

Sygn. akt: KIO 86/23

## WYROK

z dnia 27 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kuszel-Kowalczyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie w dniu 23 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 stycznia 2023 r. przez wykonawcę M. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne M. T. z siedzibą w Mieczkowie w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe – Nadleśnictwo Zdrojowa Góra

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia W. Sz. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Leśne W. Sz. z siedzibą w Krępku, A. Sz. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych A. Sz. z siedzibą w Krępku, S. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych S. M. z siedzibą w Ługach Ujskich, D. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych D. K. z siedzibą w Płytnicy, P. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych P. M. z siedzibą w Ługach Ujskich, R. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowo-Handlowa R. Z. z siedzibą w Kamienicy, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego – M. T., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne M. T. z siedzibą w Mieczkowie i
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego M. T., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne M. T. z siedzibą w Mieczkowie tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od odwołującego M. T., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne M. T. z siedzibą w Mieczkowie na rzecz zamawiającego Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe – Nadleśnictwo Zdrojowa Góra kwotę 3 938,00 zł (słownie: trzy tysiące dziewięćset trzydzieści osiem złotych i 00/100 groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów noclegu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. poz. 2021, poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

## Uzasadnienie

Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe – Nadleśnictwo Zdrojowa Góra, zwana dalej „Zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. poz. 2021, poz. 1129), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Zdrojowa Góra w roku 2023, znak postępowania SZ.270.14.2022.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19.10.2022 r. pod nr 2022/S 202-575418.

W dniu 9 stycznia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca M. T., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne M. T. z siedzibą w Mieczkowie, zwany dalej „Odwołującym”. Odwołanie zostało wniesione wobec czynności: wykluczenia Odwołującego z postępowania, odrzucenia oferty Odwołującego złożonej na części nr 1 i 2 zamówienia, zaniechania wyboru oferty Odwołującego na części nr 1 i 2 zamówienia, wybór najkorzystniejszej oferty w zakresie części nr 1 i 2 zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 109 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 110 ust. 2 i 3 i art. 16 pkt 2 i 3 ustawy Pzp - poprzez przedwczesne wykluczenie Odwołującego w sytuacji kiedy działając w sposób przejrzysty i z należytą starannością wskazał on

we wstępnym oświadczeniu JEDZ informację, że zachodzi wobec niego odpowiednia podstawa wykluczenia, jednocześnie przedstawiając szczegółowy opis środków naprawczych i zapobiegawczych, a następnie działając w dobrej wierze złożył wyjaśnienia w zakresie żądanym przez Zamawiającego, który wykluczył go z postępowania, nie umożliwiając mu przeprowadzenia w całości procedury samooczyszczenia.

Składając wyjaśnienia Odwołujący załączył nawet dokument samego podmiotu dla którego w sposób nienależyty były wykonywane umowy, który zawierał opis nieprawidłowości, podstawę naliczenia kar umownych itp. (zarzut braku ich podania pojawił się w uzasadnieniu wykluczenia). Jednocześnie wykluczając Odwołującego z postępowania Zamawiający powołał się na okoliczności dot. braku dowodów samooczyszczenia pomimo, iż we wcześniejszym wezwaniu nie wskazywał na żadne braki w tym zakresie, ani na żądanie ich uzupełnienia czy choćby wyjaśnienia.

Zamawiający naruszył tym samym zasady przejrzystości i proporcjonalności nie dążąc do pełnego i wszechstronnego zbadania okoliczności w ramach podejmowanych czynności, w szczególności w odniesieniu do czynności o tak doniosłych skutkach jak wykluczenie wykonawcy z postępowania. Zamawiający uniemożliwił tym samym pełne wyjaśnienie okoliczności samooczyszczenia, w tym złożenie dowodów, które mogły zostać złożone w momencie potwierdzania braku podstaw wykluczenia wstępnie zadeklarowanych w JEDZ przy składaniu na tę okoliczność podmiotowych środków dowodowych.

2) art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp – poprzez jego zastosowanie i wykluczenie Odwołującego w sytuacji kiedy Odwołujący działając w dobrej wierze ujawnił i wskazał wprost w formularzu JEDZ wszystkie umowy o zamówienie publiczne, w związku z nienależytą realizacją których - mogła choćby potencjalnie zachodzić przesłanka wykluczenia. Odwołujący nie mógł zatem wprowadzić w błąd, co do przekazania informacji, że nie podlega wykluczeniu ponieważ oświadczył przeciwnie, to jest przyznał, że podlega wykluczeniu. Jednocześnie wskazał fakt nieprawidłowej realizacji umów. Zamawiający zarzucając wprowadzenie w błąd, co do istnienia przesłanek wykluczenia, nie wskazał na jakiegokolwiek inne umowy, niż te, które wskazał z własnej inicjatywy Odwołujący w dokumencie JEDZ. Zarzut wprowadzenia w błąd jest o tyle niezrozumiały, że Odwołujący chcąc być całkowicie transparentny do wyjaśnień załączył dokument (referencje) podmiotu, na rzecz którego nieprawidłowości wystąpiły, co zupełnie niweczy argumentację Zamawiającego w zakresie chęci minimalizowania obrazu nieprawidłowości albo zatajenia jakiś okoliczności. Odwołujący powołał się na dokument podmiotu źródłowego, który zawierał wszystkie podstawowe informacje dot. podstaw naliczenia, kar umownych, zleceń zastępczych etc.

3) art. 128 ust. 1 i ust 4 ustawy Pzp - poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dowodów w zakresie wprowadzonych działań naprawczych w związku z samooczyszczeniem bądź złożenia wyjaśnień dot. szczegółów okoliczności nieprawidłowego wykonania umów w sprawie zamówienia publicznego. Taką właśnie procedurę wyjaśnienia lub wzywania do złożenia dokumentów zastosowały w równoległe toczących się postępowaniach na ten sam przedmiot umowy dwie inne jednostki organizacyjne Lasów Państwowych (Nadleśnictwo Szubin i Nadleśnictwo Oborniki). Jednostki te po przyjęciu wyjaśnień i uzupełnień (działając w oparciu o ten sam stan faktyczny: identyczny opis środków naprawczych i zapobiegawczych oraz ten sam wzór SWZ dot. usług leśnych) pozytywnie oceniły procedurę samooczyszczenia, wybrały ofertę Odwołującego, zawarły z nim umowy, które są już przez Odwołującego realizowane.

4) art. 16 pkt 1 i 2 i 3 ustawy Pzp - poprzez dokonywanie czynności w sposób nieprzejrzysty i nieproporcjonalny oraz niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zamawiający skierował do Odwołującego wezwanie do wyjaśnień jedynie w zakresie podania przyczyny braku wskazania okoliczności wykonania zastępczego (w odniesieniu do relatywnie i obiektywnie niewielkiej części umowy), co mogło sugerować wolę zatajenia informacji stanowiącej przesłankę wykluczenia. Treść wezwania była krótka i nie wskazywała na jakiegokolwiek inne elementy złożonych oświadczeń, które wymagałyby wyjaśnień albo uzupełnień. Wykonawca działając w zaufaniu do Zamawiającego udzielił informacji zgodnej z zakresem wątpliwości Zamawiającego. Po otrzymaniu wyjaśnień zgodnych z zakresem żądania Zamawiającego, Zamawiający dokonał wykluczenia wykonawcy z uzasadnieniem, iż nie podał on wyjaśnienia albo uzupełnienia złożonych oświadczeń w zakresie samooczyszczenia (z powołaniem się na brak wykazania m.in. wysokości kar umownych czy złożenia dowodów w zakresie wprowadzonych środków zaradczych) pomimo, że wezwanie Zamawiającego nie obejmowało tego zakresu. Zarzut braku uczciwej konkurencji oraz braku równego traktowania wykonawców polega na fakcie, iż po wykluczeniu Odwołującego dokonano wyboru oferty na części nr 1 i 2 oferty wykonawcy, który sam podlegał wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp (oświadczył to w dokumencie JEDZ) i jednocześnie złożył lakoniczne dwa zdania opisu

wprowadzonych środków zaradczych, które nie spełniały wymogów rzetelnego opisu środków naprawczych i zapobiegawczych. W przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji oferty wybranej jako najkorzystniejsza nie widać również dowodów złożonych z ofertą na potwierdzenie wprowadzenia samooczyszczenia. Zamawiający najpewniej łamiąc zasadę równego traktowania w zgoła odmienny sposób u różnych wykonawców ocenił złożone wyjaśnienia, dokumenty bądź odmiennie umożliwił im przeprowadzenie procedury samooczyszczenia. Naruszenie zasady

proporcjonalności (wykluczenie bez wyjaśnienia jego podstaw) polega również na fakcie, iż nieprawidłowości w realizacji umów (wszystkie wystąpiły jedynie w roku 2021) wskazane w JEDZ dotyczyły około 1% wszystkich zleceń (było ich około 6000) zrealizowanych przez wykonawcę w ramach 34 umów z różnymi jednostkami lasów państwowych w latach 2020-2021-2022 na łączną kwotę ponad 25 mln zł. Wartość kar umownych w stosunku do tej właśnie wartości wszystkich zrealizowanych w tym czasie umów to zaledwie 0,45 %.

5) art. 226 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp – poprzez jego zastosowanie i błędne uznanie, że Odwołujący podlega sankcji wykluczenia z postępowania,

6) art. 239 ust. 1 Pzp - poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, mimo że oferta Odwołującego w świetle kryteriów oceny ofert była 5

oferłą najkorzystniejszą w postępowaniu i dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej dla części nr 1 i 2 wykonawcy, którego oferta nie była ofertą najkorzystniejszą i dodatkowo wobec wykonawcy zachodziła przesłanka wykluczenia z art. 109 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp zarzut ewentualny

7) art. 109 ust. 3 w zw. z art. 16 ust. 3 ustawy Pzp – poprzez jego niezastosowanie i brak choćby ustalenia stanu faktycznego w sytuacji, kiedy nawet przy założeniu, że Odwołujący podlega wykluczeniu – w przedmiotowym stanie faktycznym jego wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne z uwagi na jego działania w postępowaniu ujawniające wszystkie umowy o zamówienie publiczne, w których zaistniały jakiegokolwiek istotniejsze nieprawidłowości z winy wykonawcy, przedłożenia obszernych wyjaśnień (w tym obiektywnego opisu samego podmiotu który był odbiorcą nienależycie wykonywanych usług), dysponowania dowodami działań naprawczych już w terminie składania oferty, relatywnie niewielkiemu udziałowi nieprawidłowych realizacji umowy w odniesieniu do całości jego działalności oraz do faktu, że po wprowadzeniu działań naprawczych realizuje wiele umów na rzecz różnych jednostek PGL LP bez żadnych zastrzeżeń oraz wreszcie mając na uwadze fakt, że wykluczenie z postępowania wiązałoby się z wykluczeniem z postępowań na okres 3 lat, co w realiach specyfiki działalności zakładów usług leśnych (możliwość świadczenia usług jest ograniczona w zasadzie do jednostek organizacyjnych LP) oznacza w praktyce brak jakiegokolwiek możliwości prowadzenia działalności i uzyskiwania dochodów.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego oraz odrzucenia oferty Odwołującego złożonej na części nr 1 i 2,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert dla części nr 1 i 2 w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

ponadto Odwołujący wniósł o:

- 3) dopuszczenie oraz przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania na fakty szczegółowo opisane w uzasadnieniu,
- 4) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm prawem przepisanych.

Uzasadnienie odwołania

Odwołujący podał, że w dniu 30.12.2021 r. Zamawiający – Skarb Państwa PGL LP Nadleśnictwo Zdrojowa Góra, dokonał wyboru oferty Konsorcjum firm dla części nr 1 i 2 w przetargu nieograniczonym pn. „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Zdrojowa Góra w roku 2023.” oraz powiadomił o tej czynności Wykonawców. Jednocześnie Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania i odrzuceniu jego oferty na część nr 1 i 2 zamówienia. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący podlegając wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie przeprowadził skutecznie procedury samooczyszczenia. Jednocześnie Zamawiający postawił zarzut wprowadzenia go przez wykonawcę w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, wobec czego wykluczył Odwołującego również na podstawie art. 109. ust. 1 pkt 8 ustawy. W dalszej konsekwencji na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający odrzucił oferty Odwołującego.

I. Odwołujący w następujący sposób uzasadniał postawienie zarzutu dot. naruszenia art.

109 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 110 ust. 2 i 3 i art. 16 pkt 2 i 3 ustawy Pzp

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu wymagał wykazania braku podlegania wykluczeniu na podstawie fakultatywnych przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 1-5 i 7- 10 ustawy Pzp. Odwołujący podał, że w ostatnich trzech latach realizował umowy na usługi leśne z innymi jednostkami lasów państwowych w ramach których wystąpiły przypadki nienależytego ich wykonywania. Odwołujący podkreślił, że nigdy nie doszło do rozwiązania umowy, ale przede wszystkim polegały one na braku terminowej realizacji pojedynczych zleceń w zakresie zrywki i pozyskania drewna, co jest głównym przedmiotem umów na usługi leśne. Za brak realizacji zleceń w terminie nałożono kary umowne. Dalej Odwołujący podkreślił, że konsekwentnie nigdy nie kwestionował ani faktu deliktu, ani nie kwestionował swojej winy. Stanowisko takie wynikało już z treści złożonej oferty i Odwołujący podtrzymał je również obecnie. Odwołujący podkreślił, że był w pełni świadom również przyczyn, które leżały po jego stronie, a także był świadom konieczności wprowadzenia zmian, które zaradzą na przyszłość temu rodzajom nieprawidłowości. Odwołujący wskazał, że zmiany takie wprowadził i również od samego początku (załącznik do JEDZ) o tym informował. W ocenie Odwołującego, z uwagi zarówno na zakres nieprawidłowości i relatywnie prosty charakter technologiczny usług leśnych adekwatnym i w pełni wystarczającym środkiem zaradczym jest poprawa dwóch kluczowych elementów, stanowiących jednocześnie przyczynę uchybień – tj. zwiększenie liczby pracowników i zwiększenie liczby maszyn oraz bezpośredni nadzór właścicielski. Takie właśnie środki zaradcze przede wszystkim wprowadził Odwołujący po uchybieniach, które miały miejsce w roku 2021. Jedyną wątpliwością Odwołującego – była trudność w obiektywnej i jednoznacznej klasyfikacji przypadków nienależytego wykonywania wcześniejszych umów jako tych przypadków o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7. Działając zatem w jak najlepszej wierze – starannie i

przejrzystość – wskazał w dokumencie 7

JEDZ (dokonał tego na odrębnym załączniku z uwagi na zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa (ostatecznie odtajnionej przez Zamawiającego) wszystkie umowy, w ramach których doszło do naruszeń, które choćby potencjalnie mogłyby zostać uznane za te przypadki, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy. Odwołujący podniósł, że dokonał także opisu wprowadzonych środków zaradczych ponieważ fakt ich wprowadzenia był bezsprzeczny i niezależny od kwalifikacji naruszeń w odniesieniu do art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy. Ostatecznie zatem z własnej inicjatywy zakwalifikował przypadki naruszeń w zakresie umów wymienionych w JEDZ (odrębnym załączniku) jako przypadki, które mogą zostać uznane za nienależyte wykonywanie umów w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy, zaznaczając, iż podlega wykluczeniu na tej podstawie oraz jednocześnie przedstawił opis środków zaradczych i zapobiegawczych.

Odwołujący podał, że Zamawiający w toku badania oferty skierował do niego na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp wezwanie z dnia 28.11.2022 r.. Zakres żądanych wyjaśnień został sformułowany w trzech zdaniach: „Zgodnie z najlepszą wiedzą Zamawiającego, w ostatnim roku wobec Wykonawcy była zastosowana sankcja związana z nieprawidłową realizacją umowy w sprawie zamówienia publicznego – poprzez zlecenie wykonawstwa zastępczego. W związku z powyższym, wzywamy do złożenia wyjaśnień: czy wobec Wykonawcy została zastosowana sankcja w postaci wykonawstwa zastępczego? Jeżeli odpowiedź będzie twierdząca, to z jakiego powodu Wykonawca pominął tę okoliczność i nie wykazał tego w dokumencie JEDZ (część III litera C) dla pakietu I i II?”. Odwołujący wskazał, że jak wynika z powyższego wezwania Zamawiający po zapoznaniu się z treścią dokumentu JEDZ: 1) nie zakwestionował opisu środków zaradczych i zapobiegawczych złożonych w JEDZ, 2) nie wskazał na brak dowodów potwierdzających wprowadzenie środków zaradczych i zapobiegawczych (następnie Zamawiający ich brak wskazał jako przyczynę braku skutecznego samooczyszczenia i w konsekwencji wykluczenia), 3) nie wskazał na braki w opisie nieprawidłowych przypadków wykonywanych umów, tj. na brak podania podstaw naliczania kar umownych i ich wysokości oraz nie zażądał uzupełnienia tych danych (na te braki również powołał się Zamawiający uzasadniając wykluczenie). Na etapie badania ofert jedyną zatem wątpliwością Zamawiającego było pytanie o przyczynę braku podania informacji szczegółowej, iż w przypadku jednej z umów (wskazanych w JEDZ) doszło do wykonania zastępczego zleceń. Wykonawca w piśmie szczegółowo wyjaśnił, że za wykonanie zastępcze została naliczona kara umowna, a fakt naliczenia kar umownych do przedmiotowej umowy został w JEDZ wskazany. Jednocześnie przyczyną czterech zleceń zastępczych był fakt opóźnienia w realizacji zleceń, który był przyczyną pierwotną i wyjściową. Odwołujący podkreślił, że ta przyczyna została wskazana w wyjaśnieniach złożonych do JEDZ, a zlecenie zastępcze, które polegało w dwóch przypadkach na dokończeniu niezrealizowanych w terminie w całości zleceń oraz w dwóch przypadkach realizacji zleceń, których w wyznaczonym terminie nie zdążył wykonać – samo w sobie nie 8

stanowiło niewykonania lub nienależytego wykonania albo długotrwałego nienależytego wykonywania w znacznym stopniu lub zakresie istotnego zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący wyjaśnił, że w wyjaśnieniach do JEDZ podał informację zbiorczą – tj. o przyczynie pierwotnej, czyli opóźnieniu w realizacji zleceń i naliczeniu kar umownych (skutkiem wykonania zastępczego również była kara umowna). Wnioskując z większego na mniejsze – ujmując wszystkie przypadki i konsekwencje braku realizacji zleceń w terminie ujął w tym również wykonanie zastępcze. Odwołujący podniósł, że w żadnym wypadku jego intencją nie było zatajenie jakichś informacji, czy choćby wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Brak szczegółowego rozbicia (Zamawiający nie wezwał do takiego uzupełnienia) i wskazania literalnego dot. zleceń zastępczych nie wpływał zatem na zaistnienie przesłanki wykluczenia. Ona i tak zaistniała, co wynika z treści formularza JEDZ wypełnionego przez Odwołującego. Szczegółowe wyjaśnienia znajdują się w wyjaśnieniach skierowanych do Zamawiającego. Odwołujący podkreślił, że działając z należytą starannością i bez chęci zatajenia czegokolwiek do wyjaśnień załączył nawet dokument (referencje) samego Nadleśnictwa Podanin, czyli podmiotu, dla którego przy wykonywaniu umów doszło do nieprawidłowości. Żaden inny podmiot nie ma wszak lepszej wiedzy na temat skali, rozbicia szczegółowego, podstaw i wysokości naliczenia kar umownych, aniżeli podmiot dla którego usługi były wykonywane. Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie skierował do niego już żadnej korespondencji, nie wzywał do podania informacji na temat wysokości oraz podstaw naliczonych kar umownych, ani do przedłożenia dowodów na potwierdzenie działań naprawczych. Kolejnym krokiem Zamawiającego było wykluczenie go z postępowania.

Odwołujący podniósł, że w jego ocenie wykluczenie go z postępowania było przedwczesne. Składał wyjaśnienia rzeczowo i w zakresie odpowiadającym wezwaniu. Zamawiający nie dał mu możliwości przeprowadzenia procedury samooczyszczenia do końca, tj. złożenia dowodów na jej przeprowadzenie, łamiąc zasady przejrzystości i proporcjonalności. Odwołujący wskazał, że przepisy nie rozstrzygają, kiedy należy składać dowody na podjęte środki naprawcze i czy wykonawca ma to czynić z własnej inicjatywy, czy też czekać na wezwanie zamawiającego. Artykuł 59 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE wskazuje, że formularz JEDZ składany wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofertą obejmuje oświadczenie własne wykonawcy jako dowód wstępny zastępujące zaświadczenia wydane przez organy publiczne lub osoby trzecie na potwierdzenie, że dany wykonawca nie znajduje się w sytuacji, w której podlegałby wykluczeniu z postępowania. Zgodnie z ust. 4 tego artykułu instytucja zamawiająca może zaś na dowolnym etapie postępowania zwrócić się do oferentów i kandydatów o przedłożenie dokumentów potwierdzających to oświadczenie. Formularz JEDZ określony rozporządzeniem Komisji wymaga zresztą jedynie, aby wykonawca – który poprzez wypełnienie stosownej rubryki potwierdził, że znajduje wobec niego zastosowanie dana podstawa wykluczenia – zaznaczył w odpowiedniej rubryce, 9

czy podjął środki naprawcze celem wykazania swej rzetelności, a jeżeli tak – aby opisał przedsięwzięte środki. Podobne stanowisko wyraża Urząd Zamówień Publicznych w komentarzu pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza: „W celu samooczyszczenia wykonawca musi z własnej inicjatywy i bez wezwania podać w oświadczeniu o niepodleganiu wykluczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, informację, że zachodzi wobec niego odpowiednia podstawa wykluczenia oraz wskazać opis środków naprawczych i zapobiegawczych.” Sama idea ustanowienia standardowego formularza JEDZ na poziomie unijnym ma na celu uproszczenie proceduralne dla zamawiających i wykonawców oraz zmniejszenie obciążeń administracyjnych w stosunku do zamawiających i wykonawców (por. motyw 1 i 3 preambuły rozporządzenia w sprawie JEDZ). Integralnym elementem formularza JEDZ jest w części VI oświadczenie końcowe

wykonawcy, że jest w stanie i bez żadnej zwłoki przedstawić zaświadczenia i inne rodzaje dowodów w formie dokumentów. Polskie prawo zamówień publicznych przyznając wykonawcom prawo przedstawienia dowodów na podjęcie „wystarczających” środków naprawczych, nie precyzuje, w jakim momencie postępowania należy je złożyć. W tym kontekście oświadczenia wykonawcy w zakresie czynności naprawczych i opis przedsięwziętych środków zawarty w formularzu JEDZ, a następnie składane przez wykonawcę dokumenty na dowód ich podjęcia mieszczą się w kategorii oświadczeń i dokumentów potwierdzających brak wykluczenia, o których mowa w art. 125–126 ustawy. Jako takie podlegają zatem procedurze sanacyjnej i naprawczej. Przenosząc powyższe na stan sprawy, Odwołujący podkreślił, że Zamawiający wykluczył go z postępowania pomimo, że uczciwie wskazał przypadki nienależytego wykonywania umów o zamówienie publiczne, złożył oświadczenie w JEDZ o podleganiu wykluczeniu wraz z oświadczeniem końcowym, że jest w stanie i bez żadnej zwłoki przedstawić zaświadczenia i inne rodzaje dowodów w formie dokumentów. Odwołujący wskazał, że ostatecznym terminem na złożenie przez niego dowodów byłby termin na złożenie podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw do wykluczenia (m.in. zaświadczeń z KRK, ZUS, US itd.). Jak wskazano powyżej i co wynika z przepisów dyrektywy 2014/24/UE dokumenty składane na dowód podjęcia procedury oczyszczenia mieszczą się w kategorii oświadczeń i dokumentów potwierdzających brak wykluczenia, o których mowa w art. 125–126 ustawy. Dokumenty te bowiem są składane dokładnie w tym samym celu, co ww. przykładowe podmiotowe środki dowodowe – po to aby potwierdzić, że to co zostało wstępnie oświadczone w dokumencie JEDZ. Odwołujący podniósł, że Zamawiający, nawet jeśli nie decydowałby się na skorzystanie z możliwości wezwania go do wyjaśnienia albo uzupełnienia dokumentów, w tym dowodów na potwierdzenie samooczyszczenia winien umożliwić mu jego przeprowadzenie poprzez wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych. W terminie na złożenie tych środków możliwe byłoby przedstawienie przez Odwołującego dowodów przeprowadzonych działań naprawczych. Odwołujący podkreślił, że co istotne przedkładane dowody ze swojej treści potwierdzają przeprowadzenie działań 10

naprawczych już przed datą składania ofert. Wynika to wprost z ich treści, to kolejne podobieństwo do podmiotowych środków dowodowych, które potwierdzają brak podstaw do wykluczenia, ale z ich treści wynika, że wykonawca nie podlegał wykluczeniu w dacie składania ofert (np. zaświadczenie z US wystawione na 3 miesiące przed upływem składnia ofert).

Odwołujący wskazał, że w załączeniu przedkłada dowody, których złożenie zostało uniemożliwione mu wskutek przedwczesnego wykluczenia z postępowania. Wszystkie przypadki nienależytej realizacji umów, które można zakwalifikować, jako te, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy występowały w roku 2021. Odwołujący podkreślił, że już wówczas, diagnozując ich przyczynę zaczął wprowadzać środki naprawcze jakim był zakup jednej używanej maszyny typu Harvester (po zakupie musiała ona zostać poddana pewnym naprawom i przeglądom) oraz zwiększając zatrudnienie. W roku 2022 wszedł w posiadanie kolejnej wielooperacyjnej maszyny typu Harvester, co sumarycznie z wcześniej zakupionym sprzętem oraz większą ilością zatrudnionych pozwoliło wyeliminować przyczyny nieprawidłowego wykonywania wcześniejszych umów wskazanych w JEDZ. Środkiem dodatkowym był nadzór właścicielski, tj. po prostu bezpośredni kontakt Odwołującego z koordynatorem w zakresie wszystkim zleceń aby wychwycić ewentualne trudności. Sam jednak fakt zwiększenia ilości maszyn i ludzi w zasadzie trudności wyeliminował. Najlepszym dowodem autentyczności i skuteczności wprowadzenia środków zaradczych jest stopień poprawności (bliski ideału) realizacji wielu umów w roku 2022 r. W załączeniu Odwołujący przedłożył referencje z czterech różnych Nadleśnictw: Bydgoszcz, Szubin, Durowo, Lipka. Wszystkie one potwierdzają należyte wykonywanie umów w roku 2022 i wskazują na brak (jakichkolwiek) zastrzeżeń, w tym kar umownych, w tym za opóźnienie. Podsumowując Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie wyjaśniając pełnego stanu faktycznego uniemożliwił mu tym samym również wykazanie tak istotnego faktu, czyli poprawności realizacji umów po wprowadzeniu środków zaradczych. W roku 2022 było to łącznie 16 umów z różnymi Nadleśnictwami na kwotę 11 568 471,31 zł bez jakichkolwiek istotnych uchybień (wystąpiła pojedyncza kara umowna na kwotę około 900 zł dotycząca realizacji po terminie jednego zlecenia).

II. odnośnie kolejnego zarzutu dot. naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp Odwołujący argumentował:

Odwołujący wskazał, że Zamawiający wykluczył go z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp argumentując, iż nie poinformował go o fakcie wykonania zastępczego w przypadku umów (wskazanych z mojej własnej inicjatywy w JEDZ) wykonanych dla Nadleśnictwa Podanin. Wyjaśnienie braku odrębnego słownego wskazania realizacji zastępczych znajduje się powyżej oraz szerzej w wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu. Odwołujący wskazał, że wykluczenie na podstawie tej przesłanki wydaje się nie spełniać nawet podstawowego testu logicznego. Zgodnie z treścią art. 109 ust 1 pkt 8 11

wykluczeniu podlega wykonawca, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu. Dalej Odwołujący wskazał, że podał, iż podlega wykluczeniu, co wprost zaprzecza spełnieniu się okoliczności wymienionych w przepisie. Nawet jeśli według Zamawiającego zbyt mało szczegółowo podał podstawy naliczenia kar umownych (choć temu zaprzecza bo te elementy znajdowały się w załączniku /referencje N. Podanin/ do wyjaśnień, którego być może nie odczytał Zamawiający) albo nie użył słów „zlecenie zastępcze” – to nie oznacza, że wpływa to na fakt istnienia przesłanki wykluczenia. Przesłanka ta została przez mnie wprost zaznaczona w JEDZ (pomimo faktycznych wątpliwości co do skali i istotności naruszeń w odniesieniu do art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy). Do wykluczenia na tej podstawie zachodzi w sytuacjach kiedy wykonawca podaje we wstępnym oświadczeniu JEDZ informację, iż nie podlega wykluczeniu. Tutaj zaś takiej sytuacji nie było - stąd zarzut naruszenia wskazanej normy prawnej jest konieczny i uzasadniony.

III. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 i ust 4 ustawy Pzp Odwołujący podniósł: Zamawiający naruszył ww. przepis nie wzywając do złożenia wyjaśnień (w innym zakresie niż pytania o zlecenia zastępcze), lub złożenia bardziej szczegółowych informacji w zakresie podstaw i wysokości kar umownych, ani wreszcie w zakresie przedłożenia dowodów potwierdzających wprowadzenie procedury naprawczej i zapobiegawczej. Należy to oceniać jednoznacznie jako naruszenie ww. normy prawnej, tym bardziej, że Zamawiający skierował do

Odwołującego pismo z wnioskiem o wyjaśnienie, co już wskazywało na zakres informacji, które podlegają według Zamawiającego uzupełnieniu. Odwołujący wskazał, że jako wykonawca działając w dobrej wierze mógł posiadać uzasadnione przekonanie, że w związku z brakiem wezwania w pozostałym zakresie – Zamawiający nie kwestionuje złożonych dokumentów i oświadczeń. Powyższe stanowisko wynika także z dotychczasowej praktyki i sposobu postępowania innych jednostek organizacyjnych lasów państwowych. W załączeniu Odwołujący przedłożył dokumenty, które potwierdzają sposób postępowania (w ocenie Odwołującego prawidłowy) – to jest postępowanie Nadleśnictwa Szubin oraz Nadleśnictwa Oborniki, które zastosowały ww. przepis i wezwały do przedłożenia dokumentów, uzupełnienia JEDZ bądź podania np. podstaw i wysokości kar umownych. Odwołujący podkreślił (przy możliwym zarzucie irrelewantności innych postępowań), że Nadleśnictwo Szubin i Nadleśnictwo Oborniki podejmowały decyzje w oparciu o taki sam stan faktyczny oraz taki sam zakres złożonych przez Odwołującego informacji w JEDZ.

Dalej Odwołujący podnosił, że w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych na próżno szukać regulacji wyłączającej stosowanie art. 128 ust. 1 i ust. 4 ustawy do dokumentów dotyczących self-cleaningu. Wyjaśnienia czy dowody dotyczące self-cleaningu ze względu na funkcję i cel mieszczą się w kategorii dokumentów podmiotowych - powinny być 12

wyjaśnianie czy uzupełnianie. W realiach niniejszej sprawy Odwołujący nie był wzywany przez Zamawiającego do wyjaśnień lub uzupełnień w zakresie self-cleaningu. Jednocześnie niedopuszczalności wyjaśnień niejasności czy uzupełnień dokumentów składających się na self-cleaning, nie sposób również wywodzić z faktu, iż ciężar wykazania skuteczności self-cleaningu spoczywa na wykonawcy. Ta sama zasada i rozkład ciężaru dowodu dotyczy wszystkich warunków udziału w postępowaniu i podstaw wykluczenia - wykonawca, który wbrew ciężącemu na nim obowiązki nie wykazał ich spełnienia podlega wykluczeniu, a pomimo tego nie budzi żadnych wątpliwości, iż procedura opisana w art. 128 ust. 1 i 4 ustawy znajdowała swoje zastosowanie do braków w tego rodzaju dowodzeniu. Przy czym na marginesie można dodać, że o ile w świetle orzecznictwa, procedura uzupełniania dokumentów w oparciu o art. 128 ust. 1 ustawy Pzp powinna być jednokrotna, to wyjaśnienia w trybie art. 128 ust. 4 mogą być żądane i składane wielokrotnie, jeśli tylko jakieś kwestie pozostają niejasne i istnieje taka potrzeba. Nie obowiązuje nawet w ich zakresie zasada jednokrotności wezwania. Skoro więc ocena podstaw wykluczenia i związanej z tym skuteczności wdrożonego self-cleaningu, co do zasady, winny prowadzić do realnych ustaleń i dążenia do budowania stosunku zaufania (orzecznictwo TSUE), takie wyjaśnienia oraz ewentualne uzupełnienia dokumentów należy postulować. Odmienne stanowiska, czyli, że w przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający nie powinien być wzywać do uzupełnienia/wyjaśnienia - nie daje się również pogodzić z podkreślanymi w wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 14 stycznia 2021 C-387/19 RTS infra, zasadami ogólnymi prawa Unii - prawem do obrony i prawem do bycia wysłuchanym. Podkreśla się, że instytucja zamawiająca może na dowolnym etapie postępowania zwrócić się do wykonawcy o przedłożenie dokumentów potwierdzających wstępne oświadczenia (przy czym w stosunku do wykonawcy, któremu zdecydowano się udzielić zamówienia, uprawnienie to przekształca się w obowiązek). Jak trafnie zwrócił uwagę Rzecznik Generalny w opinii w sprawie C-387/1925, zgodnie z art. 59 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE JEDZ „zawiera formalne oświadczenie, z którego wynika, że wykonawca będzie w stanie i bez zwłoki przedstawić te dokumenty potwierdzające” We wskazanej powyżej opinii Rzecznik Generalny doszedł do wniosku, że „jeżeli ustawodawca krajowy lub krajowa instytucja zamawiająca wymaga od wykonawcy, aby już na początku postępowania oświadczył (i w danym przypadku przedstawił dokumenty potwierdzające), że zastosował środki naprawcze, wymóg taki jest zgodny z dyrektywą 2014/24/UE”<sup>26</sup>. Jednakże brak takiego wymagania oznacza, iż co do zasady zamawiający powinni opierać się na wstępnym oświadczeniu wykonawcy w JEDZ wraz z opisem 14 środków naprawczych, zaś stosowne dowody celem wykazania rzetelności wykonawcy powinny być przedkładane na etapie późniejszym, na wezwanie zamawiającego. Odwołujący podkreślił, iż zasadność wezwania do wyjaśnienia okoliczności/przedłożenia dokumentów wynika nie tylko z wykładni dyrektywy ale również z całokształtu okoliczności niniejszej sprawy, czyli: 1) faktu jawnego i przejrzystego wskazania przesłanek wykluczenia 13

w JEDZ, 2) faktu jawnego i przejrzystego podania wszystkich umów, w których wystąpiły przypadki nienależytego wykonywania mogące być rozpatrywane jako istotne, 3) faktu, że Zamawiający wszedł w korespondencję z Odwołującym, wskazując niejako mu na zakres jego wątpliwości i nie ujawniając jednocześnie konieczności wyjaśnień i uzupełnień, których brak następnie wskazał, jako powód wykluczenia, 4) faktu braku wysłuchania Odwołującego i umożliwienia mu przedstawienia pełnych okoliczności jeśli jakieś wątpliwości pozostawały. Tym samym - czynność wykluczenia podjęta przez Zamawiającego bez uprzedniego wezwania i wyjaśnienia istotnych według niego faktów i okoliczności związanych z self-cleaningiem Odwołującego należy uznać za niemożliwe do pogodzenia z zasadą proporcjonalności, o czym szerzej w kolejnym punkcie.

IV. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 i 3 ustawy Odwołujący wskazał:

Zgodnie z wyrokiem Izby z dnia 30.01.2017 r. (sygn. akt KIO 2199/16) Zamawiający powinien mieć na względzie, że w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zobowiązany do pełnego i wszechstronnego zbadania okoliczności w ramach podejmowanych czynności, w szczególności w odniesieniu do czynności o tak doniosłych skutkach jak wykluczenie wykonawcy z postępowania. Instytucje zamawiające powinny w trakcie całego postępowania przestrzegać zasad udzielania zamówień ustanowionych w art. 18 dyrektywy 2014/24, wśród których znajdują się, w szczególności, zasady równego traktowania i proporcjonalności (wyrok z dnia 26 września 2019 r., Vitali, C-63/18, EU:C:2019:787, pkt 39 i przytoczone tam orzecznictwo). Zgodnie z zasadą proporcjonalności, która stanowi ogólną zasadę prawa Unii, przepisy ustanawiane przez państwa członkowskie lub instytucje zamawiające w ramach wdrażania postanowień tej dyrektywy, takie jak przepisy mające na celu ustanowienie warunków wykonania art. 57 wspomnianej dyrektywy, nie powinny wykraczać poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia celów przewidzianych przez tę dyrektywę”. Na zasadę proporcjonalności wskazuje także -stricte w odniesieniu do self-cleaningu - art. 110 ust. 3 ustawy Pzp nakazujący Zamawiającemu dokonanie oceny działań wykonawcy przy uwzględnieniu m.in. wagi i szczególnych okoliczności czynu wykonawcy. Przenosząc powyższe na stan sprawy, Odwołujący podkreślił, że –

Zamawiający, który przedwcześnie wykluczył go z postępowania, ani nie wzywając do uzupełnienia informacji, czy dokumentów, ani nie umożliwiając ich przedłożenia razem z podmiotowymi środkami dowodowymi – naruszył w sposób rażący zasadę proporcjonalności. Jednocześnie Odwołujący wskazał, że Zamawiający ostatecznie wybrał ofertę wykonawcy, który oświadczył w JEDZ, że podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. pkt 7 ustawy i w celu samooczyszczenia złożył dwuzdaniowe oświadczenie. W załącznikach do oferty nie widnieje ślad złożenia jakichkolwiek innych dokumentów – stąd Odwołujący wnioskował, iż albo inne dokumenty nie zostały złożone (co by oznaczało wybór niezgodny z ustawą wykonawcy podlegającego wykluczeniu bez przeprowadzenia procedury samooczyszczenia) albo temu wykonawcy 14

Zamawiający umożliwił uzupełnianie dokumentów (czy to samodzielnie, czy na wezwanie) dotyczących okoliczności nieprawidłowego wykonania wcześniejszych umów, czy też umożliwił uzupełnienie dowodów na potwierdzenie samooczyszczenia. Odwołujący podał, iż Zamawiający był przez niego informowany, iż wobec członka konsorcjum (D. K.) zachodzi przesłanka wykluczenia i z dokumentów udostępnionych przez Nadleśnictwo nie wynika, aby złożył on dowody świadczące o dokonaniu zadeklarowanych działań naprawczych. Dalej Odwołujący podał, że Zamawiający do czasu wniesienia odwołania nie odpowiada na wnioski Odwołującego i pytania dotyczące tego, czy z wybranym Konsorcjum była prowadzona jeszcze jakaś korespondencja. Zatem ww. zarzut naruszenia zasady równego traktowania oparty jest na tych dokumentach, które Zamawiający udostępnił. Odwołujący podkreślił, że jeśli w aktach sprawy są inne dokumenty, oświadczenie, uzupełnienia to brak ich przekazania Odwołującemu w związku z przygotowaniem środka odwoławczego i tak należy traktować jako naruszenie zasady równego traktowania i przejrzystości.

V. i VI. Odnośnie zarzutów naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 i art. 239 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący wskazywał:

Ww. zarzuty mają charakter skutkowy w stosunku do wcześniejszych zarzutów, to jest przy prawidłowym badaniu ofert nie doszłoby do odrzucenia oferty Odwołującego oraz do wyboru oferty Konsorcjum pomimo, że nie była ona ofertą najkorzystniejszą.

VII. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 109 ust. 3 w zw. z art. 16 ust. 3 ustawy Pzp Odwołujący przedstawił następującą argumentację:

Zarzut ten jest podnoszony z ostrożności. W przypadku gdyby nawet uznać, że Odwołujący podlega wykluczeniu, to wskazać należy, że i tak Zamawiający nie zbadał należycie stanu faktycznego, co było niezbędne przez weryfikacją możliwości zastosowania art. 109 ust. 3 ustawy, który stanowi, że Zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne. Niezależnie od powyższych zarzutów z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący zaprezentował tabelę:

- 1) pierwsza odnosząca się jedynie do dwóch umów dla Nadleśnictwa Podanin, w ramach których wystąpiło wykonanie zastępcze w zakresie 4 zleceń,
- 2) zbiorcza tabela, wskazująca na zakres i skalę nieprawidłowości w wykonywaniu wszystkich umów wskazanych w JEDZ.

Odwołujący wskazał, że prezentowany szczegółowy opis skali naruszeń wskazywany jest nie po to aby kwestionować fakt przesłanki wykluczenia (Odwołujący je potwierdza), ani po to żeby kwestionować delikt lub swoją winę (te okoliczności również Odwołujący potwierdza). Dane te zostały przygotowane i poparte dowodami (nr 18-25) w związku z faktem, iż

prezentowany w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z postępowania opis nieprawidłowości w realizowanych umowach - o ile posługuje się co do zasady danymi rzetelnymi i faktycznymi – to niestety ze względu na wybiórczość i tendencyjność w prezentowaniu faktów – zniekształca faktyczną istotę i skalę deliktów. Prezentowanie tylko niektórych danych (np. ilość zleceń wykonanych po terminie bez podania ilości całkowitej zleceń albo wysokość kary umownej bez odniesienia się do kwoty umowy) – jest niemiarodajne i może zniekształcać faktyczny obraz. Odwołujący podkreślił, iż musi się do nich odnieść – ponieważ precyzyjne ustalenie okoliczności (co jak wykazano powyżej nie zostało Odwołującemu umożliwione w toku sprawy) – ma fundamentalne znaczenie dla takich elementów jak ustalenie adekwatnego stopnia działań naprawczych, dokumentowania tych działań, dla oceny jakie czynności będą proporcjonalne, w tym czy proporcjonalne będzie wykluczenie go z postępowania oraz zakaz ubiegania się o zamówienie przez 2 lub 3 lata (w zależności od przyjętej podstawy). W pierwszej kolejności Odwołujący zaprezentował szczegółowe rozbieżności dwóch umów dla Nadleśnictwa Podanin, w ramach których wystąpiło wykonanie zastępcze w zakresie 4 zleceń. Ten fakt (wykonania zastępczego) jest przez Zamawiającego akcentowany.

Odwołujący wskazał, że w ramach wykonania zastępczego zrealizowano dwa zlecenia (nr: 3210300071, 3210200055 – wiersz pierwszy tabeli), w ramach których zastępcze wykonanie polegało niejako na dokończeniu tej części zlecenia, której nie zdołał zrobić w terminie (termin realizacji minął). I tak w ramach zlecenia nr 3210300071 (pierwszy wiersz tabeli) nie pozyskano 336,00 m<sup>3</sup> co stanowiło 3,9 % ilości 8475 m<sup>3</sup> z umowy do pozyskania. W ramach zlecenia nr 3210200055 nie pozyskano 225,00 m<sup>3</sup>, co stanowiło 4,1 % ilości 5370 m<sup>3</sup> z umowy do pozyskania. Ponadto w odniesieniu do dwóch zleceń (nr 3210200056 i nr 3210400077) miało miejsce wykonanie zastępcze ponieważ w terminie ich wykonania nie zostały one przez Odwołującego wykonane (choćby w części). Są to pozycje nr 3 i 4 powyższej tabeli. I w tym przypadku w ramach zlecenia nr 3210200056 (pozycja nr 3) nie pozyskano 345,00 m<sup>3</sup>, co stanowiło 6,4 % ilości 5370 m<sup>3</sup> z umowy do pozyskania, a w ramach zlecenia nr 3210400077 (pozycja nr 4 tabeli) nie pozyskano zaledwie 23,00 m<sup>3</sup>, co stanowiło 0,2 % ilości 8475 m<sup>3</sup> z umowy do pozyskania. Odwołujący wskazał, że sama skala ilości m<sup>3</sup>, których nie wykonał w terminie i które ostatecznie zlecono zastępczo nie stanowi sama w sobie istotnej ilości w odniesieniu do ilości zakontraktowanych w umowie. Stąd też nie doszło do rozbicia i odrębnego ujmowania tego w

wyjaśnieniach do JEDZ, skoro przyczyna zleceń zastępczych była ta sama – nieterminowe wykonywanie zleceń i wskazano ogólny fakt nieprawidłowego wykonywania umowy w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W żadnym wypadku Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego, że starał się zminimalizować zakres nieprawidłowości lub ich nie ujawniać. Odwołujący podkreślił, że gdyby tak było to w istocie przede wszystkim wskazałby, że nie podlegam

wykluczeniu i w ogóle nie ujawniłby nieprawidłowo wykonywanych umów. Względnie nie ujawniłby, iż w tych konkretnych umowach (dla Nadleśnictwa Podanin) wystąpiły nieprawidłowości. Wydaje się, że Zamawiający z jednego elementu wyjaśnień, jakim jest brak rozbitcia szczegółowego i wskazania literalnie na fakt skorzystania przez Zamawiającego ze zleceń zastępczych wyprowadził zbyt daleko idące wnioski w zakresie wskazanym w uzasadnieniu. Odwołujący przypomniał, że w skierowanym do niego wezwaniu Zamawiający nie wskazywał aby uzupełnić informacje dot. tego jaka była wartość, czy ilość m<sup>3</sup> zleconych ostatecznie zastępczo. Jedyne pytanie Zamawiającego sprowadzało się do pominięcia literalnego wyszczególnienia, że w ramach umów realizowanych na rzecz Nadleśnictwa Podanin doszło do wykonania części prac zastępczo przez podmiot trzeci. Brak intencji pominięcia, czy zatajenia rzeczowo starał się wyjaśnić zaś w złożonym piśmie, załączając ponadto stanowisko Nadleśnictwa Podanin. Odwołujący podkreślił jeden oczywisty i logiczny fakt, że brak szczegółowego i literalnego wyszczególnienia wystąpienia zleceń zastępczych szczegółowo opisanych powyżej w żaden sposób nie wpłynął na sytuację związaną z zaistnieniem przesłanki wykluczenia. W kontekście zaistnienia przesłanki wykluczenia ten element dotyczył jedynie bardziej szczegółowej informacji, którą udzielił Odwołujący.

Odwołujący zwrócił uwagę, że oprócz dwóch umów realizowanych dla Nadleśnictwa Podanin, w których miało miejsce wykonanie zastępcze jednocześnie realizowano umowę nr SA.271.2.14.2020 (trzeci wiersz tabeli) o wartości brutto 1 910 307,99 zł w ramach której co prawda o ile naliczono kary umowne za zwłokę o wartości 15. 921,49 (co stanowiło zaledwie 0,8% wartości umowy), to zrealizowano wszystkie 235 oddziałów, zrealizowano (wszystkie) 269 zleceń. Mało tego, zupełnie zignorował zdaje się Zamawiający referencje Nadleśnictwa Podanin, które załączone zostały do wyjaśnień z 30.11.22 r. Sam podmiot na rzecz którego ww. nieprawidłowości wystąpiły podaje w nich, że o ile prace faktycznie były wykonywane nieterminowo, to „Jednakże jakość wykonywanych usług była w ocenie Zamawiającego na oczekiwanym poziomie”. Takie same okoliczności i wartości, czyli prawie całkowity zakres wykonania umów w zasadzie dotyczy wszystkich umów z tabeli, to jest umowy te co do zasady pomimo, że zostały wykonane z niedociągnięciami, które łącznie wykonawca zakwalifikował jako te wypełniające przesłanki o których mowa w art. 109 ust 1 pkt 7 – to zostały wykonane w istotnym zakresie wartościowym. Jednocześnie udział zakresu niewykonanego lub wykonanego po terminie nie jest istotny, czy rażący. Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia, nie oceniając czy intencjonalnie, czy przypadkowo ale starał się podając jedynie wybrane dane stworzyć obraz rażących, ciągłych i o dużej skali naruszeń, co jak wynika z powyższych danych nie jest prawdą. Odwołujący wskazał także należy, że w latach 2020, 2021 i 2022 zrealizował łącznie 34 umowy z jednostkami lasów państwowych. Wartość wszystkich umów zrealizowanych tylko w ostatnich latach: 2020: 6. 300. 346,26 zł

2021: 7. 788. 977,98 zł 2022: 11. 568. 471,31 Razem: 25 657 795,55 zł Udział wszystkich ww. kar umownych (115 559,49 zł - wszystkie wystąpiły w roku 2021) w łącznej wartości umów z roku 2021 to 1,4 %. Udział tych kar umownych w wartości umów z lat 2020-2022 to już tylko 0,45 %. Udział zleceń, w których wystąpiły jakiegokolwiek uchybienia (wskazane w tabeli) w stosunku do ogółu wszystkich zleceń, które w tym czasie otrzymałem w ramach 34 umów (tych zleceń było łącznie przez trzy lata około 6000) stanowi około 1% zleceń ze stwierdzonymi naruszeniami. Odwołujący podkreślił, że mając na uwadze fakt, że nawet przy wykonaniu umów w zakresie wartościowym w przynajmniej takim stopniu – może pojawić się zarzut istotnych uchybień ze względu na sumę drobnych przypadków nienależytego wykonania, w większości sprowadzających się do wykonania zleceń po terminie – ujawnił wszystkie te przypadki. Odwołujący podniósł, że powyższe dane ilustrują wyraźnie, że wprowadzone przez niego działania naprawcze są wystarczające oraz, że nawet przy braku uznania ich wykazania ( z czym się stanowczo nie zgadzał ponieważ jak wykazano wcześniej nie zostało to mu umożliwione) sankcja wykluczenia była rażąco i w sposób oczywisty sankcją nieproporcjonalną. Sankcja tak drastyczna (przy specyfice własności lasów w Polsce oznacza de facto całkowity brak możliwości pozyskiwania zleceń) nie koresponduje ani a ilością naruszeń, ani z ich udziałem w ogólnej ilości i zakresie umów zrealizowanych. Wreszcie tak drastyczna sankcja w ogóle nie brałaby pod uwagę skuteczności działań naprawczych i faktu kluczowego, to jest, że po okresie nieprawidłowości przez cały rok 2022 i obecnie kontynuuje prace w sposób nie pozostawiający wątpliwości o czym świadczą załączone wcześniej referencje z czterech różnych jednostek lasów państwowych. Odwołujący podsumował, że jeśli zatem w ostatnich trzech latach nieprawidłowo wykonywane zlecenia stanowią około 1% wszystkich zleceń przez niego w tym czasie wykonanych – wydaje się, że ten stan faktyczny powinien zostać ustalony przez Zamawiającego w sposób nie pozostawiający wątpliwości. Sankcja wykluczenia zaś byłaby w sposób oczywisty sankcją nieproporcjonalną.

20 stycznia 2023 r. Odwołujący złożył do akt sprawy wnioski dowodowe.

W dniu 22 stycznia 2023 r. Zamawiający, w formie elektronicznej, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie w której wnosił o oddalenie odwołania i obciążenia kosztami postępowania Odwołującego. Zamawiający w ww. piśmie szeroko odniósł się do argumentacji Odwołującego, przedstawiając własne stanowisko.

Zamawiający wskazał, że „prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Zdrojowa Góra w roku 2023” („Postępowanie”), w

którym Odwołujący złożył oferty na: 1) Pakiet I – leśnictwa: Krępsko Lubianka, Koszyce; 2) Pakiet II – leśnictwa: Skórka, Zaciszów 2. W formularzach jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ) załączonych do ofert złożonych w każdym z pakietów, na pytanie dot. przesłanki do wykluczenia wskazanej w Części III sekcja C wiersz siódmy, o treści

„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 a rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie lub inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową” Odwołujący zaznaczył „[x] Tak” oraz wskazał, iż wyjaśnienia zostały zawarte w załączniku do JEDZ. W przedmiotowym załączniku (jako okoliczności powodujące wystąpienie ww. przesłanki wykluczenia) Odwołujący wskazał lakonicznie oraz ogólnikowo na naliczenie kar umownych z tytułu nienależytego wykonywania umów dla 3 nadleśnictw , tj. :

1) Nadleśnictwa Kaczory: (1) umowa nr SA.271.1.16.2021 z dnia 28 grudnia 2020 r., oraz (2) umowa nr SA.271.1.17.2021 z dnia 28 grudnia 2020 r.;

2) Nadleśnictwa Podanin: (3) umowa nr SA.271.2.14.2020 z dnia 29 grudnia 2020 r., (2) umowa nr SA.271.2.3.2021 z dnia 7 września 2021 r., (4) umowa nr SA.271.2.4.2021 z dnia 7 września 2021 r. oraz (5) umowa nr SA.271.2.5.2021 z dnia 7 września 2021 r.;

3) Nadleśnictwa Durowo: (6) umowa nr SA.271.1.5.21 z 4 stycznia 2021 r.; Jednocześnie Odwołujący poinformował, iż kary umowne dotyczyły relatywnie niewielkich opóźnień w wykonaniu pojedynczych zleceń. Jednocześnie wskazał, iż w celu eliminacji tych właśnie uchybień, jako właściwe i dobrze dobrane podjął środki zaradcze w postaci: 1) wprowadzenia bezpośredniego nadzoru właściciela obok nadzoru koordynatora oraz systemu bezpośredniej sprawozdawczości 2) zakupu maszyn ścinkowych Harvester 770D ECOIII oraz Harvester John Deere 1070E 3) zwiększeniu liczby pracowników z 34 do 42, 4) wprowadzenie obowiązku informowania nowych pracowników o wszelkich przeszkodach , które mogą wpływać na terminowość wykonywania prac - nie załączając żadnych dodatkowych dowodów w zakresie podjętych środków zaradczych oraz naprawczych oraz nie informując, czy kary umowne naliczone z ww. umów zostały zapłacone.

Jednocześnie w trakcie badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu Zamawiający dokonał samodzielnych ustaleń dotyczących wykonywania przez Odwołującego umów zawartych nadleśnictwami wymienionymi przez Odwołującego w załącznikach do JEDZ, tj.: Nadleśnictwa Durowo, Nadleśnictwa Kaczory oraz Nadleśnictwa Podanin. W wyniku powyższego Zamawiający powziął informację o istotnym stopniu oraz długotrwałości oraz permanentności naruszeń prowadzących do naliczania kar umownych w toku realizacji wymienionych przez Odwołującego umów. Jednocześnie Zamawiający powziął informację o tym, iż w Nadleśnictwie Podanin z związku z nienależytym wykonywaniem prac przez Odwołującego doszło do odwołania z winy wykonawcy zleceń udzielonych Odwołującemu, zaś 19

w następstwie tego odwołania powierzenia podmiotom trzecim wykonawstwa zastępczego prac pierwotnie zleconych Odwołującemu, w wyniku czego Odwołujący został dodatkowo obciążony notą księgową w wysokości 75.681,23 zł. Informacje powyższe nie zostały ujawnione przez Odwołującego w JEDZ dla żadnego z pakietów, ani też nie zostały opisane, czy chociażby wzmiankowane w załącznikach do JEDZ. Wskazane powyżej szczegóły realizacji usług na rzecz Nadleśnictwa Podanin zostały całkowicie przemilczane przez Odwołującego, zaś wiedza w ich przedmiocie została powzięta wyłącznie dzięki aktywności Zamawiającego. Z uwagi na dokonanie powyższych ustaleń Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnień informacji załączonych do JEDZ poprzez wskazanie, czy w ostatnim roku była stosowana wobec Odwołującego sankcja w postaci zlecenia wykonawstwa zastępczego oraz powodów, dla których Odwołujący pominął ten fakt we wskazaniu okoliczności wskazujący na wystąpienie przesłanki określonej w Część III sekcji C wiersz siódmy JEDZ. W odpowiedzi złożył wyjaśnienia wskazujące, iż miało miejsce wykonanie zastępcze dla Nadleśnictwa Podanin oraz załączył referencje z dnia 16 grudnia 2021r. wystawione przez to Nadleśnictwo.

Z analizy dokumentów złożonych wraz z JEDZ, jak i w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień w dniu 30 listopada 2022 r., wynikało, iż zachodzą przesłanki do wykluczenia wykonawcy z art. 109 ust. 1 pkt 7) PZP, jak również, że przeprowadzona samoocenzura Odwołującego była nieskuteczna. Zamawiający dodatkowo stwierdził, iż został wprowadzony w błąd w zakresie informacji dotyczących podstaw wykluczenia. Z uwagi na powyższe wykluczył Odwołującego z Postępowania i odrzucił oferty Odwołującego w Pakietach I oraz II jako złożone przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu oraz dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej Przystępującego, co szczegółowo uzasadnił w piśmie z dnia 30 grudnia 2022r.

Zamawiający odnośnie zarzutów wskazał, że:

Zamawiający w całości nie zgadza się z przedstawioną przez Odwołującego argumentacją, jakoby informacje zawarte w JEDZ oraz złożone w toku postępowania przedstawione zostały w sposób przejrzysty i z należyłą starannością, wskazując, iż informacje te zostały przedstawione w sposób ogólny, wrywkowy oraz lakoniczny, uniemożliwiający Zamawiającemu zarówno ocenę wystąpienia przesłanki do wykluczenia, jak i skuteczność przeprowadzonych środków zaradczych oraz naprawczych. Decyzję o tym, w jak istotnym i długotrwałym stopniu Odwołujący nienależycie wykonywał umowy zawarte z nadleśnictwami Zamawiający dokonywał przede wszystkim w oparciu o całokształt dokumentów , które samodzielnie pozyskiwał od innych nadleśnictw w niniejszej sprawie. Podkreślić należy, iż Odwołujący w treści złożonych razem z JEDZ wyjaśnień wskazał jedynie , iż kary umowne dotyczyły „relatywnie niewielkich opóźnień w wykonaniu pojedynczych zleceń”, mając na celu wywołanie u Zamawiającego wrażenia nieistotności naruszeń w wykonaniu zobowiązań. W złożonych wyjaśnieniach Odwołujący również nie wskazał na rodzaj i skalę naruszeń, 20

liczbę niewykonanych terminowo zleceń, wysokość kar umownych pozostając nadal przy ogólnikowym stwierdzeniu nienależytego wykonania umów oraz wskazał finalnie, iż doszło do wykonania zastępczego w Nadleśnictwie Podanin, załączając referencje z dnia 16 grudnia 2021 r. 14. W ocenie Odwołującego, tak udzielone informacje były wyczerpujące oraz złożone rzetelnie, z czym nie sposób się zgodzić. Zamawiający ustalił bowiem, iż Odwołujący dopuścił się aż 23

oraz 34 przypadków (w tym nieterminowego) wykonania zleceń w ramach 2 umów w Nadleśnictwie Kaczory, które to kary stanowiły 8% oraz 12,5% ogólnej liczby zleceń w poszczególnych umowach. Dodatkowo Zamawiający ustalił, iż w związku z realizacją umów dla Nadleśnictwa Podanin naliczono Odwołującemu łącznie 61.669,72 zł kar umownych w nieterminowym wykonaniu prac, podczas gdy Odwołujący poprzez załączenie do swoich wyjaśnień z dnia 30 listopada 2022 r. referencji wystawionych przez Nadleśnictwo Podanin w dniu 16 grudnia 2021 r. wskazywał jedynie na kwotę 24.988,49 zł naliczonych kar. W ocenie Zamawiającego działanie takie było działaniem celowym i miało na celu stworzenie po stronie Zamawiającego wrażenia mniejszej skali naruszeń niż ta, która faktycznie miała miejsce. W Nadleśnictwie Podanin doszło również w stosunku Odwołującego do odwołania zleceń z winy wykonawcy oraz wykonawców zastępczych (o różnicy wartości pomiędzy wynagrodzeniem wykonawcy a kosztami wykonania zastępczego w wysokości ponad 75.000 złotych). Okoliczność wykonawstwa zastępczego została przy tym całkowicie przeliczona w JEDZ złożonych przez Odwołującego oraz w dodatkowych wyjaśnieniach złożonych w JEDZ. Z kolei w wyjaśnieniach z dnia 30 listopada 2022 r. Odwołujący nie poinformował o kosztach wykonawstwa zastępczego, które zostało zastosowane w stosunku do niego oraz o wysokości tych kosztów, którymi go obciążono. Ustalenia w tym przedmiocie zostały poczynione samodzielnie przez Zamawiającego. Nadleśnictwa Podanin oraz Kaczory poinformowały również, iż „prace związane z umowami wykonywane były nieterminowo i z naruszeniem zapisów zawartych umów zgodnie ze wskazanymi karami i zleceniami”). Z kolei w Nadleśnictwie Durowo naliczyło Odwołującemu 11.639 zł tytułem kar umownych, przy czym odwołujący nie wyjaśnił w żaden sposób powyższych kar. Tak JEDZ, jak i w wyjaśnieniach do JEDZ, czy też w piśmie Odwołującego z dnia 30 listopada 2022 r. brak jest jakichkolwiek wyjaśnień w tym przedmiocie (podstawy faktyczne naliczenia, ilości zleceń, ew. dobrowolne naprawienie szkody). Powyższe ustalenia potwierdzają bez żadnych wątpliwości, iż do naruszeń dochodziło zarówno permanentnie, jak i długotrwale o czym świadczy: - ilość przypadków nieterminowego wykonania zleceń, - długość okresu naruszeń (lata 2020-2021), - fakt, iż naruszenia obejmowały zarówno

nieterminowość wykonania zobowiązań, jak i naruszenie zapisów umów, -fakt, iż część zleceń musiała zostać odwołana z uwagi na nienależyte wykonanie umowy i powierzona wykonawcy zastępczemu. Zgodnie z motywem 101 preambuły do Dyrektywy 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/ (Dz. Urz. UE.L.2014.94.65) powtarzające się przypadki drobnych nieprawidłowości mogą jednak 21

wzbudzić wątpliwości co do wiarygodności wykonawcy, co może uzasadniać jego wykluczenie. Taka sytuacja może bowiem budzić wątpliwości co do wiarygodności (rzetelności) wykonawcy, uzasadniając tym samym jego wykluczenie. Zamawiający podkreśla, iż ilość przypadków nieterminowego wykonania zleceń ma bardzo ważne znaczenie dla oceny stopnia istotności niewykonania zobowiązania oraz oceny długotrwałości stanu niewykonywania zobowiązań. Oba wskazane powyżej aspekty stanowią z kolei płaszczyznę oceny w świetle przesłanki wykluczenia wykonawcy określonej w art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP. W tym miejscu szczególną uwagę zwrócić należy na faktyczne i prawne znaczenie zleceń, na podstawie których następuje realizacja usług z zakresu gospodarki leśnej. Przedmiotem tych umów są usługi dla nadleśnictwa wykonywane w okresie rocznym. Opis przedmiotu zamówienia wskazuje precyzyjnie cały ich wolumen rzeczowy (określone ilości czynności do wykonania podane jednostkach naturalnych oraz szczegółowy opis technologii wykonawstwa prac leśnych) do realizacji w tym okresie, przy czym z powodów całkowicie obiektywnych nie podaje określonej daty wykonania danej czynności (zabiegu) w stosunku do danego obszaru, na którym ma być ta czynność wykonana. Termin ten jest uwarunkowany bowiem względami przyrodniczymi (np. porą roku, ilością opadów śniegu i deszczu, wyrojeniem szkodników, okresami lęgowymi) lub gospodarczymi (wzrost lub spadek popytu wśród odbiorców na drewno określonych gatunków lub na określone sortymenty drewna). Z powyższych względów realizacja usług odbywa się na podstawie zleceń. Zlecenie określa rodzaj i zakres prac do wykonania, termin ich realizacji, lokalizację (adres leśny), a w przypadku zaistnienia takiej potrzeby, również inne niezbędne informacje, w tym w szczególności wymagania co do sposobu wykonania prac oraz określenie części przedmiotu Zlecenia objętych odbiorami częściowymi oraz informacje dotyczące bezpieczeństwa i ochrony przyrody (vide: § 2 ust. 1). Jak zatem widać jest typowy model realizacji umowy oparty na konstrukcji przewidzianej w art. 456 KC. Zgodnie z tym przepisem, Jeżeli strony zastrzegły w umowie, że spełnienie świadczenia następować będzie częściami w ciągu określonego czasu, ale nie ustaliły wielkości poszczególnych świadczeń częściowych albo terminów, w których ma nastąpić spełnienie każdego z tych świadczeń, wierzytel może przez oświadczenie, złożone dłużnikowi w czasie właściwym, ustalić zarówno wielkość poszczególnych świadczeń częściowych, jak i termin spełnienia każdego z nich, jednakże powinien uwzględnić możliwości dłużnika oraz sposób spełnienia świadczenia. Jednocześnie zwrócić należy uwagę, iż przyjęty jednolicie w Lasach Państwowych system kar umownych w umowach na usługi leśne określa jako podstawę wysokości kar umownych nie wartość całej umowy, ale wartość zlecenia (vide: § 13 ust. 1 pkt 2). Rozwiązanie to ma na celu ochronę wykonawców przed wygórowanymi kwotowo karami umownymi, których podstawę wymiaru wyznacza ta realna wartość świadczenia, z wykonaniem której wykonawca pozostaje w zwłoce lub wykonuje ją nienależycie.

Z powyższych względów ocena realizacji umowy (opartej na systemie zleceń) powinna następować nie tyle poprzez pryzmat wysokości kar umownych, co ilości zleceń wykonanych w warunkach zwłoki lub też odwołanych z winy wykonawcy. Powtarzalność tego rodzaju zdarzeń (z czym mamy do czynienia w niniejszym przypadku) ewidentnie znamionuje nienależyte wykonanie zobowiązania z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jak wskazuje orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej („KIO”) „przepis art. 57 ust. 4 lit. g dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (tzw. dyrektywę klasycznej), którego implementację stanowi art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p., przesądza, 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” (vide wyrok z dnia 19 listopada 2021 r. sygn. akt KIO 3078/21, wyrok KIO z dnia 14 czerwca 2019 r. KIO 988/19). W świetle wyżej przytoczonych argumentów, niewątpliwie stwierdzić należy, iż w stosunku do Odwołującego zaszła przesłanka do wykluczenia wskazana w art. 109 ust. 1 pkt 7) PZP. Należy mieć na uwadze, iż już samo wskazanie przez Odwołującego w JEDZ z zakresie ww. przesłanki „TAK”, oznacza bezpośrednio przyznanie, iż przedmiotowa przesłanka występuje. Przesłanka ta mogłaby zostać uchylona wyłącznie na skutek prawidłowo wykonanej procedury

samooczyszczenia, co jednak w stanie faktycznym objętym odwołaniem nie wystąpiło. Jak wskazywano już na wstępie, ogół złożonych wyjaśnień oprócz szczegółowego wykazania, na czym polegało w zasadzie nienależyte wykonanie wymienionych przez Odwołującego umów, nie zawierało żadnych dowodów dotyczących podjętych działań naprawczych i zaradczych. Wyjaśnienia nie wskazywały, ani czy szkoda została w ogóle naprawiona, ani też dowodów rzeczywistego podjęcia środków naprawczych. Jak wskazuje orzecznictwo KIO, udzielenie rzetelnych i szczegółowych wyjaśnień oraz załączenie właściwych dowodów jest kluczowe dla stwierdzenia skuteczności przeprowadzonej procedury samooczyszczenia. Posiłkując się orzecznictwem stwierdzić należy, iż „dla przeprowadzenia skutecznego samooczyszczenia przepisy jednoznacznie, wymagają złożenia dowodów, nie zaś jedynie wyjaśnień” (vide wyrok KIO z dnia 18 października 2018 r. sygn. akt KIO 2002/18). „Procedura samooczyszczenia nie może mieć charakteru pozornego. W sposób rzetelny i kompletny powinna wyczerpywać wymogi ujęte przez ustawodawcę w art. 110 ust. 2 p.z.p. Tylko w ten bowiem sposób możliwe jest zadośćuczynienie celowi, jaki, zdaniem zarówno unijnego, jak i polskiego ustawodawcy, przyświeca tej procedurze, a jakim jest zapewnienie uniknięcia analogicznych sytuacji w przyszłości” (vide wyrok KIO z dnia 14 marca 2022 r., sygn. akt KIO 375/22). Z uwagi na powyższe przywoływane przez Odwołującego dowody załączone do odwołania uznać należy za daleko spóźnione, jako iż Zamawiający zakończył już ocenę podmiotową Odwołującego. W ślad za bogatym orzecznictwem KIO w tym zakresie wskazać należy, iż wszelkie dowody 23

w ramach self- cleaningu powinny być składane w toku postępowania, a nie dopiero w odwołaniu. Jak wskazuje KIO „brak jest podstaw do przyjęcia, iż Odwołujący podjął skuteczne działania naprawcze (...) do pisma z dnia 22 lipca 2019 r. nie zostały załączone żadne dowody na potwierdzenie rzekomych działań naprawczych podjętych przez Odwołującego. Złożone wraz z odwołaniem dowody lżba uznaje za dowody spóźnione”-(vide wyrok KIO z dnia 27 sierpnia 2019r, sygn. akt KIO 1576/19). Analogicznie „ocena skutecznego przeprowadzenia przez wykonawcę „samonaprawienia” winna być dokonana na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie zaś na etapie postępowania odwoławczego przed lżbą.” (vide wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2017 r., sygn. akt KIO 2443/17). Dopełniając krytyki stanowiska przedstawionego w odwołaniu należy z całą mocą pokreślić, iż obowiązek dokonania skutecznego self – cleaningu (w tym przede wszystkim pełnego i rzetelnego podania informacji dotyczących nienależytego wykonywania wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego) leży postronnie wykonawcy. Realizacja tego obowiązku w żadnym aspekcie nie jest zależna od wezwania Zamawiającego. Jak orzekła KIO w wyroku z dnia 6 sierpnia 2020 r. (sygn. akt KIO 1161/20) Procedura samooczyszczenia powinna być inicjowana przez samego wykonawcę, a nie po wezwaniu przez zamawiającego do wyjaśnień czy uzupełnień oferty. To sam wykonawca na podstawie art. 24 ust. 8 p.z.p. powinien wskazać swoje niedoskonałości i dowodnie wykazać jak te elementy u siebie wyeliminował, aby w przyszłości nie mogły one mieć miejsca. Zgodnie z konstrukcją prawną instytucji samooczyszczenia nie jest rolą Zamawiającego ani jej inicjowanie w stosunku do Wykonawcy, ani zastępowanie go w zakresie inicjatywy dowodowej dot. potwierdzenia okoliczności niezbędnych w świetle art. 110 ust. 2 PZP do skutecznego przeprowadzenia self – cleaningu. Niezależnie już od obszernego dorobku orzeczniczego KIO w tym zakresie, taka interpretacja art. 110 ust. 2 i 3 PZP jest całkowicie sprzeczna nawet z literalnym brzmieniem przywołanych przepisów. Na gruncie ich postanowień ustawodawca (w ślad za prawodawcą wspólnotowym) jednoznacznie określił rolę uczestników procedury samooczyszczenia – wykonawca winien udowodnić określone okoliczności wskazane w przepisach prawa jako warunek skutecznego self – cleaningu (art. 110 ust. 2 PZP), zaś zamawiający winien obiektywnie ocenić przedłożone przez wykonawcę dowody (art. 110 ust. 3 PZP). W zakresie zarzutu naruszenia art.109 ust. 1 pkt 8 pzp Zamawiający wskazał, że w całości podtrzymuje zasadność wykluczenia Odwołującego z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, iż nie podlega wykluczeniu. Podkreślić należy w szczególności, iż jak wskazano już na wstępie, Odwołujące już od samego początku składał informacje w sposób niezwykle lakoniczny, podkreślając, iż doszło jedynie do niewielkich naruszeń i „relatywnie niewielkich opóźnień w wykonaniu zleceń” w wyniku których naliczono jedynie kary umowne. Stanowiło to nie tylko wybiórcze i ukierunkowane dawkowanie informacji, lecz przedstawienie informacji w sposób niekompletny, mający na celu wywołanie u Zamawiającego mylnego wrażenia o nieistotności 24

dokonanych naruszeń. Odwołujący pominął również w dokumencie załączonym do JEDZ istotną informację o nienależytym wykonaniu zobowiązania skutkującym wykonaniem zastępczym. Przedstawione informacje są niekompletne oraz nieprawdziwe z następujących względów: - naliczone kary umowne dotyczyły nie tylko przypadków opóźnień, lecz również sprzecznego z postanowieniami umowy sposobu jej wykonania (wadliwa technika wykonania drzew, uszkodzenia drzew, brak przestrzegania przepisów BHP, itd.), - naliczone kary dotyczyły również odwołania zleceń, - wobec Odwołującego została zastosowana sankcja w postaci wykonania zastępczego; - Odwołującego obciążono kosztami wykonawstwa zastępczego. Istotne w niniejszy aspekcie jest to, iż wykonanie zastępcze nie stanowi w ogóle kary umownej, lecz jest dodatkową sankcją stosowaną przez nadleśnictwa w przypadku odwołania zlecenia z winy wykonawcy. Natomiast wykonawca obciążany jest kosztami wykonania zastępczego (stanowiącymi koszty lub straty zamawiającego) w związku z koniecznością zastępczego wykonania prac. Wykonawca, który doprowadził nienależytym wykonywaniem umowy do wykonania zastępczego obciążany jest kosztami w wysokości różnicy pomiędzy jego wynagrodzeniem a wynagrodzeniem należnym podmiotowi, który zrealizował prace w wyniku wykonania zastępczego (tak ujęto w § 2 ust. 14 oraz 15 umów zawieranych z nadleśnictwami). Wykonawstwo zastępcze jest zatem sankcją kontraktową zbliżoną w swojej funkcji do odszkodowania, gdyż pełni modelową funkcję kompensacyjną. Przede wszystkim jednak doprowadza do realnego wykonania

zobowiązania (przed wykonawcą zastępczego) co w największym stopniu zaspokaja interes wierzycielski zamawiającego. Zamawiający jest bowiem w pierwszej kolejności

zainteresowany realnym spełnieniem świadczenia, a nie uzyskaniem rekompensaty jego niespełnienia w postaci odszkodowania. Podkreślić należy, iż ranga prawna instytucji wykonawstwa zastępczego dla oceny przypadków nienależytego wykonania zobowiązań została dostrzeżona przez ustawodawcę, gdyż została literalnie wprowadzona do przesłanki wykluczenia z postępowania uregulowanej w art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP, w przeciwieństwie do art. 24 ust. 5 pkt 4 PZP z 2004 r., który jej nie przewidywał. Jak się wydaje właśnie z tego powodu Odwołujący zaniechał podania

informacji nt. zastosowania w stosunku do niego wykonawstwa zastępczego w JEDZ i wyjaśnieniach dołączonych do JEDZ zaś w wyjaśnieniach z dnia 30 listopada 2022 r. jedynie przyznał sam fakt wykonawstwa zastępczego nie podając żadnych szczegółów z nim związanych (w tym w szczególności nie podał informacji w sprawie obciążenia go znacznymi kosztami takiego wykonawstwa zastępczego). W ocenie Zamawiającego swoista „reglamentacja informacji” przekazywanych przez Odwołującego Zamawiającemu miała na celu jedynie umniejszenie skali i rangi naruszeń przy wykonywaniu wcześniejszych umów w sprawach zamówień publicznych. Działanie to nosi wszelkie znamiona umyślności, gdyż Wykonawca miał świadomość nienależytego wykonywania umów, czemu dał wyraz w JEDZ. Konsekwentnie pomijał jednak podawanie szczegółowych informacji w tym zakresie pomimo tego, iż ponad wszelką 25

wątpliwość wiedział o wykonawstwie zastępczym, jego skali, przyczyna i następstwach w postaci obciążenia go jego kosztami. Istotne jest również to, że udzielając informacji Odwołujący wskazywał na nieaktualne dane- chociażby poprzez załączenie do wyjaśnień z dnia 30 listopada 2022r. referencji wskazujących na naliczenie kar umownych przez Nadleśnictwo Podanin w wysokości 24.988,49 zł, podczas gdy naliczone mu kary umowne wynosiły na ten moment niemalże 62.000 zł. (!) Powyższe wskazuje niezbicie, iż Odwołujący nie tylko zataił wysokość naliczonych kar umownych, fakt naliczania kar umownych nie tylko z tytułu zwłoki, lecz również niewykonanie części umowy dla Nadleśnictwa Podanin oraz poniesienie przez nie szkody w wysokości ponad 75.000 złotych w następstwie zastępczego powierzenia prac, które winien pierwotnie wykonać Odwołujący (różnica pomiędzy wartością prac wykonawcy, a wynagrodzeniem w ramach wykonania zastępczego). Jak wskazuje orzecznictwo KIO: „Obowiązkiem biorących udział w postępowaniu wykonawców jest podawanie zamawiającym prawdziwych, rzetelnych informacji. Uniknięcie wprowadzenia w błąd na skutek działań własnych zamawiającego nie wyłącza odpowiedzialności wykonawcy wynikającej z art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p.” (obecnie art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP- przypisek autora)(wyrok KIO z dnia 10 października 2019 r. sygn. akt KIO 1916/19) „Dopuszczalność zastosowania procedury samooczyszczenia w przypadku przekazania informacji wprowadzających w błąd ma szczególnie charakter i jej przeprowadzenie jest możliwe wyłącznie gdy wykonawca zastosuje taką procedurę niezwłocznie, zanim zamawiający poweźmie wiedzę o tym, że przekazane informacje mają charakter informacji wprowadzających w błąd. Przyznanie przez wykonawcę faktu wprowadzenia zamawiającego w błąd musi być dokonane niezwłocznie, po uzyskaniu takiej wiedzy. Zwlekanie z tą czynnością przez wykonawcę do momentu, gdy zamawiający zażąda wyjaśnień dotyczących danej osoby, wyłącza możliwość uznania, że wykonawca z własnej inicjatywy przyznał, że informacje przekazane zamawiającemu są nieprawdziwe” (wyrok KIO z dnia 29 maja 2020 r. sygn. akt KIO 708/20). Warunkiem zastosowania wykluczenia z przesłanki wskazanej w art. 109 ust. 1 pkt 8) PZP jest potencjalny wpływ informacji wprowadzającej w błąd na decyzje zamawiającego, natomiast w sytuacji gdy są to informacje dotyczące przesłanki do wykluczenia oferty najkorzystniejszej, informacje takie zawsze mają wpływ na decyzję zamawiającego. Z uwagi na powyższe bardzo istotne jest nałożenie na wykonawców odpowiedniej sankcji za złożenie nieprawdziwych oświadczeń, na podstawie których zamawiający będzie dokonywał weryfikacji sytuacji podmiotowej wykonawców. (tak: J. Jarnicka, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. Jaworska, 2021). Z całą pewnością należy stwierdzić w tym przypadku zamierzone działanie, a co najmniej rażące niedbalstwo w przedstawianiu informacji przez Odwołującego. Dysponował on bowiem, jak wskazują na to dowody załączone do odwołania – na moment składania ofert szczegółowymi informacjami w zakresie nienależytego wykonywania umów, chociażby posiadając własną wiedzę w zakresie sankcji zastosowanych przez Nadleśnictwa; Podanin, Kaczory oraz 26

Durowo, jak i referencjami oraz zleceniami wystawionymi przez te podmioty. Nie sposób zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego, jakoby złożone ogólnikowe, wybiórcze i lakoniczne informacje złożone w ramach self -cleaningu miały być wystarczające, a to Zamawiający powinien za wszelką cenę dążyć do ustalenia szczegółowego stanu faktycznego poprzez wezwanie Odwołującego do odpowiednich wyjaśnień. Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego obowiązuje bowiem podwyższony miernik staranności właściwy podmiotom działającym profesjonalnie na rynku, czego niezbicie dowodzi bogate orzecznictwo sądowe oraz judykatura KIO. Jak podkreśla judykatura KIO „Ponieważ do czynności zamawiającego i wykonawców podjętych w postępowaniu stosuje się z mocy art. 14 p.z.p. przepisy kodeksu cywilnego, zachowanie wykonawcy polegające na przedstawieniu informacji wprowadzających w błąd zamawiającego i mogących mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego należy oceniać cywilistycznie, czyli pod kątem dochowania przez wykonawcę należytej staranności wymaganej od uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia” (vide wyrok KIO z dnia 12 maja 2017 r. , sygn. akt KIO 782/17).

Reasumując, stwierdzić należy, iż zaszyły wszelkie przesłanki wskazane w art. 109 ust. 1 pkt 8) PZP, gdyż wystąpiła możliwość potencjalnego wprowadzenia w błąd Zamawiającego (poprzez brak uzyskania pełnej informacji o skali nienależytego wykonania zobowiązania) co mogło mieć istotny wpływ na decyzję Zamawiającego (informacje dotyczyły sytuacji podmiotowej wykonawcy składającego najkorzystniejszą ofertę), zaś wybiórcze dawkowanie informacji stanowiło wyraz zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa ze strony Odwołującego. Taka sytuacja jednoznacznie przesądza o konieczności wykluczenia wykonawcy. Jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 12 sierpnia 2019r. ws. o sygn. KIO 1179/19: „Wprowadzenie zamawiającego w błąd w okolicznościach wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. ma ten skutek, że nie występuje możliwość sanowania następstw lekkomyślności lub niedbalstwa, rozumianych zgodnie z intencją ustawodawcy, jako niezachowanie przez profesjonalnego przedsiębiorcę ogólnie wymaganej staranności w stosunkach danego rodzaju (art. 355 § 1 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 p.z.p.), lecz sankcja w postaci wykluczenia wykonawcy”. Odnosząc się z kolei do próby przedłożenia nowych dowodów w związku z odwołaniem przywołać należy niezwykle cenne stanowisko KIO, w którym Izba stwierdziła, że „Nie jest zasadne, aby wykonawca, który konsekwentnie składał oświadczenia wprowadzające Zamawiającego w błąd, które to oświadczenia były istotne dla oceny jego oferty w postępowaniu i który dopiero w postępowaniu odwoławczym, na skutek działań innych wykonawców przyznał, że przedstawiał oświadczenia nierzetelne, niezwyfikowane, mógł skorzystać jeszcze w tym postępowaniu z dobrodziejstwa samooczyszczenia i pozyskać zamówienie publiczne” (wyrok z dnia 12 sierpnia 2022 r. sygn. akt KIO 1680/22).

Dalej w zakresie zarzutu naruszenia art.128 ust. 1 i ust. 4 pzp Zamawiający przedstawił następującą argumentację:

Zamawiający nie zgadza się w całości z argumentacją Odwołującego, iż Zamawiający zobowiązany był do wezwania Odwołującego do uzupełnienia dowodów w zakresie wprowadzonych działań naprawczych oraz szczegółów okoliczności związanych z nieprawidłowym wykonaniem umów w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający w niniejszej odpowiedzi cytował wyroki KIO wskazujące na konieczność składania przez wykonawców w toku procedury samooczyszczenia rzetelnych i wyczerpujących dowodów pozwalających jednoznacznie stwierdzić skuteczność tak dokonanej procedury. Podkreślić należy, iż to wykonawcy, a nie zamawiający są zobowiązani do aktywnego działania w ramach powyższej procedury, na co wskazuje sformułowanie w art. 110 ust. 2 PZP, to to wykonawca „ma udowodnić zamawiającemu” niepodleganie wykluczeniu.. Natomiast art. 110 ust. 3 PZP precyzuje wyraźnie, iż zamawiający jedynie ocenia, czy podjęte przez wykonawcę czynności są wystarczające do wykazania jego rzetelności. W przypadku negatywnej weryfikacji, wykonawca podlega wykluczeniu. Aktualność zachowują również poczynione z zakresie zarzutu drugiego wywody odnośnie konieczności zachowania należytej staranności przez wykonawców w składaniu dokumentów, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym wykonawca nie może składać dokumentów w sposób ogólnikowy, zdawkowy i wybiórczy, licząc na to, iż ewentualne niedociągnięcia i nieścisłości zostaną skorygowane w wyniku detektywistycznej pracy i wezwania zamawiającego. W szczególności w celu zagwarantowania pewności w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca, który jest świadomy, że formalnie podlega wykluczeniu powinien już na etapie składania ofert podjąć czynności niezbędne do uznania, iż doszło do skutecznego samooczyszczenia.

Ponadto w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 pzp Zamawiający argumentował, że: Zamawiający podtrzymuje słuszność zastosowania przesłanek do wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 oraz 8 PZP. Ponieważ wykonawca podlegał wykluczeniu, przepis art. 226 ust. 1 pkt 2) PZP nakazuje odrzucenie jego oferty. Ponieważ analizowany przepis ma jedynie charakter skutkowy w przypadku wystąpienia przesłanek do wykluczenia, Zamawiający nie widzi potrzeby przytaczania szerszej argumentacji w tym zakresie.

W zakresie kolejnego zarzutu dot. naruszenia art. 239 ust. 1 pkt 2 pzp Zamawiający wskazał, że: W sytuacji, w której oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) PZP (a Zamawiający z przyczyn szczegółowo opisanych w odpowiedzi na odwołanie podtrzymuje wystąpienie przesłanek wykluczenia wykonawcy oraz zasadność odrzucenia oferty odwołującego) to oferta Przystępującego była ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu. Tym samym nie sposób uznać, aby przepis art. 239 ust. 1 pkt 2 PZP został naruszony.

Dalej w zakresie zarzutu naruszenia art. 109 ust. 3 w zw. z art. 16 ust.1, 2 oraz 3 pzp Zamawiający podniósł, że: Zarzuty nr (IV) oraz (VII) z odwołania dotyczą łącznie naruszenia przez Zamawiającego zasady proporcjonalności, z czym nie sposób się zgodzić. W pierwszej kolejności nie jest w ogóle zasadne odwoływanie się przez Odwołującego do ogółu umów wykonywanych dla wszystkich nadleśnictw w latach 2020-2022 i wylizanie ogółu kar umownych naliczonych w łącznie 34 umowach. Pomijając fakt, iż informacja taka jest daleko spóźniona, gdyż złożona na etapie postępowania odwoławczego, to ocena istotności naruszenia powinna odnosić się do danej umowy, a nie do ogółu umów realizowanych w danym obszarze przez wykonawcę przez okres kilku lat, na co jednoznacznie wskazuje KIO w wyrokach z dnia 19 listopada 2021 r. (sygn. akt KIO 3078/21) oraz z dnia 14 czerwca 2019 r. (sygn. akt KIO 988/19). Po wtóre jak wskazuje KIO „zastosowanie art. 109 ust. 3 p.z.p. będzie możliwe w szczególności, gdy podstawą wykluczenia będą pewne drobne nieprawidłowości czy uchybienia o niewielkiej skali lub znaczeniu. Należy także mieć na uwadze, że w art. 109 ust. 3 p.z.p. mowa jest o sytuacjach, kiedy wykluczenie wykonawcy z postępowania byłoby nieproporcjonalne w sposób oczywisty, czyli ta nieproporcjonalność musiałaby być rażąca, widoczna na pierwszy rzut oka, prowadzić do obiektywnie nieuzasadnionego pokrzywdzenia wykonawcy (...) Instytucja zamawiająca, decydując się na odstąpienie od wykluczenia wykonawcy z postępowania w oparciu o art. 109 ust. 3 p.z.p., musi być w stanie wykazać, że w danym przypadku mamy do czynienia z oczywistą nieproporcjonalnością wykluczenia” (vide wyrok z dnia 19 kwietnia 2022 r. o sygn. KIO 907/22). W stanie faktycznym objętym odwołaniem, jak wykazał Zamawiający, nie tylko w stopień naruszenia jest istotny, lecz również Zamawiający nie byłby w stanie zastosować zasady proporcjonalności, gdyż Odwołujący w toku dokonanego samooczyszczenia w ogóle nie przedstawił informacji umożliwiających jakąkolwiek ocenę stopnia naruszeń a dokonał szczegółowych wylizzeń dopiero w odwołaniu. Dodatkowo uczynił to ponownie w sposób tendencyjny i zaburzający rzeczywisty obraz rzeczy, co szczegółowo zostanie przedstawione na rozprawie przed składem orzekającym KIO. Zamawiający wskazuje również, iż zgodnie z dyspozycją art. 109 ust. 3 PZP zastosowanie zasady proporcjonalności może mieć zastosowanie wyłącznie w przypadku przesłanek do wykluczenia wskazanych w przypadkach, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 1-5 lub 7 PZP, natomiast nie ma zastosowania do przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 8) PZP, z której to wykluczeniu podlegał Odwołujący. Tym samym zasada proporcjonalności nie znajdzie zastosowania w odniesieniu do lekkomyślnego lub powodowanego niedbalstwem przedstawienia zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, pisma procesowe stron wraz załącznikami, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania, w tym w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności i zaniechań Zamawiającego.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na rzecz zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie się o udzielenie zamówienia W. Sz. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Leśne W. Sz. z siedzibą w Krępku, A. Sz. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych A. Sz. z siedzibą w Krępku, S. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych S. M. z siedzibą w Ługach Ujskich, D. K.

prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych D. K. z siedzibą w Płytnicy, P. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych P. M. z siedzibą w Ługach Ujskich, R. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowo-Handlowa R. Z. z siedzibą w Kamienicy, (dalej Przystępujący).

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba ustaliła i zważyła, że:

Podstawy prawne orzeczenia stanowią:

- art. 16 ustawy Pzp - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny;

- art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp - 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;

- art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp - 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;

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

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

- 1) naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne;
- 2) wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym;
- 3) podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności:
  - a) zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy,
  - b) zreorganizował personel,
  - c) wdrożył system sprawozdawczości i kontroli,
  - d) utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów,
  - e) wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.

- art. 110 ust. 3 ustawy Pzp - Zamawiający ocenia, czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. Jeżeli podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zamawiający wyklucza wykonawcę.

- art. 128 ust. 1 ustawy Pzp - Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w podmiotowych środkach dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w

wyznaczonym terminie, chyba że:

- 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
- 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.
  - art. 128 ust. 4 ustawy Pzp - Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.
  - art. 226 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę:
    - a) podlegającego wykluczeniu z postępowania lub
    - b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub
    - c) 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;
  - art. 239 ust. 1 ustawy Pzp - Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Wydając wyrok Izba uznała za istotne dla sprawy i rozstrzygające poniższe kwestie.

Izba zważyła, że stan faktyczny sprawy nie był sporny pomiędzy stronami. Odwołujący nie kwestionował również wystąpienie wobec niego podstawy wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp - okoliczność ta została przez odwołującego 32

przyznana zarówno w treści JEDZ, jak iw odwołaniu oraz na rozprawie. Dlatego też, Izba rozpoznając niniejsze odwołanie, nie rozpoznawała ziszczenia się przesłanek ww. podstawy wykluczenia z postępowania.

Co do zasady Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego zaprezentowanego w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, w odpowiedzi na odwołanie oraz podczas rozprawy.

W ocenie Izby Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 i 8 Pzp, tak więc czynności dokonane przez Zamawiającego były prawidłowe. Jak już wyżej wspomniano bezspornym jest – co potwierdził również Odwołujący w toku rozprawy, iż podlegał on wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, w związku z tym aby wykonawca mógł ubiegać się o zamówienia konieczne było przeprowadzenie skutecznej procedury tzw. self- cleaningu. Spór pomiędzy Stronami dotyczył właśnie oceny prawnej w zakresie możliwości wykluczenia Odwołującego z postępowania (w zakresie Pakietów I i II) i w konsekwencji odrzucenia jego oferty w związku z mającą miejsce w toku postępowania ze strony Odwołującego procedurą tzw. self-cleaning. Stanowisko odwołującego sprowadzało się przede wszystkim do tego, że zamawiający uniemożliwił mu pełne przeprowadzenie ww. procedury – nie wezwał go do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w tym zakresie, a jedyne wezwanie, które wystosował zamawiający, miało ograniczony charakter. Natomiast zamawiający wskazywał, że wyjaśnienia przedstawione przez odwołującego w ramach procedury tzw. self-cleaning były lakoniczne. Zamawiający stwierdził, że odwołujący pominął szereg istotnych okoliczności dotyczących naruszeń w realizacji wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego, jak i nie udowodnił podjętych środków naprawczych.

W tym miejscu Izba wskazuje, iż w całej rozciągłości popiera i uznaje za własne stanowisko składu orzekającego wyrażone w wyroku o sygn. akt KIO 88/23 z dn. 27 stycznia 2023 r. Stanowisko to jest adekwatne również do niniejszej sprawy. I tak w powyższym wyroku Izba wskazała, że odnosząc się do powyższego należy wskazać, że w załączniku do JEDZ odwołujący ograniczył się do: wskazania umów, w ramach którego naliczone zostały kary umowne, informacji, że kary umowne dotyczyły relatywnie niewielkich opóźnień w wykonaniu pojedynczych zleceń oraz opisu podjętych środków naprawczych. Natomiast jak stwierdził zamawiający w uzasadnieniu czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty: „Jak wynika z informacji uzyskanych samodzielnie przez Zamawiającego, Wykonawca w ramach realizacji dwóch umów dla Nadleśnictwa Kaczory, tj. umowy SA.271.1.17.2020 oraz umowy SA.271.1.16.2020, dopuścił się odpowiednio 23 oraz 34 przypadków nienależytego (w tym nieterminowego) wykonania zleceń co stało się podstawą do naliczenia wykonawcy kar umownych za zwłokę oraz odwoływania zleceń z winy wykonawcy. W przypadku umowy SA.271.1.17.2020 kary umowne zostały naliczone w

stosunku do ponad 8% ogólnej liczby zleceń, zaś w przypadku umowy SA.271.1.16.2020 w stosunku do 12,5% ogólnej liczby zleceń. Łączna kwota kar umownych wynosiła odpowiednio: 30 726,94 PLN w przypadku umowy SA.271.1.17.2020 oraz 21 200,82 PLN w przypadku umowy SA.271.1.16.2020. Przypadki naliczenia kar umownych dotyczyły zarówno prac z zakresu zrywki i pozyskania, jak i hodowli lasu. Przywołane okoliczności faktyczne wskazują, iż wykonawca nienależycie wykonywał istotne zobowiązania z umów w sprawach zamówień publicznych, stanowiących kluczowe czynności wchodzące w skład przedmiotu zamówienia. Dodatkowo ilość i częstotliwość naliczania kar wskazuje, iż zjawisko to miało charakter długotrwały, a nie incydentalny. Z kolei równoległe występowanie opisywanego zjawiska w toku wykonywania dwóch równoległe realizowanych umów wskazuje na systemowy charakter postępowania

Wykonawcy. Powyższe informacje zostały pozyskane przez Zamawiającego samodzielnie. Wykonawca jedynie poinformował o naliczeniu mu kar umownych bez wskazania ich podstaw oraz wysokości poszczególnych kar.

Niezależnie od powyższego, Zamawiający samodzielnie uzyskał informację, że w związku z wykonywaniem przez Wykonawcę na rzecz Nadleśnictwa Podanin usług z zakresu gospodarki leśnej w roku 2021, naliczono mu kary umowne w łącznej wartości 61 669,72 PLN, były to kary umowne za zwłokę w terminie realizacji prac na wartości 45 069,72 PLN, kary za nieprzestrzeganie zapisów umów na wartość 6 600 PLN oraz za odwołanie zlecenia lub jego części na wartość 10 000 PLN Ponadto odwołano trzy zlecenia z winy Wykonawcy i w związku z tym zastępczo powierzono wykonanie prac stanowiących przedmiot zlecenia osobie trzeciej. Wysokość naliczonej kary w związku z wykonawstwem zastępczym wynosiła 75 681,23 PLN. Powyższe okoliczności wskazują na analogiczne zjawiska dotyczące

nierealizowania obowiązków kontraktowych z umów w sprawach zamówień publicznych jak w przypadku umów z Nadleśnictwem Kaczory. Powyższe informacje zostały pozyskane przez Zamawiającego samodzielnie. Wykonawca jedynie poinformował o naliczeniu mu kar umownych bez wskazania ich podstaw oraz wysokości poszczególnych kar.

Wreszcie wskazać należy na naliczenie przez Nadleśnictwo Durowo kar w stosunku do 12 zleceń na łączną kwotę 11 639,00 PLN w związku z realizacją umowa: SA.271.1.5.21. Powyższe kary dotyczyły uszkodzenia drzew w ilości większej niż 3% podczas pielęgnacji gleby w uprawie oraz za zwłokę w realizacji prac na danej pozycji objętej zleceniem w stosunku do terminu określonego w zleceniu. Powyższe informacje zostały pozyskane przez Zamawiającego samodzielnie. Wykonawca jedynie poinformował o naliczeniu mu kar umownych bez wskazania ich podstaw oraz wysokości poszczególnych kar.” Mając na uwadze powyższe, należy przyznać rację zamawiającemu, że zawarte w załączniku do JEDZ wyjaśnienia były bardzo ogólnikowe. Odwołujący nie podał szeregu istotnych informacji mających znaczenie w kontekście możliwości skorzystania z instytucji określonej w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący nie podał informacji w zakresie ilości przypadków naliczenia kar umownych, ilości zleceń, w odniesieniu do których nastąpiło naliczenia kar 34

umownych, wysokości oraz podstaw kar umownych, przypadków wykonania zastępczego, a ponadto wskazał, że podstawą naliczenia kar były relatywnie niewielkie opóźnienia, podczas gdy znacząca ilość kar umownych została naliczona za zwłokę, a nie opóźnienie. Zgodnie z przepisem art. 110 ust. 2 ustawy Pzp Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie następujące przesłanki: 1) naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne; 2) wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym; 3) podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności: a) zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy, b) zreorganizował personel, c) wdrożył system sprawozdawczości i kontroli, d) utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów, e) wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów. Zgodnie z przepisem art. 110 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający ocenia, czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. Jeżeli podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zamawiający wyklucza wykonawcę. Po pierwsze, z ww. przepisów wynika, że aby mogło dojść do skutecznego przeprowadzenia procedury tzw. self-cleaning, wykonawca obowiązany jest wyczerpująco przedstawić zamawiającemu okoliczności dotyczące nieprawidłowości w realizacji umów. W innym przypadku nie będzie możliwe dokonanie przez zamawiającego oceny, czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy (art. 110 ust. 3 ustawy Pzp). Oczywiście jest, że w niniejszej sprawie odwołujący nie sprostął temu obowiązkowi. Podane przez odwołującego informacje w żadnym wypadku nie pozwalały zamawiającemu na dokonanie oceny, czy podjęte przez odwołującego środki są wystarczające – skoro zamawiający nie miał wiedzy na czym polegały nieprawidłowości, nie mógł stwierdzić, czy środki naprawcze są wystarczające. Po drugie, skorzystanie z instytucji uregulowanej w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp stanowi uprawnienie wykonawcy, do którego to podmiotu należy inicjatywa w zakresie udowodnienia zamawiającemu, że spełnił przesłanki określone w tym przepisie, pozwalające zamawiającemu na odstąpienie od zastosowania sankcji wykluczenia z postępowania. 35

Obowiązkiem zamawiającego jest jedynie dokonanie oceny przedstawionych przez wykonawcę wyjaśnień i dowodów. W niniejszej sprawie odwołujący przedstawił wyjaśnienia w zakresie tzw. self-cleaning, a zadaniem zamawiającego było dokonanie ich oceny pod kątem tego, czy podjęte przez wykonawcę czynności są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. Odwołujący wskazał, że doszło do relatywnie niewielkich opóźnień w wykonaniu pojedynczych zleceń, w wyniku czego Odwołujący został obciążony karami umownymi. Taki materiał, jaki został przedstawiony przez odwołującego, podlegał ocenie zamawiającego. Zamawiający nie był zobowiązany do zadawania odwołującemu dodatkowych pytań: czy aby na pewno podstawą naliczenia kar były jedynie opóźnienia, a nie zwłoka w wykonaniu zamówień, czy może w ramach realizacji umów miało miejsce zastosowanie instytucji wykonania zastępczego? Zamawiający nie był zatem zobowiązany do zastosowania przepisu art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp. Mając to na uwadze, należy stwierdzić, że zamawiający nie uniemożliwił wykonawcy skorzystania z dobrodziejstwa przepisu art. 110 ust. 2 ustawy Pzp. Z tego powodu powoływanie się przez odwołującego na stanowisko przedstawione przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 14 stycznia 2021 r. w sprawie C-387/19 RTS Infra BVBA Izba uznała za nieadekwatne do okoliczności faktycznych rozpoznawanej sprawy. Odwołujący skorzystał z instytucji określonej ww. przepisem, jednakże dokonał tego w sposób nierzetelny.

W związku z powyższym Izba uznała, podobnie jak skład orzekający w sprawie KIO 88/23, że zarzuty oznaczone w odwołaniu nr 1, 3, 4, 5 oraz 6 należy uznać za niezasadne.

W odniesieniu do zarzutu nr 4 w aspekcie naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez wykluczenie Odwołującego a dokonanie wyboru oferty wykonawcy, który sam podlegał wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wchodzącego w skład konsorcjum Przystępującego, Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego i Przystępującego, iż zarzut taki nie był podnoszony przez Odwołującego w odwołaniu. Zarówno w petitum odwołania jak i w uzasadnieniu Odwołujący opisuje okoliczności faktyczne i prawne leżące u podstaw zarzutu, chociaż faktycznie nie formułuje wniosku w tym zakresie. W ocenie Izby podnoszony zarzut również w tym aspekcie nie potwierdził się. Dostrzeżenia wymagało, że sytuacja obu wykonawców jest zgoła odmienna. Przede wszystkim Przystępujący przedstawił w złożonych wyjaśnieniach pełny obraz uchybienia jakiego się dopuścił oraz wskazał jego przyczyny, wartość naliczonych kar oraz ich podstawę w przeciwieństwie do Odwołującego. Wykonawca ten w sposób otwarty i rzetelny poinformował Zamawiającego o zaistniałym uchybieniu. Tym samym brak było podstaw po stronie Zamawiającego do stwierdzenia nierzetelności jednego z wykonawców wchodzących w skład Przystępującego. W odniesieniu do zarzutu oznaczonego nr 4, w aspekcie braku wezwań do wyjaśnień czy też uzupełniania dokumentów, należy dodać, że fakt skierowania przez zamawiającego do odwołującego wezwania do wyjaśnień (z dnia 28 36

listopada 2022 r.) jedynie w zakresie podania przyczyny niewskazania okoliczności zastosowania wykonania zastępczego pozostaje bez znaczenia dla rozpoznania niniejszej sprawy, gdyż, jak wskazano powyżej, w okolicznościach faktycznych tej sprawy zamawiający nie był zobowiązany do kierowania do Odwołującego wezwania do wyjaśnień. Z kolei w odniesieniu do zarzutu nr 3 należy dodać, że nawet w przypadku przyjęcia stanowiska odmiennego od wyżej przedstawionego, stwierdzenie przedstawienia przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd zamawiającego (co stanowiło podstawę uznania zaistnienia względem odwołującego podstawy wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp - o czym poniżej) wyklucza możliwość zastosowania przepisu art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp.

Uwzględniając przedstawioną powyżej argumentację, Izba za niezasadny uznała również zarzut oznaczony w odwołaniu nr 2. Jak wskazano powyżej, Odwołujący nie przedstawił zamawiającemu szeregu istotnych okoliczności dotyczących nieprawidłowości w realizacji wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego. Okoliczności te mają natomiast istotne znaczenie dla dokonania oceny przez zamawiającego, czy podjęte przez odwołującego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Skala i charakter nieprawidłowości, naruszeń, mają istotny wpływ na rodzaj i zakres koniecznych do zastosowania środków naprawczych, a w konsekwencji na ocenę dokonywaną przez zamawiającego na podstawie art. 110 ust. 3 ustawy Pzp. Informacje te mają zatem istotny wpływ na decyzję zamawiającego w zakresie ostatecznego stwierdzenia, czy wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania. Odwołujący nie przedstawił zamawiającemu wielu istotnych informacji w tym zakresie, które były w jego posiadaniu w chwili sporządzania wyjaśnień. Odwołujący nie tylko pominął informacje, lecz wykreował obraz nieprawidłowości w realizacji umów odbiegający od rzeczywistości – m.in. wskazał na niewielkie opóźnienia w wykonaniu pojedynczych zleceń, pomijając chociażby fakt naliczenia kar za zwłokę. Nie można również zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że bez znaczenia pozostaje okoliczność zaniechania podania informacji o wykonaniu zastępczym. Zastosowanie tej instytucji świadczy bowiem o tym, że nie doszło w tych przypadkach do wykonania części zleceń przez Odwołującego, a nie że miało to miejsce, lecz nastąpiło z niewielkim opóźnieniem i nie było zawinione przez Odwołującego. Ponadto zamawiający ustalił, że w związku z realizacją umów dla Nadleśnictwa Podanin naliczono Odwołującemu łącznie 61.669,72 zł kar umownych w nieterminowym wykonaniu prac (czemu Odwołujący nie zaprzeczył), podczas gdy Odwołujący poprzez załączenie do swoich wyjaśnień referencji wystawionych przez Nadleśnictwo Podanin w dniu 16 grudnia 2021 r. wskazywał jedynie na kwotę 24.988,49 zł naliczonych kar. W związku z powyższym należy uznać, że działanie Odwołującego cechowało co najmniej rażące niedbalstwo. Powyższe wskazuje na zasadność zastosowania względem Odwołującego sankcji wykluczenia z postępowania na

podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Ponadto, Izba nie znalazła podstaw do zastosowania instytucji określonej w art. 109 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem -W przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 1-5 lub 7, zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne, w szczególności gdy kwota zaległych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne jest niewielka albo sytuacja ekonomiczna lub finansowa wykonawcy, o którym mowa w ust. 1 pkt 4, jest wystarczająca do wykonania zamówienia. Po pierwsze, ww. przepis nie ma zastosowania do podstawy wykluczenia z postępowania wskazanej w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Po drugie, w ocenie składu orzekającego Izby, okoliczność wprowadzenia w błąd zamawiającego jednocześnie wyklucza możliwość zastosowania tego przepisu w odniesieniu do podstawy wskazanej w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Przetawienie przez wykonawcę nierzetelnych wyjaśnień, pomijających szereg istotnych okoliczności mających znaczenie dla oceny zamawiającego dokonywanej na podstawie art. 110 ust. 3 ustawy Pzp, sprzeciwia się powoływaniu się w tym zakresie na zasadę proporcjonalności. Byłoby to nie do pogodzenia z nacelną zasadą prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W związku z tym, Izba uznała, że również zarzut nr 7 nie podlega uwzględnieniu.

Mając na uwadze przedstawioną powyżej argumentację, Izba uznała, że złożone przez odwołującego dowody na potwierdzenie wystarczającego charakteru podjętych środków naprawczych należy ocenić jako spóźnione na tym etapie postępowania, a zatem nie mające istotnego znaczenia dla rozpoznania niniejszej sprawy. Ponadto Izba zważyła, że każdy z Zamawiających podejmuje w prowadzonych przez siebie postępowaniach autonomiczne decyzje i przy ich podejmowaniu związany jest postanowieniami SWZ oraz przepisów prawa, stąd też Izba uznała za nie mające znaczenia dla rozstrzygnięcia postępowania dowody dotyczące czynności podejmowanych przez innych Zamawiających w prowadzonych przez nich postępowaniach o udzielenie zamówienia.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

39