

WYROK
z dnia 6 lutego 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 lutego 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 stycznia 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: **SmallGiS sp. z o.o. (lider) oraz Archiwa Mazowieckie sp. z o.o. z siedzibą dla lidera: ul. Wadowicka 8, 30-415 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Biebrzański Park Narodowy, Osowiec-Twierdza 8, 19-110 Goniądz**

przy udziale wykonawców:

A. **MGGP Aero sp. z o.o., ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów,**

B. **OPEGIEKA sp. z o.o., Al. Tysiąclecia 11, 82-300 Elbląg,**

zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

oddala odwołanie,

kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: **SmallGiS sp. z o.o. (lider) oraz Archiwa Mazowieckie sp. z o.o. z siedzibą dla lidera: ul. Wadowicka 8, 30-415 Kraków Biebrzański Park Narodowy, Osowiec-Twierdza 8, 19-110 Goniądz i:**

licza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: **SmallGiS sp. z o.o. (lider) oraz Archiwa Mazowieckie sp. z o.o. z siedzibą dla lidera: ul. Wadowicka 8, 30 - 415 Kraków** tytułem wpisu od odwołania.

sądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: **SmallGiS sp. z o.o. (lider) oraz Archiwa Mazowieckie sp. z o.o. z siedzibą dla lidera: ul. Wadowicka 8, 30-415 Kraków** na rzecz **Biebrzańskiego Parku Narodowego, Osowiec-Twierdza 8, 19-110 Goniądz** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1986 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 Białymstoku.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez Biebrzański Park Narodowy, Osowiec-Twierdza 8, 19-110 Goniądz (dalej „zamawiający”) w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostarczenie danych teledetekcyjnych dla obszaru Basenu Środkowego doliny Biebrzy” o numerze ZP -19/2018 wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: **SmallGiS sp. z o.o. (lider) oraz Archiwa Mazowieckie sp. z o.o. z siedzibą dla lidera: ul. Wadowicka 8, 30-415 Kraków** (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 5 pkt 2 oraz 24 ust. 1 pkt 12 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1986 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i obciążenia zamawiającego kosztami odwołania, a nadto o nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego i ponowne przeprowadzenie badania i oceny ofert.

Odwołujący wniósł także o dopuszczenie następujących dowodów:

1. korespondencja mailowa z przedstawicielem Nadleśnictwa Łomża na okoliczność sposobu przekazywania danych,
2. korespondencja mailowa z przedstawicielem RDLP Wrocław na okoliczność informowania o warunkach pogodowych.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt. 2 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć 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.

Podał, że w przypadku umowy realizowanej na rzecz Nadleśnictwa Łomża jako Regionalnej Dyrekcji Lasów Państwowych we Wrocławiu spółka zrealizowała przedmiot umowy i przedłożyła produkty do odbioru.

Przyznał, że dzieła zostały przedłożone po terminie określonym w umowie jednak podniósł, że opóźnienie nie było zawinione przez spółkę, nie wynikało z jego zamierzonego działania czy rażącego niedbalstwa, lecz było wynikiem czynników, za które spółka odpowiedzialności nie ponosi.

W odniesieniu do umowy realizowanej na rzecz Nadleśnictwa Łomża oświadczył, że zdjęcia wykonane zostały w terminie przewidzianym umową, a proces przekazywania produktów finalnych uległ opóźnieniu z powodu kilku okoliczności, na które spółka nie miała wpływu.

Stwierdził, że to zamawiający nie ujawnił wszystkich istotnych informacji, które w konsekwencji spowodowały opóźnienie dostawy poszczególnych produktów, tj. nie załączył do umowy aktualnego obszaru terytorialnego działania Nadleśnictwa Łomża, dla którego zamawiał opracowanie, pomimo, że się do tego zobowiązał w umowie.

Wyjaśnił, że pobrany przez wykonawcę obszar z Państwowego Rejestru Granic okazał się nieaktualny, co spowodowało konieczność dodatkowego wykonania fragmentów opracowania co wywołało opóźnienie zwłaszcza w przekazaniu materiałów o charakterze map ogólnych jak np. mapy anaglifowe. Uzupełnił, że obecny zasób PRG jest aktualny.

Uznał, że wykorzystał plik pochodzący z PRG, który okazał się nieaktualny, co było błędem, ale było także – wedle odwołującego – błąd zamawiającego.

Stanął na stanowisku, że powyższe nie jest dowodem na rażące niedbalstwo, gdyż trudno spodziewać się tego

typu błędu, korzystając z państwowego zasobu.

Podał, że w przedsiębiorstwie funkcjonuje oprogramowanie „System Planowania Lotów” w którym, jeżeli nie wskaże się obszaru szczególnego, wykorzystuje on jednostki Podziału Terytorialnego Kraju – z uwagi na to, że granica jest granicą standardową wykorzystano tą granicę bez weryfikacji.

