Sygn. akt: KIO 67/23

WYROK

z dnia 24 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Bogusława Tokarczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 stycznia 2023 r. przez odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

(Konsorcjum firm): A. L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne ASLAS A. L. oraz S. L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne Lipiński (Suchatówka 63/3, 88-140 Gniewkowo) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Gniewkowo (ul. Dworcowa 10, 88-140 Gniewkowo),

przy udziale wykonawcy: M. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Handel i Usługi M. K. (Zalesie 19, 89-511 Cekcyn) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (Konsorcjum firm): A. L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne ASLAS A. L. oraz S. L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne L. (Suchatówka 63/3, 88-140 Gniewkowo) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zgłaszającego przystąpienie (…): M. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Handel i Usługi M. K. (Zalesie 19, 89-511 Cekcyn) kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika. W pozostałym zakresie, co do kwoty 2.550 zł 00 gr kosztów tytułem usługi prawnej nie uwzględnia.

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

Sygn. akt: KIO 67/23

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 9 stycznia 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (Konsorcjum firm): A. L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne ASLAS A. L. oraz S. L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne L. (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Gniewkowo na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP], którego przedmiotem jest: „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Gniewkowo w roku 2023”. Numer referencyjny: SA.270.60.2022.WK. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE pod numerem 2022/S 210602696.

Odwołujący wskazał:

(…) wnoszę odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego pn. „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Gniewkowo w roku 2023”, Pakiet XII – HARW Pakiet 1 (wykonywanie w 2023 roku usług związanych z prowadzeniem prac leśnych w zakresie maszynowego pozyskania i zrywki drewna na terenie leśnictwa: Dąbki, Zajezierze, Balczewo, Rejna) oraz Pakiet XIII – HARW Pakiet 2 (wykonywanie w 2023 roku usług związanych z prowadzeniem prac leśnych w zakresie maszynowego pozyskania i zrywki drewna na terenie leśnictwa: Glinki, Rudak, Karczemka)”.

I. Zamawiającemu zarzucił naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt. 8 lub pkt. 10 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Handel i Usługi M. K. Zalesie 19, 89-511 Cekcyn, która została złożona przez wykonawcę: który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. W szczególności poprzez błędne przyjęcie, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu wskutek złożenia nieprawdziwego oświadczenia z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp wprowadzając Zamawiającego w błąd.

2. art. 239 ust. 1 poprzez niedokonanie wyboru oferty Odwołującego, która jest ofertą najkorzystniejszą zgodnie z określonymi w postępowaniu kryteriami oceny oferty.

II. Mając na względzie powyższe, wniósł o:

1. Nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert w tym unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty firmy Handel i Usługi M. K. Zalesie 19, 89-511 Cekcyn.

2. Nakazanie Zamawiającemu powtórzenia oceny ofert, wskutek którego Wykonawca Handel i Usługi M. K. Zalesie 19, 89-511 Cekcyn zostanie wykluczony, zaś jego oferta zostanie uznana za nieważną.

3. Ewentualnie nakazanie Zamawiającemu powtórzenia oceny ofert w zakresie Handel i Usługi M. K. Zalesie 19, 89-511 Cekcyn.

4. Dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, zgodnie z zasadami określonymi w specyfikacji warunków zamówienia.

5. Zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

III. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia oraz może ponieść

szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy. Gdyby Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał badania ofert mógłby ustalić, że firma Handel i Usługi M. K. Zalesie 19, 89-511 Cekcyn nie wykazał braku podstaw wykluczenia, wprowadził Zamawiającego w błąd, tym sam Wykonawca winien zostać wykluczony a jego oferta winna podlegać odrzuceniu. Tym samym oferta Odwołującego, jako jedyna ważna w postępowaniu uzyskałaby zamówienie publiczne. W związku z powyższym, Odwołujący może ponieść szkodę powstałą w wyniku naruszenia przepisów ustawy przez Zamawiającego, polegającą na nie udzieleniu Odwołującemu przedmiotowego zamówienia publicznego. Powyższe dowodzi o spełnieniu przesłanki do skorzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 ustawy. (…)

W uzasadnieniu podnoszonych zarzutów podał:

Zamawiający Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Gniewkowo poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 30 grudnia 2022 roku. Zamawiający powyższą informacje upublicznił na stronach internetowych prowadzonego postępowania. Dowód nr 1 – informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej -pismo z dnia 30 grudnia 2022 roku (…)

