

WYROK

Warszawa, dnia 21 lutego 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron i uczestników postępowania w dniu 18 lutego 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 stycznia 2025 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: A.N. prowadzącego działalność pod firmą A.N. Usługi Leśne z siedzibą w Okonku; A.S. prowadzącej działalność pod firmą A.S. Przedsiębiorstwo Usługowe Handlowe z siedzibą w Okonku; W.G. prowadzącego działalność pod firmą W.G. Zakład Usług Leśnych z siedzibą w Czaplinku; R.S. prowadzącego działalność pod firmą Przedsiębiorstwo Leśne Szkarłat Rafał z siedzibą w Okonku; D.C. prowadzącego działalność pod firmą Usługi Leśne D.C. z siedzibą w Broczynie; D.G. prowadzącej działalność pod firmą Zakład Usług Leśnych z siedzibą w Czaplinku; D.G. prowadzącego działalność pod firmą Usługi Leśne D.G. z siedzibą w Czaplinku w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest: Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Borne Sulinowo przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego wykonawcy M.S. prowadzącego działalność pod firmą Zakład Usług Leśnych M.S. z siedzibą w Nowym Wapnie

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: A.N. prowadzącego działalność pod firmą A.N. Usługi Leśne z siedzibą w Okonku; A.S. prowadzącej działalność pod firmą A.S. Przedsiębiorstwo Usługowe Handlowe z siedzibą w Okonku; W.G. prowadzącego działalność pod firmą W.G. Zakład Usług Leśnych z siedzibą w Czaplinku; R.S. prowadzącego działalność pod firmą Przedsiębiorstwo Leśne Szkarłat Rafał z siedzibą w Okonku; D.C. prowadzącego działalność pod firmą Usługi Leśne D.C. z siedzibą w Broczynie; D.G. prowadzącej działalność pod firmą Zakład Usług Leśnych z siedzibą w Czaplinku; D.G. prowadzącego działalność pod firmą Usługi Leśne D.G. z siedzibą w Czaplinku, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: A.N. prowadzącego działalność pod firmą A.N. Usługi Leśne z siedzibą w Okonku; A.S. prowadzącej działalność pod firmą A.S. Przedsiębiorstwo Usługowe Handlowe z siedzibą w Okonku; W.G. prowadzącego działalność pod firmą W.G. Zakład Usług Leśnych z siedzibą w Czaplinku; R.S. prowadzącego działalność pod firmą Przedsiębiorstwo Leśne Szkarłat Rafał z siedzibą w Okonku; D.C. prowadzącego działalność pod firmą Usługi Leśne D.C. z siedzibą w Broczynie; D.G. prowadzącej działalność pod firmą Zakład Usług Leśnych z siedzibą w Czaplinku; D.G. prowadzącego działalność pod firmą Usługi Leśne D.G. z siedzibą w Czaplinku tytułem wpisu

od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: A.N. prowadzącego działalność pod firmą A.N. Usługi Leśne z siedzibą w Okonku; A.S. prowadzącej działalność pod firmą A.S. Przedsiębiorstwo Usługowe Handlowe z siedzibą w Okonku; W.G. prowadzącego działalność pod firmą W.G. Zakład Usług Leśnych z siedzibą w Czaplinku; R.S. prowadzącego działalność pod firmą Przedsiębiorstwo Leśne Szkarłat Rafał z siedzibą w Okonku; D.C. prowadzącego działalność pod firmą Usługi Leśne D.C. z siedzibą w Broczynie; D.G. prowadzącej działalność pod firmą Zakład Usług Leśnych z siedzibą w Czaplinku; D.G. prowadzącego działalność pod firmą Usługi Leśne D.G. z siedzibą

w Czaplinku na rzecz wykonawcy M.S. prowadzącego działalność pod firmą Zakład Usług Leśnych M.S. z siedzibą w Nowym Wapnie kwotę 4 210 zł 90 gr (słownie: cztery tysiące dwieście dziesięć złotych dziewięćdziesiąt groszy) stanowiącą uzasadnione koszty uczestnika postępowania odwoławczego poniesione z tytułu: wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na posiedzenie

i rozprawę, noclegu oraz doręczeń pism przesyłanych w postępowaniu odwoławczym.

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 357/25

Uzasadnienie

Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Borne Sulinowo (dalej: „zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia

11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r., poz. 1320) - dalej: „ustawa Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Borne Sulinowo

w roku 2025” - Pakiet 1 leśnictwa Borne, Nowa Wieś, znak sprawy: S.270.1.3.2024 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 października 2024 r., numer wydania Dz.U. S: 209/2024, numer publikacji ogłoszenia: 651101-2024.

W dniu 21 stycznia 2025 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze, jako najkorzystniejszej dla pakietu 1 zamówienia, oferty złożonej przez M.S. prowadzącego działalność pod firmą Zakład Usług Leśnych M.S. z siedzibą

w Nowym Wapnie (dalej „M.S.” lub „przystępujący”).

W dniu 31 stycznia 2025 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: A.N. prowadzącego działalność pod firmą A.N. Usługi Leśne z siedzibą w Okonku; A.S. prowadzącą działalność pod firmą A.S. Przedsiębiorstwo Usługowe Handlowe z siedzibą w Okonku; W.G. prowadzącego działalność pod firmą W.G. Zakład Usług Leśnych z siedzibą w Czaplinku; R.S. prowadzącego działalność pod firmą Przedsiębiorstwo Leśne Szkarłat Rafał z siedzibą w Okonku; D.C. prowadzącego działalność pod firmą Usługi Leśne D.C. z siedzibą w Broczynie; D.G. prowadzącą działalność pod firmą Zakład Usług Leśnych z siedzibą w Czaplinku; D.G. prowadzącego działalność pod firmą Usługi Leśne D.G. z siedzibą

w Czaplinku (dalej „odwołujący”) zostało wniesione odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na wyborze, jako najkorzystniejszej dla pakietu 1 zamówienia oferty złożonej przez M.S. w sytuacji, gdy oferta przez niego złożona podlega odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1.art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a oraz lit. c. ustawy Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt. 5 w zw. z art. 110 ust. 2 oraz ust. 3 oraz w zw. z art. 109 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez M.S. pomimo, że wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 110 ust. 2 oraz ust. 3 ustawy Pzp jako wykonawca który zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, jak również nie udowodnił zamawiającemu, że podjął działania we wszystkich wskazanych w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp obszarach, wykonawcy wobec którego ziściła się przesłanka określona w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych;

2.art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niedokonanie wyboru oferty odwołującego w zakresie pakietu nr 1, która jest jedyną ważną ofertą, ofertą najkorzystniejszą zgodnie z określonymi w postępowaniu kryteriami oceny oferty.

Formułując powyższe zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert, w tym unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietu nr 1 oraz powtórzenia oceny ofert, wskutek którego w zakresie pakietu nr 1 oferta złożona przez M.S. zostanie odrzucona, wskutek naruszeń opisanych powyżej. Odwołujący domagał się także, aby Izba nakazała zamawiającemu powtórzenie oceny ofert i dokonanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej odpowiednio w pakiecie nr 1, na podstawie określonych w postępowaniu kryteriów oceny oferty.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia.

W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca M.S. prowadzący działalność pod firmą Zakład Usług Leśnych M.S. z siedzibą w Nowym Wapnie.

Zamawiający złożył do akt sprawy pismo procesowe z 7 lutego 2025 r. - Odpowiedź na odwołanie, w którym oświadczył, że uwzględni przedmiotowe odwołanie w całości.

Zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawca M.S. został wezwany do złożenia oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu. W dniu 10 lutego 2025 r. przystępujący złożył pismo procesowe, w którym oświadczył, że wnosi sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów zawartych w odwołaniu w całości.

Wobec stanowiska przystępującego odwołujący, w piśmie z 17 lutego 2025 r. zaprezentował swoje stanowisko w sprawie. W niniejszym piśmie wniósł także o uznanie przez Izbę wniesionego przystąpienia do postępowania odwoławczego za nieskuteczne.

Na potwierdzenie swojego stanowiska wskazał, że w dniu 3 lutego 2025 r. do odwołującego wpłynął e-mail o treści: „Szanowni Państwo, w załączeniu przesyłam kopię zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego wraz z załącznikami. Uprzejmie proszę o potwierdzenie jego odbioru wraz z załącznikami”. W załączniku przesłano jedynie zrzut z ekranu, z treści którego nie wynika ani fakt wniesienia przystąpienia do postępowania odwoławczego, ani fakt podpisania wymaganym podpisem pisma procesowego stanowiącego o przystąpieniu do postępowania odwoławczego (jako dowód załączono zrzut z ekranu otrzymany w dniu 3 lutego 2025 r.).

Odwołujący argumentował, że przystąpienie stanowi czynność procesową i jako taka podlega rozpatrywaniu pod względem właśnie kwestii formalnoprocesowych. Ustawodawca jednoznacznie wskazał w art. 525 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, że wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. I dalej w ust. 2, że zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Do zgłoszenia przystąpienia dołącza się dowód przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Jednocześnie w art. 508 ust. 1 ustawy Pzp wskazano, że pisma w postępowaniu odwoławczym wnosi się w formie pisemnej albo w formie elektronicznej albo w postaci elektronicznej, z tym że odwołanie i przystąpienie do postępowania odwoławczego, wniesione w postaci elektronicznej, wymagają opatrzenia podpisem zaufanym. Niedotrzymanie wskazanych wymogów formalnych skutkuje brakiem możliwości przystąpienia do odwołania, co potwierdza orzecznictwo KIO, np. wyrok z dnia 16 marca 2021 r. (sygn. akt: KIO 600/21). Zauważył ponadto, że załączone do przystąpienia pełnomocnictwo, również nie spełnia wymogów formalnych, bowiem jest to skan pełnomocnictwa sporządzonego w pisemnej formie czynności prawnej. Zaś, jak stanowi art. 99 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny - jeżeli do ważności czynności prawnej potrzebna jest szczególna forma, pełnomocnictwo do dokonania tej czynności powinno być udzielone w tej samej formie (jako dowód załączony został skan pełnomocnictwa z dnia 3 lutego 2025 r.).

Mając powyższe na uwadze odwołujący wniósł o uznanie złożonego przystąpienia jako wadliwego, tym samym za nieskuteczny uznać wniesiony w dniu 10 lutego 2025 r. sprzeciw.

Izba nie podzieliła przedmiotowej argumentacji, uznając zgłoszone przystąpienie za skuteczne, w konsekwencji także wniesiony przez M.S. sprzeciw.

Podkreślić należy ponownie wniesiony jako skan dokumentu sporządzonego w pisemnej formie czynności prawnej, zaś zgodnie z wymogami art. 523 ust. 1. Uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, może wnieść sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części. I dalej w ust. 2. Sprzeciw wnosi się zgodnie z art. 508 ust. 1 lub ustnie do protokołu.

Reasumując odwołujący wnosi o uznanie przystąpienia do postępowania odwoławczego za nieskuteczne.

Izba nie podzieliła powyższego stanowiska z następujących powodów.

Zgodnie z art. 525 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Jednocześnie ust. 2 tego przepisu stanowi, że zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Do zgłoszenia przystąpienia dołącza się dowód przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Wskazać także należy na art. 508 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym pisma w postępowaniu odwoławczym wnosi się w formie pisemnej albo w formie elektronicznej albo w postaci elektronicznej, z tym że odwołanie i przystąpienie do postępowania odwoławczego, wniesione w postaci elektronicznej, wymagają opatrzenia podpisem zaufanym. Nie budzi zatem, w świetle tych regulacji wątpliwości, że określona forma została zastrzeżona dla odwołania oraz przystąpienia do postępowania. Z kolei wymagania powyższe nie odnoszą się do kopii

zgłoszonego przystąpienia, którą to kopię przesyła się w dowolnej formie, w szczególności nie ma wymogu, aby przesłana kopia została opatrzona podpisem zaufanym.

Jak ustalił skład orzekający wykonawca M.S. dopełnił ciążącemu na nim obowiązku i zgłaszając przystąpienie do postępowania odwoławczego dochował wymagań formalnych opisanych wyżej. Poinformował ponadto zamawiającego i odwołującego o fakcie zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, przysyłając im informację

o zgłoszonym przystąpieniu i załączając zrzut z ekranu na którym widoczna jest pełna treść przystąpienia.

Powyższe czyni zadość wymaganiom opisanym w przepisach, nakazującym przesłanie kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu.

Z powyższych względów wykonawca M.S. został dopuszczony do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Przystępujący złożył do akt sprawy pismo procesowe z 17 lutego 2025 r., w którym zaprezentował swoje stanowisko, wnosząc o oddalenie odwołania w całości jako niezasadne.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przesłaną przez zamawiającego w formie elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołania, jak też pismem procesowym złożonym przez odwołującego i przystępującego, a także po wysłuchaniu stanowiska strony i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że jego interes we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób.

Odwołujący jest wykonawcą realizującym usługi objęte przedmiotem zamówienia, który złożył ofertę i jest zainteresowany w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia w pakiecie nr 1 objętym odwołaniem. W rezultacie działań zamawiającego, który zaniechał odrzucenia oferty złożonej przez M.S. odwołujący nie uzyskał przedmiotowego zamówienia. Tym samym odwołujący może ponieść szkodę, polegającą na uniemożliwieniu mu uzyskania zamówienia, a w konsekwencji osiągnięcia korzyści w postaci zysku, który odwołujący zamierza osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia w części objętej odwołaniem.

Izba dopuściła dowód z dokumentacji postępowania, przesłanej przez zamawiającego do akt sprawy.

Izba dopuściła dowody z dokumentów przedstawionych przez odwołującego i przystępującego, załączonych do odwołania i pism procesowych.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z zapisem w pkt 3 specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ”) są usługi z zakresu gospodarki leśnej, zgodnie

z art. 6 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 28 września 1991 r. o lasach (Dz. U. z 2024 r. poz. 530

ze zm.), obejmujące prace z zakresu hodowli i ochrony lasu, ochrony przeciwpożarowej, pozyskania i zrywki drewna oraz zagospodarowania turystycznego, szkółkarstwa, nasiennictwa i selekcji, do wykonania na terenie Nadleśnictwa Borne Sulinowo w roku 2025.

Przedmiot zamówienia został podzielony na części (Pakiety): Pakiet 1 - leśnictwa Borne, Nowa Wieś; Pakiet 2 - leśnictwa Liszkowo, Piława, Machliny; Pakiet 3 - leśnictwa Dudylany, Starówice, Ostroróg; Pakiet 4 - pozyskanie i zrywka drewna w leśnictwach Brzeźno, Dobrzyca, Wielboki; Pakiet 5 - zagospodarowanie lasu w leśnictwach Brzeźno, Dobrzyca, Wielboki; Pakiet 6 - gospodarka szkółkarska i nasiennictwo. Zamawiający przewidział w SWZ, że wykonawca może złożyć ofertę na jeden lub większą ilość Pakietów. Oferta złożona na dany Pakiet musi jednakże obejmować cały zakres prac przewidzianych w SWZ dla tego Pakietu.

Zamawiający w pkt 6.1 SWZ przewidział podstawy wykluczenia, które mają zastosowanie w toku postępowania, w tym przesłanki obligatoryjne, wynikające z art. 108 ust. 1 ustawy Pzp, jak też fakultatywne, opisane w art. 109 ust. 1 pkt 1-5 i 7- 10 ustawy Pzp.

Izba ustaliła także, że M.S. w postępowaniu pn. „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Borne Sulinowo w roku 2023” - Przetarg II, Pakiet 1, znak sprawy S.270.1.11.2022, został wykluczony przez zamawiającego

z postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, o czym zamawiający poinformował go pismem z dnia 31 stycznia 2023 r. wskazując, że ten działając w ramach konsorcjum M.S. i P.S.

i wykorzystując powiązania osobowe ze swoją żoną J.S., zawarł z konsorcjum J.S. i W.B. niedozwolone porozumienie, którego celem było zakłócenie konkurencji w ww. postępowaniu.

Jednocześnie w toku postępowania pn. „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Borne Sulinowo w roku 2023” - Pakiet 7, znak sprawy S.270.1.9.2022, zamawiający pismem z dnia 23 listopada 2022 r. wykluczył M.S. z postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8, względnie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp wskazując, iż zataił on informacje o tym, że wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, której był wykonawcą, została rozwiązana przed czasem, czego skutkiem było wprowadzenie zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu lub, że nie miała miejsca sytuacja, w której umowa w sprawie zamówienia publicznego, które był wykonawcą nie została rozwiązana przed czasem.

M.S. decyzji powyższych nie zakwestionował, jednocześnie z własnej inicjatywy i bez wezwania podał w JEDZ (Część III lit. C wiersz czwarty), że zachodzi wobec niego podstawa wykluczenia opisana w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Ponadto w piśmie z 13 listopada 2024 r. zatytułowanym „Wyjaśnienia wykonawcy w ramach procedury samooczyszczenia (self-cleaning)” przyznał, że do wszystkich tych uchybień doszło i opisał fakty związane z tymi zdarzeniami oraz podjęte przez niego środki naprawcze.

Izba ustaliła, że zamawiający dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej w Pakiecie 1 postępowania oferty złożonej przez M.S., o czym poinformował na stronie prowadzonego postępowania w dniu 21 stycznia 2025 r.

Z powyższą decyzją zamawiającego nie zgodził się odwołujący, składając swoje odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 stycznia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Izba, biorąc pod uwagę zgromadzone w sprawie materiały dowodowe, stanowiska stron i uczestnika postępowania, a także zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Rozstrzygając sformułowane przez odwołującego zarzuty Izba w pierwszej kolejności zwraca uwagę na treść przepisów, które znajdują zastosowanie w przedmiotowej sprawie.

Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 5 zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę, jeżeli może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r.

o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn.: Dz. U z 2024 r. poz. 594), złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie.

Z kolei art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp wskazuje na konieczność wykluczenia wykonawcy, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 ustawy Pzp lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10 ustawy Pzp, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie przesłanki wymienione w art. 110 ust. 2 pkt 1-3 ustawy Pzp, a więc: (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.

Zgodnie z art. 110 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający ocenia, czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których

mowa wyżej, 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.

Art. 226 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (pkt 2) została złożona przez wykonawcę: (a) podlegającego wykluczeniu z postępowania.

W myśl art. 239 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Na wstępie należy przypomnieć, co nie było sporne w niniejszej sprawie, że wykonawca w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ma możliwość uwolnienia się z sankcji wykluczenia go z postępowania jeżeli udowodni zamawiającemu, że w stosunku do niego zachodzą trzy (spełnione łącznie) przesłanki przewidziane w art. 110 ust. 2 pkt 1-3 ustawy Pzp, w tym w pkt 3 ustępu drugiego, dodatkowo wyspecyfikowane w punktach od a) do d). Przy tym należy wskazać, że regulacja wprowadzona w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp ma charakter generalny i może dotyczyć różnych stanów faktycznych, wynikających z wielorakich możliwych nieprawidłowych zachowań wykonawców, mających różny przebieg i skutki. Z tych przyczyn również działania wskazane w tym przepisie nie zawsze będą miały jednakowy przebieg i wagę.

Tym samym zamawiający, oceniając skuteczność przeprowadzonej procedury samooczyszczenia, winien brać pod uwagę konkretny, zindywidualizowany stan faktyczny dotyczący analizowanego naruszenia i środków, które wykonawca podjął celem wyeliminowania takich zachowań w przyszłości.

Obowiązkiem zamawiającego jest zatem dokonanie oceny czynności wykonawcy podjętych w procedurze samooczyszczenia przez pryzmat tego czy są one wystarczające do wykazania jego rzetelności, co wynika z art. 110 ust. ustawy Pzp. Z kolei mając na uwadze zindywidualizowany charakter postępowania w tej sprawie, katalog działań które wymienione zostały w tym przepisie także winny być dostosowane do określonych naruszeń, gdyż to rodzaj naruszenia determinuje bezpośrednio to jakie działania będą przez wykonawcę podejmowane.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba podziela pogląd prezentowany przez przystępującego w złożonym piśmie procesowym, że jeśli fakty i okoliczności związane z nieprawidłowym postępowaniem wykonawcy są oczywiste w tym znaczeniu, że nie wymagają szerokiego wyjaśnienia - wystarczające jest dla spełnienia wymagań z art. 110 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp ich sprecyzowanie i opisanie. Jeśli z kolei, w związku z postępowaniem wykonawcy, nie wyniknęła żadna szkoda majątkowa, działania podjęte przez niego nie będą obejmowały naprawienia szkody, o której mowa w art. 110 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Zamawiający oceniając zatem skuteczność przeprowadzonej procedury uwzględnić powinien wszystkie zaistniałe w sprawie okoliczności istotne dla oceny, czy wykonawca skutecznie dokonał tzw. samooczyszczenia swoimi działaniami, a działania i ich skutki przedstawił zamawiającemu. W ślad za tym także sposób dowodzenia przez wykonawcę, że wszystkie przesłanki opisane w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp zostały spełnione zależy od tego jakie to środki są w okolicznościach danej sprawy niezbędne i, w konsekwencji, zostały podjęte, aby stwierdzić skuteczność dokonanego self-cleaningu.

Wskazać w tym miejscu należy także, odnosząc się do nie budzącego w sprawie obowiązku dowodzenia przez wykonawcę, że przesłanki z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp zostały spełnione, że jako dowód w sprawie mogą być uznane nie tylko dokumenty pochodzące od podmiotów trzecich takie jak np. dokumenty urzędowe czy prywatne, opinie biegłych, lecz w ich poczet można również zaliczać wyjaśnienia własne wykonawcy, oczywiście pod warunkiem dokonania pozytywnej oceny ich wiarygodności. Przepisy ustawy Pzp w jej art. 538 ust. 1 za dowody uznają zarówno dokumenty, zeznania świadków, opinie biegłych, jak też dowód z przesłuchania stron. Powyższe zależy zatem także od okoliczności danej sprawy.

Mając na względzie powyższe uwagi natury ogólnej, po dokonaniu analizy wyjaśnień złożonych przez przystępującego w ramach procedury samooczyszczenia Izba uznała, że wykonawca M.S. podjął skuteczną - adekwatną do zaistniałych wcześniej zdarzeń - procedurę naprawczą, mającą zapobiegać wystąpieniu podobnych incydentów w przyszłości, wypełniając łącznie przesłanki opisane w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp.

W zakresie pierwszej przesłanki wymaganej dla oczyszczenia wykonawcy tj. naprawienia lub zobowiązania się przez niego do naprawienia szkody wyrządzonej jego nieprawidłowym postępowaniem, skład orzekający podziela stanowisko przystępującego co do faktu, że z ustalonego stanu faktycznego (uzasadnienie pisma zamawiającego

z 31 stycznia 2023 r.) nie wynika, by instytucja zamawiająca w postępowaniu pn. „Wykonanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie nadleśnictwa Borne Sulinowo w roku 2023”

- przetarg II, pakiet 1 na skutek wykluczenia przystępującego poniosła jakąkolwiek szkodę.

W konsekwencji nie istniał także po stronie tego wykonawcy obowiązek naprawienia szkody lub zobowiązania się do jej naprawienia, gdyż w tej sprawie takie okoliczności nie zaistniały.

Z kolei szerokie wywody odwołującego dotyczące tego, że taka szkoda nie musi mieć charakteru materialnego, ale już sama potencjalna możliwość jej poniesienia związana z tym, że doszło w postępowaniu do takiej zмовы jest wystarczająca, należy uznać za gołosłowne

i zmierzające wyłącznie do tego, aby podważyć skuteczność przeprowadzonej procedury samooczyszczenia, która zdaniem odwołującego tego elementu nie zawierała.

Za wiarygodne w tym zakresie Izba uznała zarówno wyjaśnienia złożone przez wykonawcę M.S., jak też dowody przez niego załączone do pisma procesowego, z których wynika, że wszelkie rozrachunki związane z umowami zerwanymi w roku 2021

o numerach: SA.271.2.3.2021 i SA.271.2.4.2021 zostały uregulowane, jak też, że nie toczyła się w niniejszej sprawie żadna sprawa sądowa (dowód: korespondencja mailowa Nadleśnictwa Wałcz z 20 grudnia 2022 r.). Mając na uwadze, że mamy do czynienia

z podmiotem, który odpowiada z tytułu naruszenia przepisów o dyscyplinie finansów publicznych, nie budzi wątpliwości, a co najmniej jest mało prawdopodobną sytuacja w której podmiot taki jak zamawiający, w przypadku poniesienia szkody nie domaga się jej naprawienia. Co więcej oświadcza, w odpowiedzi na pytanie kierowane do niego przez wykonawcę, że wszelkie rozrachunki związane z tym zamówieniem zostały uregulowane. Równie mało prawdopodobne jest, że skoro od ponad 2 lat nie zostały podjęte żadne działania zmierzające do wyegzekwowania jakichkolwiek należności od przystępującego np. z tytułu należnych zamawiającemu kar umownych, to działania takie zostaną podjęte po tak długim okresie czasu.

W konsekwencji też nie sposób jest domagać się od wykonawcy, który nie wyrządził żadnej szkody na skutek swoich działań, bowiem taka nie została stwierdzona przez zamawiającego, aby ten szkodę wyrządzoną naprawił czy też składał zobowiązanie się do jej naprawienia po to tylko, aby móc wypełnić rzeczoną przesłankę opisaną w art. 110 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

W odniesieniu do kolejnej przesłanki tj. wyczerpującego wyjaśnienia faktów i okoliczności nieprawidłowego postępowania przy aktywnej współpracy z odpowiednimi organami lub zamawiającym należy wskazać, że niewątpliwie jest to niezbędny element procedury samooczyszczenia. Kluczowym jest zatem aby wykonawca przyznał się do błędu, szczegółowo opisał zaistniałe okoliczności, w taki sposób, aby zamawiający mógł w konsekwencji ocenić czy podjęte przez wykonawcę środki zaradcze są wystarczające do zapobieżenia występowaniu podobnych sytuacji w przyszłości.

W ocenie Izby przystępujący powyższy wymóg wypełnił, w wyjaśnieniach z 13 listopada 2024 r. przedstawił bowiem dokładnie i szczegółowo zdarzenia i fakty, które miały miejsce w niniejszej sprawie, jak też opisując okoliczności związane z jego postępowaniem.

Zarzuty odwołującego sprowadzają się z kolei w tym przypadku do twierdzenia, że „wykonawca bardzo ogólnie wyjaśnił stan faktyczny”. Przy czym odwołujący nie precyzuje który z elementów nie został opisany, czego w wyjaśnieniach brakuje, a w konsekwencji z jakich powodów nie sposób uznać, że przesłanka opisana w przepisie art. 110 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp została spełniona.

Odnosnie trzeciej przesłanki, Izba uznała, że działania które przedsięwziął M.S. celem wyeliminowania podobnych zdarzeń w przyszłości, należy uznać za wystarczające.

Jak wskazywał sam odwołujący w treści złożonego odwołania katalog środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych wymienionych w art. 110 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stanowi wyliczenie przykładowe, a więc wykonawca może wykazać się inicjatywą

i przedstawić niektóre, ale także inne, niż wymienione w przepisie, środki zapobiegające dalszym przestępstwom, wykroczeniom i nieprawidłowemu postępowaniu wdrożone w swoje firmie. Kluczowe dla oceny jest to, jak stanowi przepis, aby wykazywane środki techniczne były adekwatne do rodzaju naruszenia i z nim przedmiotowo związane. Istotne jest także, aby podjęcie odpowiednich środków technicznych zostało poparte adekwatnymi dowodami. Pomimo, że odwołujący tą regułą dostrzega twierdzi jednak, że w wyjaśnieniach złożonych przez przystępującego informacje w

powyższym zakresie nie niosą za sobą konkretnych treści i nie zostały poparte dowodami.

Z takim stanowiskiem Izba nie zgadza się z następujących przyczyn.

Podjęte przez przystępującego i opisane działania należy uznać za adekwatne dla wykluczenia możliwości wystąpienia w przyszłości sytuacji, do których doszło wcześniej, a które stały się podstawą wykluczenia wykonawcy.

W przypadku zaistniałego zdarzenia dotyczącego tzw. zmowy przetargowej przystępujący podjął, zdaniem Izby, konkretne i niezbędne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, o których stanowi przepis, które dają gwarancję, że do ponownych zdarzeń w przyszłości nie dojdzie. Co równie istotne, przedłożył na powyższe niezbędne dowody.

Składając wyjaśnienia w postępowaniu w piśmie z 13 listopada 2024 r. oświadczył, że jego żona, z którą pozostaje w ustroju wspólności majątkowej, definitywnie zaprzestała prowadzenia działalności gospodarczej z dniem 31 marca 2023 r., co potwierdza oświadczenie złożone przez Panią J.S., jak też wydruk z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej. Powyższe wyklucza zatem możliwość składania w tym postępowaniu, ale też przyszłych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, konkurencyjnych ofert przez M.S. i jego żonę. Trudno jest wskazać jakie jeszcze działania mógłby podjąć wykonawca, który prowadzi działalność gospodarczą, aby wykazać, że zdarzenia podobne do tych które miały miejsce w przeszłości - nie wystąpią. Wbrew także sformułowanym przez odwołującego zarzutom powyższe działania nie dotyczą wyłącznie żony Pana M.S., ale zostały przez małżonków uzgodnione, a czynności powyższe podjęte wspólnie celem przeprowadzenia skutecznej procedury samooczyszczenia się wykonawcy.

Odwołujący zarzucał w tym zakresie, że nie można mówić o zerwaniu powiązań z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy w sytuacji, w której M.S. nadal współpracuje z Panem W.B., z którym był w zмовie. Na dowód powyższego odwołujący wskazywał na dokument złożony w postępowaniu - Wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia (załącznik nr 10 do SWZ), stanowiący podmiotowy środek dowodowy z którego wynika, że M.S. w związku ze złożeniem oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Borne Sulinowo w roku 2025”, Pakiet nr 1, w ramach osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia wskazuje osobę Pana Waldemara Bachusa.

Powyższe, w ocenie Izby, nie ma wpływu na skuteczność tej procedury z tego powodu, że treść powyższego przepisu nie może być bowiem rozumiana w taki sposób, że oczekuje się zerwania wszelkich powiązań pomiędzy osobami. Powyższe prowadziłoby bowiem do absurdu. Przypomnieć należy, że podstawą wykluczenia M.S. z postępowania był fakt istnienia powiązań pomiędzy wykonawcą a Panem W.B., który wraz z Panią Justyną Sójką ubiegał się o zamówienie w ramach konsorcjum i złożył konkurencyjną ofertę. Pomimo tego oczywiste jest, że nikt nie oczekuje zerwania wszelkich kontaktów czy więzi pomiędzy Panem Mirosławem Sójką a jego małżonką.

Tym samym oczywiste jest, że chodzi w treści przepisu o takie powiązania, które legły u podstaw nielegalnego porozumienia. Nic nie stoi na przeszkodzie temu, aby Pan W.B. był osobą skierowaną do realizacji zamówienia, istotnym jest, że nie jest w tym postępowaniu ani wykonawcą, ani też nie składa konkurencyjnej oferty w konsorcjum z innym wykonawcą.

Tym samym, w ocenie Izby, zamawiający poprawnie ocenił wyjaśnienia przystępującego, który dokonał skutecznie czynności samooczyszczenia i w konsekwencji dokonał wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej w Pakiecie nr 1 postępowania.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia się zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów

z dnia 30 grudnia 2020 r.

w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodnicząca:.....