Dodatkowo wskazał, że w trakcie przetwarzania danych całego bloku (w przypadku Nadleśnictwa Łomża to aż 2600 km) doszło do przerwy zasilania w biurówcu, gdzie jest wynajmowane biuro przez spółkę, przez co został przerwany wielodniowy proces przetwarzania, a czynność należało powtórzyć.

Stwierdził, że ostatecznie produkty zostały przekazane w całości oraz, że zamawiający złożył nieskuteczne oświadczenie o odstąpieniu od umowy z przyczyn nie do końca zrozumiałych, ponieważ nastąpiło to już po ocenie danych.

Podał, że sprawa jest wyjaśniana i będzie kontynuowana.

Uzupełnił, że konieczność weryfikacji map anaglifowych przekazanych w formie FTPw celu weryfikacji poprawności przedłożonych danych i związane z tym problemy pracowników Nadleśnictwa Łomża z otwarciem tych map doprowadziło do przedłużenia wykonania przedmiotu umowy.

Zdaniem odwołującego na opóźnienie w realizacji umowy istotny wpływ miał również fakt, iż zamawiający zwlekał aż 6 dni z akceptacją tzw. próbek wyrównania tonalnego, co wstrzymywało całkowicie dalsze prace.

Dowód: Korespondencja mailowa z przedstawicielem Nadleśnictwa Łomża.

Podsumował, że nie mogą się ostać zarzuty Biebrzańskiego Parku Narodowego dotyczącego zawinionego poważnego naruszenia obowiązków zawodowych w wykonaniu zamówienia na rzecz Nadleśnictwa Łomża.

W odniesieniu do umowy realizowanej na rzecz RDLP Wrocław podał, że wykonawca wykonał naloty na terenie sześciu Nadleśnictw w terminie przewidzianym umową tj. do dnia 31 sierpnia 2018 roku, wykorzystując wszystkie dostępne okna pogodowe umożliwiające wykonanie rejestracji, jednak na terenie trzech Nadleśnictw w rejonie Gór Sowich i Kotliny Kłodzkiej w trakcie nalotu wystąpiły niewielkie chmury typu cumulus (poniżej 5%), które wykluczyły część zdjęć z wykorzystania.

Wskazał, że obszary te jak i kolejne dwa Nadleśnictwa w Kotlinie Kłodzkiej zostały wykonane do dnia 12 września 2018 roku.

Wyjaśnił, że pomimo jego wniosku zamawiający odmówił zawarcia aneksu do umowy z przyczyn siły wyższej w zakresie terminu wykonania zdjęć.

W ocenie odwołującego nie można podzielić twierdzeń zamawiającego jakoby to spółka nie zastosowała procedur wynikających z § 11 ust. 1 pkt a umowy.

Wskazał, że procedura tam opisana była bardzo nieprecyzyjna, w szczególności nie rozstrzygała, na kim ciąży obowiązek sporządzenia protokołu – zarówno w umowie zawartej z RDLP Wrocław, jak i w OPZ nie ma opisanych procedur dokumentacji pogody oraz odpowiedzialności spółki w tym zakresie.

Uzupełnił, że przedstawiciele spółki korespondowali z przedstawicielami RDLP Wrocław odnośnie warunków pogodowych.

Dowód: korespondencja mailowa.

Podał, że wykonawca w dniu 21 sierpnia 2018 roku poinformował pisemnie zamawiającego o ryzyku niewykonania zdjęć do 31 sierpnia 2018 roku i zwrócił się z prośbą o przedłużenie terminu rejestracji o 15 dni – przyczyną powiadomienia RDLP Wrocław były warunki pogodowe w Kotlinie Kłodzkiej, których spółka nie mogła przewidzieć. Dodał, że o powyższym spółka poinformowała RDLP Wrocław jeszcze raz już po stwierdzeniu faktu niewykonania w dniu 03 września 2018 roku, co również powinno – zdaniem odwołującego – pozwolić zamawiającemu ograniczyć umowę.

Stwierdził, że zamawiający nie był zainteresowany ani ograniczeniem, ani przedłużeniem terminu realizacji, czego dawał wyraz w kolejnych pismach oraz w późniejszym działaniu – przykładem jest bezpodstawną odmowa przyjęcia produktów zawierających zdjęcia z września nawet w chwili gdy już wiadome było, że zostały pozyskane.

Odwołał się do umowy z RDLP w Zielonej Górze, którą aneksowano innemu wykonawcy w skutek braku możliwości wykonania zdjęć w terminie.

Zwrócił uwagę, że treść wszystkich trzech umów, tj. umowy z RDLP Wrocław, umowy z RDLP Zielona Góra oraz Nadleśnictwem Łomża była tożsama w zakresie możliwości aneksowania, ograniczenia umowy i odstąpienia od niej.

