

Sygn. akt KIO 753/23

WYROK

z dnia 7 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Maksym Smorczewski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 marca 2023 r. przez wykonawcę H. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Produkcyjno – Handlowo – Usługowy "FALCO" H. S., w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne „Lasy Państwowe” przy udziale wykonawcy G. J., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą G. J. Zakład Usług Leśnych, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie w części, uznając za uzasadniony zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, i nakazuje zamawiającemu Skarbowi Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne „Lasy Państwowe”:

1.1 unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 1 zamówienia,

1.2 powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie części 1 zamówienia, w tym odrzucenie oferty wykonawcy G. J., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą G. J. Zakład Usług Leśnych, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) w związku z art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych,

2. oddać odwołanie w pozostałym zakresie,

3. kosztami postępowania obciążyć wykonawcę H. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Produkcyjno – Handlowo – Usługowy "FALCO" H. S., w 3/4 (słownie: trzech czwartych) części oraz zamawiającego Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne „Lasy Państwowe” w 1/4 (słownie: jednej czwartej) części i:

3.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego uiszczony przez wykonawcę H. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Produkcyjno – Handlowo – Usługowy "FALCO" H. S., wpis od odwołania w wysokości 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych) oraz koszty postępowania odwoławczego zamawiającego Skarbu Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne „Lasy Państwowe” poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych),

3.2. zasądza od Skarbu Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne „Lasy Państwowe” na rzecz H. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Produkcyjno – Handlowo – Usługowy "FALCO" H. S., kwotę 3 750 zł (słownie: trzy tysiące siedemset pięćdziesiąt złotych) stanowiącą koszty

postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania,

3.3 zasądza od H. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Produkcyjno – Handlowo – Usługowy "FALCO" H. S., na rzecz Skarbu Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne „Lasy Państwowe” kwotę 2 700 zł (słownie: dwa tysiące siedemset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 753/23

UZASADNIENIE

W dniu 20 marca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy H. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Produkcyjno – Handlowo – Usługowy "FALCO" H. S., (dalej jako „Odwołujący”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę pod nazwą „Wykonywanie usług z

zakresu gospodarki leśnej w Nadleśnictwie Nidzica w roku 2023 Numer referencyjny: ZG.270.1.2023" w zakresie części 1 zamówienia (dalej jako „Postępowanie”), prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne „Lasy

Państwowe” (dalej jako „Zamawiający”) „od niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego oraz niezgodnych z prawem zaniechań czynności przez Zamawiającego (...) polegających na: a) braku odrzucenia oferty G. J., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych G. J., ul. I-go Maja 17 A/4, 13-100 Nidzica, zwanego dalej również Wykonawcą, która powinna ulec odrzuceniu i w konsekwencji b) dokonaniu przez Zamawiającego czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty G. J., i zaniechaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego”.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

- „1 . art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a pzp przez niezgodną z przepisami czynność zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy, który podlegał wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 pzp w zw. z art. 110 ust. 1 pzp, w związku z nieskutecznym wdrożeniem procedur określonych w art. 110 ust. 2 pzp, oraz art. 110 ust. 3 pzp poprzez wadliwą ocenę podjętych procedur w zakresie samooczyszczenia, konsekwencją czego był wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez G. J.;
2. art. 226 ust. 1 pkt 1 lit b pzp poprzez niezgodną z przepisami czynność zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy, niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, konsekwencją czego był wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez G. J.;
3. art. 226 ust. 1 pkt 1 lit. c pzp poprzez niezgodną z przepisami czynność zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy, pomimo tego, że Wykonawca nie złożył w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego brak podstaw wykluczenia lub spełnienie warunków udziału w postępowaniu, innych dokumentów lub oświadczeń, konsekwencją czego był wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez G. J.;
4. art. 239 ust. 1 i 2 pzp poprzez niedokonanie wyboru oferty Odwołującego, która jest ofertą najkorzystniejszą zgodnie z określonymi w postępowaniu kryteriami oceny oferty”.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- „1 . dokonania ponownego badania i ponownej oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Nidzica w roku 2023”, Pakiet nr 1, nr postępowania ZG.270.1.2023, w tym unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez G. J.,
2. powtórzenia oceny ofert, złożonych w toku w/w postępowania, wskutek którego:
 - a) oferta złożona przez G. J. zostanie odrzucona;
 - b) Zamawiający dokona wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego na podstawie określonych w postępowaniu kryteriów oceny oferty”,

a także „o zasądzenie według norm przepisanych kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa Odwołującego w toku w/w postępowania przez profesjonalnego pełnomocnika”.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz o zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca G. J., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą G. J. Zakład Usług Leśnych, (dalej jako „Przystępujący”). Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi Postępowanie na usługi z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp”) w trybie przetargu nieograniczonego. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 9 stycznia 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 006-012530.

W rozdziale 2 pkt 2.3 Specyfikacji Warunków Zamówienia w Postępowaniu (dalej jako „SWZ”) określono, że „Postępowanie jest prowadzone zgodnie z zasadami przewidzianymi dla tzw. „procedury odwróconej”, o której mowa w art. 139 ust. 1, 3 - 4 PZP. Stosownie do przywołanych przepisów Zamawiający najpierw dokona badania i oceny ofert, a następnie dokona kwalifikacji podmiotowej Wykonawcy, którego oferta została najwyżej

oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu.”.

W rozdziale 6 pkt 6.2 SWZ Zamawiający określił, że „W postępowaniu mogą brać udział Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia w okolicznościach, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt

1-5 i 7- 10 PZP. Na podstawie: (...) 6) art. 109 ust. 1 pkt 7) PZP Zamawiający wykluczy Wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady (...).

W rozdziale 7 pkt 7.1 ppkt 4) lit. c) SWZ określono, że „W postępowaniu mogą brać udział Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej: Warunek ten, w zakresie osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że dysponuje lub będzie dysponować: l) dla Pakietu I a) co najmniej 13 osobami, które ukończyły z wynikiem pozytywnym szkolenie dopuszczające do pracy z pilarką zgodnie z § 21 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 24 sierpnia 2006 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy wykonywaniu niektórych prac z zakresu gospodarki leśnej (Dz. U. z 2006 r. Nr 161, poz. 1141) lub posiadające odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów albo odpowiadające im uprawnienia wydane w innych Państwach Członkowskich Unii Europejskiej; b) co najmniej 1 osobami nadzoru z wykształceniem leśnym wyższym, leśnym średnim lub posiadającymi dyplom ukończenia studium zawodowego świadczenia usług na rzecz leśnictwa; c) co najmniej 1 osobami, które ukończyły szkolenie w zakresie pracy ze środkami chemicznymi zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 8 maja 2013 roku w sprawie szkoleń w zakresie środków ochrony roślin (tekst jedn. Dz. U. z 2022 r. poz. 824) lub posiadające odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów które uprawniają do pracy w kontakcie ze środkami ochrony roślin albo odpowiadające im uprawnienia wydane w innych Państwach Członkowskich Unii Europejskiej”.

Oferty w Postępowaniu złożyli Przystępujący i Odwołujący.

Wraz z ofertą Przystępujący złożył oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, sporządzone zgodnie ze wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającym standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (dalej jako „JEDZ”), w którym na pytanie „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?” Przystępujący podał odpowiedź „Tak Wcześniejsze zakończenie umowy z Nadleśnictwem Spychowo-jako członek Konsorcjum Sosna”, na pytanie, „Jeżeli tak, czy wykonawca przedsięwziął środki w celu samooczyszczenia?” podał odpowiedź „Tak”, a na prośbę o ich opisanie wskazał „Zapłacenie kar dla Nadleśnictwa Spychowo. Wykonanie prac w 100% zaplanowanych na rok 2021 a także wykonanie prac do początku grudnia 2021 r, które były zaplanowane na rok 2022. W trakcie jest również sprawa sądowa przeciwko Nadleśnictwu Spychowo - w celu oczyszczenia mojej firmy.”.

W przedmiotowym JEDZ Przystępujący wskazał dane 13 osób, które mają „ukończony kurs pilarza”.

W dniu 1 lutego 2023 r. Zamawiający przekazał Przystępującemu datowane na ten sam dzień pismo o treści „Nadleśnictwo Nidzica informuje, że w toku badania oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Nidzica w roku 2023” na Pakiet nr 1 stwierdziło niejasności w złożonych dokumentach. Zgodnie art. 128 ust. 1 oraz art. 223 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.), Nadleśnictwo Nidzica wzywa do udzielenia następujących wyjaśnień dotyczących formularza Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia („JEDZ”): 1. Część III lit. C JEDZ – wykonawca poinformował, że umowa z Nadleśnictwem Spychowo (jako członek Konsorcjum Sosna) została z rozwiązana przed czasem. Opisanie środki jakie wykonawca przedsięwziął w celu samooczyszczenia są ogólnikowe. W związku z powyższym Nadleśnictwo Nidzica oczekuje przedstawienia wyczerpujących informacji o spełnieniu łącznie przesłanek określonych w art. 110 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) potwierdzonych stosownymi dokumentami. (...) Niezłożenie wyjaśnień oraz uzupełnienie oświadczenia Wykonawcy o niepodleganiu wykluczeniu i spełnieniu warunków w postępowaniu spowoduje wykluczenie Wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego pn. „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Nidzica w roku 2023” na Pakiet nr 1 oraz odrzucenie oferty Wykonawcy.”.

W dniu 6 lutego 2023 r. Przystępujący przekazał Zamawiającemu pismo datowane na 3 lutego 2023 r. o treści „PISMO WYJAŚNIAJĄCE Nawiązując do Części III lit. C JEDZ rzeczywiście podałem informację, że przed czasem została rozwiązana umowa z Nadleśnictwem Spychowo (jako członek Konsorcjum SOSNA). Zaznaczyć muszę jednak, że jako firma swoją część zaplanowaną na 2021 rok wykonałem w 100%, a do końca grudnia 2021 r. udało nam się wykonać część prac zaplanowanych na rok 2022. Tak jak napisałem w tym punkcie kary do Nadleśnictwa Spychowo zostały opłacone. Należność kar przesyłałem przelewem dla Lidera a on wpłacał do Nadleśnictwa Spychowo. Kary opłacane były przez Lidera Konsorcjum, który potrącał mi je z moich należności za wykonaną pracę. Na bieżąco informowaliśmy Nadleśnictwo o przyczynach opóźnień w wykonywaniu zleceń: a były to między innymi złe warunki atmosferyczne, psujące się maszyny czy COVID-19. Pomimo tych niedogodności jako firma staraliśmy się wywiązać z powierzonych nam zleceń. Nawet w piśmie otrzymanym z Nadleśnictwa Spychowo wynika, że gdyby wszyscy członkowie Konsorcjum wykonywali swoją pracę tak jak moja firma, to byśmy mogli uniknąć wcześniejszego zakończenia umowy a wszystkie zlecenia wykonać do końca. Pracując w tej branży przez ponad 30 lat nie zdarzyła mi się jeszcze sytuacja aby zakończono umowę z moją firmą przed czasem. Zazwyczaj brałem udział w przetargach jako samodzielny wykonawca. Wiedziałem wtedy, że wykonanie warunków umowy zależy tylko ode mnie i moich pracowników. Niestety jako członek

Konsorcjum już nie miałem tego poczucia i takich możliwości. Na wiele rzeczy nie miałem wpływu. Do zarządzania całym Konsorcjum był wytypowany LIDER, który jak się później okazało nie miał pojęcia o zarządzaniu, podejmowaniu istotnych decyzji i ogólnie o pracy w lesie. Muszę zaznaczyć, że wcześniej nie znałem firm będącymi członkami Konsorcjum Sosna, prócz rodziców Lidera Konsorcjum, z którymi wcześniej współpracowałem i ta współpraca nam się dobrze układała. Niestety mam teraz nauczkę, że przed przystąpieniem do jakiegokolwiek Konsorcjum powinienem dokładnie przebadać firmy, z którymi mam zamiar wejść w współpracę. Chcę poinformować, co jest istotne, że po tamtym incydencie moja firma nie współpracuje z firmami, które były członkami Konsorcjum Sosna. Ponieważ wiem, że skutki tej współpracy wpłynęły negatywnie na wizerunek mojej firmy. Konsekwencje ponoszę do dnia dzisiejszego. W tym samym czasie została również podjęta decyzja o zakończeniu umowy z niektórymi pracownikami i przede wszystkim z Kierownikiem, który nadzorował przebieg pracy w roku 2021 w tamtych leśnictwach. Według mojej oceny i obserwując to się stało nie mogłem postąpić inaczej. Kierownik nie wywiązał się dobrze ze swoich obowiązków. Miał być pośrednikiem między mną-jako właścicielem firmy a Nadleśnictwem. Niestety komunikacja bardzo zawiodła. Nie

przekazywał mi istotnych informacji, które działy się na miejscu. Dlatego wg mnie działał na szkodę firmy, bardziej skupiał się na sobie niż na wykonywaniu obowiązków, które do niego należały. Zamiast nadzorować, zajmował się swoją działalnością. Co uniemożliwiło dalszą współpracę. Umowa została zakończona z dniem 30.11.2021r. W moim odczuciu dzisiaj ciężko jest zaufać ludziom i powierzać im odpowiedzialne stanowiska. W związku z tym sam na tamten moment musiałem przejąć stanowisko Kierownika i sam nadzorowałem przebieg wykonywanych prac oraz kontrolowałem wyniki wykonanych zleceń oraz komunikowałem się z panem Nadleśniczym. Sam sprawdzałem czy prace są wykonane zgodnie z przepisami i obowiązującymi normami. Na chwilę obecną mam zatrudnionego kierownika, który jest długoletnim moim pracownikiem z wykształceniem średnim leśnym. Pracuje u mnie od 5 lat, dlatego postanowiłem dać mu szansę. Można powiedzieć, że komunikacja jest między nami na dobrym poziomie, jestem na bieżąco informowany o tym jak wygląda przebieg pracy. Pomimo tego sam również nadzoruję wykonaną pracę. Sam sprawdzam czy te prace są wykonane zgodnie z przepisami i obowiązującymi normami. Na bieżąco spotykam się z pracownikami aby sprawdzić czy realizacja zleceń przebiega w sposób prawidłowy i czy wyrabiamy się w ustalonych terminach, co jest bardzo ważne. Rozmawiamy również o standardach wykonywanych przez nas usług, wprowadzamy je w życie i dbamy o wysoką ich jakość. Informuję również, że zostały zakupione 2 Harwestery i 1 Forwarder. Wszystkie maszyny są sprawne, kalibrowane i na bieżąco naprawiane. Wszystkie maszyny mają aktualne przeglądy UDT. Nastąpiła również zmiana operatorów Harwesterów, ponieważ wcześniejsi się nie sprawdzili. Dlatego zaszła potrzeba na zatrudnienie pracowników bardziej doświadczonych i wykwalifikowanych, posiadających uprawnienia UDT. (...)”.

W dniu 14 lutego 2023 r. Zamawiający przekazał Przystępującemu datowane na ten sam dzień pismo o treści „Nadleśnictwo Nidzica w trybie art. 128 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) żąda udzielenia wyjaśnień w zakresie niewskazania w JEDZ okoliczności związanych z nałożeniem kar umownych przez nadleśnictwa: Wipsowo i Przasnysz, o których to zamawiający powziął wiedzę.”.

W dniu 17 lutego 2023 r. Przystępujący przekazał Zamawiającemu pismo o treści „WYJAŚNIENIE składane na podstawie art. 110 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych dotyczy: oświadczenia zawartego w JEDZ złożonym w postępowaniu na wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej, składane na podstawie art. 110 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity z 2022 roku Dz.U. z 2022r. Poz. 1710 z p.zm 1. W związku z udziałem w Postępowaniu firmy G. J. Zakład Usług Leśnych (dalej: „Wykonawca”), składam wyjaśnienia

dot. oświadczenia w zawartego w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia (dalej: „JEDZ”), w zakresie dotyczącym potwierdzenia braku podstaw wykluczenia w oparciu o przesłankę, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity z 2022 roku Dz.U. z 2022r. Poz. 1710 z p.zm., dalej: „ustawa Pzp”), Część III Podstawy wykluczenia, C: Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi. Istotnym jest fakt, iż Wykonawca stosowną informację wskazał w JEDZ, natomiast ze względu na ograniczenie miejsca w formularzu nie miał możliwości szczegółowo opisać procedur realizowanych na podstawie art. 110 ust. 2 ustawy Pzp. 2. Wykonawca wskazuje, że w trakcie realizacji usług w zakresie umowy pn. „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Spychowo w latach 2021-22” doszło do odstąpienia od umowy. Umowa realizowana była przez Konsorcjum SOSNA w składzie którego również występowała firma G. J. Zakład Usług Leśnych 3. W pierwszej kolejności należy podkreślić, iż wykonywane przez Konsorcjum SOSNA świadczenie umowne realizowane było z należytą starannością. Wykonawca zgodnie z wymogami par. 5 umowy zobowiązał się do wykonania usługi z najwyższą starannością i zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie wymaganiami i zasadami wynikającymi z obowiązujących przepisów i unormowań oraz postanowień Umowy, w tym zawartych w SIWZ. Istotnym jest w szczególności fakt, iż na dzień 31 października 2021 roku wszystkie zlecenia były wykonane (choć ze względu na niezawinione po stronie wykonawcy okoliczności z opóźnieniem terminu). Konsorcjum SOSNA poprzez upoważnionego do kontaktu z Nadleśnictwem p. G. J. (koordynatora prac) wielokrotnie informowało, o zdarzeniach losowych które wpływały na opóźnienia. 4. Konsorcjum wskazywało na awarię sprzętów (Harwester JOHN DEERE 1270, przyczepa samoładownicza BMS8 rok produkcji 2021, 2 maszyny Palms 10 (chwytał pękła rama). Koordynator prac p. Jarząbek informował również, iż konsorcjum stara się z jednej strony o jak najszybsze naprawy sprzętu, z drugiej strony analizowano jak możliwym byłoby zapewnienie maszyn zastępczych. Istotnym jest przede wszystkim powszechnie znany fakt na rynku polskim – olbrzymie problemy zarówno z produkcją nowych maszyn, jak i naprawami maszyn będących już w posiadaniu firm, bowiem ze względu na sytuację będącą następstwem okoliczności siły wyższej powodowanej epidemią choroby koronawirusa (SARS-CoV-2) – serwisy znacząco wydłużyły czas naprawy ze względu na brak na rynku europejskim części. Informacje o problemach technicznych przekazywane były – zgodnie z przyjętą praktyką w formie telefonicznej oraz osobistych rozmów p. Nadleśniczemu K. K., Zastępcy Nadleśniczego p. M. L., inżynierowi nadzoru K. B., leśniczemu leśnictw Faryny p. M. K., podleśniczemu p. W. D.. Konsorcjum przekazywało owe informacje do Nadleśnictwa przez kierowników W. M. i A. K.. Dodatkowym problemem z jakim zmierzyło się

Konsorcjum SOSNA była spora liczba pracowników którzy zachorowali na Covid-19 oraz pracownicy którzy zgodnie z

obowiązującymi przepisami zostali skierowani na kwarantannę, bądź izolację domową w związku z bezpośrednim kontaktem z osobami zarażonymi koronawirusem. Powyższa sytuacja, w szczególności powodowana sytuacją pandemiczną wywołaną Covid-19 bezspornie miała znaczący wpływ na terminowość wykonywania zleceń. Całkowicie pomijana jest również podstawa zaistniałej sytuacji która jest z jednej strony skutkiem awarii maszyn oraz zachorowaniem pracowników (siła wyższa) - zdarzeniami niewątpliwie o charakterze losowym, z drugiej zaś sytuacja w której dotychczasowy okres realizacji umowy cechowały bardzo nie równomierne, nawet drastyczne różnice w wielkości zleceń. 5. Wykonawca zwraca również uwagę, iż Nadleśnictwo zleciło do wykonania również zakres prac dodatkowych - ponad 7000 metrów drewna pokłeskowego (wywroty, złamy). Również ten zakres zlecenia został należycie wykonany przez Konsorcjum. Podkreślić należy, iż Wykonawca ponosić może odpowiedzialność kontraktową jedynie w sytuacji działania zawinionego, za które nie sposób uznać sytuację w której Wykonawca zgodnie z postanowieniami umowy informuje Zamawiającego o wszelkich znanych mu okolicznościach uniemożliwiających lub utrudniających wykonanie zlecenia, w szczególności w przypadku zaistnienia niesprzyjających warunków atmosferycznych. Jednocześnie umowa stanowczo zabrania Wykonawcy realizowania świadczenia umownego z udziałem osób innych niż zgłoszone Zamawiającemu, określając procedurę zmiany personelu oraz bezwzględną odpowiedzialność Wykonawcy w przypadku dopuszczenia do realizacji usługi osób innych niż wcześniej zgłoszone. Zakres rzeczowy prac, wielkość zlecanego do wykonania asortymentu, znaczna ilość przekazanych zleceń w jednym czasie w tym krótkie terminy na ich realizację częstokroć przekraczające normy czasu pracy przewidywane harmonogramem pracy dla wymaganej liczby pracowników w terminach oznaczonych przez Nadleśnictwo. Niestety Nadleśnictwo, które po 10 miesiącach rzetelnej pracy, mimo faktu utrudnionego wykonywania prac powodowanych przez sytuację epidemiczną na terenie kraju, poinformowało Konsorcjum SOSNA w połowie miesiąca o fakcie odstąpienia od umowy (nie wyznaczając czasu który umożliwiłby wykonanie bieżących zleceń z miesiąca listopada) nie analizując podstaw które doprowadziły do opóźnień – co istotne nie zawinionych przez wszystkich konsorcjantów. Istotnym jest również fakt, iż prace mojej firmy zostały ocenione jako należyte, na co wskazuje jednoznacznie pismo przywołane w treści wezwania Zamawiającego. 6. W zakresie prac realizowanych na rzecz Nadleśnictwa Wipsowo, Wykonawca wskazuje, że w czasie realizacji umowy z zakresu gospodarki leśnej której doszło do sytuacji zwłoki w jej wykonaniu, skutkującej zleceniem wykonania zastępczego i tym samym naliczenia kar umownych jest umowy. W trakcie realizacji usługi skutek niesprzyjającej sytuacji atmosferycznej doszło do opóźnienia w realizacji usługi pn. „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Wipsowo w roku 2021”. Istotnym jest, iż wszelkie utrudnienia związane z realizacją usługi były skutkiem

wysokie niesprzyjających warunków sytuacji pogodowej. Prace zostały wstrzymane wskutek bardzo złych warunków atmosferycznych panujących w trakcie wykonywanych prac. W trakcie realizowanych usług wystąpiły bardzo obfite opady śniegu (pokrywa śnieżna sięgała nawet 0,5 metra), zawiewający śnieg tworzył zasypy na pniach drzew i utrudniał rozpoznanie granic. W trakcie realizacji usługi wielokrotnie informowałem, zarówno ustnie, jak i pisemnie (informacje pisemne z dnia 4 lutego, 11 lutego, 19 lutego) Nadleśnictwo o sytuacji i niemożności realizacji usługi w tak trudnych warunkach (stałe opady śniegu, ziemia bardzo nasączona wodą), zwracałem się z prośbą o przesunięcie terminu, bądź też wskazanie powierzchni zastępczej. Wszelkie próby realizacji usługi – zarówno metodyką wskazaną w umowie, jak i maszyno nie przynosiły skutku. Wprowadzone na powierzchnię maszyny zapadały się w wodzie, błocie powodując sytuację w której praca nie tylko była niemożliwa, ale wręcz powodowałaby zagrożenie dla wykonujących ją pracowników. Mimo faktu, iż wskazywano na ochronę pracowników (wynikających z rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 26 września 1997 r. w sprawie ogólnych przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy (tekst jedn.: Dz. U. z 2003 r. Nr 169, poz. 1650 z późn. zm.) oraz „Instrukcją bezpieczeństwa i higieny pracy przy wykonywaniu podstawowych prac z zakresu gospodarki leśnej” – wprowadzoną zarządzeniem Nr 36 Dyrektora Generalnego Lasów Państwowych z dnia 20 kwietnia 2012 r.) Nadleśnictwo nie wzięło tego pod uwagę. Niestety nadleśnictwo podjęło decyzję o zleceniu wykonania zastępczego i pismem z 16 marca 2021r. poinformowało o zleceniu zastępczym. 7. W zakresie prac realizowanych na rzecz Nadleśnictwa Przasnysz, Wykonawca wskazuje, że w czasie realizacji umowy z zakresu gospodarki leśnej której doszło do sytuacji zwłoki w jej wykonaniu, skutkującej zleceniem wykonania zastępczego i tym samym naliczenia kar umownych jest umowy. W zakresie prac faktycznie doszło do opóźnień, jednakże zakres tych prac był niewielki w skali całości realizowanej umowy. ZUL G. J. w trakcie realizacji usługi napotkał problemy związane ze niesprzyającą sytuacją atmosferyczną oraz problemy ze sporą liczbą pracowników którzy zachorowali na Covid - 19 oraz pracowników którzy zgodnie z obowiązującymi przepisami zostali skierowani na kwarantannę, bądź izolację domową w związku z bezpośrednim kontaktem z osobami zarażonymi koronawirusem. Powyższa sytuacja, w szczególności powodowana sytuacją pandemiczną wywołaną Covid - 19 bezspornie miała znaczący wpływ na terminowość wykonywania zleceń. Jednocześnie pragniemy zauważyć, iż opóźnienia dotyczyły niewielkich ilościowo i wartościowo prac. W trakcie realizacji usługi skutek niesprzyjającej sytuacji atmosferycznej doszło do opóźnienia w realizacji usługi pn. Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Przasnysz w układzie zadaniowym. I tak w zakresie zadania nr 2 (pakiet nr 2) Duczymin w ramach umowy o wartości 377.015,20 zł brutto naliczono łącznie kary w wysokości 981,20, w zakresie zadania nr 3 (pakiet nr 3) Grabowo w ramach umowy o wartości 317.623,90 zł brutto

naliczono łącznie kary w wysokości 2096,28- zł brutto, zaś w zakresie zadania nr 4 (pakiet nr 4) Dzierzgowo w ramach umowy o wartości 470.155,86 zł brutto naliczono łącznie kary w wysokości 33.665,68 zł. Przy czym w zakresie wysokości kary nadal prowadzone jest postępowanie wyjaśniające dotyczące jej wysokości. 8. W pierwszej kolejności Wykonawca podkreśla, iż w zakresie przesłanki wskazanej w art. 109 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp, dotyczyła ona wykluczenia Konsorcjum firm składających ofertę wspólnie z moją firmą (G. J. Zakład Usług Leśnych) 9. Wykonawca wskazuje, iż odpowiedź „TAK” na pytanie zawarte w Części III (lit. C) JEDZ tj. „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsze umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nawożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?” została udzielona przez Wykonawcę z uwagi na literalne brzmienie pytania zawartego w JEDZ, które wskazuje na szerszy krąg sytuacji niż te,

które stanowiłyby przesłankę wykluczenia w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp. Pytanie zawarte w JEDZ dotyczy bowiem wszelkich umów o zamówienie publiczne zawartych z podmiotami, które posiadają status zamawiającego, które zostały rozwiązane przed czasem lub w ramach których nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową, abstrahując od podstawy prawnej i przyczyn rozwiązania umowy oraz przesłanek, które muszą zostać spełnione aby można było uznać, że wykonawca podlega wykluczeniu. Istotnym jest fakt, iż ze względu na ograniczenia techniczne formularza JEDZ została w nim zawarta ogólna informacja dotycząca przesłanek wykluczenia wraz z informacją o wdrożeniu procedury samooczyszczania. 10. W celu zachowania pełnej przejrzystości, Wykonawca wyjaśnia, iż znajdował się w sytuacji, w której odstąpiono od realizacji wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia, w związku z czym zaznaczył odpowiedź „TAK” na ww. pytanie. Niemniej jednak, w ocenie Wykonawcy, sytuacja ta nie może stanowić podstawy wykluczenia Wykonawcy z Postępowaniu w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp, z uwagi na brak wypełnienia wszystkich przesłanek wskazanych w przywołanym przepisie, jak również ze względu na fakt wdrożenia procedur samooczyszczania Wykonawcy (obu firm). 11. Należy podkreślić, że badanie istnienia fakultatywnych podstaw wykluczenia, takich jak przesłanki zawarta w art. 109 ust. 1 pkt 7 lub pkt. 5 ustawy Pzp (w zakresie tzw. „negatywnego doświadczenia”) również podlegają zasadom określonym w art. 16 ustawy Pzp, przede wszystkim zaś podlegają zasadzie proporcjonalności. Na taką powinność wskazał m.in. w swojej opinii z dnia 30 czerwca 2016 r. Rzecznik Generalny M. C. S-B. w sprawie C-171/15 Connexion Taxi Services By. Rzecznik Generalny stwierdził, że „fakultatywne podstawy wykluczenia nie funkcjonują w próżni, lecz w z góry, określonych ramach prawnych, których muszą się trzymać (...) Jedną z nich jest, aby zachowania były oceniane z perspektywy proporcjonalności, gdy chodzi o

wykroczenia popełniane przez oferentów” (pkt 47). Prawdą jest, że Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej uznał, że pojęcie „wykroczenia zawodowego” obejmuje każde zawinione zachowanie, które ma wpływ na wiarygodność zawodową danego podmiotu. Jednakże Trybunał nie twierdzi, że każde zawinione zachowanie, które ma wpływ na wiarygodność zawodową danego podmiotu ma charakter poważnego wykroczenia zawodowego — Trybunał nie dokonuje takiej oceny, ograniczając się jedynie do ustalenia zakresu definicyjnego, a nie zindywidualizowanej analizy konkretnych zawinień danego konkretnego wykonawcy. Wynika to wprost z przytoczonego przez Odwołującego wyroku Trybunału z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 Forposta, gdzie Trybunał wskazuje, że co prawda niewykonanie zobowiązań umownych przez wykonawcę można co do zasady uznać za wykroczenie zawodowe, lecz jakiegokolwiek nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części może ewentualnie wskazać niższe kompetencje zawodowe danego wykonawcy, lecz nie jest automatycznie równoważne z poważnym wykroczeniem zawodowym (pkt 29-30). W konsekwencji oczywiście istnieje uprawnienie Zamawiającego do oceny wysokości kar nakładanych na Wykonawcę, w celu oceny zaistnienia przesłanek uregulowanych w art. 109 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp. Jednakże bezsprzecznie nie możliwym jest zakwalifikowanie opisywanej sytuacji jako poważnego wykroczenia zawodowego, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp. 12. Podsumowując, celem przepisu art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jest umożliwienie instytucjom zamawiającym eliminacji z rynku zamówień publicznych wykonawców, którzy - mówiąc wprost - nie są uczciwi. Nie oznacza to jednak, że naliczenie kar umownych przez zamawiającego stanowi automatycznie przesłankę do wykluczenia danego wykonawcy przez innego zamawiającego w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Bowiem, jak słusznie zauważa Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie C-376/08 Serrantoni zgodnie z zasadą proporcjonalności środki podejmowane przez państwo, nie mogą wykroczać poza to, co jest niezbędne do osiągnięcia celu (w przedmiotowej sprawie - celu przepisu art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp). Trybunał wskazał, że wykluczanie wykonawców z postępowania nie może polegać na automatyzmie - a więc każdą sytuację należy oceniać indywidualnie, bez jakiegokolwiek dyskryminacji Wykonawcy. 13. Już w tym miejscu podkreślić należy, że trudności, z którymi Wykonawca zetknął się w toku wykonywania omówionego poniżej zamówienia miały, jak zostało wskazane w niniejszym piśmie, charakter ekstreordynaryjny i niezawiniony przez Wykonawcę i jako takie nie mogą być wyznacznikiem uczciwości Wykonawcy oraz jego zdolności do podołania innym zamówieniom publicznym. Wykonawca wskazuje, że w toku realizacji omawianego zamówienia postępował w sposób odpowiadający wzorcowi należytej staranności, a jego działania nakierowane były konsekwentnie na zapobiegnięcie zaistniałym problemom oraz zminimalizowanie ich skutków. Jak zostało wykazane, wyciąganie w

stosunku do Wykonawcy negatywnych konsekwencji z uwagi na niezawinione i nieleżące po jego stronie okoliczności (a takie stały za trudnościami w realizacji omawianego zamówienia) jest całkowicie nieuzasadnione. Wykonawca w toku swojej biznesowej działalności, realizując liczne usługi z zakresu tożsamego z przedmiotem Postępowania, kieruje się wysokimi standardami popartymi wiedzą, doświadczeniem oraz szerokim wachlarzem możliwości technicznoorganizacyjnych. Przekłada się to na sukcesy w postaci realizacji tychże usług w sposób satysfakcjonujący obie strony umowy. Co więcej, Wykonawca przedstawi dowody na to, że Wykonawca podjął i w dalszym ciągu podejmuje działania zwiększające jego rzetelność (self-cleaning) jako przyszłego wykonawcę w ramach zamówień publicznych. I INFORMACJE DOTYCZĄCE UMOWY 14. Zgodnie z Umową zawartą z Nadleśnictwem Spychowo dotyczącą wykonywania usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Spychowo, Wykonawca realizować miał zlecane usługi w terminach określonych w zleceniu. W zakresie realizowanych usług przez konsorcjantów wystąpiła zwłoka w wykonaniu zleceń, skutkiem której Nadleśnictwo Spychowo doszło do odstąpienia od umowy. Istotnym jest fakt, iż sytuacja ta została spowodowana działaniami konsorcjantów, którzy żadnych prac w trakcie realizacji umowy nie wykonywali. Stan faktyczny pozwala stwierdzić, iż tylko firma G. J. ZUL 13-100 Nidzica ul.1 Maja 17A/4 realizowała należycie umowę. Dowód nr 1 – referencje z Nadleśnictwa Spychowo Dowód nr 3 – pisma z Nadleśnictwa Spychowo 15. W pierwszej kolejności należy podkreślić, iż wykonywane przez Konsorcjum SOSNA świadczenie umowne realizowane było z należytą starannością. Konsorcjum SOSNA zgodnie z wymogami par. 5 umowy zobowiązało się do wykonania usługi z najwyższą starannością i zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie wymaganiami i zasadami wynikającymi z obowiązujących przepisów i unormowań oraz postanowień Umowy, w tym zawartych w SIWZ. Istotnym jest w szczególności fakt, iż na dzień 31 października 2021 roku wszystkie zlecenia były wykonane (choć ze względu na niezawinione po stronie wykonawcy okoliczności z opóźnieniem terminu). 16. Konsorcjum SOSNA poprzez upoważnionego do kontaktu z Nadleśnictwem p. G. J. (koordynatora prac) wielokrotnie informowało, o zdarzeniach losowych które wpływały na opóźnienia. Konsorcjum wskazywało na awarię sprzętowe (Harvester JOHN DEERE 1270,

przyczepa samozaładowcza BMS8 rok prod. 2021, 2 maszyny Palms 10 (chwytnak pękła rama). Koordynator prac p. Jarząbek informował również, iż konsorcjum stara się z jednej strony o jak najszybsze naprawy sprzętu, z drugiej strony analizowano jak możliwym byłoby zapewnienie maszyn zastępczych. Istotnym jest przede wszystkim powszechnie znany fakt na rynku polskim – olbrzymie problemy zarówno z produkcją nowych maszyn, jak i naprawami maszyn będących już w posiadaniu firm, bowiem ze względu na sytuację będącą następstwem okoliczności siły wyższej powodowanej epidemią choroby koronawirusa (SARS-CoV-2) – serwisy znacząco wydłużyły czas naprawy ze względu na brak na rynku

Europejskim części. Informacje o problemach technicznych przekazywane były – zgodnie z przyjętą praktyką w formie telefonicznej oraz osobistych rozmów p. Nadleśniczemu K. K., Zastępcy Nadleśniczego p. M. L., inżynierowi nadzoru K. B., leśniczemu leśnictwa Faryny p. M. K., podleśniczemu p. W. D.. Konsorcjum przekazywało owe informacje do Nadleśnictwa przez kierowników W. M. i A. K.. Dodatkowym problemem z jakim zmierzyło się Konsorcjum SOSNA była spora liczba pracowników którzy zachorowali na Covid-19 oraz pracownicy którzy zgodnie z obowiązującymi przepisami zostali skierowani na kwarantannę, bądź izolację domową w związku z bezpośrednim kontaktem z osobami zarażonymi koronawirusem. Powyższa sytuacja, w szczególności powodowana sytuacją pandemiczną wywołaną Covid-19 bezspornie miała znaczący wpływ na terminowość wykonywania zleceń. Całkowicie pomijana jest również podstawa zaistniałej sytuacji która jest z jednej strony skutkiem awarii maszyn oraz zachorowaniem pracowników (siła wyższa) - zdarzeniami niewątpliwie o charakterze losowym, z drugiej zaś sytuacja w której dotychczasowy okres realizacji umowy cechowały bardzo nie równomierne, nawet drastyczne różnice w wielkości zleceń. Wykonawca Konsorcjum SOSNA zwraca również uwagę, iż Nadleśnictwo zleciło do wykonania również zakres prac dodatkowych - ponad 7000 metrów drewna pokłeskowego (wywroty, złomy). Również ten zakres zlecenia został należycie wykonany przez Konsorcjum. Podkreślić należy, iż Wykonawca ponosić może odpowiedzialność kontraktową jedynie w sytuacji działania zawinionego, za które nie sposób uznać sytuację w której Wykonawca zgodnie z postanowieniami umowy informuje Zamawiającego o wszelkich znanych mu okolicznościach uniemożliwiających lub utrudniających wykonanie zlecenia, w szczególności w przypadku zaistnienia niesprzyjających warunków atmosferycznych. Jednocześnie umowa stanowczo zabrania Wykonawcy realizowania świadczenia umownego z udziałem osób innych niż zgłoszone Zamawiającemu, określając procedurę zmiany personelu oraz bezwzględną odpowiedzialność Wykonawcy w przypadku dopuszczenia do realizacji usługi osób innych niż wcześniej zgłoszone. Zakres rzeczowy prac, wielkość zlecanego do wykonania asortymentu, znaczna ilość przekazanych zleceń w jednym czasie w tym krótkie terminy na ich realizację częstokroć przekraczające normy czasu pracy przewidywane harmonogramem pracy dla wymaganej liczby pracowników w terminach oznaczonych przez Nadleśnictwo. Niestety Nadleśnictwo, które po 10 miesiącach rzetelnej pracy, mimo faktu utrudnionego wykonywania prac powodowanych przez sytuację epidemiczną na terenie kraju, poinformowało Konsorcjum SOSNA w połowie miesiąca o fakcie odstąpienia od umowy (nie wyznaczając czasu który umożliwiłby wykonanie bieżących zleceń z miesiąca listopada) nie analizując podstaw które doprowadziły do opóźnień – co istotne nie zawinionych przez firmę ZUL G. J., która jako jedyna rzetelnie wykonywała zobowiązania umowne. 17. Tak jak zostało wskazane powyżej, G. J. bezwzględnie podjął działania mające na celu wdrożenie procedur naprawczych, zmianę organizacji prac

gwarantujących rzetelne i należyte wykonanie całości zlecanych usług. Przede wszystkim zagwarantowano we współpracy z Nadleśnictwem Spychowo organizację prac w taki sposób aby wszelkie prace co do których przekroczono terminy zostały wykonane należycie i w jak najkrótszym terminie. 18. W ocenie Wykonawcy przyczyny te nie były ani zależne ani tym bardziej zawinione przez Wykonawcę. W konsekwencji, w ocenie Wykonawcy okoliczności związane z realizacją Umowy nie mogą stanowić podstawy do zastosowania fakultatywnych przesłanek wykluczenia wobec Wykonawcy. 19. Dokonując wykładni art. 109 ust. 1 pkt 5) oraz 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp (dawny art. 24 ust. 5 pkt 2) oraz pkt 4) ustawy PZP) należy uwzględnić cel tych przepisów. Jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 9 lutego 2016 r. (sygn. akt KIO 116/18), priorytetem dla omawianych regulacji jest: „Wylimitowanie z postępowania wykonawców niewiarygodnych, którzy przy wykonywaniu wcześniejszych zamówień tak dalece uchylili swoim obowiązkom, że dalsza współpraca z nimi naraża zamawiającego na istotne ryzyko. Nie może on być natomiast stosowany do pozbawienia możliwości uzyskania zamówienia wykonawców, co do których w toku realizacji umowy zachodziły jakiegokolwiek zastrzeżenia, niezależnie od ich rodzaju i skali”. Zamawiający powinien mieć zatem na uwadze, że ocena zaistniałych trudności w toku realizacji innych usług zawsze powinna być dokonywana w kontekście wpływu okoliczności zaistniałych w toku tych usług na rzetelność danego wykonawcy. 20. W tym miejscu Wykonawca podkreśla, że zgodnie z treścią art. 109 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp „z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w zawiniony sposób poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależyte wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów”. Zgodnie z dyspozycją tego przepisu niezbędne jest kumulatywne wykazanie następujących przesłanek: a. zawinione naruszenie; b. poważne naruszenie obowiązków zawodowych; c. podważenie uczciwości wykonawcy; d. w szczególności zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo; e. w szczególności niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia; f. możliwość wykazania powyższego przez zamawiającego za pomocą stosowanych dowodów. 21. Oceniając zaistnienie przywołanych przesłanek zamawiający winien niezmiennie mieć na uwadze, że samo wystąpienie okoliczności skutkujących niewykonaniem zamówienia nie przesądza o konieczności zastosowania przesłanki wykluczenia z postępowania. Jak wskazuje KIO w wyroku z dnia 21 marca 2018 r. (sygn. akt KIO 422/18): „W świetle dyspozycji art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp [obecnie art. 109 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp - dopisek Wykonawcy]- za wyrokiem SO Krakowie z 23.06.2017 r., sygn. akt: XII Ga 219/17 - nienależytego wykonania zobowiązania nie można automatycznie traktować jako przesłanki wykluczenia, koniecznym pozostaje wykazanie, że jest ono skutkiem zawinionego działania wykonawcy, w szczególności zamierzonego

działania lub rażącego niedbalstwa oraz, że ma charakter poważnego naruszenia. W konsekwencji, to na Zamawiającym spoczywał ciężar udowodnienia, że niewykonanie umowy w terminie winno zostać zakwalifikowane, jako poważne i zawinione naruszenie obowiązków zawodowych przez wykonawcę, przy czym niewystarczające jest wykazanie, że doszło do naruszenia więzi obligacyjnej, koniecznym pozostaje wykazanie kwalifikowanej postaci tego naruszenia. 22.

Należy również zauważyć, że jako egzemplifikację „naruszeń obowiązków zawodowych”, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, ustawodawca wskazuje niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia. Na szczególną uwagę zasługuje jednak, że w przypadku tego typu zdarzeń niezbędne jest aby zachowanie wykonawcy odbywało się w warunkach zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Oznacza to, że w przypadku gdy naruszenie obowiązków zawodowych sprowadza się ma właśnie do niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia, przyczyną wykluczenia wykonawcy powinno być nie jakiekolwiek zawinienie (zaistniałe w wyniku lekkomyślności lub zwykłego niedbalstwa). Nie może być nią również okoliczność o charakterze zewnętrznym. Chodzi o takie zawinienie, któremu przypisać można zamierzony charakter (a więc winę umyślną) lub niedbalstwo w stopniu rażącym. 23. Rażące niedbalstwo to postać winy nieumyślnej, z którą mamy do czynienia w sytuacji, gdy dojdzie do znacznego odchylenia od wzorca należytej staranności, a w konsekwencji stopień naganności postępowania dłużnika będzie szczególnie wysoki, gdyż drastycznie i poważnie odbiega od modelu należytego zachowania się wykonawcy. Rażące niedbalstwo to niezachowanie elementarnych zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji (por. komentarz do ustawy Prawo zamówień publicznych pod redakcją J. E. Nowickiego, LEX 2018). 24. Dążąc do wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, instytucja zamawiająca musi być w stanie wykazać (za pomocą stosownych środków dowodowych) kumulatywne spełnienia (wszystkich) przesłanek omawianego przepisu. Wykonawca stanowczo zaprzecza, że w jego przypadku zmaterializowały się przesłanki, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, co zostało szczegółowo wykazane w dalszej części niniejszego pisma. 25. W dalszej kolejności Wykonawca zwraca uwagę, iż zgodnie z treścią art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 4 pkt 1-4 ustawy Pzp, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. Aby jednak dopuszczalne było wykluczenie wykonawcy z postępowania na tej podstawie wszystkie określone w art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp przesłanki muszą zaistnieć łącznie. Przesłankami tymi są: a. niewykonanie lub nienależyte wykonanie wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy

koncesji, zawartej z zamawiającym, o którym mowa w art. 4 pkt 1-4) b. które nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, c. istotny stopień niewykonania lub nienależytego wykonania tej umowy, d. a także będące tego skutkiem rozwiązanie umowy lub zasądzenie odszkodowania. 26. Stosując art. 109 ust. 1 pkt 5) i pkt 7) ustawy Pzp należy mieć na uwadze, iż przepisy te stanowią implementację do polskiego porządku prawnego art. 57 ust. 4 lit. c oraz g Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE („Dyrektywa 2014/24/UE”), w którym wskazano, że instytucja zamawiająca może wykluczyć wykonawcę, jeżeli instytucja zamawiająca może wykazać za pomocą stosownych środków, że wykonawca jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, które podaje w wątpliwość jego uczciwość lub wykonawca wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym lub wcześniejszą umowę w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji. 27. W tym kontekście cenne są wskazówki przedstawione w preambule do Dyrektywy 2014/24/UE (motyw 101), gdzie wyjaśniono, iż instytucje zamawiające powinny mieć możliwość wykluczenia tych oferentów, którzy przy wykonywaniu wcześniejszych zamówień publicznych wykazali poważne braki w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów, jak również zaznaczono, że drobne nieprawidłowości mogą prowadzić do wykluczenia wykonawcy jedynie w wyjątkowych okolicznościach. Wskazano także, że stosując fakultatywne podstawy wykluczenia, instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności. 28. Co istotne, z treści art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp wynika jednoznacznie, że wykluczenie wykonawcy z postępowania na ww. podstawie jest dopuszczalne jedynie w przypadku kumulatywnego spełnienia wszystkich określonych w tym przepisie przesłanek, a przesłanki te nie mogą być rozumiane dowolnie. Co więcej, stosując fakultatywne przesłanki wykluczenia (a więc zarówno tę z art. 109 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, jak i art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp wobec wykonawcy, zamawiający winien mieć zawsze na względzie zasadę proporcjonalności wyrażoną zarówno w art. 16 pkt 3) ustawy Pzp, jak również w art. 18 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE, co oznacza że przed zastosowaniem sankcji jaką jest wykluczenie z postępowania na podstawie fakultatywnych przesłanek wykluczenia (art. 109 ustawy Pzp) winna zawsze poprzedzać analiza, czy taka sankcja będzie proporcjonalna w stosunku do rodzaju naruszenia lub uchybienia, którego dopuścił się wykonawca, z uwzględnieniem całokształtu okoliczności danej sprawy, zachowania oraz skali działalności prowadzonej przez danego wykonawcę. Okoliczność jak ważna jest zasada proporcjonalności przy stosowaniu fakultatywnych przesłanek wykluczenia została podkreślona poprzez dodanie do obecnej ustawy Pzp art. 109 ust. 3. W przepisie tym, który nie znajduje odpowiednika w

poprzedniej ustawie Prawo zamówień publicznych, przewidziano uprawnienie zamawiającego do tego, by jednak nie wykluczał wykonawcy za którekolwiek z powyższych naruszeń, o ile takie wykluczenie „byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne”. Przy czym, art. 109 ust. 3 ustawy Pzp wskazuje przykładowe zdarzenia, które czyniłyby wykluczenie wykonawcy z postępowania nieproporcjonalnym, a mianowicie to, gdy kwota zaległych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne jest niewielka, albo gdy sytuacja ekonomiczna lub finansowa wykonawcy jest wystarczająca do wykonania zamówienia (w odniesieniu do przesłanki czwartej). 29. Przepis posługuje się klauzulą generalną, której granice w niektórych przypadkach mogą być trudne do uchwycenia i standaryzacji. Już ustalenie samej nieproporcjonalności jest trudne, a ocenę może komplikować to, by ta nieproporcjonalność miała także charakter „oczywisty”. W zakresie „oczywistości” można posilkować się bogatym dorobkiem Krajowej Izby Odwoławczej, odnoszącym się do innej instytucji: poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej. Na przykład w wyroku KIO z dnia 19 stycznia 2017 r., sygn. KIO 22/17, Izba stwierdziła, że w pojęciu oczywistych omyłek pisarskich mieszczą się jedynie tego rodzaju niedokładności, które „widoczne są dla każdego, bez przeprowadzania jakiegokolwiek dodatkowej analizy”. Można założyć, że od 1 stycznia 2021 roku nieproporcjonalność przy wykluczeniu wykonawcy nie będzie widoczna dla każdego – prawdopodobnie w większości przypadków nie dostrzegają jej konkurenci. Jednakże okoliczność, iż ocena Zamawiającego może być kwestionowana w drodze korzystania ze środków ochrony prawnej nie zwalnia

Zamawiającego z obowiązku szczegółowej analizy przypadku przez pryzmat dyspozycji art. 109 ust. 3 ustawy Pzp. 30. Pomimo bowiem, iż w art. 109 ust. 3 ustawy Pzp został użyty zwrot „może” przy stosowaniu zasady proporcjonalności, to nie oznacza to pozostawienia Zamawiającemu swobodnego uznania, czy zastosować się do tejże zasady. Ponieważ faktycznie zachodziłaby oczywista nieproporcjonalność w wykluczeniu wykonawcy, to zamawiający nie powinien wykluczać wykonawcy. Ta konkluzja wynika z obowiązku prowadzenia postępowania w sposób proporcjonalny, do czego zamawiający jest zobowiązany na podstawie przywoływanego art. 16 pkt 3 ustawy Pzp. Reguła z art. 109 ust. 3 ustawy Pzp jest natomiast odzwierciedleniem zasady proporcjonalności. 31. Zatem, wykluczając wykonawcę w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp zamawiający nie może opierać się wyłącznie na fakcie, że doszło do odstąpienia od umowy zawartej z wykonawcą. Konieczne jest wykazanie, że do odstąpienia od umowy doszło z mimo faktu, iż na dzień 31 października 2021 roku wszystkie prace były wykonane, tym samym nie sposób mówić o zaistnieniu powodu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Ponadto, konieczne jest wykazanie, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie miało miejsce w istotnym stopniu, co oznacza, że wykonawca albo nie wykonał umowy w ogóle albo wykonał ją nienależycie w stopniu znaczącym lub nienależyte

wykonywanie miało charakter uporczywy. Jak wskazała KIO w wyroku z 21 marca 2018 r. (sygn. akt KIO 422/18): „z przepisów wynika, że wykluczenie Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp [obecnie art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp – dopisek Wykonawcy] jest dopuszczalne jedynie w przypadku zajścia wszystkich określonych w tym przepisie przesłanek łącznie, a ponadto przesłanki te nie mogą być rozumiane dowolnie. Wykluczając Wykonawcę, Zamawiający nie może zatem opierać się wyłącznie na fakcie, że doszło do rozwiązania wcześniejszej umowy zawartej z wykonawcą”. 32. Ponadto, w wyroku z 8 stycznia 2018 r. (sygn. akt KIO 2711/17) KIO stwierdza, że: „niezależnie od wykazania istotności zachowania wykonawcy, zamawiający musi jeszcze wykazać, że wskazane niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w ogóle nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Należy bowiem podkreślić, że powody, dla których wykonawca nie wykonuje lub nienależycie wykonuje umowę mogą wynikać z różnych okoliczności, w tym również okoliczności leżących po stronie zamawiającego, z którym była zawarta wcześniejsza umowa lub okoliczności niezależnych od żadnej ze stron tej umowy”. 33. Z powyższych względów sama okoliczność, iż to zamawiający odstąpił od umowy z przyczyn rzekomo zależnych od wykonawcy nie dowodzi i nie przesądza o tym, że automatycznie zachodzi przesłanka wykluczenia wykonawcy na podstawie przepisu art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp. Nie do zaakceptowania jest bowiem pogląd, iż wystarczającym dowodem nienależytego wykonania umowy w istotnym stopniu, które doprowadziło do jej rozwiązania jest sam fakt naliczenia kar umownych, czy wcześniejszych opóźnień. Takie działania oznaczałoby sprowadzenie przesłanki wykluczenia wyłącznie do negatywnej oceny uprzednio wykonywanej dla zamawiającego umowy i arbitralnej oceny nienależytego wykonania umowy, której przejawem było odstąpienie od umowy, abstrahując od okoliczności faktycznych związanych z realizacją danego zamówienia (problemy które konsorcjum zgłaszało Zamawiającemu). 34. Odnosząc powyższe rozważania prawne do okoliczności związanych z umowami zawartą z Nadleśnictwami Spychowo, Wipsowo, Przasnysz Wykonawca wskazuje, iż znaczenie dla oceny przyczyn zaistniałej sytuacji, a tym samym również zastosowania przesłanki określonej w art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp ma okoliczność, iż Wykonawca podjął szerokie działania prowadzące na należytego wykonania umowy. Przede wszystkim w pełni współpracował z Nadleśnictwami uwzględniając jego wytyczne w trakcie wdrażania procedur naprawczych. 35. Istotnym jest, iż konsorcjum współdziałało przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w celu należytej realizacji zamówienia. Art. 354 § 1 ustawy Kodeks cywilny, który reguluje zasady wykonywania zobowiązań, stanowiąc, że dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje – także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. Jak słusznie podkreślono w wyroku Sądu Najwyższego z

dnia 25 lutego 2015 r., sygn. akt IV CSK 297/14 „Według art. 354 § 2 k.c. przy wykonywaniu zobowiązania powinien z dłużnikiem współdziałać wierzyciel. Każdy z nich obowiązany jest baczyć na uzasadniony interes kontrahenta i nie czynić nic takiego, co by wykonywanie zobowiązania komplikowało, hamowało lub utrudniało. Ten negatywny obowiązek spoczywa na wierzycielu zawsze. Pozytywnego natomiast działania wymagać należy od wierzyciela jedynie w sytuacji, gdy wynika to z właściwości świadczenia lub umowy.” 36. Wykonawca ZUL G. J. podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności zreorganizowali personel. G. J. ustalił zasady organizacji prac oraz doboru konsorcjantów którego skutkiem będzie wyeliminowanie ewentualnych opóźnień w zakresie wykonywanych prac. Przede wszystkim zweryfikowano zasady zawierania współpracy z zewnętrznymi podmiotami, zaprzestano współpracy z nierzetelnymi konsorcjantami oraz wprowadzono dodatkowy personel (zatrudniono nowych pracowników delegowanych do realizacji zamówienia). Wszystkie powyżej wskazane działania oraz przyjęte w roku 2022, 2023 przyczyniły się do zdecydowanego podniesienia jakości świadczonych usług. 37. Bezwzględnie firma ZUL G. J. podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu poprzez zerwanie wszelkich powiązań z podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy, w szczególności firmami z którymi występował w umowie zawartej z Nadleśnictwem Spychowo. 38. Zostały również wdrożone systemy kontroli, oraz utworzone struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów. Stałym nadzorem nad realizowanymi usługami zajmuje się p. G. J.. Nadzór obejmuje stałą kontrolę realizowanych usług w efekcie którego realizacja usług, zarówno w zakresie bieżących zleceń, jak i zleceń które były przedmiotem procedur naprawczych odbywała się z zachowaniem należytej staranności. W szczególności nadzór ten obejmuje harmonogram działań. ZUL G. J. dopasowuje harmonogram prac do wytycznych przekazywanych przez upoważnionych przedstawicieli Zamawiających w ramach realizowanych umów. Wykonawca podkreśla, iż wielokrotnie w trakcie realizowanych zamówień weryfikuje zarówno terminowość i jakość prac z zakresu gospodarki leśnej, w ramach stałych procedur audytowych zwraca się zarówno do firm współpracujących z Wykonawcą, jak i do Zamawiających z wnioskami dotyczącymi harmonogramu prac, wzywa również do zgłaszania ewentualnych sygnałów ostrzegawczych jeszcze na etapie realizacyjnym, tak aby usługi realizowane były terminowo i należyście. II. FAKULTATYWNOSĆ PRZESŁANEK WYKLUCZENIA Z ART. 109 USTAWY PZP 39. Wykonawca zwraca uwagę, iż przesłanki wykluczenia sformułowane art. 109 ustawy Pzp mają charakter fakultatywny. Pod pojęciem fakultatywności należy rozumieć nie tylko brak ustawowego

obowiązku stosowania takich przesłanek w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, ale również

związany z tym obowiązek każdorazowego rozpatrywania sytuacji, która może spełniać warunki opisane w art. 57 ust. 4 Dyrektywy 2014/24/UE (a zatem również art. 109 ustawy Pzp) pod kątem zasady proporcjonalności wyrażonej również w art. 16 pkt 3 ustawy Pzp. 40. Inaczej mówiąc, sam fakt ustalenia, że w danym przypadku doszło do sytuacji opisanej w którejś z przesłanek z art. 109 ustawy Pzp (i art. 57 ust. 4 Dyrektywy 2014/24/UE) nie oznacza automatycznie, że wykonawca podlega wykluczeniu. Nawet zatem stwierdzenie zaistnienia stanu faktycznego nie oznacza, że wykonawca podlega automatycznemu wykluczeniu z postępowania. Może to nastąpić wyłącznie po dokonaniu przez Zamawiającego oceny, czy wykluczenie takie byłoby proporcjonalne w stosunku do całokształtu działalności danego wykonawcy. Obowiązek takiej oceny wynika jednoznacznie z przepisów i orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, a co za tym idzie znajduje zastosowanie do wykładni przepisów ustawy Pzp w tym zakresie. Powyższe wynika również jednoznacznie z motywu 101 preambuły Dyrektywy 2014/24/UE, w którym prawodawca unijny wskazał, że: „stosując fakultatywne podstawy wykluczenia, instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności. Drobne nieprawidłowości powinny jedynie w wyjątkowych okolicznościach prowadzić do wykluczenia wykonawcy. Powtarzające się przypadki drobnych nieprawidłowości mogą jednak wzbudzić wątpliwości co do wiarygodności wykonawcy, co może uzasadniać jego wykluczenie”. 41. Tym samym, każdorazowa decyzja o wykluczeniu powinna zostać poprzedzona oceną tego, czy sankcja ta jest proporcjonalna w stosunku do zachowania wykonawcy i całokształtu jego działalności. W przeciwieństwie do przesłanek obligatoryjnych, gdzie badanie proporcjonalności wykluczenia jest wyjątkiem i zależy od decyzji państwa członkowskiego, w przypadku przesłanek fakultatywnych staje się to zawsze obowiązkiem instytucji zamawiającej. W konsekwencji zasadą jest, że stwierdzenie wystąpienia przesłanki z art. 109 ustawy Pzp wymaga przeprowadzenia konkretnej i zindywidualizowanej oceny postawy danego wykonawcy, a zamawiający ma obowiązek oceny tej sytuacji w kontekście całości działalności wykonawcy i jej wpływu na jego rzetelność (zasada proporcjonalności). 42. Jak wskazuje Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C-41/18, jeżeli instytucja zamawiająca miałaby być automatycznie związana oceną dokonaną przez osobę trzecią, prawdopodobnie trudno byłoby jej przyłożyć szczególną uwagę do zasady proporcjonalności w chwili zastosowania fakultatywnych podstaw wykluczenia. Trybunał przypomina, że jednoznaczna wskazówka w tym zakresie została zawarta w przywołanym wyżej motywie 101 preambuły Dyrektywy 2014/24/UE. W kolejnym orzeczeniu w sprawie C-267/18 Trybunał potwierdził, że to do zamawiającego należy dokonanie własnej oceny zachowania wykonawcy. Jak podkreślił, ocena ta musi być dokonywana z uwzględnieniem zasady proporcjonalności 43. W kontekście niniejszej sprawy konieczne jest wskazanie na dwa aspekty. W pierwszej kolejności chodzi o to, że nawet gdyby uznać że zachowanie

Wykonawcy wypełniało znamiona przesłanki wykluczenia (z czym Wykonawca się nie zgadza), to samo w sobie nie stanowi o możliwości jego wykluczenia z Postępowania. Byłoby ono bowiem w sposób oczywisty nieproporcjonalne, ponieważ nie podważa wiarygodności Wykonawcy. Wykonawca na przestrzeni ostatnich kilku lat realizował i nadal realizuje kilkadziesiąt umów z zakresu gospodarki leśnej o różnej skali i zakresie identycznym lub zbliżonych przedmiotowo do usług będącej przedmiotem w niniejszym Postępowaniu. Usługi te zostały wykonane prawidłowo, co potwierdzają załączone przykładowo referencje. Dowód nr 2: Przykładowe referencje dotyczące usług zrealizowanych przez Wykonawcę 44. Absurdalną byłaby sytuacja, gdyby wykonawca z tak bogatym doświadczeniem wskazującym na jego rzetelność był eliminowany z postępowań przetargowych, tylko i wyłącznie wskutek sytuacji zawinionej przez nierzetelnego konsorcjanta, z którym oczywiście już nigdy więcej współpracować nie będą. Przy czym istotnym jest fakt, iż zgodnie z wymogami obowiązujących przepisów ZUL G. J. przejął realizację zamówienia wskutek solidarnej odpowiedzialności i doprowadził do wdrożenia procedur naprawczych. Jest to tym bardziej istotne, gdy weźmie się pod uwagę, że procedury zamówieniowe mają prowadzić do otwarcia zamówienia na konkurencję, a tym samym pozyskania przez zamawiającego możliwie szerokiego kręgu potencjalnych wykonawców. Oczywiście, chodzi o wykonawców, którzy są rzetelni i posiadają niezbędne doświadczenie. Zupełnie inaczej wypada oceniać rzetelność wykonawcy, który realizował przykładowo 5 usług i w stosunku do 1 z nich występują wątpliwości co do prawidłowości ich wykonania, od tego, który ma ich na koncie kilkadziesiąt lub więcej, i również w zakresie 3 z nich wystąpiły określone problemy. 45. Tym samym, w przypadku wystąpienia fakultatywnej przesłanki wykluczenia (art. 109 ustawy Pzp) ocena sytuacji wykonawcy powinna być dokonana zgodnie z zasadą proporcjonalności. Jak zostało wykazane, podmiot – ZUL G. J., który realizuje z powodzeniem kilkadziesiąt przedsięwzięć pozostaje wiarygodny i rzetelny nawet gdy w przypadku trzech usług można uznać, że wystąpiły określone problemy w trakcie ich realizacji, w szczególności gdy takie problemy nie wynikają z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. III. DOWODY NA PODJĘCIE DZIAŁAŃ MAJĄCYCH NA CELU ZWIEKSZENIE RZETELNOŚCI WYKONAWCY (SELF-CLEANING) 46. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że podjęcie działań, które mają na celu wykazanie rzetelności wykonawcy winien mieć charakter naprawczy. Art. 110 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp wymaga od Wykonawcy naprawienia szkody lub zobowiązania się do naprawienia szkody, jednakże dyspozycja art. 110 ust. 2 ustawy Pzp dotyczy przypadków, w których Wykonawca faktycznie podlega wykluczeniu, zaś wykazywany dokument stanowi raport z samooczyszczenia. Wykonawca traktuje katalog obowiązkowych działań, zawartych w tym przepisie jako wytyczne, które w sposób skuteczny umożliwią Wykonawcy przeprowadzenie reorganizacji, niezbędnej z punktu widzenia zakładanego celu –

zwiększenie efektywności działań Wykonawcy, w szczególności w zakresie komunikacji z zamawiającym (zlecającym). W pierwszej kolejności należy podkreślić, iż Wykonawca wszelkie kary które zostały nałożone przez Zamawiającego zapłacił, jak również doprowadził do naprawienia szkody poprzez należyte wykonanie prac. 47. Działania, które podejmuje Wykonawca w celu wykazania swojej rzetelności wynikają z podwyższania standardów lub doskonalenia procedur funkcjonujących w firmie, nie tylko w celu uniknięcia w przyszłości wystąpienia przypadków naruszenia prawa lub zobowiązań kontraktowych, ale również uniknięcia przypadków, które mogą nosić znamiona takich naruszeń lub mogą chociażby rzucić na wykonawcę cień podejrzenia, że takie naruszenia mogły wystąpić. Takie środki wykonawca podejmuje dla dobra interesu publicznego, jak również w celu dochowania należytej staranności i uniknięcia podobnych sytuacji spornych w przyszłości, a w takim przypadku nie jest tu kluczowe ustalenie tego, czy i do jakiego stopnia wykonawca uznaje zasadność decyzji i czynności podejmowanych przez zamawiającego, który odstąpił od umowy, gdyż

właśnie wykazaniem rzetelności wykonawcy jest podjęcie wszelkich możliwych działań, aby takie sytuacje konfliktowe rozwiązać i unikać ich w przyszłości. Przegląd realizacji umowy, który doprowadzi do określenia prac priorytetowych oraz ustalenia ramowego harmonogramu realizowanych w przyszłości usług z zakresu gospodarki leśnej. 48. Wykonawca dokonał dokładnej analizy (audytu) sytuacji związanych z realizacją i odstąpieniem od umowy oraz podejmuje cały czas działania mające na celu stałe podwyższenie standardów obowiązujących w firmie Wykonawcy, tak aby wykluczyć lub co najmniej zminimalizować ryzyko wystąpienia w przyszłości sytuacji, które mogłyby negatywnie rzutować na przebieg realizacji kontraktów, zarówno tych publicznych jak i prywatnych, relacje z klientami, ale również na renomę i dobre imię Wykonawcy. 49. Jak już wskazano powyżej firma ZUL G. J. podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności zreorganizowali personel. Jak już wspomniano przede wszystkim zaprzestano współpracy z nierzetelnymi konsorcjantami, wprowadzono dodatkowy personel (zatrudniono nowych pracowników). Wszystkie powyżej wskazane działania przyczyniają się do zdecydowanego podniesienia jakości świadczonych usług Dowód nr 4 – zestawienie nowo zatrudnionych pracowników oraz pracowników którym po przeprowadzonym audycie wznowiono umowy 50. Firma ZUL G. J. w ramach reorganizacji personelu (zmiany w strukturze zatrudnienia, szkolenia dla pracowników) który zostali zaznajomieni z wewnętrznymi regulacjami dotyczącymi odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów prawa oraz wewnętrznych standardów dotyczących jakości wykonywanych usług, zostały przeprowadzone przeglądy posiadanego parku maszynowego, nawiązano współpracę ze nowymi dostawcami części zamiennych. Dokonano przeglądu wewnętrznych regulacji dotyczącymi odpowiedzialności i odszkodowań

za nieprzestrzeganie przepisów prawa oraz wewnętrznych standardów dotyczących jakości wykonywanych usług, jak również zorganizowano wewnętrzne szkolenie dla wszystkich pracowników, w trakcie którego zostały przedstawione standardy wykonywanych usług. 51. W ramach prowadzonych działań audytu wewnętrzne do monitorowania przestrzegania przepisów uwzględniono konieczność realizacji usług z zakresu gospodarki leśnej zgodnie z obowiązującymi standardami odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia, które zostały określone w Decyzji nr 19 Dyrektora Generalnego Lasów Państwowych z dnia 17 marca 2021 r. w sprawie wprowadzenia do stosowania „Opisu standardu technologii wykonawstwa prac leśnych” w jednostkach organizacyjnych Lasów Państwowych oraz decyzjach poszczególnych Dyrektorów Regionalnych Dyrekcji Lasów Państwowych w sprawie wprowadzenia Regionalnego Opisu Standardu Technologii Wykonawstwa Prac Leśnych. Dowód nr 5 – oświadczenie o przeprowadzeniu szkoleń wewnętrznych dla pracowników 52. Bez względu na firmę podjęła konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu poprzez określenie zasad weryfikacji firm leśnych z którymi nawiązywana będzie w przyszłości współpraca, w szczególności poprzez weryfikację doświadczenia firm (analiza referencji, rozpoznanie rynku usług, weryfikacja posiadanych zasobów technicznych i zawodowych). Wykonawca wprowadził w firmie procedury obejmujące wiele powiązanych procesów i działań, powodujących zmianę sposobu działania firmy, organizacji wewnętrznej i systemu zarządzania. W ramach szeroko zakrojonych procedur naprawczych w pierwszej kolejności wprowadzono procedury szczegółowej kontroli firm w którymi nawiązywana jest współpraca. W chwili obecnej firma realizuje prace głównie samodzielnie, opierając się tylko na rzetelnych współpracownikach, konsorcjantach. W ramach zawieranych umów, konsorcjantów zobowiązano do realizacji usług zgodnie ze standardami oraz wprowadzono nowy system kontroli jakości. Zmiany organizacji wewnętrznej powodują wydajniejszy sposób działania firmy. Jednakże mając na względzie fakt, iż w toku przeprowadzonej wewnętrznej kontroli było właśnie zidentyfikowanie przyczyn, zakresu i skutków stwierdzonych nieprawidłowości, a także sformułowanie zaleceń lub wniosków dotyczących usunięcia nieprawidłowości oraz zastosowania wykazanych środków technicznych oraz organizacyjnych odpowiednich dla zapobiegania dalszym nieprawidłowościom zostały wprowadzone (jak już wskazano w pliku „Selfcleaning” wewnętrzne procedury weryfikacji przyszłych kontrahentów. Wykonawca mając na względzie wezwanie Nadleśnictwa przedkłada do niniejszego wyjaśnienia przyjęty w firmach dokument systemu zarządzania wewnętrznego firmy pn. Polityka weryfikacji kontrahentów. Dowód nr 6: Polityka weryfikacji kontrahentów dla ZUL G. J. 53. Polityka weryfikacji kontrahentów jako środek zmierzający do zapewnienia zgodności z przepisami prawa oraz normami o charakterze pozaprawnym, jest elementem systemu zarządzania Compliance (ang.

compliance management system – CMS). Polityka weryfikacji kontrahentów jest skonstruowana w taki sposób, aby nie tylko wykrywała nieprawidłowości w funkcjonowaniu przyszłego kontrahenta ale również aby wykrywała nieprawidłowości w zakresie przedsiębiorstwa, oraz im zapobiegała. Założenie podstawowe opiera się na tym, iż w przypadku zaistnienia danej nieprawidłowości, system winien pozwalać na jej szybkie wykrycie oraz na jednoznaczne ustalenie osoby odpowiedzialnej. Najważniejszym jest jednak, iż wszystkie dokumenty polityki wewnętrznej zostały skonstruowane tak, aby możliwym było ich ciągłe doskonalenie, by w przyszłości nie dochodziło do naruszeń. 54. Kolejnym mechanizmem który został wdrożony są środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu poprzez określenie zasad weryfikacji pracowników z którymi nawiązywana będzie w przyszłości współpraca, w szczególności poprzez weryfikację doświadczenia zawodowego (analiza świadectw pracy, posiadanych listów polecających, referencji, weryfikacja posiadanych kwalifikacji zawodowych). Wykonawca mając na względzie wezwanie Nadleśnictwa przedkłada do niniejszego wyjaśnienia przyjęty w firmach dokument wewnętrzny – Regulamin wewnętrzny, pn. Polityka świadczenia usług. Dowód nr 7: Polityka świadczenia usług dla ZUL G. J. 55. Wprowadzony Regulamin wewnętrzny został nie tylko przyjęty w firmie, został również omówiony w trakcie szkolenia wewnętrznego dla pracowników, nadzór w ramach firm został zobowiązany do weryfikacji jakości pracy poszczególnych pracowników zgodnie z Polityką świadczenia usług. Nowo przyjmowani pracownicy są również szczegółowo zapoznawani z Polityką świadczenia usług. 56. Procedury naprawcze dotyczyły również wprowadzenia przez Wykonawcę konkretnych środków technicznych, które mają zapobiec zawinonemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości. Modernizacja posiadanego parku maszynowego, w tym harwestera czy też sprawdzenie elementów pomiarowych, przeprowadzono przeglądy maszyn, kalibrację ustawień maszyn, zdecydowanie pozwoli firmie na pełną dyspozycyjność i osiągnięcie większej wydajności w wykonywaniu usług. Dowód nr 8: dokumenty potwierdzające przeprowadzenie przeglądów maszyn w firmie ZUL G. J. 57. Zostały również wdrożone systemy kontroli, oraz utworzone struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów. Stałym nadzorem nad

realizowanymi usługami zajmuje się osobiście właściciel G. J.. Nadzór obejmuje stałą kontrolę realizowanych usług, stały kontakt z Zamawiającym w efekcie którego realizacja usługi, zarówno w zakresie bieżących zleceń. W szczególności nadzór ten obejmuje harmonogram działań. Wykonawca wprowadzając powyżej opisane mechanizmy, wewnętrzne zarządzenia zakazujące określonego rodzaju zachowania, nadzoruje na bieżąco zgodności z prawem działań podejmowanych przez zakład (właściciel). 58. W celu zachowania pełnej transparentności Wykonawca przedstawił szczegółowe okoliczności faktyczne związane z realizacją Umowy (wyjaśnienie stanu faktycznego — pkt. I niniejszego

pisma). Jednocześnie, w celu wykazania swojej rzetelności Wykonawca wskazuje na czynności, które zostały przez niego podjęte lub które podejmuje w celu usprawnienia organizacji pracy oraz uniknięcia w przyszłości problemów związanych z realizacją umów o zamówienia publiczne (niniejszy pkt III pisma). 59. Niezależnie od opisanych powyżej działań, z uwagi na dynamiczny rozwój Wykonawcy oraz zmieniające się otoczenie rynkowe i prawne, właściciel na bieżąco monitoruje funkcjonowanie poszczególnych pracowników oraz kontroluje przestrzeganie obowiązujących w procedur, tak aby możliwe było niezwłoczne podejmowanie niezbędnych działań korygujących. Rzetelność Wykonawcy potwierdza również niewątpliwie szereg dotychczas zrealizowanych jak i obecnie realizowanych z sukcesem usług z zakresu gospodarki leśnej. W ramach powyższych kontraktów, prace wykonywane przez Wykonawcę są zrealizowane terminowo oraz z należytą starannością właściwą zawodowemu charakterowi jego działalności. Działania te przyczyniły się znacząco do poprawy działań firmy, które za skutkowały faktem realizacji umów z zakresu gospodarki leśnej w roku 2022 oraz 2023 bez jakichkolwiek uchybień, bez naliczenia kar umownych. 60. Wykonawca podkreśla, że choć popart dowodami wyłącznie okoliczności, które w kontekście przedstawionych wyjaśnień uznał za najistotniejsze, to jednak wszystkie twierdzenia zawarte w niniejszym oświadczeniu Wykonawcy jest w stanie udowodnić, przedkładając stosowne dokumenty. Wykonawca oświadcza, że stosowne dowody jest gotów przedłożyć Zamawiającemu bezzwłocznie, jeżeli tylko Zamawiający uzna takie działania za celowe i konieczne i zwróci się do Wykonawcy z takim wnioskiem. 61. Mając na uwadze powyższe wyjaśnienia, uznać należy, że oświadczenia zawarte w JEDZ polegają na prawdzie i potwierdzają, że Zamawiający nie jest uprawniony do wykluczania Wykonawcy z Postępowania, gdyż Wykonawca daje wymaganą przepisami ustawy Pzp rękojmię należytego wykonania zamówienia. Zaś nie wprowadzenie całości niniejszych wyjaśnień do formularza JEDZ podyktowane było tylko i wyłącznie kwestią techniczną (ilość znaków, która nie mieści się w formularzu).”.

Przystępujący złożył w Postępowaniu datowany na 24 lutego 2023 r. wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, którego wzór określał załącznik nr 10 do SWZ, zawierający dane 13 osób (w tym jego własne), których zakresem wykonywanych czynności jest „piarz, wykonywanie czynności w zakresie pozyskania”, jednej osoby (jego własne), której zakresem wykonywanych czynności jest „wykonywanie czynności nadzoru” oraz jednej osoby, której zakresem wykonywanych czynności jest „wykonywanie czynności ze środkami chemicznymi”.

W dniu 9 marca 2023 r. Zamawiający opublikował zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty o treści „Zgodnie z art. 253 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 11 września

2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.), dalej PZP, Zamawiający informuje, że w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na realizację zadania pn.: „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Nidzica w roku 2023” nr postępowania ZG.270.1.2023 prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego wybrano najkorzystniejszą ofertę na: Pakiet nr 1:

Nr oferty	Nazwa i adres Wykonawcy	Oferta złożona na	Kryterium oceny ofert	Razem
			Cena	
1.	Z.P.H.U. „Falco” H. S. ul. Olsztyńska 11F, 12-122 Jedwabno	Pakiet nr 1	95,36	95,36
2.	G. J. Zakład Usług Leśnych ul. 1-go Maja 17A4 13-100 Nidzica	Pakiet nr 1	100,00	100,00

UZASADNIENIE Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 129 ust. 1 pkt 1) i ust. 2 w zw. z art. 132 PZP. Zgodnie z zapisami SWZ Zamawiający przy wyborze oferty kierował się kryterium: ceny (100 %). Zgodnie z art. 239 ust. 1 PZP Zamawiający wybrał ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert tj. ceny określonej w dokumentach zamówienia tj. ofertę G. J. Zakład Usług Leśnych ul. 1-go Maja 17A4 13-100 Nidzica, którego oferta uzyskała 100 punktów. (...).”.

Ustalając stan faktyczny Izba oparła się na dokumentach zawartych w dokumentacji Postępowania.

Izba pominęła dowód z załączonego do odpowiedzi na odwołanie dokumentu zatytułowanego „kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia” mając na uwadze, że zgodnie z art. 531 Pzp „przedmiotem dowodu są fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie”, a dowód ten miał służyć ustaleniu, „iż kwota oferty Odwołującego przekraczała kwotę jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację Pakietu nr I; braku możliwości wyboru oferty Odwołującego zgodnie z jego wnioskiem zwanym w odwołaniu”, które nie są faktami mającymi istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy”.

Załączone do odpowiedzi na odwołanie „pismo Nadleśnictwa Spychowo z dnia 2 lutego 2023 r.; pismo Nadleśnictwa Przasnysz z dnia 1 lutego 2023 r. oraz pismo Nadleśnictwa Wipsowo z dnia 1 lutego 2023 r.” zawarte zaś są w dokumentacji Postępowania.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej w świetle art. 505 ust. 1 Pzp oraz że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, określonych w art. 528 Pzp, w szczególności że odwołanie nie zostało wniesione po upływie terminu określonego w art. 515 Pzp.

Po zapoznaniu się z argumentacją stron i uczestnika postępowania odwoławczego, wyrażoną w pismach wniesionych w tym postępowaniu oraz przedstawioną w trakcie rozprawy w dniu 4 kwietnia 2023 roku, Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części.

Przede wszystkim należy wskazać, że zgodnie z art. 555 Pzp „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu”. Zważywszy, że „zarzut tworzą okoliczności faktyczne i prawne wskazujące na naruszenie przepisów ustawy w związku z dokonaną czynnością lub zaniechaniem czynności, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy” (tak w wyroku z dnia 1 lutego 2022 r. wydanym w postępowaniu o sygn. KIO 124/22), Izba była uprawniona do oceny zgodności z prawem zaniechań i czynności zamawiającego jedynie w zakresie sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie (tak w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 lutego 2021 r., wydanym w postępowaniu o sygn. akt KIO 200/21, oraz z dnia 28 czerwca 2021 r. wydanym w postępowaniu o sygn. akt KIO 1258/21). W konsekwencji nie mogły zostać wzięte pod uwagę przedstawione na rozprawie wywody (i złożone na posiedzeniu pismo) w zakresie wykonywania przez Przystępującego umowy, której przedmiotem było wykonanie prac z zakresu gospodarki leśnej w Nadleśnictwie Nowe Ramuki, które nie dotyczyły okoliczności wskazanych w odwołaniu.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) Pzp był uzasadniony.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) Pzp, „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania”. Stosownie do art. 109 ust. 1 pkt 7) 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. 110 ust. 2 Pzp stanowi, że „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 art. 110 ust. 3 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”.

Podzielając stanowisko Przystępującego, że zawarte w JEDZ pytanie „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?” obejmuje „szerszy krąg sytuacji niż te, które stanowiłyby przesłankę wykluczenia w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp”, a w konsekwencji, iż nie w każdym przypadku, gdy wykonawca poda odpowiedź „Tak” na to pytanie, podlega on wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp, wymaga wskazania, że w JEDZ złożonym w Postępowaniu Przystępujący nie tylko podał odpowiedź „Tak” na to pytanie, ale na powiązanie z nim pytanie „Jeżeli tak, czy wykonawca przedsięwziął środki w celu samooczyszczenia?” również podał odpowiedź „Tak”.

Należy stwierdzić, że podanie odpowiedzi „Tak” na zawarte w JEDZ pytanie „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?” nie

oznacza, że wykonawca musi podać odpowiedź „Tak” na pytanie „Jeżeli tak, czy wykonawca przedsięwziął środki w celu samooczyszczenia?” czy opisać środki przedsięwzięte w celu samooczyszczenia. Podając odpowiedź „Tak” na zawarte w JEDZ pytanie „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?” wykonawca może opisać sytuację, której dotyczy to pytanie, przedstawiając okoliczności rozwiązania przed czasem wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym lub wcześniejszej umowy w sprawie koncesji lub nałożenia odszkodowania bądź innych porównywalnych sankcji w związku z tą wcześniejszą umową w celu wykazania, że nie podlega on wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp. W taki sposób powinien postąpić wykonawca, który uważa, że pomimo wystąpienia

takiej sytuacji nie podlega wykluczeniu na tej podstawie. Nie stoi temu na przeszkodzie brak w JEDZ miejsca na wyczerpujące opisanie przedmiotowej sytuacji – informacje w tym zakresie mogą być podane w odrębnym dokumencie składanym wraz z JEDZ.

Środkami przedsięwziętymi w celu samooczyszczenia, o których mowa w pytaniu „Jeżeli tak, czy wykonawca przedsięwziął środki w celu samooczyszczenia?”, w rozumieniu przepisów prawa krajowego są czynności, o których mowa w art. 110 ust. 2 Pzp. Udzielenie na przedmiotowe pytanie odpowiedzi „Tak” oznacza, że wykonawca podjął ww. czynności, a w konsekwencji – że zachodzi jedna z okoliczności określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10 Pzp.

W przepisie art. 110 ust. 2 Pzp jednoznacznie określono, że 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 Pzp, w których opisano sytuacje, w których zamawiający wyklucza wykonawcę. Wynika z tego, iż wynikający z art. 110 ust. 2 Pzp zakaz wykluczania wykonawcy ma zastosowanie wyłącznie w sytuacji, gdy zachodzi przypadek określony w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10 Pzp. Przyjęcie, że na podstawie jednego z tych przepisów wykonawca podlega wykluczeniu jest zatem niezbędne dla zastosowania art. 110 ust. 2 Pzp, a tym samym dla dokonywania oceny, czy wykonawca udowodnił zamawiającemu, że spełnił łącznie przesłanki określone w tym przepisie i czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których w nim mowa, są wystarczające do wykazania rzetelności wykonawcy (art. 110 ust. 3 Pzp).

Wymaga podkreślenia, że – jak wskazała Izba w uzasadnieniu wyroku z dnia 19 kwietnia 2022 r. wydanego w postępowaniu sygn. KIO 866/22 „instytucję „self-cleaning” należy zatem rozumieć w taki sposób, iż wykonawca, wiedząc i mając świadomość co do

togo, iż zaistniały wobec niego przesłanki wykluczenia z postępowania, opisane w cytowanych przepisach, korzysta z przysługującego mu uprawnienia do udowodnienia zamawiającemu, że podjął on starania w celu wyeliminowania w przyszłości sytuacji, które miały wpływ na zaistnienie wobec niego przesłanki wykluczenia go z możliwości ubiegania się o zamówienie publiczne”. Nie można zatem wykazywać podjęcia czynności, o których mowa w art. 110 ust. 2 Pzp, w celu uniknięcia wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie tego przepisu, jednocześnie kwestionując, że wystąpiły okoliczności, których wystąpienie jest konieczne dla zastosowania tego przepisu – iż wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10 Pzp.

Należy zauważyć, że stanowisko takie Przystępujący przedstawił w piśmie przekazanym Zamawiającemu w dniu 17 lutego 2023 r. zatytułowanym „WYJAŚNIENIE składane na podstawie art. 110 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych” stwierdzając, iż „dyspozycja art. 110 ust. 2 ustawy Pzp dotyczy przypadków, w których Wykonawca faktycznie podlega wykluczeniu, zaś wykazywany dokument stanowi raport z samooczyszczenia”. Samo wskazanie w tytule tego pisma, iż jest ono „składane na podstawie art. 110 ust. 2” Pzp, świadczy o tym, że miało ono na celu wykazanie, że Przystępujący podjął czynności, o których mowa w tym przepisie.

W tym stanie rzeczy, zważywszy ponadto, iż zawarte w JEDZ pytanie „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?” jest pytaniem służącym ustaleniu, czy wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp, zdaniem Izby wskazanie na przedsięwzięcie środków w celu samooczyszczenia (w JEDZ złożonym w Postępowaniu) oraz przedstawienie podjętych w tym celu czynności (w JEDZ złożonym w Postępowaniu oraz w ww. piśmie) w toku Postępowania należy rozumieć jako przyznanie przez Przystępującego, że zachodzi okoliczność objęta hipotezą normy wynikającej z art. 110 ust. 2 Pzp, czyli że podlega on wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp.

W związku z tym Izba nie rozpatrywała kwestii istnienia przesłanek wykluczenia określonych w tym przepisie. Jedynie na marginesie należy stwierdzić, że o ich braku nie może świadczyć wyłącznie okoliczność, że wysokość kar umownych, których zapłaty zażądano od wykonawcy na podstawie wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego jest niewielka w stosunku do wartości całego zamówienia. Użyte w art. 109 ust.

1 pkt 7) Pzp sformułowanie „istotne” nie dotyczy odszkodowania (czy wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady), lecz zobowiązania wynikającego z umowy. Wysokość kar umownych, których zapłaty zażądano od wykonawcy na podstawie wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego (w wartościach bezwzględnych bądź w stosunku do wartości zamówienia) może natomiast stanowić okoliczność uzasadniającą nie wykluczanie wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 3 Pzp.

Należy przy tym wskazać, że również w tym przepisie jednoznacznie określono, że zamawiający może nie wykluczać wykonawcy w przypadkach określonych w art. 109 ust. 1 pkt 1 – 5 lub 7 Pzp, w których opisano sytuacje, w których zamawiający wyklucza wykonawcę. Skorzystanie przez zamawiającego z określonego w art. 109 ust. 3 uprawnienia do nie wykluczania wykonawcy wymaga więc uprzedniego stwierdzenia, że wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 1 – 5 lub 7 Pzp. Nie można zatem nie wykluczyć na podstawie art. 109 ust. 3 Pzp wykonawcy, który nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 1 – 5 lub 7 Pzp.

Nie ma ponadto racji Przystępujący podnosząc, że w art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp „mamy tym samym, w świetle intencji ustawodawcy, do czynienia z podwójnie kwalifikowaną formą zawinienia”. Wręcz przeciwnie, posłużono się w nim sformułowaniem „z przyczyn leżących po jego stronie” [wykonawcy], które obejmuje okoliczności niezawinione.

Zdaniem Izby brak było podstaw do przyjęcia, że Przystępujący udowodnił Zamawiającemu, że spełnił łącznie przesłanki określone w art. 110 ust. 2 Pzp.

Z treści tego przepisu wynika, że wykonawca podlegający wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp, aby uniknąć wykluczenia musi udowodnić zamawiającemu, że wykonał czynności trzech różnych rodzajów: 1) naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne; 2) wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane ze swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym zamawiającym; 3) podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszemu 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.

W ocenie Izby analiza treści JEDZ złożonego przez Przystępującego w Postępowaniu oraz pisma przekazanego Zamawiającemu w dniu 17 lutego 2023 r. zatytułowanego „WYJAŚNIENIE składane na podstawie art. 110 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych” prowadzi do wniosku, że Przystępujący nie udowodnił, że naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne.

Trafne są wywody zawarte w odwołaniu, iż Przystępujący nie przedstawił jakichkolwiek dowodów potwierdzających zapłatę kar umownych na rzecz Nadleśnictw Wipsowo, Przasnysz i Spychowo, przy czym w zakresie kar umownych na rzecz Nadleśnictwa Spychowo - pomimo że twierdził, iż kary te zapłacił.

Należy zauważyć, że w piśmie Nadleśnictwa Spychowo datowanym na 2 lutego 2023 r. jednoznacznie wskazano, iż „wszystkie kary umowne zostały uregulowane przez Wykonawców”, zaś z pisma tego nadleśnictwa datowanego na 11 stycznia 2022 r. wynika, iż 7 z 11 kar umownych zostało zapłaconych przelewem z rachunku bankowego Przystępującego. Podzielając przy tym stanowisko Odwołującego, iż zapłata kar umownych może zostać wykazana dokumentami pochodzącymi od zamawiającego, w tym stanie rzeczy nie sposób znaleźć uzasadnienia dla braku udowodnienia zapłaty tych kar.

W sytuacji, gdy zgodnie z art. 110 ust. 2 Pzp do uznania, że Przystępujący nie podlega wykluczeniu z Postępowania, musiał on udowodnić spełnienie łącznie wszystkich trzech przesłanek określonych w tym przepisie, nieudowodnienie przez Przystępującego spełnienia przesłanki określonej w art. 110 ust. 2 pkt 1) Pzp skutkuje brakiem możliwości przyjęcia, że Przystępujący nie podlega wykluczeniu z Postępowania, bez względu na to, czy udowodnił on spełnienie przesłanek określonych w art. 110 ust. 2 pkt 2) i 3) Pzp. Jest to zatem wystarczające do stwierdzenia, iż Przystępujący podlegał wykluczeniu z Postępowania stosownie do art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp, a w konsekwencji że Zamawiający zobowiązany był do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, że Zamawiający z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w związku z art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp zaniechał odrzucenia oferty Przystępującego jako wykonawcy podlegającego wykluczeniu z Postępowania. Naruszenie to miało istotny wpływ na wynik Postępowania, gdyż w przypadku odrzucenia oferty Przystępującego oferta ta nie mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza, co uzasadniało uwzględnienie odwołania.

W zakresie zarzutu naruszenia „226 ust. 1 pkt 1 lit b pzp”, biorąc pod uwagę, że w Pzp nie ma przepisu art. 226 ust. 1 pkt 1) lit. b) Pzp, wskazane przez Odwołującego okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania w odniesieniu do wyboru oferty Przystępującego jako złożonej przez wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jak również, iż Izba nie jest związana wskazaniem przepisu, którego naruszenie jest zarzucane, Izba przyjęła, że w odwołaniu przedstawiono zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) Pzp. Zarzut ten nie był uzasadniony.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) Pzp „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu”.

Jako okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania w zakresie tego zarzutu Odwołujący wskazał, że Przystępujący nie spełnia warunku udziału w Postępowaniu określonego w rozdziale 7 pkt 7.1 ppkt 4) lit. c) SWZ, gdyż „wykładnia wskazanego powyżej postanowienia SIWZ prowadzi do wniosku, iż wymieniony do realizacji umowy powinien skierować co najmniej 15 osób, odpowiadających określonym kwalifikacjom, przy czym wyznaczone do realizacji umowy osoby nie powinny łączyć przewidzianych w siwz funkcji”. Tymczasem Wykonawca do realizacji umowy skierował jedynie 14 osób, spośród których wyznaczył on siebie jako osobę która pełniła będzie obowiązki i pilarsza i osoby do nadzoru”.

W świetle ustalonego stanu faktycznego nie budzi wątpliwości, że Przystępujący „do realizacji umowy skierował jedynie 14 osób, spośród których wyznaczył on siebie jako osobę która pełniła będzie obowiązki i pilarsza i osoby do nadzoru”; okoliczność ta nie była przy tym sporna pomiędzy stronami i uczestnikami postępowania odwoławczego. Nie można natomiast uznać za prawidłową przedstawioną powyżej wykładnię postanowienia rozdziału 7 pkt 7.1 ppkt 4) lit. c) SWZ.

Brak jest podstaw do uznania, że przyjęcie, iż wykonawca spełnia warunek określony w tym postanowieniu w zakresie części 1 zamówienia (Pakietu I) musiał on wykazać, że dysponuje lub będzie dysponować co najmniej 15 osobami. W dokumentach zamówienia brak jest postanowienia jednoznacznie określającego, że w ramach jednej części zamówienia (jednego pakietu) osoba, która ukończyła „z wynikiem pozytywnym szkolenie dopuszczające do pracy z pilarką zgodnie z

§ 21 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 24 sierpnia 2006 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy wykonywaniu niektórych prac z zakresu gospodarki leśnej (Dz. U. z 2006 r. Nr 161, poz. 1141) lub posiadające odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów albo odpowiadające im uprawnienia wydane w innych Państwach Członkowskich Unii Europejskiej" (rozdział 7 pkt 7.1 ppkt 4) lit. c) I) a) SWZ), którą dysponuje

lub będzie dysponować wykonawca, nie może być „osobą nadzoru z wykształceniem leśnym wyższym, leśnym średnim lub posiadającą dyplom ukończenia studium zawodowego świadczenia usług na rzecz leśnictwa” (rozdział 7 pkt 7.1 ppkt 4) lit. c) I) b) SWZ), którą dysponuje lub będzie dysponować wykonawca.

Mając na uwadze, że we wprowadzeniu do wyliczenia w rozdziale 7 pkt 7.1 ppkt 4) lit. c) I) SWZ nie zostało zawarte sformułowanie „co najmniej 15 osobami”, oraz zasadę, że wątpliwości w zakresie treści dokumentów zamówienia należy interpretować na korzyść wykonawcy, językowa wykładnia postanowienia rozdziału 7 pkt 7.1 ppkt 4) lit. c) SWZ musi prowadzić do uznania, że osoba, która ukończyła „z wynikiem pozytywnym szkolenie dopuszczające do pracy z pilarką zgodnie z § 21 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 24 sierpnia 2006 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy wykonywaniu niektórych prac z zakresu gospodarki leśnej (Dz. U. z 2006 r. Nr 161, poz. 1141) lub posiadające odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów albo odpowiadające im uprawnienia wydane w innych Państwach Członkowskich Unii Europejskiej” (rozdział 7 pkt 7.1 ppkt 4) lit. c) I) a) SWZ), którą dysponuje lub będzie dysponować wykonawca, może być „osobą nadzoru z wykształceniem leśnym wyższym, leśnym średnim lub posiadającą dyplom ukończenia studium zawodowego świadczenia usług na rzecz leśnictwa” (rozdział 7 pkt 7.1 ppkt 4) lit. c) I) b) SWZ), którą dysponuje lub będzie dysponować wykonawca.

Wobec powyższego okoliczność, że w JEDZ złożonym w Postępowaniu Przystępujący wskazał dane 13 osób, które mają „ukończony kurs pilarza”, a w złożonym w Postępowaniu wykazie osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, którego wzór określał załącznik nr 10 do SWZ, dane 13 osób (w tym swoje własne), których zakresem wykonywanych czynności jest „pilarz, wykonywanie czynności w zakresie pozyskania”, jednej osoby (swoje własne), której zakresem wykonywanych czynności jest „wykonywanie czynności nadzoru” oraz jednej osoby, której zakresem wykonywanych czynności jest „wykonywanie czynności ze środkami chemicznymi” nie pozwala na uznanie, że Przystępujący nie spełnia warunku udziału w Postępowaniu określonego w rozdziale 7 pkt 7.1 ppkt 4) lit. c) SWZ.

W konsekwencji Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) Pzp.

W zakresie zarzutu naruszenia „226 ust. 1 pkt 1 lit. c) pzp”, biorąc pod uwagę, że w Pzp nie ma przepisu art. 226 ust. 1 pkt 1) lit. c) Pzp, wskazane przez Odwołującego okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania w zakresie tego

zarzutu, jak również, iż Izba nie jest związana wskazaniem przepisu, którego naruszenie jest zarzucane, Izba przyjęła, że w odwołaniu przedstawiono zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) Pzp. Zarzut ten nie był uzasadniony.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę 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.

Jak wynika z treści odwołania, naruszenia tego przepisu Odwołujący upatrywał w tym, że Zamawiający powinien na jego podstawie odrzucić ofertę Przystępującego „z uwagi na fakt nieudokumentowania łącznego wystąpienia przesłanek z art. 110 ust. 2 pzp w terminie zakreślonym przez Zamawiającego”. Stanowisko to nie jest trafne.

Nie może ulegać wątpliwości, że w terminie określonym w piśmie przekazanym Przystępującemu w dniu 1 lutego 2023 r. – tj. do dnia 8 lutego 2023 r. - Przystępujący przekazał Zamawiającemu wyjaśnienia dotyczące informacji o rozwiązaniu przed czasem umowy, której przedmiotem było wykonanie prac z zakresu gospodarki leśnej w Nadleśnictwie Spychowo. Mając na uwadze art. 110 ust. 3 Pzp zdaniem Izby w takiej sytuacji art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) Pzp nie znajduje zastosowania, gdyż wyjaśnienia te powinny podlegać ocenie w zakresie określonym w art. 110 ust. 3 Pzp, a w przypadku, gdyby prowadziłyby ona do wniosku, że wykonawca nie udowodnił spełnienia łącznie przesłanek określonych w art. 110 ust. 2 Pzp, zamawiający powinien wykluczyć wykonawcę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) Pzp.

Wobec powyższego brak było podstaw do stwierdzenia naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) Pzp.

Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 Pzp „poprzez niedokonanie wyboru oferty Odwołującego, która jest ofertą najkorzystniejszą zgodnie z określonymi w postępowaniu kryteriami oceny oferty” nie był uzasadniony.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 Pzp, „zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia”, zaś stosownie do art. 239 ust. 2 Pzp „najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem”.

Jak wynika z treści odwołania, jako okoliczności faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania w zakresie tego zarzutu Odwołujący wskazał wyłącznie to, że Przystępujący „powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta powinna zostać odrzucona. W konsekwencji to oferta Odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.”.

W postanowieniu rozdziału 2 pkt 2.3 SWZ Zamawiający przewidział dokonanie czynności w Postępowaniu w sposób określony w art. 139 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym „zamawiający może najpierw dokonać badania i oceny ofert, a następnie dokonać kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona, w zakresie braku

podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu". Stosownie zaś do art. 139 ust. 3 Pzp, „jeżeli wobec wykonawcy, o którym mowa w ust. 1, zachodzą podstawy wykluczenia, wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, nie składa podmiotowych środków dowodowych lub oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, zamawiający dokonuje ponownego badania i oceny ofert pozostałych wykonawców, a następnie dokonuje kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu". Odrzucenie oferty Przystępującego powoduje więc, że Zamawiający zobowiązany jest ponowić czynność badania i oceny ofert, a następnie dokonać kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu. Dopiero po wykonaniu tych czynności Zamawiający będzie mógł dokonać czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Ponadto należy zauważyć, iż nawet w przypadku, gdy oferta Odwołującego zostanie najwyżej oceniona, może wystąpić sytuacja, w której Zamawiający nie będzie zobowiązany do dokonania wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej – w przypadku, gdy w wyniku dokonania kwalifikacji podmiotowej Zamawiający stwierdzi istnienie podstawy do wykluczenia Odwołującego z Postępowaniem lub że nie spełnia on warunków udziału w Postępowaniu, albo jeżeli będzie zobowiązany do unieważnienia Postępowania na podstawie art. 255 Pzp, czego - biorąc pod uwagę przy wydaniu wyroku za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego – nie sposób wykluczyć.

Samo to, że Zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę Przystępującego jako złożoną przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania nie oznacza zatem, że Zamawiający zobowiązany jest wybrać ofertę Odwołującego.

Wobec powyższego brak było podstaw do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego art. 239 ust. 1 i 2 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 1 pkt 2), § 5 pkt 1) i 2) oraz § 7 ust. 2 pkt 1) i ust. 3 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.

Zgodnie z art. 557 Pzp „w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego”, stosownie zaś do art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Z § 2 ust. 1 pkt 2) ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na usługi o wartości przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp, wynosi 15.000 złotych. Stosownie do § 5 pkt 1) i 2) ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz „uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego (...) w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące: (...) b) wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych”. § 7 ust. 2 pkt 1) ww. rozporządzenia stanowi, że „w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części”, zaś § 7 ust. 3 ww. rozporządzenia, iż „w przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 1 i 2, Izba rozdziela: 1) wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła; 2) koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw”.

Stosownie do § 5 pkt 1) ww. rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zaliczono wpis w wysokości uiszczony przez Odwołującego, tj. 15.000 złotych.

Zamawiający na posiedzeniu niejawnym i rozprawie był reprezentowany przez radcę prawnego. Jak wynika ze złożonej na rozprawie faktury, koszty Odwołującego w zakresie wynagrodzenia pełnomocnika wyniosły 3.600 złotych. Mając na uwadze treść § 5 pkt 2) ww. rozporządzenia, do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego Izba mogła zaliczyć wynagrodzenie i wydatki pełnomocnika do kwoty 3.600

złotych, wobec czego zgodnie z tym przepisem do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego zaliczono kwotę 3.600 złotych obejmującą wynagrodzenie pełnomocnika.

W sytuacji, gdy do akt sprawy nie zostały złożone rachunki lub spis kosztów określający wysokość wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego, brak było podstaw prawnych do zaliczania do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego, a w konsekwencji zasądzenia na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego obejmujących to wynagrodzenie.

Zważywszy że Izba uwzględniła jeden zarzut przedstawiony w odwołaniu, a trzech nie uwzględniła, koszty postępowania odwoławczego w zakresie wpisu rozdzielono stosunkowo – w proporcjach 3/4 Odwołujący i 1/4 Zamawiający. W konsekwencji zgodnie z § 7 ust. 3 pkt 1) i 2) ww. rozporządzenia zasądzono od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę stanowiącą 1/4 kwoty uiszczony tytułem wpisu od odwołania, czyli 3.750 złotych, zaś od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę stanowiącą 3/4 kwoty uiszczony tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, czyli 900 złotych.

Przewodniczący:

