu oceny zamawiający uwzględnił konkretną przesłankę będącą podstawą wykluczenia oraz wielkość spowodowanych szkód (w komparatyście z wartością przedmiotowego zamówienia), jak również okoliczności temu towarzyszące. Środki zaradcze podjęte przez wykonawcę realizują ustawowe wymogi samooczyszczenia.

Wykonawca nie negował istnienia okoliczności, które mogłyby skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania.

Zamawiający wziął również pod uwagę okoliczność, że jednym z możliwych środków pozwalających stwierdzić, że wykonawca podjął działania zaradcze, jest zapłata odszkodowania (np. wyrok z dnia 4 sierpnia 2020 r., KIO 1573/20). Ponieważ na gruncie obowiązujących regulacji kary umowne traktowane są jako jego surogat, również ich zapłata może być postrzegana jako podjęcie stosownych kroków mających na celu „samooczyszczenie”.

Wreszcie należy zwrócić uwagę, że tak restryktywne stanowisko [w przedmiocie sądowego dochodzenia], jakie prezentuje odwołujący w przedmiocie zasad samooczyszczenia, stanowi zakwestionowanie lub znaczące ograniczenie

prawa do sądu, które to jest konstytucyjną gwarancją każdego podmiotu prawa. Trudno uznać bowiem, aby procedura samooczyszczenia miała tamować prawo do rozpoznania sprawy przez niezależny sąd, który w ramach toczącego się postępowania kieruje się innymi podstawami i regułami niż te, o których mowa w art. 110 p.z.p. Na tej płaszczyźnie też należy pojmować kategorię aktywnej współpracy z poprzednim zamawiającym. Współpraca ta była cały czas, jednak dla Odwołującego sprawa sądowa błędnie kojarzy się z konfliktem a nie zwyczajnym sposobem rozstrzygnięcia sporu w przypadku dwóch odmiennych interpretacji. Sąd powszechny w zakresie spraw o ustalenie istnienia, nieistnienia, wysokości, czy też miarkowania kary umownej pomimo procesowego trybu postępowania pełni obecnie właściwie rolę instytucji koniecznej, z uwagi na fakt braku zgody przełożonych nadleśnictw na zawierania ugód w sprawach. Wyrok jest jedyną drogą wyjaśnienia odmiennego pojmowania różnych aspektów wykonania umowy i w postępowaniach Lasami Państwowymi pełni raczej rolę ustalania granic rozumienia relacji faktyczny i prawnych niż sanowania konfliktów wynikających z braku współpracy i zaangażowania. Również i to doświadczenie musiało zostać wzięte pod uwagę przez Zamawiającego.

Błędnie też odwołujący utożsamia różne toczące się przed KIO postępowania, w których wykonawca był stroną, wskazując, że w stosunku do wybranego wykonawcy zapadły w tym roku już trzy rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej, które potwierdziły, iż wykonawca ten nie przeszedł skutecznie procedury samooczyszczenia (KIO 205/24, KIO 363/24 i 364/24). Sprawy te są odmienne od postępowania organizowanego przez Zamawiającego. W toku spraw zostały składane inne niż w niniejszej oświadczenia i materiały, w związku z czym brak jest możliwości adekwatnego porównania. Sprawy te zostały zresztą — wedle wiedzy Zamawiającego — zaskarżone do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Zdaniem Zamawiającego realizacji procedury oczyszczenia nie miała pozornego charakteru. Wykonawca w sposób rzetelny i kompletny wyczerpał wymogi ujęte przez ustawodawcę w art. 110 ust. 2 p.z.p.

Wykładnia oświadczenia wykonawcy dokonana przez odwołującego jest w gruncie rzeczy nadinterpretacją dokonywaną w oparciu o kryterium argumentacji zmierzającej jedynie do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Truizmem lingwistycznym jest stwierdzenie, że każde pisane zdanie można rozumieć na wiele różnych sposobów. Jednak wykładnia musi mieścić się w ramach racjonalnego i obiektywnego rozumienia danych czynności [jak wskazała KIO w wyroku z dnia 28 maja 2021 r., sygn. KIO 1007/21, osąd dokonany przez zamawiającego musi być subiektywno-obiektywny tj. indywidualny, ale dokonany i uzasadniony w oparciu o obiektywnie weryfikowalne podstawy].

Zdaniem zamawiającego adekwatnym podsumowaniem stanowiska niniejszej odpowiedzi na odwołanie będzie zadanie pytania, co jeszcze (a w szczególności jak jeszcze) miałby zachować się wykonawca, aby dokonać samooczyszczenia, skoro zapłacił karę umowną, terminowo wyjaśnił [i poparł dowodami] wszystkie okoliczności związane z naruszeniem, które było przyczyną owej kary i podjął środki naprawcze i opisał je. To właśnie po to ustawa wskazuje sposób przeprowadzenia procedury samooczyszczenia, aby nie było pola dowolności w uznaniu, czy wymagane czynności zostały podjęte. Sens tych czynności należy nadawać zgodnie z obiektywnym rozumieniem oświadczeń woli, bez intencjonalnego przekonania o konieczności wykluczenia oferty.

Powyższe świadczy o tym, że oświadczenia wykonawcy stanowiły wyraz prawnej i skutecznej procedury samooczyszczenia, a zawarte w podsumowaniu wnioski odwołującego są chybione.

Wykonawca K.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych "SALIX" K.S. w postępowaniu o sygn. akt KIO 778/24 zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Wykonawca w złożonym piśmie procesowym z dnia 18 marca 2024 r. ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego 1 i wniósł o oddalenie odwołania.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego M&H BROL SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Boronowie, K.S. prowadzący działalność gospodarczą firmą Zakład Usług Leśnych "SALIX" K.S. w postępowaniu o sygn. akt KIO 779/24 zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego w złożonym piśmie procesowym z dnia 18 marca 2024 r. ustosunkowali się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego 2 i wnieśli o oddalenie odwołania.

**Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestników postępowania uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestników postępowania wyrażone odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz w pismach procesowych, 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 odwołań, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołań, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj.

istnienie po stronie Odwołujących interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez nich szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w sprawie o sygn. akt KIO 778/24 wykonawcę K.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych "SALIX" K.S. (dalej: „SALIX”) oraz w sprawie o sygn. akt KIO 779/24 wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia M&H BROL SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Boronowie, K.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych "SALIX" K.S. (dalej: „BROL”). Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonymi przystąpieniami zostały spełnione. Co za tym idzie ww. wykonawcy skutecznie zgłosili swoje przystąpienia do postępowań odwoławczych, stając się uczestnikami postępowania odwoławczego.

Izba w oparciu o art. 541 ustawy Pzp odmówiła przeprowadzenia dowodu z nagrania rozprawy w sprawie o sygn. akt KIO 205/24, bowiem fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami. Z treści dokumentów przedłożonych przez uczestnika SALIX wynika, że doszło do rozwiązania umowy o pracę z p. D.I.. Nadto, uczestnik SALIX nie kwestionował, że po zaprzestaniu współpracy z p. I. wskazał ją w dokumencie JEDZ na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w kolejnym postępowaniu.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowód z dokumentu o nazwie: „Suplement VIII Zasady wystawiania referencji” znajdujący się w aktach sprawy o sygn. KIO 538/24 oraz uzasadnienie wyroku Sądu Rejonowego w Opolu, V Wydział Gospodarczy z dnia 7 lutego 2024 r. w sprawie o sygn. akt VGC 403/23 upr.

***Izba ustaliła następujący stan faktyczny:***

Stan faktyczny pomiędzy Stronami i Uczestnikami postępowania nie był sporny. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Lubliniec w 2024 roku. Przedmiot zamówienia został podzielony na części (Pakiety):

Pakiet I – prace z zakresu pozyskania i zrywki drewna oraz zagospodarowania lasu w leśnictwach Bór, Ponoszów, Łopian, Koszowice, Łagiewniki

Pakiet II – prace z zakresu pozyskania i zrywki drewna oraz zagospodarowania lasu w leśnictwach Lubliniec, Kokotek, Solarnia, Ciasna;

Pakiet III – prace z zakresu pozyskania i zrywki drewna oraz zagospodarowania lasu w leśnictwach Brzezinki, Rędziny;

Pakiet IV – prace z zakresu pozyskania i zrywki drewna oraz zagospodarowania lasu w leśnictwach Sieraków, Wystrzyca;

Pakiet V – prace z zakresu pozyskania i zrywki drewna maszynami specjalistycznymi (harwester, forwarder) na terenie Nadleśnictwa Lubliniec;

Pakiet VI – prace z zakresu rozdrabniania pozostałości zrębowych i przygotowanie gleby pod odnowienia na terenie Nadleśnictwa Lubliniec.

Wykonawca mógł złożyć ofertę na jeden lub większą ilość Pakietów.

Wykonawca SALIX złożył ofertę na pakiet nr I. Konsorcjum BROL złożyło ofertę na pakiet nr II.

Wykonawca SALIX 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 wykonawca SALIX oświadczył, że przedsięwziął środki w celu samooczyszczenia. Szczegółowy opis przedsięwziętych środków został zawarty ww. załączniku do JEDZ. We wskazanym załączniku wykonawca SALIX 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 wykonawcę SALIX za to odpowiedzialnością i wzywając do zapłaty kary umownej.

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

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

Fakt przedterminowego rozwiązania umowy wykonawca SALIX zakwestionował na drodze sądowej.

Wykonawca SALIX wskazał również, że podjął kroki, których celem jest uniknięcie podobnych problemów w związku z kolejnymi umowami o zamówienie. Ww. wykonawca zdecydował się nie kontynuować współpracy z osobami, które zatrudniał na potrzeby PAD w Nadleśnictwie Olesno – osoby te nie są już współpracownikami wykonawcy.

Dodatkowo ww. wykonawca wdrożył w firmie procedury informacyjne, których stosowanie pomoże usprawnić

działania w każdym przypadku zastrzeżeń od zamawiających oraz pozwoli na szybkie podejmowanie właściwych decyzji, aby uniknąć negatywnych skutków prawnych.

Wykonawca SALIX 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 wykonawca oświadczył, że składając JEDZ wraz z ofertą, nie miał intencji ukrywania przed Zamawiającym informacji istotnych dla rozstrzygnięcia.

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

Wraz z pismem wykonawca 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.

W dniu 26 lutego 2024 r. wykonawca SALIX przedłożył Zamawiającemu dodatkowe wyjaśnienia i argumenty dotyczące samooczyszczenia. Wykonawca wskazał m.in., że Sąd Rejonowy w Opolu, V Wydział Gospodarczy wyrokiem z dnia 7 lutego 2024 r. oddalił powództwo przeciwko Nadleśnictwu Olesno.

Wykonawca oświadczył, że akceptuje to, co ustalił sąd i uznaje swoją winę w rozwiązaniu umowy z Nadleśnictwem Olesno. Skoro zapadł wyrok, oznacza to, że sąd nie zgodził się z moimi argumentami, które kierowałem do Nadleśnictwa Olesno i ja to uznaję. Nie zamierzam zaskarżać wyroku i przyjmuję go do wiadomości. Biorąc pod uwagę, że następuje wobec mnie przesłanka wykluczenia, jeszcze raz w tym miejscu podaję i uzupełniam warunki samooczyszczenia, któremu się poddaję w Państwa postępowaniu.

W dalszej części pisma, wykonawca odniósł się do spełnienia przesłanek określonych w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp. Wraz z pismem wykonawca SALIX przedłożył następujące dokumenty: potwierdzenie przelewu kary umownej; potwierdzenie zwrotu zabezpieczenia umowy przez Nadleśnictwo Olesno; wyrok Sądu Rejonowego w Opolu; dokumenty potwierdzające wyrejestrowanie p. Łysy i p. Iwanowskiej z ubezpieczeń społecznych; wypowiedzenia umów z p. Łysy i I.; potwierdzenie rozpowszechnienia procedur naprawczych w firmie – oświadczenie pracowników/podwykonawców; informacja z wyboru najkorzystniejszej oferty w Nadleśnictwie Kobiór z września 2022r., informacja z wyboru najkorzystniejszej oferty w Nadleśnictwie Kobiór z października 2022r., informacja z wyboru najkorzystniejszej oferty w Nadleśnictwie Brzeg z maja 2023r.; referencje z Nadleśnictwa Tułowice; referencje z Nadleśnictwa Kluczbork; referencje z Nadleśnictwa Kobiór; referencje od p. Zawady; rozliczenia PIT za 2021 i 2022 oraz książka przychodów za 2023 – tajemnica przedsiębiorstwa.

Podczas rozprawy uczestnik SALIX oświadczył, że wysokość osiągniętego dochodu nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa.

Poza sporem jest również fakt wezwania przez Zamawiającego, 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 znajduje się w aktach sprawy, 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.

Izba dała wiarę w całości dowodom zgromadzonym w aktach postępowania odwoławczego gdyż nie były one przez Strony oraz Uczestników kwestionowane, a Izba nie znalazła podstaw, aby z urzędu podważyć 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 oba odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, przepisy stanowiące podstawą prawną zapadłego rozstrzygnięcia wskazać należy, że 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 nieprzestrzeganie 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

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 istnieje możliwość samooczyszczenia. Inaczej mówiąc, instytucja samooczyszczenia nie polega na kwestionowaniu istnienia określonej przesłanki wykluczenia wobec wykonawcy, lecz na wykazaniu wiarygodności wykonawcy pomimo zaistnienia tej przesłanki.

Z treści pisma z dnia 25 lutego 2024 r. jak również ze stanowiska wyrażonego w piśmie procesowym oraz na rozprawie wynika, że Uczestnik SALIX nie kwestionował, że zaistniały wobec niego podstawy wykluczenia (odmiennie niż w sprawie o sygn. akt KIO 205/24). Dodatkowo, uczestnik SALIX uznał swoją winę w rozwiązaniu umowy przez Nadleśnictwo Olesno. Niejako na marginesie, Izba wskazuje, że art.109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp referuje do przypadku, gdy odstąpienie od umowy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy (zawinionych lub niezawinionych). Co za tym idzie, wymaganie aby każdorazowo wykonawca uznał swoją winę nie znajduje potwierdzenia w obowiązujących przepisach.

Skład orzekający nie znalazł podstaw aby pominąć dokumenty złożone przez uczestnika SALIX w dniu 25 lutego 2024 r. W ocenie Izby nie ma znaczenia, że dokumenty te zostały złożone po niekorzystnym wyroku Sądu Rejonowego w Opolu oraz Krajowej Izby Odwoławczej. Zdaniem składu orzekającego wykonawca może przedkładać dowody, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności pomimo istnienia odpowiedniej podstawy wykluczenia, dopóki zamawiający nie wykluczy go z postępowania.

W wyroku z dnia 14 stycznia 2021 r. w sprawie C-387/19 w postępowaniu RTSinfra BVBA, Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel BVBA przeciwko Vlaams GewesITrybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej uznał, że „Artykuł 57 ust. 6 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, zmienionej rozporządzeniem delegowanym Komisji (UE) 2015/2170 z dnia 24 listopada 2015 r., należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie praktyce państwa członkowskiego, zgodnie z którą wykonawca jest zobowiązany do przedstawienia w chwili składania wniosku o dopuszczenie do udziału lub oferty z własnej inicjatywy dowodu podjęcia środków naprawczych w celu wykazania swojej rzetelności pomimo istnienia względem niego fakultatywnej podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 57 ust. 4 tej dyrektywy, zmienionej

rozporządzeniem delegowanym 2015/2170, w sytuacji gdy obowiązek taki nie wynika ani z mających zastosowanie przepisów krajowych, ani z dokumentacji zamówienia. Natomiast art. 57 ust. 6 wspomnianej dyrektywy, zmienionej rozporządzeniem delegowanym 2015/2170, nie stoi na przeszkodzie takiemu obowiązkowi, jeżeli został on przewidziany w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w mających zastosowanie przepisach krajowych oraz gdy o jego istnieniu dany wykonawca został powiadomiony za pomocą dokumentacji zamówienia.”

Skoro zatem z obowiązujących przepisów ani też z dokumentów zamówienia nie sposób wywieść jakiegokolwiek cezurę czasowej do dokonania przez wykonawcę procedury samooczyszczenia, należy uznać że wykonawca ma prawo do udowodnienia samooczyszczenia zarówno z własnej inicjatywy jak i w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego oraz zarówno w momencie składania oferty czy wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jak i na późniejszym etapie postępowania.

Przechodząc do oceny spełnienia przesłanek określonych w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, Izba wskazuje, co następuje:

Wykonawca nie podlega wykluczeniu, 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*

Poza sporem było to, że uczestnik SALIX zapłacił zamawiającemu - Nadleśnictwu Olesno umowną w wysokości 4 158 PLN – z zastrzeżeniem zwrotu.

Kara umowna jest tzw. surogatem odszkodowania za nienależyte wykonanie umownego zobowiązania niepieniężnego. Innymi słowy, kara umowna zastępuje to odszkodowanie.

Izba uznała trafność argumentacji Zamawiającego oraz uczestnika SALIX. Zdaniem Izby na sprawę należy spojrzeć znacznie szerzej i mniej szablonowo, z uwzględnieniem nie tylko interesów zamawiających ale również interesów wykonawców i ich konstytucyjnego prawa do sądu.

Art. 45 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej stanowi, że *każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd*. Chociaż może to wywołać zdziwienie Odwołującego 1 i 2, ale takie prawo ma również wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Warto zwrócić uwagę, że gdyby uczestnik SALIX nie zapłacił kary umownej, Nadleśnictwo Olesno dokonałoby potrącenia kary z wynagrodzenia albo z zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Również w takim przypadku trudno byłoby wykazać spełnienie omawianej przesłanki. De facto jedynym sposobem na wykazanie spełnienia ww. przesłanki, co zresztą sugerował Odwołujący 1 i 2, byłoby każdorazowo przyznanie racji zamawiającemu.

Spory pomiędzy zamawiającym a wykonawcą nie są czymś nadzwyczajnym i to zarówno w zakresie odstąpienia od umowy jak również zasadności naliczenia kar umownych za nienależyte wykonanie umowy. Można by nawet rzec, że spory są nieodłączoną cechą obrotu gospodarczego, nie da się ich uniknąć. Nie sposób zatem oczekiwać od wykonawców, aby chcąc ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego rezygnowali z prawa do sądu i niejako automatycznie przyznawali rację zamawiającemu w sytuacji, gdy w ich ocenie zamawiający racji nie ma.

Nie można tracić z pola widzenia, że do rozstrzygnięcia sporu pomiędzy Nadleśnictwem Olesno o uczestnikiem SALIX nie wystarczyła dokumentacja postępowania i pisma kierowane przez strony. Z uzasadnienia wyroku Sądu Rejonowego w Opolu wynika, że dowody z dokumentów zostały uzupełnione dowodowymi z zeznań *ośmiu* świadków oraz dowodem z przesłuchania stron. Co za tym idzie, zasadność stanowiska Nadleśnictwa Olesno nie była oczywista.

Zdaniem sądu orzekającego sam fakt zastrzeżenia zwrotu i pozwanie zamawiającego Nadleśnictwo Olesno nie stanowi o pozorności naprawienia szkody. Zgodnie z art. 411 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964r. Kodeks cywilny *Nie można żądać zwrotu świadczenia: 1) jeżeli spełniający świadczenie wiedział, że nie był do świadczenia zobowiązany, chyba że spełnienie świadczenia nastąpiło z zastrzeżeniem zwrotu albo w celu uniknięcia przymusu lub w wykonaniu nieważnej czynności prawnej*. W konsekwencji, aby uczestnik SALIX mógł poddać spór pod rozstrzygnięcie sądu powszechnego, zapłata kary umownej musiała nastąpić z zastrzeżeniem zwrotu.

Z całą stanowczością należy podkreślić, że nie można zabronić wykonawcom dochodzenia swoich praw przed sądem. Poddanie sporu pod rozstrzygnięcie sądu powszechnego nie sposób utożsamiać z niewykazaniem spełnienia przesłanek określonych w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp.

*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*

Analizując ww. przesłankę, największe wątpliwości interpretacyjne budzi „aktywna współpraca z zamawiającym”. Przepis nie precyzuje co należy uznać za aktywną współpracę jak również czy aktywna współpraca dotyczy zamawiającego, przed którym wykonawca dokonuje procedury samooczyszczenia czy też zamawiającego, który wypowiedział/odstąpił od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Sąd orzekający zdaje sobie sprawę z

rozbieżności interpretacji tej kwestii występujących w piśmiennictwie, które są naturalną konsekwencją różnorodnych poglądów.

Odwolujący 1 i 2 uważali, że „aktywna współpraca” powinna dotyczyć zamawiającego Nadleśnictwo Olesno i przejawiać się w uznaniu winy przez wykonawcę SALIX. Takie stanowisko nie zasługiwało jednak na uwzględnienie. Z dużym prawdopodobieństwem można stwierdzić, że gdyby wykonawca SALIX uznał swoją winę na etapie realizacji umowy, do odstąpienia od umowy by nie doszło.

Nie bez znaczenia jest również fakt, że wykonawca SALIX oraz Nadleśnictwo Olesno pozostawali w sporze sądowym. Trudno zatem oczekiwać aby Nadleśnictwo Olesno w odpowiedzi na wniosek Zamawiającego wskazało, że ww. wykonawca aktywnie współpracował z zamawiającym.

Odwolujący 1 i 2 swoje twierdzenia w zasadzie opierają wyłącznie o informacje, jakie w trybie art. 128 ust. 5 ustawy Pzp udzielił poprzedni zamawiający, tj. Nadleśnictwo Olesno. Przy takim podejściu, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności w sprawie (a przede wszystkim trwający spór sądowy), w zasadzie nigdy nie udało by się wykonawcy przekonać zamawiającego o tym, że jest podmiotem, który daje rękojmię należytego wykonania umowy.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego 1 i 2, wykonawca SALIX w pełni wyjaśnił fakty i okoliczności związane z nieprawidłowym postępowaniem, aktywnie współpracując z Zamawiającym, w zakresie właściwym dla jego roli. Wykonawca SALIX przedstawił rzetelne informacje oraz złożył kompletne dowody/dokumenty.

Nie sposób zgodzić się z twierdzeniami zawartymi w odwołaniach, a mianowicie:

- „*wykonawca dobierał dowody przedkładane Zamawiającemu stronniczo, tj. z pominięciem niewygodnych dla niego okoliczności, np. o zapłacie kar umownych z zastrzeżeniem zwrotu (...)*” - z potwierdzenia zapłaty kary umownej jasno wynika, że zapłata nastąpiła z zastrzeżeniem zwrotu.

- „*(...) czy też o zakończeniu współpracy z osobami odpowiedzialnymi za nieprawidłową realizację umowy z Nadleśnictwem Olesno w maju 2022 roku, pomijając, iż jedną z tych osób wykazywał później w JEDZ złożonym w kolejnym postępowaniu.*” – wykonawca SALIX powyższego nie kwestionował. Nie ma to jednak istotnego znaczenia w przedmiotowej sprawie.

- „*z referencji wystawionych na początku tego roku przez Nadleśnictwo Kluczbork wynika, że ww. wykonawcy naliczono kary z tytułu nienależytego wykonania umowy, a zatem nadal nie daje on rękojmi należytego wykonania obowiązków umownych*” - naliczenie kary umownej nie przesądza o nierzetelności wykonawcy. Zgodnie z wytycznymi do przygotowania dokumentacji przetargowej na wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej, Suplement VIII Zasady wystawiania referencji, nadleśnictwo obowiązane jest wskazywać w referencjach m.in. informacje o naliczonych karach umownych (jak również wysokość tych kar) oraz wskazać jednoznacznie czy umowa została wykonana nienależycie. Z referencji wynika, że „*Sprawa obecnie jest w dalszym biegu i czeka na ostateczne rozstrzygnięcie.*” – zatem stwierdzenie nierzetelności wykonawcy SALIX byłoby przedwczesne.

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 nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.*

W ocenie Izby wykonawca SALIX wykazał spełnienie ww. przesłanki.

Na mocy porozumienia stron doszło do rozwiązania umów o pracę z osobami, które były odpowiedzialne za realizację umowy na obsługę PAD, tj. z Danutą Łysy i D.I..

Co równie istotne, wykonawca SALIX nie bierze udziału w postępowaniach na obsługę PAD.

Wykonawca SALIX wprowadził procedury, poinstruował nowych pracowników oraz współpracowników o konieczności zgłaszania wszelkich uwag co do sposobu realizacji umów o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwolujący 1 i 2 w uzasadnieniu odwołania wskazują: (...) *Dowiadujemy się, że mają zapoznać się z treścią umowy zawartej z nadleśnictwem oraz zgłaszać wątpliwości do jej treści. Nie wiadomo jednak w jaki sposób i w jakich okolicznościach mają się zapoznać z umową, której nie są stronami, a która zawierać może informacje poufne. Nie można w tym miejscu nie zwrócić uwagi na fakt, iż współpracownicy wykonawcy to pilarze, operatorzy maszyn, pracownicy fizyczni, a więc osoby, dla których analiza kilku dziesięciostronicowej umowy co do zasady nie będzie możliwa. Zwykle doświadczenie życiowe pokazuje, że nie ma możliwości, aby pracownicy ci przeczytali, przeanalizowali i jeszcze formułowali wątpliwości wobec tak skomplikowanych dokumentów.*” Dalej wskazują: (...) *Z przedstawionej*

lakoicznej procedury nie wynika także żadne systemowe rozwiązanie w zakresie monitorowania przestrzegania przepisów, czy sprawdzania wymaganej wiedzy lub umiejętności. Nie wynika z niej także, aby wykonawca wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów wewnętrznych regulacji lub standardów.

(...) opisane w wyjaśnieniach Odwołującego środki zaradcze mają charakter wysoce ogólnikowy, pozbawiony realnych instrumentów sprawozdawczości i kontroli, czy też struktur audytu wewnętrznego.”

Analizując powyższe, nie sposób nie odnieść wrażenia, że Odwołujący 1 i 2 byli niekonsekwentni w swoich twierdzeniach. Nadto, przedstawiona argumentacja pozostaje w rażącej sprzeczności z zasadami logiki i doświadczenia życiowego. Odwołujący wskazują, że sama umowa o udzielenie zamówienia publicznego jest zbyt skomplikowana dla pracowników fizycznych pozostających w stosunku pracy z wykonawcą SALIX. Z drugiej strony wskazują, że wykonawca SALIX nie wprowadził wewnętrznych regulacji, standardów, procedur, procesów zarządzania, sprawozdawczości i kontroli.

Odnosząc się pokrótce do powyższych twierdzeń:

- „Nie wiadomo jednak w jaki sposób i w jakich okolicznościach mają się zapoznać z umową, której nie są stronami, a która zawierać może informacje poufne” – projekt umowy o udzielenie zamówienia publicznego udostępniany jest wraz z dokumentami zamówienia. Co za tym idzie, aby zapoznać się z umową o udzielenie zamówienia nie trzeba być jej stronami. Jakie informacje poufne może zawierać umowa z nadleśnictwem, tego już Odwołujący 1 i 2 nie wyjaśnili.
- (...) współpracownicy wykonawcy to pilarze, operatorzy maszyn, pracownicy fizyczni, a więc osoby, dla których analiza kilku dziesięciostronicowej umowy co do zasady nie będzie możliwa. Zwykłe doświadczenie życiowe pokazuje, że nie ma możliwości, aby pracownicy ci przeczytali, przeanalizowali i jeszcze sformułowali wątpliwości wobec tak skomplikowanych dokumentów – skoro współpracownicy, zdaniem Odwołujących nie są w stanie przeanalizować umowy to trudno oczekiwać, że poradzą sobie z procedurami, standardami, regulacjami, sprawozdawczością, audytem.

Wprowadzone środki techniczne, organizacyjne i kadrowe powinny być dostosowane m.in. do rodzaju i zakresu działalności, liczby zatrudnionych pracowników. Zdaniem Izby wymaganie wprowadzenia wielostronicowych, skomplikowanych procedur, standardów, audytów, sprawozdawczości w jednoosobowej działalności gospodarczej, zatrudniającej dwie osoby i trudniącej się w usługach leśnych jest zdecydowanie nadmierne. Reasumując, środki, jakie zastosował wykonawca SALIX nie są idealne, ale wystarczające.

Izba zwraca uwagę, że nie ma jednego, konkretnego sposobu, w jaki wykonawca ma wykazać samooczyszczenie, każdy przypadek musi być oceniany indywidualnie. W ocenie Izby, w okolicznościach analizowanej sprawy, Zamawiający zasadnie uznał, że podjęte przez wykonawcę SALIX czynności są wystarczające do wykazania jego rzetelności.

Uznając odwołania za nieuzasadnione, Izba wzięła również pod uwagę następujące okoliczności:

- przedmiotowe zamówienie nie dotyczy obsługi PAD
- uczestnik SALIX realizuje należycie inne umowy, których przedmiotem jest wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej
- w sprawie o sygn. akt KIO 779/24 uczestnik SALIX wykona umowę w ramach konsorcjum z wykonawcą M&H BROI SP. Z O.O. z siedzibą w Boronowie

Niejako na marginesie, twierdzenia uczestnika SALIX dotyczące nieproporcjonalności skutku w postaci wykluczenia z postępowania z uwagi na niską wartość zapłaconej kary umownej nie zasługują na aprobatę. Z uwagi na doniosłość skutków prawnych odstąpienia od umowy, wysokość kary umownej pozostaje irrelevantna dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

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 pkt 1) w związku z § 2 ust. 1 pkt 2) w zw. z § 5 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2 lit. b) 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: .....