Wskazał, że w związku z negatywnym stanowiskiem RDLP Wrocław zarówno w sprawie przedłużenia terminu wykonania zdjęć jak i możliwości wykorzystania pozyskanych już we wrześniu zdjęć, wykonawca przedłożył do odbioru dwa poprawnie opracowane Nadleśnictwa w rozumieniu zamawiającego oraz opinię prawną, z której wynikało, że umowa jest podzielna, tj. że każde z nadleśnictw miało zgodnie z umową być oddzielnie oceniane, oddzielnie użytkowane oraz oddzielnie zapłacone przez każde z nadleśnictw.

Stanął na stanowisku, że zamawiający w procedowaniu odbioru popełnił wiele naruszeń umowy i przepisów ogólnych, między innymi odmówił podpisania protokołów przyjęcia dysków z produktami, odmówił oględzin zawartości, nie przystąpił do weryfikacji jakości, następnie oświadczył o naliczeniu kar umownych do dowolnie przyjętego przez siebie, niczym niezasadzonego terminu, niezwiązanego z terminem przekazania materiałów, po czym zmienił zdanie i oświadczył (nieskutecznie) o odstąpieniu od umowy.

Zdaniem odwołującego zamawiający działał w taki sposób jakby z góry założył, że przedmiotowego dzieła nie chce odebrać.

Oświadczył, że złożył skargę do Dyrektora Generalnego Lasów Państwowych w związku z działaniem pracowników realizujących umowę na szkodę Skarbu Państwa – sprawa jest w toku.

Nie można podzielił stanowiska zamawiającego o niewłaściwym zorganizowaniu i niewystarczającym zaangażowaniu potencjału technicznego. Wyjaśnił, że przy organizacji lotów przyjmuje się zasadę, iż okno 4 godzinne jest wystarczające do wiarygodnego planowania oraz technicznie poprawnego wykonania prac, czego dowodem jest zdefiniowanie warunków w podobnych tego typu przetargach (np. przez Główny Urząd Geodezji i Kartografii).

Podkreślił, że w jego przypadku wystąpiły krótkie okna, które nie były możliwe do zaplanowania na podstawie prognozy pogody – w dokumentach mowa jest o ok. 2-3 godzinnych oknach pogodowych.

W ocenie odwołującego o dobrym planowaniu i wykorzystaniu potencjału świadczy chociażby fakt, że wykonywał kilkukrotnie naloty tych samych miejsc, gdzie wystąpiły nieprzewidywalne prognozą chmury. Oświadczył, że bazował przez wiele dni na lotniskach w Mirosławicach i Świebodzicach w oczekiwaniu na pogodę i starał się wykorzystać każdą dostępną pogodę, jednak efekt w przypadku gór był zawsze taki sam i dopiero 12 września 2018 roku udało się skutecznie zarejestrować teren, tj. w momencie poswatań rozległego chłodnego wyżu.

Dowód: Korespondencja z RDLP Wrocław.

Podniósł, że o nienależytym rozumieniu umowy świadczą działania RDLP Wrocław w postaci wniosku o zajęcie

zabezpieczenia należytego wykonania umowy do towarzystwa ubezpieczeniowego, które odmówiło świadczenia z uwagi na błędy formalne po stronie zamawiającego i brak podstaw; powyższe dowodzi również, że zamawiający nie współdziałał z wykonawcą, za co nie można przeliczyć odpowiedzialności na wykonawcę.

Oświadczył, że w tym samym okresie spółka wykonała poprawnie dwa zamówienia – ortofotomapy dla 2 nadleśnictw w RDLP Kraków oraz dla Nadleśnictwa Przysucha – produkty zostały odebrane i zapłacone.

Oświadczył nadto, że spółka ma ugruntowaną pozycję i renomę na rynku usług z zakresu GIS, świadczonych dla szeregu Nadleśnictw, organów jednostek władzy publicznej i samorządowej oraz ministerstw.

Podsumował, że nie można przypisać wykonawcy nienależytego wykonania umowy, przeciwnie wykonano szereg czynności zmierzających do wykonania umowy nawet w warunkach ograniczanych siłą wyższą; przyczyną nierozliczenia do tej pory projektów w obydwu przypadkach nie były błędy techniczne, a błędy formalne po stronie zamawiających.

Odwołujący podniósł, że zamawiający nie wykazał za pomocą stosownych środków dowodowych, jakoby czynności wykonywane na rzecz Regionalnej Dyrekcji Lasów Państwowych w Wrocławiu, jak i na rzecz Nadleśnictwa Łomża zostały wykonane z naruszeniem obowiązków zawodowych w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, do czego jest zobligowany (zob. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 marca 2018 roku, sygn. akt KIO 429/18, Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 marca 2018 roku, sygn. akt KIO 335/18).

Wskazał, że w uzasadnieniu wykluczenia zamawiający odniósł się wyłącznie do wskazania sytuacji, które w jego ocenie mogą stanowić rażące niedbalstwo w wykonaniu zamówienia, nie wykazał jednak, że do wskazanych naruszeń doszło rzeczywiście w sposób zawiniony i naruszenia te mają charakter naruszeń poważnych, co stoi w sprzeczności z dominującym zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie poglądem, który wskazuje, że przesłanki wykluczenia muszą wystąpić łącznie.

Powołał się na stanowisko doktryny:

• "aby podstawa wykluczenia została zrealizowana, musi wystąpić zawinione poważne naruszenie obowiązków zawodowych" (M. Sieradzka "Prawo zamówień publicznych. Komentarz" M. Sieradzka (red.), Warszawa, 2018, str. 177).

• "naruszenie obowiązków zawodowych mają być poważne i zawinione, a także - na co wskazuje obecna regulacja art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, ma to być tego rodzaju naruszenie, które podważa uczciwość wykonawcy" - wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 marca 2018 roku, sygn. akt KIO 429/18. (tak samo wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 marca 2018 roku, sygn. akt KIO 335/18)

Podniósł, że "zastosowanie, nawet fakultatywnej przesłanki wykluczenia, winno być poprzedzone poczynionymi przez podmiot zamawiający ustaleniami, co do okoliczności faktycznych leżących u podstaw działań lub zaniechań wykonawcy, wpisujących się w hipotezę normy prawnej ujętej w treści art. 24 ust. 5 pkt 2 p.z.p. Niedopuszczalne jest bowiem jakiegokolwiek automatyczne działanie oparte jedynie na powzięciu informacji, iż doszło do niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez wykonawcę." (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 grudnia 2016 roku, sygn. akt KIO 2335/16).

W ocenie odwołującego zamawiający takich ustaleń nie poczynił, a jego ocena jest aprioryczna i nie bierze pod uwagę wyjaśnień spółki, gdzie wskazano przyczyny nieterminowego przedłożenia produktów obu umów z przyczyn nie leżących po stronie spółki.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z 28 stycznia 2019 r. – dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, Odpowiedzi na odwołanie – pismo zamawiającego z 4 lutego 2019 r., a także stanowisk stron i przystępującego, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Pismem z dnia 14 listopada 2018 r. zamawiający, powołując się na art. 38 ust. 4 ustawy Pzp zmienił treść SIWZ w zakresie części V Warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia z postępowania, rozszerzając te podstawy o przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy (tzw. fakultatywne przesłanki wykluczenia) oraz modyfikując odpowiednio wzór załącznika nr 9 do SIWZ Oświadczenie w sprawie podstaw wykluczenia (poprzez objęcie treścią oświadczenia wykonawcy dodatkowo art. 24 ust. 5 pkt 2, 4 i 8).

Zamawiający zmodyfikował także Ogłoszenie o zamówieniu z dnia 30 sierpnia 2018 r. (610579-N-2018) ogłoszeniem o zmianie ogłoszenia z dnia 14 listopada 2018 r. (500272541-N-2018).

Po upływie terminu składania ofert, pismem z dnia 9 stycznia 2019 r., zamawiający wezwał odwołującego z powołaniem się na przepis art. 26 ust. 3 i w zw. z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp do złożenia:

1. "poprawionego oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia złożonego przez lidera konsorcjum SmallGIS Sp. z o. o. ul. Wadowicka 8a, 30-415 Kraków. Oświadczenie załącznik nr 9 do SIWZ, w swojej treści nie zawiera informacji, że wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Pzp oraz że podjął na podstawie art. 24 ust. 8 ustawy PZP środki naprawcze".

2. "dowodów potwierdzających, że w stosunku do Wykonawcy nie zachodzą przesłanki w zakresie wykluczenia z postępowania, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Pzp, w celu udowodnienia Zamawiającemu, że jest Wykonawcą rzetelnym i wiarygodnym".

Zamawiający przedstawił także swoje zastrzeżenia w stosunku do odwołującego powstałe w związku z dwoma umowami, których realizacją podjął się odwołujący, tj. umowy nr ZG.271.11.2018 z dnia 13 czerwca 2018 r. na realizację usługi „Wykonanie lotniczych zdjęć fotogrametrycznych oraz ortofotomapy dla zasięgu terytorialnego Nadleśnictwa Łomża” zawartej z Skarbem Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe – Nadleśnictwo Łomża w dniu 13.06.2018 r. oraz umowy nr 45/2018 z dnia 13 lipca 2018 r. na usługę „Wykonanie zdjęć fotogrametrycznych oraz ortofotomap dla ośmiu nadleśnictw RDLP we Wrocławiu”, przedstawiając na czym zastrzeżenia te polegają.

Zamawiający stwierdził dodatkowo, że analizując posiadany materiał dowodowy ustalił, że odwołujący nie wykonał dwóch umów w sprawie zamówienia publicznego w ich istotnej części z przyczyn leżących po stronie odwołującego w wyniku czego doszło do rozwiązania obu umów.

Stwierdzając powyższe, zamawiający poinformował, że na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Pzp zamierza wykluczyć odwołującego z postępowania i wezwał odwołującego do złożenia dowodów w zakresie zaprezentowanych w piśmie zastrzeżeń, „aby udowodnić Zamawiającemu, że SmallGIS Sp. z o. o. jest wykonawcą rzetelnym i wiarygodnym".

Zamawiający wyznaczył odwołującemu termin na złożenie dokumentów i dowodów do dnia 14 stycznia 2019 r. godz. 12⁰⁰.

Pismem z dnia 10 stycznia 2019 r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego o przedłużenie terminu złożenia

odpowiedzi do 21 stycznia 2019 r. godz. 15³⁰, na co zamawiający pismem z dnia 10 stycznia 2019 r. wyraził zgodę.

Odwołujący złożył odpowiedź pismem z dnia 10 stycznia 2019 r. (wpływ do zamawiającego 14 stycznia 2019 r.).

Odwołujący oświadczył, że „w stosunku do wykonawcy nie zachodzą przesłanki w zakresie wykluczenia z postępowania, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Pzp, gdyż w działaniu wykonawcy dotychczas nikt nie wykazał zamierzonego działania w wyniku którego doszło do nie wykonania lub nienależytego wykonania zamówienia, lub rażącego niedbalstwa. Dokonując samooceny własnych działań również nie można się dopatrzeć jakichkolwiek uchybień, które mogłyby świadczyć o przesłankach powodujących wykluczenie z postępowania. Wykonawca jest firmą rzetelną i wiarygodną działającą na rynku od roku 2012, zrealizował kilkadziesiąt zamówień publicznych, wiele z nich w ostatnich 3 latach. W związku z tym nie składamy oświadczenia o poprawionej treści.”

W dalszej części zaprezentował „uzasadnienie merytoryczne i prawne” swojego stanowiska. Odwołujący nie złożył wraz z odpowiedzią żadnych dokumentów – dowodów.

Pismem z dnia 18 stycznia 2019 r. zamawiający zawiadomił o wykluczeniu odwołującego i zaprezentował następujące uzasadnienie faktyczne i prawne:

„Uzasadnienie faktyczne

Wykonawca odpowiadając w dniu 10 stycznia 2019 r. na wezwanie do złożenia dokumentów z dnia 9 stycznia 2019 r nie złożył:

a) poprawionego oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia złożonego przez lidera konsorcjum SmallGIS Sp. z o. o. ul. Wadowicka 8a, 30-415 Kraków. Oświadczenie - załącznik nr 9 do SIWZ, w swojej treści nie zawiera informacji, że Wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy PZP oraz że podjął na podstawie art. 24 ust. 8 ustawy PZP środki naprawcze.

b) dowodów potwierdzających, że w stosunku do Wykonawcy nie zachodzą przesłanki w zakresie wykluczenia z postępowania, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Pzp, w celu udowodnienia Zamawiającemu, że jest Wykonawcą rzetelnym i wiarygodnym.

Zamawiający po przeanalizowaniu posiadanej dokumentacji oraz biorąc pod uwagę powyższe uważa, że Wykonawca SmallGIS Sp. z o. o. jest Wykonawcą nierzetelnym i niewiarygodnym, gdyż w 2018 r. nie wykonał dwóch umów w sprawie zamówienia publicznego:

1. Umowy nr ZG.271.11.2018 z dnia 13 czerwca 2018 r. na realizację usługi „Wykonanie lotniczych zdjęć fotogrametrycznych oraz ortofotomapy dla zasięgu terytorialnego Nadleśnictwa Łomża” zawartej ze Skarbem Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe - Nadleśnictwo Łomża.

2. Umowy nr 45/2018 z dnia 13.07.2018 r. na usługę „Wykonanie zdjęć fotogrametrycznych oraz ortofotomap dla ośmiu nadleśnictw RDLP we Wrocławiu” zawartej z Regionalną Dyрекcją Lasów Państwowych we Wrocławiu.

Niewykonanie powyższych umów nastąpiło w wyniku rażącego niedbalstwa Wykonawcy, które:

1. W przypadku umowy z Nadleśnictwem Łomża polegało na:

1) niewykonaniu zamówienia publicznego w terminie wynikającym z ww. umowy.

Wykonawca w terminie do dnia 30 września 2018 r. nie przekazał Nadleśnictwu Łomża żadnego z zamawianych produktów. Pierwsze z zamawianych produktów Nadleśnictwo Łomża otrzymało (przesyłką kurierską) dopiero w dniu 22 października 2018 r. Nadleśnictwo Łomża po sprawdzeniu zawartości przekazanych przez Wykonawcę dysków stwierdziło, że otrzymane produkty stanowią tylko część z zamawianego kompletu produktów. Po zgłoszeniu przez Nadleśnictwo Łomża za pomocą poczty elektronicznej braku części zamawianych produktów Wykonawca dosyłał etapowo brakujące pliki. Do dnia 7 listopada 2018 r. Wykonawca nie dostarczył Nadleśnictwu Łomża wszystkich kartometrycznych map anaglifowych. W sytuacji przekroczenia terminu wykonania umowy o więcej niż 14 dni, Nadleśnictwo Łomża na mocy § 6 ust. 1 lit. a teŹ umowy, pismem z dnia 08 listopada 2018 r. skierowanym do Prezesa Zarządu Small GIS Sp. z o.o. w Krakowie, odstąpiło od umowy nr ZG.271.11.2018 z dnia 13.06.2018 r. na realizację usługi „Wykonanie lotniczych zdjęć fotogrametrycznych oraz ortofotomapy dla zasięgu terytorialnego Nadleśnictwa Łomża” i zwróciło Wykonawcy otrzymane do tego dnia produkty.

2) nie zwróceniu się do Zamawiającego o przesłanie aktualnego zasięgu obszaru Nadleśnictwa Łomża, który był objęty przedmiotem zamówienia. Zdaniem Wykonawcy obowiązkiem Nadleśnictwa Łomża było załączenie do umowy aktualnego obszaru Nadleśnictwa Łomża. Wykonawca po zauważeniu tego uchybienia nie wystąpił do Nadleśnictwa Łomża o udostępnienie (zgodnie z umową) zasięgu opracowania w formie elektronicznej w postaci pliku ESRI shapefile. Wykonawca twierdzi, że pobrał sam z Państwowego Rejestru Granic plik z aktualnym obszarem terytorialnym działania Nadleśnictwa Łomża, który w ocenie Wykonawcy okazał się nieaktualny. W tej sytuacji Zamawiający Biebrzański Park Narodowy we własnym zakresie sprawdził czy zasięg Nadleśnictwa Łomża zamieszczony w Państwowym Rejestrze Granic jest aktualny i stwierdził, że w ww. Rejestrze znajdują się aktualne granice Nadleśnictwa Łomża a załączony tam plik z granicami datowany jest na 30. 01.2018 r. Nota bene Wykonawca nie wskazał rzeczywistego źródła pozyskania „aktualnego obszaru terytorialnego Nadleśnictwa Łomża”.

3) niezabezpieczeniu sieci komputerowej w przedsiębiorstwie Wykonawcy. W piśmie z dnia 10 stycznia 2019 r. Wykonawca wskazał, że wpływ na nieterminową realizację umowy miała przerwa w dostawie energii elektrycznej w biurcu wynajmowanym przez firmę, w wyniku czego został przerwany wielodniowy proces przetwarzania danych i czynność naleŹało powtórzyć. Na okoliczność tę Wykonawca nie powoływał się w korespondencji prowadzonej z Nadleśnictwem Łomża. Profesjonalny Wykonawca musi być przygotowany na tego rodzaju zdarzenia. Fakt nieprzewidzenia alternatywnego rozwiązania zasilania lub wykonywania całego procesu technologicznego bez stosownego zabezpieczenia oraz brak śledzenia informacji o przerwach w dostawie prądu źle świadczy o Wykonawcy jako profesjonalistcie. Jednocześnie Wykonawca nie wskazał, że podjął stosowne środki zaradcze aby w przyszłości uniknąć takiej sytuacji.

Dowód: kopia umowa nr ZG.271.11.2018 z dnia 13 czerwca 2018 r.

kopia pisma Nadleśnictwa Łomża z dnia 08 listopada 2018 r.

kopia pisma SmallGIS z dnia 10 stycznia 2019 r.

2. W przypadku umowy z RDLP we Wrocławiu polegało na:

1) nie przedstawieniu dowodów na potwierdzenie rzeczywistych warunków atmosferycznych mających wpływ na niemożliwość wykonania całego świadczenia umownego czym mógł doprowadzić do zmiany ww. umowy w zakresie ograniczenia rzeczowego przedmiotu zamówienia, o czym mowa w 511 ust. 1 lit. a) ww. umowy. Niepodejmowanie przez Wykonawcę działań przewidzianych umową świadczy o nieznajomości zapisów umownych.

2) zwrócenie się z prośbą o wydłużenie terminu wykonania zdjęć fotogrametrycznych do dnia 30 września 2018 r. po terminie na wykonanie zdjęć fotogrametrycznych określonym w ww. umowie § 3 ust. 1 (31 sierpnia 2018 r.), podczas gdy ww. umowa nie przewidywała możliwości zmiany umowy w zakresie przedłużenia terminu wykonania zarówno całej umowy

jak i poszczególnych jej części. Okoliczność ta kolejny raz potwierdza, że Wykonawca nie znał zapisów zawartej umowy.

Dowód: kopia pisma Wykonawcy z dnia 03 września 2018 r.

3) niewłaściwym zorganizowaniu realizacji umowy poprzez niewystarczające zaangażowanie potencjału technicznego czego dowodem jest przyznanie się Wykonawcy, że gdy na obszarach niezarejestrowanych w pełni, chwilowo występowały odpowiednie warunki pogodowe, Wykonawca zaangażowany był w rejestrację innych rejonów objętych zamówieniem.

Dowód: kopia pisma Wykonawcy z dnia 03 września 2018 r.

kopia pisma Wykonawcy z dnia 05 listopada 2018 r.

4) niewykonaniu ww. zamówienia publicznego terminowo. Wykonawca zobowiązany był dostarczyć Zamawiającemu RDLP we Wrocławiu osiem oddzielnych zestawów produktów (zawierających dane dotyczące każdego nadleśnictwa osobno) w sposób określony w § 4 umowy.

Wykonawca SmallGIS Sp. z o.o. do dnia 31 października 2018 r. (włącznie) nie przekazał Zamawiającemu RDLP we Wrocławiu przedmiotu zamówienia. W dniu 6 listopada 2018 r. Wykonawca przekazał część z zamawianych produktów dla dwóch nadleśnictw a w dniu 13 listopada 2018 r. pozostałe z zamawianych produktów dla tychże dwóch nadleśnictw. Stwierdzony przez Zamawiającego RDLP we Wrocławiu brak kompletu zamówionych zestawów produktów uniemożliwił odbiór przedmiotu zamówienia w sposób, o którym mowa w § 3 ust. 6 umowy.

Zamawiający RDLP we Wrocławiu mając na uwadze fakt, iż do dnia 29 listopada 2018 r. Wykonawca przekazał jedynie zamówione produkty dla dwóch nadleśnictw, oraz że przekroczenie terminu w zakresie pozostałych 6-ciu nadleśnictw wynosiło ponad 14 dni, pismem z dnia 29.11.2018 rok znak spr. ZA 6032.1.2018 r. poinformował Wykonawcę SmallGIS Sp. z o. o. o odstąpieniu od umowy nr 45/2018 z dnia 13.07.2018 r. na podstawie § 8 ust. 1 lit. a tejeż umowy.

Dowód: kopia pisma RDLP we Wrocławiu z dnia 29 listopada 2018 r.

Zamawiający uważa, że Wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego, którego następstwem jest niewykonanie ww. zamówień publicznych wynikające z nieprzestrzegania przez Wykonawcę zasad staranności i standardów postępowania wymaganych od profesjonalisty. Wykonawca zawierając umowę przyjął na siebie określone zobowiązanie, stał się gwarantem uzyskania opisanych w umowie rezultatów. Obowiązkiem Wykonawcy było takie zorganizowanie procesu wykonania zamówienia, by osiągnąć cel końcowy umowy w terminie w niej określonym i w sposób wymagany przez Zamawiającego. Wykonawca nie przewidział i nie podjął środków zaradczych minimalizujących ryzyka wykonania analizowanych umów. Powyższe dowody wskazują, że Wykonawca nie zachował minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w przywołanych wyżej sytuacjach. Zamawiający przyjmuje stanowisko, że opisane zachowanie Wykonawcy odbiega od miernika należytej staranności co w przypadku profesjonalnego Wykonawcy nie powinno mieć miejsca.

Zaistniałe okoliczności związane z realizacją przez Wykonawcę przedmiotowych umów oraz złożone przez Wykonawcę w piśmie z dnia 10.01.2019 r. wyjaśnienia nie rozwiewają obaw Zamawiającego Biebrzańskiego Parku Narodowego co do wykonania przez SmallGIS Sp. z o.o. zamówienia w sposób wymagany przez Zamawiającego.

Uzasadnienie prawne

Zamawiający wyklucza ww. Wykonawcę działając na podstawie:

1) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.): „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał barku podstaw wykluczenia”.

2) art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.): „Z postępowania o udzielenie zamówienia 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 mocą stosownych środków dowodowych”.

Stosownie do przepisu art. 24 ust. 4 ustawy Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą”

Odwołanie złożono „od niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez Zamawiającego, w postępowaniu (...), co stanowi naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 5 pkt. 2 p.z.p. oraz 24 ust. 1 pkt. 12.”

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że zamawiający wykluczył go na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Odwołujący nie wskazał żadnych okoliczności i argumentacji dotyczącej wykluczenia go z postępowaniem na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Ustalenia składu orzekającego Izby co do przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania oraz legitymacji do wniesienia odwołania.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

W dalszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący nie ma legitymacji we wniesieniu odwołania.

Art. 179 ust. 1 ustawy Pzp brzmi: „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy (...), jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.”

Zgodnie z zacytowanym art. 179 ust. 1 ustawy Pzp legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, który łącznie spełnia następujące przesłanki:

1. posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia,

2. poniesienia lub możliwości poniesienia szkody,

3. poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący, czego był świadom (sam wskazał to w odwołaniu) został wykluczony na podstawie zarówno art. 24 ust. 5 pkt 2, jak i na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Dodatkowo odwołujący, co potwierdził na rozprawie, “w odwołaniu nie odniósł się do podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, uznając że jedynie formalnie Zamawiający podstawę taką wskazał.”

Stanowiska odwołującego, że zamawiający “jedynie formalnie” wskazał jako podstawę wykluczenia odwołującego z postępowania art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp nie sposób jednak podzielić, ponieważ zamawiający w odniesieniu także do tej podstawy prawnej (tak jak w przypadku podstawy z art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp) podał uzasadnienie faktyczne.

W piśmie z dnia 18 stycznia 2019 r. zamawiający, w odniesieniu do wykluczenia odwołującego z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, uzasadnił: “Wykonawca odpowiadając w dniu 10 stycznia 2019 r. na wezwanie do złożenia dokumentów z dnia 9 stycznia 2019 r nie złożył: (...) b) dowodów potwierdzających, że w stosunku do Wykonawcy nie zachodzą

przesłanki w zakresie wykluczenia z postępowania, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Pzp, w celu udowodnienia Zamawiającemu, że jest Wykonawcą rzetelnym i wiarygodnym.” oraz, że „złożone przez Wykonawcę w piśmie z dnia 10.01.2019 r. wyjaśnienia nie rozwięwiają obaw Zamawiającego Biebrzańskiego Parku Narodowego co do wykonania przez SmallGIS Sp. z o.o. zamówienia w sposób wymagany przez Zamawiającego.”

Odwolujący nie objął odwołaniem zarzutu wykluczenia go z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z ww. przyczyn wskazanych przez zamawiającego w piśmie z dnia 18 stycznia 2019 r.

Nie można uznać, że zarzut został postawiony jedynie poprzez wskazanie, że wykluczając odwołującego z postępowania zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12 (obok naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 2) ustawy Pzp. Wskazanie jedynie podstawy prawnej nie tworzy zarzutu. Jak trafnie podniósł zamawiający w Odpowiedzi na odwołanie, formułując swoje stanowisko w oparciu o orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej: *„Zarzut stanowi bowiem wskazanie czynności bądź zaniechania przez zamawiającego czynności, do których jest zobowiązany na podstawie ustawy oraz okoliczności faktyczne wskazujące na naruszenie przepisów prawa”*. *„Oczywistym jest, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum), dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez Odwołującego argumentacji. Jednak zaprezentowanie argumentacji odnoszącej się do postulowanej oceny oznacza konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań Zamawiającego w sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu.”*

W konsekwencji tego, że odwołujący nie zakwestionował (nie objął zarzutami odwołania) wykluczenia go z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp ze względu na okoliczności faktyczne wskazane przez zamawiającego w odniesieniu do tej podstawy prawnej uznać należało, że wykluczenie odwołującego na tejże podstawie stało się ostateczne, a w konsekwencji uzyskanie zamówienia przez odwołującego jako wykonawcę wykluczonego niemożliwe.

Dostrzec należy, że odwołanie jest środkiem ochrony prawnej nakierowanym na zmianę sytuacji wykonawcy, polegającej na możliwości uzyskania w danym postępowaniu zamówienia, tj. wyboru oferty złożonej przez odwołującego się wykonawcę.

Odwolujący, poprzez odwołanie z dnia 22 stycznia 2019 r. nie zmieni swojej sytuacji (nawet gdyby zarzut bezzasadnego wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp potwierdził się), ponieważ nadal pozostanie wykonawcą wykluczonym na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Reasumując, odwołującemu – wobec podniesienia zarzutu wyłącznie wobec jednej z dwóch podanych przez zamawiającego podstaw wykluczenia z postępowania – nie przysługuje prawo do wniesienia odwołania. O ile można uznać, że odwołujący nadal posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia, o tyle nie można uznać, że odwołujący może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp w odniesieniu do jedynej kwestionowanej odwołaniem przesłanki wykluczenia. Gdyby nawet zarzut wykluczenia odwołującego z postępowania z naruszeniem przepisu art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp potwierdził się, to „aktualną” pozostałaby przesłanka wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Z uwagi na stwierdzony brak po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia skład orzekający Izby odstąpił od merytorycznego rozpoznania podniesionego w odwołaniu zarzutu. Za wyrokiem Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 5 maja 2008 r., sygn. akt: IX Ga 44/08 wskazać należy: *„Mając na uwadze powyższe rozważania należy wskazać, iż prawidłowo przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza, że po stronie skarżącego nie został wskazany przez niego fakt naruszenia jego interesu prawnego. (...) W związku z tym trafne jest rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej, skutkujące oddaleniem odwołania tylko i wyłącznie już z tego względu.”*

Skład orzekający Izby podkreśla, że z powyższych względów nie ocenił zasadności wykluczenia odwołującego z postępowania ani na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, ani na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) lit. b) 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

- - -
- - - -

Przewodniczący: