

WYROK

z dnia 21 marca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący	Ryszard Tetzlaff
Członkowie:	Klaudia Szczytowska - Maziarz Monika Szymanowska
Protokolant:	

Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 marca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 marca 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Konsorcjum „Las”: 1) G. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy G. S., Wielin 10, 76-010 Polanów (Lider); 2) S. A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą S. A. „Aftbik”, Gieczynek 36, 64 - 730 Wieleń (Partner): z adresem dla siedziby lidera: Wielin 10, 76-010 Polanów w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne - Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Polanów, ul. Żwirowa 12a, 76-010 Polanów

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum „Las”: 1) G. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy G. S., Wielin 10, 76-010 Polanów (Lider); 2) S. A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą S. A. „Aftbik”, Gieczynek 36, 64 - 730 Wieleń (Partner): z adresem dla siedziby lidera: Wielin 10, 76-010 Polanów i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 00 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców

Konsorcjum „Las”: 1) G. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą

Zakład Usługowy G. S., Wielin 10, 76-010 Polanów (Lider); 2) S. A.

prowadzący działalność gospodarczą pod firmą S. A. „Aftbik”, Gieczynek 36, 64 - 730 Wieleń (Partner): z adresem dla siedziby lidera: Wielin 10, 76-010 Polanów tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawców Konsorcjum „Las”: 1) G. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy G. S., Wielin 10, 76-010 Polanów (Lider); 2) S. A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą S. A. „Aftbik”,

Gieczynek 36, 64 - 730 Wieleń (Partner): z adresem dla siedziby lidera: Wielin 10, 76-010 Polanów na rzecz Skarbu Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne - Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Polanów, ul. Żwirowa 12a, 76-010 Polanów kwotę 4 722 zł 64 gr (słownie: cztery tysiące siedemset dwadzieścia dwa złotych sześćdziesiąt cztery grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Koszalinie.

Przewodniczący:

Członkowie:

Sygn. akt: KIO 422/18

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Polanów w roku 2018-2019 w zakresie części zamówienia - Pakiet nr 1, Oznaczenie sprawy (sygn. akt: SA.270.29.2017.ZN), zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2017/S 215 - 447000 z 09.11.2017 r., przez Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne - Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Polanów, ul. Żwirowa 12a, 76-010 Polanów zwany dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 23.02.2018 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej w Pakiecie 1: B. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Usług Leśnych Usługi pilarskie, zrywka i zagospodarowanie lasu B. S., Zielenica 14, 76-142 Malechowo zwanego dalej: „Zakład Usług Leśnych Usługi pilarskie, zrywka i zagospodarowanie lasu B. S.”, dodatkowo w tym samym dniu poinformował o wykluczeniu wykonawcy z postępowania i odrzuceniu oferty - Konsorcjum „Las”: 1) G. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy G. S., Wielin 10, 76-010 Polanów (Lider); 2) S. A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą S. A. „Aftbik”

Gieczynek 36, 64 - 730 Wieleń (Partner): z adresem dla siedziby lidera: Wielin 10, 76-010 Polanów zwane dalej: „Konsorcjum Las” albo „Odwołującym” na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 oraz art. 24 ust. 5 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 8 i 9 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579) zwanej dalej: „Pzp” i odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp. Przy czym, w dniu 21.02.2018 r. (e-mailem) Zamawiający oddzielnie poinformował obszernie Odwołującego o przesłankach faktycznych i prawnych wykluczenia z udziału w postępowaniu i odrzuceniu jego oferty.

W dniu 05.03.2018 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum Las wniosło odwołanie na w/w czynności z 21 i 23.02.2018 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 05.03.2018 r. (e-mailem). Zarzucił naruszenie

- art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp, niezgodne z przepisami Pzp oraz postanowieniami SIWZ prowadzenie przez Zamawiającego czynności dotyczących wyboru oferty najkorzystniejszej dla pakietu nr 1.

- art. 24 ust 5 pkt 2 i art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, poprzez ich błędne zastosowanie i uznanie że Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania, pomimo że nie zaistniały przesłanki do wykluczenia Odwołującego z postępowania,

- art. 24 ust 8 i 9 Pzp poprzez ich błędną interpretację oraz bezpodstawne przyjęcie przez Zamawiającego tezy z góry założonej o wystąpieniu w stosunku do Odwołującego przesłanek wykluczenia z art. 24 ust 5 pkt 2 i 4 Pzp pomimo, że Odwołujący podjął wystarczające środki aby zagwarantować należyte wykonanie zamówienia publicznego,

- art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust 4 Pzp, poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty

Odwołującego, która złożona została zgodnie z wskazaniami

SIWZ, Pzp, a Odwołujący nie podlega wykluczeniu,

- inne wskazane w treści niniejszego odwołania.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty
 - unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
 - powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego w zakresie części zamówienia - pakiet nr 1,
- obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Jako podstawę wykluczenia Zamawiający wskazał art. 24 ust. 5 pkt. 2 oraz art. 24 ust. 5 pkt. 4 Pzp w zw. z art. 24 ust 8 i 9 Pzp. Przepis art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp stanowi, że wykluczeniu z udziału w postępowaniu podlega wykonawca jeżeli w sposób zawiniony 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 środków dowodowych. Szczegółowej wykładni art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp dokonała KIO w wyroku z 30.01.2017 r., sygn. akt: KIO 2199/16. W wyroku tym Izba stwierdziła, że w celu wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie tego przepisu Zamawiający jest zobowiązany każdorazowo zbadać, czy w okolicznościach danej sprawy, przesłanki zastosowania tego przepisu spełniły się kumulatywnie. Tym samym Zamawiający zobowiązany jest:

- ustalić czy wykonawca w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności, czy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależyte wykonał zamówienie.
- wykazać powyższe za pomocą stosownych środków dowodowych

Dopiero łączne spełnienie opisanych przesłanek uprawnia zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Ciężar udowodnienia okoliczności uzasadniających wykluczenie wykonawcy z postępowania spoczywa natomiast na Zamawiającym. Dalej Izba stwierdza, że wykluczenie wykonawcy może nastąpić w wyniku poważnego naruszenia

obowiązków zawodowych, skutkiem czego jest podważenie uczciwości wykonawcy. Naruszenie obowiązków zawodowych przez wykonawcę winno mieć charakter zawiniony. Pojęcie winy było wielokrotnie przedmiotem opracowań judykatury i doktryny prawa cywilnego, toteż powielanie teoretycznej analizy w tym miejscu jest zbędne. Jedynie dla przypomnienia Izba wskazuje, że wina może być kwalifikowana jako umyślna (sprawca chce wywołać określone skutki lub godzi się na ich wystąpienie) lub jako nieumyślna (niedbalstwo, lekkomyślność) sprawca przewidywał możliwość wystąpienia bezprawnych następstw swego zachowania, lecz bezzasadnie przypuszczał, że ich uniknie lub nawet nie przewidywał możliwości wystąpienia takich skutków, ale powinien i mógł je przewidzieć. W przeciwieństwie do przytoczonego powyżej pojęcia winy zwrot „poważne naruszenie obowiązków zawodowych” jest wyrażeniem niedookreślonym, dlatego też wymaga każdorazowo indywidualnej oceny wykonawcy w odniesieniu do konkretnego stanu faktycznego.

Dla interpretacji tej przesłanki pomocne jest stanowisko Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który w wyroku z 13.12.2012 r. o sygn. C- 465/11 (Forposta) orzekł że: „Pojęcie „poważnego wykroczenia” odnosi się zwykle do zachowania danego wykonawcy wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważnego niedbalstwa z jego strony. Tym samym jakiegokolwiek nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub

jej części może ewentualnie wykazać niższe kompetencje zawodowe danego wykonawcy, lecz nie jest automatycznie równoważne z poważnym wykroczeniem. Ponadto stwierdzenie istnienia poważnego wykroczenia wymaga co do zasady przeprowadzenia konkretnej i zindywidualizowanej oceny postawy danego wykonawcy. W tym względzie pojęcia „poważnego wykroczenia” nie można zastępować pojęciem „okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność” dany wykonawca”.

Izba, w cytowanym orzeczeniu, wskazała również, że „w Kodeksie cywilnym brak jest bliższego określenia pojęcia nienależytego wykonania zobowiązania. Jednak z doktryny prawa cywilnego oraz orzecznictwa generalnie wynika, że z nienależytym wykonaniem zobowiązania mamy do czynienia wtedy, gdy świadczenie jest wprawdzie spełnione, ale nie jest ono prawidłowe, gdyż odbiega w mniejszym albo większym stopniu od świadczenia wymaganego, a pojęcie to jest tak ogólne i pojemne, iż nie sposób określić wszystkich sytuacji, do których może się odnosić (tak: Komentarz do Kodeksu Cywilnego, Księga Trzecia, Zobowiązania, Tom I, Wyd. LexisNexis, W-wa 2011, str. 771). Dla właściwej wykładni przepisu art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp należy odwołać się do pojęć, do których interpretowany przepis odsyła, a więc do pojęcia winy umyślnej lub rażącego niedbalstwa. Wina umyślna zachodzi wówczas, gdy dłużnik chce naruszyć ciężące na nim zobowiązania

albo przewiduje możliwość takiego naruszenia, na co się godzi. (W. Popiołek (w:) K.
5

Pietrzykowski, Komentarz, t. II, 2011, str. 54).”. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej istotnym jest, iż „zastosowanie przepisu art. 24 ust. 5 pkt 2 wymaga od zamawiającego udowodnienia ziszczenia się przesłanek opisanych w powyższym przepisie, tj. że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia, w określonym czasie przed wszczęciem postępowania, poważnie naruszył w sposób zawiniony obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności, gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależyście wykonał zamówienie.

Pojęcie należytej staranności zdefiniowane jest w art. 355 § 1 k.c., zgodnie z którym, „Dłużnik zobowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju”. Wykładni omawianego przepisu dokonał Sąd Najwyższy stwierdzając, że „Przepis art. 355 i k.c. stawia dłużnikowi wymaganie wykonywania zobowiązania z należytą starannością, to jest starannością ogólnie wymaganą w stosunkach danego rodzaju. Wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny. Jego zastosowanie w praktyce polega najpierw na dokonaniu wyboru modelu, ustalającego optymalny w danych warunkach sposób postępowania, odpowiednio skonkretyzowanego i aprobowanego społecznie, a następnie na porównaniu zachowania się dłużnika z takim wzorcem postępowania. O tym, czy na tle konkretnych okoliczności można osobie zobowiązanej postawić zarzut braku należytej staranności w dopełnieniu obowiązków, decyduje nie tylko niezgodność jego postępowania z modelem, lecz także uwarunkowana doświadczeniem życiowym możliwość i powinność przewidywania odpowiednich następstw zachowania. Miernik postępowania dłużnika, którego istota tkwi w zaniechaniu dołożenia staranności, nie może być formułowany na poziomie obowiązków niedających się wyegzekwować, oderwanych od doświadczeń i konkretnych okoliczności”. W przypadku usług leśnych brak jest odniesienia do obiektywnego wzorca ustalającego terminy realizacji dla określonych przedmiotowo usług.

Natomiast art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp stanowi, że wykluczeniu z udziału w postępowaniu podlega wykonawca który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależyście wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. Aby doszło do wykluczenia wykonawcy na podstawie tego przepisu, muszą łącznie zachodzić następujące okoliczności:

- 1) wykonawca zawarł umowę z podmiotem, który ma status zamawiającego,
- 2) umowa ta była umową w sprawie zamówienia publicznego,
- 3) zamówienie będące przedmiotem umowy nie zostały wykonane albo zostało wykonane nienależyście w istotnym stopniu - przy czym nie każde nienależyte wykonanie będzie istotne

na tyle, aby możliwe było skorzystanie z przesłanki wykluczenia. Przykładowo zasądzenie
6

odszkodowania np. za opóźnienie, które nie miało istotnego wpływu na wykonanie umowy, lub inne drobne uchybienia nie będą stanowiły okoliczności uzasadniających wykluczenie,

- 4) niewykonanie lub nienależyte wykonanie nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Przyczyny leżące po stronie wykonawcy to wszelkie sytuacje, których

zaistnienie można przypisać wykonawcy, oraz te, które zaistniały niezależnie od jego winy czy nawet woli, ale dotyczą takich okoliczności, za które wykonawca odpowiada.

5) niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy doprowadziło do jej rozwiązania lub zasądzenia odszkodowania. Rozwiązanie umowy obejmuje zarówno jej wypowiedzenie, jak i odstąpienie, niezależnie od tego, czy nastąpiło na podstawie postanowień umownych, czy z przyczyn ustawowych. Użyty przez ustawodawcę zwrot „zasądzenie odszkodowania” sugeruje, że nie chodzi w tym przepisie o wymierzenie kar umownych przez zamawiającego, ale orzeczenie niezależnego organu właściwego do orzekania w sprawie odszkodowawczej.

Wykazanie wszystkich powyższych okoliczności stanowi podstawę wykluczenia. Przepisy art. 24 ust 8 i 9 Pzp dopuszczają natomiast możliwość samooczyszczenia

wykonawcy (ang. Self-cleaning). Koncepcja samooczyszczenia, przewidziana w prawie

europejskim i wprowadzona do ustawodawstwa krajowego, nie zakłada kwestionowania podstaw wykluczenia, które zaistniały w stosunku do wykonawcy. Pozwala ona wykonawcy na udowodnienie, że mimo ich zaistnienia podjęte przez niego działania świadczą o jego wiarygodności. Instytucja samooczyszczenia z jednej strony opiera się na zasadzie proporcjonalności, a z drugiej nie może naruszać zasady równego traktowania wykonawców. Zgodnie z zasadą proporcjonalności, będącą jedną z ogólnych zasad prawa wspólnotowego, wymagane jest aby działania zamawiającego odpowiednie i niezbędne do realizacji zgodnych z prawem celów wskazanych w przepisach prawa. Jeżeli istnieje możliwość wyboru spośród wielu odpowiednich środków, należy stosować najmniej dotkliwe, a wynikające z tego niedogodności nie mogą być nadmierne w stosunku do zamierzonych celów. Zamawiający może więc wykluczyć wykonawcę tylko wtedy, gdy albo wykonawca nie powziął żadnych środków mających na celu jego samooczyszczenie, albo podjął środki nieodpowiednie. Istotą samooczyszczenia jest dopuszczenie wykonawcy, który powinien zostać wykluczony z postępowania, na podstawie podjętych przez niego niezbędnych środków mających na celu zapewnienie, że nieprawidłowości z przeszłości nie będą się powtarzać. Ustawodawca nie przedstawia, jakie środki naprawcze powinien podjąć wykonawca, aby zamawiający uznał, że środki te są odpowiednie. Nie ulega wątpliwości, że każda sprawa musi być rozpatrywana indywidualnie, w zależności od rodzaju naruszenia. Ustawa Pzp. stanowi jedynie, że może to być podjęcie przez wykonawcę konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, odpowiednich dla zapobiegania

dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym, lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy.

Bezspornym jest, iż w toku postępowania Odwołujący udzielił wyjaśnień w zakresie istnienia wobec niego przesłanek wykluczenia określonych w art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Pzp, a także wyjaśnień w zakresie podjętych przez niego środków i działań mających na celu zapobieżenie naruszania obowiązków zawodowych oraz poprawę jakości świadczonych usług. Wyjaśnienia te obszernie wskazywały na podjęte konkretne działania, takie jak zwiększenie potencjału technicznego w postaci Forwardera oraz zatrudnienie nowych pracowników a także inne działania w sferze zarządzania realizacją zamówienia. Aktualnie zatrudnienie w Odwołującego opiera się w całości o umowę o pracę. Odwołujący prowadzi również na bieżąco rozpoznanie rynku pracy w rejonie wykonania zamówienia i może potwierdzić, że w razie konieczności gotów jest zatrudnić jeszcze 4 wyłonione już osoby.

Odwołujący zwraca uwagę na fakt, że umowy wykonania usług z zakresu gospodarki leśnej zawierane z Nadleśnictwami mają charakter adhezyiny. Wzór umowy jest ustalony ogólnie w ramach struktury Lasów Państwowych i mają niezwykle szczegółowy i sztywny charakter. Zamawiający - poszczególne Nadleśnictwa - nie zgadzają się na wprowadzanie jakichkolwiek zmian we wzorach umów. Zapisy umów bardzo szczegółowo zabezpieczają interes Skarbu Państwa, powodując jednocześnie, że uniknięcie naliczenia kar umownych przez wykonawców jest znacząco utrudnione, czasem wręcz niemożliwe. Aby wykazać jak bardzo umowa stawia w dominującej pozycji Zamawiającego Odwołujący zwraca uwagę na następujące zapisy: § 3 pkt. 2 „Termin wykonania poszczególnych prac stanowiących przedmiot Zlecenia określony zostanie każdorazowo w Zleceniu” - terminy wykonania poszczególnych zleceń są więc określane arbitralnie przez

Zamawiającego a ich ewentualne przedłużenie zależy od woli Zamawiającego. Na mocy § 2 pkt. 3 wykonawca nie ma możliwości odmówić przyjęcia zlecenia - „Wykonawca nie może odmówić przyjęcia Zlecenia”. Zgodnie z § 8 pkt. 1 realizacja przez umowy przy pomocy podwykonawcy wymaga uzyskania uprzedniej zgody Zamawiającego. Dodatkowo możliwość zatrudniania podwykonawców jest ograniczona zastrzeżeniem obowiązku samodzielnej realizacji kluczowych elementów (części) zamówienia, co powoduje, że pewne elementy muszą być wykonywane tylko przez wykonawcę bezpośrednio, 7 (cały, ale w szczególności ust. 7 - wykonywanie usług przez osoby wskazane w ofercie oraz § 13 (cały) - bardzo rozbudowany katalog kar umownych.

Potwierdzeniem faktu, że w toku realizacji umów z zakresu gospodarki leśnej, uniknięcie naliczania kar umownych przez Zamawiających jest prawie niemożliwe jest fakt, że spośród wszystkich not księgowych, o których wspomniał Zamawiający w treści pisma z informacją o wykluczeniu wynika, że Nadleśnictwo Czarniejevo wystawiło ponad 200 not

8

księgowych. Nota o najwyższym numerze została wystawiona w grudniu i nosi numer 208. Spośród tych ponad 200 not księgowych zaledwie 33 dotyczyło realizacji umowy realizowanej przez Odwołującego.

W treści uzasadnienia wykluczenia odnośnie umowy z Nadleśnictwem Czarniejevo Zamawiający wskazał, że w konsekwencji odstąpienia od umowy było naliczenie kar umownych, których część nie została zapłacona, a szkody nie zostały wyrównane. W ocenie wykonawcy część kar została naliczona bezprawnie, Odwołujący nie zgadza się również w kwestii szkody. Odwołujący nie zgodził się z decyzją Zamawiającego - Nadleśnictwa Czarniejevo - zarzucając jej, że została podjęta w sposób niezgodny z umową, bezprawnie. W tej sprawie wykonawca będzie starał się o rozstrzygnięcie sporu przez Sąd powszechny. Przepisy powszechnie obowiązującego prawa w Polsce, w szczególności Kodeks Cywilny, dopuszczają możliwość dochodzenia przez Sądem swoich racji. Jednocześnie Odwołujący ma świadomość, że będzie musiał respektować decyzję niezależnego Sądu.

Odwołujący wskazał w treści wyjaśnień skierowanych do Zamawiającego w dniu 26.01.2018 r. oraz w treści uzupełnionego dokumentu JEDZ szczegółowo przedstawił powody niewykonania tej umowy. W celu potwierdzenia przytoczonych tam okoliczności, nierównego traktowania wykonawców do niniejszego odwołania załączył przykładowo zlecenia Nadleśnictwa Czarniejevo wystawione na innych wykonawców gdzie zmienione zostały terminy realizacji zleceń. Większość zleceń dla innych wykonawców Nadleśnictwa Czarniejevo wystawiało z terminem realizacji ok. 2 miesiące. Zlecenia krótsze miały terminy realizacji przedłużane. W tym miejscu przywołał wyrok KIO z 12.05.2017 r., sygn. akt: KIO 782/17 (Zamówienia publiczne w orzecznictwie Zeszyt nr 27): „(...) Z literalnego brzmienia tego przepisu (art. 24 ust 5 pkt 2 ustawy Pzp) wynika, że sam fakt niewykonania lub nienależytego wykonania umowy jest niewystarczający do dokonania wykluczenia. Konieczne jest bowiem, by nastąpiło to z przyczyn leżących po stronie wykonawcy kwalifikowanych jego umyślnym działaniem lub rażącym niedołożeniem należytej staranności i to w stopniu podważającym uczciwość wykonawcy. Oznacza to, że przyczyny niewykonania lub nienależytego wykonania umowy muszą być tego rodzaju, że podważają uczciwość wykonawcy, czyli rodzą uzasadnione obawy, że wykonawca ten nie wykona kolejnej umowy w przyszłości. Przesłanki zawinienia wykonawcy oraz niewykonania lub nienależytego wykonania umowy są zatem połączone normalnym, adekwatnym związkiem przyczynowo - skutkowym.”. W niniejszej sprawie trudno mówić o nienależytym wykonaniu z przyczyn leżących po stronie Odwołującego czy też celowym działaniem, skoro terminy indywidualnych zleceń były całkowicie niezależne od niego. Natomiast rozwiązanie umowy z powodu powstałych w realizacji opóźnień nie daje podstaw do eliminowania Odwołującego z kolejnych przetargów. Odwołujący wskazał, że stwierdzenie Zamawiającego, jakoby

9

współpraca z firmą „AFTBIK” S. A., nic nie zmieniła w realizacji umowy z Nadleśnictwem Sławno, nie jest zgodne ze stanem faktycznym sprawy. Podjęte przez Odwołującego działania naprawcze, wskazane w wyjaśnieniach z 26.01.2018 r., pozwoliły realizować w dalszym ciągu zawartą umowę. Pomimo, że nie wszystkie zlecenia realizowane były terminowo umowa została zakończona, a Zamawiający - Nadleśnictwo Sławno - nie wypowiedział umowy pomimo, że początkowo kierował do Odwołującego pisma informujące o takiej możliwości. Notatki służbowe zebrał i pisma kierowane były do Odwołującego zwłaszcza w początkowych terminach realizacji umowy. Przykładowo:

- notatka z 20.03.2017 r. - pkt 2 pisma z informacją o wykluczeniu,
- notatka z 18.04.2017 r. - pkt 13 pisma z informacją o wykluczeniu,
- pismo z marca 2017 r. - pkt 16 pisma z informacją o wykluczeniu,
- notatka z 29.05.2017 r. i 14.06.2017 r. - pkt 19 pisma z informacją o wykluczeniu,
- notatka z 14.06.2017 r. - pkt 13 pisma z informacją o wykluczeniu.

W późniejszym terminie umowa była realizowana, pomimo że poszczególne zlecenia były wykonywane z opóźnieniami.

W toku realizacji tej umowy Odwołujący w miesiącu lutym wystąpił do Nadleśnictwa Sławno o przedłużenie terminu wykonania zleceń na co wyrażona została zgoda. W przypadku kolejnych wniosków o przedłużenie terminu wykonania zleceń, Nadleśnictwo

Sławno nie wyrażało już zgody. W późniejszym terminie Odwołujący odstąpił od zwracania się o zgodę na przedłużenie terminu wykonania zleceń, wiedząc, że i tak nie zostanie ona wyrażona. Odwołujący podkreślił, że nie wszystkie zlecenia były wykonywane nieterminowo. Wiele zleceń Nadleśnictwa Sławno było realizowane terminowo. Największe problemy w terminowej realizacji przysparzały pozycje asortymentowe, które przewidywały prace na terenie zalanym przez ciągłe opady deszczu. Problemem były też zlecenia dla których leśniczy wstrzymywał pozyskanie i zrywkę ze względu na warunki atmosferyczne. Decyzje takie były podejmowane ustnie. Dodał, że wzór umowy stosowany przez Nadleśnictwa, w wielu miejscach zawiera postanowienia dotyczące wstrzymania prac. Przykładowo w § 2 pkt 11 Zamawiający jest uprawniony m. in. do wstrzymania realizacji zlecenia w przypadku zaistnienia niesprzyjających warunków przyrodniczych bądź atmosferycznych. Skorzystanie jednak przez Zamawiającego z tego uprawnienia nie uruchamia jednocześnie obowiązku zmiany terminu realizacji zlecenia. Przewidziana w § 2 pkt 9 możliwość modyfikacji zlecenia po jego przekazaniu, obwarowane jest wystąpieniem szczególnych okoliczności. Z punktu widzenia cywilnoprawnego niesprzyające warunki przyrodnicze bądź atmosferyczne nie są tym samym co szczególne okoliczności. Okoliczności te sprawiają, że w przypadku wstrzymania prac przez Zamawiającego wykonawca nie może realizować prac, co naraża go na kary umowne, jednocześnie ewentualne przedłużenie realizacji zlecenia uzależnione jest od arbitralnej decyzji Zamawiającego. Sytuacja taka stanowi zachwianie kodeksowej równości stron umowy cywilnoprawnej.

Odwołujący poinformował, że w toku realizacji umowy zawartej z Nadleśnictwem Sławno decydujące znaczenie dla powstania opóźnień miały problemy kadrowe, które wystąpiły na początku realizacji umowy oraz nawarstwienie zleceń wynikające z faktu, że niezrealizowane zlecenia pokrywały się z wystawianiem nowych zleceń przez Nadleśnictwo. Odwołujący pomimo, dokonanych zmian kadrowych, a także wzmocnienia potencjału technicznego miał problemy z terminową realizacją części zleceń ponieważ zalegające zlecenia wymuszały na nim odwlekanie wykonania zleceń bieżących.

Jak wykazano powyżej miernik postępowania dłużnika, którego istota tkwi w zaniechaniu dołożenia staranności, nie może być formułowany na poziomie obowiązków niedających się wyegzekwować, oderwanych od doświadczeń i konkretnych okoliczności", Terminy realizacji poszczególnych zleceń, których przyjęcia (jak wykazano powyżej) nie może odmówić Wykonawca, bez względu na zakres i wielkość każdorazowo ustala Nadleśnictwo. Korzystając z informacji zawartej w „Zawiadomieniu o wykluczeniu Wykonawcy" (poz. 10 zawiadomienia) zakresy prac do wykonania oraz termin realizacji nie wiele mają wspólnego z obiektywnym założeniem terminów na ich wykonanie - optymalnym wzorcem. I tak:

- zlecenie z 7.03.2017 r. na realizację CWDPN/ 30 m³, Zrywka/ 5,0 m³ z terminem wykonania do 28.03.2017 - 21 dni.
- zlecenie z 10.03.2017 r. na realizację CWDPN/ 5,0 m³ Zrywka/ 5,0 m³ z terminem wykonania do 28.03.2017 - 18 dni.

Nadleśnictwo w odstępie 3 dniowym zlecono wykonanie dwu podobnych rodzajowo zadań wymagających min. 18 dni dla każdego z nich. Zwiększenie zakresu prac do wykonania z obowiązkiem ich wykonania w tym samym czasie spowodowało opóźnienie realizacji skutkując nałożeniem kar. Doświadczenie to jak wykazał Odwołujący w swoim programie naprawczym spowodowało podjęcie odpowiednich działań zarówno organizacyjnych jak i kadrowych celem nie tylko uniknięcia na przyszłość podobnych skutków, ale przede wszystkim zachowania staranności gwarantującej poprawność w realizacji usług. Zamawiający analizując przebieg realizowanych przez Odwołującego zleceń w wykazanych Nadleśnictwach winien dokonać porównania z konkretnymi warunkami ich realizacji. Winien w swej ocenie wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności, jakie miały wpływ na zachowanie Odwołującego, czy zaniechanie staranności wynikało z przyczyn leżących po jego stronie. Jeśli nie, zgodnie z dyspozycją art. 385 § 2 k.c. wszelkie

wątpliwości należałoby interpretować na korzyść Odwołującego. W toku realizacji umowy wystąpiły co prawda kary umowne, aczkolwiek zdecydowana większość z nich dotyczyło kilkudniowych opóźnień. Spośród kilkudziesięciu zleceń, w toku realizacji całej umowy jedynie 11 z nich przekroczyło kwotę 1 tysiąca złotych. Zamawiający przytaczając treść notatek służbowy i pism Nadleśnictwa Sławno oraz terminy dotyczące wszystkich zleceń - w 42 pkt - starał się stworzyć wrażenie, że wszystko co było związane z realizacją tej umowy było nieterminowe, nienależyte. Tymczasem noty księgowe przekraczające kwotę 1 tysiąca złotych łącznie opiewały na kwotę ok. 37 tysięcy, co stanowi ok. 4.7% wartości umowy (wartość umowy brutto ok. 792 tysiące). Wartość wszystkich not księgowych które Zamawiający wyszczególnia wynosiła niecałe 6% wartości umowy. W treści uzasadnienia wykluczenia Zamawiający wskazał również, że „Wykonawca podpisując przyjęcie zlecenia (zawierające między innymi rodzaj prac, ilość i termin) do realizacji, miał świadomość, że

akceptuje wszystkie jego zapisy". Stwierdzenie takie jest oczywiście prawdziwe, ale nie jest to cała prawda. Poszczególne zapisy umowy sprawiają, że wykonawca nie ma innej możliwości, niż podpisać przyjęcie zlecenia - zgodnie z § 2 pkt 3 umowy wykonawca nie może odmówić przyjęcia Zlecenia. Wykonawca może jedynie poinformować Zamawiającego o znanych mu przeszkodach uniemożliwiających lub utrudniających wykonanie Zlecenia (zapis § 2 pkt 10 umowy). Nie implikuje to jednak, żadnego obowiązku po stronie Zamawiającego, nawet jeżeli takie przeszkody obiektywnie istnieją i uniemożliwiają wykonanie zlecenia. Jednocześnie na mocy § 13 pkt 1 ppkt. 1) Zamawiający jest uprawniony do naliczania kar umownych za zwłokę w przyjęciu zlecenia w wysokości 100 zł. za każdy dzień zwłoki. Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że wnioski, które Zamawiający wyciągnął z przebiegu realizacji ww. umów były nieuzasadnione. Niezależnie jednak od powyższego aktualnie przepisy Pzp nie przewidują automatyzmu wykluczenia wykonawcy w przypadku wystąpienia okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4. Wykonawca może skorzystać z samooczyszczenia - czyli procedury przewidzianej w art. 24 ust. 8 i 9 Pzp. W toku niniejszego postępowania Odwołujący udzielił wyczerpujących wyjaśnień oraz uzupełnił dokument JEDZ. Informacje przekazane przez Odwołującego pozwalają na ocenę, że mimo wystąpienia utrudnień w toku realizacji umów sytuacja i doświadczenie gwarantują należyte wykonanie przyszłej umowy.

Przepisy prawa, zarówno krajowego jak i wspólnotowego, nie wskazują jakie środki zaradcze winny być uznane za wystarczające. W okolicznościach niniejszej sprawy decydujące znaczenie mieć będzie fakt, że Odwołujący prawidłowo zidentyfikował przyczyny nieprawidłowości. Podjął również środki zaradcze, które pozwoliły mu na dokończenie realizacji umowy zawartej z Nadleśnictwem Sławno. Jednocześnie Odwołujący zapewnił, że na bieżąco analizuje sytuację związaną z realizacją umów z zakresu gospodarki leśnej,

12

w szczególności sytuacją na rynku pracy. Przed przystąpieniem do złożenia oferty w niniejszym postępowaniu również zdecydował się zawczasu na zapewnienie sobie możliwości należytej realizacji umowy - poprzez zapewnienie sobie możliwości zatrudnienia 4 kolejnych osób. Reasumując, Zamawiający uznając opóźnienia w realizacji wskazanych umów za wystarczające do wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu, nie wykazał okoliczności, które prowadziłyby na zakwalifikowanie tych opóźnień, jako poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, jak również by nienależyte wykonanie zobowiązań w tym zakresie było wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Opóźnienia, choć stanowią o nienależytym wykonaniu zobowiązań umowy, nie mogą być automatycznie utożsamiane z poważnym, zawinionym wykroczeniem zawodowym. Liczne zlecenia nakładające się czasowo z nierównomiernie ustalonymi terminami realizacji zleceń zdaniem Odwołującego były bezpośrednią przyczyną tych nieprawidłowości. Zdaniem Odwołującego nie samo naruszenie terminów realizacji zleceń, a poważne i zawinione mające charakter poważnego naruszenia obowiązków zawodowych działanie mogłoby stanowić o podstawach negatywnych decyzji wobec Odwołującego, Zamawiający nie miał podstawy do wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu.

Zamawiający w dniu 05.03.2018 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne zgłoszenia przystąpienia nie miały miejsca.

W dniu 19.03.2018 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której oddał w całości odwołanie. Kopia została przekazana Odwołującemu. Zamawiający nie zgodził się z Odwołującym, jakoby w związku oceną oferty Odwołującego i złożonych przez niego w toku Postępowania oświadczeń, doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Pzp oraz art. 24 ust. 8 i 9 Pzp, z opisanych poniżej przyczyn.

Dokonując oceny złożonej przez Odwołującego oferty, mając na względzie informacje uzyskane od Nadleśnictwa Sławno oraz Nadleśnictwo Czarniejewo, Zamawiający uznał, że wobec Odwołującego zachodzą przesłanki wykluczenia z postępowania określone w art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp i art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp. Zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp Zamawiający może wykluczyć z postępowania wykonawcę, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależyście wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych. Podkreślił, że wystąpienie przesłanki wykluczenia określonej w art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp w stosunku do Odwołującego, zostało przyznane przez samego

Odwołującego w treści pisma z 31.01.2018 r. oraz w treści załączonego do owego pisma JEDZ, co implikuje konieczność uznania zarzutów Odwołującego naruszenia przez Zamawiającego art 24 ust. 5 pkt 2 Pzp za bezpodstawne, niemniej jednak Zamawiający z daleka posuniętej ostrożności, wskazuje na okoliczności świadczące o wystąpieniu owej

przesłanki wykluczenia. Okoliczności opisane w art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp wystąpiły w stosunku do Odwołującego zarówno w związku z realizacją zamówienia w Nadleśnictwie Sławno, jak i w związku z realizacją zamówienia w Nadleśnictwie Czarniejewo.

Umowa z Nadleśnictwem Sławno w sprawie zamówienia publicznego pn.

„Wykonywanie usług zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Sławno w roku 2017” została zawarta w wyniku przeprowadzonego przetargu w dniu 03.02.2017 r. Zgodnie z ww. umową Odwołujący zobowiązany był do wykonywania przedmiotu umowy na podstawie pisemnych zleceń (§ 2 ust. 1 umowy), wykonawca nie był uprawniony do odmowy przyjęcia zlecenia, przy czym był obowiązany do informowania Zamawiającego o wszelkich przeszkodach uniemożliwiających lub utrudniających wykonanie zlecenia, co z kolei umożliwiało dokonanie modyfikacji takiego zlecenia (§ 2 ust. 2, 5, 12 i 13 umowy). Pomimo tak sformułowanych obowiązków i uprawnień stron, zgodnie z informacjami uzyskanymi z Nadleśnictwa Sławno, Odwołujący w sposób ciągły naruszał obowiązki określone w umowie, w szczególności poprzez pozostawanie w zwłocie w wykonywaniu zleceń od samego początku obowiązywania umowy. I tak np. w dniu 22.03.2017 r. Nadleśnictwo Sławno poinformowało Odwołującego, że na dzień 20.03.2017 r. zaawansowanie prac z zakresu pozyskiwania i zrywki drewna w leśnictwie Kostrzewo wynosi poniżej 50% w stosunku do zleconych prac, zaś realizacja prac z zakresu zagospodarowania lasu - jedynie na poziomie 20%.

Nadleśnictwo Sławno w dniu 25.04.2017 r. dokonało naliczenia kar umownych Odwołującemu z uwagi na nieterminowe wykonywanie zleceń w marcu 2017 r. Sytuacja powtarzała się również w kolejnych miesiącach. Należy również podkreślić, że poza naruszeniami umowy poprzez pozostawanie w zwłocie z wykonaniem zleconych zadań, Odwołujący naruszał również inne obowiązki tj. nie zatrudniał pracowników na umowę o pracę - pomimo wyraźnego zastrzeżenia umownego (§ 7 umowy z 03.02.2017 r.).

Umowa z Nadleśnictwem Czarniejewo w sprawie zamówienia publicznego pn.

„Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Czarniejewo w latach 2016-2018” została zawarta w wyniku przeprowadzonego przetargu w dniu 1 kwietnia 2016 r. Zgodnie z ww. umową Odwołujący zobowiązany był do wykonywania przedmiotu umowy na podstawie pisemnych zleceń (§ 2 ust. 1 umowy), wykonawca nie był uprawniony do odmowy przyjęcia zlecenia, przy czym był obowiązany do informowania Zamawiającego o wszelkich przeszkodach uniemożliwiających lub utrudniających wykonanie

zlecenia, co z kolei umożliwiało dokonanie modyfikacji takiego zlecenia (§ 2 ust. 2, 5, 12 i 13 umowy). Pomimo tak sformułowanych obowiązków i uprawnień stron, zgodnie z informacjami uzyskanymi z Nadleśnictwa Czarniejewo Odwołujący w sposób ciągły naruszał obowiązki określone w umowie, w szczególności poprzez pozostawanie w zwłocie w wykonywaniu zleceń (zlecenia wykonywane były częściowo, nieterminowo lub wcale). Na skutek naruszeń umowy przez Odwołującego, Nadleśnictwo Czarniejewo odstąpiło od umowy z 01.04.2016 r. i naliczyło Odwołującemu karę umowną w wysokości 339.543,59 zł, która jedynie w części tj. do kwoty 109.748,13 zł została pokryta z zabezpieczenia umownego.

Do dnia sporządzenia niniejszej odpowiedzi na odwołanie, Odwołujący nie uiścił pozostałej kwoty kary umownej w wysokości 229.795,46 zł na rzecz Nadleśnictwa Czarniejewo, które celem wytoczenia przeciwko Odwołującemu powództwa o zapłatę, zgodnie z art. 7 ust. 2 pkt. 1 ustawy z 15.12.2016 r. przekazało dokumentację Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej. Zamawiający zwraca uwagę, że Odwołujący zarówno w treści swojego pisma z 31.01.2018 r. jak i w i treści Odwołania całkowicie bagatelizuje znaczenie i wagę opóźnień, których dopuszczał się w ramach realizacji umowy zawartej w 2016 r. z Nadleśnictwem Czarniejewo oraz w 2017 r. z Nadleśnictwem Sławno, podnosząc, że przyczyną takiego stanu rzeczy są zbyt rygorystyczne zapisy umów stosowanych przez Nadleśnictwa. Podkreślił, iż Odwołujący, jako przedsiębiorca, samodzielnie podjął decyzję o uczestniczeniu w postępowaniach i zawarciu umów w sprawach zamówień publicznych z Nadleśnictwem Czarniejewo i Nadleśnictwem Sławno. Postrzeganie tych umów jako rzekomo nazbyt rygorystycznych jawi się li tylko jako rodzaj taktyki procesowej przyjętej na potrzeby niniejszego Odwołania. Znamiennym jest, iż Odwołujący poza wskazaniem uprawnienia Zamawiających do określania terminu wykonania zleceń nie wskazuje, na czym de facto miałby polegać rygorystyczny charakter przedmiotowych umów. Podkreślił, iż uprawnienie zamawiającego (jako wierzyciela) do określenia zakresu i terminu wielkości świadczeń częściowych wchodzących w skład przedmiotu umowy jest normalnym uprawnieniem wierzycielskim. Jak stanowi art. 456 KC jeżeli strony zastrzegły w umowie, że spełnienie świadczenia następować będzie częściami w ciągu określonego czasu, ale nie ustaliły wielkości poszczególnych świadczeń częściowych albo terminów, w których ma nastąpić spełnienie każdego z tych świadczeń, wierzyciel może przez oświadczenie, złożone dłużnikowi w czasie właściwym, ustalić

zarówno wielkość poszczególnych świadczeń częściowych, jak i termin spełnienia każdego z nich, jednakże powinien uwzględnić możliwości dłużnika oraz sposób spełnienia świadczenia. Zawierając umowy z Nadleśnictwem Sławno i Nadleśnictwem Czarniejewo Odwołujący był świadomy, jakiej treści umowy zawiera, lecz mimo tego podpisał je,

15

Podkreślenia wymaga, iż umowy tego rodzaju są od dłuższego czasu stosowane przez jednostki organizacyjne Lasów Państwowych, a określanie przedmiotu zleceń i terminu ich wykonania wynika ze specyfiki gospodarki leśnej. Istotą zamówień na usługi z zakresu gospodarki leśnej jest założenie, że przedmiot umowy dotyczy organizmu żywego, który podlega ciągłym zmianom, co powoduje konieczność stałego i systematycznego wykonywania odpowiednich zabiegów. Następnie kwestionowanie zawartych umów pomija fakt, iż orzecznictwo KIO i orzecznictwo Sądów Okręgowych podkreśla, iż zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego ma chronić interes zamawiającego i może zawierać postanowienia ekonomicznie niekorzystane dla wykonawcy. W konsekwencji, jak wskazał SO w Gdańsku w wyroku z 14.07.2011 r., sygn. akt: XII Ga 314/11 - Wykonawca ma swobodę zawarcia umowy. Żaden przepis prawa nie nakłada nań obowiązku złożenia oferty w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, ani zmuszania Zamawiającego do zawarcia umowy, której treść mu nie odpowiada. Nie może zatem kwestionować umowy wyłącznie dlatego, że uważa, iż mogłaby ona zostać sformułowana korzystniej dla Wykonawcy. Z kolei KIO w wyroku z 05.04.2017 r., sygn. akt: KIO 558/17 orzekła, że Cywilistyczna zasada swobody umów w systemie zamówień publicznych ulega znacznemu ograniczeniu - po stronie zamawiającego z powodu niemożności swobodnego wyboru kontrahenta. Dlatego też zamawiający niejako w zamian ma prawo kształtowania warunków umowy, co z kolei powoduje, że wykonawca często ma ograniczony wpływ na kształt zawieranej umowy, ma jednak możliwość decydowania, czy chce z zamawiającym daną umowę podpisać. Umowa i jej postanowienia w wielu przypadkach (załączenia przez zamawiającego gotowego projektu umowy do SIWZ) są znane wykonawcy na etapie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Uprzywilejowanie zamawiającego w relacji z wykonawcą wynika z faktu, że zamawiający działa w interesie publicznym. Wykonawca może rekompensować sobie ryzyka, jakimi jest obciążony, poprzez właściwą wycenę oferty.

Oceniając rzekomo restryktywny charakter umów zawartych z Nadleśnictwami Sławno i Czarniejewo Odwołujący pomija (zapewne celowo) szereg ich postanowień, które jednoznacznie wskazują na ich partnerski (ekwiwalenty charakter), i tak:

- § 2 ust. 2 każdej z umów przewidywał, że wartość prac będących przedmiotem Zleceń w zakresie zrywki i pozyskania przypadających do wykonania w danym miesiącu trwania Umowy nie przekroczyła 20% wartości prac z zakresu pozyskania wchodzących w skład Przedmiotu Umowy;
- wszystkie kary umowne za niedotrzymanie terminu naliczane były za zwłokę (§ 12 ust. 1 pkt 1), a nie za opóźnienie;
- podstawą wymiaru kary umownej za zwłokę nie była wartość Przedmiotu Umowy, ale wartość prac na danej pozycji objętej Zleceniem, w stosunku do których Wykonawca pozostaje w zwłoce (§ 12 ust. 1 pkt 1);
- obowiązek notyfikacji Zamawiającemu o wszelkich przeszkodach uniemożliwiających lub utrudniających wykonanie Zlecenia.

Zawarte umowy nie były zatem restryktywne, a jedynie sankcjonowały wykonawców nienależycie realizujących swoje obowiązki. Jak wynika to z przedłożonych dowodów Odwołujący wielokrotnie dopuścił się nienależytego i nieterminowego wykonywania Zleceń, co w obu przypadkach (Nadleśnictwo Sławno i Nadleśnictwo Czarniejewo) doprowadziło do naliczenia kar umownych, a w jednym przypadku do odstąpienia od umowy (Nadleśnictwo Czarniejewo). Zauważył, iż Odwołujący celowo minimalizuje znaczenie kar umownych naliczonych przez Nadleśnictwa wskazując tylko ich kwotę. Działanie to ma doprowadzić do błędnego obrazu zaistniałej sytuacji. Umowy z Odwołującym przewidywały bowiem podstawą wymiaru kary umownej za zwłokę nie była wartość Przedmiotu Umowy, ale wartość prac na danej pozycji objętej Zleceniem, w stosunku do których Wykonawca pozostaje w zwłoce (§ 12 ust. 1 pkt 1). Podstawa wymiaru kary umownej była zatem relatywnie niewielka, co powoduje, iż łączna wartość kar również nie jest imponująca. Prawnie relewantny jest jednak fakt ilości przypadków naliczenia kar umownych. Niesporne pomiędzy stronami jest fakt aż 33 - krotnego naliczenia kar umownych przez Nadleśnictwo Czarniejewo. Podobna skala naruszeń dotyczy także realizacji umowy z Nadleśnictwem Sławno. Powyższe ewidentnie stanowią uporczywy i powtarzający się charakter naruszeń ze strony Odwołującego, stanowiący emanację poważnego naruszenia obowiązków zawodowych.

Odwołujący pomija fakt, iż nieterminowe wykonywanie prac leśnych powoduje

natomiaś zachwianie procesów gospodarki leśnej, w szczególności może doprowadzić do deprecjacji drewna. Niepozyskiwanie drewna w terminie wskazanym w zleceniu, bądź pozyskiwanie drewna z opóźnieniem, może powodować również bardzo duże straty dla Nadleśnictwa, które występuje również w obrocie gospodarczym jako strona stosunków zobowiązaniowych związanych z owym surowcem. I tak Nadleśnictwo, które na mocy odrębnych umów zobowiązuje się do odpłatnej dostawy drewna, w wyniku opóźnień nierzetelnego wykonawcy w pozyskiwaniu drewna, narażone jest nie tylko na utratę zysku, ale również na zapłatę kar umownych za opóźnienie w dostawie. Tak też bagatelizowanie przez Odwołującego znaczenia terminowego wykonywania zleceń, jest zupełnie bezpodstawne i świadczy o braku wiedzy i świadomości w przedmiocie specyfiki gospodarki leśnej. Z kolei wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt. 2 Pzp może nastąpić wyłącznie w przypadku naruszenia przez takiego wykonawcę w sposób zawiniony i poważny obowiązków zawodowych, co poważnie podważa jego uczciwość, w szczególności gdy

17

wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co Zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych. Poza okolicznością, że Odwołujący sam przyznał, że wystąpiła w stosunku do niego przesłanka wykluczenia określona w art. 24 ust. 5 pkt. 2 Pzp, Zamawiający zgromadził w tym zakresie stosowne środki dowodowe tj. dokumentację z Nadleśnictwa Czerniejewo oraz Nadleśnictwa Sławno, która została opisana powyżej, jak również w szerszym zakresie przekazana KIO przez Zamawiającego w dniu 12 marca 2018 r. oraz zostanie zaprezentowana w toku rozprawy. W świetle art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp, dla ziszczenia się przesłanki wykluczenia, działanie wykonawcy musi być zawinione. Działanie zawinione to nie tylko celowe działanie wykonawcy, ale również sytuacja, w której wykonawca nie ma bezpośredniego zamiaru niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia, lecz ma świadomość, że podejmowane przez niego czynności mogą do takiego skutku doprowadzić. /wyrok KIO z 30.01.2017 r. KIO 2199/16/. Odwołujący, jako podmiot profesjonalny, w szczególności mając na względzie okoliczności związane z wykonywaniem umowy zawartej z Nadleśnictwem Czerniejewo w 2016 r., zdawał sobie sprawę z konieczności terminowego wykonywania zleceń, niemniej - jak wynika z treści pism Odwołującego oraz z treści odwołania - Odwołujący ma negatywny stosunek do postanowień umów stosowanych przez Nadleśnictwa i składał oferty, ze świadomością, że nie będzie wykonywał umów w sposób terminowy. Należy podkreślić, że zakres prac w ramach udzielanego zamówienia ma wprawdzie charakter szacunkowy, jednakże odzwierciedla zakres zleceń, które będą przekazywane Wykonawcy, w danych okresach czasu. Nie można zatem uznać, że zlecenia przekazywane Odwołującemu (zarówno w Nadleśnictwie Czerniejewo jak i Nadleśnictwie Sławno) - były dla niego na tyle nagłe, że nie miał możliwości ich terminowego wykonania. Odwołujący przystępując do przetargu znał treść przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego (postanowienia umów w Nadleśnictwie Sławno, Czerniejewo oraz Polanów w zakresie przekazywanych zleceń są tożsame), dlatego też ewentualne zarzuty dotyczące jej treści i świadomość, że nie będzie wstanie wykonywać jej terminowo powinny skutkować decyzją o nieprzystępowaniu do przetargu. Gdyby twierdzenia Odwołującego w przedmiocie braku możliwości terminowego wykonywania zleceń z uwagi na rygorystyczne zapisy umowy były prawdziwe, gospodarka leśna w całym kraju nie mogłaby prawidłowo funkcjonować.

Podkreślił, że pomimo twierdzeń Odwołującego, że część kar umownych została naliczona przed Nadleśnictwem Czerniejewo bezpodstawnie, a odstąpienie od umowy było nieprawidłowe, do dnia sporządzenia niniejszej odpowiedzi na odwołanie, Odwołujący nie wystąpił na drogę sądową. Nadto nawet w przypadku, w którym Odwołujący uzyskałby wyrok sądu cywilnego zgodny z jego żądaniami, to owe prawomocne orzeczenie zgodnie z art. 366

18

Kodeksu postępowania cywilnego, miałyby powagę rzeczy osądzonej tylko co do tego, co w związku z podstawą sporu stanowiło przedmiot rozstrzygnięcia, a ponadto tylko między tymi samymi stronami, a zatem pozostawałoby bez wpływu na okoliczności, które miały miejsce w następnym roku w związku z wykonywaniem zamówienia publicznego w Nadleśnictwie Sławno, w którym również doszło do zawinionego (Odwołujący wiedział, że nie będzie wstanie terminowo realizować zleceń), poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, co Zamawiający wykazał odpowiednimi środkami dowodowymi. Zamawiający podkreślił przy tym, że o ile pojedyncze opóźnienia w realizacji zleceń nie mogłyby stanowić poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, o tyle notoryczne opóźnienia takie naruszenie stanowią. Decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego na podstawie art. 25 ust. 5 pkt 2 Pzp została poprzedzona szczegółową analizą dokumentacji z Nadleśnictwa Czerniejewo oraz Nadleśnictwa Sławno, jak również umożliwieniem Odwołującemu (który potwierdził wystąpienie przesłanki wykluczenia opisanej w art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp) przeprowadzenia procedury samooczyszczenia.

Poza wystąpieniem przesłanki do wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp, Zamawiający stwierdził również wystąpienie przesłanki wykluczenia

określonej w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp tj. wykonawca, 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. 3 ust. 1 pkt 1-4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. Dokumentacja uzyskana od Nadleśnictwa Czerniejewo (które należy do katalogu zamawiających określonych w art. 3 pkt 1 - 4 Pzp), w sposób jednoznaczny potwierdza wystąpienie owej przesłanki, zaś Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, które potwierdzałyby okoliczności przeciwnie. Zamawiający po udokumentowaniu wystąpienia opisanych powyżej przesłanek wykluczenia Odwołującego, umożliwił Odwołującemu przeprowadzenie tzw. procedury samooczyszczenia. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Odwołujący wskazał, że:

- problemy przy realizacji wcześniejszych umów wynikały z przyczyn od niego niezależnych;
- maszyny oraz pracownicy Odwołującego nie byli dopuszczani do wykonywania zleceń w Nadleśnictwie Czerniejewo;
- Nadleśnictwo Czerniejewo nie zapłaciło Odwołującemu wynagrodzenia w kwocie 40.000,00 zł;
- wykonawca wdrożył działania, które zmieniły sposób funkcjonowania firmy (zatrudnił nowych pracowników, zawarł umowy leasingu na nowy sprzęt, rozpoczął współpracę ze S.em A.;
- wykonawca wdrożył nowy system kontroli jakości wykonywanych przez pracowników prac;
- dokonano zatrudnienia pracownika na stanowisko stałego nadzoru nad pracownikami.

Zwrócił uwagę na niekonsekwencję w twierdzeniach Odwołującego, bowiem z jednej strony twierdzi, że wszelkie nieprawidłowości przy realizacji umów nie były przez niego zawinione (co wskazuje na brak konieczności wprowadzania działań naprawczych), zaś z drugiej strony opisuje podjęte działania w ramach samooczyszczenia, co dodatkowo wpływa na negatywną ocenę wiarygodności twierdzeń podnoszonych przez Odwołującego w toku postępowania. Podkreślił również, że Odwołujący w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez Nadleśnictwo Sławno również wskazał w formularzu JEDZ, że jest winien poważnego wykroczenia zawodowego oraz znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego została rozwiązana przed czasem - owe okoliczności dotyczyły wykonywania umowy w Nadleśnictwie Czerniejewo. Odwołujący wskazał wówczas na środki przedsięwzięte celem samooczyszczenia.

Analiza ww. dokumentu JEDZ z 18.12.2016 r. wskazuje, że charakter środków podjętych celem samooczyszczenia, jest tożsamy ze środkami przedstawionymi w postępowaniu. Mając zaś na uwadze sposób wykonywania zamówienia przez Odwołującego w Nadleśnictwie Sławno (tj. notoryczne pozostawanie w zwłoce, naruszanie obowiązku zatrudniania pracowników na podstawie umowy o pracę, konieczność korzystania przez Nadleśnictwo Sławno z wykonawstwa zastępczego), Zamawiający uznał, że owe środki nie są wystarczające, aby uznać, że Odwołujący będzie w sposób rzetelny i prawidłowy wykonywać zamówienie. Istotne jest przy tym, że wskazane przez Odwołującego środki naprawcze nie zostały poparte żadną dokumentacją (poza załączonymi umowami leasingu). Tym samym Zamawiający musiał dokonać oceny „samooczyszczenia” Odwołującego w oparciu o jego twierdzenia, które były sprzeczne z twierdzeniami Nadleśnictwa Sławno oraz Nadleśnictwa Czerniejewo, a zatem nie mógł przypisać im waloru wiarygodności. Procedura samooczyszczenia na tym, że przed podjęciem decyzji o wykluczeniu wykonawcy, m.in. na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp, zamawiający obowiązany jest umożliwić wykonawcy przedstawienie dowodów na podjęcie takich środków, które gwarantują jego rzetelność. Pozytywna weryfikacja tych dowodów obliuguje zaś zamawiającego do zaniechania wykluczenia wykonawcy z postępowania. Z regulacji tych wynika zatem de facto dodatkowa przesłanka wykluczenia wykonawcy, jaką jest umożliwienie wykonawcy przedstawienia dowodów na samooczyszczenie /wyrok KIO z 09.02.2017 r. KIO 163/17/.

Odwołujący w toku postępowania nie przedłożył Zamawiającemu owych dowodów. Biorąc pod uwagę rozmiar i charakter naruszeń Odwołującego, Zamawiający nie mógł

oprzeć swojej decyzji o niewykluczeniu Odwołującego wyłącznie na twierdzeniach Odwołującego i to takich, które są sprzeczne ze zgromadzoną przez Zamawiającego dokumentacją. Opisane szczegółowo przesłanki wykluczenia Odwołującego, potwierdzają

prawidłowość decyzji Zamawiającego w przedmiocie wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty, co w konsekwencji implikowało konieczność wyboru oferty B. S. jako jedynej niepodlegającej odrzuceniu oferty, dlatego też nie doszło do naruszenia ww. przepisów przez Zamawiającego.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp. Odwołujący wykluczony z udziału w postępowaniu, a którego oferta została odrzucona, i nie została skalsyfikowana w zakresie kryteriów oceny ofert, z uwagi na charakter przesłanek wykluczenia ma interes w jego kwestionowaniu.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności postanowień SIWZ, wzoru umowy, oferty Odwołującego z 15.12.2017 r. wraz z załącznikami; pisma z 19.12.2017 r. skierowanego do Zamawiającego; wezwania Zamawiającego z 23.01.2018 r.; JEDZ-a wykonawcy złożonego w dniu 26.01.2018 r.; wezwania Zamawiającego z 26.01.2018 r. oraz pisma Odwołującego z 31.01.2018 r. wraz z załączonym JEDZ-em i umowami leasingowymi, pisma z 27.12.2017 r. skierowane do Nadleśnictwa Czerniejewo oraz Nadleśnictwa Sławno, wniosku Zamawiającego z 02.02.2018 r. skierowanego do Nadleśnictwa Sławno, odpowiedzi Nadleśnictwa Sławno na pismo z 27.12.2017 r. - tj. pisma z 11.01.2018 r., odpowiedzi Nadleśnictwa Czerniejewo na pismo z 27.12.2017 r. - tj. pisma z 11.01.2018 r., jak i załączonych do odwołania zleceń z Nadleśnictwa Czerniejewo (1) zlecenie nr ZU/05/19/01/2G16 z 12.01.2016 r. z terminem wykonania 31.01.2016 r. poprawionym na dzień 19.02.2016 r.; 2) zlecenie nr ZU/05/20/01/2016 z 12.01.2016 r. z terminem wykonania 31.01.2016 r. poprawionym na dzień 29.02.2016 r.; 3) zlecenie nr ZU/05/21/01/2016 z 12.01.2016 r. z terminem wykonania 31.01.2016 r. poprawionym na dzień 29.02.2016 r.; 4) zlecenie nr ZU/05/22/01/2016 z 12.01.2016 r. z terminem wykonania 31.01.2016 r. poprawionym na dzień 29.02.2016 r.;

5) zlecenie nr ZU/05/42/01/2016 z 24.02.2016 z terminem wykonania 31.02.2016 r. poprawionym na dzień 31.03.2016 r.)

Dodatkowo, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego uzyskaną przez Zamawiającego - w całości /dotyczy także pism, zleceń i not księgowych przywołanych w dalszej części uzasadnienia, a nie przywołanych w aktualnej części/ - kopie dokumentacji z Nadleśnictwa Sławno z zakresu realizacji umowy przez Odwołującego (tak obecnego lidera, jak i konsorcjanta - ówczesnie udostępniającego zasoby) /1 segregator/ - w odpowiedzi na wniosek z 02.02.2018 r. Nadto, uzyskane z dokumentacji przetargowej od Nadleśnictwa Sławno - wezwanie do wyjaśnień z 05.01.2017 r., wyjaśnienia z 09.01.2017 r. wraz z JEDZ-em - w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z 08.02.2018 r. (jak i samo pismo). Podobnie, ofertę z 18.12.2016 r. wraz załącznikami uzyskaną z dokumentacji przetargowej od Nadleśnictwa Sławno - w odpowiedzi na wniosek z 06.03.2018 r. (jak i sam wniosek).

Dowodem w sprawie są także - zawiadomienie o wykluczeniu wykonawcy z postępowania i odrzuceniu oferty (pismo z 21.02.2018 r.), jak i zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty (pismo z 23.02.2018 r.). W szczególności pierwsze z nich odnosi się obszernie do uzyskanej - na wniosek Zamawiającego z 02.02.2018 r. - dokumentacji z Nadleśnictwa Sławno co do naliczanych kar umownych, niesprawnego sprzętu, nierzetelności Wykonawcy (w 42 punktach).

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączniki do odpowiedzi na odwołanie, tj. pismo Nadleśnictwa Czerniejewo z 12.03.2018 r. (w odpowiedzi na wniosek z 06.03.2018 r.), pismo Nadleśnictwa Czerniejewo z 14.03.2018 r. (w odpowiedzi na pismo z 13.03.2017 r.) oraz załączniki do tego ostatniego pisma - umowę z 01.04.2016 r. zawartą z Nadleśnictwem Czerniejewo, jak i oświadczenie o odstąpieniu od umowy z 11.07.2016 r. złożone przez Nadleśnictwo Czerniejewo.

Nadto, zaliczono również do materiału dowodowego pozostałe załączniki do odpowiedzi na odwołania, a znajdujące się także w dokumentacji uzyskanej przez

Zamawiającego od Nadleśnictwa Sławno: 1) Notatkę Służbową Leśniczego z 20.03.2017 r.;

2) pismo Nadleśnictwa Sławno z 22.03.2017 r.; 3) Notatkę Służbową Leśniczego z 29.03.2017 r.; 4) Notatkę Służbową Leśniczego z 06.04.2017 r.; 5) pismo Nadleśnictwa Sławno z 24.04.2017 r. wraz z notą księgową nr 67 z 24.04.2017 r. oraz potwierdzeniem odbioru; 6) Notatkę Służbową Leśniczego z 19.05.2017 r.; 7) Notatkę Służbową Nadleśniczego z 23.05.2017 r.; 8) pismo Nadleśnictwa Sławno z 31.05.2017 r.; 9) pismo Nadleśnictwa Sławno z 02.06.2017 r. wraz z wnioskiem o wykonawstwo zastępcze;

10) pismo Nadleśnictwa Sławno z 05.06.2017 r.; 11) Notatka Służbowa Leśniczego z 28.06.2017 r.; 12) pismo Nadleśnictwa Sławno z 13.07.2017 r. wraz z notą księgową nr 106 z 13.07.2017 r.; 13) pismo Nadleśnictwa Sławno z 13.07.2017 r. wraz z notą księgową nr 107; 14) pismo Nadleśnictwa Sławno z 05.08.2017 r. wraz z notą księgową; 15) pismo Nadleśnictwa Sławno z 01.09.2017 r. wraz z notą księgową nr 128; 16) pismo Nadleśnictwa Sławno z 19.09.2017 r. wraz z notą księgową nr 136; 17) JEDZ z 18.12.2016 r. przedłożony w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Nadleśnictwo Sławno. Dodatkowo - złożoną wraz z odpowiedzią na odwołanie umowę z 03.02.2017 r.

Izba zaliczyła także w poczet materiału dowodowego złożone na rozprawie przez Odwołującego:

1) protokoły i zlecenia dotyczące wskazanych w odstąpieniu od umowy z 11.07.2016 r. przez Nadleśnictwo Czerniejewo - zleceń: (a) ZU/01/01/04/2016 z 20.04.2016 r., b) ZU/01/02/04/2016 r. z 20.04.2016 r., c) ZU/01/03/04/2016 z 20.04.2016 r. 20.04.2016 r., d) ZU/01/04/04/2016 z 20.04.2016 r., e) ZU/01/07/04/2016 z 20.04.2016 r., f) ZU/01/08/04/2016 z 20.04.2016 r., g) ZU/08/02/04/2016 z 11.04.2016 r., h) ZU/09/01/04/2016 z 11.04.2016 r.;

2) odpowiedź Nadleśnictwa Czerniejewo z 09.03.2018 r.;

3) pismo z 24/26.05.2017 r. Nadleśnictwa Sławno, z którego wynika brak zgody na zmianę terminu realizacji zlecenia;

4) pismo z 19.03.2018 r. zaproszenie do negocjacji zamówienia na usługi z zakresu gospodarki leśnej.

Izba nie zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożone na rozprawie przez Odwołującego - wydruk pisma z 19.07.2016 r. skierowanego do Nadleśnictwa Czerniejewo - uzupełnienie wezwania do cofnięcia oświadczenia o odstąpieniu od umowy, z uwagi na brak jakichkolwiek podpisów na przedłożonym wydruku, w tym także podpisów na załączonym wydruku pełnomocnictwa dla kancelarii prawnej firmującej niniejsze pismo.

Izba zaliczyła także w poczet materiału dowodowego złożone na rozprawie przez Zamawiającego:

1) umowę z 04.08.2017 r. - na wykonanie pielęgnowania gleby w leśnictwie Kosierzewo w ramach wykonawstwa zastępczego z umowy nr ZG.19.270.1.17 z 03.02.2017 r. dotyczy zlecenia nr 3171400103 z 09.06.2017 r. oraz 3171400104 z 04.07.2017 r.;

2) umowę z 30.08.2017 r. - na wykonanie pielęgnowania gleby w leśnictwie Kosierzewo w ramach wykonawstwa zastępczego z umowy nr ZG.19.270.1.17 z 03.02.2017 r. dotyczy zlecenia nr 3171400103 z 09.06.2017 r.;

3) umowę z 28.09.2017 r. - na wykonanie pielęgnowania gleby w leśnictwie Kosierzewo w ramach wykonawstwa zastępczego z umowy nr ZG.19.270.1.17 z 03.02.2017 r. dotyczy zlecenia nr 3171400139 z 22.08.2017 r.;

4) umowę z 27.11.2017 r. - na wykonanie pielęgnowania gleby w leśnictwie Kosierzewo w ramach wykonawstwa zastępczego z umowy nr ZG.19.270.1.17 z 03.02.2017 r. dotyczy zlecenia nr 3171400165 z 14.09.2017 r. oraz 3171400147 z 24.08.2017 r.;

5) umowę z 12.12.2017 r., na wykonanie podwozu drewna w leśnictwie Kosierzewo w ramach wykonawstwa zastępczego z umowy nr ZG.19.270.1.17 z 03.02.2017 r. dotyczy zlecenia nr 3171400206 z 30.11.2017 r.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także informację o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzuceniu jego oferty, odwołanie, odpowiedź na odwołanie, a nadto stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- 1) art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp, niezgodne z przepisami Pzp oraz postanowieniami SIWZ prowadzenie przez Zamawiającego czynności dotyczących wyboru oferty najkorzystniejszej dla pakietu nr 1.
- 2) art. 24 ust 5 pkt 2 i art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, poprzez ich błędne zastosowanie i uznanie że Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania, pomimo że nie zaistniały przesłanki do wykluczenia Odwołującego z postępowania,
- 3) art. 24 ust 8 i 9 Pzp poprzez ich błędną interpretację oraz bezpodstawne przyjęcie przez Zamawiającego tezy z góry założonej o wystąpieniu w stosunku do Odwołującego przesłanek wykluczenia z art. 24 ust 5 pkt 2 i 4 Pzp pomimo, że Odwołujący podjął wystarczające środki aby zagwarantować należyte wykonanie zamówienia publicznego,
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust 4 Pzp, poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, która złożona została zgodnie z wskazaniami SIWZ, Pzp, a Odwołujący nie podlega wykluczeniu,
- 5) inne wskazane w treści niniejszego odwołania.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać bezsporne okoliczności w sprawie:

- pierwotnie, w JEDZ złożonym przez Odwołującego wraz z ofertą z 15.12.2017 r., Odwołujący wskazał, że nie jest winien poważnego wykroczenia zawodowego, jak również nie mają do niego zastosowania podstawy wykluczenia o charakterze krajowym. Odwołujący nie wskazał na ww. podstawy wykluczenia również po wezwaniu przez Zamawiającego do uzupełnienia JEDZ z 23.01.2018 r.

- w dniu 19.12.2017 r. do siedziby Odwołującego wpłynęła pisemna informacja od 11

przedsiębiorców prowadzących Zakłady Usług Leśnych z siedzibą w Polanowie, w której wskazano, że Lider Konsorcjum Odwołującego tj. p. G. S. „(...) wykonuje usługi leśne w Nadleśnictwie Sławno, w którym notorycznie nie wywiązuje się z

powierzonych mu obowiązków (zleceń) w wyniku czego naliczane są kary umowne

a nawet wykonywanie umowy powierzane jest innym wykonawcom, w ramach wykonawstwa

zastępczego. Wymieniony wykonawca biorąc udział w postępowaniu na usługi leśne w Nadleśnictwie Sławno na 2017 r. posiadał również negatywne opinie za wcześniej wykonywane prace w Nadleśnictwie Czarniejewo (2016), jednak podpisanie umowy umożliwił mu „program naprawczy przedsiębiorstwa”. Jak widać po obecnie realizowanej umowie nie przyniósł on poprawy w jego przedsiębiorstwie.”.

- w dniu 26.01.2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia JEDZ, bowiem z posiadanych przez Zamawiającego informacji wynikało, że wobec Odwołującego zachodzą podstawy wykluczenia opisane w art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp i art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, co jednakże nie zostało wykazane przez Odwołującego w treści JEDZ załączonego do oferty, jak również w treści JEDZ złożonego na skutek wezwania z 23.01.2017 r.

- w związku z okolicznościami wskazanymi powyżej Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie przedsięwziętych środków w celu samooczyszczenia, zgodnie z art. 24 ust. 8 Pzp.

- w odpowiedzi na ww. wezwanie Zamawiającego z 26.01.2018 r., Odwołujący wskazał (w piśmie z 31.01.2018 r.), że dotychczasowy sposób wypełnienia JEDZ polegający na zaznaczeniu w formularzu, że wobec Odwołującego nie zachodzą podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 2 wynikały z omyłkowego niezaznaczenia odpowiedniego okienka formularza JEDZ. Jednocześnie Odwołujący przyznał, że owa podstawa wykluczenia

występuje, a sam Odwołujący podjął odpowiednie środki naprawcze.

Izba odniesie się do poszczególnych kwestii w ramach rozpatrywania sformułowanych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutów odwołania wskazanych powyżej, Izba uznała, że podlegają w/w zarzuty oddaleniu. Jednocześnie z uwagi na ich charakter Izba odniesie się do nich łącznie, z uwzględnieniem realizacji dla Nadleśnictwa Czerniejewo oraz Nadleśnictwa Sławno.

Przepis art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp określający podstawę wykluczenia wykonawcy z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy stanowi wdrożenie do porządku krajowego regulacji art. 57 ust. 4 lit. g Dyrektywy klasycznej. Zgodnie z regulacją prawa krajowego omawiana podstawa wykluczenia może znaleźć zastosowanie w odniesieniu do wykonawcy, 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. 3 ust. 1 pkt 1-4 Pzp, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. Ustawodawca krajowy zdecydował się nadać omawianej podstawie wykluczenia charakter fakultatywny. W związku z tym może ona znaleźć zastosowanie wyłącznie w przypadku przewidzienia jej w ogłoszeniu o zamówieniu, w SIWZ lub w zaproszeniu do negocjacji (co miało miejsce w przedmiotowym stanie faktycznym).

Z przepisów wynika, że wykluczenie Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp 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. Zamawiający musi także wykazać, że do rozwiązania umowy (lub zasądzenia odszkodowania) doszło z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę. Oznacza to, że Zamawiający musi wykazać, czego konkretnie Wykonawca nie zrobił lub jakiego obowiązku wynikającego z wcześniejszej umowy nie wykonał. Ponadto zobowiązany jest wykazać, że określone we wcześniejszej umowie zobowiązanie, którego Wykonawca nie wykonał lub wykonał nienależycie, było dla tej umowy istotne. W świetle dyrektywy klasycznej oznacza to, że Zamawiający musi wykazać, że Wykonawca albo nie wykonał umowy w ogóle albo wykonał ją nienależycie w stopniu znaczącym lub nienależyte wykonywanie miało charakter uporczywy, nawet jeśli niedociągnięcia nie były znaczące (za wyrokiem KIO z 08.01.2018 r., sygn. akt: KIO 2711/17).

Rolą Zamawiającego jest zatem zebranie dowodów świadczących o wystąpieniu wszystkich, określonych w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, przesłanek łącznie i uzasadnienie zaistnienia każdej z nich. Jest to istotne dla zachowania zasady proporcjonalności i przejrzystości postępowania oraz zachowania uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 Pzp), a także dla możliwości skorzystania przez wykonawcę z procedury tzw. samooczyszczenia, o której mowa w art. 24 ust. 8 Pzp lub skorzystania przez niego ze środków ochrony prawnej. Należy bowiem podkreślić, że instytucja samooczyszczenia ma zastosowanie wtedy, gdy wobec Wykonawcy zachodzi podstawa wykluczenia, ale Wykonawca zamierza wykazać, że mimo to jest podmiotem rzetelnym i wiarygodnym. Instytucja ta natomiast nie ma zastosowania w sytuacji, gdy wobec wykonawcy w ogóle nie zachodzi podstawa wykluczenia. Innymi słowy, jedynie w przypadku wykazania istnienia wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, zasadne jest skorzystanie przez wykonawcę z uprawnienia do przedstawienia dowodów na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do uznania jego rzetelności. Jeżeli natomiast przesłanki te nie zachodzą, wykonawca jest uprawniony do kwestionowania czynności wykluczenia, przykładowo - wykazując, że niewykonanie umowy miało wymiar nieistotny lub nastąpiło z przyczyn nie leżących po jego stronie. (także za wyrokiem KIO z 08.01.2018 r., sygn. akt: KIO 2711/17). Podobnie stwierdza się w wyroku KIO z 11.12.2017 r., sygn. akt: KIO 2522/17: „Z istoty instytucji uregulowanej w treści art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp wynika, że nie wszystkie przesłanki, które mogą stanowić podstawę do odstąpienia od umowy (czy to na podstawie jej treści, czy też ustawy Kodeks cywilny), jednocześnie mogą stanowić podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Gdyby tak było ustawodawca w ramach hipotezy normy prawnej ujętej w treści art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp ograniczyłby się do dwóch okoliczności faktycznych, tj. samego faktu odstąpienia od umowy lub zasądzenia kar umownych. Jednakże ustawodawca wprowadził w treści tego przepisu element wartościujący

(w postaci zwrotu "(...) w istotnym stopniu (...)") oraz wymusił wykazanie, że do okoliczności wskazanych w tym przepisie doszło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Tym samym treść tego przepisu determinuje realizację obowiązku ujętego w treści art. 92 ust. 1 ustawy Pzp przez szczegółowe wskazanie i wykazanie w ramach uzasadnienia prawnego i faktycznego przesłanek, które swoim zakresem wpisują się w treść hipotezy normy prawnej ujętej w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp."

Stosownie do regulacji art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp (także fakultatywna przesłanka wykluczenia przewidziana w ogłoszeniu i SIWZ) z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności, gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co Zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych. Jak wynika z cytowanej normy, ciężar dowodu, że wymienione wyżej przesłanki wykluczenia wykonawcy zostały spełnione spoczywa na Zamawiającym. Z kolei z treści art. 14 ust. 1 Pzp wynika, że do czynności podejmowanych przez Zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się w pierwszej kolejności przepisy Pzp; przepisy kodeksu cywilnego mają zastosowanie, gdy regulacje ustawy nie stanowią inaczej.

W świetle dyspozycji art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp - 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 zawinonego 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. To samo zdarzenie (nienależyte wykonanie zobowiązania) może wywołać skutki na gruncie prawa cywilnego i jednocześnie nie stanowić przesłanki wykluczenia w reżimie prawa zamówień publicznych. Wszak uchybienie terminowi wykonania zobowiązania skutkujące odpowiedzialnością kontraktową, czy naliczeniem kary umownej, nie może być automatycznie uznane za nienależyte wykonanie zobowiązania będące skutkiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, przez które należy rozumieć sytuację, w której dłużnik działa z zamiarem naruszenia obowiązków zawodowych, bądź dopuszcza się naruszenia elementarnych reguł prawidłowego zachowania, względnie nie przestrzega podstawowych zasad ostrożności. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 10 marca 2004 r. (IV CK 151/03) stwierdził, iż "Przypisanie określonej osobie niedbalstwa uznaje się za uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Przez rażące niedbalstwo rozumie się natomiast niezachowanie minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji". Rażące niedbalstwo jest zatem kwalifikowaną postacią winy nieumyślnej, oznacza wyższy jej stopień niż w przypadku zwykłego niedbalstwa, leżący już bardzo blisko winy umyślnej. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 25 września 2002 r. (I CKN 969/00) wskazał, że wykładnia pojęcia rażącego niedbalstwa powinna uwzględniać kwalifikowaną postać braku zwykłej staranności w przewidywaniu skutków. Rację ma skarżąca, iż przy ocenie należytej staranności przeciwnika skargi należy mieć na względzie zawodowy charakter jego działalności w zakresie produkcji tramwajów, jednakże rażące niedbalstwo nie może być traktowane jako równoznaczne z niedochowaniem należytej staranności, o której mowa w art. 355 § 2 kc. Rażące niedbalstwo to kwalifikowana postać braku podwyższonej staranności, to zachowanie graniczące z umyślnością. Z kolei orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości wskazuje, że pojęcie naruszenia obowiązków zawodowych obejmuje uchybienia, które wpływają na wiarygodność zawodową danego wykonawcy. W wyroku TS z dnia 13 grudnia 2012 r. (C-465/11) wskazano, że pojęcie poważnego wykroczenia należy rozumieć w ten sposób, że odnosi się ono zwykle do zachowania danego wykonawcy wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony. Stwierdzenie istnienia poważnego wykroczenia wymaga co do zasady przeprowadzenia konkretnej i zindywidualizowanej oceny postawy danego wykonawcy i wykazania, że nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, przy czym nastąpiło to w wyniku rażącego niedbalstwa. Uzasadnienie dla przesłanki, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp stanowi nadto pkt 101 dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym poważne wykroczenie zawodowe może poddać w wątpliwość uczciwość wykonawcy, a tym samym sprawić, że nie będzie on odpowiedni, by uzyskać zamówienie publiczne niezależnie od tego, czy dany wykonawcy posiadałby poza tym techniczną i ekonomiczną zdolność do realizacji zamówienia. Tym samym jakiegokolwiek nieprawidłowe wykonanie umowy nie jest automatycznie równoważne z poważnym wykroczeniem.

W ocenie Izby, w przedmiotowym stanie faktycznym, w dniu wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu, z uwagi na odstąpienie od umowy przez

Nadleśnictwo Czerniejewo, brak było u Zamawiającego wystarczającego materiału dowodowego do uznania zaistnienia podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4, jak i pkt 2 Pzp. Zamawiający dysponował bowiem de facto jedynie jednym pismem z 11.01.2018 r. z Nadleśnictwa Czerniejewo. Dodatkowe materiały zostały złożone dopiero wraz z odpowiedzią na odwołanie i uzyskane po złożeniu odwołania (pismo Nadleśnictwa Czerniejewo z 12.03.2018 r., pismo Nadleśnictwa Czerniejewo z 14.03.2018 r. oraz załączniki do tego ostatniego pisma - umowę z 01.04.2016 r. zawartą z Nadleśnictwem Czerniejewo, jak i oświadczenie o odstąpieniu od umowy z 11.07.2016 r. złożone przez Nadleśnictwo Czerniejewo.). W konsekwencji brak było ówczesnie stosownych przesłanek. Zamawiający nie wykazał skutecznie ich zaistnienia. Przy czym, nie ma to wpływu na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 Pzp), gdyż w ocenie Izby, zasadnie Odwołujący został wykluczony, a jego oferta odrzucona, z uwagi na zaistnienie przesłanek wynikających z art. 25 ust. 5 pkt 2 Pzp w toku realizacji umowy z Nadleśnictwem Sławno. Izba uznała także w

tym kontekście - realizacji umowy z Nadleśnictwem Sławno, że procedura samooczyszczenia w tym wypadku była nieskuteczna. Jednocześnie, zastrzegając, że będzie się odnosić jedynie do samej procedury samooczyszczenia w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu (z uwagi na art. 192 ust. 7 Pzp).

Z kolei, w zakresie sytuacji, która zaistniała w Nadleśnictwie Sławno, Izba podnosi, że Zamawiający nie tylko umożliwił Odwołującemu zastosowanie procedury samooczyszczenia i przedstawienie w tym zakresie stosownych dowodów, ale także pozyskał stosowną dokumentację źródłową z Nadleśnictwa Sławno, co do okoliczności towarzyszących zaistniałym naruszeniom obowiązków zawodowych, które w ocenie składu miały charakter „zawiniony” i „poważny”. W ocenie Izby, czynność wykluczenia na podstawie art. 25 ust. 5 pkt 2 Pzp, Zamawiający poprzedził ustaleniami, co do okoliczności leżących u podstaw działań i zaniechań wykonawcy. Niewątpliwie należy zgodzić się, iż nie można automatycznie uznać, że każde nie dotrzymanie terminu realizacji zlecenia, czyli nienależyte wykonanie zamówienia, można automatycznie kwalifikować, jako podstawę wykluczenia z tej podstawy prawnej, ale jedynie takie, które było skutkiem zawnionego działania, w szczególności zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, oraz ma charakter poważny, tak jak w okolicznościach niniejszej sprawy.

W przedmiotowym stanie faktycznym zwłoka w realizacji umowy, tj. w realizacji konkretnych poszczególnych zleceń częściowych miała miejsce de facto od początku lutego 2017 r., aż do końca tego roku, czyli przez cały okres jej trwania. Nie miały one charakteru incydentalnego, ale permanentny. Nie może, w ocenie Izby, stanowić sposobu realizacji umowy, wykonywanie prac przez Wykonawcę z uwzględnieniem konieczności płacenia kar umownych za niedotrzymywanie wyznaczanych terminów i pozostawianie w tym wypadku Nadleśnictwa Sławno w ciągłym stanie niepewności, co do realizowanych zleceń i całej umowy, przez cały okres jej trwania. Kwestia, jakoby niskich wartości naliczanych kar umownych, przywołanych przez Odwołującego w odwołaniu, abstrahuje od treści § 2 ust. 2 umowy, zgodnie z którą wartość prac będących przedmiotem zleceń w zakresie zrywki i pozyskania przypadających do wykonania w danym miesiącu trwania umowy miała nie przekroczyć 20 % wartości prac z zakresu pozyskania wchodzących w skład przedmiotu umowy oraz § 12 ust. 1 pkt 1 umowy, gdzie podstawą wymiaru kary umownej za zwłokę nie była wartość przedmiotu umowy, ale wartość prac na danej pozycji objętej zleceniem, w stosunku do których Wykonawca pozostaje w zwłoce.

Z dokumentacji uzyskanej przez Zamawiającego wynika, że początkowo Nadleśnictwo Sławno wyrażało zgodę na przesunięcie pierwotnych terminów zleceń - z przyczyn atmosferycznych - wskazywanych we wniosku („z uwagi na trudne warunki

terenowe i pogarszające się warunki pogodowe”), ale ostatecznie, jak i „po raz pierwszy” (tak też stwierdził Odwołujący na rozprawie) w piśmie z 24/26.05.2017 r. (brak możliwości jednoznacznego ustalenia ręcznie wpisanej daty dziennej pisma) - „odmówiło takiej praktyki”

- przedstawiając obszerne uzasadnienie takiej odmowy. W piśmie złożonym przez Odwołującego na rozprawie zostało to wyraźnie wskazane. Stwierdził także Odwołujący na rozprawie, że z chwilą tej odmowy zaprzestał składania wniosków o przedłużenie terminu realizacji poszczególnych zleceń (z dokumentacji przekazanej przez Nadleśnictwo Sławno Zamawiającemu wynika, że w ramach poszczególnych zleceń - wbrew stanowisku Odwołującego z rozprawy - Zamawiający uwzględniał uwarunkowania pogodowe i terenowe
- przedłużał także później termin wykonania prac - np. zlecenie 3171400118 z 14.07.2017 r.: „Termin wykonania prac przedłużono (.) ze względu na warunki pogodowe”, zlecenie 3171400186 z 26.10.2017 r.: „Oddz. 275 c pow. zalana wodą niedostępna”). Jednocześnie

zwrócono - w złożonym na rozprawie przez Odwołującego piśmie - uwagę Wykonawcy na braki w personelu (pilarzy) oraz sprzęcie. Nadto, wyraźnie w nim stwierdzano, że już wcześniej wskazywano Wykonawcy na istniejące braki i opóźnienia. Izba stwierdza, że Nadleśnictwo Sławno czyniło tak w rzeczywistości w piśmie z 20.03.2017 r. (Notatka Służbowa Leśniczego) oraz wystosowanym wprost do Odwołującego piśmie z 22.03.2017 r., gdzie wskazywano na istniejące braki sprzętowe („w lesie, od początku realizacji umowy, stwierdzono jedynie jeden ciągnik zrywkowy (ciągnik rolniczy i przyczepa) oraz jeden ciągnik typu LKT, a zgodnie z naszą wiedzą przyczyna opóźnień leży po stronie zrywki”). Podobnie wynika z Notatki Służbowej Leśniczego z 18.04.2017 r. oraz pisma Nadleśnictwa Sławno skierowanego do Odwołującego z 24.04.2017 r. gdzie podkreślano niskie zaawansowanie prac na miesiąc kwiecień oraz groźbę wykonawstwa zastępczego. Wynika więc z tego, że problemem nie była kumulacja zleceń i terminów ich realizacji, ale braki sprzętowe i kadrowe. Odwołujący podczas rozprawy podnosił w tym kontekście kwestie kumulacji zleceń i krótkie terminy realizacji. Przy czym wyraźnie przyznał, że nie kwestionował postanowienia SIWZ (nie wnosił odwołań - postępowanie unijne), ani nie wnosił o zmianę warunków umownych w tym zakresie na etapie postępowania przetargowego. Przyznał też, że po pierwszej odmowie, która miała miejsce w maju 2017 r. przestał wnosić o zmianę terminów realizacji poszczególnych zleceń (przy czym z dokumentacji wynika że Zamawiający przedłużał wyznaczane terminy). Przy czym, należy stwierdzić, że była to decyzja Odwołującego, bo albo podzielał stanowisko Nadleśnictwa Sławno, co winno skutkować daleko idącymi zmianami organizacyjnymi, albo nie zgadzał się i winien wnosić o przesunięcie terminu lub polemizować z oceną stanu rzeczy, chociażby podczas spotkania w 14.06.2017 r.

Kwestie braków sprzętowych i kadrowych potwierdza także Notatka Służbowa Z-cy Nadleśniczego z 08.06.2017 r., jak i Notatka Służbowa Nadleśniczego z 14.06.2017 r.

31

W pierwszym wypadku, podczas spotkania wskazano Odwołującemu stan zaawansowania prac, wielkość i czas zwłoki i związane z tym kary umowne, jak i wstrzymanie wykonawstwa zastępczego w zamian na zgodę na podwykonawstwo. Nadto stwierdzono, że: „Pan (...) stwierdził, że zdaje sobie sprawę ze swojej sytuacji ale nie przedstawił konkretnych rozwiązań, które spowodują nadrobienie zaległości”. W drugim wypadku, podczas spotkania z Odwołującym ponownie poruszono kwestie zaawansowania realizacji umowy (analiza za 5 miesięcy), wielkości naliczanych kar, sprawę zadeklarowanego przez Wykonawcę na etapie procedury przetargowej sprzętu, jakim winien dysponować przy realizacji umowy i kwestie zatrudnienia do realizacji umowy przez Wykonawcę oraz jego podwykonawców, pracowników na umowę o pracę. Na tym samym spotkaniu miało miejsce ostateczne odstąpienie od wykonawstwa zastępczego na rzecz podwykonawstwa, co poczytać należy jako przejaw dobrej woli ze strony Nadleśnictwa Sławno.

Jednocześnie, Izba podkreśla, że nieterminowe realizowanie poszczególnych zleceń wiązało się nie tylko ze zwłoką, ale także niebezpieczeństwem w warunkach leśnych szkodliwych i deprecjacji drewna (np. pismo Nadleśnictwa Sławno do Odwołującego z 07.04.2017 r., czy też z 24.04.2017 r., jak i 19.05.2017 r.) oraz, jak Nadleśnictwo Sławno wskazywało w piśmie złożonym na rozprawie przez Odwołującego (pismo z 24/26.05.2017 r.), niedotrzymywaniem umów zawartych przez nadleśnictwo z odbiorcami drewna. Mimo, że takich skrajnych okoliczności nie stwierdzono ostatecznie, to należy zauważyć, że 5-krotne zlecenie - wykonawstwa zastępczego (1) umowa z 04.08.2017 r.; 2) umowę z 30.08.2017 r.; 3) umowę z 28.09.2017 r.; 4) umowę z 27.11.2017 r.; 5) umowę z 12.12.2017 r.), w zakresie dwóch przypadków (umowy z 27.11.2017 r. oraz umowy z 12.12.2017 r.) Zamawiający informację zawarł w informacji o wykluczeniu, w szczególności z grudnia 2017 r., może świadczyć o konieczności zapobieżenia takim skutkom i aktywnemu działaniu ze strony Zamawiającego, celem przeciwdziałania takiemu stanowi rzeczy. Świadczy też o tym, że niedotrzymywanie terminów mogło mieć daleko idące skutki dla asortymentu Zamawiającego (straty finansowe i asortymentowe), a nie tylko i wyłącznie z późniejszym wykonaniem zleceń.

Dodatkowo, Izba podkreśla, że nie tylko kwestia permanentnego niedotrzymywania terminów z winy Wykonawcy zaistniała przy realizacji umowy w Nadleśnictwie Sławno. Ze zgromadzonej przez Zamawiającego dokumentacji wynika - pismo z 29.05.2017 r. (Notatka Służbowa Z-cy Nadleśniczego), że wstrzymywano prace (prace z pozyskania drewna w oddz. 248 d) - z uwagi na nie przestrzeganie zasad BHP. Z Notatki Służbowej Leśniczego z 19.09.2017 r. wynika, że prace zlecone na pozyskanie drewna - zlecenie 317140006 z 27.04.2017 r. oddz. 248 d z terminem wykonania do 26.05.2017 r. zostały wykonane

15.09.2017 r. Należy więc stwierdzić, że zaistniałe wstrzymanie prac, ale i ostateczna zwłoka w zakresie tego zlecenia wynikała z winy Wykonawcy (brak kasków, rękawic, oznakowania), zaś sama kontrola była wynikiem konieczności sprawdzenia zaawansowania prac wobec nie dotrzymywania wyznaczonego terminu.

Kolejną kwestią wynikającą ze zgromadzonej przez Zamawiającego dokumentacji - z Notatki Służbowej Nadleśniczego z 23.05.2017 r. (ze spotkania) jest to, iż Odwołujący nie płacił wynagrodzenia co najmniej 4 osobom za wykonaną pracę przy sadzeniu drzew w kwietniu 2017 r. Podczas rozprawy Odwołujący okazał do wglądu oświadczenie p. Zbigniewa Filipowskiego „który podpisał notatkę” i złożył skargę. W tym zakresie należy zauważyć, że oświadczenie okazane na rozprawie do wglądu, nie miało daty. Z uwagi na to, jak i zasadę bezpośredniości dowodu, takie oświadczenie jest mało wiarygodne, a właściwe byłoby przeprowadzenie dowodu ze zeznania świadka (Odwołujący nie złożył takiego wniosku). Przed Izbą bowiem obowiązuje zasada bezpośredniości dowodowej, a Odwołujący nie wykazał istnienia uzasadnionych przeszkód w przeprowadzeniu dowodu bezpośrednio, w sposób pozwalający na ocenę wiarygodności dowodu (podobnie w wyroku KIO z dnia 30.09.2013 r., sygn. akt: KIO 2112/13; KIO 2114/13; KIO 2121/13).

Nadto, gdyby nawet uznać okazane oświadczenie, czego Izba z przedstawionych powyżej powodów nie może uczynić, to Notatka Służbowa Nadleśniczego z 23.05.2017 r. wyrażnie odnosi się do 4 osób. Powyższy stan rzeczy potwierdza także pismo z 31.05.2017 r. Nadleśnictwa Sławno skierowane do Odwołującego, gdzie Nadleśnictwo Sławno podnosi także kwestie braku zatrudnienia na umowę o pracę (oblig - § 7 ust. 4 umowy z 03.02.2017 r.) oraz wypłaty wynagrodzenia.

W kontekście samooczyszczenia, Izba podkreśla, że przedstawione na wezwanie wyjaśnienia i dowody są mało wiarygodne, gdyż wynika z nich że samooczyszczenie polegało - na zatrudnieniu nowych pracowników (nie wiadomo od kiedy, ilu oraz jakich, tzn. jakiej profesji) i wyleasingowaniu nowego sprzętu oraz innych działaniach w ramach firmy. Umowy leasingowe są z 30.03.2016 r., 18.05.2016 r., oraz na FORWARDER z 25.05.2017 r. Abstrahując od tego, że tylko w tym ostatnim wypadku sprzęt został wzięty w leasing podczas trwania umowy z Nadleśnictwem Sławno, a treść samooczyszczenia przedstawiona w postępowaniu przetargowym w Nadleśnictwie Sławno (pismo z 09.01.2017 r.) oraz u obecnego Zamawiającego (31.01.2018 r.) jest praktycznie identyczna i dotyczy sytuacji w Nadleśnictwie Czerniejewo (zwolnienie pracownika z powodu, którego doszło do odsunięcia z pozycji na których prowadzone były prace, czy też uregulowanie kary za uszkodzone drzewa /informacja w ramach JEDZ-a/), to te wszystkie działania (nawet te ogólnie przywołane w wyjaśnieniach i nie poparte dowodami) nie wpłynęły pozytywnie na

33

stan realizacji umowy - wezwanie z 18.09.2017 r. do terminowej realizacji umowy z informacją, że w przeciwnym razie nastąpi odstąpienie (kary umowne na 28.184. 88 zł) - „W związku z nieterminową realizacją (...) zleconych prac w miesiącach kwiecień, maj, czerwiec, lipiec i sierpień oraz co za tym idzie wielokrotne naliczanie kar umownych (...)”. Powyższe okoliczności poparte dowodami stoją w sprzeczności z tezami odwołania - z których wynika, że tylko w początkowym okresie istniało niebezpieczeństwo odstąpienia od umowy, a współpraca z obecnym konsorcjantem wpłynęła pozytywnie na realizację umowy z Nadleśnictwem Sławno (nie podano jak konkretnie to się przejawiało). Ostatecznie Nadleśnictwo Sławno nie odstąpiło od umowy, lecz zastosowało inne rozwiązanie - pismo z 05.10.2017 r. „wykonanie zstępcze” (na 1.503,00 zł netto) odnośnie zlecenia prac (informacja z 19.09.2017 r.) /nota księgowa nr 147 z 09.10.2017 r./.

Niniejsze prace były zlecone pierwotnie (hodowli lasu) dnia 22.08.2017 r. Innym działaniem Nadleśnictwa Sławno było wystawianie dalszych not księgowych za zwłokę (Nota księgowa nr 128 z 01.09.2017 r. /680, 40 PLN/, Nota księgowa nr 133 z 06.09.2017 r. /263,35 PLN/, Nota księgowa nr 136 z 19.09.2017 r. /268,45 PLN/, Nota księgowa nr 148 z 10.10.2017 r., Nota księgowa nr 149 z 10.10.2017 r. /1210,66 PLN/, Nota księgowa nr 150 z 10.10.2017 r. /642,52 PLN/, Nota księgowa nr 151 z 10.10.2017 r. /3860,24 PLN/, Nota księgowa nr 153 z 12.10.2017 r. /372,00 PLN/, Nota księgowa nr 165 z 27.10.2017 r. /4033,13 PLN/, Nota księgowa nr 169 z

27.10.2017 r. /565,34 PLN/, Nota księgowa nr 175 z 13.11.2017 r. /607,00 PLN/, Nota księgowa nr 188 z 11.12.2017 r. /1628,75 PLN/, Nota księgowa nr 203 z 18.12.2017 r. /933,80 PLN/), czy też kolejne - wykonawstwo zstępcze z 11.12.2017 r. (zlecone pierwotnie

30.11.2017 r.). Ostatnia nota księgowa nr 208 (z 11.01.2018 r.) /741,74 PLN/.

Izba nie podziela też Odwołującego z rozprawy o konieczności dalszego dopytywania w zakresie samooczyszczenia przy tak zgromadzonej dokumentacji i wyraźnym wezwaniu z 26.01.2018 r. i odpowiedzi z 31.01.2018 r. Nie podziela też polemiki Odwołującego z rozprawy, jakoby Zamawiający w informacji o wykluczeniu nie kwestionował programu naprawczego Odwołującego, czynił to wyrażnie, konkretnie i jednoznacznie w końcowej części: „Odnosząc się do złożonych przez Pana wyjaśnień oraz podjętych kroków naprawczych trudno przyjąć taką argumentację, gdyż do końca terminu realizacji umowy z Nadleśnictwem Sławno nic się nie zmieniło w tym zakresie. Dalej występowały opóźnienia,

a nawet odstąpienia od realizacji zleconych prac w ramach realizacji umowy zawartej z Nadleśnictwem Sławno, pomimo dysponowania sprzętem zapewniającym prawidłową realizację umowy, tj.:

- zestawem do zrywki drewna Palms 15D +840 (umowa leasingowa z dnia 30.03.2016 r.)
- HARWESTEREM (umowa leasingowa z dnia 18.05.2016 r.)
- zwiększenia potencjału technicznego w postaci FORWARDERA - umowa leasingu z dnia 25.05.2017r.

Zatrudnienie na umowę o pracę dalej jest na poziomie 6 osób, a tym samym nie zwiększono potencjału kadrowego. Zawarta umowa konsorcjum z firmą S. A. „AFT BIK” 64-730 Gieczyniek 36, nic nie zmieniła w realizacji umowy z Nadleśnictwem Sławno. Udostępnione zasoby do realizacji ww. umowy w roku 2017, nie spowodowały przyspieszenia, ani poprawy jakości wykonywanych usług.

Program naprawczy złożony w Nadleśnictwie Sławno, nie odbiega treścią od tego, który złożył Pan w Nadleśnictwie Polanów, a w konsekwencji nie gwarantuje poprawy rzetelności oraz terminowości wykonania jakiejkolwiek umowy na usługi leśne. Nadleśnictwo Polanów informuje dodatkowo, że Wykonawca podpisując przyjęcie zlecenia (zawierające między innymi rodzaj pracy, ilość i termin) do realizacji, miał świadomość, że akceptuje jego wszystkie zapisy.”.

Nadto, Izba powołuje się także na pismo Nadleśnictwa Sławno z 11.01.2018r. (w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z 27.12.2017 r.), gdzie nie tylko jest stwierdzenie odnoszące się do kar umownych za niedotrzymanie terminów, ale jest mowa o niesprawnym sprzęcie, nierzetelności przez cały okres realizacji, jak i informacja, że aktualny konsorcjant w ogóle nie brał udziału w realizacji umowy, choć udostępniał potencjał. Stoi to w sprzeczności z tezami zawartymi w samooczystczeniu, np. co do udziału obecnego konsorcjanta, jak i przedstawionym zaproszeniem do negocjacji - złożonym jako dowód na rozprawie przez Odwołującego - które nota bene - wprost stwierdza, że nie jest w trybie Pzp; „Zamówienie zostanie udzielone zgodnie z Regulaminem udzielania zamówień, do którego nie stosuje się ustawy Prawo zamówień publicznych”.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i 2 lit. a i b 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 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 47). Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie

z przedłożonym rachunkiem oraz koszty dojazdu na rozprawę na kwotę: 1 122,64 zł brutto. (§ 3 pkt 2 lit. a i b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

Członkowie: