Sygn. akt: KIO 1132/17

WYROK
z dnia 20 czerwca 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Protokolant: Sylwia Muniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 czerwca 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 czerwca 2017 roku przez Odwołującego – **R. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: U. L. B. R. S.; (…) ,** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Skarb Państwa, Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo U. z siedzibą w U.**

przy udziale wykonawców **A. B. i K. B., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą T. F. s.c. A. i K. B. z siedzibą w W.,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego **R. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: U. L. B. R. S.; (…)** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego **R. S.** (słownie: piętnastu **prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: U .L. B. R. S.; (…)** tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od Odwołującego **R. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: U. L. B. R. S.; (…)** na rzecz Zamawiającego kwotę 5 140,56 zł (słownie: pięć tysięcy sto czterdzieści złotych 56/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na rozprawę, w tym noclegu, opłaty skarbowej od pełnomocnictw.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Słupsku**

Przewodniczący:

---

sygn. akt KIO 1132/17

UZASADNIENIE

W dniu 5 czerwca 2017 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „PZP", odwołanie złożył wykonawca R. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: U. L. B. R. S. S.(…), zwany dalej „Odwołującym".

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa U. w roku 2017. Przetarg II" prowadzi Zamawiający: Skarb Państwa, Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo U. z siedzibą w U.

Odwołanie wniesiono na czynność Zamawiającego polegającą na wyborze w części pakiet nr VIII, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy: T. F. s.c. A. i K. B. z siedzibą w W., zwanej dalej Spółką.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie:

1) art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP poprzez dopuszczenie do udziału w postępowaniu i w konsekwencji wybór oferty wykonawcy, który nie wykazał warunku spełnienia udziału

w postępowaniu, a mianowicie warunku doświadczenia;
2) art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 24 ust 1 pkt 16 względnie pkt 17 ustawy PZP poprzez zaniechanie wykluczenia z udziału w przedmiotowym postępowaniu Spółki, w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku doświadczenia, jednocześnie w wyniku zamierzonego działania względnie lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, że spełnia warunki udziału w postępowaniu;
3) art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu;
4) art. 7 ust. 1 ustawy PZP, poprzez naruszenie obowiązku równego traktowania wykonawców i ich jednakowe traktowanie na etapie badania i oceny wszystkich ofert.

W związku z powyższym zarzutami Odwołujący wnosił o:
1) uwzględnienie odwołania w całości oraz zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego się kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa prawnego wg norm przepisanych oraz nakazanie Zamawiającemu:
a) unieważnienia czynności wyboru oferty Spółki;
b) dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu;
c) wykluczenie z udziału w postępowaniu Spółki z uwagi na fakt, że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania względnie lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, że spełnia warunki udziału;

---

d) odrzucenie oferty Spółki jako oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu.
2) o przeprowadzenie dowodu z:
a) informacji Nadleśniczego Nadleśnictwa Ł. z dnia 16.05.2017 r. - na okoliczność wiedzy Zamawiającego o nienależytym wykonaniu robót przez Spółkę,
b) pisma Nadleśniczego Nadleśnictwa Ł. z dnia 10.03.2016 r.
c) pisma Nadleśniczego Nadleśnictwa Ł. z dnia 24.03.2016 r.
d) pisma Nadleśniczego Nadleśnictwa Ł. z dnia 13.06.2016 r.
e) pisma Nadleśniczego Nadleśnictwa Ł. z dnia 17.10.2016 r.
f) pisma Nadleśniczego Nadleśnictwa Ł. z dnia 21.11.2016 r.
g) pisma Nadleśniczego Nadleśnictwa Ł. z dnia 02.12.2016 r.
- na okoliczności nałożenia na Wykonawcę kar umownych oraz ich potrącenia, wiedzy Wykonawcy o naliczonych karach umownych i nienależytym wykonaniu zobowiązania.

Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w części pakiet VIII zamówienia zostało przesłane Odwołującemu za pośrednictwem poczty elektronicznej w dniu 26 maja 2017 r. a więc zachowany został termin na wniesienie odwołania, o którym mowa w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP. Odwołujący przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołujący wskazał, że posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, ponieważ poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy podlegającego wykluczeniu pozbawiono go możliwości udziału w dalszym toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i w konsekwencji realizacji tego zadania, bowiem jego oferta mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą, z zastrzeżeniem, że oferta wnoszącego odwołanie jest trzecia w rankingu oceny ofert, a na tym etapie postępowania występuje brak jest możliwości realizacji dyspozycji art. 26 ust. 2 względnie art. 26 ust 3 PZP, i tym samym nie można określić czy oferta wykonawcy S. P. „Las Pol", która jest druga w rankingu spełnia warunki udziału w postępowaniu. Nadto, niezależnie od powyższego, wykonawca drugi w rankingu może odmówić zawarcia umowy lub wniesienia należytego zabezpieczenia umowy i tym samym wnoszący odwołanie w trybie art. 94 ust. 3 jest uprawniony do zawarcia umowy w przedmiotowym postępowaniu.

W dniu 18.04.2017 r. Zamawiający dokonał czynności otwarcia ofert złożonych w postępowaniu - w części PAKIET VIII złożone zostały 3 oferty. W dniu 20.04.2017 r. Spółka złożyła uzupełnienie do JEDZ w zakresie zdolności technicznych i zawodowych osób kierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia oraz w zakresie dotyczącym poważnego wykroczenia zawodowego przy realizacji umowy na rzecz Nadleśnictwa O. i podjętych środków oczyszczenia.

W dniu 05.05.2017 r. Zamawiający dokonał wyboru - jako najkorzystniejszej - oferty T. F. s.c. A. i K. B..

Następnie, pismem z dnia 10.05.2017 r. R. S. powiadomił Zamawiającego o niezgodnej z przepisami czynności podjętej przez tego Zamawiającego. W piśmie tym Wykonawca zarzucił Zamawiającemu, podobnie jak w odwołaniu, iż naruszył on swoim rozstrzygnięciem:
1. art. 24 ust. 1 pkt 16 w związku z art. 22 ust 1 pkt 2 ustawy PZP poprzez zaniechanie wykluczenia z udziału w przedmiotowym postępowaniu Spółki, w sytuacji, gdy wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu;
2. art. 22 d ust. 2 ustawy PZP poprzez zaniechanie uznania, że Spółka nie posiada wymaganych zdolności, ze względu na zaangażowanie zasobów tego wykonawcy w inne jego przedsięwzięcia gospodarcze, co może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia;
3. art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy PZP, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu;
4. art. 7 ust. 1 ustawy PZP, poprzez naruszenie obowiązku równego traktowania wykonawców i ich jednakowe traktowanie na etapie badania i oceny wszystkich ofert.

Na skutek wniesionego pisma Zamawiający postanowił unieważnić czynność wyboru oferty oraz wszczął postępowanie wyjaśniające co do zasadności podniesionych zarzutów.

W pierwszej kolejności Zamawiający zwrócił się do Nadleśnictwa Ł., czy prace wykonane przez Spółkę na rzecz Nadleśnictwa Ł. były wykonane należycie.

Pismem z dnia 16.05.2017 r. Zamawiający uzyskał informację od tego Nadleśnictwa, że Konsorcjum, w skład którego wchodziła Spółka, zrealizowało w całości umowę zawartą na okres od dnia 02.01.2016 r. do dnia 31.12.2016 r. Wartość tej umowy opiewała na kwotę 1.879.648,92 zł, natomiast w ramach kar umownych na Konsorcjum nałożono obowiązek zapłaty 14.095,38 zł z tytułu nieterminowego wykonywania prac oraz dwukrotnego uszkodzenia drzew. Natomiast, mimo wniosku Zamawiającego o wskazanie czy roboty te były wykonane należycie, Nadleśnictwo ograniczyło się jedynie do wskazania, że Konsorcjum zapłaciło kary umowne w w/w wysokości.

Ponadto Zamawiający zwrócił się do Spółki celem złożenia wyjaśnień dotyczących przyczyn nałożenia w/w kar umownych. W odpowiedzi, pismem z dnia 24.05.2017 r. Wykonawca przyznał, że zostały na niego nałożone kary umowne we wskazanej wysokości, jednakże w uzasadnieniu wskazał, iż powodem nałożenia kar umownych było wiele czynników niezależnych bezpośrednio od tego Wykonawcy.

W dniu 26.05.2017 r. Zamawiający dokonał ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu, wybierając na wykonawcę Spółkę. W uzasadnieniu wyboru Zamawiający podniósł, iż *„skoro Nadleśnictwo Ł. w odpowiedzi na prośbę o udzielenie niezbędnych informacji o należytym wykonaniu umowy, informuje jedynie*

o nałożonych karach umownych, nie potwierdzając zastrzeżeń co do Wykonawcy, to wnioskować można, że *usługi te, mimo nałożonych kar umownych, wykonywane były należycie."* W dalszej części Zamawiający wskazuje, że uchybienia, których się dopuściła się Spółka, nie mają charakteru rażącego naruszenia. Tym samym, w ocenie Zamawiającego, opóźnienia w realizacji poszczególnych zleceń w toku wielomiesięcznej realizacji usług oraz uszkodzenie zaledwie kilku drzew nie mogą stanowić podstawy do wykluczenia Wykonawcy oraz odrzuceniu jego oferty.

Odnosząc się do powyższego, Odwołujący zauważył, że zgodnie z pkt 6.2. SIWZ, w postępowaniu mogą brać udział Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 PZP dotyczące m.in. zdolności technicznej lub zawodowej i posiadają odpowiednie doświadczenie. Warunek ten, w zakresie doświadczenia, zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie): dla Pakietu VIII - zrealizował lub realizuje (przy czym w tym przypadku będzie liczona wartość zrealizowanej części przedmiotu umowy) co najmniej 1 usługę (przez usługę rozumie się wykonywanie prac na podstawie 1 umowy) polegającą na wykonywaniu prac z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna, na kwotę nie mniejszą 396.000,00 zł brutto.

Idąc dalej, w myśl pkt 7.1. lit. b SIWZ, dowodami, że usługi wykazane w JEDZ na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia, zostały wykonane lub są wykonywane należycie są referencie bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy. W przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. W tym przepisie SIWZ Zamawiający wprost przewidział obowiązek przedstawienia tylko i wyłącznie takich usług, które zostały wykonane należycie.

