

WYROK

Warszawa, dnia 21 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Paprocka
Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 lutego 2024 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A.w dniu 5 lutego 2024 r. przez wykonawcę K.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych „SALIX” K.S. (w postępowaniu o sygn. akt KIO 363/24) oraz

B.w dniu 5 lutego 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia K.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych „SALIX” K.S. oraz M&H Brol Sp. z o.o. w Boronowie (w postępowaniu o sygn. akt KIO 364/24)

w postępowaniu prowadzonym przez Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Zawadzkie, przy udziale uczestników po stronie zamawiającego:

A.wykonawcy SKIB-DREW Sp. z o.o. w Kolonowskich w postępowaniu o sygn. akt KIO 363/24,

B.wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia T.M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe T.M. oraz M.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo Usługowa SKIB-DREW M.S. w postępowaniu o sygn. akt KIO 364/24,

orzeka:

KIO 363/24

1.oddala odwołanie;

2.kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2.zasądza od Odwołującego, K.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych „SALIX” K.S., na rzecz Zamawiającego, Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Zawadzkie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego.

KIO 364/24

1.oddala odwołanie;

2.kosztami postępowania obciąża Odwołujących i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołujących tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2.zasądza od Odwołujących, K.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych „SALIX” K.S. oraz M&H Brol Sp. z o.o., na rzecz Zamawiającego, Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Zawadzkie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego

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

Przewodnicząca:.....

Uzasadnienie

Zamawiający, Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Zawadzkie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Zawadzkie w roku 2024. Numer referencyjny: Z.270.3.2023. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 października 2023 r., pod nr: 2023/S 208-656356. Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne.

KIO 363/24

W dniu 5 lutego 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie K.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K.S. Zakład Usług Leśnych „SALIX”, od czynności odrzucenia oferty Odwołującego, wykluczenie Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty SKIB-DREW sp. z o.o – w zakresie dotyczącym pakietu III.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenia poniżej wskazanych przepisów prawa:

- 1)art. 110 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm., dalej jako „PZP”) oraz 110 ust. 3 PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP, a w konsekwencji także naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) PZP, poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania oraz odrzucenie jego oferty w sytuacji, gdy Odwołujący udowodnił Zamawiającemu spełnienie przesłanek z art. 110 ust. 2 PZP oraz udowodnił swoją rzetelność, pomimo uprzedniego wypowiedzenia Wykonawcy przez Nadleśnictwo Olesno umowy na obsługę Punktu Alarmowo – Dyspozycyjnego;
- 2)art. 109 ust. 3 PZP poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo że jest ono w sposób oczywisty nieproporcjonalne do okoliczności wypowiedzenia mu przez Nadleśnictwo Olesno umowy na obsługę Punktu Alarmowo – Dyspozycyjnego w szczególności w świetle: i) wartości całkowitej umowy zawartej z Nadleśnictwem Olesno, ii) okresu trwania tej umowy; iii) odmiennego przedmiotu umowy z Nadleśnictwem Olesno w stosunku do przedmiotu niniejszego postępowania oraz iv) symbolicznej wysokości kary umownej dobrowolnie zapłaconej przez Odwołującego na rzecz Nadleśnictwa Olesno.

Podnosząc wskazane zarzuty, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia następujących czynności:

- 1.wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie dotyczącym pakietu III,
- 2.odrzucenia oferty Odwołującego złożonej na pakiet III,
- 3.wykluczenia Odwołującego z postępowania w tej części.

Nadto, Odwołujący wniósł o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Jak uzasadnił w odwołaniu, w dniu 4 lutego 2022 r. zawarł z Nadleśnictwem Olesno umowę o wartości 66.528,00 PLN. Jej przedmiotem była obsługa Punktu Alarmowo – Dyspozycyjnego (PAD) przez okres 8 miesięcy. Usługa polegała na zapewnieniu obsady osobowej miejsca monitoringu systemu leśnych kamer przeciwpożarowych. Nadleśnictwo Olesno wypowiedziało tę umowę pismem z dnia 31 maja 2022 r. Mając na uwadze, że zamawiający w ww. postępowaniu obciążył Odwołującego odpowiedzialnością za rozwiązanie umowy, K.S. w niniejszym postępowaniu prowadzonym przez Nadleśnictwo Zawadzkie zdecydował się poddać procedurze samooczyszczenia w obawie o ewentualne wykluczenie, wskazując na poniższe okoliczności:

- 1.K.S. zapłacił Nadleśnictwu Olesno karę umowną w kwocie 4.158,00 PLN. Zapłata nastąpiła dobrowolnie przelewem w dniu 11 lipca 2022 r., a zatem niedługo po wypowiedzeniu umowy;
- 2.Odwołujący, z własnej inicjatywy, w obszerny sposób opisał Zamawiającemu okoliczności wykonywania i rozwiązania umowy z Nadleśnictwem Olesno, a także zrelacjonował podstawy wypowiedzenia i przekazał Zamawiającemu całość korespondencji kierowanej do Nadleśnictwa Olesno, w której K.S. kilkakrotnie objaśniał Nadleśnictwu Olesno swoje stanowisko dotyczące realizacji umowy na obsługę PAD. Poinformował również, iż kwestionuje podstawy wypowiedzenia, stąd przekazał Zamawiającemu pierwszą stronę pozwu wniesionego przeciwko Nadleśnictwu Olesno;
- 3.K.S. powiadomił Zamawiającego, że zaprzestał współpracy z osobami, które były odpowiedzialne za realizację umowy na obsługę PAD, tj. z D.Ł. i D.I. oraz, że wdrożył w swojej firmie procedury naprawcze, opisane w dokumencie przygotowanym i rozpowszechnianym w firmie wkrótce po wypowiedzeniu umowy przez Nadleśnictwo Olesno. Treść stosowanych procedur została Zamawiającemu przekazana w formie kopii obowiązującego w przedsiębiorstwie dokumentu,
- 4.niezależnie od sporu sądowego z Nadleśnictwem Olesno, Odwołujący podjął się kroków naprawczych, które odniosły ten skutek, że w okresie kilkunastu miesięcy od wypowiedzenia, z sukcesem wykonał usługi leśne na

łącną kwotę kilku milionów złotych, a zatem że jest wykonawcą rzetelnym.

Tym samym, w ocenie Odwołującego, w sposób sumienny i wszechstronny udowodnił on Zamawiającemu, że spełnia przesłanki samooczyszczenia. Według Odwołującego, nieprawidłowe było również oparcie rozstrzygnięcia o informacje uzyskane w trybie art. 128 ust. 5 PZP od Nadleśnictwa Olesno, skoro przedmiotem niniejszego sporu nie pozostają okoliczności wypowiedzenia umowy na obsługę PAD, ale konsekwencje zaistnienia tamtego wypowiedzenia oraz zdarzenia po nim następujące.

Nadto, Odwołujący podniósł, że:

- od rozwiązania umowy z Olesnem upłynęło ponad półtora roku. W tym okresie K.S. ubiegał się o inne, liczne zamówienia i z powodzeniem kontynuował swoją działalność z zakresu usług leśnych, przy czym żaden z tych zamawiających nie podniósł zastrzeżeń takich, jakie podnosi Nadleśnictwo Zawadzkie. Wartość tych umów kilkudziesięciokrotnie przewyższała wartość umowy na obsługę PAD, a ich przedmiot pokrywał się z przedmiotem zamówienia w niniejszej sprawie,

- Odwołujący ubiegał się w listopadzie 2022 r. o zamówienie publiczne z zakresu gospodarki leśnej w Nadleśnictwie Olesno. K.S. złożył do ww. Nadleśnictwa analogiczne dokumenty na okoliczność samooczyszczenia, jak te złożone w niniejszej sprawie. Nadleśnictwo Olesno, nie odrzuciło oferty Wykonawcy.

Dodatkowo, K.S. w odwołaniu, wyjaśnił, że istotne w sprawie jest, iż:

- przedmiot umowy z Nadleśnictwem Olesno jest całkowicie odmienny od przedmiotu niniejszego zamówienia – nie może być zatem mowy o wątpliwościach co do wymagań Zamawiającego odnoszących się do przedmiotowego zamówienia,

- wartość umowy z Nadleśnictwem Olesno (66.528,00 PLN brutto) stanowiła zaledwie 3,96% przewidywanej przez Zamawiającego wartości pakietu III, co oznacza, że skala zamówienia, którego dotyczyła umowa z Olesnem jest nieporównywalnie mniejsza niż skala zamówienia objętego przedmiotowym postępowaniem,

- zapłacona przez Odwołującego kara umowna wyniosła zaledwie nieco ponad 4.000 PLN, a zatem jest wręcz symboliczną częścią zarówno obrotów, które miałyby wygenerować usługi w ramach pakietu III, jak i obrotów Odwołującego w ostatnich latach,

- upłynęło ponad półtora roku od chwili wypowiedzenia umowy na obsługę PAD.

Tym samym, niezależnie od dokonanego samooczyszczenia – ww. okoliczności, w ocenie Odwołującego w sposób samoistny uzasadniały zastosowanie przez Zamawiającego regulacji art. 109 ust. 3 PZP.

W kwestii zarzucenia przez Zamawiającego, że warunkiem koniecznym przeprowadzenia samooczyszczenia jest przyznanie popełnienia deliktu, Odwołujący podniósł, iż skierowanie przeciwko Nadleśnictwu Olesno pozwu cywilnego jest dodatkowym przejawem zamierzenia dokładnego wyjaśnienia, przed właściwym organem sądowym, okoliczności sporu i wyrazem gotowości wzięcia odpowiedzialności za wynik procesu. Nadto, przepis art. 110 ust. 2 PZP, nie wymaga od wykonawcy bezwzględnego powstrzymania się od skorzystania z drogi prawnej w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP, celem zakwestionowania podstaw wypowiedzianej umowy.

W toku rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą dnia 19 lutego 2024 r., Odwołujący dodatkowo podniósł, że jego samooczyszczenie nie jest pozorne – pozornosc zachodzi wówczas, gdy ktoś twierdzi, że w ogóle przesłanka wykluczenia nie zaistniała. Powołał się na wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-41/18, w którym Trybunał wyjaśnił, iż wejście w spór z zamawiającym nie wyklucza dokonania oceny rzetelności wykonawcy przez kolejnego zamawiającego. Oświadczył również, iż po wyroku Sadu Rejonowego w Opolu oddalającym powództwo Odwołującego przeciwko Nadleśnictwu Olesno – poczuwa się do winy co do okoliczności rozwiązania umowy z tym zamawiającym. Wniósł o przeprowadzenie dowodu z protokołu rozprawy w sprawie o sygn. KIO 205/24 na okoliczność zaprzeczenia, że kontynuuje współpracę z Panią I..

W odpowiedzi z dnia 15 lutego 2024 r. na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, uznając zarzuty odwołania za niezasadne. Stwierdził, iż nie została wykazana przesłanka samooczyszczenia w postaci naprawienia szkody, skoro zapłata kary umownej nastąpiła „z zastrzeżeniem zwrotu” (w tytule przelewu), dodatkowo zaś Odwołujący pozwał zamawiającego Nadleśnictwo Olesno, otwarcie zanegował fakt nienależytego wykonania umowy i zakwestionował powody wcześniejszego rozwiązania umowy przez zamawiającego. Jak wskazał Zamawiający, „(...) z informacji, które dotarły do Zamawiającego, a także ze stanowiska Przystępującego (pismo z dnia 15.02.2024 r.) wynika, iż roszczenie Odwołującego zostało oddalone wyrokiem Sądu Rejonowego w Opolu z dnia 7.02.2024 r., sygn. akt V GC 403/23. Świadczy to o fakcie, iż Nadleśnictwo Olesno w sposób uzasadniony odstąpiło od umowy z K.S. i w sposób prawidłowy naliczyło kary umowne związane z odstąpieniem od umowy.” W korespondencji Zamawiającego z Nadleśnictwem Olesno, poprzedni zamawiający powołał się na fakt niepodjęcia przez K.S. wyczerpującego wyjaśnienia nieprawidłowego wykonywania umowy oraz brak współpracy w tym zakresie. Ponadto, w ocenie Zamawiającego, Wykonawca ten nie podjął konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych odpowiednich dla zapobiegania dalszym nieprawidłowościom. Przedłożone

Zamawiającemu dokumenty nie zawierają dowodów, np. wdrożenia deklarowanych procedur, przeprowadzenia audytów czy kontroli, lecz jedynie samą treść rzekomo wdrożonych procedur. Z tych względów, wprowadzone przez Odwołującego środki, Zamawiający uznał jako pozorne. Według Zamawiającego, w tym stanie rzeczy nie ma wątpliwości, że wobec wykonawcy Zakład Usług Leśnych SALIX „K.S.” zachodzi przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP.

Przystępujący po stronie Zamawiającego, SKIB-DREW Sp. z o.o. pismem z dnia 15 lutego 2024 r. wniósł o oddalenie odwołania. Zanegował spełnienie każdej z osobna przesłanki samooczyszczenia dokonanej przez Odwołującego. Zajął stanowisko, iż w świetle literatury warunkiem koniecznym skuteczności procedury samooczyszczenia jest przyznanie przez wykonawcę faktu, że popełnił delikt, którego ma dotyczyć samooczyszczenie. Odwołujący w swoich wyjaśnieniach składanych w ramach procedury samooczyszczenia oraz załączonych do nich dokumentach w sposób otwarty neguje zaś popełnienie deliktu. Nadto, gołosłownie – w ocenie Przystępującego – przedstawiona przez Odwołującego informacja o podjętych środkach nie może dowodzić tak doniosłej okoliczności, jaką jest wykazanie spełnienia przesłanek samooczyszczenia. W toku rozprawy, SKIB-DREW Sp. z o.o. dodatkowo podniósł, iż Odwołujący w innej sprawie toczącej się przed Krajową Izbą Odwoławczą pod sygn. KIO 205/24 wskazywał, że kontynuuje współpracę z p. I., która brała udział w realizacji usług PAD na rzecz Nadleśnictwa Olesno.

KIO 364/24

W dniu 5 lutego 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło również odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: K.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K.S. Zakład Usług Leśnych „SALIX” oraz M&H Brol Sp. z o.o. w Boronowie, od czynności odrzucenia oferty Odwołujących, wykluczenia Odwołujących z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: F.H.U. SKIB-DREW M.S. oraz P.H.U. T.M. – w zakresie dotyczącym pakietu IV oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Izmar M.M. oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe AGRO-LAS A.S. – w zakresie dotyczącym pakietu VIII.

Powyższym czynnościom, Odwołujący zarzucili naruszenie:

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

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wnieśli o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia następujących czynności:

1. odrzucenia ofert Odwołujących złożonych na pakiet IV i VIII,
2. wykluczenia Odwołujących z postępowania w tych częściach,
3. wyboru ofert najkorzystniejszych w tych częściach.

Nadto, Odwołujący wnieśli o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Na uzasadnienie powyższego, Odwołujący wskazali na takie same argumenty i dowody, jak w przypadku odwołania w sprawie KIO 363/24, toteż Izba uznała za zbędne ich przytaczanie. Przy czym, w przypadku niniejszej sprawy, Odwołujący wskazali, iż wartość umowy z Nadleśnictwem Olesno (66.528,00 PLN brutto) stanowiła zaledwie: 3,27% przewidywanej przez Zamawiającego łącznej wartości pakietów IV i VIII.

W odpowiedzi z dnia 15 lutego 2024 r. na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, uznając zarzuty odwołania za niezasadne – z uzasadnieniem jak w sprawie KIO 363/24.

Uczestnicy zgłaszający przystąpienie po stronie Zamawiającego, T.M. prowadzący Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe T.M. oraz M.S. prowadzący Firmę Handlowo Usługową SKIB-DREW wnieśli o oddalenie odwołania. W piśmie z dnia 15 lutego 2024 r. przedstawili argumentację, jak w sprawie KIO 363/24.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

KIO 363/24

Odwołanie nie zawiera braków formalnych, zostało wniesione w terminie oraz terminowo został uiszczony od niego wpis w wymaganej wysokości. Nadto, Izba stwierdziła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 PZP.

Izba uznała również, że Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, bowiem posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP. Odwołujący jest bowiem wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu. Słusznie wskazał w odwołaniu, że gdyby oferta Odwołującego, złożona na pakiet III, nie została odrzucona, zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, bowiem Odwołujący zaoferował najniższą cenę, a cena była wyłącznym kryterium oceny ofert. Tym samym, spełnione są, wynikające z art. 505 PZP, przesłanki materialnoprawne skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie.

Do niniejszego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca SKIB-DREW Sp. z o.o. w Kolonowskich (dalej jako: „Przystępujący”).

KIO 364/24

Również w tej sprawie, Izba stwierdziła, iż odwołanie zostało wniesione skutecznie oraz nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 PZP.

Prawo Odwołujących do wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej jest również niekwestionowane. Izba uznała, iż posiadają oni interes w uzyskaniu zamówienia i mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP. Słusznie wskazali w odwołaniu – jak w przypadku oferty na pakiet III, której dotyczy postępowanie pod sygn. KIO 363/24 – że gdyby oferty Odwołujących, złożone na pakiety IV i VIII, nie zostały odrzucone, zostałyby wybrane jako najkorzystniejsze, bowiem Odwołujący zaoferowali najniższe ceny, a cena była wyłącznym kryterium oceny ofert. Tym samym, spełnione są, wynikające z art. 505 PZP, przesłanki materialnoprawne skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie.

Do niniejszego postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – w zakresie dotyczącym pakietu IV, tj. K.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych „SALIX” K.S. oraz M&H Brol Sp. z o.o. w Boronowie. Do przystąpienia zostało dołączone jedynie pełnomocnictwo udzielone przez jednego z tych wykonawców tj. K.S., przy czym w dokumencie tym wskazano, iż wykonawca ten jako Lider Konsorcjum działa również w imieniu drugiego wykonawcy – M&H Brol Sp. z o.o., z tym że okoliczność ta nie została w żaden sposób wykazana. Biorąc to pod uwagę, Krajowa Izba Odwoławcza w oparciu o art. 511 ust. 2 PZP, wezwała uczestników zgłaszających przystąpienie do uzupełnienia ww. braku w zakresie umocowania. Bezsprzecznie, w świetle nowej ustawy PZP, braki w tym zakresie odnoszące się do pisma zgłaszającego przystąpienie – podlegają uzupełnieniu na wezwanie. Pismem z dnia 13 lutego 2024 r. brak ten został prawidłowo uzupełniony poprzez złożenie umowy konsorcjum zawartej dnia 27 listopada 2023 r. obejmującej załącznik nr 2 w postaci pełnomocnictwa dla Lidera Konsorcjum.

KIO 363/24 i KIO 364/24

Przedmiotem zamówienia są usługi z zakresu gospodarki leśnej zgodnie z określeniem w art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 28 września 1991 r. o lasach (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 1356) obejmujące prace z zakresu hodowli i ochrony lasu, ochrony przeciwpożarowej, pozyskania i zrywki drewna oraz edukacji leśnej i turystyki do wykonania na terenie Nadleśnictwa Zawadzkie w roku 2024. Zakres rzeczowy przedmiotu zamówienia obejmuje sumaryczne ilości prac z zakresu hodowli i ochrony lasu, ochrony przeciwpożarowej, pozyskania i zrywki drewna oraz edukacji leśnej i turystyki wynikające z Załącznika nr 2 do Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: „SWZ”). Niniejsze postępowanie odwoławcze dotyczy ww. przedmiotu zamówienia w części oznaczonej jako Pakiet III (Prace z zakresu pozyskania i zrywki drewna oraz zagospodarowania lasu w leśnictwach: Piotrowina i Kolejka), Pakiet IV (Prace z zakresu pozyskania i zrywki drewna oraz zagospodarowania lasu w leśnictwach: Haraszowskie i Kolonowskie) i Pakiet VIII (Mechaniczne pozyskiwanie drewna w wybranych pozycjach rębnych zlokalizowanych w leśnictwach: Krupski Młyn, Zarzecze, Świerkie, Piotrowina, Kolejka, Haraszowskie i Kolonowskie).

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z zasadami przewidzianymi dla tzw. „procedury odwróconej”, o której mowa w art. 139 ust. 1, 3-4 PZP.

Zamawiający, w pkt 6.1 SWZ wskazał, że w postępowaniu mogą brać udział wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia w okolicznościach, o których mowa w art. 108 ust. 1 PZP. Dodatkowo, Zamawiający zastrzegł fakultatywne podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 PZP, w tym w art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP, tj. w przypadku wykonawcy, który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. W ślad za przepisem art. 110 ust. 2 PZP, Zamawiający wskazał w pkt 6.7 SWZ, że 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 przesłanki wymienione w art. 110 ust. 2 pkt 1-3 PZP oraz, że Zamawiający oceni, czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w zdaniu poprzednim, są wystarczające do wykazania jego

rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. Jeżeli podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa wyżej, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zamawiający wyklucza wykonawcę.

Przy wyborze ofert w każdym Pakiecie Zamawiający kieruje się kryterium cena w 100% (pkt 16.1 SWZ).

Wraz z ofertą, wykonawca K.S. złożył formularz Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia („JEDZ”), w którym w części III lit. C wiersz siódmy, na pytanie, czy 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, odpowiedział twierdząco, wskazując, iż szczegółowe informacje zostały podane w dodatkowym piśmie. W uzupełnieniu formularza załączył do oferty pismo z 29 listopada 2023 r., w którym poddał się procedurze samooczyszczenia wskazując, m.in., że:

- w dniu 31 maja 2022 r. Nadleśnictwo odstąpiło od umowy obciążając go za to odpowiedzialnością i wzywając do zapłaty kary umownej. Jak wskazał Odwołujący: „Kwestionuję powody wypowiedzenia i zamierzam skierować sprawę na drogę postępowania sądowego.”
- „(...) celem uniknięcia przymusowego ściągnięcia kary oraz celem wykazania przesłanek samooczyszczenia w kolejnych przetargach” dobrowolnie zapłacił karę umowną, którą naliczyło Nadleśnictwo,
- podjął kroki, których celem jest uniknięcie podobnych problemów w związku z kolejnymi umowami o zamówienie, w tym poprzez niekontynuowanie współpracy z osobami, które były zatrudniane na potrzeby PAD w Oleśnie, wdrożył w firmie procedury informacyjne, których stosowanie ma pomóc usprawnić działania w każdym przypadku zastrzeżeń od zamawiających oraz pozwolić na szybkie podejmowanie właściwych decyzji, aby uniknąć negatywnych skutków prawnych.

Wykonawca K.S. przedstawił pismo Nadleśnictwa Olesno z dnia 31 maja 2022 r. oświadczenie o odstąpieniu, pierwszą stroną pozwu z dnia 6 października 2022 r., który wniósł przeciwko Nadleśnictwu Olesno o zapłatę, z potwierdzeniem nadania dnia 7 października 2022 r., potwierdzenie przelewu z rachunku tego wykonawcy kwoty 4.158 zł na rzecz Nadleśnictwa Olesno z dnia 11 lipca 2022 r. z tytułem: „kara umowna z noty obciążeniowej nr 59/2022 zapłata z zastrzeżeniem zwrotu” oraz opis procedur dotyczących wykonywania umów o zamówienie publiczne z zakresu gospodarki leśnej dot. Zakładu Usług Leśnych SALIX z dnia 6 września 2022 r. Z pisma o odstąpieniu od umowy przez Nadleśnictwo Olesno wynika, że do rozwiązania umowy doszło z uwagi na naruszenie przez wykonawcę postanowień Umowy dotyczących sposobu jej wykonywania. Nadto, Odwołujący przedstawił umowę nr 271.10.2022.MS z 4 lutego 2022 r. zawartą z Państwowym Gospodarstwem Leśnym Lasy Państwowe Nadleśnictwo Olesno w przedmiocie zamówienia publicznego na „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Olesno w roku 2022”, nr ZG.270.3.2021 na Pakiet nr 15, której przedmiotem były usługi z zakresu gospodarki leśnej polegające na wykonaniu zamówienia pn. „Pełnienie dyżuru w punkcie alarmowo-dyspozycyjnym nadleśnictwa (PAD)” oraz pisma obejmujące wyjaśnienia tego wykonawcy złożone Nadleśnictwu Olesno w przedmiocie okoliczności odstąpienia przez Nadleśnictwo od umowy (pismo z 7 czerwca 2022 r.) oraz okoliczności poprzedzających odstąpienie (pismo z 23 marca 2022 r., pismo z 4 marca 2022 r., pismo z 20 kwietnia 2022 r.).

Pismem z dnia 3 stycznia 2024 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego z prośbą o wskazanie etapu, na jakim znajduje się sprawa wniesiona do Sądu Rejonowego w Oleśnie w związku z pozwem przeciwko Skarbowi Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Olesno. W odpowiedzi, Odwołujący wskazał, że postępowanie toczy się.

W związku z pismem Zamawiającego skierowanym do Nadleśnictwa Olesno w toku prowadzonego postępowania, poprzedni zamawiający wskazał pismem z dnia 5 stycznia 2024 r., iż: „Z całokształtu uchybień stwierdzonych w toku czynności kontrolnych, wyłaniał się obraz usługi wykonywanej w sposób nienależyty, przez osoby nieposiadające w tym zakresie elementarnych kompetencji.” Nadleśnictwo Olesno w rzeczonym piśmie dodatkowo wyjaśniło, iż wykonawca Zakład Usług Leśnych SALIX K.S. nie podjął się wyczerpującego wyjaśnienia nieprawidłowego wykonywania umowy, nie współpracował w tym zakresie z zamawiającym. „W toku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych przez Nadleśnictwo Olesno, przypadających po odstąpieniu od Umowy, Wykonawca ten składał bardzo lakoniczne wyjaśnienia w ramach procedury samooczyszczenia. W przypadkach tych jednak nie dochodziło do udzielenia zamówienia temu Wykonawcy, gdyż albo jego oferta podlegała odrzuceniu, albo w ogóle nie była poddawana ocenie od strony podmiotowej, a to z uwagi na kolejność w rankingu. 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.”

Pismem z dnia 25 stycznia 2024 r. Zamawiający opublikował na stronie internetowej postępowania informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, wskazując, że:

- 1)w ramach pakietu III – za najkorzystniejszą uznana została oferta SKIB-DREW sp. z o.o. w Kolonowskich,

2)w ramach pakietu IV – za najkorzystniejszą uznana została oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. T.M. Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe T.M. oraz M.S. Firma Handlowo Usługowa S.S.,

3)ramach pakietu VIII – za najkorzystniejszą uznana została oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. M.M. IZMAR oraz A.S. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe AGRO-LAS.

Jednocześnie, w tym samym dniu, Zamawiający opublikował informację o wykluczeniu wykonawcy Zakład Usług Leśnych SALIX K.S. z postępowania w zakresie Pakietu III i odrzuceniu oferty tego wykonawcy oraz informację o wykluczeniu wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Zakład Usług Leśnych SALIX K.S. oraz M&H Brol w zakresie Pakietu IV i VIII i odrzuceniu oferty tych wykonawców. W uzasadnieniu wskazał, iżw stosunku do tych wykonawców zachodziła przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust.1 pkt 7 PZP oraz że nie doszło do skutecznego samooczyszczenia. „Samooczyszczenie nie może mieć (...) charakteru pozornego, tak jak ma to miejsce w przedmiotowym postępowaniu, gdzie Wykonawca wprost stwierdza, że nie uznaje przypisywanej mu przez zamawiającego winy.”

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego:

1)dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na 2x pendrive'ach, przesłaną do akt spraw KIO 363/24 i KIO 364/24 przez Zamawiającego w dniu 15 lutego 2024 r., w tym w szczególności:

- Ogłoszenie o zamówieniu nr 2023/S 208-656356,
- SWZ wraz z załącznikami,
- Oferty Odwołujących na pakiet III, IV i VIII z załącznikami,
- Informacja z otwarcia ofert z 29 listopada 2023 r.,
- Pismo SKIBDREW Sp. z o.o. z 21 grudnia 2023 r. obejmujące wniosek o odrzucenie oferty Odwołującego,
- wezwanie z dnia 3 stycznia 2024 r. do wyjaśnień wraz z odpowiedzią,
- pismo z 3 stycznia 2024 r. do Nadleśnictwa Olesno wraz z odpowiedzią z 5 stycznia 2024 r.,
- pismo wykonawcy z 22 stycznia 2024 r. wraz z załącznikami, obejmujące dodatkowe wyjaśnienia i argumenty sprawie samooczyszczenia,
- informacje o wyborze najkorzystniejszej oferty z 25 stycznia 2024 r.;
- informacje o wykluczeniu wykonawcy i odrzuceniu oferty z 25 stycznia 2024 r.

2)złożone przez Odwołującego w toku postępowania odwoławczego dowody, tj.:

- dowody wymienione w odwołaniu KIO 363/24,
- dowody wymienione w odwołaniu KIO 364/24,
- potwierdzenie przelewu z dnia 19 kwietnia 2023 r. na kwotę 2.444,29 PLN,
- referencje z dnia 5 lutego 2024 r. oraz 1 lutego 2024 r.,
- PIT-36L za 2022 r., PIT/B za 2021 oraz rozliczenie księgi przychodów i rozchodów za 12/2023;

3)złożony przez pełnomocnika Przystępujących w toku postępowania odwoławczego KIO 363/24 i KIO 363/24 dowód w postaci:

- wyroku Sądu Rejonowego w Opolu, V Wydział Gospodarczy z dnia 7 lutego 2024 r. w sprawie o sygn. akt VGC 403/23 upr.

Izba – w związku z wnioskiem Odwołującego – w oparciu o art. 541 PZP, odmówiła przeprowadzenia dowodu z protokołu rozprawy w sprawie o sygn. akt 205/24, bowiem fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami. Stanowisko Odwołującego w przedmiocie dalszego zatrudniania p. Iwanowskiej wynika z dokumentów złożonych przez Odwołującego wraz z ofertą. Przedmiotem badania przez Izbę jest zaś skuteczność samooczyszczenia dokonanego w postępowaniu przed Zamawiającym, a nie obecny stan zatrudnienia u Odwołującego, czy też zasoby kadrowe, którymi zamierza się posługiwać w przypadku udziału w kolejnych zamówieniach publicznych. Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że oba odwołania – jako oparte na tych samych zarzutach i argumentacji – nie zasługiwały na uwzględnienie.

Po pierwsze, Krajowa Izba Odwoławcza nie podzieliła zarzutu obu odwołań odnoszącego się do naruszenia art. 110 ust. 2 PZP oraz 110 ust. 3 PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP, a w konsekwencji także naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) PZP.

Odwołujący w obu sprawach zostali wykluczeni z postępowania w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP, który przewiduje taką możliwość, gdy 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 lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.” Zamawiający miał podstawy, by wykluczyć Odwołujących z postępowań na poszczególne pakiety w oparciu o ww. regulację. Składając oferty,

Odwołujący wskazali na okoliczność wypowiedzenia K.S. umowy o obsługę Punktu Alarmowo-Dyspozycyjnego (PAD) przez Nadleśnictwo Olesno, pismem z dnia 31 maja 2022 r., z obciążeniem tego wykonawcy odpowiedzialnością za nienależyte wykonanie umowy o zamówienie publiczne. Jak wynika m.in. z pisma o odstąpieniu od umowy, okoliczności będące podstawą rozwiązania umowy wyczerpują przesłanki wskazane w art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP. Jak wyjaśnili Odwołujący, w obawie o ewentualne wykluczenie, zdecydowali się poddać procedurze samooczyszczenia (self-cleaning), jednak ewidentnie – podkreślając to na każdym kroku – czynności tej dokonali niejako z ostrożności, konsekwentnie kwestionując swoją odpowiedzialność za rozwiązanie umowy dot. obsługi PAD. Odwołujący K.S. w każdej możliwej chwili – zarówno w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Nadleśnictwo Zawadzkie, jak też w toku postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą – podkreślał, że nie zgadza się z obciążeniem go odpowiedzialnością za nienależyte wykonanie umowy z Nadleśnictwem Olesno. Podkreślał to zarówno w momencie płatności kary umownej, gdzie w tytule wskazano, że zapłata jest czyniona „z zastrzeżeniem zwrotu”, jak też w korespondencji z Nadleśnictwem Olesno, czy to wreszcie przedstawiając Nadleśnictwu Zawadzkie pierwszą stronę pozwu przeciwko poprzedniemu zamawiającemu ze wskazaniem, że Odwołujący wniósł w tej sprawie powództwo do sądu cywilnego. Również, przed Krajową Izbą Odwoławczą, zarówno w odwołaniu, jak też na rozprawie, zaznaczał, że kwestionuje swoją odpowiedzialność za okoliczności odstąpienia od umowy przez Nadleśnictwo Olesno. Po raz pierwszy, Odwołujący uznał swoją odpowiedzialność (oświadczając, że poczuwa się do winy) po wydaniu nieprawomocnego wyroku Sądu Rejonowego w Opolu z dnia 7 lutego 2024 r. oddalającego powództwo w sprawie cywilnej przeciwko Nadleśnictwu Olesno – tj. dopiero na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą dnia 19 lutego 2024 r. W tym kontekście należy podkreślić, iż na tym etapie postępowania jest za późno na jakiekolwiek oświadczenia w przedmiocie odpowiedzialności wykonawcy, a tym samym uznania, że zaistniały przesłanki wykluczenia i samooczyszczenia. Zgodnie bowiem z art. 110 ust. 3 PZP, zamawiający ocenia, czy podjęte przez wykonawcę czynności, w ramach self-cleaning są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. Przepis ten wyraźnie zakreśla granice czasowe udowodnienia zamawiającemu spełnienia przesłanek samooczyszczenia – na okres przed wykluczeniem, tj. w tym konkretnym przypadku, na etapie badania ofert. Po podjęciu czynności wykluczenia – wykonawca nie może skorzystać z procedury self-cleaning, innymi słowy – na etapie postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, która bada zgodność z przepisami PZP podjętej przez Zamawiającego czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, za późno jest na uzupełnianie oświadczeń i dowodów w zakresie wykazania spełnienia przesłanek z art. 110 ust. 2 PZP.

W świetle powyższego, w ocenie Izby, Zamawiający podjął zgodną z przepisami PZP czynność wykluczenia Odwołujących z postępowań w zakresie przedmiotowych pakietów, w tym miał pełne prawo uznania, że nie doszło do skutecznego samooczyszczenia tych wykonawców, a co za tym idzie, ich oferty podlegały odrzuceniu.

Pamiętać należy, iż art. 110 ust. 2 PZP wymaga od wykonawcy udowodnienia zamawiającemu, że spełnia łącznie wszystkie wskazane tam przesłanki.

Zdaniem Izby, nie można mówić w przedmiotowej sprawie o spełnieniu choćby tej przesłanki samooczyszczenia, o której mowa w art. 110 ust. 2 pkt 2 PZP. Jak stanowi ww. przepis, wykonawca winien wyczerpująco wyjaśnić fakty i okoliczności związane z nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując z zamawiającym. Przede wszystkim wskazać należy, iż Izba nie podziela poglądu Odwołującego, jakoby w tym przepisie mowa była o wyjaśnieniu faktów i okoliczności nieprawidłowego postępowania przy aktywnej współpracy z zamawiającym prowadzącym kolejne postępowanie – tutaj: Nadleśnictwem Zawadzkie. Regulacja samooczyszczenia nie pozostawia wątpliwości, iż każda z trzech przesłanek skutecznej procedury self-cleaning dotyczy działań lub zaniechań wykonawcy podjętych w związku z zaistniałymi okolicznościami stanowiącymi podstawę wykluczenia, tj. w czasie kiedy do okoliczności tych doszło – których to podjęcie lub zaniechanie wykonawca winien następnie udowodnić Zamawiającemu, przed którym dokonuje procedury samooczyszczenia. Innymi słowy, wykonawca winien udowodnić zamawiającemu, przed którym dokonuje procedury samooczyszczenia, że wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane ze swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując z zamawiającym, któremu to nieprawidłowe działanie zaszkodziło, a nie wyczerpująco wyjaśnić okoliczności we współpracy z nowym zamawiającym, który wszak nie ma wiedzy i instrumentów, by współpracować z wykonawcą przy takich wyjaśnieniach.

Izba za słuszne uznała stanowisko Zamawiającego i uczestnika postępowania przystępującego po stronie Zamawiającego, że nie może dojść do prawidłowego wyjaśnienia faktów i okoliczności danej sytuacji uznanej jako nieprawidłowa, niezgodna z umową – gdy wykonawca ad hoc kwestionuje jej zaistnienie lub swoją odpowiedzialność. W tym wypadku, to Odwołujący kwestionował, by nienależycie wykonał umowę na usługi PAD – stąd nie mogło być mowy o tym, by wyczerpująco wyjaśnił wszystkie fakty i aktywnie współpracował z zamawiającym. Z korespondencji, którą prowadził K.S. z Nadleśnictwem Olesno na etapie odstąpienia od umowy PAD – nie wynika współpraca stron przy wyjaśnieniu okoliczności będących podstawą odstąpienia od umowy. Jakkolwiek, pełnomocnik Odwołującego wskazał w

odwołaniu – że w korespondencji z Nadleśnictwem Olesno Odwołujący kilkakrotnie objaśniał temu zamawiającemu swoje stanowisko dotyczące realizacji umowy – to jednak, oznacza to tyle, że w ten sposób zajmował subiektywne stanowisko i dokonywał subiektywnej oceny tych okoliczności, a nie wyczerpująco i obiektywnie wyjaśniał fakty we współpracy z zamawiającym. W ocenie Izby, przesłanka self-cleaning, o której mowa w art. 110 ust. 2 pkt 2 PZP, tak jak pozostałe przesłanki, jest wyrazem dążenia wykonawcy do samooczyszczenia poprzez uczynienie wszystkiego co w jego mocy, by naprawić wyrządzoną szkodę i zapobiec nieprawidłowościom po stronie wykonawcy w przyszłości. Wyjaśnienie okoliczności niewykonania lub nienależytego wykonania umowy – w sposób obiektywny – ma pomóc w naprawieniu wyrządzonej szkody np. wskutek wyjaśnienia okoliczności jej zaistnienia, rozmiaru, oraz zapobiec takim sytuacjom w przyszłości poprzez pozyskanie wiedzy o ich przyczynach i uświadomienie sobie źródeł tych zagrożeń. Tym samym, za wyczerpujące wyjaśnienie faktów i okoliczności nieprawidłowego postępowania wykonawcy i aktywną współpracę w tym zakresie z zamawiającym nie można uznać postawy wykonawcy, który w korespondencji z zamawiającym konsekwentnie kwestionuje okoliczności i swoją odpowiedzialność za rozwiązanie umowy oraz zajmuje zupełnie subiektywne stanowisko odnośnie kwestii niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Taka postawa wykonawcy zdecydowanie nie stanowi dążenia do należytego wszechstronnego wyjaśnienia okoliczności sprawy, jak tego wymaga art. 110 ust. 2 pkt 2 PZP.

Dodać należy, iż wykonawca K.S. był do tego stopnia konsekwentny w kwestionowaniu odpowiedzialności za rozwiązanie umowy przez Nadleśnictwo Olesno, iż w tytule przelewu kary umownej na rzecz tego zamawiającego wpisał „z zastrzeżeniem zwrotu”, licząc na to, że w procesie cywilnym uzyska jej zwrot.

Odwołujący nie udowodnił również, by podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym nieprawidłowościom (art. 110 ust. 2 pkt 3 PZP) – jak słusznie podniósł Zamawiający i Przystępujący, jakkolwiek Odwołujący wykazał jakiego rodzaju i treści środki planuje wprowadzić (zob. załącznik nr 9 do pisma z 29 listopada 2023 r. pt. Uzupełnienie formularza JEDZ Procedura samooczyszczenia), to jednak nie wykazał by je podjął (wdrożył), w szczególności nie wykazał, by w jakimkolwiek zaznajomił swoich pracowników z nowymi procedurami, a tym samym by te procedury rzeczywiście weszły w życie i funkcjonowały u Odwołującego.

Oznacza to, że brak w niniejszej sprawie łącznego spełnienia wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 110 ust. 2 PZP, tj.:

- 1)naprawienia lub zobowiązania się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne – K.S. zapłacił Nadleśnictwu Olesno karę umowną w kwocie 4.158,00 PLN, jakkolwiek dobrowolnie przelewem w dniu 11 lipca 2022 r., po wypowiedzeniu umowy – lecz z zastrzeżeniem zwrotu i pozwą Zamawiającego o zapłatę, tym samym starania o naprawienie szkody należy uznać za pozorne;
- 2)wyczerpującego wyjaśnienia faktów i okoliczności związanych z przestępstwem, wykroczeniem lub nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, przy aktywnej współpracy odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym – jak wskazali Odwołujący, p. Szukała kilkakrotnie objaśniał Nadleśnictwu Olesno swoje stanowisko dotyczące realizacji umowy na obsługę PAD, lecz nie na tym polega zadośćuczynienie tej przesłance – Izba uznała, iż brak jest dowodów na to, by K.S. aktywnie współpracował z Nadleśnictwem Olesno celem obiektywnego ustalenia okoliczności sprawy;
- 3)podjęcia konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, odpowiednich dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności poprzez zerwanie wszelkich powiązań z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy, reorganizację personelu, wdrożenie systemu sprawozdawczości i kontroli, utworzenie struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów, wprowadzenie wewnętrznych regulacji dotyczących odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów - K.S., jak wskazał w odwołaniu, zaprzestał współpracy z osobami, które były odpowiedzialne za realizację umowy na obsługę PAD, tj. z D.Ł. i D.I. oraz wdrożył w swojej firmie procedury naprawcze, opisane w dokumencie przygotowanym i rozpowszechnianym w firmie wkrótce po wypowiedzeniu umowy przez Nadleśnictwo Olesno, niemniej w ocenie Izby brak dowodów na rzeczywiste podjęcie konkretnych środków organizacyjnych odpowiednich dla zapobiegania dalszym nieprawidłowościom.

Kluczowym w sprawie jest jednak fakt, że K.S. przed Zamawiającym kwestionował podstawy wypowiedzenia umowy przez Nadleśnictwo Olesno. Jakkolwiek, zdaniem Odwołującego, przepis art. 110 ust. 2 PZP dotyczący procedury self-cleaning nie obejmuje przesłanki w postaci bezsporności okoliczności stanowiących podstawę wykluczenia, to jednak przesłanka uznania przez wykonawcę, że zaistniały podstawy do jego wykluczenia - logicznie wynika z całokształtu regulacji samooczyszczenia. Jeżeli bowiem zdaniem wykonawcy nie doszło do wypełnienia hipotezy normy art. 109 ust. 1 PZP w którymkolwiek zakresie ergo jego zdaniem nie zaistniała podstawa do wykluczenia, toteż brak podstawy do

realizacji procedury samooczyszczenia.

W jednolicie ustalonym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podnosi się, iż warunkiem sine qua non procedury samooczyszczenia jest uznanie przez wykonawcę faktu, że odpowiada za nieprawidłowe postępowanie stanowiące podstawę wykluczenia w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP. Ważny jest fakt braku kwestionowania, tj. zaprzeczania wystąpieniu okoliczności leżących po stronie wykonawcy czy też brak obciążania odpowiedzialnością innego podmiotu (zob. wyr. KIO z 16 czerwca 2021 r., sygn. KIO 1008/21). Na orzeczenia KIO, w których wyrażono takie stanowisko, słusznie powołują się Zamawiający i Przystępujący. Izba w składzie rozpatrującym niniejszą sprawę podziela ten pogląd, w tym, wyrażony w wyroku Izby z 16 czerwca 2021 r. (sygn. KIO 1219/21), w świetle którego: „Zastosowanie instytucji samooczyszczenia wykonawcy 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 (...) istnieje możliwość tzw. samooczyszczenia. Powyższe wynika nie tylko z literalnej treści [adekwatnych przepisów ustawy – przyp. składu orzekającego] Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że z tej instytucji może skorzystać tylko wykonawca, który podlega wykluczeniu, ale również z wykładni celowościowej tego przepisu. Brak jest zatem możliwości zastosowania tej instytucji niejako „z ostrożności” przy jednoczesnym kwestionowaniu w drodze środków ochrony prawnej zasadności samego wykluczenia.” Niewątpliwie – Odwołujący w niniejszej sprawie wręcz podkreślał wielokrotnie, iż procedurze samooczyszczenia poddał się „z ostrożności.”

Nadto, jak podnosi się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej: „Zadaniem zamawiającego nie jest bezrefleksyjne przyjęcie oświadczenia wykonawcy w przedmiocie samooczyszczenia, lecz jego rzetelna weryfikacja i ocena, czy wdrożone przez wykonawcę mechanizmy są adekwatne do popełnionych naruszeń oraz skuteczne, a przez to gwarantujące wyeliminowanie na przyszłość działań stanowiących podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia. Podkreślić przy tym trzeba, iż każdy przypadek należy oceniać indywidualnie z uwzględnieniem okoliczności faktycznych danej sprawy, co też wyklucza jakikolwiek automatyzm po stronie zamawiającego.” (wyr. z 8 września 2021 r., sygn. KIO 1935/21). W niniejszej sprawie, Zamawiający słusznie podkreślał brak łącznego spełnienia wszystkich przesłanek samooczyszczenia a przede wszystkim sprzeczność oświadczeń Odwołującego, który dokonuje samooczyszczenia od zarzutów nienależytego wykonania umowy, za które nie uznaje swojej odpowiedzialności.

Warto również nadmienić, iż Odwołujący w ramach swojej argumentacji powołał się na wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 19 czerwca 2019 r. (Meca Srl przeciwko Comune di Napoli, C-41/18), w świetle którego: „art. 57 ust. 4 lit. c) i g) dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu, na mocy którego wniesienie sądowego środka zaskarżenia na decyzję o wypowiedzeniu umowy w sprawie zamówienia publicznego podjętą przez instytucję zamawiającą z powodu znaczących nieprawidłowości, do których doszło w czasie wykonywania tej umowy, uniemożliwia dokonanie przez instytucję zamawiającą, która organizuje nowy przetarg, jakiegokolwiek oceny, na etapie selekcji oferentów, w zakresie rzetelności wykonawcy, którego dotyczyło to wypowiedzenie.” Dokładnie ten fragment pełnomocnik zacytował w toku rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą. W ocenie Izby jednak, przywołane stanowisko TS nie wspiera argumentacji Odwołującego, w zakresie braku podstaw do zakwestionowania skuteczności samooczyszczenia w obliczu wniesionego przez niego powództwa do sądu powszechnego dotyczącego rozwiązania umowy z Odwołującym przez poprzedniego zamawiającego. Trybunał wszak w ww. wyroku wskazał, iż bez względu na tego rodzaju powództwo – zamawiający może samodzielnie rozstrzygać, czy zaistniały podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania lub uznania procedury samooczyszczenia za skuteczną. W tym kontekście, Zamawiający nie jest zobowiązany do wstrzymania się z decyzją o ew. wykluczeniu wykonawcy, aż do zakończenia procesu sądowego. Innymi słowy, tak długo jak przed sądem cywilnym toczy się spór w przedmiocie okoliczności podanych w ofercie wykonawcy, jako skutkujące wykluczeniem go z postępowania, tak długo zamawiający nie jest pozbawiony możliwości samodzielnej ich oceny w toku postępowania. Tym samym, Nadleśnictwo Zawadzkie – słusznie – oceniło na etapie badania ofert Odwołujących, że pomimo sporu przed Sądem Rejonowym w Opolu, istnieją podstawy do wykluczenia Odwołujących z postępowania.

Biorąc więc pod uwagę treść art. 110 ust. 2 PZP oraz interpretację tego przepisu dokonaną w orzecznictwie KIO, Zamawiający słusznie uznał, iż Odwołujący nie dokonał skutecznej procedury samooczyszczenia i w efekcie wykluczył Odwołującego z postępowania w zakresie Pakietu III, IV i VIII. Po stronie Odwołującego zabrakło przede wszystkim przyznania się do odpowiedzialności za okoliczności odstąpienia Nadleśnictwa Olesno od umowy PAD oraz zaakceptowania następstw tej sytuacji, w tym naprawienia szkody (bez zastrzeżenia zwrotu), obiektywnego wyjaśnienia okoliczności stanowiących podstawę odstąpienia we współpracy z poprzednim zamawiającym (bez konsekwentnego zaprzeczania swojej odpowiedzialności) oraz udowodnienia rzeczywistego wdrożenia konkretnych środków technicznych, organizacyjnych oraz kadrowych, odpowiednich do zapobiegania dalszym naruszeniom.

Jednocześnie, Izba nie mogła uwzględnić zarzutu naruszenia art. 109 ust. 3 PZP dotyczącego nieproporcjonalności wykluczenia Odwołujących z postępowania. Niewątpliwie, w tym przepisie chodzi o oczywistą nieproporcjonalność wykluczenia – wynika to z literalnego brzmienia tej regulacji (zob. wyr. KIO z 19 kwietnia 2022 r., sygn. KIO 907/22). W

przedmiotowym przypadku nie mamy do czynienia z taką oczywistą sytuacją – argumenty przywołane przez Odwołującego mają wprost przeciwne znaczenie, np. w ocenie Izby, dysproporcja wartości zamówień nie jest miarodajna z pkt widzenia określenia stopnia istotności naruszeń. Nieprawidłowości w realizacji umowy prowadzące do zaistnienia podstaw do zerwania umowy przez zamawiającego co do zasady są nieprawidłowościami istotnymi. Dane naruszenie, bez względu na wartość zamówienia – jest tak samo istotne z pkt widzenia przedmiotu tego zamówienia. Izba nie dostrzega również wpływu różnicy w przedmiotach zamówienia na ustalenie nieproporcjonalności naruszeń umowy PAD w stosunku do zamówienia Nadleśnictwa Zawadzkie. Rzetelność wykonawcy winna być badana obiektywnie, a nie w odniesieniu do rodzaju czy wartości przedmiotu zamówienia. Podsumowując, tylko w sytuacjach oczywistych, wyraźnych można uznać odstąpienie od umowy o zamówienie publiczne z naliczeniem kar umownych, z powodu nienależytego wykonywania tej umowy przez wykonawcę, za rzecz nieistotną z pkt widzenia przyszłego zamówienia, a przez to nieproporcjonalną do skutku w postaci wykluczenia z postępowania. Również upływ czasu od kiedy zaistniały okoliczności stanowiące podstawę wykluczenia nie wpływają na oczywistość nieproporcjonalności wykluczenia, zwłaszcza że przepisy PZP regulują czas, po upływie którego dane okoliczności stają się nieistotne. Co więcej, Odwołujący twierdzą, że nieproporcjonalność skutku w postaci wykluczenia z postępowania wynika też z niskiej wartości zapłaconej kary umownej – lecz w tym kontekście zapominają o doniosłości skutku odstąpienia zamawiającego od umowy, który jest drastycznym skutkiem nieprawidłowego postępowania wykonawcy, skoro zastrzeżony jest na wypadek najistotniejszych naruszeń.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 552 ust. 1 i art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 lit. a) i b) PZP, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie 557 PZP oraz w oparciu o przepisy 1 i pkt 2 lit. b) w zw. z 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobieraniu wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437 ze zm.).

Przewodnicząca:.....