

Sygn. akt: KIO 1614/23

WYROK
z dnia 21 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk
Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 czerwca 2023 r.

w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 czerwca 2023 r. przez odwołującego: **Powiatowe Centrum Zdrowia Sp. z o.o. w restrukturyzacji z siedzibą w Otwocku** (ul. Batorego 44, 05400 Otwock) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Szpital Specjalistyczny Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Otwocku** (ul. Bolesława Prusa 1/3, 05400 Otwock), przy udziale wykonawcy: **Fudeko S. A. z/s w Gdyni (ul. Spokojna 4, 81-549 Gdynia)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego: **Powiatowe Centrum Zdrowia Sp. z o.o. w restrukturyzacji z siedzibą w Otwocku** (ul. Batorego 44, 05400 Otwock) i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącą kwotę wpisu uiszczoną przez odwołującego od odwołania.
 - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego: **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Szpital Specjalistyczny Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Otwocku** (ul. Bolesława Prusa 1/3, 05400 Otwock) kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) obejmującą koszty wynagrodzenia pełnomocnika; W pozostałym zakresie nie uwzględnia kosztów postępowania odwoławczego na rzecz zamawiającego w kwocie 7.200 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego oraz w kwocie 575 zł tytułem zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodu osobowego nie będącego własnością pracodawcy.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Sygn. akt: KIO 1614/23

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 5 czerwca 2023 r. przez odwołującego: Powiatowe Centrum Zdrowia Sp. z o.o. w restrukturyzacji z siedzibą w Otwocku w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Szpital Specjalistyczny Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Otwocku na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022r. poz. 1710 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Świadczenie usług całodziennego żywienia w formie cateringu dla pacjentów SP ZOZ Szpitala Specjalistycznego Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Otwocku”. Numer referencyjny: ZP 32023. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w BZP dnia 05.04.2023 r. Nr 2023/BZP 00165320/01.

Odwołujący podał, że wnosi odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności podjętych w Postępowaniu i zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania z uwagi na twierdzenia Zamawiającego, iż Wykonawca zawarł układ z wierzycielami, w sytuacji gdy wykluczenie to jest oczywiście niezasadne i nieproporcjonalne, gdyż sytuacja ekonomiczna i finansowa Odwołującego jest wystarczająca do wykonania zamówienia, co Odwołujący wykazał w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień z dnia 11 maja 2023 roku, a układ został wykonany co znajduje odzwierciedlenie w dokumentacji załączonej do wyjaśnień z dnia 18 maja 2023 roku
2. art. 109 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania z uwagi na twierdzenia Zamawiającego, iż Wykonawca zawarł układ z wierzycielami, w sytuacji gdy wykluczenie to jest oczywiście nieproporcjonalne, gdyż sytuacja ekonomiczna i finansowa Odwołującego jest wystarczająca do wykonania zamówienia, co Odwołujący wykazał w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień z dnia 11 maja 2023 roku, a układ został wykonany co znajduje odzwierciedlenie w dokumentacji załączonej do wyjaśnień z dnia 18 maja 2023 roku, a Zamawiający pominął wyjaśnienia i dowody złożone na potwierdzenie tej sytuacji wraz z wyjaśnieniami;

W konsekwencji:

3. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, jako podlegającej wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP, z uwagi na zawarcie układu z wierzycielami, w sytuacji gdy wykluczenie to jest oczywiście niezasadne, gdyż sytuacja ekonomiczna i finansowa Odwołującego jest wystarczająca do wykonania zamówienia, a układ został wykonany, co Odwołujący wykazał w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień z dnia 18 maja 2023r.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP, a także unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 lit. c w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP i unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Wykonawcy FUDEKO S.A. oraz żąda przystąpienia przez Zamawiającego do ponownego badania i oceny ofert, a następnie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

(...)

Odwołujący wskazał, że jego oferta zawierała korzystniejszy bilans kryteriów oceny ofert niż oferta wybrana jako najkorzystniejsza w Postępowaniu (Odwołujący zaoferował taką samą cenę jak Wykonawca FUDEKO S.A., przy czym Odwołujący w drugim kryterium oceny ofert zaoferował wsad do kotła na poziomie wyższym – 60% – aniżeli FUDEKO S.A. – 52%). Odrzucenie oferty Odwołującego i wykluczenie go z postępowania było niezasadne wobec stanu faktycznego w niniejszym postępowaniu. W związku z powyższym, odrzucenie oferty Odwołującego spowodowało brak możliwości wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, a co za tym idzie brak możliwości wykonywania zamówienia, co pociągnęło za sobą utratę korzyści wynikających z jego wykonania. Tym samym Wykonawca ma interes w złożeniu

niniejszego odwołania.

W uzasadnieniu zarzutów podał: (...)

7. Pismem z dnia 11 maja 2023 roku, Zamawiający działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy PZP wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Jak wynika ze wskazanego wezwania, Zamawiający powziął wątpliwości, w zakresie niepodlegania przez Odwołującego wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 4, z uwagi na fakt, iż w odnalezionym przez Zamawiającego raporcie o stanie Powiatu Otwockiego za rok 2021 widnieje informacja, zgodnie z którą „W dniu 26 stycznia 2021 r. Sąd Restrukturyzacyjny – Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy w Warszawie, XVIII Wydział Gospodarczy dla spraw upadłościowych i restrukturyzacyjnych zatwierdził układ restrukturyzacyjny. W dniu 4 sierpnia 2021 r. Sąd nadał Postanowieniu klauzulę prawomocności”.

8. Odwołujący pismem z dnia 18 maja 2023 roku, wyjaśnił Zamawiającemu, iż nie podlega wykluczeniu z postępowania, z uwagi na fakt, iż w momencie składania przez niego oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu, układ został zrealizowany w całości. Odwołujący wskazał, że w dniu 12 kwietnia 2023 roku złożył odpowiedni wniosek o stwierdzenie wykonania układu do Sądu Restrukturyzacyjnego i oczekuje na wydanie odpowiedniego postanowienia w tej sprawie. Wykonawca do składanych Zamawiającemu wyjaśnień przedłożył wniosek wraz z załącznikami, jaki złożył do Sądu Restrukturyzacyjnego. Ze złożonej dokumentacji wynika, że układ został wykonany w całości.

9. Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 18 maja 2023 roku, powołał się na cel przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP, jakim jest wyeliminowanie z postępowania Wykonawców, którzy nie są w stanie potwierdzić swojej zdolności finansowej do wykonania danego zamówienia. Przy czym okoliczność spłacenia wszystkich wierzycieli z zatwierdzonego układu potwierdza, że zdolność takowa istnieje. Znajduje to potwierdzenie w postanowieniu z dnia 2 czerwca 2023 roku wydanym przez Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy w Warszawie, XVIII Wydział Gospodarczy stwierdzającym wykonanie układu zawartego w postępowaniu restrukturyzacyjnym dłużnika Powiatowe Centrum Zdrowia sp. z o.o. w restrukturyzacji z siedzibą w Otwocku. Postanowienie potwierdza wykonanie układu, a dokumenty złożone w tym postępowaniu są tożsame z tymi, którymi dysponował Zamawiający oceniając podstawy wykluczenia Odwołującego wykonawcy.

10. Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 18 maja 2023 roku, wskazał także, że w myśl przepisu art. 109 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne, w szczególności gdy kwota zaległych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne jest niewielka albo sytuacja ekonomiczna lub finansowa wykonawcy, o którym mowa w ust. 1 pkt 4, jest wystarczająca do wykonania zamówienia. Odwołujący wskazał, że w okolicznościach niniejszej sprawy wykluczenie go z postępowania było oczywiście nieproporcjonalne.

11. W dniu 31 maja 2023 roku, Zamawiający udostępnił na stronie Postępowania „Zawiadomienie o wyborze”, w którym poinformował m.in. o wyborze oferty FUDEKO S.A. oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego.

12. Za podstawę odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający przyjął art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP jako złożoną przez Wykonawcę podlegającą wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP.

13. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, iż „dla Zamawiającego istotna jest sytuacja, w której Wykonawca obecnie się znajduje – zawarcie układu z wierzycielami. Wykonawca argumentuje, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, ponieważ ponad miesiąc temu złożył wnioski do w/w Sądu o stwierdzenie wykonania układu w postępowaniu restrukturyzacyjnym, a układ został wykonany. To czy układ został wykonany przesądzi prawomocne orzeczenie Sądu w tym zakresie. Wykonawca w swoich wyjaśnieniach odwołuje się do zdarzeń przyszłych, hipotetycznych, co do których nie wiadomo czy i kiedy wystąpią. Natomiast art. 109 ust. 1 pkt 4 PZP ma charakter sankcyjny, ponieważ jego zastosowanie wyklucza wykonawcę z postępowania. Zatem przepis ten powinien być stosowany ze ścisłym jego zrozumieniem tj. poprzez przyjęcie wprost w nim wymienionych. Stany przyszłe i hipotetyczne, które nie istnieją w rzeczywistości ocenianej przez Zamawiającego nie mogą być podstawą decyzji o statusie Wykonawcy i oferty przez niego złożonej”.

14. Jak wynika z art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę w stosunku do którego otwarto likwidację, ogłoszono upadłość, którego aktywami zarządza likwidator lub sąd, zawarł układ z wierzycielami, którego działalność gospodarcza jest zawieszona albo znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury;

15. Zgodnie z art. 109 ust. 3 ustawy PZP, w przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 1-5 lub 7, zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne, w szczególności gdy kwota zaległych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne jest niewielka albo sytuacja ekonomiczna lub finansowa wykonawcy, o którym mowa w ust. 1 pkt 4, jest wystarczająca do wykonania zamówienia.

16. Jak wskazuje Małgorzata Stachowiak „Wykluczeniu podlega wykonawca, w stosunku do którego ogłoszono upadłość obejmującą likwidację majątku upadłego, jak też przedsiębiorca, wobec którego ogłoszono upadłość z możliwością zawarcia układu. Zamawiający w tym wypadku powinien zdecydować, czy wykluczenie nie jest działaniem nadmiernym (nieproporcjonalnym), i podjąć decyzję w oparciu o uprawnienie przyznane mu w ust. 3. Gdy zawarty układ ma na celu pomoc w wyjściu z trudnej sytuacji wykonawcy i dalsze prowadzenie przez niego działalności, sytuacja jest inna niż wtedy, gdy zawarty układ przewiduje zaspokojenie wierzycieli z likwidacji majątku upadłego. Upadłość z takim układem de facto nie różni się bowiem od upadłości obejmującej likwidację” (M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 109). Fragment ten odnosi się co prawda do sytuacji wykonawcy, w stosunku do którego ogłoszono upadłość. Natomiast należy go odnosić per analogiam do sytuacji gdy dany podmiot znajduje się w restrukturyzacji. Otóż samo zawarcie układu w postępowaniu restrukturyzacyjnym jest okolicznością pozytywną z punktu widzenia kondycji finansowej Wykonawcy, gdyż potwierdza to jego wypłacalność. Zawarcie układu w postępowaniu restrukturyzacyjnym należy traktować jako sukces tego postępowania. W przypadku, gdyby zawarcie układu było niemożliwe, oznaczałoby to, że Wykonawca nie posiada odpowiednich środków na spłacenie wierzycieli, a zatem jego kondycja finansowa nie potwierdza możliwości wykonania zamówienia. W wyjaśnieniach z dnia 18 maja 2023 roku, Odwołujący wskazywał, że jego układ został w całości wykonany i jedynie oczekuje na stwierdzenie tego faktu postanowieniem Sądu Restrukturyzacyjnego. Wykluczenie Odwołującego w takiej sytuacji należy ocenić jako wysoce nieproporcjonalne. Potwierdza to również przywołane wyżej postanowienie Sądu Rejonowego z dnia 2 czerwca 2023 roku.

17. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia wskazał, że to czy układ został wykonany, czy też nie przesądzi orzeczenie Sądu (patrz. pkt 12 Odwołania). Należy jednak zauważyć, że takie rozumowanie jest błędne. Zgodnie z art. 172 ust. 1 ustawy z dnia Prawo Restrukturyzacyjne, Po wykonaniu układu lub wyegzekwowaniu wierzytelności objętych układem

sąd na wniosek dłużnika, nadzorca wykonania układu albo innej osoby, która z mocy układu jest uprawniona do wykonania lub nadzorowania wykonania układu, wydaje postanowienie o wykonaniu układu. Treść wskazanego przepisu wskazuje wyraźnie, że postanowienie o stwierdzeniu wykonania układu jest czynnością następczą względem jego wykonania. Wraz z wnioskiem dłużnik musi przecież przedłożyć dowody na potwierdzenie wykonania układu zgodnie z jego treścią. Zamawiający będąc w posiadaniu wniosku o zatwierdzenie układu wraz z odpowiednimi załącznikami, mógł dokonać odpowiedniej analizy na potrzeby Postępowania i dokonać oceny, w ramach której mógłby stwierdzić, że wykluczenie Odwołującego w niniejszych okolicznościach, byłoby oczywiście nieproporcjonalne.

18. Odwołujący wskazuje jak wyżej, że w dniu 2 czerwca 2023 roku, Sąd wydał postanowienie o stwierdzeniu wykonania układu (Dowód nr 1 - postanowienie, sygn. akt WA1M/GRue/18/2023). Ta okoliczność dodatkowo potwierdza, że wykluczenie Wykonawcy jest w niniejszym postępowaniu oczywiście nieproporcjonalne.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w piśmie z dnia 16/06/23 wniósł o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu stanowiska wskazał w szczególności: (...)

Przedstawiona w odwołaniu argumentacja Spółki opiera się wyłącznie na twierdzeniu, że odrzucenie przez Zamawiającego oferty Wykonawcy jako podlegającej wykluczeniu z uwagi na zawarcie układu z wierzycielami jest oczywiście niezasadne, ponieważ sytuacja ekonomiczna i finansowa Odwołującego jest wystarczająca do wykonania zamówienia, a układ został wykonany, co Odwołujący wykazał w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień z dnia 18 maja 2023 roku. Z argumentacją Odwołującego nie sposób się zgodzić (...).

1. zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 4 PZP

Jak wynika z treści Rozdziału V ust. 2 lit. C Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako SWZ):

Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wymagał złożenia od Wykonawcy m.in. złożenia wraz z ofertą aktualnego oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 PZP, o niepodleganiu wykluczeniu oraz spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, według wzoru stanowiącego Załącznik nr 3 do SWZ. Wykonawca w dniu 21 kwietnia 2023 r. złożył oświadczenie o którym stanowi art. 125 ust. 1 PZP. Jednocześnie Wykonawca zadeklarował, że nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 1, 4-10 PZP.

Zamawiający znalazł się w posiadaniu Raportu o stanie Powiatu Otwockiego za rok 2021 r. We wspomnianym raporcie na str. 21 figurowała informacja, zgodnie z którą:

Tym samym Zamawiający powziął wątpliwość w zakresie niepodlegania przez Odwołującego wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 4 PZP. Dlatego też Zamawiający pismem z dnia 11 maja 2023 r., na podstawie art. 223 ust. 1 PZP skierował do Spółki wezwanie celem udzielenia wyjaśnień w zakresie złożonego przez nią oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu oraz spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca w odpowiedzi na skierowane do niego wezwanie, pismem z dnia 18 maja 2023 r., wskazał, że jego zdaniem nie podlega on wykluczeniu z postępowania, z uwagi na to, że w momencie składania przez niego oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu, wspomniany układ został w całości zrealizowany. Nadto, Spółka wyjaśniła, że w dniu 12 kwietnia 2023 r. został złożony do Sądu Restrukturyzacyjnego o stwierdzenie wykonania zwanego układu. Wniosek w dacie składania przez Spółkę wyjaśnień oczekiwał na wydanie stosownego postanowienia. Natomiast w treści swojego odwołania, Spółka podniosła, że w dniu 02 czerwca 2023 r., Sąd Restrukturyzacyjny wydał postanowienie o stwierdzeniu wykonania układu. Na poparcie swoich twierdzeń, Odwołujący załączył kopię postanowienia Sądu o stwierdzeniu wykonania układu. Jak wynika z treści odwołania, postanowienie Sądu nie jest prawomocne.

Zamawiający ma możliwość zbadania braku podstaw wykluczenia w zakresie przesłanek fakultatywnych, jeśli przewidzi taką możliwość w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Jak zostało to już wcześniej zasygnalizowane, Zamawiający przewidział wykluczenie Wykonawcy w przypadku wystąpienia okoliczności wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 1, 4-10. Tym samym Zamawiający nałożył na siebie obowiązek weryfikacji sytuacji podmiotowej wykonawców pod kątem zaistnienia okoliczności wskazanych w zdaniu poprzedzającym. Zgodnie z treścią art. 109 ust. 1 pkt 4 PZP: Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: w stosunku do którego otwarto likwidację, ogłoszono upadłość, którego aktywami zarządza likwidator lub sąd, zawarł układ z wierzycielami, którego działalność gospodarcza jest zawieszona albo znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury. Przytoczony przepis ma charakter sankcyjny. Jego zastosowanie wyklucza wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym powinien być stosowany ze ścisłym jego rozumieniem, tj. przyjęciem wprost okoliczności w nim wymienionych. Nie ulega wątpliwości, że ziszcila się wobec PCZ jedna z okoliczności wskazanych w przytoczonym przepisie – PCZ zawarł układ z wierzycielami. Okoliczność ta została wprost przyznana w złożonych przez Spółkę wyjaśnieniach. W sytuacji, gdy Zamawiający przewiduje fakultatywną możliwość wykluczenia wykonawcy, wystąpienie fakultatywnej przesłanki po stronie Wykonawcy jest warunkiem koniecznym uznania, że Wykonawca podlega wykluczeniu. Potwierdzeniem tego jest wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 września 2022 r. KIO 1952/22, zgodnie z którym: *Jeżeli fakultatywna przesłanka wykluczenia zostanie przewidziana w dokumentach zamówienia, jej zastosowanie staje się de facto obligatoryjne w stosunku do wykonawcy, wobec którego się ziszcila.*