Na potwierdzenie spełnienia warunku doświadczenia Spółka podniosła fakt wykonania robót na rzecz Nadleśnictwa Ł. w ramach umowy nr ZN-270-0019-15, trwającej od dnia 02.01.2016 r. do dnia 14.12.2016 r. Spółka przedstawiła protokoły odbioru robót w ramach umowy oraz faktury, natomiast nie przedstawiła w tym zakresie referencji od kontrahenta, a sam protokół nie posiadał wzmianki o tym, czy roboty były wykonane należycie. Natomiast, Zamawiający w ramach prowadzonego postępowania uzyskał z Nadleśnictwa Ł. informację, iż w ramach w/w umowy, Wykonawca zapłacił 6 kar umownych

na łączną kwotę 14.095,38 zł, z jednoczesnym brakiem wskazania, czy usługi te były wykonane należycie. Analizując powyższą sprawę Zamawiający ustalił, że kary umowne naliczone Wykonawcy stanowiły jedynie 0,75 % wartości całego zamówienia, a uszkodzenia drzew wystąpiły jedynie dwukrotnie.

Odnosząc się tutaj do charakteru kar umownych, to z art. 483 k.c. wynika, iż strony mogą zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Z przepisu tego wynika wprost, że kara umowna jest efektem niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez jedną ze stron. Przykładem może być wyrok KIO z dnia 15 maja 2012 r. (KIO 858/12, KIO 861/12), w którym Izba stwierdziła, że *„przez należyte wykonanie zamówienia należy rozumieć zgodnie z art. 355 § 1 k.c. w zw. z art. 14 ustawy staranność ogólnie wymaganą w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność)."* Ponadto, że *„ocena należytej staranności powinna uwzględnić całokształt zachowań dłużnika, a nie tylko prawidłowe technicznie wykonanie czynności. Niedotrzymanie terminu wykonania prac, dwukrotne jego przedłużanie oraz obciążenie wykonawcy karami umownymi, nie może stanowić podstawy do uznania, że prace zostały wykonane należycie zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane."*

Niezasadnym jest zatem powoływanie się przez Zamawiającego na fakt, iż kary umowne stanowiły jedynie 0,75 % wartości całego zamówienia, a uszkodzenia drzew wystąpiły jedynie dwukrotnie. Faktem jest, że kary zostały nałożone i zapłacone, a to świadczy o nienależytym wykonaniu umowy. Tym samym skoro Spółka zapłaciła kary umowne, to oznacza, że wykonała swoje zobowiązanie nienależycie, bez względu na to w jakim stopniu doszło do nienależytego wykonania umowy. A skoro nienależycie, to roboty wskazane przez Spółkę nie powinny zostać uznane za należycie wykonane i tym samym za roboty, które potwierdzają spełnianie przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu. Powyższe twierdzenie zdaniem Odwołującego znajduje potwierdzenie w dokumentach, które posiadał na etapie wyboru oferty Zamawiający, a które także przed złożeniem oferty posiadała Spółka, a mianowicie w n/w pismach:

a) pismo Nadleśniczego Nadleśnictwa Ł. z dnia 10.03.2016 r.
b) pismo Nadleśniczego Nadleśnictwa Ł. z dnia 24.03.2016 r.
c) pismo Nadleśniczego Nadleśnictwa Ł. z dnia 13.06.2016 r.
d) pismo Nadleśniczego Nadleśnictwa Ł. z dnia 17.10.2016 r.
e) pismo Nadleśniczego Nadleśnictwa Ł. z dnia 21.11.2016 r.
f) pismo Nadleśniczego Nadleśnictwa Ł. z dnia 02.12.2016 r.

Z wyżej wskazanych dokumentów wynika, że Spółka w przy realizacji przedmiotowych robót była przede wszystkim w zwłoce oraz że w trakcie usługi uszkodziła drzewa, tj. mienie Zamawiającego.

Idąc dalej, zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy PZP, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu lub spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zatem dla zastosowania normy tego przepisu muszą zajść następujące przesłanki:
1. przedstawienie informacji przez wykonawcę niezgodnej z rzeczywistością,
2. informacja ta wprowadziła w błąd zamawiającego,
3. błąd ten polegał na przyjęciu przez zamawiającego, że wykonawca nie podlega wykluczeniu,
4. przedstawienie informacji musi być wynikiem zamierzonego działania (winy umyślnej) lub rażącego niedbalstwa (kwalifikowanego stopnia winy nieumyślnej).

W doktrynie, niewykonanie zobowiązania zachodzi wówczas, gdy w zachowaniu się dłużnika nie występuje nic, co by odpowiadało spełnieniu świadczenia, natomiast nienależyte wykonanie zobowiązania ma miejsce wówczas, gdy zachowanie się dłużnika zmierzało do spełnienia świadczenia, a nawet dłużnik według własnej oceny spełnił świadczenie, jednakże osiągnięty przez niego wynik odbiega pod określonymi względami od tego, na czym miało polegać prawidłowo spełnione świadczenie (por, uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2002 r. III CZP 86/01) Do tego orzeczenia nawiązał również Sąd Apelacyjny w K. w wyroku z dnia 21 kwietnia 2009 r. (V Aca 88/09) przywołując identyczną argumentację. Problemem w analizowanym przypadku jest prawidłowość spełnienia świadczenia. Wszelkie bowiem odstępstwa wykonawcy następujące z jego winy stanowić będą nienależyte wykonanie umowy.