Z decyzją Zamawiającego w zakresie oceny oferty złożonej przez firmę Handel i Usługi M. K. (…) - nie sposób się zgodzić, z przyczyn wskazanych poniżej w uzasadnieniu odwołania. Podejmując decyzję o uznaniu ww. oferty za ważną w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający naruszył fundamentalne zasady określone w art. 16 ustawy Pzp, nie zapewniając jednocześnie obiektywizmu przy badaniu i ocenie ofert w zakresie postępowania pn. „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Gniewkowo w roku 2023”, Pakiet XII – HARW Pakiet 1 (wykonywanie w 2023 roku usług związanych z prowadzeniem prac leśnych w zakresie maszynowego pozyskania i zrywki drewna na terenie leśnictwa: Dąbki, Zajezierze, Balczewo, Rejna) oraz Pakiet XIII – HARW

Pakiet 2 (wykonywanie w 2023 roku usług związanych z prowadzeniem prac leśnych w zakresie maszynowego pozyskania i zrywki drewna na terenie leśnictwa: Glinki, Rudak, Karczemka).

(i)

Odnośnie zarzutu sformułowanego w zakresie art. 226 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Handel i Usługi M. K. (…), która została złożona przez wykonawcę: b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Odnośnie zarzutu sformułowanego w zakresie art. 226 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp w zw. z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Handel i Usługi M. K. (…), która została złożona przez wykonawcę: który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Wykonawca nie udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie przesłanki określone w art. art. 110 ust. 2 ustawy Pzp.

Wykonawca, firma Handel i Usługi M. K. (…) w złożonym na podstawie art. 125 ust. 1 oświadczeniu na formularzu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej: „JEDZ"), w Części III lit. C wiersz siódmy, oświadczył w sposób negatywny iż „nie 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".

Analiza złożonego JEDZ pozwala na stwierdzenie, iż Wykonawca nie tylko nie poinformował Zamawiającego o fakcie, iż 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 ale również celowo zataił informację o fakcie nałożenia na jego firmę kar umownych przez kilka Nadleśnictw, w szczególności Nadleśnictwo Trzebciny, Nadleśnictwo Tuchola, Nadleśnictwo Dobrzejewice oraz Nadleśnictwo Włocławek. W przypadku części z realizacji zostało również powierzone wykonanie zastępcze (przykładowo Nadleśnictwo Dobrzejewice).

Dowód nr 3 – JEDZ złożony przez Handel i Usługi M. K. (…) wraz z ofertą

Dowód nr 4 – JEDZ złożony przez Handel i Usługi M. K. (…) w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia

Na gruncie obowiązujących przepisów, w szczególności na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady bezapelacyjnie należy stwierdzić, że wobec Wykonawcy ziściły się przesłanki do wykluczenia z postępowania.

Powyżej opisane działanie Wykonawcy wypełnia również znamiona przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust 1 pkt 8 ewentualnie pkt. 10 ustawy Pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych. Wykonawca niewątpliwie wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP oraz że nie znajdował się w sytuacji, w której w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Nie ulega wątpliwości, że Wykonawca zataił informacje o nałożeniu na niego kar umownych oraz o zleceniach wykonawstwa zastępczego w trakcie realizacji umów na rzecz Nadleśnictwa Trzebciny, Nadleśnictwa Tuchola, Nadleśnictwa Dobrzejewice oraz Nadleśnictwa Włocławek. Skutkiem takie działania jest wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu. Powyższe mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ponieważ na podstawie mylących informacji podanych przez Wykonawcę w JEDZ, Zamawiający uznał, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania, co doprowadziło do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Niewątpliwie wprowadzenie w błąd i zatajenie informacji nastąpiło w wyniku zamierzonego działania lub co najmniej rażącego niedbalstwa. Wykonawca wiedział,

że w okresie wykluczenia z postępowania, o którym mowa w art. 111 pkt 4 PZP, wystąpiły okoliczności naliczenia kar umownych oraz wykonania zastępczego z przyczyn leżących po jego stronie, a mimo to wraz z ofertą złożył oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu i spełnianiu warunków udziału w postępowania w formie dokumentu JEDZ, w którym w Części III lit. C wiersz siódmy JEDZ 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 negatywną.

Działanie Wykonawcy było zatem świadome i wprowadziło Zamawiającego w błąd co do braku przesłanek wykluczenia z postępowaniu, a który to błąd ujawnił się dopiero w sytuacji, gdy inny Zamawiający poinformował Zamawiającego o tym, że odstąpił on od umowy ws. Zamówienia publicznego.

Dodatkowo wykonawca, w wyniku co najmniej rażącego niedbalstwa, pozbawił się możliwości przedstawienia dowodów i twierdzeń (tzw. procedura samooczyszczenia), pozwalających na uznanie, iż nie powinien zostać wykluczony z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 110 ust. 2 ustawy Pzp. Sytuacja, w której wykonawca nie podaje prawdziwych informacji związanych z istnieniem podstawy do ewentualnego wykluczenia, może skutkować wybraniem, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy, który powinien być wykluczony z postępowania i w konsekwencji, w oparciu o nieprawdziwe informacje - zawarciem z nim umowy na realizację zamówienia, wbrew przepisom ustawy Pzp. Dodać należy także, że ustawodawca krajowy, implementując do prawa krajowego (PZP) art. 57 ust. 4 lit. h Dyrektywy 2014/24/UE wprost wskazał, iż działanie wykonawcy w zakresie złożenia nieprawdziwych informacji nie musi mieć charakteru umyślnego, ale może być to również działanie nieumyślne, tj. działanie niedbałe. Konstrukcja omawianego

przepisu pozwala na przyjęcie, że zachowanie wykonawcy przy podaniu informacji zamawiającemu podlega ocenie w świetle art. 355 § 1 k.c., zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Należyta staranność określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności. Stwierdzenie niedbalstwa danego podmiotu jest uzasadnione tylko wtedy, gdy podmiot ten zachował się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niego miernika należytej staranności. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy

odpowiada rzeczywistości. W tym wypadku wykonawca powinien dokonać szczególnej weryfikacji prezentowanych przez siebie danych, mając prawną świadomość, jako profesjonalista, konsekwencji ich nierzetelnej prezentacji (por. wyrok …KIO 2372/18).

Względnie, gdyby przesłanka wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP została uznana za zbyt daleko idącą w stosunku do zachowania Wykonawcy, powinien on podlegać wykluczeniu z postępowania także na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wykluczenie wykonawcy w sytuacji wprowadzenia w błąd zamawiającego w wyniku zachowania nieumyślnego tj. lekkomyślności lub niedbalstwa. Lekkomyślność to sytuacja, gdy wykonawca zdaje sobie sprawę z tego, że określone zachowanie może prowadzić do naruszenia zobowiązania, ale bezpodstawnie sądzi, że uda mu się jednak tego uniknąć. Przy niedbalstwie wykonawca nie zdaje sobie sprawy, choć powinien, że określone zachowanie prowadzić będzie do naruszenia przez niego zobowiązania. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, jak i sądów okręgowych na gruncie art. 24 ust. 1 pkt 17 poprzedniej PZP (odpowiednik stanowi art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP) podkreślająca, iż podstawą wykluczenia istotne są jedynie zachowanie wykonawcy i treść informacji (mogącej mieć wpływ na decyzje zamawiającego), w szczególności nie ma znaczenia, czy zamawiający został skutecznie wprowadzony w błąd, na skutek czego podjął jakiekolwiek decyzje czy wykonał jakiekolwiek czynności. Sąd podkreślił nawet, samo podanie informacji nieprawdziwej wypełnia przesłankę wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia. Także w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej każde kłamstwo świadczy o nierzetelności wykonawcy, a przyjęcie, że nie można wykluczyć wykonawcy, którego kłamstwo wykrył zamawiający, prowadziłoby do przerzucania na zamawiających odpowiedzialności za informacje podawane przez wykonawców. Wykonawcy mogliby bowiem ekskulpować się, wskazując, że informacja nie mogła wprowadzać zamawiającego w błąd, bo powinien znać rzeczywisty stan faktyczny. W konsekwencji dano by wykonawcom przyzwolenie na składanie oświadczeń niezgodnych z rzeczywistością.

W świetle powyższego niniejsze odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie. Wnoszę o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności określonych na wstępie.

Do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie (pismo z dnia 13.01.2023) wykonawca: M. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Handel i Usługi M. K. (…) (Przystępujący), który wnosząc o oddalenie odwołania wskazał w tym piśmie na następujące okoliczności:

(…)

Postawione wobec Zamawiającego zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt. 7 ustawy PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt. 8 lub pkt. 10 ustawy PZP są bezzasadne. W przedmiotowym postępowaniu nie zachodziła wobec mnie żadna z przesłanek wykluczenia, o których mowa w odwołaniu. Złożone oświadczenie na formularzu JEDZ było zatem zgodne ze stanem rzeczywistym.

Interes Przystępującego w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego wynika z faktu, iż w postępowaniu pn. „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Gniewkowo w roku 2023", Zamawiający dokonał wyboru jako oferty najkorzystniejszej dla części nr 12 (Pakiet XII – HARW Pakiet 1 - wykonywanie w 2023 roku usług związanych z prowadzeniem prac leśnych w zakresie maszynowego pozyskania i zrywki drewna na terenie leśnictwa: Dąbki, Zajezierze, Balczewo, Rejna) oraz dla części nr 13 (Pakiet XIII – HARW Pakiet 2 - wykonywanie w 2023 roku usług związanych z prowadzeniem prac leśnych w zakresie maszynowego pozyskania i zrywki drewna na terenie leśnictwa: Glinki, Rudak, Karczemka) oferty złożonej przez Przystępującego, a oferta Odwołującego była drugą złożoną na te części zamówienia. Odwołujący jest więc bezpośrednio zainteresowany zmianą oceny ofert oraz uważa, że Zamawiający zaniechał czynności odrzucenia oferty Przystępującego. Ewentualne uwzględnienie odwołania przez KIO miałoby bezpośredni i negatywny wpływ na sytuację Przystępującego – tj. uniemożliwiałoby Przystępującemu realizację przedmiotu zamówienia publicznego, a tym samym uzyskanie z tego tytułu wynagrodzenia".

Dalej w uzasadnieniu stanowiska podał:

Podniesione w odwołaniu zarzuty są niezasadne zarówno z prawnego, jak i faktycznego punktu widzenia – tym samym nie mogą stanowić podstawy dla uwzględnienia wniosków Odwołującego. Na wstępie należy zasygnalizować, iż wniesione odwołanie nie spełnia wymogów formalnych określonych w art. 516 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP, i jako takie w związku z treścią art. 517 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP nie powinno podlegać rozpoznaniu.

Pierwszy z przywołanych przepisów stanowi, że odwołanie zawiera wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Drugi stanowi o tym, że odwołanie podlega rozpoznaniu, jeżeli nie zawiera braków formalnych.

W odniesieniu do powyższego – Odwołujący powołał się na rzekome naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 226 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt. 7 ustawy PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt. 8 lub pkt. 10 ustawy PZP. Jednocześnie Odwołujący jako uzasadnienie całości zarzutów podał następujące okoliczności faktyczne: „Analiza złożonego JEDZ pozwala na stwierdzenie, iż Wykonawca nie tylko nie poinformował Zamawiającego o

fakcie, iż 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 ale również celowo zataił informację o fakcie nałożenia na jego firmę kar umownych przez kilka Nadleśnictw, w szczególności Nadleśnictwo Trzebciny, Nadleśnictwo Tuchola, Nadleśnictwo Dobrzejewice oraz Nadleśnictwo Włocławek. W przypadku części z realizacji zostało również powierzone wykonanie zastępcze (przykładowo Nadleśnictwo Dobrzejewice).”

Powyższy cytat jest w zasadzie jedynym wskazaniem co do okoliczności faktycznych. Odwołujący nie podaje żadnych faktów oraz okoliczności na poparcie swoich tez. Nie przedstawia żadnych dowodów. Poza wyżej zacytowanym fragmentem pozostała część odwołania stanowi przytoczenie (kilkukrotne) treści przepisów ustawy PZP bądź też przytoczenie tez orzecznictwa. Niedookreślone okoliczności są niewystarczające aby nawet odnieść się do treści zarzutów sformułowanych na tej podstawie. Odwołujący w odniesieniu do postawionego zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt 7 nie wskazał jakie zdarzenie stanowi o zaistnieniu wobec mnie przesłanki wykluczenia. Nie wskazał na czym to zdarzenie miałoby polegać i dlaczego ma stanowić przesłankę wykluczenia. Odwołujący nie wskazał konkretnych okoliczności polegających na długotrwałym nienależytym wykonywaniu istotnych zobowiązań albo niewykonania lub nienależytego wykonania w znacznym stopniu lub zakresie istotnego zobowiązanie wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Wskazać, że wszystkie okoliczności wymienione w przepisie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP muszą zachodzić łącznie. Musi zatem dojść do:

2.3. do niewykonania lub nienależytego wykonania bądź długotrwałego nienależytego wykonywania obowiązków wynikających z umowy,

2.4. musi ono dotyczyć znacznego zakresu umowy albo być naruszeniem znacznego stopnia,

2.5. przyczyna musi tkwić po stronie wykonawcy,

2.6. musi to doprowadzić do skutków w postaci wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Odwołujący nie określił czego konkretnie dotyczyły naruszenia, które jego zdaniem miały stać się podstawą wykluczenia. Następnie wskazał w sposób bardzo ogólny na rzekomy fakt zatajenia informacji o karach umownych nałożonych na mnie przez kilka jednostek organizacyjnych lasów państwowych, to jest:, „w szczególności Nadleśnictwo Trzebciny, Nadleśnictwo Tuchola, Nadleśnictwo Dobrzejewice oraz Nadleśnictwo Włocławek. W

przypadku części z realizacji zostało również powierzone wykonanie zastępcze (przykładowo Nadleśnictwo Dobrzejewice”.

Odwołując ani nie wskazał jakich umów miałaby dotyczyć rzekome naruszenia, nawet nie wskazał, co było przedmiotem tych umów. Nie określił nawet czasu ich realizacji. Powyższe w zasadzie przekreśla możliwość odniesienia się do tego rodzaju gołosłownych oskarżeń, ponieważ Przystępujący nie wie do jakich zdarzeń ma się odnosić.

Mimo wszystko odnosząc się do niesprecyzowanych zarzutów oświadczam, że nie zachodziła wobec mnie przesłanka wykluczenia z przedmiotowego postępowania, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP. Wobec powyższego również nie uzasadniony jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10. Nie zataiłem bowiem żadnej informacji mogącej mieć wpływ na ocenę zaistnienia przesłanki wykluczenia. Już sam fakt redakcji zarzutów naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 poprzez użycie zwrotu alternatywy (lub) – świadczy o braku pełnego przekonania dla uzasadnienia stawianych zarzutów. Odwołujący zdaje się sam nie wiedzieć jakie przepisy miał rzekomo naruszyć Zamawiający. Odwołujący ma również słabe rozeznanie w realizowanych przeze mnie umowach, wskazując – wydaje się niejako „po omacku” wszystkie podmioty z którymi współpracowałem, bez weryfikacji przebiegu realizacji umów z nimi. Tymczasem wskazane normy prawne, których naruszenie zarzuca Zamawiającemu Odwołujący - są przepisami związanymi z najsurowszymi sankcjami prawnymi dot. wykluczenia z wykonawcy z postępowania. Muszą być wykładane wąsko, precyzyjnie, tak samo jak jasna i bez wątpliwości musi być ocena okoliczności wykluczenia. O ile faktycznie świadczyłem usługi dla wymienionych w odwołaniu jednostek organizacyjnych, to wskazać należy, że w związku z wykonywaniem tych umów nie zaszła okoliczność, która stanowiłaby przesłankę wykluczenia w postępowaniu na usługi leśne w Nadleśnictwie Gniewkowo. Jeśli chodzi o umowy zrealizowane na rzecz Nadleśnictw Trzebciny, Tuchola oraz Włocławek odbyły się wedle mojej wiedzy bez naliczenia jakiejkolwiek kary umownej, stąd też twierdzenia z odwołania o naliczeniu mi kar umownych przez te jednostki rozmijają się z prawdą. Na dowód składane są poniżej referencje od podmiotów wymienionych w treści odwołania. Z uwagi na relatywnie krótki termin na złożenie oświadczenia o przystąpieniu – zastrzegam możliwość składania kolejnych dowodów, o ile Izba uzna za zasadne rozpoznanie odwołania, które nie zawiera żadnych dowodów na uzasadnienie stawianych zarzutów, ani nie zawiera choćby określenia okoliczności mających stanowić podstawę dla stawianych zarzutów.

Dowód: 1) Dowód (1) N. Włocławek - informacja o realizacji umów, 2) Dowód (2) N. Trzebciny - informacja o realizacji umów. 3) Dowód (3) N. Tuchola - informacja o realizacji umów.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 19/01/2023) oświadczył

(...)

Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Gniewkowo (dalej: „Zamawiający"), w wykonaniu zobowiązania do złożenia odpowiedzi na odwołanie, w odpowiedzi na odwołanie wniesione przez Odwołującego w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu (…) informuje, że uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu".

W uzasadnieniu stanowiska podał w szczególności: (…)

> 3 .W dniu 9 stycznia 2023 r. Odwołujący wniósł odwołanie na czynności Zamawiającego, tj. na wybór oferty złożonej przez Przystępującego w ramach Pakietu XII – HARW Pakiet 1 oraz Pakietu XIII – HARW Pakiet 2.
>
> 4 .Wyżej wymienione czynności, które w drodze odwołania zaskarżył Odwołujący zostały dokonane przez Zamawiającego na podstawie pisma z dnia 30 grudnia 2022 r., które zostało w tym samym dniu przesłane wykonawcom, którzy złożyli ofert w ramach Pakietu XII – HARW Pakiet 1 oraz Pakietu XIII – HARW Pakiet 2. Dowód: pismo z dnia 30 grudnia 2022 r. (w aktach sprawy)
>
> 5 .Zamawiający, po zapoznaniu się z treścią odwołania oraz przystąpienia, mając w szczególności na uwadze względy związane z dobrem finansów Skarbu Państwa, zadecydował o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu".

Zgłaszający przystąpienie wykonawca (w piśmie z dnia 19 stycznia 2023 r.) oświadczył: „Niniejszym zgłaszam sprzeciw, co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez Zamawiającego. Wnoszę również o zasądzenie od Odwołującego na rzecz Przystępującego zgłaszającego sprzeciw co do uwzględnienia odwołania w całości przez 2 zamawiającego kosztów wynagrodzenia pełnomocnika według norm prawem przepisanych, zgodnie z rachunkami potwierdzającymi poniesienie tych kosztów przedstawionymi na rozprawie".

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołujący w odwołaniu podniósł kluczowy zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Handel i Usługi M. K. z Cekcyna (Handel i Usługi M. K. lub Przystępujący), co powoduje jego zdaniem naruszenie: (…) art. 226 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt. 8 lub pkt. 10 ustawy Pzp (…), albowiem ta oferta (…) została złożona przez wykonawcę:

który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. W szczególności poprzez błędne przyjęcie, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu wskutek złożenia nieprawdziwego oświadczenia z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp wprowadzając Zamawiającego w błąd".

W uzasadnieniu przesłanki z punktu 7) przepisu podał:

„Wykonawca, firma Handel i Usługi M. K. (…) w złożonym na podstawie art. 125 ust. 1 oświadczeniu na formularzu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej: „JEDZ"), w Części III lit. C wiersz siódmy, oświadczył w sposób negatywny iż „nie 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".

W dalszej części uzasadnienia wskazał: „Na gruncie obowiązujących przepisów, w szczególności na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady bezapelacyjnie należy stwierdzić, że wobec Wykonawcy ziściły się przesłanki do wykluczenia z postępowania". Jako dowód powołał dwa dokumenty: JEDZ złożony wraz z ofertą przez Handel i Usługi M. K. (…) oraz JEDZ złożony przez Handel i Usługi M. K. (…) w odpowiedzi na wezwanie do jego uzupełnienia. Dalej w uzasadnieniu kolejnych przesłanek z pkt 8) i 10) wskazał: „Powyżej opisane działanie Wykonawcy wypełnia również znamiona przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust 1 pkt 8 ewentualnie pkt. 10 ustawy Pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych. Wykonawca niewątpliwie wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP oraz że nie znajdował się

w sytuacji, w której w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy

koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Nie ulega wątpliwości, że Wykonawca zataił informacje o nałożeniu na niego kar umownych oraz o zleceniach wykonawstwa zastępczego w trakcie realizacji umów na rzecz Nadleśnictwa Trzebciny, Nadleśnictwa Tuchola, Nadleśnictwa Dobrzejewice oraz Nadleśnictwa Włocławek. Skutkiem takie działania jest wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu. Powyższe mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ponieważ na podstawie mylących informacji podanych przez Wykonawcę w JEDZ, Zamawiający uznał, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania, co doprowadziło do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Niewątpliwie wprowadzenie w błąd i zatajenie informacji nastąpiło w wyniku zamierzonego działania lub co najmniej rażącego niedbalstwa. Wykonawca wiedział, że w okresie wykluczenia z postępowania, o którym mowa w art. 111 pkt 4 PZP, wystąpiły okoliczności naliczenia kar umownych oraz wykonania zastępczego z przyczyn leżących po jego stronie, a mimo to wraz z ofertą złożył oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu i spełnianiu warunków udziału w postępowania w formie dokumentu JEDZ, w którym w Części III lit. C wiersz siódmy JEDZ 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 negatywną. Działanie Wykonawcy było zatem świadome i wprowadziło Zamawiającego w błąd co do braku przesłanek wykluczenia z postępowaniu, a który to błąd ujawnił się dopiero w sytuacji, gdy inny Zamawiający poinformował Zamawiającego o tym, że odstąpił on od umowy ws. zamówienia publicznego".

Przystępujący w zgłoszonym przystąpieniu (pismo z dnia 13 stycznia 2023 r.) wniósł o pozostawienie odwołania bez rozpoznania względnie o oddalenie zarzutów. Wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania wniósł sprzeciw.

Izba, mając na uwadze treść odwołania oraz argumentację Przystępującego według pisma z dnia 13 stycznia br (zgłoszenie przystąpienia) nie uwzględniła wniosku wykonawcy o pozostawieniu odwołania bez rozpoznania. W tym przypadku Izba miała na uwadze nie tylko wskazany przez Przystępującego art. 516 ust. 1 pkt 10 Pzp, ale także art. 534 i nast. ustawy

Pzp odnoszące się do reguł związanych z ciężarem dowodu w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą. Zdaniem Izby w tym odwołaniu obok okoliczności prawnych wskazano także okoliczności faktyczne, które w obszernych fragmentach zostały powyżej zacytowane. Tym samym nie zgodziła się z twierdzeniem Przystępującego, że nie wskazano w tym odwołaniu żadnych okoliczności faktycznych powodujących zastosowanie art. 517 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Tytułem uzasadnienia Izba wskazuje, że Odwołujący powołując się na naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 226 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt. 8 lub pkt. 10 ustawy Pzp, jako okoliczności faktyczne wskazał na JEDZ złożony wraz z ofertą przez Przystępującego oraz jego uzupełnienie podnosząc, że (…) Wykonawca nie tylko nie poinformował Zamawiającego o fakcie, iż 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 ale również celowo zataił informację o fakcie nałożenia na jego firmę kar umownych przez kilka Nadleśnictw, w szczególności Nadleśnictwo Trzebciny, Nadleśnictwo Tuchola, Nadleśnictwo Dobrzejewice oraz Nadleśnictwo Włocławek. W przypadku części z realizacji zostało również powierzone wykonanie zastępcze (przykładowo Nadleśnictwo Dobrzejewice)." Inne fakty – jak słusznie zauważył Przystępujący - ani dowody nie zostały przedstawione w odwołaniu.

Izba rozpoznając zatem wskazany zarzut oparty na cytowanych przesłankach i uwzględniając stan sprawy po przeprowadzeniu rozprawy i na podstawie dokumentacji uznała, że Odwołujący nie wykazał, aby wobec Przystępującego zachodziły przesłanki wykluczenia określone art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp i w konsekwencji również przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp.

Wskazany w odwołaniu przepis - art. 109 ust.1 pkt 7, pkt 8 oraz pkt 10 Pzp - stanowi: „1. Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: (…)

> 7) który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady;
>
> 8) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub

który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych;

(…)

> 10) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia".

Wymienione przesłanki – ich zastosowanie - zostały podane przez Zamawiającego m.in. w SWZ (co było poza sporem). Oferta wraz z JEDZ została złożona przez Przystępującego w dniu 18 listopada 2022 r. Z kolei wezwanie do uzupełnienia

JEDZ zostało skierowane do wykonawcy w dniu 5 grudnia 2022 r., a jego uzupełnienie nastąpiło w terminie wyznaczonym wezwaniem – w dniu 8 grudnia 2022 r.

Niewątpliwie wszystkie okoliczności wymienione w przepisie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP muszą zachodzić łącznie, a mianowicie musi dojść do: (1) do niewykonania lub nienależytego wykonania bądź długotrwałego nienależytego wykonywania obowiązków wynikających z umowy, (2) musi ono dotyczyć znacznego zakresu umowy albo być naruszeniem znacznego stopnia, (3) przyczyna musi tkwić po stronie wykonawcy, (4) musi to doprowadzić do skutków w postaci wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Odwołujący nie wykazał, że we wskazanych terminach doszło do okoliczności wymaganych przepisem a związanych z rozwiązaniem umów lub ich zastępczym wykonaniem. Ponadto powołując się na Nadleśnictwa na których rzecz miały być realizowane umowy, nie sprecyzowano tych umów, chociażby ich przedmiotu, ani w jakim okresie.

Izba w tym przypadku – rozstrzygając o podnoszonych zarzutach na tle stanu faktycznego sprawy - musiała mieć na względzie reguły dowodowe m.in. wynikające ze wskazywanego art. 534 ust. 1 ustawy Pzp związane z postępowaniem odwoławczym przed KIO opartym na podstawach, o charakterze kontradyktoryjnym. W myśl zasady wyrażonej w art. 6 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 534 ust.1 Pzp „Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.” Ta szczególna zasada rozkładu ciężaru dowodu wymaga od Odwołującego (z wyjątkiem procedury związanej z rażąco niską ceną, o czym stanowi art. 537 Pzp) sformułowania zarzutów odwołania w sposób dowodzący ich słuszności, dając

faktyczną możliwość ich weryfikacji w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia i przedłożone dowody.

Tak jak wskazano JEDZ został złożony – zgodnie z wymaganiami – wraz z ofertą dla złożenia której termin upływał w dniu 18 listopada 2022 r. Wnoszący odwołanie nie wykazał, że w tej dacie zaistniały okoliczności wskazane przepisem. Podobnie w odwołaniu nie wykazał, że takie okoliczności zaistniały w dacie 8 grudnia 2022 r. w której został złożony uzupełniony JEDZ. Także nie wykazał, że Przystępujący miał świadomość wskazywanych przez niego okoliczności w dniu 20 grudnia 2022 r. składając na podstawie art. 125 ust.1 Pzp zaktualizowane oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu z przedmiotowego postępowania.

Formułując w piśmie z dnia 22 stycznia 2023 r. te okoliczności oraz przedstawiając dowody na ich potwierdzenie Odwołujący dalej nie wykazał, że oświadczenia składane w JEDZ dowodzą naruszenia wskazanych przepisami przesłanek. Podobnie oświadczenia z art. 125 ust.1 Pzp, o którym prawdopodobnie mowa w zarzucie podnoszonym we wstępie odwołania (w punkcie 1 str 1 cytowanym w nin. uzasadnieniu). Niewątpliwie wymaga podkreślenia, na co zwracał uwagę Przystępujący już w piśmie z dnia 13.01.2023 r.(…) że do upływu terminu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu nie miała miejsce żadna forma nienależytego wykonywania umowy, a w szczególności nie doszło ani do rozwiązania umowy, naliczenia kar umownych, odszkodowania, czy wykonania zastępczego. Po terminie składania ofert w przedmiotowym postępowaniu faktycznie miały miejsce przypadki braku terminowego realizowania zleceń, które w przypadku 4 zleceń poskutkowały odwołaniem tych zleceń, a dopiero w dalszej perspektywie czasowej zleceniu przez Zamawiającego wykonania tych prac innemu wykonawcy. O tym fakcie jednak Przystępujący został poinformowany pismem z Nadleśnictwa Dobrzejewice dopiero w dniu 9 stycznia 2023 r., a więc nie tylko po terminie składania ofert, ale po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej. Wobec powyższego, niezależnie od dalszych i innych argumentów (równie istotnych) – nie zaistniała causa – stan faktyczny do momentu wyboru oferty, który mógłby być choćby potencjalnie rozważany jako przesłanka wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP. Nie doszło bowiem do tego terminu do żadnej z sytuacji opisanych w tej normie prawnej”.

Izba ponadto wskazuje na pismo z dnia 20 stycznia 2023 r. które jako dowód przedłożył Odwołujący, w którym to piśmie Nadleśnictwo Dobrzejewice wskazując na cztery umowy w ostatnim akapicie podaje: „Nadleśnictwo Dobrzejewice informuje, że umowy SA.271.1.H3.21 oraz SA.271.1 H3 .22 były realizowane należycie i nie naliczono żadnych kar umownych, natomiast w przypadku umów SA.271.1.H2.22 oraz SA.271.1.H3.22

Nadleśnictwo Dobrzejewice skorzystało z wykonawstwa zastępczego nie podejmując jednocześnie decyzji w sprawie naliczania kar umownych oraz zajęcia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Wykonawstwo zastępcze opiewało na kwotę: 155 673,10 zł netto dla umowy SA.271.1.H2.22 (2 830,42 rn3) oraz 118 499,15 zł netto dla umowy SA.271.1.H3.22 (2 154,53 m3)”. Takie stwierdzenie może także dowodzić, (inaczej niż to interpretuje Odwołujący), że Nadleśnictwo nie jest przekonane, że w odniesieniu do tych umów ich niewykonanie nastąpiło wyłącznie z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, w znacznym stopniu lub zakresie lub nienależycie albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie.

W tym stanie rzeczy także nie mógł podlegać uwzględnieniu podnoszony zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp dotyczący niedokonania wyboru oferty Odwołującego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze art. 557 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 2 i rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437) [dalej: rozporządzenie].

Zgodnie z dyspozycją wskazanego art. 557 w wyroku Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Zgodnie z kolei z § 8 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia:

„2. W przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz:

(…)

2) uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw, który przystąpił po stronie zamawiającego, jeżeli uczestnik ten wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości (…).

Tak jak wskazano zgłaszający przystąpienie po stronie zamawiającego wykonawca wniósł sprzeciw i wobec oddalenia odwołania oraz wniosku zostały zasądzone na jego rzecz koszty postępowania odwoławczego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika. W tym przypadku Izba rozpoznając wniosek Przystępującego o zasądzenie na jego rzecz wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 6.150 zł miała na uwadze również § 5 pkt 2 lit. b) zgodnie z którym wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika nie mogą przekroczyć łącznie kwoty 3600 zł i tym samym wniosku, co do kwoty 2.550 zł kosztów tytułem usługi prawnej nie uwzględniła.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.