Warto dodać, że art. 109 ust. 1 pkt 4 PZP uzależnia możliwość wykluczenia wykonawcy nie od otwarcia restrukturyzacji, ale od sytuacji, gdy wykonawca ma zawarty układ z wierzycielami. Fakt, że dany podmiot znajduje się w restrukturyzacji na gruncie obecnego PZP nie powoduje wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania. Restrukturyzacja nie jest jedną z okoliczności wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 4 PZP. Dowodzi tego literalna wykładnia komentowanego przepisu jak również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 sierpnia 2022 r. KIO 1840/22. W przytoczonym wyroku Zamawiający wykluczył z postępowania podmiot będący w restrukturyzacji na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 4 PZP. Izba we wspomnianym wyroku stanęła na stanowisku, że (...) *samo wszczęcie postępowania restrukturyzacyjnego wobec podmiotu krajowego nie powoduje, że bez względu na jego zakończenie przedsiębiorca znajdzie się w jednej z sytuacji wprost wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 4 Prawa Zamówień Publicznych jako przesłanki wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (...). Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała tamtejszemu zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego*".

Dla Zamawiającego istotna jest sytuacja, w której Wykonawca znajduje się w dacie składania oświadczenia na podstawie art. 125 ust. 1 PZP. Jak wynika z treści art. 125 ust. 3 PZP: Oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, odpowiednio na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe. Ustawodawca wskazał, że terminem na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia jest dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, co materializuje się poprzez złożenie przez oferenta oświadczenia o którym mowa w art. 125 ust. 1 PZP. Jednocześnie to jest termin w którym Zamawiający ma badać stan Wykonawcy i na ten moment należy oceniać

prawidłowość jego czynności. Na dzień składania ofert Wykonawca znajdował się w restrukturyzacji i miał zawarty układ z wierzycielami. Zatem oświadczenie Spółki z art. 125 ust. 1 PZP nie odpowiadało stanowi faktycznemu. Aktualność składanych dokumentów należy rozumieć jako potwierdzenie stanu faktycznego istniejącego w dniu złożenia dokumentów. Od Wykonawcy Zamawiający oczekuje należytej staranności już na etapie składania oferty w postępowaniu. Jak wynika z treści wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 lipca 2019 r. KIO 1160/19: Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnić się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Podkreślić należy, że pojęcie należytej staranności implikuje element działania, podejmowania pewnych czynności, jakich można się spodziewać od uczestnika obrotu profesjonalnego. Za profesjonalistę należy również uznać, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego, czyli także Odwołującego.

Wykonawca argumentuje, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, ponieważ ponad miesiąc temu złożył wniosek do w/w Sądu o stwierdzenie wykonania układu w postępowaniu restrukturyzacyjnym, a układ został wykonany, co zostało stwierdzone postanowieniem Sądu z dnia 02 czerwca 2023 r. Tok rozumowania Odwołującego jest błędny. To czy układ został wykonany przesądzi dopiero prawomocne orzeczenie Sądu w tym zakresie. Z treści odwołania Spółki wynika, że Odwołujący oczekuje, że to Zamawiający wbrew obowiązującemu porządkowi prawnemu przyjmie na siebie rolę niezawisłego i niezależnego Sądu a w konsekwencji ocenie w sposób wiążący na gruncie przepisów prawa, których nie może stosować – skoro układ został wykonany i tym samym Wykonawca jest w pełni zdolny do wykonania zamówienia.

W tym miejscu warto przytoczyć art. 172 ustawy z dnia 15 maja 2015 roku Prawo restrukturyzacyjne:

1. Po wykonaniu układu lub wyegzekwowaniu wierzytelności objętych układem sąd na wniosek dłużnika, nadzorca wykonania układu albo innej osoby, która z mocy układu jest uprawniona do wykonania lub nadzorowania wykonania układu, wydaje postanowienie o wykonaniu układu. Na postanowienie przysługuje zażalenie.

2. Postanowienie o wykonaniu układu, postanowienie sądu drugiej instancji w przedmiocie rozpoznania zażalenia na postanowienie o wykonaniu układu oraz informację o prawomocności postanowienia o wykonaniu układu obwieszcza się.

3. Prawomocne postanowienie o wykonaniu układu stanowi podstawę do wykreślenia wpisów dotyczących układu w księgach wieczystych i rejestrach.

4. Po uprawomocnieniu się postanowienia o wykonaniu układu, dłużnik odzyskuje prawo swobodnego zarządzania majątkiem i rozporządzania jego składnikami, jeżeli był go pozbawiony na mocy postanowień układu.

Analiza przytoczonego przepisu prowadzi do wniosku, że wykonanie układu musi zostać stwierdzone postanowieniem, na które przysługuje zażalenie. Nawet jeśli Spółka wykonała wszystkie przewidziane czynności, które mają doprowadzić do wykonania układu, a nie zostało wydane postanowienie w tym przedmiocie przez Sąd, należy uznać, że układ nie został wykonany. Dopiero prawomocne postanowienie o wykonaniu układu stanowi podstawę do wykreślenia z urzędu z ksiąg i rejestrów wszelkich wpisów dotyczących układu. Wykreślenia się zatem zarówno wzmianki o układzie, jak i wpisy do ksiąg zabezpieczające wykonanie układu (hipoteki i zastawy rejestrowe). Wykreśleniu podlegają zarówno wpisy dokonane w księgach i rejestrach dłużnika, jak i osób trzecich, które udzieliły zabezpieczenia układu na własnym majątku.

Tym samym – w ocenie Wykonawcy – fakt zrealizowania układu na dzień składania przez Spółkę oświadczenia na podstawie art. 125 ust. 1 PZP i oczekiwanie na wydanie przez Sąd Restrukturyzacyjny postanowienia w przedmiocie stwierdzenia wykonania układu nie może stanowić podstawy do uznania, że wobec PCZ nie zachodziła przesłanka wykluczenia przewidziana w art. 109 ust. 1 pkt 4 PZP.

2. zarzut naruszenia art. 109 ust. 3 PZP – stanowisko Zamawiającego

W odniesieniu do stawianego przez Spółkę zarzutu, Zamawiający w pierwszej kolejności wskazuje, że zgodnie z treścią art. 513 pkt 2 PZP:

Jak wynika z przytoczonego przepisu, zaskarżeniu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej podlegają tylko niezgodne z przepisami PZP czynności lub zaniechanie określonych czynności przez zamawiającego. Jak wskazuje M. Jaworska (...) podstawą odwołania może być niezgodna z przepisami PZP czynność odrzucenia wniosku albo oferty, wyboru oferty najkorzystniejszej, poprawienia oferty, zmiany dokumentów zamówienia, wyboru pracy konkursowej. Zaskarżeniu jako czynności podlegają również projektowane postanowienia umowne w zakresie ich niezgodności z wymaganiami wynikającymi z przepisów PZP (arg. ex art. 554 ust. 1 pkt 2 PZP). Zarzucane zamawiającemu zaniechanie czynności może dotyczyć jedynie takiej, której wykonanie w świetle przepisów PZP jest obowiązkiem zamawiającego, np. zaniechanie odrzucenia wniosku albo oferty w przypadku wystąpienia jednej z przesłanek określonych odpowiednio w art. 146 ust. 1 i art. 226 ust. 1 PZP, wezwania do złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny w odpowiednich przypadkach, o których mowa w art. 224 ust. 1 i 2 PZP, wezwania do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych w okolicznościach wskazanych w art. 128 ust. 1 PZP (...). W tym miejscu należy ponownie przytoczyć art. 109 ust. 3 PZP, zgodnie z którym: *W przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 1-5 lub 7, zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne, w szczególności gdy kwota zaległych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne jest niewielka albo sytuacja ekonomiczna lub finansowa wykonawcy, o którym mowa w ust. 1 pkt 4, jest wystarczająca do wykonania zamówienia.*

Podstawę do wprowadzenia art. 109 ust. 3 stanowi art. 57 ust. 3 akapit 2 dyrektywy 2014/24/UE, w którym określono: *państwa członkowskie mogą też przewidzieć odstępstwo od obowiązku wykluczenia, o którym mowa w ust. 2, w przypadku gdy wykluczenie byłoby w sposób wyraźny nieproporcjonalne, w szczególności gdy kwota zaległych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne jest niewielka lub gdy – w związku z naruszeniem obowiązków dotyczących płatności podatków lub opłacenia składek na ubezpieczenie społeczne – wykonawca został poinformowany o dokładnej należnej kwocie w takim terminie, że nie miał możliwości podjęcia środków przewidzianych w ust. 2 akapit trzeci przed upływem terminu złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału lub, w przypadku procedur otwartych, terminu złożenia oferty.*

Mając powyższe na uwadze, należy stwierdzić, że decyzja Zamawiającego o ewentualnym odstąpieniu od wykluczenia Wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 3 PZP, należy wyłącznie do uznania Zamawiającego – nie jest czynnością do której wykonania Zamawiający jest obowiązany na podstawie ustawy. Tym samym naruszenie art. 109 ust. 3 PZP nie może stanowić samodzielnego zarzutu odwołania ze strony Wykonawcy.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego, zgodnie z którym Zamawiający mógł dokonać odpowiedniej analizy na potrzeby postępowania i dokonać oceny, w ramach której mógłby stwierdzić, że wykluczenie Odwołującego w niniejszych okolicznościach, byłoby oczywiście nieproporcjonalne, Zamawiający wskazuje, że decyzja o odstąpieniu od wykluczenia należy do wyłącznego uznania Zamawiającego, który przy zaistnieniu przewidzianego w tym przepisie stanu faktycznego, może dokonać - w ramach uznania - wyboru jednego z dopuszczalnych następstw prawnych. Wyboru dokonuje się pomiędzy wykluczeniem a niewykluczeniem z postępowania. Nie budzi wątpliwości, że określenie w sposób

oczywisty nieproporcjonalne stanowi klauzulę generalną. Wystąpienie tego pojęcia nieostrego pozostawia po stronie Zamawiającego pewien zakres uznania, czy w konkretnym wypadku uznać stan faktyczny za istniejący. Nie można tracić z pola widzenia, że Zamawiający, zgodnie z art. 16 pkt 3 PZP, obowiązany jest do zachowania proporcjonalności przez cały czas prowadzenia postępowania. W orzecznictwie wskazuje się, że decydując się na odstąpienie od wykluczenia wykonawcy z postępowania w oparciu o art. 109 ust. PZP, zamawiający musi być w stanie wykazać, że w danym przypadku mamy do czynienia z oczywistą nieproporcjonalnością wykluczenia. Na gruncie zasady przejrzystości i zasady równego traktowania wykonawców, na zamawiającym ciąży w takim przypadku powinność należytego uzasadnienia swojego działania i zakomunikowania jego motywów wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający zaniechał oceny, czy wykluczenie Odwołującego jest w oczywisty sposób nieproporcjonalne. W tym miejscu należy wskazać, że nie wiadomo na jakiej podstawie Odwołujący wysnuł taką tezę. Spółka w żaden sposób nie wykazała, że badała dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia pod kątem zaniechania takiej analizy. Jeżeli - w ocenie PCZ - tego rodzaju informacja winna była znaleźć się w uzasadnieniu czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty - to Odwołujący nie podniósł zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 147 PZP nakazującego zamawiającemu podania faktycznych i prawnych podstaw dokonywanych przez niego czynności. Dalej, Spółka nie wskazała, na czym konkretnie miałyby polegać naruszenie proporcjonalności przy wykluczeniu go z przedmiotowego postępowania. W podobnym tonie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 listopada 2021 r., KIO 3229/21.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy, należy stwierdzić, że Zamawiający w oparciu o złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia, nie był w stanie wykazać, że w tym przypadku mamy do czynienia z oczywistą nieproporcjonalnością. Argumentacja Spółki zawarta w odwołaniu w zdecydowanej mierze sprowadza się do powielenia wyjaśnień Odwołującego złożonych na wezwanie Zamawiającego. Z lektury odwołania PCZ jak i złożonych wyjaśnień można wyprowadzić wniosek, że Spółka postrzega swoją sytuację ekonomiczną lub finansową jako wystarczającą do wykonania zamówienia wyłącznie przez pryzmat procesu restrukturyzacji i w jej ocenie wykonania zawartego z wierzycielami układu. Jednocześnie należy podkreślić, że Wykonawca nie wykazał jaka jest obecnie sytuacja finansowa Spółki. Posiadana przez PCZ kondycja finansowa determinuje zdolność do utrzymania się na rynku w warunkach konkurencji. Pojęcie to odnosi się do trwałości podmiotu, jego bezpieczeństwa i wiarygodności finansowej oraz zdolności do generowania zysku czy wzrostu wartości. W tym celu mógł złożyć tytułem przykładu sprawozdania z bieżącej działalności Spółki czy też zanonimizowane umowy zawarte z kontrahentami. Inicjatywa dowodowa w tym zakresie leżała po stronie Spółki, a nie Zamawiającego. Spółka decydując się na udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego która zawarła nie dawniej niż trzy lata wcześniej układ z wierzycielami przed przystąpieniem do postępowania, powinna wykazać się dodatkową aktywnością dowodową. Z pewnością nie może pozostać bierna i liczyć na to, że Zamawiający jej nie wykluczy z zamówienia, uznając, że byłoby to oczywiście nieproporcjonalne, a co w ocenie Zamawiającego ma miejsce w niniejszej sprawie. Zamawiający podnosi, że PCZ mógł skorzystać z procedury self-cleaningu. Wdrożenie do polskiego porządku prawnego instytucji samooczyszczenia wykonawcy stanowi implementację obecnych przepisów unijnych (motyw 102 preambuły dyrektywy 2014/24/UE). Umożliwiają one wykonawcom wykazanie, że pomimo wystąpienia przesłanki wykluczenia podjęte zostały środki niezbędne do wykazania jego rzetelności, a tym samym brak jest podstawy wykluczenia. Jak wynika z treści art. 110 ust. 2 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 pieniędzy;*
- 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 brzmieniem przepisu wykonawca, który podlega wykluczeniu z powodu wystąpienia przesłanek, o których mowa powyżej, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Literalna wykładnia przepisu wskazuje, jakie przesłanki należy spełnić łącznie, celem uniknięcia wykluczenia. W przypadku gdy wykonawca będzie chciał skorzystać z procedury self-cleaning, konieczne będzie udowodnienie, spełnienia przez niego wyżej wymienionych przesłanek. Ocena, czy przedsięwzięte środki są wystarczające, zawsze będzie decyzją zamawiającego. Jeśli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające przedstawione dowody, wówczas brak będzie podstawy wykluczenia. Na temat istoty instytucji self – cleaning wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 19 kwietnia 2022 r. KIO 866/22: *Instytucję „self-cleaning” należy rozumieć w taki sposób, iż wykonawca, wiedząc i mając świadomość co do tego, iż zaistniały wobec niego przesłanki wykluczenia z postępowania, korzysta z przysługującego mu uprawnienia do udowodnienia zamawiającemu, że podjął on starania w celu wyeliminowania w przyszłości sytuacji, które miały wpływ na zaistnienie wobec niego przesłanki wykluczenia go z możliwości ubiegania się o zamówienie publiczne. Procedura naprawcza (samooczyszczenia - „selfcleaning”) nie daje możliwości zakwestionowania podstaw wykluczenia, pozwala natomiast wykonawcy udowodnić, że mimo zaistnienia jednej lub kilku przesłanek z art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych podjęte przez niego działania są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Instytucja self-cleaningu służy temu, że nawet w przypadku stwierdzenia określonych naruszeń zamawiający nie będzie uprawniony do wykluczenia wykonawcy, jeżeli ten ostatni udowodni, iż podjął środki zaradcze w celu wyeliminowania powstania takich naruszeń w przyszłości, jak też w celu naprawienia szkody. Jednakże, aby Spółka mogła podjąć procedurę samooczyszczenia, to musi się najpierw przyznać że zachodzi względem niej przesłanka wykluczenia. Potwierdzeniem tego stanu rzeczy jest m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 września 2018 r. KIO 1797/18 (co prawda wyrok ten zapadł na gruncie nie*

obowiązującej już ustawy, to nadal zachowuje swoją aktualność): Aby skorzystać z self-cleaningu, wykonawca w pierwszej kolejności musi przyznać się do deliktu. Po pierwsze na tym polega procedura (wykonawca przyznaje, że przesłanki wykluczenia istnieją, ale obecnie i na przyszłość się poprawił), po drugie - w przeciwnym wypadku trudno wadliwe działanie przeanalizować i skorygować. Wykonawca sam się pozbawił możliwości działania w tym zakresie, ponieważ nie skonstruował żadnego twierdzenia, które odpowiadałoby treści tego przepisu. Możliwość skorzystania z odstąpienia od wykluczenia o którym stanowi art. 109 ust. 3 PZP ma charakter szczególny. Świadczy o tym treść motywu 100 dyrektywy 2014/24/UE, który odnosi się do sytuacji, gdy nadrzędne wymogi w interesie ogólnym sprawiają, że udzielenie zamówienia jest niezbędne. Może to obejmować przypadki, gdy np. pilnie potrzebne szczepionki lub sprzęt ratowniczy mogą być zakupione wyłącznie od wykonawcy, do którego miałyby zastosowanie jedna z obowiązkowych podstaw wykluczenia. Jednakże taka sytuacja nie ma miejsca. Zaprezentowane przez Zamawiającego stanowisko poparte poglądami doktryny i orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, potwierdzają prawidłowość decyzji pojętych w toku postępowania przez Zamawiającego. Zamawiający w dokumentach zamówienia przewidział fakultatywne przesłanki wykluczenia wykonawcy – m.in. przesłankę przewidzianą w art. 109 ust. 1 pkt 4 PZP. Skoro taka przesłanka została przewidziana przez Zamawiającego i ziściła się wobec Spółki, to Zamawiający jest zobowiązany do jej zastosowania. Złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia w żaden sposób nie dały Zamawiającemu podstaw do odstąpienia od wykluczenia i zastosowania procedury określonej w art. 109 ust. 3 PZP. Co więcej, Zamawiający nie dysponował także informacją, kiedy zostanie wydane postanowienie celem wstrzymania swoich czynności w postępowaniu. Prawomocne postanowienie Sądu Restrukturyzacyjnego było dla Zamawiającego kluczowe, ponieważ tylko ono dawało pewność, że zamówienie zostanie powierzone wykonawcy dającemu rękojmię wykonania zamówienia w sposób prawidłowy.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Fudeko S.A. z/s w Gdyni. W szczególności podał: (...) *Przystępujący posiada interes w przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, gdyż jest Wykonawcą, którego oferta została wybrana w przedmiotowym postępowaniu przez Zamawiającego, jako najkorzystniejsza i tym samym Przystępujący ma możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego. Ponadto oddalenie odwołania wniesionego w przedmiotowej sprawie, usankcjonuje ważność dokonanego przez Zamawiającego wyboru oferty i tym samym Przystępujący uzyska zamówienie.* Przystępujący wskazuje ponadto, że posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż uwzględnienie odwołania, doprowadziłoby bezpośrednio do narażenia Przystępującego na brak możliwości pozyskania zamówienia i w konsekwencji szkodę w postaci utraty zysku, który Przystępujący mógłby osiągnąć w związku z wyborem jego oferty jako najkorzystniejszej i zawarciem z Zamawiającym umowy o zamówienia publiczne.(...)

W piśmie procesowym z dnia 19/06/2023 wskazał w szczególności: (...)

I.Odnośnie do zarzutu naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 4) PZP

Zgodnie z rozdziałem V ust. 2 lit. C Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: „SWZ”) Zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców, którzy nie wykazali, że nie zachodzi wobec nich przesłanka określone w art. 109 ust. 1 pkt 1, 4-10 ustawy PZP. Jednocześnie, w celu wstępnej weryfikacji spełnienia przez Wykonawców warunków postępowania i niepodlegania wykluczeniu, Zamawiający w rozdziale VI ust. 1) pkt 1. SWZ wymagał złożenia wraz z ofertą aktualnego oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 PZP, o niepodleganiu wykluczeniu oraz spełnianiu warunków udziału w postępowaniu wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 3 do SWZ. W dniu 21 kwietnia 2023 r. Odwołujący złożył przedmiotowe oświadczenie, deklarując w ust. II pkt 2, że nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 1, 4-10 ustawy PZP, co należy uznać za nieprawdę i wprowadzające Zamawiającego w błąd, a to z przyczyn podanych poniżej.

Pismem z dnia 11 maja 2023 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy PZP wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu oraz spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Jak wynika przedmiotowego wezwania, Zamawiający powziął wątpliwości, w zakresie niepodlegania przez Odwołującego wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 4) PZP, z uwagi na fakt, iż w odnalezionym przez Zamawiającego raporcie o stanie Powiatu Otwockiego za rok 2021 widnieje informacja, zgodnie z którą W dniu 26 stycznia 2021 r. Sąd Restrukturyzacyjny – Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy w Warszawie, XVIII Wydział Gospodarczy dla spraw upadłościowych i restrukturyzacyjnych zatwierdził układ restrukturyzacyjny. W dniu 4 sierpnia 2021 r. Sąd nadał Postanowieniu klauzulę prawomocności. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Odwołujący pismem z dnia 18 maja 2023 r., wyjaśnił Zamawiającemu, iż w jego ocenie nie podlega wykluczeniu z postępowania z uwagi na fakt, iż w momencie składania przez niego oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu, układ został zrealizowany w całości. Odwołujący wskazał, że w dniu 12 kwietnia 2023 roku złożył odpowiedni wniosek o stwierdzenie wykonania układu do Sądu Restrukturyzacyjnego i oczekuje na wydanie odpowiedniego postanowienia w tej sprawie. W odwołaniu Odwołujący zadeklarował, że w dniu 2 czerwca 2023 r. Sąd wydał postanowienie o stwierdzeniu wykonania układu oraz wskazał, że postanowienie stanowi Dowód nr 1. Jako że Przystępujący nie dysponuje przedmiotowym postanowieniem, może bazować wyłącznie na oświadczeniu Odwołującego. Jednocześnie z treści oświadczenia Odwołującego należy wyprowadzić wniosek, iż postanowienie nie jest prawomocne.

Przechodząc do argumentacji prawnej, w pierwszej kolejności należy wskazać na treść przepisu art. 109 ust. 1 pkt 4) PZP, zgodnie z którym „Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, w stosunku do którego otwarto likwidację, ogłoszono upadłość, którego aktywami zarządza likwidator lub sąd, zawarł układ z wierzycielami, którego działalność gospodarcza jest zawieszona albo znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury”.

Bezspornym w niniejszej sprawie jest fakt, iż Odwołujący zawarł układ z wierzycielami. Spornym natomiast pozostaje, na jakim etapie postępowania układowego w restrukturyzacji znajdował się Odwołujący na moment złożenia przez niego oświadczenia w trybie art. 125 ust. 1 PZP. W ocenie Odwołującego nie podlega on wykluczeniu z postępowania, ponieważ w momencie składania przez niego oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu, układ został zrealizowany w całości oraz że w dniu 12 kwietnia 2023 roku złożył on odpowiedni wniosek o stwierdzenie wykonania układu do Sądu Restrukturyzacyjnego i w chwili składania tego oświadczenia – oczekiwał on na wydanie odpowiedniego postanowienia w tej sprawie. Z taką argumentacją Odwołującego nie sposób się zgodzić.

Zgodnie z art. 172 ustawy z dnia 15 maja 2015 r. Prawo restrukturyzacyjne:

1. Po wykonaniu układu lub wyegzekwaniu wierzytelności objętych układem sąd na wniosek dłużnika, nadzorca wykonania układu albo innej osoby, która z mocy układu jest uprawniona do wykonania lub nadzorowania wykonania układu, wydaje postanowienie o wykonaniu układu. Na postanowienie przysługuje zażalenie.
2. Postanowienie o wykonaniu układu, postanowienie sądu drugiej instancji w przedmiocie rozpoznania zażalenia na postanowienie o wykonaniu układu oraz informację o prawomocności postanowienia o wykonaniu układu obwieszcza się.
3. Prawomocne postanowienie o wykonaniu układu stanowi podstawę do wykreślenia wpisów dotyczących układu w

księgach wieczystych i rejestrach.

4. Po uprawnieniu się postanowienia o wykonaniu układu, dłużnik odzyskuje prawo swobodnego zarządzania majątkiem i rozporządzania jego składnikami, jeżeli był go pozbawiony na mocy postanowień układu.

Z literalnego brzmienia wyżej przytoczonego przepisu, a także stanowiska doktryny wynika, że wykonanie układu musi zostać stwierdzone postanowieniem przez sąd. Do momentu jego wydania – nawet jeżeli faktycznie doszło do spełnienia wszystkich zobowiązań składających się na układ – nie uważa się go za wykonany. Jednocześnie prawomocność wskazanego orzeczenia jest chwilą całkowitego wykonania układu z uwagi na jego moc konstytutywną. Oznacza to, iż postanowienie nie potwierdza istniejącego już stanu, lecz kreuje nową, określoną w nim samym sytuację, a konstytutywny skutek przedmiotowego postanowienia nie następuje z chwilą jego wydania, lecz, jak wynika z literalnego brzmienia przepisu – z chwilą jego uprawnomocnienia.

Mając na uwadze powyższe nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, jakoby fakt zrealizowania układu na dzień składania oświadczenia w trybie art. 125 ust. 1 PZP i oczekiwania na wydanie przez Sąd Restrukturyzacyjny postanowienia o stwierdzeniu wykonania układu, stanowił wystarczającą podstawę do uznania, iż wobec Odwołującego nie zachodziła przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 4) PZP.

Jednocześnie Przystępujący wskazuje, że zgodnie z art. 125 ust. 3 PZP Oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, odpowiednio na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe. Potwierdza to również Komentarz Urzędu Zamówień Publicznych z 2021 r. pod redakcją H. Nowaka oraz M. Winiarza, zgodnie z którym W myśl art. 125 ust. 3 Pzp oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji ma potwierdzać brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, odpowiednio na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert. (str. 463).

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że Odwołujący nie podlegałby wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 4) PZP wyłącznie w sytuacji, gdyby na dzień składania oświadczenia w trybie art. 125 ust. 1 PZP dysponował prawomocnym postanowieniem Sądu Restrukturyzacyjnego w przedmiocie stwierdzenia wykonania układu. Tylko na marginesie należy wskazać, że Odwołujący nie dysponuje takim postanowieniem, nawet na dzień złożenia odwołania, gdyż postanowienie z dnia 2 czerwca 2023 r., na które się powołuje nie jest prawomocne.

II. Odnośnie do zarzutu naruszenia art. 109 ust. 3 PZP

Przystępujący wskazuje, że w świetle art. 513 pkt 1) PZP odwołanie przysługuje na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienie umowy. Naruszenie przepisów ustawy, o którym mowa w art. 513 ust. 1 Pzp, rozumieć należy jako naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP. W przesłance tej mieści się również naruszenie przez Zamawiającego przepisów rozporządzeń wykonawczych do PZP oraz Kodeksu cywilnego (vide: art. 8 ust. 1 PZP).

Jednocześnie zarzucane Zamawiającemu zaniechanie czynności może dotyczyć jedynie takiej, której wykonanie w świetle przepisów PZP jest obowiązkiem Zamawiającego. Tymczasem decyzja o ewentualnym odstąpieniu od wykluczenia Wykonawcy z postępowania, podejmowana na podstawie ust. 3 komentowanego przepisu, należy do uznania Zamawiającego. Zamawiający może bowiem, przy zaistnieniu przewidzianego w tym przepisie stanu faktycznego, dokonać – w ramach uznania – wyboru jednego z dopuszczalnych następstw prawnych. Wyboru dokonuje się pomiędzy wykluczeniem a niewykluczeniem z postępowania. (tak: Komentarz UZP, str. 412 art. 109).

Ocena sytuacji Wykonawcy w konkretnych okolicznościach sprawy została więc pozostawiona Zamawiającemu. Zasadne wydaje się w tej sytuacji przyjęcie za wzorcowe zwrócenie się do wykonawcy o przedstawienie wyjaśnień co do stanu faktycznego sprawy, co też Zamawiający na gruncie niniejszego stanu faktycznego uczynił w dniu 11 maja 2023 r. Tym samym art. 109 ust. 3 PZP, który Odwołujący wskazuje jako podstawę stawianego zarzutu, nie został przez Zamawiającego naruszony, skoro skorzystanie z w/w przepisu należy do uznania Zamawiającego. Jednocześnie Przystępujący wskazuje na brak konsekwencji Odwołującego w zakresie stawianych Zamawiającemu zarzutów. Z jednej bowiem strony odwołująca stanowczo stoi na stanowisku, iż nie zachodzi wobec niej przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 4) PZP. Jako przykład można wskazać fragment wyjaśnień Odwołującego z dnia 18 maja 2023 r., w którym wskazuje, że w przypadku, gdy układ zawarty z wierzycielami został wykonany, to wskazane w art. 109 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp wykluczenie nie znajdzie zastosowania. Z drugiej jednak strony Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, iż Wykluczenie Odwołującego w takiej sytuacji należy ocenić jako wysoce nieproporcjonalne. Tymczasem o nieproporcjonalności wykluczenia w kontekście art. 109 ust. 3 PZP można mówić wyłącznie w sytuacji, w której Wykonawca oświadczył, iż zachodzą wobec niego przesłanki wykluczenia oraz przedstawił okoliczności umożliwiające Zamawiającemu podjęcie decyzji co do ewentualnego odstąpienia od wykluczenia tego Wykonawcy, a mimo to Zamawiający nie skorzystał z tego uprawnienia. Taka sytuacja nie miała miejsca na gruncie niniejszego stanu faktycznego, bowiem Odwołujący wyraźnie oświadczył, że nie podlega wykluczeniu z postępowania.

Niezależnie od powyższego należy wskazać, że jak wynika z wyjaśnień z dnia 18 maja 2023 r. Odwołujący, w celu wykazania braku proporcjonalności jego ewentualnego wykluczenia, ograniczył się wyłącznie do wskazania, iż sytuacja ekonomiczna i finansowa wykonawcy jest wystarczająca do wykonania zamówienia. Jak słusznie wskazał Zamawiający, Wykonawca nie wykazał jaka jest obecna sytuacja finansowa spółki, co jak rozumie Przystępujący, ewentualnie umożliwiłoby mu podjęcie decyzji o rezygnacji z wykluczenia Odwołującego.

Niemniej jednak w ocenie Przystępującego strona odwołująca nie może jednocześnie twierdzić, że nie podlega wykluczeniu oraz, że wykluczenie go z postępowania było oczywiście nieproporcjonalne. W tym miejscu, tylko na marginesie Przystępujący wskazuje, że zgodnie ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych wyrażonym w Komentarzu z 2021 pod redakcją H. Nowaka i M. Winiarza (str. 396-397) dot. wykładni przepisu art. 109 ust. 1 pkt 4) PZP Zamawiający może wykluczyć wykonawcę, jeżeli znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury. Ustawodawca ma tu na myśli różnorodne sytuacje związane z niewypłacalnością wykonawcy, rozwiązaniem wykonawcy lub tymczasowym wstrzymaniem przez niego działalności gospodarczej. Do najważniejszych należy zaliczyć postępowania takie jak:

- 1) postępowanie o rozwiązanie podmiotu wpisanego do KRS bez przeprowadzania postępowania likwidacyjnego, 2) przymusowa restrukturyzacja,
- 2) postępowanie restrukturyzacyjne
- 3) postępowanie o zatwierdzenie układu,
- 4) przyspieszone postępowanie układowe oraz postępowanie układowe,

5) powołanie tymczasowego nadzorca sądowego lub ustanowienie zarządu przymusowego,

6) egzekucja przez zarząd przymusowy nad przedsiębiorstwem.

Tym samym należy stwierdzić, że z uwagi na:

1) toczące się wobec Odwołującego postępowanie restrukturyzacyjne, wszczęte postanowieniem Sądu Rejonowego dla m. st. Warszawy w Warszawie z dnia 3 grudnia 2018 r., sygn. akt X GR 82/18;

2) zabezpieczenie majątku Odwołującego poprzez ustanowienie tymczasowego nadzorca sądowego w osobie Łukasza Ragusa,

poza przesłanką wykluczenia polegającą na zawarciu układu z wierzycielami, Odwołujący znajduje się także w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury.

Mając na uwadze powyższe, wniosek Przystępującego o oddalenie odwołania należy uznać za konieczny i uzasadniony.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zamawiający w piśmie z dnia 31 maja 2023 r. odnośnie odrzucenia oferty Odwołującego podał w punkcie 2, że odrzuca ofertę Powiatowego Centrum Zdrowia Sp. z o.o. w restrukturyzacji z Otwocka (...) na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 a) PZP jako złożoną przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 4 PZP. W uzasadnieniu faktycznym podał: „W dniu 11 maja 2023r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca w swoich wyjaśnieniach z dnia 18 maja 2023 r., wskazał, że zawarł układ z wierzycielami, a postępowanie związane z zakończeniem procesu restrukturyzacji jest w toku. Wykonawca pismem z dnia 12 kwietnia 2023 r. wniósł o stwierdzenie wykonania układu w postępowaniu restrukturyzacyjnym i wydanie przez Sąd Restrukturyzacyjny – Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie XVIII Wydział Gospodarczy postanowienia stwierdzającego, że PCZ wykonała w całości zatwierdzony układ. Do dnia dzisiejszego takie postanowienie nie zostało wydane.

Art. 109 ust. 1 PZP zawiera katalog fakultatywnych przesłanek wykluczenia wykonawcy. Przesłanka wynikająca z art. 109 ust. 1 pkt 4 PZP przewidziana została w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu. Zgodnie z treścią art. 109 ust. 1 pkt 4 PZP: Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: w stosunku do którego otwarto likwidację, ogłoszono upadłość, którego aktywami zarządza likwidator lub sąd, zawarł układ z wierzycielami, którego działalność gospodarcza jest zawieszona albo znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury”. Nie ulega wątpliwości, że ziściła się wobec PCZ jedna z okoliczności wskazanych w przytoczonym przepisie – PCZ zawarł układ z wierzycielami. Okoliczność ta została wprost przyznana w złożonych przez Spółkę wyjaśnieniach. Wystąpienie jednej z przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 4 PZP, w sytuacji, gdy Zamawiający przewiduje fakultatywną możliwość wykluczenia wykonawcy jest warunkiem koniecznym uznania, że Wykonawca podlega wykluczeniu. Wszystkie okoliczności wskazane w komentowanym przepisie nie odnoszą się do konkretnych przepisów prawa krajowego czy też aktów prawa krajowego, ale stanowią nazwy instytucji prawnych funkcjonujących w polskim porządku prawnym. Przepis w obecnym kształcie uzależnia możliwość wykluczenia wykonawcy nie od otwarcia restrukturyzacji, ale od sytuacji, gdy wykonawca ma zawarty układ z wierzycielami.

Dla Zamawiającego istotna jest sytuacja, w której Wykonawca obecnie się znajduje – zawarcie układu z wierzycielami. Wykonawca argumentuje, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, ponieważ ponad miesiąc temu złożył wniosek do w/w Sądu o stwierdzenie wykonania układu w postępowaniu restrukturyzacyjnym, a układ został wykonany. To czy układ został wykonany przesądzi prawomocne orzeczenie Sądu w tym zakresie. Wykonawca w swoich wyjaśnieniach odwołuje się do zdarzeń przyszłych, hipotetycznych, co do których nie wiadomo czy i kiedy wystąpią. Natomiast art. 109 ust. 1 pkt 4 PZP ma charakter sankcyjny, ponieważ jego zastosowanie wyklucza wykonawcę z postępowania. Zatem przepis ten powinien być stosowany ze ścisłym jego zrozumieniem tj. poprzez przyjęcie wprost w nim wymienionych. Stany przyszłe i hipotetyczne, które nie istnieją w rzeczywistości oceniane przez Zamawiającego nie mogą być podstawą decyzji o statusie Wykonawcy i oferty przez niego złożonej. Złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia odnoszą się wyłącznie do trwającego procesu restrukturyzacyjnego. Wykonawca nie wykazał jaka jest obecnie sytuacja finansowa spółki np. poprzez przedłożenie sprawozdań z bieżącej działalności Spółki, umów zawartych z kontrahentami. Wskazane dokumenty mogłyby potwierdzić oczywistą nieproporcjonalność wykluczenia wykonawcy. „Na gruncie zasady przejrzystości i równego traktowania wykonawców, na zamawiającym ciąży w takim przypadku powinność należytego uzasadnienia swojego działania i zakomunikowania jego motywów wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia – zob. wyrok (...) KIO 907/22.

Nadto, jak wynika z treści art. 110 ust. 2 PZP, Wykonawca może zostać wykluczony przez zamawiającego na każdym etapie postępowania. Wykluczenie następuje po powzięciu wiadomości o zaistnieniu wykluczenia. Zgodnie z treścią wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 23 sierpnia 2019 r., XXIII Ga 469/19: „Trudno oczekiwać, aby Zamawiający powierzył wykonanie zamówienia wykonawcy, który został uznany przez innego zamawiającego za podmiot nienależycie wykonujący umowę, bez dokonania szczegółowych wyjaśnień wykonawcy, który «oczyszczyłby się» z tych zarzutów. Inicjatywa spoczywa jednak po stronie oferenta/wykonawcy. To on musi być transparentny w tym zakresie i «zaoferować» Zamawiającemu pełną informację o dotychczasowych doświadczeniach w zakresie realizowanych umów, jeśli umowy te zakończyły się przed czasem, nałożeniem na wykonawcę odszkodowania lub inną podobną sankcją”. Wykonawca zobowiązany jest do wskazania okoliczności jakie wobec niego zaistniały, stanowiących podstawę, wykluczenia, nawet w sytuacji gdy nie uznaje się za podlegającego wykluczeniu. Wykonawca winien wykazać, że zaistniała wobec niego podstawa wykluczenia z postępowania, wyjaśnić rzetelnie stan faktyczny, opisując jednocześnie jakie działania naprawcze Wykonawca podjął w celu wyeliminowania podanych zdarzeń w przyszłości. Natomiast z treści wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę wynika, że Wykonawca podlega wykluczeniu. Wykonawca w swoim piśmie skupił się na wyjaśnieniu stanu faktycznego. Dodatkowo należy wskazać, że Wykonawca nie opisuje jakichkolwiek działań naprawczych, które zostały przez niego podjęte, aby zapobiec wystąpieniu takich działań w przyszłości. Wykonawca nie podlega wykluczeniu, pod warunkiem, że udowodni, że ziściły się wszystkie przesłanki wskazane w art. 110 ust. 2 PZP tj.: Z treści złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień wynika, że nie zostały spełnione łącznie wszystkie przesłanki wskazane w tym przepisie”.

W odwołaniu wykonawca podnosząc zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, i zakwestionował wykluczenie Odwołującego z postępowania podnosząc, (1) że wykluczenie to jest oczywiście niezasadne i nieproporcjonalne, gdyż sytuacja ekonomiczna i finansowa Odwołującego jest wystarczająca do wykonania zamówienia, co Odwołujący wykazał w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień z dnia 11 maja 2023 roku, (2) a układ został wykonany co znajduje odzwierciedlenie w dokumentacji załączonej do wyjaśnień z dnia 18 maja 2023 r. Także co do zarzutu naruszenia art. 109 ust. 3 ustawy Pzp w związku z wykluczeniem Odwołującego z postępowania wskazał podobnie, że (1) wykluczenie to jest oczywiście nieproporcjonalne, gdyż sytuacja ekonomiczna i finansowa Odwołującego jest wystarczająca do wykonania zamówienia, co Odwołujący wykazał w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień z dnia 11 maja

2023 roku, (2) a układ został wykonany co znajduje odzwierciedlenie w dokumentacji załączonej do wyjaśnień z dnia 18 maja 2023 r. a Zamawiający pominął wyjaśnienia i dowody złożone na potwierdzenie tej sytuacji wraz z wyjaśnieniami. Także co do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp kwestionując odrzucenie oferty Odwołującego argumentację odniósł do kwestionowanych powyżej podstaw wykluczenia wykonawcy z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wskazane w odwołaniu przepisy stanowią:

- ✓ art. 109 ust. 1 pkt 4 Pzp: „1. Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: (...) 4) w stosunku do którego otwarto likwidację, ogłoszono upadłość, którego aktywami zarządza likwidator lub sąd, zawarł układ z wierzycielami, którego działalność gospodarcza jest zawieszona albo znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury (...)
- ✓ art. 109 ust. 3 Pzp: „3. W przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 1–5 lub 7, zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne, w szczególności gdy kwota zaległych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne jest niewielka albo sytuacja ekonomiczna lub finansowa wykonawcy, o którym mowa w ust. 1 pkt 4, jest wystarczająca do wykonania zamówienia.”
- ✓ art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) 2) została złożona przez wykonawcę: a) podlegającego wykluczeniu z postępowania (...)

Zamawiający w SWZ (pkt V. 2. lit. C) wskazał na zastosowanie przesłanek, w tym z art. 109 ust.1 pkt 4 Pzp. Także w SWZ w punkcie VI. 1 wskazał na wymagane oświadczenie na podstawie art. 125 ust.1 Pzp niepodleganiu wykluczeniu i jego wzór według zał. 3 do SWZ. Punkt II.2 formularza dotyczy spornej kwestii. Takie oświadczenie miało być złożone wraz z ofertą. Termin na składanie ofert został ostatecznie wyznaczony na dzień 26/04/2023 godz.10.00. Wykonawca wraz z ofertą w dniu 21/04/2023 złożył wymagane oświadczenie, w którym m.in. podał, że nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust.1 pkt 1 oraz 4-10 Pzp. Zamawiający w dniu 11/05/2023 wezwał Odwołującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. W tym wezwaniu wskazał, że (...) *powziął następujące wątpliwości: Wykonawca POWIATOWE CENTRUM ZDROWIA Sp. z o.o. w restrukturyzacji w oświadczeniu – załącznik nr 3 (Oświadczenie wykonawcy składane na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy Pzp o niepodleganiu wykluczeniu oraz spełnianiu warunków udziału w postępowaniu) złożonym wraz z ofertą oświadczył, iż nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 1, 4-10 ustawy Pzp. Natomiast zgodnie z raportem o stanie Powiatu Otwockiego rok 2021 wynika, że: „W dniu 26 stycznia 2021 r. Sąd Restrukturyzacyjny – Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy w Warszawie, XVIII Wydział Gospodarczy dla spraw upadłościowych i restrukturyzacyjnych zatwierdził układ restrukturyzacyjny. W dniu 4 sierpnia 2021 r. Sąd nadał Postanowieniu klauzulę prawomocności.” Zgodnie z ww. dokumentem Wykonawca POWIATOWE CENTRUM ZDROWIA Sp. z o.o. w restrukturyzacji zawarł układ z wierzycielami. (...)*

W piśmie z dnia 18 maja 2023 r. (obejmującym także z załącznikami 64 str) wezwany wykonawca potwierdził powyższe okoliczności wskazując na: (1) raport o stanie Powiatu Otwockiego i zawarte w nim informacje, co do wykonawcy; (2) zrealizowanie układu w całości w momencie składania oferty; (3) przesłankę z art. 109 ust.1 pkt 4 Pzp i jej cel podkreślając wykonanie układu w roku 2021 w całości; (4) art. 109 ust.3 Pzp w nawiązaniu do przesłanki z art. 109 ust.3. W konkluzji stwierdził, że (...) *gdyby Zamawiający zdecydował się w niniejszej sytuacji na wykluczenie Wykonawcy podstawie art. 109 ust. pkt 4 ustawy to taka decyzja byłaby oczywiście niezasadna, gdyż jak wskazano wcześniej sytuacja ekonomiczna i finansowa wykonawcy jest wystarczająca do wykonania zamówienia*”. Załączył dokumenty składane do sądu restrukturyzacyjnego i inne dokumenty związane z wnioskiem.

Izba w pierwszej kolejności uznała, że w stanie faktycznym tej sprawy zarzut naruszenia art. 109 ust.1 pkt 4) nie jest zasadny.

Wskazany art. 109 ust. 1 pkt 4 Pzp ma niewątpliwie charakter sankcyjny, jego zastosowanie wyklucza wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem przepis ten powinien być stosowany w ścisłym jego rozumieniu z uwzględnieniem stanu faktycznego do którego odnosi się przesłanka, a nie do stanów przyszłych, nawet najbardziej prawdopodobnych, a jednak hipotetycznych. W stanie faktycznym tej sprawy wykonawca nie mógł powoływać się na zdarzenia przyszłe, jak podnosił Zamawiający hipotetyczne, co do których nie wiadomo czy i kiedy wystąpią. Tak jak podnosił Zamawiający, w tym stanie faktycznym, wyjaśnienia wykonawcy odnosiły się bowiem wyłącznie do trwałego procesu restrukturyzacyjnego. Także argumentacja podnoszona w odwołaniu jak i na rozprawie dotyczyły nie zakończonego procesu. Również w tym przypadku prawomocność postanowienia sądu z dnia 2 czerwca 2023 r. nie została stwierdzona jak wymagają tego przepisy, w tym wskazywany przez Zamawiającego i Przystępującego art. 172 Prawa restrukturyzacyjnego. Z literalnego brzmienia przytaczanego przez stronę i uczestnika przepisu, a także doktryny wynika, że wykonanie układu musi zostać stwierdzone postanowieniem przez sąd. Do momentu jego wydania – nawet jeżeli faktycznie doszło do spełnienia wszystkich zobowiązań składających się na układ – nie uważa się go za wykonany. Oznacza to, że konstytutywny skutek przedmiotowego postanowienia następuje nie z chwilą jego wydania, lecz, jak wynika z literalnego brzmienia przepisu – z chwilą jego uprawomocnienia. Prawomocność wskazanego orzeczenia z uwagi na jego moc konstytutywną jest chwilą całkowitego wykonania układu Tym samym Izba nie mogła zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, jakoby fakt zrealizowania układu na dzień składania oświadczenia w trybie art. 125 ust. 1 Pzp i oczekiwanie na wydanie przez Sąd Restrukturyzacyjny postanowienia o stwierdzeniu wykonaniu układu, stanowił wystarczającą podstawę do uznania, że wobec wykonawcy nie zachodziła przesłanka wykluczenia wskazana w art. 109 ust. 1 pkt 4) Pzp, a wykonawca był uprawniony do złożenia w dniu 21/04/23 wraz z ofertą oświadczenia o wskazanej treści.

Izba ponadto dokonując analizy dokumentacji – także w zakresie wnioskowanym przez Odwołującego - stwierdziła, że wykonawca nie wykazywał w wyjaśnieniach z dnia 18 maja 2023 r. (podobnie w odwołaniu) sytuacji finansowej spółki, przykładowo w oparciu o sprawozdania z bieżącej działalności Spółki, umów zawartych z kontrahentami, które to dane mogłyby dowodzić oczywistą nieproporcjonalność wykluczenia wykonawcy z powodu wskazanych w art. 109 ust.1 pkt 4 Pzp okoliczności. W wyjaśnieniach z dnia 18 maja 2023r. Odwołujący, w celu wykazania braku proporcjonalności jego ewentualnego wykluczenia, ograniczył się wyłącznie do wskazania, że sytuacja ekonomiczna i finansowa wykonawcy jest wystarczająca do wykonania zamówienia. Jak słusznie zatem wskazywał Zamawiający (i Przystępujący) rzeczowe przedstawienie informacji jaka jest obecna sytuacja finansowa spółki, ewentualnie umożliwiłoby Zamawiającemu podjęcie decyzji o nie wykluczaniu Odwołującego z postępowania. W podnoszonej argumentacji w odwołaniu i na rozprawie, stawiając zarzut niezasadności i nieproporcjonalności decyzji, wykonawca podobnie stwierdzał, że sytuacja ekonomiczna i finansowa Odwołującego jest wystarczająca do wykonania zamówienia, albowiem układ został wykonany, co nie może być uznane za dowód na okoliczność kondycji finansowej spółki. Takie ustalenie powoduje, że także zarzut naruszenia art. 109 ust. 3 Pzp nie podlega uwzględnieniu.

Mając powyższe ustalenia na uwadze oczywiście także podlega oddaleniu podnoszony w odwołaniu zarzut odrzucenia oferty Odwołującego z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp oparty na okolicznościach wynikających w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze przepisy ustawy Pzp, w tym jej art. 557 oraz przepisy 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), w tym przypadku jego § 8 ust.2 z uwagi na oddalenie odwołanie i zasądzenie kosztów na rzecz zamawiającego oraz z uwagi na przedłożony spis kosztów także § 5 pkt 2 lit. b) rozporządzenia. Spis kosztów złożony przez pełnomocnika zamawiającego na rozprawie oznaczony jako: „*Spis kosztów do postępowania przed Prezesem Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt 1614/23*” obejmował dwie pozycje

1. *Wartość przedmiotu odwołania wynosi 1 520 803,20 zł (słownie: jeden milion pięćset dwadzieścia tysięcy osiemset trzy złote 00/20), zatem należna kwota zastępstwa procesowego wynosi 10800 zł (słownie: dziesięć tysięcy osiemset złotych 00/100) wynikające z § 2 pkt 7 Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 roku w sprawie opłat za czynności prawnych (Dz.U. z 2018 r., poz. 265 t.j.)*

2. *Kilometrówka — 500 km (2x250 km) na trasie Zamość-Warszawa liczone po 1,15 zł za jeden kilometr, co daje łącznie 575 zł zgodnie z § 2 pkt 1 b) Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 25 marca 2002 roku w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy (Dz.U. z 2002 nr 27, poz. 271). Oświadczam, że jestem właścicielem pojazdu BMW X5 nr rej. LZ 88049 z silnikiem o pojemności skokowej powyżej 900 cm³.*

W zakresie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Izba z uwagi na wskazany § 5 pkt 2 lit. b) rozporządzenia wynagrodzenie pełnomocnika ograniczyła do kwoty 3.600 zł. Tym samym nie uwzględniła w pozostałym zakresie wniosku, co do kwoty 7.200 zł, albowiem cytowane rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności prawnych nie ma zastosowania w postępowaniu odwoławczym przed KIO. W tej sprawie Izba kieruje się przepisami ustawy Pzp i wydanymi na podstawie art. 576 tej ustawy przepisami wskazanego rozporządzenia. Nie uwzględniła ponadto, w tym przypadku w całości, w całości wniosku z pkt 2 co do „*Kilometrówki*” na kwotę 575 zł opartego na przepisach rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy. Także w tej sprawie przepisy wskazanego we wniosku rozporządzenia nie mają zastosowania. Brak jest bowiem we wskazanych przepisach Pzp odesłania do przepisów powoływanego przez wnioskodawcę rozporządzenia. Wymagany jest według wskazanego rozporządzenia wydanego na podstawie ustawy Pzp spis kosztów, który w tej sprawie został przedłożony. Jednak treść wniosku wg punktu 2 spisu nie pozwalała Izbie na ocenę zasadności wnioskowanych wydatków poniesionych w związku z dojazdem. W tym przypadku Izba dodatkowo wskazuje na stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w uchwale (Uchwała SN z 29.6.2016 r., III CZP 26/16) w zakresie art. 98 § 1 KPC. Co do metody ustalania spornych kosztów SN m.in. wskazał, że rozporządzenie dotyczące podróży służbowych może (...) mieć zastosowanie do radców prawnych w relacjach z pracodawcą, jeżeli radca prawny, zatrudniony na podstawie umowy o pracę, wykonuje obsługę prawną swego pracodawcy (art. 8 ust. 1 ustawy (...) o radcach prawnych (...). Zasady ustalania kosztów i rozliczeń przewidzianych w tych rozporządzeniach nie mogą być jednak przenoszone na grunt postępowania cywilnego”. Tym samym podobnie, nie ma podstaw do stosowania według rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego (...) automatyzmu z rozporządzenia dotyczącego podróży służbowych dla ustalania przez Krajową Izbę Odwoławczą - na gruncie postępowania odwoławczego - kosztów przejazdu pełnomocnika strony w oderwaniu od kosztów poniesionych w rzeczywistości, a zatem kosztów uzasadnionych.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

.....