Wykonawca wykonał swoje zobowiązanie względem Nadleśnictwa Ł. nienależycie. O fakcie tym był w toku realizacji umowy informowany:
a) pisma Nadleśniczego Nadleśnictwa Ł. z dnia 10.03.2016 r.
b) pisma Nadleśniczego Nadleśnictwa Ł. z dnia 24.03.2016 r.
c) pisma Nadleśniczego Nadleśnictwa Ł. z dnia 13.06.2016 r.
d) pisma Nadleśniczego Nadleśnictwa Ł. z dnia 17.10.2016 r.
e) pisma Nadleśniczego Nadleśnictwa Ł. z dnia 21.11.2016 r.
f) pisma Nadleśniczego Nadleśnictwa Ł. z dnia 02.12.2016 r.
Każdym z w/w pism na Spółkę zostały nałożone kary umowne, które zostały potrącone z należnego mu wynagrodzenia. W każdym z tych pism jest mowa o zwłoce Spółki oraz o zawinionym uszkodzeniu mienia Zamawiającego w piśmie z dnia 10.03.2016 r. Zatem Spółka w momencie składania oświadczeń na potrzeby niniejszej postępowania, była

świadoma faktu, że nienależycie wykonała roboty w 2016 roku. I mimo tego wskazała w ramach wykazu te roboty jako należycie wykonane, co stanowiło przedstawienie informacji niezgodnej z rzeczywistością.

Spółka przedstawiając informację dotyczącą swojego doświadczenia zawodowego, wprowadziła Zamawiającego w błąd, bowiem informacja ta wywołała w świadomości Zamawiającego fałszywe wyobrażenie o rzeczywistości, że Spółka spełnia warunek udziału w postępowaniu, co spowodowało jego wybór na wykonawcę kontraktu.

W świetle powyższego takie działanie ze strony Spółki należy uznać jako zamierzone wprowadzenie w błąd, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy PZP, o czym dobitnie świadczą w/w pisma stanowiące faktyczną i prawną podstawę do naliczenia kar umownych oraz szczególnie pismo z dnia 25.04.2017 r., które to pismo było znane wykonawcy na etapie badania ofert i realizacji trybu z art. 26 ust. 2 PZP, tzn. przedłożeniu przez wykonawcę dokumentów na wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu. W w/w piśmie Nadleśniczy Nadleśnictwa Ł. wskazał wyraźnie, że w umowie dotyczącej przedmiotowego warunku - sześciokrotnie naliczono kary umowne za przekroczenie umowy oraz za uszkodzenie drzew.

Na marginesie warto również podkreślić, że Wykonawca świadomie nie przedstawił referencji na potwierdzenie rzetelności, bowiem Nadleśnictwo Ł. mu takiego faktu nie potwierdziło. Natomiast zgodnie z § 2 ust 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126), dowodami na

potwierdzenie są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty były wykonywane. Przy czym rozporządzenie określa hierarchię tych dokumentów, które mogą być składane w postępowaniu. Referencje są podstawowym dokumentem określający prawidłowość wykonania określonych robót, dostaw lub usług. Złożenie, zamiast referencji, innych dokumentów lub oświadczenia uwarunkowane jest wykazaniem, że wystąpiły okoliczności od wykonawcy niezależne, uzasadniające brak możliwości uzyskania referencji. Okoliczności te musi wykazać Wykonawca. Oznacza to, że zamawiający, otrzymując inny dokument lub oświadczenie wykonawcy, musi ocenić, czy wystąpiły okoliczności uprawniające do odstąpienia od wymogu złożenia referencji. Natomiast Spółka mając świadomość, iż nie posiada tych referencji, świadomie przedstawiła Zamawiającemu jedynie protokoły robót oraz faktury, celem niewykazania nienależytego wykonania umowy.

Z ostrożności Odwołujący podniósł, że w razie nieuwzględnienia zachowania Spółki jako zamierzonego wprowadzenia w błąd Zamawiającego, należy zakwalifikować to działanie jako lekkomyślne na podstawie art. w myśl art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy PZP. Z przepisu tego wynika, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który

w wyniku lekkomyślności przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jak wynika z orzecznictwa, w przypadku winy nieumyślnej, efekt zostaje osiągnięty wskutek niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach. Przypisanie określonej osobie niedbalstwa lub lekkomyślności uznaje się za uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Kwestię należytej staranności wykonawców w zakresie oświadczeń, składanych wraz z ofertą w postępowaniu przetargowym niewątpliwie należy analizować mając na względzie treść art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego, znajdującego zastosowanie poprzez odesłanie zawarte w art. 14 ustawy PZP. W stosunku bowiem do profesjonalistów - a za takich należy uznawać wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - miernik należytej staranności jest podwyższony w odniesieniu do ogólnego miernika staranności dłużnika, albowiem określa się go z uwzględnieniem zawodowego charakteru prowadzonej przez wykonawcę działalności. Tak określona należyta staranność wymaga od wykonawcy, by składając oświadczenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego upewnił się, że to, co oświadcza, odpowiadało prawdzie (tak: KIO 382/17; podobnie w wyroku z dnia 12 października 2009 r. w sprawie KIO/UZP 1223/09). Zatem, Wykonawca przedstawiając roboty wykonane na rzecz Nadleśnictwa Ł. celem wykazania doświadczenia, przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący jeszcze raz podkreślił, że przedmiotowe roboty dotyczyły spełnienia postawionego przez Zamawiającego warunku w trybie art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. art. 22 ust. 1 b pkt 2 PZP - który to warunek określono w SIWZ dla Pakietu VIII - zrealizował lub realizuje (przy czym w tym przypadku będzie liczona wartość zrealizowanej części przedmiotu umowy] co najmniej 1 usługę (przez usługę rozumie się wykonywanie prac na podstawie 1 umowy] polegającą na wykonywaniu prac z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna, na kwotę nie mniejszą niż 396.000,00 zł brutto.

Z powyższego wynika, że Spółka nie spełnia postawionego warunku udziału w postępowaniu, jako że wykazała usługi, które zostały wykonane nienależycie i tym samym oferta tego wykonawcy nie mogła zostać uznana za najkorzystniejszą.

Z kolei w myśl art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy PZP, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jednym z warunków koniecznych do spełnienia było wykazanie doświadczenia poprzez wykazanie robót wykonanych w sposób należyty w okresie poprzedzającym 3 lata od daty postępowania. Spółka nie wykonała w sposób należyty robót, które wykazała, zatem należy przyjąć, że nie udowodniła swojego doświadczenia, co z kolei

prowadzi do efektu w postaci niespełniania warunków udziału w niniejszym postępowaniu. W związku z tym Zamawiający powinien wykluczyć Spółkę na zasadzie art. 24 ust. 1 pkt 12

w związku z art.24 ust. 1 pkt 16 ustawy PZP, a jej ofertę odrzucić

W związku z powyższym Odwołujący wnosił jak na wstępie.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego oraz dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący jako wykonawca, którego oferta − w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania może zostać wybrana jako najkorzystniejsza spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze − środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej nieuzyskaniu zamówienia. Zamawiający prowadzi postępowanie z zastosowaniem tzw. „procedury odwróconej". Choć oferta Odwołującego jest trzecią w rankingu, przy zasadach procedury odwróconej najpierw dokonywana jest merytoryczna ocena ofert, następnie do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu wzywa się jedynie wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Nie można zatem wykluczyć, iż w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, drugi w kolejności wykonawca, którego oferta nie została ostatecznie zweryfikowana na podstawie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia, potwierdzi ostatecznie spełnianie warunków, wtedy zaś Odwołujący ma szanse na uzyskanie zamówienia. Taki wykonawca (kwestionujący czynność wyboru oferty najkorzystniejszej) będzie miał potencjalnie możliwość uzyskania zamówienia, jeżeli jego oferta będzie ważna i sam nie będzie podlegał wykluczeniu z postępowania, poprzez czynność ponownej oceny ofert.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia złożyli **A. B. i K. B., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą T. F. s.c. A. i K. B. z siedzibą w W.,** dalej jako „Przystępujący". Przystąpienie Izba uznała za skuteczne. Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości. Wskazywał, że dochował należytej staranności w procesie badania i oceny ofert, dokonał analizy złożonych przez

Przystępującego wyjaśnień i dokumentów, nie dopatrzył się nieprawidłowości w potwierdzeniu spełnienia warunku udziału, na które powoływał się w odwołaniu Odwołujący.

Izba ustaliła, że w dniu 5 maja 2017 roku Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty w pakiecie VIII, uznając za taką ofertę T. F. S.C.
W informacji o wyborze zaznaczono, że wybrany wykonawca oświadczył, iż jest winny poważnego wykroczenia zawodowego. W wyniku czego Nadleśnictwo O., jednostronnie odstąpiło od zawartej umowy oraz że wykonawca przedsięwziął środki w celu samooczyszczenia.

Nadleśnictwo poinformowało, że w toku postępowania podjęto czynności niezbędne do wyjaśnienia wszystkich okoliczności poważnego wykroczenia zawodowego. Do Nadleśnictwa Osusznica skierowano pismo z prośbą o udzielenie informacji dotyczących przedmiotowej sprawy. Z uzyskanych informacji wynika, że wykonawca w sposób zawiniony naruszył obowiązki zawodowe i nienależycie wykonał umowę, co doprowadziło do odstąpienia od umowy. W wyniku odstąpienia wykonawcy naliczono również kary umowne, które zostały zaspokojone z wynagrodzenia za wykonane usługi.

W toku postepowania wyjaśniającego Zamawiający wystąpił do wykonawcy z wezwaniem do uzupełnienia JEDZ, złożenia wyjaśnień oraz dowodów potwierdzających dokonanie rzetelnej oceny. Wykonawca uzupełnił dokumentację, złożył wyjaśnienia i dowody. W toku przeprowadzonej procedury *self cleaning* wskazał, że wdrożył w swojej firmie procedury naprawcze, mające na celu uchronienie firmy przed podobnymi naruszeniami w przyszłości. Wykonawca zastosował procedury dotyczące sposobu działania przedsiębiorstwa, organizacji wewnętrznej oraz systemu zarządzania, rozwiązał umowy o pracę z pracownikami, których działania doprowadziły do uchybień i zatrudnił nowego

pracownika, na stanowisko stałego nadzoru nad wykonywanymi czynnościami. Ponadto wprowadzono szereg regulacji prawnych, takich jak: zarządzanie dotyczące osoby odpowiedzialnej za nadzór, instruktaż podnoszenia kwalifikacji zawodowych, regulamin karania pracowników odpowiedzianych za naruszenia, wdrożono nowy system kontroli jakości wykonywanych prac, dokonano modernizacji zakładu w zakresie środków technicznych, maszyn, zatrudniono mechanika.

Zamawiający uznał, że wskazane okoliczności, złożone wyjaśnienia oraz dokumentacja w sposób wystarczający pozwalają uznać, że Wykonawca przedsięwziął środki i podjął działania, które rekompensują szkody, które mogą powstać z jego winy, wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności, podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które zapobiec mają nieprawidłowościom na przyszłość.

12

W dniu 15 maja 2017 roku Zamawiający unieważnił wybór oferty w pakiecie VIII. Zamawiający otrzymał zawiadomienie, że wybrany wykonawca świadomie wprowadził Zamawiającego w błąd co do spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej oraz zawodowej. W ramach przedstawionych dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków (zaświadczenie od Nadleśnictwa Ł. oraz protokoły odbioru z fakturami) wykonawca nie wskazał, że w toku wykonywania umowy naliczone zostały kary umowne z tytułu przekroczenia terminu wykonania zleceń i uszkodzenia drzewostanu. Zamawiający postanowił więc dokonać ponownego badania i oceny ofert.

W dniu 26 maja 2017 roku Zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w pakiecie VIII, ponownie uznając za najkorzystniejszą ofertę T. F. S.C.

Zamawiający zaznaczył, że w toku postępowania wyjaśniającego zwrócił się do Nadleśnictwa Ł. Nadleśnictwo wskazało, że wykonawca wykonywał usługi leśne w ramach „Konsorcjum S." wraz z innymi podmiotami. Konsorcjum zrealizowało w całości umowę, o łącznej wartości 1 879 648,92 zł brutto. W trakcie wykonywania umowy na konsorcjum nałożono kary umowne w wysokości 14 095,38 zł za nieterminowe wykonywanie prac oraz w związku z dwoma przypadkami uszkodzenia drzew.

Ponadto Zamawiający zwrócił się również do wybranego wykonawcy o udzielenie wyjaśnień co do przyczyn nałożenia kar umownych oraz okoliczności mających wpływ na wykonywanie umowy.

Wybrany wykonawca przyznał, że w toku realizacji umowy dla Nadleśnictwa Ł. nałożono na konsorcjum z jego udziałem kary umowne, kary zostały potrącone w należnego wynagrodzenia, a przyczyną ich nałożenia było wiele czynników, niezależnych bezpośrednio od wykonawcy.

W ocenie Zamawiającego okoliczności te nie stanowią podstawy do uznania, że wykonawca nienależycie wykonał usługi. Usługi wykonywane były przez 12 miesięcy, nieterminowo zaś wykonano tylko kilka pozycji i jedynie dwa razy doszło do uszkodzeń drzewostanu. Wysokość naliczonych kar stanowi jedynie 0,75% wartości zrealizowanej umowy. W ocenie Zamawiającego takie działania nie noszą znamion rażącego naruszenia obowiązków zawodowych. W konsekwencji brak jest podstaw do uznania, że Zamawiający został w sposób zamierzony wprowadzony w błąd a Wykonawca nie potwierdził spełniania warunków udziału.

Izba uznała, iż Odwołujący w odwołaniu prawidłowo przytoczył zapisy SIWZ istotne z punktu rozstrzygnięcia sporu, w tym zapisy dotyczące warunków udziału w postępowaniu oraz dokumentów, które należało złożyć celem potwierdzenia spełnienia tych warunków.

13

Izba zważyła, co następuje:

Izba oceniła, czy Przystępujący podlegał wykluczeniu z postępowania wyłącznie w związku z okolicznościami faktycznymi wskazanymi w treści odwołania.

W ocenie Izby, zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania są niezasadne.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy PZP, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu lub spełnia warunki udziału w postępowaniu. W myśl art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy

Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Izba stanęła na stanowisku, że okoliczności wskazane w odwołaniu (bezsporne między Stronami) nie stanowią podstawy wykluczenia Przystępującego z postępowania. Nie zostały spełnione wszystkie przesłanki określone w art. 24 ust. 1 pkt 16 i pkt 17 ustawy Pzp. Przepisy te wymagają zaistnienia po stronie wykonawcy bądź to zawinionego działania lub rażącego niedbalstwa albo chociaż lekkomyślności w działaniu, których celem ma być wprowadzenie zamawiającego w błąd, aby uzyskać dane zamówienie. Celem tych regulacji nie jest natomiast pozbawienie możliwości uzyskania zamówienia wykonawców, co do których w toku realizacji wcześniejszych umów wykonywanych w ramach uzyskania zamówienia publicznego zachodziły jakiekolwiek zastrzeżenia, niezależnie od ich rodzaju i skali.

Wskazać następnie należy, iż kwestia spełnienia warunków w postępowaniu jest jednym z najistotniejszych elementów mających wpływ na udział wykonawcy w tymże postępowaniu. Analiza norm prawnych uregulowanych w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp pozwala na przyjęcie, iż przesłanka wykluczenia ujęta w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp jest bardziej pojemna i zawiera w sobie przesłanki wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, które można uznać za kwalifikowane przypadki wprowadzenia w błąd uregulowany w pkt 17.

