

WYROK

Warszawa, 17 lutego 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Anna Chudzik

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 23 stycznia 2025 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: J.C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne J.C., A.C. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą: A.C. Usługi Transportowe "TRANS-DREW", M.C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: M.C. Zakład Wielofunkcyjny,

w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Bierzwnik,

uczestnicy po stronie Zamawiającego:

- 1) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: J.D. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą J.D. Zakład Usług Leśnych J. Dąbrowska, G.M. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Jemiola" G.M.,
- 2) T.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych K.T.,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: J.C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne J.C., A.C. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą: A.C. Usługi Transportowe "TRANS-DREW", M.C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: M.C. Zakład Wielofunkcyjny i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 353 zł 00 gr (słownie: trzysta pięćdziesiąt trzy złote zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem noclegu oraz kwotę 967 zł 23 gr (słownie: dziewięćset sześćdziesiąt siedem złotych dwadzieścia trzy grosze) poniesioną przez Zamawiającego tytułem dojazdu na rozprawę;
3. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 4 920 zł 23 gr (słownie: cztery tysiące dziewięćset dwadzieścia złotych dwadzieścia trzy grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Bierzwnik – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Bierzwnik w roku 2025*. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 30 października 2024 r. pod numerem 660458-2024.

Konsorcjum: J.C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne J.C., A.C. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: A.C. Usługi Transportowe "TRANS-DREW", M.C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: M.C. Zakład Wielofunkcyjny 23 stycznia 2025 r. wniosło odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 1, 8 i 10 oraz w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru w Pakiecie nr II oferty T.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Zakład Usług Leśnych K.T. (dalej: Z.K.), mimo że oferta ta powinna być odrzucona, gdyż została złożona przez wykonawcę, który podlegał wykluczeniu z postępowania, z uwagi na to, że:

1.1.naruszył obowiązki dotyczące płatności podatku od nieruchomości (co aktualizuje przesłankę wykluczenia przewidzianą w art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, której Zamawiający zaniechał jednak zastosowania);

1.2.wprowadził Zamawiającego w błąd, bowiem potwierdził w JEDZ (a następnie w oświadczeniu o aktualności informacji zawartych w JEDZ), że wywiązał się ww. obowiązków dotyczących płatności podatku od nieruchomości, co stanowi oświadczenie niezgodne z prawdą (a co aktualizuje przesłanki wykluczenia przewidziane w art. 109 ust. 1 pkt 8 oraz 10 ustawy Pzp, których Zamawiający zaniechał jednak zastosowania);

2.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 1), 7) 8) i 10) PZP, oraz w zw. z art. 239 ust. 1 PZP – poprzez dokonanie wyboru w Pakiecie nr I i Pakiecie nr III oferty Konsorcjum: J.D. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą J.D. Zakład Usług Leśnych J. Dąbrowska, G.M. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą "Jemiola" G.M (dalej: Konsorcjum Dąbrowska), mimo że oferta ta powinna być odrzucona, gdyż została złożona przez wykonawcę, który podlegał wykluczeniu z postępowania z uwagi na to, że:

2.1.członek ww. Konsorcjum – J.D.:

a)naruszyła obowiązki dotyczące płatności podatku od nieruchomości (co aktualizuje przesłankę wykluczenia przewidzianą w art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, której Zamawiający zaniechał jednak zastosowania);

b)wprowadziła Zamawiającego w błąd, bowiem potwierdziła w JEDZ(a następnie w oświadczeniu o aktualności informacji zawartych w JEDZ), że wywiązała się z ww. obowiązków dotyczących płatności podatku od nieruchomości, co stanowiło oświadczenie niezgodne z prawdą (a co aktualizuje przesłanki wykluczenia przewidziane w art. 109 ust. 1 pkt 8 oraz 10 ustawy Pzp, których Zamawiający zaniechał jednak zastosowania);

2.2.członek Konsorcjum – G.M.:

a)z przyczyn leżących po jej stronie, nie wykonała bądź wykonała nienależycie istotne zobowiązania wynikające z umów zawartych wcześniej z innymi nadleśnictwami, co doprowadziło do nałożenia odszkodowania w postaci naliczenia na rzecz tych nadleśnictw od wykonawcy kar umownych (a co aktualizuje przesłankę wykluczenia przewidzianą w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, której Zamawiający zaniechał jednak zastosowania);

b)wprowadziła Zamawiającego w błąd, potwierdziła bowiem w JEDZ(a następnie w oświadczeniu o aktualności informacji zawartych w JEDZ), że nie znalazła się w sytuacji, w której w związku z wcześniejszą umową w sprawie zamówienia nałożono na nią odszkodowanie lub inne porównywalne sankcje, co stanowi oświadczenie niezgodne z prawdą (a co aktualizuje przesłanki wykluczenia przewidziane w art. 109 ust. 1 pkt 8 oraz 10 ustawy Pzp, których Zamawiający zaniechał jednak zastosowania);

3.z ostrożności procesowej, na wypadek uznania przez Izbę, że odrzucenie ofert wybranych w Pakiecie nr I, II oraz III byłoby przedwczesne – naruszenie w każdym z tych pakietów art. 128 ust. 4 oraz ust. 5 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie ich zastosowania przez Zamawiającego w stosunku do Z.K. oraz Konsorcjum Dąbrowska-Makszanowska przed odrzuceniem ofert złożonych przez tych wykonawców z powodów wskazanych powyżej w zarzutach podniesionych w pkt 1-2.

Odwolujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności wyboru oferty Z.K. jako najkorzystniejszej w Pakiecie nr I oraz czynności wyboru oferty Konsorcjum Dąbrowska jako najkorzystniejszej w Pakiecie nr I oraz III;

2)przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, w tym:

–odrzuć ofert złożonych przez Z.K. oraz przez Konsorcjum Dąbrowska ze względów wskazanych w odwołaniu bez dokonywania dalszych wezwań do wyjaśnienia;

–ewentualnie wezwania Z.K. oraz Konsorcjum Dąbrowska do wyjaśnienia treści JEDZ w zakresie wynikającym z odwołania;

3)dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem ofert Z.K. oraz oferty Konsorcjum Dąbrowska (po ewentualnym uprzednim wezwaniu do wyjaśnień).

Zamawiający i Przystępujący w pisemnych odpowiedziach na odwołanie wnieśli o oddalenie odwołania w całości.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zarzuty dotyczące podatku od nieruchomości

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W punkcie 6.2 SWZ Zamawiający przewidział przesłanki wykluczenia określone m.in. w art. 109 ust. 1 pkt 1, 8 i 10 ustawy Pzp.

Wykonawcy J.D. oraz Z.K. w Części III JEDZ, Sekcja „B”, udzielając odpowiedzi „TAK” na pytanie *czy wykonawca wywiązał się ze wszystkich obowiązków dotyczących płatności podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne, zarówno w państwie, w którym ma siedzibę, jak i w państwie członkowskim instytucji zamawiającej lub podmiotu zamawiającego, jeżeli jest ono inne niż państwo siedziby?*

Pismem z 31 grudnia 2024 r. Zamawiający wezwał T.K. – na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp – do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczenia w Części III, Sekcji B JEDZ dla Pakietów II i IV oraz złożenia wyjaśnień dotyczących niewypełnienia obowiązku w zakresie płatności podatku od nieruchomości – w odniesieniu do zarzutu przedstawionego przez jednego z Wykonawców. Zamawiający wskazał w wezwaniu, że jeden z wykonawców poinformował go o zaległościach w opłatach z tytułu nieruchomości związanej z prowadzoną działalnością oraz wskazał zachodzące przesłanki do wykluczenia z postępowania, w których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp – w związku z naruszeniem obowiązku dotyczącego płatności podatków (podatek lokalny od nieruchomości). W odpowiedzi na to wezwanie wykonawca wyjaśnił, że nie posiadał na dzień złożenia oferty i nadal nie posiada zaległości w opłatach z tytułu nieruchomości związanej z prowadzoną działalnością. Do wyjaśnień wykonawca załączył zaświadczenie z Gminy Bierzwnik, zgodnie z którym na 2 stycznia 2025 r. nie posiada zaległości podatkowych.

Pismem z 31 grudnia 2024 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum Dąbrowska – na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp – do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczenia w Części III, Sekcji B JEDZ dla Pakietów I i III oraz złożenia wyjaśnień dotyczących niewypełnienia obowiązku w zakresie płatności podatku od nieruchomości – w odniesieniu do zarzutu przedstawionego przez jednego z Wykonawców. Zamawiający wskazał w wezwaniu, że jeden z wykonawców poinformował go o zaległościach J.D. w opłatach z tytułu nieruchomości związanej z prowadzoną działalnością oraz wskazał zachodzące przesłanki do wykluczenia z postępowania, w których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp – w związku z naruszeniem obowiązku dotyczącego płatności podatków (podatek lokalny od nieruchomości). W odpowiedzi na to wezwanie J.D. poinformowała, że nie posiadała na dzień złożenia oferty i nadal nie posiada zaległości w opłatach z tytułu nieruchomości związanej z prowadzoną działalnością i przekazała zaświadczenie o treści:

Burmistrz Drawna zaświadcza, że Pani J.D. (...) zgodnie z ewidencją podatkową zobowiązana jest do regulowania podatku rolnego oraz podatku od nieruchomości na terenie Gminy Drawno. Opłaca ona m.in. podatek od nieruchomości za grunty związane z prowadzoną działalnością gospodarczą – J.D. Zakład Usług Leśnych J. Dąbrowska. Pani D.J. na dzień wydania niniejszego zaświadczenia nie zalega z opłatą w podatku rolnym i w podatku od nieruchomości. Stwierdzenie faktów lub stanu prawnego wynika z prowadzonych przez rejestr podatkowy ewidencji, rejestrów lub innych danych znajdujących się w jego posiadaniu.

Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 109 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

- pkt 1: który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w , chyba że wykonawca odpowiednio przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności;
- pkt 8: który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych;

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

Zarzuty odwołania zostały oparte na tezie, że T.K. oraz J.D. naruszyli obowiązki związane z płatnością podatków poprzez zaniechanie zgłoszenia nieruchomości do opodatkowania. Odwołujący podniósł, że:

–jak wynika z informacji pozyskanych przez Odwołującego, w momencie złożenia oferty w Postępowaniu (tj. na dzień 13.11.2024 r.) p. T.K. nie figurował w ewidencji podatkowej tej Gminy jako podatnik z tytułu podatku od nieruchomości związanych z prowadzoną przez niego działalnością. Oznacza to tym samym, że wbrew obowiązkom wynikającym z przywołanych przepisów, nie zgłosił on użytkowanych już od dłuższego czasu nieruchomości do opodatkowania w ustawowym 14-dniowym terminie, co z kolei uniemożliwiało Gminie Bierzwnik wydanie decyzji ustalającej wysokość należnego podatku;

–na moment złożenia oferty w Postępowaniu w ramach Pakietu I oraz III (tj. na dzień 13.11.2024 r.) p. J.D. nie figurowała w ewidencji podatkowej tej Gminy jako podatnik z tytułu podatku od nieruchomości związanych z prowadzoną przez nią działalnością. Oznacza to tym samym, że wbrew obowiązkom wynikającym z przepisów uPOL, nie zgłosiła ona użytkowanych nieruchomości do opodatkowania w ustawowym 14-dniowym terminie, co z kolei uniemożliwiało Gminie Drawno wydanie decyzji ustalającej wysokość należnego podatku.

Mimo że Izba podziela stanowiska Odwołującego, że niezgłoszenie nieruchomości do opodatkowania przez podmiot zobowiązany do takiego zgłoszenia mieści się w pojęciu naruszenia obowiązków dotyczących płatności podatków, to nie zostało wykazane, że Przystępujący dopuścili się takiego naruszenia. Odwołujący ograniczył się do stwierdzenia, że pozyskał informacje o niefigurowaniu ww. osób w ewidencji podatkowej jako podatników podatku od nieruchomości związanych z prowadzoną przez niego działalnością. Odwołujący jednak w żaden sposób nie wykazał ani nawet nie uprawdopodobnił powyższej tezy.

Zauważenia wymaga, że ciężar wykazania, że Przystępujący naruszyli obowiązki dotyczące płatności podatków, spoczywał na Odwołującym, który wywodzi z tego skutki prawne. Odwołujący miał więc obowiązek wykazania, że T.K. oraz J.D., którzy wykorzystują nieruchomości do prowadzenia działalności gospodarczej, są podmiotami, na których – w świetle art. 3 ustawy o podatkach i opłatach lokalnych – spoczywa obowiązek podatkowy i że nie dopełnili oni obowiązku zgłoszenia nieruchomości do opodatkowania.

Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, który potwierdzałby, że ww. osoby wbrew obowiązkowi wynikającemu z ustawy o podatkach i opłatach lokalnych nie zgłosili nieruchomości do opodatkowania. Twierdzenia Odwołującego w tym zakresie pozostały całkowicie gołosłowne.

Nie ma podstaw do uznania zasadności zarzutu na podstawie takich gołosłownych twierdzeń, ze względu na podnoszoną przez Odwołującego tajemnicę skarbową. Odwołujący sam wskazał, że pozyskał informacje o niefigurowaniu T.K. oraz J.D. w ewidencji podatkowej. Jeśli takie informacje były możliwe do pozyskania, to Odwołujący powinien przedstawić na tę okoliczność dowody. Jeśli natomiast są to informacje objęte tajemnicą skarbową, to twierdzenia Odwołującego o ich pozyskaniu należy uznać za niewiarygodne, ewentualnie należałoby zadać pytanie, w jaki sposób Odwołujący wszedł w posiadanie informacji stanowiących tajemnicę skarbową.

Za wykazanie niedopełnienia obowiązku zgłoszenia nieruchomości do opodatkowania nie można uznać złożonych przez Odwołującego dowodów w postaci zestawienia liczby podatników podatku od nieruchomości z Urzędu Miejskiego w Drawnie oraz z Urzędu Gminy Bierzwnik, w tym zmian w tym zakresie po 13 listopada 2024 r. (termin składania ofert). Wskazane w tych zestawieniach liczby nie dają żadnej podstawy do wniosku, że Przystępujący na dzień składania ofert nie zgłosili nieruchomości do opodatkowania, mimo istnienia takiego obowiązku.

Zasadności zarzutów nie potwierdzają również pozostałe dokumenty przedstawione przez Odwołującego, tj. informacja od Wójta Gminy Bierzwnik na okoliczność możliwości uzyskania zaświadczenia o niezaleganiu z podatkami z datą wsteczną oraz zaświadczenia wystawionego dla lidera konsorcjum Odwołującego, wskazującego termin regulowania podatku od nieruchomości w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą. Niezależnie od tego, że powyższe dokumenty dotyczą Odwołującego, a nie odnoszą się do sytuacji podatkowej Przystępujących, to wskazać należy, że nie jest przedmiotem sporu możliwość uzyskania zaświadczenia o niezaleganiu z podatkami na wybraną datę. Obaj Przystępujący złożyli w postępowaniu odwoławczym takie zaświadczenia, potwierdzające, że według stanu na 13 listopada 2024 r. nie zalegali z płatnością podatku od nieruchomości. Jednocześnie nie sposób uznać, że powyższe zaświadczenia nie mogą mieć znaczenia, gdyż zostały złożone dopiero w postępowaniu odwoławczym. Odwołujący zdaje się pomijać, że Zamawiający nie żądał w SWZ złożenia takich zaświadczeń i nie mógł wezwać wykonawców do ich przedstawienia, wykonawcy natomiast nie mieli obowiązku ich przedstawiać Zamawiającemu. W postępowaniu odwoławczym zaświadczenia te zostały złożone w celu odparcia zarzutów odwołania i nie ma podstaw,

aby Izba pominęła te dokumenty. Odnosząc się natomiast do zaświadczenia dotyczącego lidera Odwołującego, a mającego potwierdzać regulowanie podatku od nieruchomości z wyszczególnieniem nieruchomości związanych z prowadzoną działalnością gospodarczą, wskazać należy, że zaświadczenie organu podatkowego, że dana osoba fizyczna nie zalega z płatnością podatku od nieruchomości oznacza, że brak jest jakichkolwiek zaległości z tytułu tego podatku, również w odniesieniu do nieruchomości, na których osoba ta prowadzi działalność gospodarczą.

Niezależnie od powyższego, na marginesie zauważyć należy, że wbrew stanowisku, jakie prezentował Odwołujący, nie jest tak, że podmiot korzystający z nieruchomości na cele związane z działalnością gospodarczą, jest zobowiązany do uiszczania podatku od nieruchomości, niezależnie od tego, jaki ma tytuł do korzystania z tej nieruchomości. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o podatkach i opłatach lokalnych, podatnikami podatku od nieruchomości są osoby będące właścicielami lub posiadaczami samoistnymi. Posiadaczem samoistnym zgodnie z art. 336 Kodeksu cywilnego jest ten, kto faktycznie włada rzeczą jak właściciel. Zatem osoba będąca posiadaczem zależnym (tj. stosownie do art. 336 Kodeksu cywilnego władająca rzeczą jak użytkownik, zastawnik, najemca, dzierżawca lub mający inne prawo, z którym łączy się określone władztwo nad cudzą rzeczą) co do zasady nie jest podatnikiem podatku od nieruchomości, chyba że jest posiadaczem nieruchomości stanowiącej własność Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego, o czym stanowi art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy o podatkach i opłatach lokalnych.

Brak udowodnienia lub choćby uprawdopodobnienia twierdzenia będącego podstawą zarzutów, powoduje, że zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia Przystępujących na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, nie mogą być uznane za zasadne. W konsekwencji brak jest podstaw do stwierdzenia, że wypełniając dokumenty JEDZ Przystępujący przedstawili informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, co powinno skutkować wykluczeniem z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp.

Izba nie dopatrzyła się również podstaw do stwierdzenia, że Zamawiający miał obowiązek wezwać Przystępujących do wyjaśnienia treści JEDZ w zakresie odpowiedzi jakiej udzielili na pytanie dotyczące wywiązania się z wszystkich obowiązków dotyczących płatności podatku od nieruchomości na dzień złożenia JEDZ, tj. 13 listopada 2024 r., ze szczególnym uwzględnieniem obowiązku zgłoszenia nieruchomości do opodatkowania. Za podstawę takiego wezwania nie można uznać całkowicie gołosłownego twierdzenia Odwołującego, że do naruszenia takich obowiązków doszło.

Zarzuty dotyczące kar umownych

Odwołujący podniósł w odwołaniu, że *w toku Postępowania Odwołujący pozyskał informacje o karach umownych naliczonych G.M. przez trzy Nadleśnictwa, na rzecz których wykonywała ona usługi leśne na podstawie udzielonych jej zamówień publicznych:*

Lp.	Nadleśnictwo	Umowa	Kara umowna	Podstawa naliczenia kary umownej
1	Dębno	SA.271.5.10.2017.2	299,97 zł	uszkodzenie sadzonek
		SA.271.3.6.2020	4.336,53 zł	wadliwie pozyskany surowiec
		SA.271.3.6.2020	951,26 zł	zwłoka w wykonaniu prac
		SA.271.3.6.2020	372,30 zł	zwłoka w wykonaniu prac
		SA.271.3.6.2020	1.135,93 zł	zwłoka w wykonaniu prac
2	Rytel	ZG2.271.1.6.2022	4.000,00 zł	naruszenie obowiązku przedłożenia, dokumentów potwierdzających zatrudnienie pracownika w oparciu o umowę o pracę
		SA.271.29.1.21	1.609,90 zł	nieterminowe wykonanie zlecenia
		SA.271.29.1.21	2.582,30 zł	nieterminowe wykonanie zlecenia
			989,34 zł	

3	Kaliska	SA.271.29.1.21	2.500,00 zł	nierozpoczęcie prac w terminie 3 dni od podpisania zlecenia
		SA.271.29.1.21	2.492,32 zł	nieterminowe wykonanie zlecenia
		SA.271.29.1.21	669,00 zł	nieterminowe wykonanie zlecenia
		SA.271.29.3.21	147,84 zł	nieterminowe zlecenia wykonanie
		SA.271.29.2.21	962,75 zł	nieterminowe zlecenia wykonanie

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W punkcie 6.2 SWZ Zamawiający przewidział m.in. przesłanki wykluczenia określone w art. 109 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 ustawy Pzp.

W dokumencie JEDZ G.M. 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*, udzieliła odpowiedzi „Nie”.

Odwołujący pismem z 20 grudnia 2024 r. przekazał Zamawiającemu m.in. następującą informację:

Nadleśnictwa Dębno, w ramach których, w związku z nienależytym wykonaniem umowy Nadleśnictwo wystawiło w sumie 5 not naliczających kary umowne m.in. z tytułu zwłoki w terminowym wykonaniu prac (tj. za zawinione niedotrzymanie terminu realizacji) – w załączeniu przekazujemy dokumentację pozyskaną w tym zakresie od Nadleśnictwa Dębno, zwracając uwagę Zamawiającego w szczególności na noty wystawione w roku 2022, co mieści się w okresie wykluczenia, o którym mowa w art. 111 pkt 4) PZP, w związku z podstawą wykluczenia przewidzianą w art. 109 ust. 1 pkt 7) PZP (...)

Pismem z 31 grudnia 2024 r. Odwołujący przekazał Zamawiającemu następujące informacje:

G.M. realizowała usługi leśne na rzecz:

- (i) *Nadleśnictwa Rytel, w ramach umowy zawartej w roku 2022, na podstawie której Nadleśnictwo naliczyło karę umowną za naruszenie obowiązku przedłożenia dokumentów potwierdzających zatrudnienie pracownika w oparciu o umowę o pracę przed przystąpieniem do realizacji określonych czynności w ramach umowy – w załączeniu przekazujemy pismo z dnia 23.12.2024 r. z ww. Nadleśnictwa, potwierdzające nałożoną karę;*
- (ii) *Nadleśnictwa Kaliska, w ramach trzech umów zawartych w roku 2022, na podstawie których w związku ze stwierdzeniem nienależytego wykonania usługi Nadleśnictwo naliczyło osiem kar umownych z tytułu nieterminowej realizacji prac oraz nieprzystąpienia do realizacji zlecenia w terminie 3 dni od jego podpisania – w załączeniu przekazujemy pismo z dnia 23.12.2024 r. z ww. Nadleśnictwa, potwierdzające nałożone kary.*

Odwołujący przedstawił pismo z Nadleśnictwa Kaliska, zgodnie z którym na G.M. zostały nałożone następujące kary umowne:

- 1) Umowa nr SA.271.29.1.21: 1 609,90 zł, nieterminowe wykonanie zlecenia, §9 ust. 11 pkt 1) Umowy,
- 2) Umowa nr SA.271.29.1.21: 2 582,30 zł, nieterminowe wykonanie zlecenia, §9 ust. 11 pkt 1) Umowy; 989,34 zł, nieterminowe wykonanie zlecenia, §9 ust. 11 pkt 1) Umowy,
- 3) Umowa nr SA.271.29.1.21: 2 500,00 zł, nierozpoczęcie prac 3 dni od podpisania zlecenia, § 13 ust. 2 Umowy;
- 4) Umowa nr SA.271.29.1.21: 2 492,32 zł, nieterminowe wykonanie zlecenia, §9 ust. 11 pkt 1) Umowy,
- 5) Umowa nr SA.271.29.1.21: 669,00 zł, nieterminowe wykonanie zlecenia, §9 ust. 11 pkt Umowy,
- 6) Umowa nr SA.271.29.3.21: 147,84 zł, nieterminowe wykonanie zlecenia, §9 ust. 11 pkt Umowy,
- 7) Umowa nr SA.271.29.2.21: 962,75 zł, nieterminowe wykonanie zlecenia, §9 ust. 11 pkt 1) Umowy.

Ponadto Odwołujący przedstawił pismo z Nadleśnictwa Rytel, informujące, że:

W 2022 r., podczas realizacji z ww. podmiotem umowy nr ZG2.271.1.6.2022 zawartej w dn. 05.01.2022 r. na wykonanie usług leśnych, Zamawiający naliczył Wykonawcy karę umowną w wysokości 4 000,00 zł (cztery tysiące zł 00/100), za naruszenie zobowiązania Wykonawcy określonego w §7 ust. 4 umowy, tj. obowiązku przedłożenia, przed rozpoczęciem

realizacji czynności, do których odnosi się Obowiązek Zatrudnienia, dokumentów potwierdzających zatrudnienie pracownika w oparciu o umowę o pracę, pod rygorem niedopuszczenia tych osób do realizacji tych czynności.

Zamawiający zwrócił się do m.in. do Nadleśnictwa Dębno, Nadleśnictwa Kaliska i Nadleśnictwa Rytel o informacje dotyczące wartości umów, w ramach których naliczone zostały kary umowne, czy kary zostały opłacone przez wykonawcę oraz czy nadleśnictwo wystawiało ww. wykonawcy referencje (dot. umów w ramach których zostały naliczone powyższe kary). Na podstawie udzielonych odpowiedzi Zamawiający ustalił, że stosunek nałożonych kar do wartości umów był następujący:

- Nadleśnictwo Dębno – nr umowy SA.271.5.10.2017.2 – 0,003% wartości umowy,
- Nadleśnictwo Dębno – nr umowy SA.271.3.6.2020 – 0,11% wartości umowy,
- Nadleśnictwo Kaliska – nr umowy SA.271.29.1.21 – 0,94% wartości umowy,
- Nadleśnictwo Kaliska – nr umowy SA.271.29.2.21 – 0,11% wartości umowy,
- Nadleśnictwo Kaliska – nr umowy SA.271.29.3.21 – 0,01% wartości umowy,
- Nadleśnictwo Rytel - nr umowy ZG2.271.1.6.2022 – 0,41% wartości umowy.

Z udzielonych przez nadleśnictwa odpowiedzi wynika również, że:

- we wszystkich przypadkach kary umowny zostały opłacone,
- Nadleśnictwo Kaliska i Nadleśnictwo Rytel nie wystawiły referencji w związku z niewystąpieniem przez wykonawcę z takim wnioskiem,
- Nadleśnictwo Dębno wystawiło wykonawcy referencje.

Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 109 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

- pkt 7: który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady;
- pkt 8: który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych;
- pkt 10: który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W ocenie Izby Zamawiający nie naruszył powyższych przepisów ustawy.

Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał, że ziszczyli się przesłanki wykluczenia określone w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Sformułowane w odwołaniu zarzuty zostały oparte wyłącznie na okoliczności, że Przystępujący w toku realizacji umów na rzecz Nadleśnictwa Dębno, Nadleśnictwa Rytel i Nadleśnictwa Kaliska został obciążony karami umownymi i z tej tylko okoliczności Odwołujący wywodzi obowiązek wykluczenia na podstawie ww. przepisu. Jednocześnie Odwołujący pominął poszczególne przesłanki wyszczególnione w art. 109 ust. 1 pkt 7.

Zauważyć należy, że art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wymaga wykazania, że w znacznym stopniu lub zakresie wykonawca nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie oraz że nastąpiło to z przyczyn leżących po jego stronie i skutkowało m.in. zapłatą odszkodowania. Tymczasem Odwołujący pominął w odwołaniu kwestie strony podmiotowej naruszeń, których miał się dopuścić członek Konsorcjum Przystępującego, ich stopnia i zakresu albo długotrwałości, jak również istotności naruszonych zobowiązań. Odwołujący w żadnej mierze nie wykazał, aby objęte zarzutami kary umowne mogły być zakwalifikowane jako na tyle znaczne, że można by je uznać za wyczerpujące dyspozycję art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Podkreślić należy, że samo naliczenie kar umownych nie może automatycznie oznaczać, że do nienależytego wykonania rzeczywiście doszło. Zamawiający może zastosować sankcję wykluczenia wykonawcy z postępowania tylko wtedy, jeżeli jest w stanie ustalić i wykazać, że miało miejsce nienależyte wykonanie zamówienia i że nastąpiło to

w warunkach opisanych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Odwołujący, zarzucając Zamawiającemu zaniechanie zastosowania tego przepisu, obciążony był obowiązkiem wykazania zaistnienia przesłanek określonych w tym przepisie, czego w rozpoznawanej sprawie nie zrobił, ograniczając się do wskazania na niesporną okoliczność nałożenia na członka Konsorcjum Przystępującego kar umownych.

Zamawiający natomiast zbadał, jaka była skala naruszeń obowiązków umownych przez Przystępującego i prawidłowo – zdaniem Izby – ocenił, że skali tej nie sposób uznać za niewykonanie lub nienależyte wykonanie w znacznym stopniu lub zakresie albo długotrwałe nienależyte wykonywanie istotnych zobowiązań. Jak ustalił Zamawiający, kary umowne, którymi zostało obciążony Przystępujący, stanowiły w przypadku Nadleśnictwa Dębno odpowiednio: 0,003% i 0,11% wartości umowy, w przypadku Nadleśnictwa Kaliska – 0,94%, 0,11%, 0,01% wartości umowy, w przypadku Nadleśnictwa Ryteł – 0,41% wartości umowy. Zamawiający przedstawił też w postępowaniu odwoławczym pozyskane z ww. nadleśnictw informacje dotyczące liczby zleceń, których dotyczyły kary umowne. Nadleśnictwo Dębno przekazało w tym zakresie następujące informacje: liczba zleceń w ramach umowy SA.271.5.10.2017.2, to 976, przy czym kary umowne dotyczyły jednego zlecenia, w ramach umowy SA.271.3.6.2020 – 725 zleceń, kary umowne nałożono w przypadku 10 zleceń. Zauważenia wymaga przy tym, że umowa SA.271.5.10.2017.2 obejmowała okres od 16 lutego 2018 r. do 31 grudnia 2020 r., zatem od obciążenia Przystępującego karami umownymi upłynęło więcej niż 3 lata, zatem już tylko z tego powodu sposób realizacji tej umowy nie może mieć znaczenia z punktu widzenia przesłanek wykluczenia określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, na podstawie której wykonawca może być wykluczony przez okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia (art. 111 pkt 4 ustawy Pzp). W przypadku Nadleśnictwa Ryteł wystawiono 72 zlecenia, a kara umowna dotyczyła naruszenie obowiązku przedłożenia, dokumentów potwierdzających zatrudnienie pracownika w oparciu o umowę o pracę. W przypadku Nadleśnictwa Kaliska (umowy nr SA.271.29.1.21, SA.271.29.2.21 SA.271.29.3.21), liczba wystawionych zleceń to odpowiednio: 115, 134 i 128, a zlecenia, których dotyczyły kary umowne to odpowiednio: 3, 1 i 1.

Uwzględniając liczbę i rodzaje naruszeń oraz stosunek nałożonych kar do wartości umów należy dojść do wniosku, że nienależyte wykonanie obowiązków umownych miało charakter incydentalny, niemający istotnego znaczenia dla osiągnięcia celów umowy i niewpływający na ogólną ocenę sposobu realizacji umów. Zauważenia wymaga, że wystąpienie przy realizacji umów pojedynczych naruszeń, skutkujących nałożeniem kar umownych, jest zjawiskiem bardzo częstym i nie może być automatycznie utożsamiane z nienależytym wykonaniem umowy. Potwierdzeniem tego są referencje wystawione przez Nadleśnictwo Dębno 30 października 2024 r., przez Nadleśnictwo Kaliska – 28 stycznia 2025 r. oraz przez Nadleśnictwo Ryteł – 29 stycznia 2025 r. Wszystkie ww. nadleśnictwa potwierdziły, mimo wystąpienia przypadków obciążenia wykonawcy karami umownymi, że umowy zostały wykonane należyście.

Wobec powyższego nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, które kary umowne wiązały się bezpośrednio z działalnością G.M., a które – z realizacją zadań przez podmiot będący z nią w konsorcjum. Kary te, jak wskazano powyższej, nie świadczą o nienależytej realizacji umów i o wypełnieniu przesłanek określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Skoro nie zostało wykazane, że Przystępujący podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, to nie można stwierdzić, że udzielając w JEDZ przeczącej odpowiedzi 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?*, wprowadził Zamawiającego w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Powyższe pytanie w dokumencie JEDZ należy odnosić do przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania, nie jest zatem tak, że wykonawca zobowiązany jest odpowiedzieć na nie twierdząco, niezależnie od tego, czy okoliczności, których taka odpowiedź dotyczy, mieszczą się w katalogu przesłanek wykluczenia, czy też nie.

Jak wskazano w opinii Urzędu Zamówień Publicznych (): *Należy zatem przyjąć, że kierując się wymogami przejrzystości postępowania, w oświadczeniu składanym na formularzu JEDZ wykonawca powinien poinformować zamawiającego o uprzednich nieprawidłowościach w realizacji umów, przy czym informacja ta powinna być skorelowana z przesłanką wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp (tj. wykluczenie z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, który w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależyście wykonał albo długotrwałe nienależyście wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji). Skoro oświadczenie składane jest w związku z przesłanką wykluczenia określoną w ww. przepisie, to uwzględniając treść przepisu, w przywołanej wyżej części formularza JEDZ nie wskazuje się umów, przy których realizacji wystąpiły inne niż określone w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp okoliczności.* Izba w pełni podziela pogląd wyrażony w tej opinii. W związku

z tym, że pytanie w dokumencie JEDZ służy weryfikacji istnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania, niezasadne jest założenie, że w odpowiedzi na to pytanie należy przedstawiać wszelkie zdarzenia zaistniałe w toku realizacji wszelkich umów, bez względu na to, czy wyczerpują one znamiona działań uzasadniających wykluczenie. Zatem w sytuacji, gdy naruszenia zaistniałe przy realizacji umów objętych zarzutami nie wyczerpywały przesłanki wykluczenia, to nie może twierdzić, że oświadczenie Przystępującego w dokumencie JEDZ stanowiło informację wprowadzającą w błąd.

Za bezzasadny należy uznać zarzut dotyczący zaniechania przez Zamawiającego wezwania Przystępującego do wyjaśnienia treści JEDZ złożonego przez G.M.. W ocenie Izby Zamawiający dysponował wszystkimi informacjami niezbędnymi do oceny zaistnienia przesłanek wykluczenia i oceny tej dokonał prawidłowo.

Nietrafne jest stanowisko Odwołującego, że Zamawiający postąpił w sposób nieprzewidziany ustawą zwrócił się o przedstawienie informacji dotyczących kar umownych do nadleśnictw, zamiast bezpośrednio do Przystępującego. Izba nie podziela poglądu, że przepis art. 128 ust. 5 ustawy Pzp nie mógł mieć zastosowania *do przypadku, z jakim mamy do czynienia w Postępowaniu, w którym JEDZ całkowicie przemilcza informacje o nałożonych na wykonawcę karach umownych*. Zamawiający dążył bowiem do ustalenia okoliczności istotnych dla oceny braku podstaw wykluczenia, do czego wprost uprawnia art. 128 ust. 5 ustawy Pzp. Na marginesie zauważyć należy, że poszczególne nadleśnictwa są jednostkami organizacyjnymi Zamawiającego, którym jest Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, zatem prowadzoną z nadleśnictwami korespondencję można traktować jako mającą charakter wewnętrzny. W sytuacji gdy pozyskane w tym trybie informacje pozwalały na dokonanie rzetelnej oceny w zakresie podstaw wykluczenia, nie ma podstaw zarzucać Zamawiającemu zaniechania zwrócenia się do Przystępującego o udzielenie wyjaśnień.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. a, b i d oraz § 7 ust. 1 pkt 1, stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami Odwołującego.

Przewodnicząca:.....