

WYROK
z dnia 13 marca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik
Anna Packo
Aleksandra Patyk

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 marca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 lutego 2018 r. przez wykonawcę **Dalin Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Polską Grupę Górniczą Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach**

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża **Dalin Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Dalin Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od odwołującego **Dalin Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie** na rzecz zamawiającego **Polskiej Grupy Górniczej Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Polska Grupa Górnicza Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawę osprzętu wiertniczego: żerdzi i łączników oraz pozostałych elementów przewodu wiertniczego dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej Sp. z o.o. w 2018 r. – nr grupy 295-6.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 22 listopada 2017 r. pod numerem 2017/S 224-466883. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.; dalej „Ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy Pzp.

W dniu 23 lutego 2018 r. wykonawca Dalin Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności Zamawiającego podjętych w ramach części zamówienia nr 1, 2 i 4, polegających na wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 oraz 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy Pzp, odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Ustawy Pzp oraz niezaproszeniu Odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust 5 pkt 4 Ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania w części zamówienia nr 1, 2 i 4 oraz uznanie jego oferty za odrzuconą, podczas gdy nie doszło do sytuacji, w której Odwołujący z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do rozwiązania umowy, a zatem nie zaistniały przesłanki do wykluczenia Odwołującego z postępowania;
2. art. 24 ust. 5 pkt 2 Ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania w części zamówienia nr 1, 2 i 4 oraz uznanie jego oferty za odrzuconą, podczas gdy nie doszło do sytuacji, w której Odwołujący w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności by Odwołujący w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co Zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych;
3. art. 92 ust. 1a Ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie przez Zamawiającego wyjaśnienia powodów, dla których przedstawione przez Odwołującego wyjaśnienia w trybie samooczyszczenia (zawarte w powtórnie złożonym

dokumencie JEDZ i załączonych oświadczeniach) nie zostały uznane za wystarczające dla odstąpienia od wykluczenia Odwołującego;

4. art. 92 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp polegające na zaniechaniu przedstawienia okoliczności świadczących o zasadności odstąpienia przez Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. numer 061500481 i 061600623 w związku z zarzucanym istotnym niewykonaniem/nienależytym wykonaniem umowy z przyczyn leżących po stronie Odwołującego;
- w konsekwencji prowadzące do
5. naruszenia art 91b ust. 1 Ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez jego bezpodstawne zastosowanie i zaniechanie zaproszenia Odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej, podczas gdy oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu jako złożona przez podmiot nie podlegający wykluczeniu.

Z uwagi na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania w części zamówienia nr 1, 2 i 4 i odrzucenia złożonej przez Odwołującego oferty,
2. unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na zaproszeniu, do udziału w aukcji elektronicznej pozostałych oferentów z wyłączeniem Odwołującego, w części zamówienia nr 1, 2 i 4,
3. powtórzenie czynności Zamawiającego polegającej na badaniu oferty i treści złożonego przez Odwołującego dokumentu JEDZ i złożonych dodatkowo oświadczeń stanowiących wyjaśnienia w trybie tzw. „samooczyszczenia” z art. 24 ust. 8 pod kątem istnienia podstaw do wykluczenia z postępowania w części zamówienia nr 1, 2 i 4,
4. powtórzenie czynności Zamawiającego polegającej na zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej w części zamówienia nr 1, 2 i 4.

Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie kosztów postępowania od Zamawiającego na jego rzecz Odwołującego tj. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami wpisu od odwołania.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył w postępowaniu kompletną ofertę co do części 1, 2 i 4 zamówienia i oczekiwał w tym zakresie uzyskania zamówienia. Podniósł także, że może ponieść szkodę majątkową w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów prawa zamówień publicznych, ponieważ bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania uniemożliwia mu udział w dalszym etapie przetargu nieograniczonego (aukcja elektroniczna), a tym samym pozbawia możliwości poprawienia oferty cenowej i uzyskania zamówienia.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący wskazał, iż decyzja, o wykluczeniu go

z przetargu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 oraz art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy Pzp została wydana pomimo braku podstaw (przesłanek) do zastosowania, tych przepisów. Odwołujący wskazał, iż odnośnie żadnej z czterech umów, które Zamawiający podał jako podstawę faktyczną decyzji o wykluczeniu, Zamawiający nie wykazał wszystkich przesłanek, które uzasadniałyby zastosowanie tych dwóch przepisów. Odwołujący podkreślił także, że nie został poinformowany przez Zamawiającego dlaczego wiele z podniesionych przez niego okoliczności i przedstawionych dowodów nie zostało uwzględnionych w celu dokonania rzetelnej oceny zaistnienia podstaw wykluczenia Odwołującego.

Odnosząc się do wypowiedzenia przez Zamawiającego umowy z dnia 23 listopada 2016 r. numer 701604090 Odwołujący wskazał na nieskuteczność wypowiedzenia umowy przez Zamawiającego dokonanego 20 czerwca 2017 r., z uwagi na to, iż dnia 28 kwietnia 2017 r. Odwołujący odstąpił od umowy z przyczyn leżących po stronie PGG. Odwołujący wskazał, iż podstawą faktyczną złożonego przez niego oświadczenia o odstąpieniu od umowy była zwłoka w spełnieniu przez PGG świadczenia wzajemnego w postaci zapłaty wynagrodzenia za dostarczone zgodnie z umową noże kombajnowe, powodujące zaburzenia w produkcji. Odwołujący podniósł także, iż po odstąpieniu od umowy nie zrealizował opisanych w decyzji o wykluczeniu zamówień w ramach umowy numer 701604090, Odwołujący nie wyraził zgody na takie oznaczenie zamówień, wręcz przeciwnie, wyraźnie zaznaczył, iż ewentualna realizacja kilku zamówień nie może mieć związku z umową, od której skutecznie odstąpił. Na spotkaniu w dniu 21 czerwca 2017 r. przedstawiciele PGG stwierdzili, że w związku z odstąpieniem przez Odwołującego od umowy będą mieli poważne problemy z zabezpieczeniem dostaw noży wobec czego skierowali do przedstawiciela Odwołującego zapytanie o możliwość realizacji jeszcze kilku dostaw noży dla zabezpieczenia najpilniejszych potrzeb pomimo odstąpienia od umowy. Odwołujący podniósł, że jedynym warunkiem wykonania kilku zamówień jest uprzednia spłata części zaległości płatniczych oraz zaznaczył, że kolejne zamówienia nie mogą być związane z umową, od której skutecznie odstąpił, co nie spotkało się ze sprzeciwem przedstawicieli PGG. Niezależnie od powyższego Odwołujący podniósł, że PGG nie miała żadnych podstaw faktycznych do wypowiedzenia umowy. Podstawą wypowiedzenia były rzekome opóźnienia w realizacji dostaw oraz wady noży kombajnowych. Odwołujący zakwestionował swoją odpowiedzialność za nieterminowość dostaw, wskazując, iż wobec uchylania się od zapłaty wynagrodzenia przez PGG, Odwołujący zgodnie z art. 552 i art. 490 § 1 Kodeksu cywilnego miał podstawę prawną do wstrzymania się z dalszymi dostawami na rzecz PGG. Odnosząc się do wad dostarczonych przez Odwołującego noży kombajnowych, Odwołujący wskazał, iż Instytut Techniki Górniczej KOMAG w Gliwicach nie był autorem badań opisanych w decyzji o wykluczeniu z dnia 13 lutego 2018 r. Sprawozdania z badań, którymi dysponuje Zamawiający (nr 127/DLS/2017, nr

140/DLS/2017, nr 188/DLS/2017) zostały przeprowadzone przez ZDT-GLIMAG Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie oraz Węgliki Spiekane BILDONIT Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, a więc przez podmioty inny niż wskazany w umowie nr 701604090. Działanie Instytutu Techniki Górniczej KOMAG sprowadzało się do przepisania wyników badań przeprowadzonych przez inne podmioty, co w ocenie Odwołującego wyklucza możliwość uznania tego podmiotu za autora badań. Ponadto Odwołujący wskazał, że z przedmiotowych sprawozdań nie wynika, iż przedmiotem badań były noże dostarczone przez Odwołującego. Natomiast, same wyniki badań nie negują większości parametrów użytkowych noży, a co za tym idzie twierdzenia o wadach noży nie są zasadne. W kontekście tej umowy Odwołujący zarzucił również naruszenie przez Zamawiającego art. 92 ust. 1a Ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyjaśnienia powodów, dla których przedstawione przez Odwołującego wyjaśnienia w trybie samooczyszczenia nie zostały uznane za wystarczające dla odstąpienia od wykluczenia.

Odwołujący zakwestionował także, by doszło do rozwiązania przez Kompanię Węglową S.A. umowy e-Ru 331600945 z winy Odwołującego. Wskazał na wadliwość umocowania osób, które złożyły oświadczenie o odstąpieniu może zostać złożone wyłącznie przez osoby umocowane do działania w imieniu spółki, powołując się na okoliczność, że pełnomocnictwo nie obejmowało swym zakresem czynności polegającej na odstąpieniu od umowy. Dodatkowo Odwołującego podniósł, iż oświadczenie o odstąpieniu, od umowy zostało przesłane w przesyłce listowej nadanej przez PGG Sp. z o.o., kiedy spółka ta nie była stroną umowy, a zatem nie była uprawniona do wykonywania żadnych czynności faktycznych czy też prawnych w ramach tej umowy. Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie wykazał również, by do złożenia tego oświadczenia doszło na skutek niewykonania/nienależytego wykonania umowy w istotnym stopniu. Umowa dotyczyła dostawy 55 100 sztuk noży obrotowych, a łączna wartość netto dostaw przewidzianych w umowie wynosiła 2.923.441,01 zł, podczas gdy Kompania Węglowa S.A. zarzucała Odwołującemu niezrealizowanie dostaw 1600 sztuk noży na kwotę 60.174224 zł. Odwołujący zarzucił również, że Kompania Węglowa S.A. nie miała podstawy do odstąpienia od umowy. Odwołujący zakwestionował opóźnienie w wykonaniu dostaw noży i wskazał na toczący się przed Sądem Rejonowym w Bytomiu spór co do zasadności niewykonania w terminie zamówień przez Odwołującego. Wskazał, iż Kompania Węglowa S.A. nie wykazała, by złożyła spółce Dalin zamówienia w sposób wynikający z postanowień umowy, podczas gdy dopiero od dnia skutecznego złożenia zamówienia rozpoczął bieg termin na wykonanie zamówienia. Ponadto, zdaniem Odwołującego, dla oceny realizacji umowy znaczenie ma fakt, iż Kompania Węglowa S.A. w trakcie trwania przedmiotowej umowy popadła w zwłokę z zapłatą Odwołującemu należnego mu wynagrodzenia z tytułu zrealizowanych dostaw, nie regulowała swoich bieżących zobowiązań w terminie narażając tym samym Odwołującego nie tylko na szkodę majątkową, ale przestoje

czy też zagrożenie bieżącej produkcji. W związku z tym Kompania Węglowa swoim zaniechaniem w płatnościach wpływała niekorzystnie na zdolności produkcyjne Odwołującego. Brak bieżących środków finansowych z należnego wynagrodzenia powodował ograniczenie w zdolności do nabywania materiałów niezbędnych do bieżącej produkcji noży kombajnowych. Skoro Odwołujący nie otrzymywał od Kompanii Węglowej należnego wynagrodzenia, które było niezbędne do realizacji bieżących umów, to w takiej sytuacji odpadła jedna z przesłanek art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Ustawy Pzp w postaci odpowiedzialności Odwołującego za zarzucane mu niewykonanie zamówienia. Również w zakresie umowy z Kompanią Węglową Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 92 ust. 1a Ustawy Pzp polegające na zaniechaniu przez Zamawiającego wyjaśnienia powodów, dla których przedstawione przez Odwołującego wyjaśnienia w trybie samooczyszczenia nie zostały uznane za wystarczające dla odstąpienia od wykluczenia Odwołującego.

W zakresie trzeciej umowy - odnośnie odstąpienia przez Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. od umowy nr 061590481, Odwołujący wskazał, iż spór w zakresie istnienia podstaw do odstąpienia, jak również odpowiedzialności za ten stan rzeczy został poddany pod rozstrzygnięcie Sądu Rejonowego w Rybniku. Wskazaną przez JSW S.A. podstawą odstąpienia od umowy były rzekome wady noży kombajnowych dostarczonych przez Odwołującego, które w toku postępowania sądowego zostaną poddane badaniu przez biegłego sądowego. Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, iż umowa numer 061500481 dotyczyła dostawy 8.200. sztuk noży, a łączna wartość netto dostaw przewidzianych w umowie wynosiła 471 100 zł. Jednym zarzutem stawianym spółce Dalin przez JSW S.A. była wada noży kombajnowych z dostawy liczącej 200 sztuk, która w kontekście umowy na dostawę 8.200 sztuk noży nie może oznaczać nienależytego wykonania umowy w istotnym stopniu. Odwołujący zaznaczył ponadto, iż w ramach jednego z postępowań JSW S.A. zarzuciła Odwołującemu nienależyte wykonanie zamówienia o numerze SZG 16.241-14644/15, który to zarzut został skonstruowany również w decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Tymczasem Sąd Rejonowy w Rybniku uznał, że Odwołujący nie dopuścił się niewykonania przedmiotowego zamówienia i orzekł, że JSW S.A. nie wykazała doręczenia spółce Dalin tego zamówienia. Odwołujący podkreślił, iż Zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów świadczących o odpowiedzialności Odwołującego za odstąpienie od przedmiotowej umowy. Nie wskazał również jakie okoliczności spowodowały decyzje JSW. S.A. o odstąpieniu od umowy. Zdaniem Odwołującego Zamawiający poprzez zaniechanie uzasadnienia tychże okoliczności dopuścił się również naruszeniu art. 92 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp. Z treści decyzji o wykluczeniu nie wynika bowiem na czym polegało niewykonanie umowy przez Odwołującego oraz w jakim stopniu miało dojść do niewykonania tejże umowy. Do obowiązków Zamawiającego należało

również wykazanie, że przyczyny niewykonania lub nienależytego wykonania umowy (w istotnym stopniu) leżą po stronie Odwołującego. Odwołujący zarzucił również naruszenie przez Zamawiającego art. 92 ust. 1a Ustawy Pzp polegające na zaniechaniu przez Zamawiającego wyjaśnienia powodów, dla których przedstawione przez Odwołującego wyjaśnienia w trybie samooczyszczenia nie zostały uznane za wystarczające dla odstąpienia od wykluczenia Odwołującego.

Odnośnie odstąpienie przez JSW S.A. od umowy numer 061600623 (czwarta umowa) Odwołujący podniósł, iż spór w zakresie istnienia podstaw do odstąpienia i odpowiedzialności za ten stan rzeczy został poddany pod rozstrzygnięcie Sądu Rejonowego w Rybniku i do chwili obecnej nie został rozstrzygnięty, wobec czego Zamawiający nie ma żadnych uprawnień do decydowania czy odstąpienie przez JSW SA od umowy było podyktowane rzeczywistymi przyczynami zależnymi od spółki Dalin. Odwołujący wskazał, iż podstawą złożonego przez JSW S.A. oświadczenia o odstąpieniu od umowy numer 061600623 były rzekome wady dostarczonych przez Odwołującego noży kombajnowych i zaznaczył, że JSW S.A. powołała się na wyniki badań przeprowadzonych przez podmiot jednostronnie wybrany przez tę spółkę. W zakresie przeprowadzonych badań Odwołujący stwierdził wiele nieprawidłowości, a zatem wyniki badań nie mogły stanowić podstawy do stwierdzenia wadliwości noży kombajnowych. Ponadto jednostka przeprowadzająca badania nie posiadała odpowiedniego sprzętu posiadającego niezbędną legalizację i wzorcowanie ani pracowników posiadających uprawnienia do przeprowadzenia tego typu badań. Ponadto Odwołujący podniósł, iż przedmiotowa umowa dotyczyła dostawy 41.803 sztuk a łączna wartość netto dostaw przewidzianych w umowie wynosiła 2.200.778,50 zł. Jak wynika zaś z treści oświadczenia o odstąpieniu z dnia 27.03.2017 r. podstawą faktyczną złożonego oświadczenia była zarzucana wadliwość noży z jednej dostawy o numerze 5/08//12/2017 z dnia 08.02.2017 r., która dotyczyła 36 noży. Zamawiający zaniechał także w tym przypadku przedstawienia dowodów i argumentów świadczących o niewykonaniu/nienależytym wykonaniu umowy w istotnym stopniu z przyczyn leżących po stronie Odwołującego, jak również o poważnym i zawinionym naruszeniu obowiązków zawodowych, co stanowi naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp. Z treści decyzji, o wykluczeniu nie wynika na czym polegało nienależyte wykonanie umowy przez Odwołującego oraz w jakim stopniu miało dojść niewykonania tejże umowy ani jakie okoliczności miałyby świadczyć o winie Odwołującego w związku ze stawianym mu zarzutem nienależytego wykonania umowy.

Podsumowując Odwołujący wskazał, iż Zamawiający bezpodstawnie wykluczył Odwołującego z postępowania i odrzucił złożoną przez niego ofertę, Przedstawione przez Zamawiającego okoliczności faktyczne nie uzasadniają, że z przyczyn zależnych od Odwołującego doszło do niewykonania nienależytego wykonania umów (opisanych w treści

decyzji o wykluczeniu) i w konsekwencji do ich rozwiązania lub zasądzenia odszkodowania, jak również poważnego i zawinionego wykroczenia zawodowego, a zatem decyzja o wykluczeniu Odwołującego z przetargu i odrzucenie oferty było sprzeczne z przepisami Ustawy Pzp, a Zamawiający miał obowiązek zaproszenia Odwołującego do aukcji elektronicznej co do części zamówienia nr 1, 2 i 4. Wobec tego zarzut naruszenia art. 91b ust. 1 Ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 Ustawy Pzp zdaniem Odwołującego jest zasadny.

Na posiedzeniu w dniu 8 marca 2018 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wskazał, iż w piśmie z dnia 13 lutego 2018 r. informującym o wykluczeniu z postępowania, przedstawił obszernie uzasadnienie takiej czynności. Zamawiający nie zgodził się też z zarzutem, że nie odniósł się w ww. piśmie do dokumentów przedłożonych w ramach procedury samooczyszczenia, miało to miejsce wprost w ostatnim akapicie pisma. Ponadto wskazał, że Odwołujący nie zastosował się do dyspozycji art. 24 ust 8 Ustawy Pzp tj. nie przedsięwziął nawet próby wykazania, że podjął jakiegokolwiek środki zmierzające do przywrócenia jego rzetelności, zapobiegające powstawaniu negatywnych zjawisk w przyszłości, w tym w udzielanym obecnie zamówieniu. Odwołujący skoncentrował się na polemice z faktami oraz przedstawianiu zarzutów stricte formalnych w zakresie realizowanych umów.

W kontekście umowy numer 70160490 z 23 listopada 2016 r. zawartej przez Odwołującego z Zamawiającym, Zamawiający wskazał m.in., iż w jego ocenie odstąpienie od tej umowy dokonane przez Odwołującego nie wywołało skutków prawnych wobec realizacji szeregu zamówień przez Odwołującego po dacie rzekomego odstąpienia świadczącej o woli związania istniejącą umową. Zamawiający wskazał również na wady oświadczenia o odstąpieniu takie jak odpowiedniość określonego terminu na wykonanie zobowiązania, brak wskazania od jakiej części strona odstępuje, powiązanie oświadczenia o odstąpieniu z fakturami wystawionymi w okresie, w jakim umowa jeszcze nie obowiązywała. Zamawiający wskazał także, iż nie może być mowy o podstawie do wstrzymania świadczenia przez Odwołującego, albowiem Zamawiający systematycznie regulował wszelkie płatności. Większość faktur była zapłacona w terminie, pozostałe zaś faktury jeśli były opłacane z opóźnieniem, to nie przekraczającym co do zasady 30 dni. Zamawiający podniósł także, iż Odwołujący w sposób bezzasadny kwestionuje wartość badań zleczonych przez Zamawiającego w ramach ww. umowy. Zamawiający zlecał badania Instytutowi Techniki Górniczej KOMAG, czyli tak jak to wynikało z ww. umowy. Z treści sprawozdania z badań nr 127/DLS/2017 wynika jednoznacznie, że wykonawcą zlecenia, któremu Zamawiający zlecił badanie, był Instytut Techniki Górniczej KOMAG, a zatem podmiot wskazany w umowie, która nie zabraniała wykonania części badań przy pomocy podwykonawców. Zdaniem Zamawiającego nieprawdziwe są również twierdzenia Odwołującego, że ww. badania nie dotyczyły dostaw

Odwołującego. Świadczy o tym m.in. protokół pobrania próbki do badania. Badanie dotyczyło m.in. noży z oznaczeniami wybitymi na stopce o treści 55D2/17, co wskazuje na produkt Odwołującego. Zamawiający zwrócił również uwagę na istotność zlecanych dostaw w ramach umowy nr 701604090 dla działalności Zamawiającego, powtarzalność w nienależytym wykonywaniu umowy tj. dostawy o niskiej jakości nieodpowiadającej parametrom wymaganym w umowie i występowanie opóźnień dla wielu udzielanych zamówień. Zamawiający podniósł, iż prowadzi działalność w zakresie wydobycia węgla kamiennego, dla której konieczne jest utrzymanie ciągłości wydobycia oraz postępu przodków, do czego niezbędne są noże kombajnowe, które stanowią jeden z podstawowych materiałów w procesie technologicznym produkcji węgla kamiennego. Zamawiający wyjaśnił do czego służą noże kombajnowe i co jest konsekwencją braku systematycznej dostawy noży o prawidłowej jakości. Dodatkowo Zamawiający wskazał, iż w uzgodnieniu z Odwołującym przeprowadził audyt warunków techniczno-organizacyjnych Odwołującego w hali produkcyjnej, z którego wynika, iż posiadane przez Odwołującego zaplecze produkcyjne nie gwarantuje terminowej, zgodnej ze stosownymi zapisami umownymi realizacji dostaw noży kombajnowych zważywszy również na fakt jednoczesnego realizowania przez Odwołującego kontraktów dla innych Odbiorców niż PGG S.A. Reasumując, Zamawiający podniósł, iż w toku realizacji umowy do końca kwietnia 2017 r. złożył 44 zamówienia i jedynie 4 ze złożonych zamówień zostały wykonane w terminie, opóźnienia Wykonawcy w realizacji dostaw wyniosły od 2 do 118 dni. Ponadto w przypadku 17 zamówień Zamawiający zmuszony był do podjęcia decyzji o odstąpieniu od zamówienia z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy i dokonania zakupu zastępczego. Powyższe stanowiło podstawę do wypowiedzenia Umowy ze względu na niewykonywanie zamówienia (wielokrotne uchylanie się od realizacji umowy) oraz nienależyte wykonywanie zamówienia (wykonywanie zamówienia w sposób niegodny ze sposobem określonym w umowie, skutkującym tym, że uzyskany efekt realizacji jest nieprzydatny do konkretnych celów) z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Odnosząc się do kwestii samooczyszczenia Zamawiający podniósł, iż Odwołujący nie wykazał, że podjął wystarczające działania dla przywrócenia statusu rzetelnego wykonawcy. Odwołujący konsekwentnie kwestionował, że znalazł się w sytuacji, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 lub 2 Ustawy Pzp.

W kontekście odstąpienia przez Kompanię Węglową S.A. od umowy numer eRu 331600945 z winy Odwołującego Zamawiający wskazał, iż oświadczenie o odstąpieniu od umowy zostało podpisane przez pełnomocników Kompanii Węglowej S.A., prawidłowo umocowanych do składania oświadczeń woli w zakresie realizacji umów. Zamawiający nie zgodził się także z argumentacją Odwołującego w zakresie nadania pisma z placówki innego podmiotu niż ówczesny zamawiający, wskazując, że koperta i adres nie świadczy o prawidłowości i prawdziwości oświadczenia woli. Dla zobrazowania istotności dostaw

Zamawiający przedstawił dane liczbowe dotyczące kopalni, do których kierowane były dostawy.

W kontekście rozwiązania umowy nr 061500481 oraz umowy 061600623 zawartych pomiędzy Odwołującym a Jastrzębską Spółką Węglową S.A. („JSW”), Zamawiający podniósł, że wystąpił do JSW z zapytaniem czy spółka ta odstąpiła od umów z Odwołującym w okresie ostatnich 3 lat. JSW S.A. pismem z dnia 19 kwietnia 2017 r. poinformowała Zamawiającego, iż od umowy nr 061500481 JSW odstąpiła pismem z dnia 2 czerwca 2015 r. zaś od umowy nr 061600623 pismem z dnia 27 marca 2017 r., a ze względu na odstąpienia od umów JSW wyklucza wykonawcę z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust 5 pkt 2 i 4 ustawy Pzp. Tym samym Zamawiający był uprawniony do uznania, że nastąpiło odstąpienie od umów zawartych z JSW z winy Odwołującego. Odnosząc się do dokumentów złożonych przez Odwołującego dotyczących prowadzonych sporów przez sądem powszechnym z umów zawartych z JSW, w ocenie Zamawiającego nie wskazują one na bezzasadność odstąpienia. Dokumenty te przedstawiają jedynie stanowisko Odwołującego w toczącym się postępowaniu sądowym i dowodzą jedynie, że toczy się spór dotyczący zapłaty. Zamawiający zaznaczył także, że Odwołujący nie wniósł odwołania od własnego wykluczenia w postępowaniu prowadzonym przez JSW.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów Ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 Ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania przekazaną przez Zamawiającego i potwierdzoną za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia, ofertę złożoną przez Odwołującego, pismo Zamawiającego z dnia 15 grudnia 2017 r. zawierające informację o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, pismo Zamawiającego z dnia 26 stycznia 2018 r. wzywające Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów i udzielenia wyjaśnień, odpowiedź Odwołującego z dnia 31

stycznia 2018 r., informację z dnia 13 lutego 2018 r. o zaproszeniu wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej i wykluczeniu Odwołującego z postępowania oraz odrzuceniu jego oferty.

Izba dopuściła także dowody z dokumentów przedstawionych przez Strony, w tym z dokumentów załączonych do odwołania i odpowiedzi na odwołanie oraz złożonych w toku rozprawy. Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy z 8 marca 2018 roku, jak również przedstawione w złożonych pismach. Podczas rozprawy Odwołujący i Zamawiający podtrzymali w całości stanowiska prezentowane we wniesionych pismach.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia jest dostawa osprzętu wiertniczego: żerdzi i łączników oraz pozostałych elementów przewodu wiertniczego dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej Sp. z o.o. w 2018 r. – nr grupy 295-6. Część nr 1 obejmowała żerdzie 6xkątne, Część nr 2 żerdzie śrubowo żebrowe, a Część nr 4 łączniki do żerdzi. W punkcie XI.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ”) Zamawiający przewidział przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania, wskazując m.in., iż w oparciu o art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Ustawy Pzp, z zastrzeżeniem regulacji art. 24 ust. 8 i 9 Ustawy Pzp wykluczy z postępowania wykonawcę, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie publiczne, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych (ppkt 2), jak również wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z Zamawiającym, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania (ppkt 3).

Odwołujący złożył ofertę wraz z jednolitym europejskim dokumentem zamówienia („JEDZ”), w którym na pytanie „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?” zaznaczył odpowiedź „Tak” oraz przedstawił opis tej sytuacji. Ponadto Odwołujący dołączył do oferty odrębne oświadczenie, które w sposób szczegółowy opisywało brak podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Pismem z dnia 15 grudnia 2017 r. Zamawiający zaprosił wykonawców do udziału w aukcji

elektronicznej oraz poinformował o wykluczeniu Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, jak też o tym, że odrzuci jego ofertę na podstawie art. 24 ust. 4 Ustawy Pzp. Powyższa czynność Zamawiającego została zaskarżona przez Odwołującego. Wyrokiem z dnia 8 stycznia 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2711/17 Krajowa Izba Odwoławcza – wobec uwzględnienia części zarzutów przez Zamawiającego - umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25a ust. 1 pkt 1 w związku z ich niezastosowaniem i w konsekwencji zaniechaniem wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentu JEDZ i załączonych oświadczeń w części dotyczącej samooczyszczenia, art. 92 ust. 1a w związku z jego niezastosowaniem i w konsekwencji zaniechaniem wskazania powodów, dla których wyjaśnienia odwołującego złożone w trybie samooczyszczenia nie zostały uznane za wystarczające, art. 92 ust. 1 pkt 2 w związku z zaniechaniem wskazania okoliczności świadczących o zasadności odstąpienia przez zamawiającego od umowy nr 701604090, przez Kompanię Węglową S.A. od umowy nr e-Ru 331600945 oraz przez Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. od umów nr 061500481 i 061600623 w związku z istotnym niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy z przyczyn leżących po stronie odwołującego, art. 91b ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z ich bezpodstawnym zastosowaniem i w konsekwencji zaniechaniem zaproszenia odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej, podczas gdy oferta odwołującego nie podlegała odrzuceniu, gdyż odwołujący nie podlegał wykluczeniu. W pozostałym zakresie Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania w części 1, 2 i 4 na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy Pzp i w konsekwencji – uznania jego oferty za odrzuconą oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

W dniu 26 stycznia 2018 r. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp wezwał Odwołującego do uzupełnienia JEDZ wypełnionego w zakresie odpowiednim do wskazanych w treści wezwania podstaw wykluczenia oraz złożenia wyjaśnień dotyczących umów nr 061500481 oraz 061600623 zawartych z Jastrzębską Spółką Węglową, tj. wskazanie ile i jakich zamówień zostało przez wykonawcę wykonanych terminowo w czasie ich trwania, ile i jakich zamówień zostało przez wykonawcę niewykonanych w czasie ich trwania oraz podanie przyczyn niewykonywania zamówień w terminie i przedłożenie dowodów na potwierdzenie wyjaśnień. Zamawiający wezwał również, aby w przypadku gdy Odwołujący zamierza skorzystać z procedury samooczyszczenia do złożenia dowodów potwierdzających podjęcie działań mających na celu przywrócenie rzetelności wykonawcy w związku z nienależytym wykonywaniem wskazanych w treści wezwania umów, jak też przedstawieniem nieprawdziwych informacji mających wpływ na decyzje zamawiającego, zgodnie z art. 24 ust. 8 Ustawy Pzp. Zamawiający wskazał także, iż posiada informacje, że z powodu niewykonania

lub nienależytego wykonania umowy z Odwołującym zostały rozwiązane następujące umowy: umowa nr e-Ru 331600945 z 4 marca 2016 r. zawarta z Kompanią Węglową S.A., umowa nr 061500481 i 061600623 zawarta z Jastrzębską Spółką Węglową S.A. oraz umowa z dnia 23 listopada 2016 r. nr 701604090 zawarta z Zamawiającym. Następnie Zamawiający przedstawił szczegółowe informacje dotyczące podstaw uznania przez Zamawiającego, że rozwiązanie umów miało miejsce z przyczyn zawinionych przez wykonawcę.

Odwołujący pismem z dnia 31 stycznia 2018 r. wyjaśnił, że na wszelkie pytania i zarzuty Zamawiającego udzielił on odpowiedzi w odwołaniu do Krajowej Izby Odwoławczej i zostały one prawomocnie rozstrzygnięte wyrokiem KIO z dnia 8 stycznia 2018 r. (sygn. akt KIO 2711/17). Wskazał także, że wszelkie wyjaśnienia dotyczące umów nr 061500481 oraz 061600623 zostały przedstawione KIO i prawomocnym wyrokiem uznane jako wystarczające, a zastrzeżenia Zamawiającego jako bezzasadne. W załączeniu do pisma Odwołujący złożył kopię odwołania w ww. sprawie, kopię wyroku z 8 stycznia 2018 r. oraz JEDZ sporządzony zgodnie z opisem zawartym w załączniku nr 2b do SIWZ i wypełniony w zakresie odpowiednim do wskazanych w wezwaniu podstaw wykluczenia. W złożonym dokumencie JEDZ Odwołujący, na pytanie „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?” udzielił odpowiedzi „TAK” oraz przedstawił obszerny opis sytuacji. Ponadto na pytanie w JEDZ „Czy przedsięwzięto środki w celu wykazania Państwa rzetelności („samooczyszczenie”)?” Odwołujący odpowiedział „TAK” i przedstawił szczegółową argumentację w tym zakresie.

W dniu 13 lutego 2018 r. Zamawiający zaprosił do udziału w aukcji elektronicznej wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu. Jednocześnie Zamawiający poinformował, iż do udziału w aukcji elektronicznej nie zostanie zaproszony wykonawca, który podlega wykluczeniu a jego oferta odrzuceniu, tj. Dalin Sp. z o.o. Jako uzasadnienie prawne Zamawiający powołał podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 i pkt 2 Ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający podniósł, iż Polska Grupa Górnicza Sp. z o.o. (od 29.12.2017 r. S.A.) posiada informacje, iż z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy z Dalin Sp. z o.o. zostały rozwiązane następujące umowy:

1. Kompania Węglowa S.A. odstąpiła od umowy nr e-Ru 331600945 zawartej w dniu 4 marca 2016 r. na „Dostawy noży kombajnowych do organów urabiających dla Oddziałów KW S.A. w latach 2015-2016” na podstawie art. 491 KC z winy Wykonawcy (Dalin), który nie realizował umowy zgodnie z jej zapisami;
2. Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. (dalej JSW) odstąpiła od umowy nr 061500481 na

dostawę noży do kombajnów ścianowych i chodnikowych. JSW potwierdziła, że podstawą do odstąpienia było nienależyte wykonywanie umowy;

3. Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. oświadczeniem z dnia 27.03.2017 r. odstąpiła od umowy nr 061600623 na dostawy noży do kombajnów ścianowych. JSW potwierdziła, że podstawą do odstąpienia było nienależyte wykonywanie umowy;
4. Polska Grupa Górnicza Sp. z o.o. rozwiązała w drodze wypowiedzenia umowę 701604090 z dnia 23 listopada 2016 r. na dostawy noży kombajnowych. Dnia 20.06.2017 r. Polska Grupa Górnicza sp. z o.o. oświadczyła, że na podstawie §6 ust. 4 pkt 3) Umowy w związku z nienależytym wykonywaniem zamówienia z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy (Dalin) wypowiada Umowę Nr 701604090 z zachowaniem 30 dniowego okresu wypowiedzenia. Dodatkowo Polska Grupa Górnicza sp. z o.o. zakwestionowała jakość wyrobów Dalin, co potwierdzono wynikami trzech badań przeprowadzonych w Instytucie Techniki Górniczej KOMAG w Gliwicach.

Zamawiający wskazał również, iż zgodnie z wyrokiem KIO 2711/17 z dnia 8 stycznia 2018 r. dokonał ponownie czynności badania i oceny ofert. W wyniku badania i oceny ofert Zamawiający stanął na stanowisku, że Wykonawca nie wykonał należycie wyżej wskazanych umów w sprawie zamówienia publicznego w istotnym stopniu ze swojej winy, co doprowadziło do rozwiązania tych umów. Tym samym zachodzą okoliczności do wykluczenia Wykonawcy z postępowania wskazane w art. 24 ust 5 pkt 4 Ustawy Pzp. Zdaniem Zamawiającego zachodzi również przesłanka określona w art. 24 ust 5 pkt 2 Ustawy Pzp, tj. wykonawca w sposób poważny naruszył swoje obowiązki zawodowe, gdyż jego rażące niedbalstwo przy wykonywaniu ww. umów prowadziło do nienależytego wykonywania zamówień lub ich niewykonywania w części. Następnie Zamawiający przedstawił informacje dotyczące podstaw uznania przez Zamawiającego, że rozwiązanie umów miało miejsce z przyczyn zawinionych przez wykonawcę, gdyż w istotnym stopniu nie wykonał on lub nienależyście wykonał umowę w sprawie zamówienia publicznego. Jednocześnie ze względu na powtarzające się przyczyny rozwiązania umów i konieczność korzystania z zakupów zastępczych Zamawiający podniósł, że zachodzą też okoliczności wskazane w art. 24 ust 5 pkt 2 Ustawy Pzp. Wykonawca poważnie naruszył swoje obowiązki zawodowe narażając na poważne utrudnienia w funkcjonowaniu oraz organizacji pracy kopalni.

Odnosnie rozwiązania umowy zawartej pomiędzy wykonawcą a Zamawiającym dnia 23 listopada 2016 r. o numerze 701604090, Zamawiający wskazał w szczególności na opóźnienia w realizacji dostaw wynoszące od 2 do 118 dni, konieczność dokonania zakupów zastępczych, jakość dostarczonych noży odbiegającą od parametrów opisanych w Umowie potwierdzoną wynikami badań niezależnej jednostki badawczej. Zamawiający wskazał także, że Dalin Sp. z o.o. po dniu 28 kwietnia 2017 r. realizował umowę 701604090 przyjmując

zamówienia i dostarczając noże kombajnowe do Oddziałów Zamawiającego zgodnie z numerami zamówień wymienionymi szczegółowo w treści informacji o wykluczeniu, w związku z czym nie może być mowy o odstąpieniu od umowy ze strony Dalin Sp. z o.o. Zamawiający wskazał, iż:

- wykonawca nienależycie wykonywał umowę - trzykrotne badania jakości dostarczanych noży przeprowadzone w Instytucie Techniki Górniczej KOMAG w Gliwicach wskazują na złą jakość dostarczonego towaru;
- niewykonanie umowy miało charakter istotny (wartość umowy 6 436 956 PLN netto, Zamawiający złożył zamówienia na kwotę 2 701 577,01 PLN, realizacja umowy na dzień 12.02.2018 r. wynosi 961 331,74 PLN), noże kombajnowe są istotnym elementem wyposażenia kombajnu, gdyż ich zła jakość lub nieterminowe dostawy wpływają na realizację zadań produkcyjnych;
- niewykonanie i nienależyte wykonanie nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy - w toku realizacji umowy zamawiający do końca kwietnia 2017 r. złożył 44 zamówienia. Jedynie 4 ze złożonych zamówień zostały wykonane w terminie. Opóźnienia Wykonawcy w realizacji dostaw wyniosły od 2 do 118 dni. Ponadto na dzień 12.02.2018 r., w przypadku 42 zamówień Zamawiający zmuszony był do podjęcia decyzji o odstąpieniu od zamówienia z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy i dokonania zakupu zastępczego na kwotę umowy 1 096 917,37 PLN;
- doszło do rozwiązania umowy - Zamawiający oświadczeniem z dnia 20.06.2017 r. wypowiedział umowę z zachowaniem 30 dniowego okresu wypowiedzenia.

Odnosnie rozwiązania umowy z dnia 4 marca 2016 r. nr 331600945 zawartej pomiędzy Kompanią Węglową a Wykonawcą, Zamawiający wskazał m.in., iż odstąpienie od umowy miało miejsce ze względu na brak realizacji złożonych przez zamawiającego zamówień. Odstąpienie zostało podpisane przez pełnomocników Kompanii Węglowej S.A. prawidłowo umocowanych do składania oświadczeń woli w zakresie realizacji umów. Zamawiający wskazał, iż:

- wykonawca nie wykonał umowy w sprawie zamówienia publicznego - Zamawiający Kompania Węglowa S.A. oświadczeniem z dnia 29.04.2016 r. odstąpił od Umowy;
- Wykonawca nienależycie wykonywał umowę - brak realizacji złożonych zamówień mimo upływu terminu dostawy oraz telefonicznych monitów Zamawiającego, dwóch pism w sprawie niezwłocznej realizacji złożonych zamówień, pisma w sprawie wezwania do niezwłocznej realizacji zamówień w nieprzekraczalnym terminie, pod rygorem odstąpienia od zamówienia;
- niewykonanie umowy miało charakter istotny (wartość umowy 2 923 441,00 PLN netto, realizacja umowy wg. zamówień na dzień 28.04.2016 r. wynosiła 8,34%). Noże

kombajnowe są istotnym elementem wyposażenia kombajnu gdyż ich nieterminowe dostawy wpływają na realizację zadań produkcyjnych;

- niewykonanie i nienależyte wykonanie nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy - w toku realizacji umowy zamawiający do końca kwietnia 2016 r. złożył 8 zamówień na kwotę 189 063,00 PLN. Jedynie 4 ze złożonych zamówień zostały zrealizowane częściowo (na kwotę 64 062,70 PLN).

W zakresie rozwiązania umowy nr 061500481 oraz umowy 061600623 zawartych pomiędzy Wykonawcą a Jastrzębską Spółką Węglową S.A. Zamawiający poinformował iż wystąpił do JSW z zapytaniem czy spółka ta odstąpiła od umów z wykonawcą Dalin Sp. z o.o. w okresie ostatnich 3 lat. JSW w piśmie z dnia 19 kwietnia 2017 r. wskazała, iż odstąpiła od obu umów i z tego powodu wyklucza wykonawcę z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust 5 pkt 2 i 4 ustawy PZP. Ponadto Zamawiający jest w posiadaniu pisma z dnia 7 kwietnia 2017 r. dotyczącego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez JSW na dostawy do kopalń JSW noży kombajnowych chodnikowych oraz ścianowych, z którego wynika, iż w ramach umowy nr 061500481 Odwołujący nie wykonał zamówienia nr SZG16.241-14644/15 oraz zaniechał realizacji umowy nr 061600623, w związku z czym JSW była zmuszona do udzielenia zamówień zastępczych. Tym samym Zamawiający był uprawniony do uznania, że nastąpiło odstąpienie od umów zawartych z JSW z winy wykonawcy.

Ponadto Zamawiający poinformował iż w stosunku do powyższych umów umożliwił wykonawcy skorzystanie z art. 24 ust. 8 Ustawy Pzp i przedstawienia dowodów na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów na samooczyszczenie, a jedynie polemikę z podstawami odstąpienia od umowy. W szczególności wykonawca nie wykazał, że podjął jakiegokolwiek środki mające na celu przywrócenie rzetelności wykonawcy, w tym zmierzające do poprawy jakości wykonywanych dostaw lub też zachowanie terminowości wykonywania zamówień zleczanych do wykonania. Wykonawca nie przedstawił też dowodów na naprawienie szkód wyrządzonych nienależytym wykonywaniem umów. Tym samym pomimo umożliwienia przez Zamawiającego dokonania procedury samooczyszczenia wykonawca nie sprostał wymaganiu ustawy Pzp oraz nie wykazał swojej rzetelności.

Treść ww. dokumentów nie jest sporna pomiędzy Stronami i nie była przez nie kwestionowana.

Izba ustaliła ponadto, iż w toku postępowania o udzielenie zamówienia doszło do przekształcenia spółki Polska Grupa Górnicza Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wpisanej do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000544386 w spółkę Polska Grupa Górnicza Spółka Akcyjna wpisaną do rejestru

przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000709363 (data rejestracji w KRS: 29 grudnia 2017 r.).

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 5 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 Ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania w części zamówienia nr 1, 2 i 4 oraz uznanie jego oferty za odrzuconą nie potwierdził się.

Zgodnie z treścią art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. Powyższa podstawa do wykluczenia ma charakter fakultatywny, co oznacza, że Zamawiający może, lecz nie musi podstawę taką przewidzieć w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zgodnie z art. 24 ust. 6 Ustawy Pzp, jeżeli Zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na tej podstawie, to musi ją wskazać w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ lub zaproszeniu do negocjacji. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający jako jedną z podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania przewidział podstawę, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy Pzp, co znajduje potwierdzenie w punkcie XI.2 ppkt 3 SIWZ. W konsekwencji, w przypadku ziszczenia się przesłanek, o których mowa w tym przepisie, Zamawiający posiadał uprawnienie do wykluczenia wykonawcy z postępowania na tej podstawie. Przesłankami tymi są: niewykonanie lub nienależyte wykonanie wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, zawartej z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4) z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, istotny stopień niewykonania lub nienależytego wykonania tej umowy, a także będące tego skutkiem rozwiązanie umowy lub zasądzenie odszkodowania.

Izba uznała, iż zgromadzony w sprawie materiał dowodowy potwierdzał okoliczność, że Odwołujący z przyczyn leżących po jego stronie nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego, którą Odwołujący zawarł z Zamawiającym w dniu 23 listopada 2016 r. (umowa nr 701604090).

Po pierwsze w ocenie składu orzekającego ziszcza się przesłanka nienależytego wykonania wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego z przyczyn leżących po stronie Odwołującego. Okolicznością bezsporną pomiędzy stronami był fakt, iż umowa nr 701604090

z dnia 23 listopada 2016 r. zawarta pomiędzy Dalin Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością a Polską Grupą Górniczą Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością była umową w sprawie zamówienia publicznego, której stroną był zamawiający, o której mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4 Ustawy Pzp. Powyższe potwierdza również § 1 ww. umowy. Sporny pomiędzy stronami był fakt niewykonania/nienależytego wykonania tej umowy przez Odwołującego. Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z postępowania wskazał m.in. iż do końca kwietnia 2017 r. jedynie 4 z 44 zamówień zostały wykonane w terminie, a opóźnienia w realizacji dostaw wyniosły od 2 do 118 dni. Zamawiający podniósł także, iż był zmuszony do odstąpienia od zamówień i dokonania zakupów zastępczych, jak również zwrócił uwagę na jakość dostarczanych noży kombajnowych, która odbiegała od parametrów określonych w umowie, potwierdzonej wynikami niezależnej jednostki badawczej. Z uwagi na powyższe Zamawiający wypowiedział umowę na podstawie § 6 ust. 4 pkt 3 umowy ze względu na niewykonywanie zamówienia (wielokrotne uchylanie się od realizacji umowy) oraz nienależyte wykonanie zamówienia (wykonanie w sposób niezgodny ze sposobem określonym w umowie, skutkującym tym, że uzyskany efekt realizacji jest nieprzydatny do konkretnych celów) z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Jak wynika z powyższego jedną z podnoszonych przez Zamawiającego podstaw, dla których uznał on zasadność wykluczenia Odwołującego z postępowania była jakość dostarczanych przez Odwołującego noży kombajnowych będących istotnym elementem wyposażenia kombajnu, która wpływała na realizację zadań produkcyjnych.

W ocenie Izby Zamawiający wykazał wadliwą jakość dostarczanych przez Odwołującego produktów, która przesądzała o nienależytym wykonaniu umowy z przyczyn leżących po stronie Odwołującego. Wadliwość noży dostarczanych w ramach umowy z PGG potwierdzają sprawozdania z badań pobranych próbek noży, w których wykryto niezgodność z parametrami wymaganymi w umowie. W dokumentacji postępowania znajdują się trzy sprawozdania z badań (nr 140/DLS/2017, nr 188/DLS/2017 oraz nr 127/DLS/2017), które potwierdzają niezgodność parametrów technicznych noży kombajnowych z parametrami wymaganymi umową nr 701604090, w szczególności w zakresie twardości spieku, twardości korpusu noża, wytrzymałości na rozciąganie korpusu noża (niezgodność w tym zakresie potwierdziły wszystkie trzy badania), długości spieku, masy spieku, udarność korpusu noża, głębokości osadzenia spieku (niezgodność w tym zakresie potwierdzono w dwóch z trzech przeprowadzonych badań). Na powyższą okoliczność, w tym przeprowadzone badania, Zamawiający powołał się w treści informacji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Zważyć należy, że Odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek argumentów, które wskazywałyby, iż niezgodność jakości noży z parametrami technicznymi wskazanymi w umowie nie miała miejsca czy też była ona na tyle niewielka, że nie uzasadniała

wypowiedzenia umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Odwołującego. Odwołujący wskazał jedynie, iż wyniki badań nie negują większości parametrów użytkowych noży, nie rozwijając jednak szerzej tej kwestii. Zamiast tego skupił się na kwestionowaniu aspektów formalnych, podważając, że badań dokonało inne laboratorium niż wskazane w umowie czy poddając w wątpliwość, że badaniom podlegały noże dostarczone przez Odwołującego.

Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego, iż Instytut Techniki Górniczej KOMAG (dalej jako „ITG KOMAG”) nie był autorem badań opisanych w informacji o wykluczeniu. W myśl § 4 ust. 1 Ogólnych Warunków Zakupu i Realizacji Dostaw, stanowiących Załącznik nr 3 do umowy z dnia 23 listopada 2016 r. Zamawiający zastrzegł sobie prawo przeprowadzania w dowolnym terminie, w czasie obowiązywania umowy, badań kontrolnych zakupionego i dostarczonego towaru w zakresie jego zgodności z deklarowanymi przez wykonawcę parametrami technicznymi i jakościowymi oraz wydanymi certyfikatami. Zgodnie z treścią § 9 ust. 2 ww. umowy Strony postanowiły, że badania kontrolne, o których mowa powyżej, zostaną przeprowadzone w ITG KOMAG, Jednostka Certyfikująca, z siedzibą w Gliwicach. Potwierdza to również treść Załącznika nr 1a do umowy – punkt III. ppkt 7. Z treści znajdujących się w aktach sprawy sprawozdań z badań nr 127/DLS/2017, nr 140/DLS/2017 oraz nr 188/DLS/2017 w sposób jednoznaczny wynika, iż zostały one sporządzone przez ITG KOMAG – a zatem podmiot wskazany w umowie nr 701604090 z dnia 23 listopada 2016 r. Sprawozdania zostały podpisane przez osobę działającą w imieniu tego Instytutu i opatrzone jego znakiem firmowym. Fakt, iż część badań objętych sprawozdaniami została wykonana przez inne podmioty na zlecenie ITG KOMAG w ocenie Izby nie świadczy o tym, że badania kontrolne nie zostały przeprowadzone w sposób zgodny z umową z dnia 23 listopada 2016 r. To ITG KOMAG był adresatem zlecenia badań przez Zamawiającego i pobierał za ich realizację wynagrodzenie, ponosząc tym samym odpowiedzialność za ich należyte wykonanie. Postanowienia umowy nr 701604090 z dnia 23 listopada 2016 r. nie zakazywały zaś możliwości zlecenia przez ITG KOMAG realizacji części badań technicznych innym podmiotom. Izba nie przyznała racji również twierdzeniom Odwołującego jakoby brak było potwierdzenia, że badane noże były produktami dostarczanymi przez Odwołującego. Zamawiający w treści informacji o wykluczeniu wskazał, że noże posiadają oznaczenie wybite na stopce o treści 55D2/17 wskazujące na wyrób Odwołującego. Ponadto w treści każdego sprawozdania w rubryce „oznaczenie zleceniodawcy” znajduje się opis oznaczenia wybitego na stopce, jak również fotografia dokumentująca to oznaczenie. Z kolei Zamawiający przedstawił m.in. protokół nr 1/2017 pobrania próbki materiału do badań kontrolnych dotyczący dostaw nr 564, 566 z dnia 13 lutego 2017 r. dokonanych przez Odwołującego, w którym również wskazano na ww. oznaczenie wyrobów i z którego wynika, że Odwołujący był

zawiadamiany o planowanym pobraniu próbek do badań.

W tym stanie rzeczy w ocenie Izby brak było podstaw do poddania w wątpliwość, że produkty z takim oznaczeniem pochodziły z dostawy Odwołującego, tym bardziej, że Odwołujący nie przedstawił jakiegokolwiek argumentacji, która wskazywałaby, że produkty oznaczone we wskazywany przez Zamawiającego sposób nie były jego wyrobami.

W świetle powyższego w ocenie składu orzekającego w przypadku umowy nr 701604090 z dnia 23 listopada 2016 r. doszło do jej nienależytego wykonania z przyczyn leżących po stronie Odwołującego, które przejawiało się dostawą noży, odbiegających jakością od wymogów wynikających z zawartej umowy.

Ponadto Izba uznała, iż nienależyte wykonanie umowy przez Odwołującego miało miejsce w istotnym stopniu. Izba w pełni podziela pogląd wyrażany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, w tym m.in. w wyroku z dnia 3 lutego 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 139/17, iż nie można utożsamiać „istotności” nienależytego lub niewykonania umowy wyłącznie z określonym stopniem wykonania tej umowy pod względem wartościowym czy rzeczowym, ponieważ przepis nie konkretyzuje takiego punktu odniesienia. Dla ustalenia znaczenia tego pojęcia należy odnieść się do art. 57 ust. 4 lit. g Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dyrektywa klasyczna), który znajduje w przedmiotowej sprawie zastosowanie wobec odesłania zawartego w art. 80 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE (Dyrektywa sektorowa). Zgodnie z treścią art. 57 ust. 4 lit. g Dyrektywy klasycznej, którego implementację do polskiego porządku prawnego stanowi art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy Pzp, wykluczeniu może podlegać wykonawca, który wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej wcześniejszej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji. Powyższy przepis wskazuje zatem, że chodzi tu nie tylko o istotny wartościowo lub rzeczowo zakres nienależytego lub niewykonania świadczenia wykonawcy w stosunku do zakresu przewidzianego umową, ale również o niespełnienie przez wykonawcę świadczenia, w sposób odpowiadający istotnym dla Zamawiającego wymogom wynikającym z tej umowy. Dlatego w ocenie Izby użyte w art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy Pzp sformułowanie „w istotnym stopniu” należy odnosić zarówno do zakresu umowy, jak i do wykonania umowy ze znaczącym naruszeniem jej postanowień, np. do znaczących wad produktu, które spowodowały jego niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem, a nawet powtarzających się takich samych wad świadczenia wykonawcy,

choćby nie w zakresie najistotniejszych wymagań, jak na przykład powtarzające się niedochowywanie terminu wykonania zamówień (por. także wyrok z dnia 9 maja 2017 r. sygn. akt KIO 706/17, wyrok z dnia 4 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1166/17).

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy należy wskazać, że przedmiotem umowy nr 701604090 z dnia 23 listopada 2016 r. zawartej przez Odwołującego z Zamawiającym była dostawa noży kombajnowych do organów urabiających dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej Sp. z o.o. w latach 2016-2017 za cenę według specyfikacji określonej w Załączniku nr 1 oraz parametrach określonych w Załączniku nr 1a do umowy. Nie budzi zatem wątpliwości Izby, iż kluczowym dla Zamawiającego było, aby noże spełniały parametry wyszczególnione w Załączniku nr 1a do umowy i mogły służyć celowi, dla którego były dostarczane, tj. do wyposażenia organów urabiających kombajnów wykorzystywanych do wydobywania węgla. Potwierdził to Zamawiający w treści informacji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania wskazując, iż noże kombajnowe są istotnym elementem kombajnu, gdyż ich zła jakość (i nieterminowe dostawy) wpływa na realizację zadań produkcyjnych. Izba stwierdziła, że Zamawiający trzykrotnie badał jakość dostarczanych noży i trzykrotnie stwierdzano ich wady. Co więcej, Zamawiający w dniu 22 marca 2017 r. wystosował do Odwołującego pismo, w którym informował go o wadliwości noży i wskazał, których konkretnie parametrów techniczno – użytkowych nie spełniają (w oparciu o sprawozdanie z badań nr 127/DLS/2017). Ponadto Zamawiający w piśmie tym wskazał jakie istotne znaczenie te wady mają dla prawidłowej pracy maszyn i działalności kopalni. Zamawiający podkreślił wówczas m.in., że sprawą istotną z jego punktu widzenia jest brak na korpusie badanych noży wymaganej warstwy napawanej o grubości ≥ 1 mm na długości ≥ 30 mm od wierzchołka spieku o twardości ≥ 54 HRC, zabezpieczającej powierzchnię roboczą korpusu przed nadmiernym zużyciem. Brak ww. warstwy napawanej wykonanej z materiału trudnościeralnego obniża w sposób znaczący trwałość noży i zwiększa koszty eksploatacji (częsta wymiana noży, częstsze przestoje kombajnu, zmniejszenie wydobywania). Zamawiający zwrócił również uwagę na zbyt duży rozrzut w zakresie wyników badań dotyczących udarności korpusu świadczących jednoznacznie o braku powtarzalności tego ważnego parametru, decydującego o odporności korpusu na odkształcenia mechaniczne. Wskazał także, że twardość korpusu nożna w zakresie 33,5HRC jest nie do zaakceptowania, gdyż korpusy noży w celu zwiększenia odporności na ścieranie powinny być poddawane procesowi obróbki cieplnej, celem poprawienia odporności na ścieranie. Uwagę Zamawiającego zwróciła również niezgodność wymiarów geometrycznych węglik spiekanych, które w sposób znaczący odbiegają od wymaganych. Zamawiający w treści pisma wskazał, iż ww. wady dyskwalifikują produkty Odwołującego i czynią je zupełnie nieprzydatnymi do urabiania skał o wytrzymałości na ścislenie do 100MPa przy zawartości krzemionki do 80%.

Z uwagi na powyższe Izba uznała, iż nienależyte wykonanie umowy dotyczyło wymogu o charakterze istotnym dla Zamawiającego z perspektywy celu, jakiemu dostarczane noże kombajnowe miały służyć, tj. należytej pracy organów urabiających skały. Ich niewłaściwa jakość wpływać mogła na koszty pracy Zamawiającego związane z krótszym okresem eksploatacji noży, zwiększoną podatnością na uszkodzenia, koniecznością ich częstszej wymiany, czy przestojami maszyn. W ocenie Izby nie budzi wątpliwości okoliczność, iż dla prowadzenia działalności w zakresie wydobycia węgla kamiennego konieczne jest utrzymanie ciągłości tego wydobycia, na którą wpływ może mieć także jakość noży kombajnowych do organów urabiających kombajnów niższa niż wymagana przez Zamawiającego. O istotnym stopniu nienależytego wykonania umowy przesądza także okoliczność, iż również dwa kolejne badania próbek wskazały na nieprawidłową jakość noży kombajnowych, w tym m.in. w zakresie parametrów, na które Zamawiający zwracał uwagę w piśmie z dnia 22 marca 2018 r., jak np. twardość korpusu noża. Powyższe świadczy o powtarzalności wad produktów, tym bardziej, że badaniom podlegały próbki pobrane z różnych dostaw. Izba wzięła pod uwagę również okoliczność, iż Odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek argumentów, które wskazywałyby na to, że stwierdzone podczas badań nieprawidłowości w odniesieniu do określonych parametrów technicznych nie były istotne, tj. nie miały one wpływu na pracę organów urabiających kombajnów. Odwołujący w zasadzie nie zaprzeczył podnoszonym przez Zamawiającego okolicznościom związanym z wpływem wad noży na podstawową działalność Zamawiającego. W tym kontekście nie można tracić z oczu także okoliczności, iż niewłaściwa jakość dostarczanych noży kombajnowych była również podstawą odstąpienia od umów numer 061500481 i 061600623 przez innego zamawiającego – Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. Jak wskazał sam Odwołujący w oświadczeniu w przedmiocie tzw. samooczyszczenia „każdorazowo podstawą faktyczną złożonych przez JSW S.A. oświadczeń o odstąpieniu od umów numer 061500481 i 061600623 były rzekome wady dostarczonych przez spółkę Dalin noży kombajnowych, czyli spółce Dalin zarzucono nienależyte wykonanie umów. W związku z tym bezpośrednią podstawą złożonych przez JSW oświadczeń o odstąpieniu od obu umów był zarzut nienależytego wykonania umowy rozumianego jako dostarczenie noży posiadających wady.”

Izba nie znalazła również podstaw do poddania w wątpliwość stanowiska Zamawiającego, iż na skutek ww. nienależytego wykonania w istotnym stopniu umowy nr 701604090 z dnia 23 listopada 2016 r. z przyczyn leżących po stronie Odwołującego doszło do wypowiedzenia tej umowy przez Zamawiającego, a zatem spełniona została również przesłanka rozwiązania umowy, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy Pzp. W ocenie składu orzekającego Zamawiający dokonał w dniu 20 czerwca 2017 r. wypowiedzenia umowy nr 701604090 z zachowaniem 30-dniowego okresu wypowiedzenia w sposób skuteczny. Bezspornym zaś

między Stronami był fakt, iż jedną z przyczyn wypowiedzenia tej umowy były powtarzalne wady dostarczanych noży. Również w informacji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania Zamawiający wskazał, że podstawą do wypowiedzenia umowy było m.in. nienależyte wykonywanie zamówienia - wykonywanie w sposób niezgodny ze sposobem określonym w umowie, skutkującym tym, że uzyskany efekt realizacji jest nieprzydatny do konkretnych celów. Okoliczność, że podstawą wypowiedzenia były także wady noży potwierdził również sam Odwołujący w treści odwołania.

W tym miejscu należy wskazać, iż Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego, że wypowiedzenie umowy przez Zamawiającego było nieskuteczne wobec uprzedniego odstąpienia od umowy przez Odwołującego. Zgromadzony w sprawie materiał dowodowy jednoznacznie wskazuje, iż po dniu złożenia oświadczenia w przedmiocie odstąpienia od umowy Odwołujący realizował dalsze zamówienia na podstawie tej umowy. Zarówno Zamawiający w składanych zamówieniach powoływał się na numer umowy z dnia 23 listopada 2016 r., jak i Odwołujący wskazywał ten numer w opisie faktur VAT. Ponadto Odwołujący opisywał dokumenty dostawy w sposób wskazujący na ich realizację na podstawie ww. umowy. Powyższe potwierdza załączona przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie dokumentacja w postaci zamówień, dokumentów dostawy i faktur VAT. W konsekwencji Izba nie uznała za wiarygodne twierdzeń Odwołującego, iż zamówienia realizowane po dniu 28 kwietnia 2017 r. nie były związane z umową nr 701604090. Przywoływana przez Odwołującego notatka ze spotkania Stron z dnia 21 czerwca 2017 r. nie potwierdza ani okoliczności, że Zamawiający skierował do Odwołującego zapytanie o możliwość realizacji jeszcze kilku dostaw pomimo odstąpienia przez Odwołującego od umowy z uwagi na problemy z zabezpieczeniem dostaw noży, ani okoliczności, że strony uzgodniły, iż kolejne zamówienia nie będą związane z umową nr 701604090. Z jej treści wynika jedynie, że Odwołujący nie potwierdza opóźnień w dostawach oraz sygnalizuje zaległości w płatnościach istniejących po stronie Zamawiającego. Ponadto z notatki wynika, że Zamawiający przedstawił wówczas Odwołującemu swoje stanowisko w zakresie oświadczenia o odstąpieniu od umowy przez Odwołującego wraz z oświadczeniem o wypowiedzeniu umowy przez Zamawiającego. Mając na uwadze powyższe w ocenie Izby umowa z dnia 23 listopada 2016 r. nr 701604090 w dacie złożenia oświadczenia o jej wypowiedzeniu przez Zamawiającego była umową obowiązującą, a zatem spełniona została przesłanka z art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy Pzp w postaci rozwiązania umowy na skutek nienależytego wykonania/niewykonania w istotnym stopniu wcześniejszej umowy o udzielenie zamówienia publicznego z przyczyn leżących po stronie Odwołującego.

W kontekście umowy z dnia 23 listopada 2016 r. nr 701604090 należy jeszcze odnieść się do wskazywanej przez Zamawiającego w informacji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania kwestii nieterminowości dostaw, która również podnoszona jest przez

Zamawiającego jako okoliczność uzasadniająca wypowiedzenie umowy i zaistnienie podstawy do wykluczenia wskazanej w art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy Pzp. W powyższym zakresie Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego i uznała, że nie wykazał on, aby okoliczność nieterminowej realizacji zamówień w ramach umowy z dnia 23 listopada 2016 r. nr 701604090 wskazywała na niewykonanie/nienależyte wykonanie umowy przez Odwołującego z przyczyn leżących po jego stronie. Przede wszystkim należy zauważyć, że w treści informacji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania Zamawiający wskazał jedynie na okoliczność zrealizowania przez Odwołującego tylko 4 ze złożonych 44 zamówień oraz opóźnienia w realizacji dostaw wynoszące od 2 do 118 dni. Tymczasem Odwołujący podnosił szereg okoliczności wskazujących na to, że opóźnienia w realizacji zamówień były konsekwencją nieterminowej zapłaty przez Zamawiającego wynagrodzenia za dokonywane dostawy. Na istniejące opóźnienia w płatności wskazuje m.in. załączona do odwołania korespondencja prowadzona pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym. Co więcej, Zamawiający nie kwestionował istniejących po jego stronie zaległości płatniczych, a jedynie wskazywał na to, że co do zasady nie przekraczały one 30 dni, a opóźnienia w realizacji dostaw nie były związane z brakiem płatności i występowały także wtedy, gdy opóźnień w realizacji płatności nie było. Twierdzenia te nie zostały jednak przez Zamawiającego w żaden sposób wykazane, Zamawiający nie przedstawił dowodów, które potwierdziłyby, że opóźnienia w płatności nie wpływały na realizację dostaw, w szczególności, że były one incydentalne czy dotyczyły kwot nie przekładających się na zdolności produkcyjne Odwołującego w tak istotny sposób, by powodować istniejące opóźnienia w dostawach. W tym stanie rzeczy na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego zdaniem składu orzekającego Izby nie można przesądzić w sposób jednoznaczny, że nieterminowość dostaw stanowiła nienależyte wykonanie umowy z przyczyn zależnych od Odwołującego i że miała ona miejsce w istotnym stopniu, Zamawiający okoliczności tych bowiem nie wykazał.

Odnosząc się do uzasadnienia podstaw wykluczenia Odwołującego z postępowania w oparciu o okoliczność rozwiązania umowy z dnia 4 marca 2016 r. zawartej pomiędzy Kompanią Węglową S.A. a Odwołującym, Izba stwierdziła, iż Zamawiający nie wykazał, aby Odwołujący nie wykonał/nienależyte wykonał w stopniu istotnym ww. umowę z przyczyn leżących po jego stronie. W informacji o wykluczeniu Zamawiający powoływał się na brak realizacji zamówień mimo upływu terminu dostawy oraz pisemnych i telefonicznych monitów, który skutkowało odstąpieniem od umowy przez Kompanię Węglową. Odwołujący podnosił jednak w tym kontekście okoliczności związane ze skutecznością składanych zamówień oraz datą ich złożenia, jak i okoliczności związane z opóźnieniami w płatności należnego wynagrodzenia przez Kompanię Węglową, wskazując, iż utrudniało to Odwołującemu należyte prowadzenie przedsiębiorstwa, organizowanie zakupu materiałów niezbędnych do produkcji,

wpływało niekorzystnie na zdolność produkcyjną. Zamawiający w informacji o wykluczeniu ani w toku postępowania odwoławczego w zasadzie nie odniósł się do tych okoliczności, jedynie kwestionował argumentację Odwoływającego podnoszoną w zakresie zarzucanych braków formalnych oświadczenia o odstąpieniu od umów (brak umocowania, nadanie pisma przez inny podmiot). W szczególności Zamawiający nie wykazał, aby niewykonanie/nienależyte wykonanie nastąpiło w istotnym stopniu. Mieć należy na uwadze, iż odstąpienie od umowy nastąpiło na stosunkowo wczesnym etapie realizacji umowy, w momencie kiedy złożone zamówienia opiewały na kwotę niecałych 200 000 zł przy wartości umowy przekraczającej 2 900 000 zł, a realizacja umowy wynosiła ok. 8%. W ocenie Izby powoływanie się przez Zamawiającego na powyższą okoliczność jako świadcząca o niewykonaniu umowy w istotnym stopniu jest niewystarczające dla uznania, że przesłanka ta rzeczywiście zaistniała w przedmiotowej sprawie. W przeciwnym razie, każde wypowiedzenie czy odstąpienie dokonane na wczesnym etapie realizacji umowy musiałoby być równoznaczne z jej niewykonaniem przez wykonawcę w istotnym stopniu, co byłoby nazbyt daleko idącym uproszczeniem - każdą tego rodzaju sytuację należy rozpatrywać indywidualnie, w zależności od okoliczności konkretnego przypadku. W przedmiotowej sprawie Zamawiający nie wykazał, iż nienależyte wykonanie nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Odwoływającego ani, że nieterminowa realizacja kilku zamówień stanowiąca podstawę do odstąpienia od umowy była okolicznością przesądzającą o niewykonaniu umowy w istotnym stopniu. Przede wszystkim, jak wynika z pisma z dnia 12 kwietnia 2016 r. skierowanego przez Kompanię Węglową do Odwoływającego wzywającego do realizacji zamówień, które następnie stało się podstawą do odstąpienia od umowy z 4 marca 2016 r., nieterminowość realizacji dotyczyła jedynie trzech zamówień (dostaw), co nie koresponduje ze wskazywanym w informacji o wykluczeniu faktem złożenia ośmiu zamówień, z których zrealizowano częściowo jedynie cztery. Ponadto jak wynika z treści tego pisma nieterminowość dotyczyła dostawy łącznie 1600 sztuk noży, przy czym brak jest informacji ile noży było przedmiotem tych trzech zamówień. Zamawiający nie przedstawił informacji w jakim zakresie nie zrealizowano tych zamówień (czy częściowo czy w całości) i jak długie było opóźnienie w ich dostawie. W tym stanie rzeczy nie sposób przesądzić czy nieterminowość dostaw, pomimo, iż mogła uzasadniać odstąpienie od umowy (o ile miała miejsce z przyczyn zależnych od Odwoływającego), to była na tyle poważna, znacząca, powtarzalna, aby uznać, iż Odwoływający w istotnym stopniu nie wykonał/nienależyte wykonał umowę zawartą z Kompanią Węglową.

Natomiast Izba nie uznała za zasadne argumentów Odwoływającego jakoby oświadczenie o odstąpieniu od umowy zawartej z Kompanią Węglową zostało podpisane przez osoby nienależycie umocowane. W ocenie Izby treść pełnomocnictwa udzielonego osobom, które podpisały pismo obejmowała złożenie w imieniu ww. zamawiającego oświadczenia

o odstąpieniu od umowy. Zwrócić należy uwagę, iż w punkcie 1.2) pełnomocnictwa wskazano, iż umocowanie obejmowało „występowanie i składanie oświadczeń woli w imieniu Kompanii Węglowej S.A. w zakresie realizacji umów, o których mowa w pkt 1), w tym realizacji zamówień oraz wypowiedzenia umów.” Z powyższego wynika umocowanie do składania wszelkich oświadczeń woli w zakresie realizacji umów, w tym umowy z dnia 4 marca 2016 r. Użycie w treści pełnomocnictwa sformułowania „w tym” wskazuje, iż czynności następnie wymienione (realizacja zamówień oraz wypowiedzenie umów) stanowią jedynie przykładowe czynności mieszczące się w zakresie realizacji umów (jako synonim tego wyrażenia można wskazać na sformułowania „w szczególności” lub „m.in.”). Pełnomocnictwo nie ograniczało osób umocowanych do podejmowania czynności związanych z realizacją umowy, a taką czynnością w ocenie Izby niewątpliwie jest także odstąpienie od umowy. Ponadto, skoro w przykładowym katalogu czynności wchodzących w zakres realizacji umów Kompania Węglowa S.A. wskazała na wypowiedzenie umów, to należy uznać, że również odstąpienie od umów wchodzi w zakres realizacji umowy, jako że skutkiem obu tych czynności jest zakończenie współpracy handlowej. Nie zasługuje na uwzględnienie również argument Odwołującego poddający w wątpliwość skuteczność odstąpienia od umowy z uwagi na nadanie pisma zawierającego oświadczenie o odstąpieniu przez inną firmę niż Kompania Węglowa (tj. przez PGG Sp. z o.o.). Okoliczność jaki podmiot nadał pismo w placówce pocztowej w ocenie Izby w żaden sposób nie wpływa na skuteczność tak doręczonego oświadczenia woli, jeżeli z jego treści wynika w imieniu jakiego podmiotu oświadczenie woli jest składane.

Odnosząc się do wskazanej przez Zamawiającego jako jednej z podstaw wykluczenia Odwołującego z postępowania okoliczności rozwiązania umowy nr 061500481 oraz umowy nr 061600623 zawartej pomiędzy Odwołującym a Jastrzębską Spółką Węglową S.A., Izba stwierdziła, iż Zamawiający nie wykazał, aby Odwołujący nie wykonał/nienależyte wykonał w stopniu istotnym ww. umowy z przyczyn leżących po jego stronie. Uzasadniając powyższe Zamawiający powołał się jedynie na informacje posiadane od Jastrzębskiej Spółki Węglowej o tym, że odstąpiła ona od umów zawartych z Zamawiającym i na tej podstawie spółka ta wyklucza Odwołującego z prowadzonych postępowań. Powyższe w ocenie Zamawiającego uprawniało go do uznania, że doszło do odstąpienia od umów nr 061500481 i nr 061600623 z winy Odwołującego. Zamawiający nie przedstawił okoliczności uzasadniających odstąpienie od umowy, nie wykazał na czym konkretnie polegać miało nienależyte wykonanie/niewykonanie ww. umów przez Odwołującego ani nie przedstawił uzasadnienia, które wskazywałoby na fakt, iż niewykonanie/nienależyte wykonanie umowy miało miejsce w istotnym stopniu. Nawet zatem jeśli Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. prawidłowo wykluczała (lub wyklucza) Odwołującego z postępowań o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Ustawy Pzp z uwagi na nieprawidłowości w realizacji umów nr 061500481

i nr 061600623, to Zamawiający winien okoliczność tę wykazać, a nie przyjmować automatycznie, na zasadzie domniemania, że skoro inny zamawiający tak czyni, to i jego działanie nie będzie naruszać przepisów Ustawy Pzp. Izba wskazuje, iż to zadaniem Zamawiającego jest uzasadnienie ziszczenia się każdej z przesłanek określonych w art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy Pzp i zgromadzenie dowodów umożliwiających wykazanie podnoszonych okoliczności, tylko takie działanie gwarantuje bowiem zachowanie zasady proporcjonalności i przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W tym kontekście należy odnieść się także do zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp, który Odwołujący podnosił w zakresie zaniechania przedstawienia okoliczności świadczących o zasadności odstąpienia przez Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. od umów nr 061500481 i 06160623. W tym zakresie aktualność zachowuje stanowisko Izby przedstawione powyżej, iż Zamawiający nie uzasadnił w sposób dostateczny ani na czym polegać miało nienależyte wykonanie/niewykonanie ww. umów przez Odwołującego stanowiące podstawę do odstąpienia, ani nie wykazał, iż niewykonanie/nienależyte wykonanie umowy miało miejsce w istotnym stopniu. Niemniej, wobec uznania przez Izbę, iż ziściła się podstawa do wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy Pzp wobec nienależytego wykonania z przyczyn leżących po stronie Odwołującego w istotnym stopniu umowy zawartej z Zamawiającym w dniu 23 listopada 2016 r., skutkującego jej wypowiedzeniem przez Zamawiającego, powyższe naruszenie nie może mieć wpływu na wynik postępowania, a zatem omawiany zarzut nie może podlegać uwzględnieniu zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 Ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 2 Ustawy Pzp, poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania w części zamówienia nr 1, 2 i 4 oraz uznanie jego oferty za odrzuconą, Izba uznała, iż Zamawiający nie wykazał w sposób dostateczny ziszczenia się wszystkich przesłanek, o których mowa w ww. przepisie. Zgodnie z treścią art. 24 ust. 5 pkt 2 Ustawy Pzp z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych. Pomimo nowego brzmienia ww. przesłanki wykluczenia tzw. nierzetelnych wykonawców wprowadzonego ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020), zmianie nie uległa sama istota tej przesłanki, a zatem co do zasady aktualność zachowuje dotychczasowe orzecznictwo odnoszące się do tej instytucji (por. m.in. wyrok KIO z 20 grudnia 2016 r., KIO 2335/16). W tym kontekście zwrócić należy uwagę na orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 13 grudnia 2012 r., w sprawie C- 465/11 (Forposta S.A. i ABC Direct

Contact Sp. z o.o.) zawierające m.in. wskazówki interpretacyjne co do warunku, by rozwiązanie, wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy przez zamawiającego nastąpiło z powodu okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca. Trybunał w ww. orzeczeniu wskazał, iż pojęcie „poważnego wykroczenia” należy rozumieć w ten sposób, że odnosi się ono zwykle do zachowania danego wykonawcy wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony. Tym samym jakiegokolwiek nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części może ewentualnie wykazać niższe kompetencje zawodowe danego wykonawcy, lecz nie jest automatycznie równoważne z poważnym wykroczeniem. W konsekwencji Zamawiający, po przeprowadzeniu analizy okoliczności związanych z rozwiązaniem albo wypowiedzeniem umowy, albo odstąpieniem od niej, powinien ustalić, że rozwiązanie, wypowiedzenie albo odstąpienie od umowy jest następstwem poważnego wykroczenia zawodowego popełnionego przez danego wykonawcę, w szczególności niewykonania przez niego lub niewłaściwego wykonania zamówienia wskazującego na zamierzone działanie wykonawcy lub jego stosunkowo poważne niedbalstwo. Wykluczając wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Ustawy Pzp Zamawiający obciążony jest zatem powinnością wykazania, że naruszenie przez wykonawcę obowiązków zawodowych było poważne i przez niego zawinione, w szczególności – w przypadku nienależytego wykonania lub niewykonania zamówienia – wykazania, że było to efektem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Niedopuszczalne jest bowiem jakiegokolwiek automatyczne działanie oparte jedynie na powzięciu informacji, iż doszło do niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez wykonawcę. Analogicznie jak w przypadku omawianej wcześniej przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy Pzp rolą Zamawiającego jest zebranie dowodów świadczących o wystąpieniu wszystkich, określonych w art. 24 ust. 5 pkt 2 Ustawy Pzp, przesłanek łącznie i uzasadnienie zaistnienia każdej z nich, co ma istotne znaczenie dla realizacji zasady przejrzystości i proporcjonalności postępowania, jak również zasady uczciwej konkurencji.

W ocenie Izby uzasadnienie przedstawione przez Zamawiającego w powyższym zakresie nie czyni zadość obowiązkowi nałożonemu na niego przez ustawodawcę. Zamawiający w treści informacji o wykluczeniu - poza wskazaniem, iż jego zdaniem zachodzi również przesłanka określona w art. 24 ust. 5 pkt 2 Ustawy Pzp ze względu na powtarzające się przyczyny rozwiązania umów oraz stwierdzeniem, że wykonawca poważnie narusza swoje obowiązki zawodowe narażając na poważne utrudnienia w funkcjonowaniu oraz organizacji pracy kopalni, nie uzasadnił, że spełnione zostały kumulatywnie wszystkie przesłanki wskazane w ww. przepisie. Zamawiający jedynie w sposób ogólny podsumował, że naruszenia zarzucane Odwołującemu w kontekście umów z Kompanią Węglową, Jastrzębską Spółką Węglową oraz samym Zamawiającym przesądzają o tym, że wobec Odwołującego zachodzi

także podstawa wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 2 Ustawy Pzp. Tymczasem to na Zamawiającym spoczywał ciężar dowodu, że Odwołujący naruszył obowiązki zawodowe, że naruszenie to było poważne, że było ono zawinione, jak również że podważało ono uczciwość Odwołującego. Przepis art. 24 ust. 5 pkt 2 Ustawy Pzp skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania, wobec tego wymaga, aby Zamawiający uzasadnił w sposób wyczerpujący swoje stanowisko i na okoliczność wykluczenia wykonawcy na tej podstawie prawnej posiadał stosowne dowody. Niemniej Izba stwierdziła, iż zaistniałe po stronie Zamawiającego naruszenie art. 24 ust. 5 pkt 2 Ustawy Pzp nie będzie miało wpływu na wynik postępowania. Zgodnie z art. 192 ust. 2 Ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia Ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wyrzucić istotny wpływ na wynik postępowania. Ponieważ względem Odwołującego ziszcza się inna podstawa do wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy Pzp, wynik postępowania – pomimo niewykazania przez Zamawiającego innej podstawy wykluczenia - nie ulegnie zmianie, a zatem naruszenie przepisów Ustawy Pzp przez Zamawiającego w tym zakresie nie ma na ten wynik wpływu. W tym stanie rzeczy zarzut Odwołującego nie mógł zostać uwzględniony.

W ocenie Izby nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 92 ust. 1a Ustawy Pzp, dotyczący zaniechania przez Zamawiającego wyjaśnienia powodów, dla których przedstawione przez Odwołującego wyjaśnienia w ramach samooczyszczenia nie były dostateczne. Zgodnie z treścią tego przepisu w przypadkach, o których mowa w art. 24 ust. 8, informacja, o której mowa w ust. 1 pkt 2 (informacja o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni), zawiera wyjaśnienie powodów, dla których dowody przedstawione przez wykonawcę, zamawiający uznał za niewystarczające. W myśl art. 24 ust. 8 Ustawy Pzp wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16-20 lub ust. 5, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Celem procedury samooczyszczenia jest umożliwienie wykonawcom, którzy na dzień składania ofert podlegaliby wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia, złożenie oferty i opisanie w niej zaistniałej sytuacji,

przedstawienie stosownych wyjaśnień oraz dowodów na ich poparcie, żeby wykazać, że pomimo okoliczności wyłączających, poczynione przez nich działania i podjęte środki są wystarczające do wykazania ich rzetelności oraz zapobieżeniu dalszym nieprawidłowym działaniom (por. wyrok KIO z dnia 19 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1335/17). Pozytywna weryfikacja tych dowodów obliguje zamawiającego do zaniechania wykluczenia wykonawcy z postępowania. Z regulacji tych wynika, że warunkiem skutecznego samooczyszczenia jest uznanie przez wykonawcę faktu, że popełnił delikt (por. m. in. wyrok KIO z 8 czerwca 2017 r., sygn. akt KIO 1034/17, wyrok KIO z 3 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 139/17). Z uwagi na istotny stopień nienależytego wykonania umowy przez Odwołującego, który szczegółowo omówiono powyżej, Zamawiający słusznie uznał, że Odwołujący nie wykazał, iż w ramach tzw. samooczyszczenia podjął wystarczające działania dla przywrócenia statusu rzetelnego wykonawcy. Odwołujący zarówno w toku postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, jak i przed Izbą, konsekwentnie kwestionował, że znalazł się w sytuacji, o której mowa w hipotezie art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy Pzp. Izba przyznała rację Zamawiającemu, iż w praktyce Odwołujący nie podjął próby samooczyszczenia się, a jedynie polemikę z tym czy doszło po jego stronie do niewykonania/nienależytego wykonania umowy uzasadniającego wykluczenie z postępowania. Zamawiający w informacji o wykluczeniu zwrócił uwagę na powyższe, wskazując także, iż wykonawca nie wykazał, że podjął jakiegokolwiek środki mające na celu przywrócenie jego rzetelności, w tym zmierzające do poprawy jakości wykonywanych dostaw czy zachowania terminowości zamówień. Nie sposób zatem uznać, że Zamawiający nie wyjaśnił powodów swojego działania w tym zakresie.

Z uwagi na powyższe, mając na względzie, iż Zamawiający nie naruszył przepisów Ustawy Pzp wykluczając Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy Pzp, Izba uznała za niezasadny również zarzut naruszenia art. 91b ust. 1 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie zaproszenia Odwołującego do aukcji elektronicznej. Odnosząc się zaś do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 Ustawy Pzp należy wskazać, iż przepis ten nie znajduje zastosowania w jednoetapowych procedurach udzielania zamówień publicznych. Przywołana regulacja określa skutki złożenia oferty przez wykonawcę uprzednio wykluczonego z postępowania, co ma miejsce, przykładowo, w przetargu ograniczonym, którego pierwszym etapem jest wyłonienie wykonawców, którzy zostaną następnie zaproszeni do składania ofert. Zauważyć należy, że Zamawiający nie wskazał ww. przepisu jako podstawy odrzucenia oferty Odwołującego, lecz powołał się (prawidłowo) na art. 24 ust. 4 Ustawy Pzp wskazujący, iż ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Powyższy zarzut nie znajduje zatem uzasadnienia.

Mając na uwadze wszystko powyższe, Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie i na podstawie art. 192 ust. 1 Ustawy orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Ustawy oraz na podstawie § 3 pkt 1) i pkt 2 lit. b) w zw. z § 5 ust. 3 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.), zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, a także uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3600 zł i zasądzając ich zwrot od Odwołującego na rzecz Zamawiającego z uwagi na oddalenie odwołania.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....