Zdaniem składu orzekającego Izby Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, że działania Przystępującego miały charakter zamierzony, że celowo ukrywał on pewne informacje, posługiwał się nieprawidłowymi dokumentami lub też zachowanie

Przystępującego było na tyle lekkomyślne, że w sposób potencjalny mogło to doprowadzić do wprowadzenia Zamawiającego w błąd.

Zamawiający po otrzymaniu zawiadomienia o możliwych nieprawidłowościach przy wykonywaniu umowy mającej potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu postanowił ponownie zbadać i ocenić oferty, co zdaniem Izby było działaniem prawidłowym. Dostrzeżenia wymaga, iż Zamawiający dokonując ponownej analizy zwrócił się zarówno do strony będącej zamawiającym w referencyjnym postępowaniu o wyrażenie opinii, jak też umożliwił złożenie wyjaśnień samemu Przystępującemu. W ocenie Izby Zamawiający prawidłowo skonfrontował ze sobą informacje otrzymane zarówno od Nadleśnictwa Ł., jak też Przystępującego. Między Stronami postępowania odwoławczego sporna jest kwestia dokonanej oceny tych informacji. W tym celu, w ocenie składu, Zamawiający musiał ocenić, czy informacje o przebiegu wykonywania umowy i okoliczność naliczenia kar umownych w toku jej wykonywania świadczyć może o nienależytym wykonaniu takiej umowy, co prowadzić powinno do podjęcia decyzji o wykluczeniu Przystępującego.

Podkreślić należy, że ustawa Pzp odwołuje się do nienależytego wykonania umowy, które ma charakter kwalifikowany. Nie każde uchybienie w realizacji umowy stanowi przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania. Przesłanką taką mogą być jedynie tego rodzaju nieprawidłowości, które w sposób zasadniczy zmieniają jakość przedmiotu zamówienia lub w ogóle uniemożliwiają osiągnięcie celu, w jakim została zawarta umowa. W związku z tym ocena, czy zachodzą okoliczności uzasadniające wykluczenie danego wykonawcy z postępowania wymaga odniesienia stwierdzonych nieprawidłowości do konkretnego przedmiotu zamówienia, jego zakresu i specyfiki. W przypadku potwierdzania spełniania warunków udziału w postępowaniu ocena ta dokonywana jest na podstawie informacji wynikających z JEDZ, złożonych referencji, czy też innych złożonych dokumentów.

Kwestionowane przez Odwołującego zamówienie polegało na długotrwałym wykonywaniu szeregu usług leśnych, których skala obejmowała, jak obliczył Zamawiający na podstawie złożonych wykazów usług, ponad 4000 zdarzeń podczas 12 miesięcy realizacji umowy. Fakt wystąpienia zwłoki przy wykonaniu nawet kilkunastu zdarzeń, nie może być uznany za nienależyte wykonanie umowy w stopniu kwalifikowanym, uzasadniające wykluczenie Przystępującego z postępowania. Biorąc pod uwagę przedmiot i skalę zamówienia oraz specyfikę i sposób świadczenia usług będących jego przedmiotem nie sposób uznać, że miało miejsce takie naruszenia obowiązków zawodowych, przy którym

można wywodzić nienależyte wykonanie umowy. Jakkolwiek uchybienia w realizacji umowy wystąpiły, to w odniesieniu do całego zamówienia należy je uznać po pierwsze za incydentalne, po drugie za nieznaczne. Ponadto, co słusznie podkreślał Przystępujący, ostateczne protokoły odbioru z wykonania prac potwierdzały ich odbiór bez zastrzeżeń, co dowodzi prawidłowości wykonania usługi. Protokoły te nie zawierały także żadnych uwag, co

do jakości świadczonych usług. Ponadto w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach Przystępujący szczegółowo opisał okoliczności, w których doszło do opóźnień w dotrzymaniu terminów i uszkodzeń drzewostanu. Nadleśnictwo Ł. było natomiast bardzo skąpe w udzieleniu wyjaśnień odnośnie świadczenia na jego rzecz usług przez konsorcjum, w skład którego wchodził Przystępujący. Choć kilkukrotnie zwracano się do niego z prośbą o odniesienie się do konkretnych okoliczności, nie zajęło ono ostatecznego stanowiska. Wbrew natomiast twierdzeniom Odwołującego, z pisma złożonego przez niego na rozprawie nie wynika, że ów Zamawiający polemizuje z twierdzeniami i wyjaśnieniami złożonymi przez Przystępującego. Nadleśnictwo ponownie potwierdziło jedynie, że taka umowa była na jego rzecz wykonywana i w kilku przypadkach przy realizacji poszczególnych zleceń doszło do naliczenia kar umownych, które rozliczone zostały przy wypłacie należnego wynagrodzenia. Zauważono, że dyskusja ze złożonymi przez Przystępującego wyjaśnieniami byłaby niepotrzebną polemiką ze Stroną, z którą Nadleśnictwo nie jest w żadnym sporze sądowym. Z takiego opisania sytuacji nie można, zdaniem Izby, wywodzić, że Nadleśnictwo Ł.potwierdziło nieprawidłowość wykonania umowy przez Przystępującego.

Słusznie zauważył Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym, że podmiot występujący o udzielenie pisemnych referencji nie ma wpływu na ich treść i informacje, które dany zamawiający w nich umieści. Nie oznacza to jednak, że prawidłowe będą tylko takie referencje, w których jednoznacznie użyte zostanie sformułowanie „należycie wykonał". Prawidłowość wykonania umowy można opisać w różny sposób, podobnie jak nieprawidłowości w świadczeniu usług. Choć Nadleśnictwo Ł. mogło jednoznacznie stwierdzić, że umowa z konsorcjum była nienależycie wykonywana, nie zrobiło tego. Istnieje także możliwość posługiwania się innymi dokumentami, z których wynikało będzie, jakie prace i w jaki sposób były wykonane. „Referencje" mogą przybrać rożną treść i formę. Dokumenty składane na potwierdzenie należytego wykonania nie muszą wprost nosić nazwy „referencje". Referencjami można także nazwać zbiór dokumentów, z których treści wynikało będzie, że umowę wykonano prawidłowo. Równie dobrze istnieje możliwość złożenia informacji pisemnej zawierającej opis przebiegu realizacji prac, danej inwestycji, zakresu prac do wykonania, okolicznościach, które miały miejsce w toku wykonywania danej umowy i sposobie zakończenia współpracy między kontrahentami. Zdaniem Izby złożone zaświadczenie z Nadleśnictwa Ł. oraz dołączone do niego protokoły odbioru prac umożliwiły Zamawiającemu ocenę wykonawcy czy spełnia on warunki udziału w postępowaniu, to jest czy należycie zrealizował co najmniej jedno zamówienie o określonych w SIWZ cechach.

W związku z faktem, że kary umowne zastrzeżone były w umowie referencyjnej na wypadek zwłoki (a więc zawinionego opóźnienia), a Przystępujący nie zakwestionował na

drodze prawnej zasadności obciążenia go karami umownymi, Izba nie miała podstaw przyjąć, że okoliczności skutkujące zapłatą kar umownych były przez wykonawcę niezawinione. Niezależnie jednak od tego – jak wskazano powyżej – rodzaj i zakres uchybień, które wystąpiły przy wykonywaniu umowy, nie uzasadniały wykluczenia wykonawcy z postępowania. Kary zostały potrącone z należnego konsorcjum wynagrodzenia, a więc szkoda powstała wskutek działań i zaniechań wykonawcy została naprawiona. Kara jest naprawieniem szkody celem zadośćuczynienia za powstałe szkody, jest to swoistego rodzaju zryczałtowane zadośćuczynienie (odszkodowanie) ex contractu. Sama okoliczność naliczenia kary i jej potrącenie nie oznacza nieprawidłowego zrealizowania danego kontraktu. Przez owe potrącenie roszczenie wierzyciela zostaje zaspokojone. Jak też zauważył Zamawiający wysokość kar w stosunku do wartości całej umowy była znikoma.

Izba nie dopatrzyła się również przesłanek wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. Podkreślenia wymaga, że stwierdzenie, iż określone informacje są nieprawdziwe, tak na gruncie ogólnych reguł języka polskiego, jak i w rozumieniu tych przepisów, może odnosić się wyłącznie do informacji o pewnych faktach, o obiektywnie istniejącej rzeczywistości, tylko one bowiem podlegają ocenie w kategoriach prawdy i fałszu. Informacje przedstawione przez Przystępującego celem potwierdzenia spełniania warunków, przedstawiały nazwę zamówienia, jego wartość, czas realizacji i odbiorcę były zgodne ze stanem faktycznym – zgodność żadnej z powyższych informacji z prawdą nie była przez Odwołującego kwestionowana. Natomiast kwestia tego, czy zamówienie było wykonane należycie, jest kwestią oceny, w dodatku dokonywanej na podstawie pewnych klauzul generalnych. W odniesieniu do jakości wykonania zamówienia nieprawdziwe informacje mogłyby potencjalnie dotyczyć określonych faktów, które tę ocenę determinują, nie zaś samej oceny, której zresztą Przystępujący nie znał składając ofertę, mógł natomiast subiektywnie uznawać zamówienie za wykonane należycie. Przystępujący nie informował Zamawiającego o żadnych faktach, które mogłyby mieć wpływ na dokonaną przez Zamawiającego ocenę, np. nie złożył dokumentów, które fałszywie potwierdzałyby, że realizacja umowy przebiegła bez żadnych uchybień. W związku z powyższym brak jest podstaw do stwierdzenia, że Przystępujący podał informacje niezgodne z rzeczywistością. Wykonawca przedstawił Zamawiającemu wyłącznie informacje o zrealizowanej umowie, a jakość wykonania tej umowy poddał ocenie Zamawiającego, który dysponując informacjami o przypadkach i przyczynach obciążenia Przystępującego karami umownymi mógł ocenić, czy wykonanie umowy było prawidłowe i należyte. Nie sposób natomiast przyjąć, że przez sam fakt ujęcia spornego zamówienia Przystępujący w sposób

dorozumiany lub przez swoją lekkomyślność przedstawił nieprawdziwe informacje, wprowadzając Zamawiającego w błąd, aby uzyskać zamówienie.

Z powodów przedstawionych w uzasadnieniu orzeczenia, Izba oddaliła odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zmianami) obciążając nimi Odwołującego.

Przewodniczący: