

WYROK

z dnia 14 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska Członkowie: Agata
Mikołajczyk

Paweł Trojan

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 8 marca 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 lutego 2017r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum „LAS”** w skład, którego wchodzi S. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych S. S. z siedzibą w Dzikowie 7, S. O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne S. O. z siedzibą w Dzikowie 1, J. P., K. Ł., D. Ł. wspólnicy spółki cywilnej prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych i Transportowych s.c. z siedzibą w Niekursku, ul. Świerczewskiego 40A, M. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych i Transportowych M. W. z siedzibą w Strzalinie 32, W. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne W. W. z siedzibą w Wołowych Lasach 2/2 i R. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne R. B. z siedzibą w Rusinowie 8/4 postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa- Państwowe Gospodarstwo Leśne, Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Tuczo w Tucznie, ul. Klasztorna 36 przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum** w składzie: D. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą pIFOREST D. G. w Niechcicach, Osiedle Przylesie 21/4, T. O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne T. O. w Niechcicach, ul. Zakładowa 10, M. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowa MARKAL M. K. z siedzibą w Kalinówce 1 oraz B. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych B. B. z Kaliskiej, ul. Nowowiejska 19a zgłaszających swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 348/17 po stronie zamawiającego

1. oddala odwołanie

orzeka:

2.kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum „LAS”** w skład, którego wchodzi S. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych S. S. z siedzibą w Dzikowie 7, S. O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne S. O. z siedzibą w Dzikowie 1, J. P., K. Ł., D. Ł. wspólnicy spółki cywilnej prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych i Transportowych s.c. z siedzibą w Niekursku, ul. Świerczewskiego 40A, M. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych i Transportowych M. W. z siedzibą w Strzalinie 32, W. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne W.

W. z siedzibą w Wołowych Lasach 2/2 i R. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne R. B. z siedzibą w Rusinowie 8/4 i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum**

„LAS” w skład, którego wchodzi S. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych S. S. z siedzibą w Dzikowie 7, S. O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne S. O. z siedzibą w Dzikowie 1, J. P., K. Ł., D. Ł. wspólnicy spółki cywilnej prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych i Transportowych s.c. z siedzibą w Niekursku, ul. Świerczewskiego 40A, M. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych i Transportowych M. W. z siedzibą w Strzalinie 32, W. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne W. W. z siedzibą w Wołowych Lasach 2/2 i R. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne R. B. z siedzibą w Rusinowie 8/4 tytułem wpisu od odwołania,

2.2.zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum „LAS”** w skład, którego wchodzi S. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych S. S. z siedzibą w Dzikowie 7, S. O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne S. O. z siedzibą w Dzikowie 1, J. P., K. Ł., D. Ł. wspólnicy spółki cywilnej prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych i Transportowych s.c. z siedzibą w Niekursku, ul. Świerczewskiego 40A, M. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych i Transportowych M. W. z siedzibą w

Strzaliny 32, W. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne W. W. z siedzibą w Wołowych Lasach 2/2 i R. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi

Leśne R. B. z siedzibą w Rusinowie 8/4 na rzecz **Skarbu Państwa- Państwowego Gospodarstwa Leśnego, Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Tuczo w Tucznie, ul. Klasztorna 36** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie : trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 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 348/17

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Tuczo w 2017r. zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 10 lutego 2017r. numer 2017/S 029-052383.

W dniu 13 lutego 2017r. zamawiający poinformował o wyniku postępowania.

W dniu 23 lutego 2017r. odwołanie wnieśli wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum „LAS” w skład, którego wchodzi S. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych S. S. z siedzibą w Dzikowie 7, S. O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne S. O. z siedzibą w Dzikowie 1, J. P., K. Ł., D. Ł. wspólnicy spółki cywilnej prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych i Transportowych s.c. z siedzibą w Niekursku, ul. Świerczewskiego 40A, M. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych i Transportowych M. W. z siedzibą w Strzaliny 32, W. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne W. W. z siedzibą w Wołowych Lasach 2/2 i

R. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne R. B. z siedzibą w Rusinowie 8/4 – dalej odwołujący. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika odwołujących się działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 21 lutego 2017r. i z dnia 26 listopada 2016r. udzielonego przez wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i podpisanego przez każdego przedsiębiorcę wchodzącego w skład Konsorcjum LAS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 22 lutego 2017r.

Odwołujący zakwestionował wybór oferty najkorzystniejszej i zaniechanie wykluczenia konsorcjum w składzie: pIFOREST D. G., Usługi Leśne T. O., Firma Usługowa MARKAL M.

K. oraz Zakład Usług Leśnych B. B. – dalej przystępującego w pakiecie nr 3. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

—art. 24 ust. 1 pkt. 16 i 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień

publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579 – dalej ustawy) przez zaniechanie wykluczenia przystępującego w sytuacji wprowadzenia zamawiającego w błąd przy składaniu wyjaśnień z pominięciem wszystkich okoliczności istotnych dla prawidłowej oceny a dotyczących niewykonania i nienależytego wykonania umów zawartych w roku 2016 co podważa uczciwość wykonawcy ubiegającego się o zamówienie publiczne.

—art. 24 ust. 5 pkt. 2 ustawy przez zaniechanie wykluczenia przystępującego w sytuacji, gdy przystępujący winien podlegać wykluczenia w związku z naruszeniem obowiązków zawodowych w wyniku niewykonania i należytego wykonania umów zawartych w 2016 roku.

—art. 24 ust. 5 w zw. z art. 24 ust. 1 oraz art. 91 ustawy przez niezgodne z przepisami ustawy oraz wytycznymi specyfikacji istotnych warunków zamówienia działanie zamawiającego w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie określonych w postępowaniu kryteriów oceny ofert.

—art. 91 ustawy przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej dla pakietu nr 3.

—art. 7 ust. 1 ustawy, przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania oraz zasady proporcjonalności, polegające na tym, że dokonano wyboru oferty podlegającej odrzuceniu, ze względu na fakt, że przystępujący podlegał wykluczeniu, zaś ofertę odwołującego, mimo faktu że była najkorzystniejsza sklasyfikowano na poz. 2.

—art. 7 ust. 3 ustawy w związku z art. 91 ust. 1 ustawy, przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego, mimo faktu że

była ofertą najkorzystniejszą.

—art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, który podlegał wykluczeniu z postępowania.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

—unieważnienie czynności wyboru oferty przystępującego w pakiecie nr 3,

—powtórzeniem czynności badania i oceny ofert,

—wykluczenie przystępującego z udziału o zamówienie publiczne oraz odrzucenie jego oferty z udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne dla pakietu nr 3,

—dokonanie wyboru oferty odwołującego w oparciu o art. 91 ust. 1 ustawy

—obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu danego zamówienia, w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy. Naruszenie przez zamawiającego wyżej wykazanych podstaw prawa - ustawy prawo zamówień publicznych oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia narusza prawa odwołującego ubiegającego się o uzyskanie zamówienia publicznego, wskutek czego uważa, że doznał uszczerbku interesu, oraz poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy przez niemożność uzyskania prawa do realizacji zamówienia publicznego - jako oferty ważnej i najkorzystniejszej na podstawie obowiązujących w postępowaniu kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej dla pakietu nr 3.

W ocenie odwołującego podejmując decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji, równego

traktowania oraz proporcjonalności, określoną w art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób nie zapewniający obiektywizmu przy badaniu i ocenie ofert w zakresie pakietu nr 3. Odwołujący złożył ofertę w pakiecie nr 3, którego ofertę sklasyfikowano na pozycji drugiej z łączną liczbą punktów - 98,98. Informując o rozstrzygnięciu postępowania, w tym o wyborze oferty najkorzystniejszej zamawiający wskazał, że oferta przystępującego spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz odpowiada wszystkim wymaganiom określonym w siwz.

Odwołujący przedstawił analizę spełnienia przesłanki zawinienia w kontekście zarzutu naruszenia art. 24 ust. 5 pkt. 2 ustawy przez zaniechanie wykluczenia przystępującego w sytuacji, gdy wykonawca podlegał wykluczeniu w związku z naruszeniem obowiązków zawodowych w wyniku niewykonania i należytego wykonania umów zawartych na usługi leśne w 2016 roku. Zarzut ten jest powiązany z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt. 16 i 17 przez zaniechanie wykluczenia przystępującego w sytuacji wprowadzenia zamawiającego w błąd przy składaniu wyjaśnień z pominięciem wszystkich okoliczności istotnych dla prawidłowej oceny a dotyczących niewykonania i nienależytego wykonania umów zawartych w roku 2016, w tym przedstawienia nieprawdziwych informacji co podważa uczciwość wykonawcy ubiegającego się o zamówienie publiczne. Istotnym w ocenie odwołującego jest, że w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający przewidział w treści siwz pkt. 6.1 siwz pn. „Warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia z postępowania” ppkt. 2 że wykluczy wykonawców w przypadku zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt. 2 ustawy.

„Zamawiający wykluczy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego 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”.

Potwierdzeniem braku lub zaistnienia podstawy do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt. 2 jest informacja przedstawiona zgodnie z wytyczną pkt. 7 siwz pn. „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania oraz w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu” pkt.7.1 ppkt. litera a) w formie oświadczenia stanowiącego wstępne potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w siwz i brak podstaw do wykluczenia na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia ”(zwanego dalej: „JEDZ”) przedstawiona w JEDZ w części III lit. C wiersz trzeci.

Przystępujący przedstawił wymagany dokument (formularz JEDZ) dla poszczególnych członków konsorcjum, którzy w części III lit. C wiersz trzeci zaznaczyli odpowiedź „NIE” w zakresie dot. poważnego wykroczenia zawodowego z tyt. niewykonania i nienależytego

wykonania umów. Istotnym jest, zdaniem odwołującego, również fakt, że mimo wezwania zamawiającego Nadleśnictwa Tuczo do uzupełnienia brakujących informacji (pismo zamawiającego z dnia 15.12.2016 r.) żaden z członków konsorcjum składając ponownie JEDZ nie wskazał na okoliczności stanowiące o podstawach wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt. 2 ustawy ponownie zaznaczając w części III lit. C wiersz trzeci odpowiedź „NIE”,

Jako dowód odwołujący powołał pismo zamawiającego z dnia 15.12.2016 r. nr sprawy SA.270.3.5.2016.

Zamawiający mając na względzie posiadaną wiedzę odnośnie realizacji wcześniejszych umów przez konsorcjantów (w tym również informację złożoną przez odwołującego), w szczególności przez firmę pIFOREST D. G., przed podjęciem decyzji dotyczących oceny ofert w trybie dopuszczonym przez ustawę wezwał firmę pIFOREST D. G. do złożenia wyjaśnień w zakresie realizacji umów na wykonanie usług leśnych w 2016 r. w Nadleśnictwie Borne Sulinowo, w tym również w zakresie wykraczającym poza ww, pytanie celem prawidłowego dokonania oceny oferty wyżej wskazanych firm.

Jako dowód odwołujący powołał pismo zamawiającego „Wezwanie do złożenia wyjaśnień” z dnia 23.01.2017 r. nr sprawy SA.270.3.5.2016

Złożone przez firmę: pIFOREST D. G. wyjaśnienia ograniczyły się w ocenie odwołującego wyłącznie do części przedmiotowego wezwania pomijając istotne dla prawidłowej oceny fakty zarówno mające miejsce przy realizacji umów w Nadleśnictwie Borne Sulinowo jak i w innych Nadleśnictwach (Kliniska, Czarnohor, Wałcz, Człopa, Płytnica, Drawno) w których miały miejsce kary przypisane pIFOREST D. G. z tytułu niewykonania i nienależytego wykonania umów skutkując obniżeniem wynagrodzenia wykonawcy. Odwołujący podnosi, że zamawiający nie skorzystał z możliwości ponownego wezwania przystępującego do doszczegółowienia wyjaśnień, tym samym jego ocena nie ma charakteru pełnej.

Wykonawca pIFOREST D. G. potwierdził w wyjaśnieniach okoliczności nienależytego wykonania umów zawinione w jego ocenie wyłącznie przez pozostałych partnerów: PPHU ZRYWTRANS S. B. oraz PPHU ZRYWTRANS Sp. z o.o. Opisując sytuacje i trudności z terminową realizacją zleceń w Leśnictwach: Wielboki, Nowa Wieś, Starowice, Dudylany, Pilawa, Brzeźno przystępujący odniósł się tylko do wybranych przez siebie Leśnictw i sytuacji, nie przedstawiając całego stanu faktycznego, pomijając, zdaniem odwołującego, całkowicie informacje nt. pozostałych leśnictw, sytuacje dotyczące nieterminowego wykonania prac, wykonywania prac przez osoby z personelu wykonawcy, które nie zostały zgłoszone zgodnie z procedurami oraz uszkodzenia w drzewostanach stanowiące o nienależytym wykonywaniu usług objętych umowami (umowa nr 2710-SA-1/16, nr 2710-SA- 2/16 nr 2710-SA- 3/16 z dnia 28 grudnia 2015 r.) realizowanymi w Nadleśnictwie Borne Sulinowo przez konsorcjum firm: pIFOREST D. G., PPHU ZRYWTRANS S. B. oraz PPHU ZRYWTRANS Sp. z o.o.

Istotnym jest, w ocenie odwołującego również fakt, że firma pIFOREST D. G. przedstawiając wyjaśnienia całkowicie pominęła odpowiedzialność przystępującego za działania partnerów, czy podwykonawców, a co najważniejsze świadomie i w sposób zamierzony zataił ważne informacje nie informując zamawiającego, że firmy PPHU ZRYWTRANS S. B. oraz PPHU ZRYWTRANS Sp. z o.o - nie wykonywały swoich zakresów prac ze względu na fakt, że pIFOREST D. G. zalegał z płatnościami za odebrane przez Nadleśnictwa zakresy realizowanych usług. Bardzo trudno zdaniem odwołującego uznać, że kontrahent działający w warunkach konkurencyjnych który nie płaci swoim partnerom za zrealizowane, i co najważniejsze odebrane zakresy usługi nie ponosi odpowiedzialności zawodowej za kolejne, notorycznie występujące opóźnienia. Trudno również w ocenie odwołującego oczekiwać, że firmy PPHU ZRYWTRANS S. B. oraz PPHU ZRYWTRANS Sp. z o.o mimo prawidłowo wykonywanej usługi - nieopłacane będą nadal wykonywały ją należycie. Obowiązek kontrahenta jest jednoznaczny, za prawidłowo wykonane prace z zakresu gospodarki leśnej zlecone partnerom, odebrane przez Nadleśnictwo bezwzględnie należało w terminie zapłacić. Zaś sytuacja w której firma pIFOREST D. G. nie rozlicza się za swoimi partnerami, tym samym doprowadzając do problemów finansowych partnerów, jednocześnie cedując cały zakres realizowanej usługi na partnerów w ocenie odwołującego bezapelacyjnie nie wykonuje należycie swoich obowiązków zawodowych, nie wykonuje ich w sposób świadomy i zamierzony doprowadzając tym samym do poważnego naruszenia obowiązków zawodowych.

Jako dowód odwołujący powołał pismo PPHU ZRYWTRANS Sp. z o.o z dnia 30.01.2017 kierowane do Nadleśnictwa Borne Sulinowo, pismo PPHU ZRYWTRANS Sp. z o.o z dnia 13.04.2016 kierowane do D. G., pismo PPHU ZRYWTRANS Sp. z o.o z dnia 02.02.2017 r. kierowane do Nadleśnictwa Borne Sulinowo, dwa pisma PPHU ZRYWTRANS Sp. z o.o pn.

„Ostateczne wezwanie do zapłaty” z dnia 01.02.2017r. które załączył do odwołania. Odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodu w postaci zeznań świadka (PPHU ZRYW TRANS Sp. z o.o) na okoliczność zawartych w treści odwołania argumentów.

Ponadto, w wyjaśnieniach (trzeci akapit str. 3) pIFOREST D. G. wskazał na inny obecnie skład konsorcjum, który to w jego ocenie stanowi gwarancję uczciwości zawodowej wskazując m.in. na partnerów: Usługi Leśne T. O., Firma Usługowa MARKAL M. K. wykonujących należycie dotychczasowe zamówienia pomijając całkowicie fakt, że Zakład Usług Leśnych B. B. wchodzący w skład tego konsorcjum w 2016 roku objęty był karami umownymi z tytułu nienależytego (nieterminowego) wykonania usług m.in, w Nadleśnictwie Kaliska.

Podkreślił, że wykonawca pIFOREST D. G. nie przedstawił pełnych i wyczerpujących wyjaśnień w odniesieniu do pozostałych leśnictw wchodzących w przedmiot umów z wyjątkiem wykazania uchybień partnerów realizujących

część przedmiotu umowy. Zataił

również informację o fakcie występujących zleceń zastępczych, w których mimo nienależytego wykonania umowy, Nadleśnictwo musiało skorzystać z instytucji zlecenia zastępczego. Sytuacja ta zdaniem odwołującego ponownie potwierdza fakt, świadomego zatajenia części informacji (zlecenia zastępcze i nienależyte wykonywanie usług) wprowadzając w błąd zamawiającego. Bowiem nienależyte wykonanie umowy, w konsekwencji którym nakładane były kary umowne dotyczyły również pozostałych leśnictw, w których realizacja nie była powierzona partnerom - firmą PPHU ZRYWTRANS S. B. oraz PPHU ZRYWTRANS Sp. z o.o.. Ważnym jest również fakt, że kary nakładane były w całym okresie trwania umów.

Odwołujący przywołał wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C - 465/11 z dnia 13 grudnia 2012 r. Ponadto stwierdzenie istnienia 'poważnego wykroczenia' wymaga co do zasady przeprowadzenia konkretnej i zindywidualizowanej oceny postawy danego wykonawcy (wyrok KIO 885/15 z 11.05.2015r.). Zwłoki w realizacji świadczenia dopuszcza się wykonawca, który nie wykonał umowy w terminie z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność, czyli przyczyn od niego zależnych jak u firmy plForest D. G.. Zwłoka w wykonaniu usług, nieprawidłowe wykonanie usług, doprowadzenie do konieczności skorzystania ze zleceń zastępczych przez zamawiających w ocenie odwołującego oznacza, że wykonawca dopuścił się poważnego naruszenia obowiązków zawodowych przez nienależytą i nieterminową realizację świadczenia. Użyte w przepisie art. 24 ust. 5 pkt. 2 ustawy pojęcie rażącego niedbalstwa związane jest z pojęciem winy. O rażącym niedbalstwie mówi się wówczas, gdy sprawca mógł i powinien był przewidzieć szkody. W przepisie wskazuje się, że wykluczenie wykonawcy może nastąpić jeżeli w wyniku poważnego naruszenia obowiązków zawodowych nastąpiło niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia. Przez rażące niedbalstwo rozumie się niezachowanie minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji. O przypisaniu pewnej osobie winy w tej postaci decyduje więc zachowanie się przez nią w określonej sytuacji w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej" (wyrok SN z dnia 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03).

W ocenie odwołującego firma która dopuszcza się praktycznie w każdej realizowanej umowie podobnych, a może nawet identycznych naruszeń obowiązków zawodowych, nie rzetelnie realizuje usługi, i każdorazowo twierdzi że winą należy obarczyć jej kontrahentów, partnerów, czy podwykonawców - mimo faktu że każdej z tych umów występuje w innym składzie nie zachowuje miernika staranności minimalnej i jej działanie ma charakter zawiniony. Jest to firma nierzetelna, która nie tylko dopuszcza się poważnego naruszenia obowiązków zawodowych przez nie wykonywanie, czy nisko jakościowo wykonane umowy, to również firma która świadomie nie organizuje wykonywanej usługi w sposób rzetelny, doprowadzając do naruszenia kondycji swoich rzetelnych kontrahentów, to przede wszystkim

firma która mimo własnych błędów nie wprowadza żadnych procesów naprawczych, twierdząc że zawsze wina jest po stronie kogoś innego, jednocześnie w żadnej ze swoich umów nie potrafi tak zorganizować prac z zakresu gospodarki leśnej że każda z tych umów jest wykonywana z poważnym naruszeniem obowiązków zawodowych.

Odwołujący zwrócił uwagę na solidarną odpowiedzialność członków konsorcjum, której zdaje się nie zauważać firma plFOREST D. G.. Podkreślił, że próba przypisania odpowiedzialności wyłącznie ww. partnerom konsorcjum podważa uczciwość plFOREST D. G. i wskazuje na świadome działania wykonawcy w zakresie przerzucenia odpowiedzialności za wszystkie powstałe wykroczenia zawodowe. Odwołujący uznał, że ziściły się okoliczności stanowiące o nienależytym wykonaniu obowiązków za które to winę ponosi plFOREST D. G..

W zakresie zarzutów naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt. 16 i 17 w zw. z art. 24 ust. 5 pkt. 2 ustawy spełnienie przesłanki naruszenia obowiązków zawodowych

Brak informacji w JEDZ o nieprawidłowościach w realizacji umów zawartych z udziałem plFOREST D. G. stanowi w ocenie odwołującego o świadomym wprowadzeniu w błąd zamawiającego celem uzyskania zamówienia. Przedstawiając odmienne od stanu rzeczywistego informacje niezgodne z stanem faktycznym miały wyłącznie na celu uzyskanie zamówienia. plFOREST D. G. w wyjaśnieniach z dnia 24.01.2017 r. przedstawił nieprawdziwe informacje odnoszące się zarówno do wartości wykonanych na rzecz Nadleśnictwa Borne Sulinowo usług jak i wysokości nałożonych kar umownych z tytułu wykonań zastępczych i nienależytej staranności. Podana wartość rzeczywista wykonanych usług to kwota w łącznej wysokości 3.448.063,29zł. a nie jak podano w wyjaśnieniach kwota 4.771.049,91zł. oraz wysokość udokumentowanych notami księgowymi kar umownych z tytułu nienależytego wykonania wyniosła 169.259,44zł. nie jak podano 160.000zł. oraz kar z tytułu wykonań zastępczych na łączną kwotę w wysokości 124 836,76zł. co do których wykonawca nie wyjaśnił okoliczności, podstaw ich zaistnienia ani też nie wskazał na działania mające zapobiec podobnym sytuacjom w przyszłości - „samooczyszczenia”. Łączna wysokość kar wystawionych przez Nadleśnictwo Borne Sulinowo wyniosła 294 096,20zł. co stanowi w stosunku do kwoty wykonanych usług 8,53 % a nie jak wskazano w wyjaśnieniach 3,35 %.

Jako dowód odwołujący powołał pismo plFOREST D. G. z dnia 24.01.2017 (odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień - w aktach / dokumentacji zamawiającego),

Poniżej przedstawiono procentowy udział kar umownych w stosunku do poszczególnych umów oraz kwot wykonanych usług na podstawie informacji otrzymanych z niżej wskazanych Nadleśnictw:

Nadleśnictwo Borne Sulinowo

Umowa 271G-SA-1/16 z 28.12.2015 r., wartość wykonanych usług 1 510 908,53zł. wartość nałożonych kar 89 672,58zł..., co stanowi 5,94%, wartość zleconych wykonań zastępczych 26 044, 00 zł., co stanowi 1,72%

Umowa 2710-SA-2/16 z 28.12.2015 r. wartość wykonanych usług - 1019542,32, wartość naliczonych kar -37 862,11, co stanowi 3,71%, wartość zleconych wykonań zastępczych – 51 353,96, co stanowi 5,04%

Umowa 2710-SA-3/16 z 28.12.2015 r., wartość wykonanych usług - 917612,44, wartość naliczonych kar - 41 724,75, co stanowi - 4,55%, wartość zleconych wykonań zastępczych 47 438,80, co stanowi 5,17%

Nadleśnictwo Czarnobór umowa SA-3/16 z dn. 04.01.2016 r. wartość wykonanych usług – 995 789,15, wartość naliczonych kar - 135 024,42, co stanowi 13,56%, wartość wykonań zastępczych - 81 438,24, co stanowi 9,79%

Nadleśnictwo Drawno umowa 271.35.HAZR.16 z dn. 11.01.2016, wartość wykonanych usług - 419 945,48, wartość naliczonych kar - 36 615,20, co stanowi 9,43%

Nadleśnictwo Wałcz umowa SA.270.6.2.15 z dn. 4.01.2016, wartość wykonanych usług- 1 766 937,96, wartość naliczonych kar - 80625,99, co stanowi 4,36%

Nadleśnictwo Człopa – umowa 271.6.2015, wartość wykonanych usług -2 797 510,32, wartość naliczonych kar - 4228,65, co stanowi 0,15%

Nadleśnictwo Płytnica umowy 270.1.16, 270.2.16, 270.4.16, wartość wykonanych usług-

4 929 994,589, wartość naliczonych kar - 203210,25, co stanowi 4,12% Zakład Usług Leśnych B. B.

Nadleśnictwo Kaliska umowy ZG.271.112.U5, ZG.271.112.2.15, wartość wykonanych usług - 6 579673,27, wartość naliczonych kar - 20 949,01, co stanowi 0,32%

Nadleśnictwo Kliniska umowa Z.271.6.2016 wartość naliczonych kar - 5 901,87.

Jako dowody odwołujący powołał informacja Nadleśnictwa Borne Sulinowo (pismo poświadczenie jakości Zn* spr.: ZG.074.168.2016.DS z dnia 12.12.2016 r. - kserokopia w załączeniu), informacja Nadleśnictwa Czarnobór (pismo Zn. spr.: SA.270.2.10.2015.AN z dnia

06.02.2017 r. - kserokopia w załączeniu), noty księgowe w liczbie 47 szt. wystawione przez Nadleśnictwo Borne Sulinowo (kserokopie w załączeniu), Zestawienie kar opracowane przez Nadleśnictwo Kaliska za rok 2016 (kserokopia w załączeniu), informacja Nadleśnictwa Borne Sulinowo do Regionalnej Dyrekcji Lasów Państwowych w Szczecinku (pismo ZG.092.31.2016 AK z dnia 18.11.2016 r. - kserokopia w załączeniu), informacja Nadleśnictwa Borne Sulinowo do Regionalnej Dyrekcji Lasów Państwowych w Szczecinku (pismo ZG.092.32.2016 AK z dnia 18.11.2016 r. - kserokopia w załączeniu), informacje otrzymane pocztą e-mail Nadleśnictw: Drawno, Płytnica, Wałcz, Czarnobór, Człopa, Kliniska (kserokopie w załączeniu), informacja otrzymane pocztą e-mail Nadleśnictwa Człopa -

(pismo Zn. spr. Z.270.18.2015.BG z dnia 18.05.2015. - kserokopie w załączeniu), informacje kierowane od odwołującego do Nadleśnictwa Tuczo nt. nieprawidłowości dot. realizacji umów w Nadleśnictwach wskazanych w Odwołaniu (pisma w dokumentacji zamawiającego). Powyższe dowody w ocenie odwołującego po raz kolejny potwierdzają, że działanie przystępującego ma charakter winy umyślnej. Przystępujący, zdaniem odwołującego, świadomie manipuluje wielkościami pokazywanych kar w stosunku do wielkości wartości maksymalnych umowy (ważnym jest, że usługi z zakresu gospodarki leśnej mają charakter usług powtarzających się okresowo, sukcesywnie wykonywanych przez wykonawców, tylko w wielkości zleceń przekazywanych przez Nadleśnictwa, wielkość i adres leśny są zawsze wyznacznikiem wielkości .. wykonywanej usługi). Świadome zatajenie informacji . o nienależytym wykonywaniu umów na poziomie przekraczającym 5 % wartości wykonanych usług w .. wielu .. jednostkach zamawiającego - .. Nadleśnictwach - .. stanowi nie tylko poświadczenie nieprawdy, ale w ocenie odwołującego jest poważnym naruszeniem wskazującym, przede wszystkim na brak uczciwości oraz zamierzonego działania, wobec którego ziszczyły się okoliczności zawinienia oraz podstawy wykluczenia wskazane w art. 24 ust. 1 pkt. 16 i 17 ustawy tj. zawinionego umyślnego działania w wyniku którego doszło do wprowadzenia zamawiającego w błąd mającego wpływ na wynik postępowania w skutek nieprawdziwych informacji istotnych dla przedmiotowej oceny.

Zamawiający uznając wyjaśnienia przedstawione przez pIFOREST D. G. za wyczerpujące dokonał wyboru wykonawcy z naruszeniem przepisów art. 24 ust. 1 pkt. 16 i 17 oraz art. 24 ust. 5 pkt. 2 ustawy.

Gdyby pIFOREST D. G. przedstawił w sposób prawidłowy, zgodny z prawdą, że jest winien

„wykroczenia zawodowego” w JEDZ zamawiający dokonując weryfikacji nie uchybił by ww. przepisom ustawy. Zatajając okoliczności faktyczne w wyniku lekkomyślności w tym zamierzonego działania wyprowadzenia zamawiającego w błąd, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu wykonawca wian jest

naruszenia wiarygodności zawodowej. W orzeczeniu z dnia 13 grudnia 2012 r. C-465/11, Trybunał stwierdził, że pojęcie poważnego wykroczenia zawodowego obejmuje wszelkie zawinione uchybienia, które wpływają na wiarygodność zawodową wykonawcy, a nie tylko naruszenia wąsko rozumianych norm deontologicznych obowiązujących w danym zawodzie, których naruszenie stwierdza właściwy organ dyscyplinarny ustanowiony lub prawomocne orzeczenie sądowe. Dlatego też co do zasady niewykonanie zobowiązań umownych po stronie wykonawcy można uznać za wykroczenie zawodowe.

W zakresie pozostałych zarzutów dotyczących:

Art. 24 ust. 5 w zw. z art. 24 ust.1 oraz art. 91 ustawy przez niezgodne z przepisami ustawy oraz wytycznymi specyfikacji istotnych warunków zamówienia działanie zamawiającego w

zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie określonych w postępowaniu kryteriów oceny ofert.

Niegodne z przepisami ustawy oraz wytycznymi specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokonanie wyboru oferty przystępującego podlegającej w ocenie odwołującego wykluczeniu stanowi konsekwencję naruszenia art. 24 ust. 5 w zw. z art. 24 ust.1 oraz art. 91 ustawy

W każdym wypadku uczestnicy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mają obowiązek podawania informacji prawdziwych pod rygorem wykluczenia z procedury przetargowej. Pojęcie prawdy na gruncie prawa rozumieć trzeba tak jak w języku potocznym, a więc jako zgodność myśli (wypowiedzi) z rzeczywistością, tj. z „faktami” i „danymi” (por. wyrok Sądu Najwyższego z 5 kwietnia 2002 r., II CKN 1095/99). Zgodnie też z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej (por. np. z dnia 24 października 2008 r. KIO/UZP 1098/08), złożenie dokumentu zawierającego nieprawdziwe informacje nie podlega uzupełnieniu nawet w sytuacji, gdy dokument ten jest dokumentem - co do zasady - podlegającym uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy. Nie dopuszczalne jest więc zastępowanie informacji nieprawdziwych informacjami prawdziwymi. Uzasadnione jest to koniecznością bezwzględnego stosowania przepisów ustawy i w konsekwencji eliminacji takiego wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia bez umożliwienia mu uzupełnienia dokumentów. Uzupełnieniu podlegają wyłącznie dokumenty niezłożone wymagane na potwierdzenie spełnienia warunków uprawniających do ubiegania się o zamówienie publiczne lub wadliwe. Natomiast dokument - wyjaśnienia złożone przez pIFOREST D. G. - zawierający nieprawdziwe informacje nie może zostać uznany za dokument wadliwy, a więc zawierający określone błędy i tym samym nie podlega uzupełnieniu. Podobne stanowisko wyraża Urząd Zamówień Publicznych. Stanowisko takie potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 kwietnia 2011 r. (sygn. akt KIO/UZP 801/11).

Zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, która winna podlegać wykluczeniu spowodowało pozbawienie odwołującego prawa uzyskania zamówienia publicznego, mimo faktu że jego oferta była najkorzystniejsza na podstawie przyjętych w postępowaniu kryteriów oceny oferty.

Art. 7 ust. 1 ustawy, przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, polegające na tym, że oferta przystępującego podlegającego wykluczeniu z postępowania o zamówienie publiczne wybrano jako najkorzystniejszą w pakiecie nr 3, a ofertę odwołującego sklasyfikowano na poz. 2.

Z ostrożności procesowej odwołujący podniósł, że naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy w związku z art. 91 ust. 1 ustawy, przez zaniechanie udzielenia zamówienia odwołującemu. Wyjaśnienia przedstawione przez pIFOREST D. G. nie zostały przez zamawiającego

przeanalizowane w sposób wnikliwy z zachowaniem zasady obiektywizmu przez co zamawiający naruszył zasadę wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy dot. uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nieodpowiadające rzeczywistości faktom i niewyczerpujące wytycznych zamawiającego wyjaśnienia skłaniają odwołującego do stwierdzenia, że mamy do czynienia z faworyzowaniem wykonawcy przy ocenie wymagań określonych w siwz z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców przez co ofertę podlegającą odrzuceniu uznano za najkorzystniejszą.

Art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, która podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu.

Wskazane naruszenia przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego, nie odrzucenie oferty

Zamawiający w dniu 23 lutego 2017r. poinformował wykonawców przekazując kopię odwołania i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 27 lutego 2017r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili się wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia konsorcjum w składzie: D.

G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą pIFOREST D. G. w Niechcicach, Osiedle Przylesie 21/4, T. O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne T. O. w Niechcicach, ul. Zakładowa 10, M. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowa MARKAL M. K. z siedzibą w Kalinówce 1 oraz B. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych B. B. z Kaliskiej, ul. Nowowiejska 19a

wskazując, że zarzuty odwołania są nakierowane na wykluczenie ich z postępowania i wyeliminowanie z rynku. Są sformułowane wyłącznie na potrzeby postępowania odwoławczego i nie mają odzwierciedlenia w rzeczywistości, a podważają uczciwość zawodową zgłaszających. Wnieśli o oddalenie odwołania. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 23 lutego 2017r. udzielonego przez każdego z właścicieli firm zawiązujących konsorcjum. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 27 lutego 2017r.

W dniu 7 marca 2017r. przystępujący złożył pisemne oświadczenie i wskazał, że odwołujący wprowadza łzbę w błąd co do wartości usług wykonywanych przez przystępującego dla Nadleśnictwa Borne Sulinowo, gdzie w ramach umowy nr 2710-SA-1/2016 o wartości umowy 2 119 492,44zł., umowy nr 2710-SA-2/2016 o wartości umowy 1 574 410,80zł., umowy nr 2710-SA-3/2016 o wartości umowy 1 585 343,45zł., czyli łącznie 5 279 246,45zł. przystępujący wystawił faktury na kwotę łączną 4 771 018,41zł. Co do innych Nadleśnictw, to brał udział w postępowaniach dotyczących wykonania usług w 2017r. w Nadleśnictwie Płynica i Drawno, gdzie ponownie wybrano ofertę przystępującego, a w Nadleśnictwie Człopa nie składał oferty na rok 2017. Zamawiający ci nie wykluczyli go z postępowania. Przystępujący stwierdził, że nieprawdziwe są twierdzenia odwołującego, że nie płacił na czas

partnerom ZRYWTRANS z Wałcza i ZRYWTRANS z Mirosławca i dowody w tym zakresie przedstawi na rozprawie. Przedstawił wykaz zrealizowanych przez siebie umów w latach 2012 – 2016 podając Nadleśnictwo, numer umowy termin obowiązywania oraz wartość brutto, która łącznie wyniosła 29 678 370,03zł. Wskazał, że w dniu 25 listopada 2015r. zawarł umowę konsorcjum w ZRYWTRANS w Wałczu i ZRYWTRANS w Mirosławcu, z którymi miał zamiar wykonywać usługi na rzecz Nadleśnictwa Borne Sulinowo w 2016r. Każdy z konsorcjantów zobowiązał się do prawnej, łącznej, solidarnej odpowiedzialności za wykonanie przedmiotu zamówienia, a także m. in. do nie podejmowania działalności konkurencyjnej, która może negatywnie oddziaływać na wykonanie umowy np. na opóźnienie terminu, lub uzyskanie niekorzystnych warunków.

W dniu 28 grudnia 2015 roku zostały podpisane 3 umowy o nr: 2710-SA-1/16, 2710-SA-

2/16 oraz 271G-SA-3/16 w wyniku dokonania wyboru oferty Konsorcjum i udzielenia mu zamówienia na „Wykonywanie usług leśnych na terenie Nadleśnictwa Borne Sulinowo w 2016 roku na część 1, 2 i 3”.

Od momentu podpisania umowy tj., 02.01.2016r, w/w konsorcjum realizowało umowy na wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Borne Sulinowo, Po podpisaniu w/w umów nastąpił wewnętrzny ustny podział prac pomiędzy konsorcjantów, zgodnie z którym wykonawca ZRYWTRANS S. B. oraz wykonawca ZRYWTRANS Sp. z o.o. miał realizować umowę w następujących leśnictwach: Wielboki. Nowa Wieś,. Starowice. Dudylany. Pilawa, Brzeźno. Podział takich prac został ustalony ustnie pomiędzy konsorcjantami, Na początku zawarcia umów tj. od miesiąca stycznia 2016 wykonawca ZRYWTRANS S. B. oraz ZRYWTRANS Sp. z.o.o. realizował swoje prace terminowo. Natomiast od marca 2016 r. zaczął opóźniać się z realizacją swoich prac, po czym zabrał sprzęt i zostawił pracę. pIForest podniósł, że w żaden sposób nie przyczynił się do niewykonania obowiązków umownych przez firmy Zrywtrans. W szczególności - nie wstrzymywał wynagrodzenia należnego Zrywtrans S. B. oraz Zrywtrans Sp. z o.o. co potwierdza zestawienie płatności faktur i potwierdzenia przelewów, którymi dysponuje.

W dniu 03 maja 2016r. jako lider konsorcjum wystosował pismo do wykonawców ZRYWTRANS S.B. oraz ZRYWTRANS Sp. z o.o. z żądaniem podjęcia działań zmierzających do realizacji umów. Na ową korespondencję Konsorcjant nie odpowiedział i nie podjął żadnych kroków, aby realizować dalej umowy zawarte z Nadleśnictwem Borne Sulinowo, W związku z tym, że realizował umowy w innych nadleśnictwach takich jak Wałcz, Płynica, Czarnohor, Karwio, Smolarz, a ponadto miał też swoje wyznaczone w ramach konsorcjum leśnictwa na terenie Nadleśnictwa Borne Sulinowo, brak było możliwości terminowego wykonywania umowy również z leśnictwami porzuconych przez Konsorcjanta. Nadleśnictwo zaczęło z tego tytułu naliczać kary umowne, które były potrącone z bieżących należności za wykonywane przez pIForest usługi leśna Pierwsze kary umowne za

nieterminowe wykonanie zleceń zostały naliczone w dniu 15.04.2016r, notą księgową nr 6/04 tytułem kar umownych za niedotrzymanie terminu realizacji prac, zgodnie z paragrafem 12 ust. 1 pkt 1 umowy nr 2710-SA -1/16 z dnia 29.12.2015r. Od tego momentu konsorcjant ZRYWTRANS nie podejmował żadnych działań zmierzających do zakończenia zleconych mu prac na terenach swoich nadleśnictw, które podjął się realizować zawierając umowę konsorcjum. Od tego momentu zaczął unikać ze pIForest kontaktu. Nie odbierał telefonów i nie odpowiadał na maile. W dniu 11.05.2016r. wystąpił do Nadleśnictwa Borne Sulinowo o wyrażenie zgody na prace podwykonawcy B. B., ulica Nowowiejska 19a, 83-260 Kaliska, uzasadniając swój wniosek tym, iż podwykonawca miał wspomóc pIFOREST w terminowej realizacji umowy Nr 2710-SA-3/16 dotyczącej leśnictw Nowa Wieś i Wielboki (leśnictwa, na których realizował umowę ZRYWTRANS), W dniu 16.06.2016r. (po 35 dniach) otrzymał odpowiedź z nadleśnictwa ze zgodą na powierzenie podwykonawstwa. Podkreślił, że Nadleśnictwo Borne Sulinowo nie pomagało mu wyjść z zaistniałej sytuacji, tym samym doprowadzając do tego, że kary były coraz większe, W jego ocenie Nadleśnictwo powinno było w zaistniałej sytuacji niezwłocznie podjąć decyzję o wyrażeniu zgody na podwykonawstwo, tym bardziej, że ZUL B. B. był

mu znany, ponieważ występował w konsorcjum z pIFOREST na innej części zamówienia. Nadleśnictwo doskonale znało jego sytuację finansową, kadrową i techniczną. Można było więc odnieść wrażenie, że Zamawiający celowo zwlekał z udzieleniem zgody na udział podwykonawcy, aby zwiększyć wysokość kar umownych naliczonych wykonawcy (dowód; umowa nr 2710-SA 1/16).

Próbując ratować sytuację zwiększył zatrudnienie pracowników z 57 do 96.

W miesiącu kwietniu 2016 musiał zatrudnić dodatkowych pracowników, aby móc realizować umowy i prace, które miał wykonywać ZRYWTRANS, Potwierdzają to dokumenty ZUS DRA mówiące o ilości osób zgłoszonych do ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego oraz o wysokości opłacanych składek z tego tytułu. Dokupił sprzęt tj. Hanvester 1270G (maszyna do ścinki drewna, która miała wspomóc pracę ręczną pilarzy), który miał wspomóc terminową realizację umów.

Na początku realizacji umów Nadleśnictwo Borne Sulinowo wystawiało Zlecenia na wykonanie poszczególnych prac z terminem wykonania 30 dni. Od czasu wycofania się z realizacji umowy przez ZRYWTRANS Nadleśnictwo nagle zmieniło zdanie i leśniczy zaczęli wystawiać zlecenia z krótszymi terminami na 10 dni, a nawet zdarzało się, że zlecenie miało termin 9 dniowy (w załączeniu potwierdzenie tego faktu). W ocenie pIForest Nadleśnictwo po raz kolejny łamało w ten sposób zapis paragrafu 4 pkt 1 umów -Zamawiający obowiązany jest współpracować z Wykonawcą w celu sprawnego i rzetelnego wykonania przedmiotu umowy. Na uwagę w jego ocenie zasługuje też fakt, że w pewnym momencie Nadleśnictwo przestało przedłużać mu terminy zlecenia prac nawet nie argumentując swojej decyzji. Z informacji uzyskanych od leśniczych poszczególnych leśnictw wynikało, że Nadleśniczy nie

pozwalał przedłużać zleceń, chociaż wcześniej to nie on decydował o tym, tylko leśniczy z danego leśnictwa.

Pragnę tutaj nadmienić, że Nadleśnictwo ani razu nie podjęło próby wezwania do realizacji zawartych umów wszystkich uczestników konsorcjum, W ocenie pIForest Nadleśnictwo Borne Sulinowo powinno było wszystkich konsorcjantów traktować na równi i wezwać do realizacji umowy wszystkich konsorcjantów, a nie tylko lidera konsorcjum - moją firmę pIFOREST. Tym bardziej, że Zamawiający miał wiedzę, że przyczyna nieterminowego wykonywania umowy leży po stronie wykonawcy ZRYWTRANS* Tym samym zamawiający kolejny raz złamał zapisy umowy tj. paragrafu 4 pkt 1 mówiący o tym, iż Zamawiający zobowiązany jest informować Wykonawcę (czyli całe Konsorcjum, a nie tylko lidera) o istotnych sprawach mających wpływ na realizację przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie wezwał ani razu firmy ZRYWTRANS do realizacji umowy, pomimo że tym firmom bezpośrednio wystawiał zlecenia wykonania prac, Zamawiający, zdaniem pIForest bezpodstawnie i wadliwie zastosował wobec tej firmy instytucję wykonania zastępczego. Podkreślił, że kary i zlecenia na wykonawstwo zastępcze nie były wynikiem zamierzonego działania ani rażącego niedbalstwa ze strony firmy pIForest Nadmienię, że jego firma nie pozostawała bierna w momencie wystąpienia problemów z realizacją umów zawartych z Nadleśnictwem Borne Sulinowo, Szukał wszelkich możliwych rozwiązań, aby realizować terminowo zlecenia. Systematycznie pozyskiwał i wprowadzał nowych podwykonawców, aby nie płacić kar. Jeżeli chodzi o wykonanie zastępcze Nadleśnictwo Borne Sulinowo bezzasadnie i wadliwie zastosowało instytucję wykonania zastępczego ponieważ zgodnie z art 430 Kodeksu Cywilnego w razie zwłoki dłużnika w wykonaniu zobowiązania czynienia, wierzyciel może, zachowując roszczenie o naprawienie szkody, żądać upoważnienia przez sąd do wykonania czynności na koszt dłużnika.

Współpraca pIForest z Nadleśnictwem Borne Sulinowo rozpoczęła się od roku 2014r. W 2014r. samodzielnie wykonał usługi leśne na kwotę 1 028 308,27 zł, zaś w roku 2015 na w kwotę 1 647 157,00 zł. Usługi te zostały poświadczane referencjami, które potwierdzają, że zostały one wykonane należycie i z pełną starannością. W 2016 roku wykonał usługi leśne na rzecz Nadleśnictwa Borne Sulinowo w kwocie 4 651 959,83 zł (wykaz wystawionych faktur dla Nadleśnictwa Borne Sulinowo w roku 2016), Z tytułu kar umownych został obciążony notami księgowymi na kwotę 160 000 zł. Kwoty te obciążały tylko moje należności z tytułu wykonywanych usług. Natomiast ZRYWTRANS nie zostało ani razu obciążone karami przez Nadleśnictwo Borne Sulinowo. pIFOREST zaczęło od miesiąca lipca 2016 r. wystawiać noty obciążeniowe z tytułu poniesionych kar umownych zgodnie z zapisem umowy konsorcjum o odpowiedzialności solidarnej podczas realizacji zamówienia. Każdy z konsorcjantów został obciążony tymi karami po 1/3 (dowód noty obciążeniowe).

Do 31.12.2016r. ZRYWTRANS ani razu nie skontaktował się ze pIForest ani też nie podjął jakiegokolwiek kroków, aby zrealizować do końca udzielone zamówienie na terenie Nadleśnictwa Borne Sulinowo. Reasumując, Nadleśnictwo Borne Sulinowo ani razu nie podjęło próby wezwania wszystkich uczestników konsorcjum do realizacji umów, ani razu nie podjęło rozmów mających na celu rozwiązanie zaistniałej sytuacji, wręcz według pIForest dało się odczuć, że Nadleśnictwo celowo nie podejmowało niezwłocznych działań, bowiem oznaczało to wyższe kary umowne naliczone wykonawcy. Wprowadzając wykonanie zastępcze zignorowano informację pIForest skierowaną do Zamawiającego, że ma gotowy sprzęt i potencjał kadrowy do podjęcia realizacji danego zlecenia. Potrafiono tylko zabierać pIForest wykonanie zlecenia, zlecać za kilka dni innemu podmiotowi wybranemu z zapytania ofertowego i dawać pracować na

bardzo wysokie stawki, tym samym narażając plForest na wysokie koszty ponoszone w ramach wykonania zastępczego.

Doszło nawet do takiej sytuacji, że jednemu z uczestników nowego konsorcjum, które utworzył - ZUL ML S. - proponowano wykonanie zastępcze i wręcz wskazywano mu, aby złożył ofertę dużo wyższą niż stawki, za które my wykonywaliśmy zamówienie. Proponowano, aby podniósł stawki nawet o 40%, Spotkanie takie odbyło się w nadleśnictwie w październiku 2016 r. z udziałem Z-cy Nadleśniczego A. K.. Pan M. S. me zgodził się na tę propozycję, stwierdzając; że nie pozwoli na to, aby mocniej jeszcze pogrążyć finansowo firmę plFOREST. W dniu 4 stycznia 2016 roku firma plForest zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego nr SA-03/16, której przedmiotem było „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Czarnobór w roku 2016” Jednocześnie tego samego dnia zawarł umowę nr SA.270.6.2.2015 z innym zamawiającym - Nadleśnictwem Wałcz na „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Wałcz w roku 2016”. Jego konsorcjantern na etapie wykonywania wyżej wymienionych umów dla Nadleśnictwa Czarnobór oraz Nadleśnictwa Wałcz również był PPHU ZRYWTRANS sp. z o.o, oraz PPHU ZRYWTRANS S. B.. W trakcie realizacji umów doszło do analogicznych przypadków niewypełnienia obowiązków umownych przez firmy Zrywtrans w stosunku do tych, które miały miejsce w Nadleśnictwie Borne Sulinowo, Wykonawca Zrywtrans najpierw zaczął opóźniać się z realizacją swoich prac, po czym zabrał sprzęt i zostawił pracę, pomimo że należne mu wynagrodzenie było wypłacane. Próby skontaktowania się z wykonawcą pozostały bezskuteczne. W wyniku zaniedbań wykonawcy miałem znaczące problemy z terminową realizacją zleceń, za które odpowiadał Zrywtrans, co spowodowało naliczenie przez Zamawiających kar umownych, którymi obciążono konsorcjum plFOREST,

plForest wskazał, że Nadleśnictwo Czarnobór, wykorzystując adhezyjny charakter umowy SA-03/16 i wykazując restrykcyjne podejście do wykonawcy umowy w sprawie zamówienia

publicznego, bezpodstawnie zastosowało w stosunku do plForest instytucję wykonania zastępczego, pomimo że był gotowy do wykonania usług objętych wykonaniem zastępczym. Natomiastco ... istotne - pomimo naliczenia kar umownych w .. ramach umowy nr SA.270.6.2.2015 drugi z wymienionych zamawiających - Nadleśnictwo Wałcz - nadal współpracuje z plForest i jest zadowolony z jakości wykonywanych przez nią zleceń.

Poza wyżej wymienionymi - w 2016 r. firma plForest zawarła również inne umowy w sprawie zamówienia publicznego z Nadleśnictwami Kliniska, Płynica i Drawno, w trakcie których doszło do opóźnień w realizacji pojedynczych zleceń, Co istotne - kary umowne naliczone przez nadleśnictwa będące stronami umów były związane przecie wszystkim z przekroczeniem jednostkowych terminów wykonania zleceń, a nie z brakiem jakości ich wykonania.

Dodatkowo:

-w przypadku umowy nr Z.271.1.6.2016 z dnia 19.01.2016 r. na „Wykonywanie usług leśnych w Nadleśnictwie Kliniska” stosunek naliczonych kar umownych do wartości umowy był bardzo nieznaczny, bowiem wartość umowy wynosiła 1 815 707,08 zł podczas gdy wartość naliczonych kar umownych 5 901,37 zł;

W przypadku umowy nr 270-1-16 z dnia 12.012016 r. na „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Płynica” - Zamawiający nadal współpracuje z plForest, nie ma uwag do wykonywania obecnych zleceń, jest zadowolony ze współpracy z tą firmą co potwierdzają referencje wystawione w dniu 02.02.2017r.

W przypadku umowy nr 271.35.HAZFL16 z dnia 11.01,2016 r.. na „Wykonywanie usług leśnych w Nadleśnictwie Drawno w 2016 r. - opóźnienie w terminowej realizacji prac wynikało m.in. z problemów i użyciem specjalistycznych maszyn, Podkreślił, że w każdym takim przypadku starał się niezwłocznie reagować, w przypadku awarii maszyn usiłował jak najszybciej sprowadzić na ich miejsce nowy sprzęt W związku z tym, iż umowa z Nadleśnictwem Drawno była zawarta typowo na wykonanie usług z zakresu pozyskania i zrywki drewna w użytkach rębnych tylko z wykorzystaniem maszyn specjalistycznych nie mógł pracy maszyn zamieniać na prace ręczne pilarzy i pracowników leśnych. Maszyny te często też wspomagały prace, które miał realizować PPHU ZRYWTRANS sp. z o.o. oraz PPHU ZRYWTRANS S. B.

W 2016 r. firma plForest zawarła umowę nr 271.6.2015 z dnia 20.03.2015 r. na „Usługi z zakresu gospodarki leśnej do wykonania na terenie Nadleśnictwa Człopa w 2015 r. - w zakresie części III, gdzie stosunek naliczonych kar umownych do wartości umowy był bardzo nieznaczny, bowiem wartość umowy wynosiła 2 797 510, 32 zł, podczas gdy wartość naliczonych kar umownych nie przekroczyła kwoty 10 tys. zł.

Żadne w wymienionych nadleśnictw nie wypowiedziało firmie plForest umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ponadto - wszystkie kary umowne, jakimi została obciążona,

zostały zapłacone, jak to już zostało wskazane - z częścią nadleśnictw firma współpracuje również w 2017 r. i nie wnoszą one zastrzeżeń do jakości wykonywanych przez moją firmę usług.

Wszystkie umowy z Nadleśnictwami mają charakter adhezyjny - są ustalone ogólnie w ramach struktury Lasów Państwowych i mają niezwykle szczegółowy i sztywny charakter. Bardzo zabezpieczają interes Skarbu Państwa i jakikolwiek problem pomiędzy Konsorcjantami, albo w trakcie wykonania i sztywne stanowisko Nadleśnictwa -

powodują, że uniknięcie naliczenia kar umownych jest wręcz niemożliwe. Aby pokazać przykładową umowę - w załączeniu przekazał umowę Nadleśnictwa Borne Sulinowo i prosił o zwrócenie uwagi na § 3 ust 2 (terminy wykonania zlecenia określane każdorazowo w zleceniu - latach 2014-2015 niemal zawsze były terminy 30 dniowe - obecnie wyznaczano już krótsze), § 5 ust 6 (ograniczenie możliwości zatrudniania podwykonawców, co powoduje, że pewne elementy muszą być wykonywane tylko przez wykonawcę bezpośrednio), § 7 (cały, ale w szczególności ust 7 - wykonywanie usług przez osoby z oferty i ust 11 - konieczna zgoda Zamawiającego na podwykonawcę) oraz § 12 (cały) - bardzo rozbudowany katalog kar umownych. Dokładał wszelkich starań, żeby każdą umowę wykonywać prawidłowo. W trakcie wykonywania tych umów występują dziesiątki i setki nieprzewidywanych sytuacji, z którymi radził sobie w taki sposób, że większość Nadleśnictw - współpracuje ze nim nadal, wiedząc, że zapewnia odpowiednią jakość usług. Konkurencyjne firmy - starają się pozbyć się go w celu uzyskania zamówień, które wykonuje i próbują wykorzystać do tego przepisy ustawy, które w tej sytuacji - nie powinny być zastosowane. Przystępujący przedłożył umowę z Nadleśnictwem Borne Sulinowo nr 2710-SA-2/16, którą także odwołujący załączył do odwołania.

W dniu rozprawy zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego. Zamawiający powołał treść art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy i podniósł, że przepis ten nie cechuje się automatyzmem i wymaga udowodnienia winy, udowodnienia poważnego naruszenia obowiązków zawodowych i wykazania w sposób przyczynowo-skutkowy, że owe zawinione poważne naruszenie obowiązków zawodowych podważyło uczciwość wykonawcy. Przepis podaje dwa przykłady poważnego naruszenia obowiązków zawodowych – brak wykonania lub nienależyte wykonanie zamówienia w skutek zamierzonego działania oraz brak wykonania lub nienależyte wykonanie zamówienia w skutek rażącego niedbalstwa. Wskazał na stanowisko Rzecznika Generalnego z dnia 30 czerwca 2016r. w sprawie C- 171/15 Connexion Taxi Services BV oraz na wyrok TSUE z 13 grudnia 2012r. w sprawie C- 465/11 Forposta i na tej podstawie wywiódł, że wykroczenie zawodowe to każde zawinione działanie, które ma wpływ na wiarygodność zawodową danego podmiotu i nie wykonanie zobowiązań umownych jest takim wykroczeniem zawodowym, ale jakiegokolwiek

nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części może ewentualnie wskazywać na niższe kompetencje zawodowe danego wykonawcy, lecz nie jest automatycznie równoważne z poważnym zawodowym wykroczeniem. Podkreślił, że stosowanie przepisów sankcyjnych musi być dokonywane z zastosowaniem zasady proporcjonalności, która nakazuje dobrać najmniej uciążliwy środek pozwalający na zrealizowanie celu przepisu. Zamawiający nie dopatrył się u przystępującego poważnego wykroczenia zawodowego dokonanego celowo lub rażąco niedbale. Zamawiający wskazał, że w tym zakresie oparł się o wiedzę własną tj. pozyskaną z Nadleśnictw z terenu Regionalnej Dyrekcji Lasów Państwowych w Pile (Nadleśnictwa Wąlcz, Człopa i Płytnica), gdzie co prawda zostały naliczone kary umowne, ale były to kary marginalne, a umowy zostały zrealizowane w całości bez jakichkolwiek zastrzeżeń, co do jakości, sposobu realizacji, czy zachowania wykonawcy. Zamawiający zbadał także informacje przedstawione przez odwołującego dotyczące Nadleśnictwa Borne Sulinowo i oceniając wyjaśnienia złożone przez przystępującego uznał, że nie stwierdził poważnego naruszenia obowiązków zawodowych. Zamawiający nie ma możliwości weryfikowania wszystkich umów pForest, nie ma takiego obowiązku ani takiej wiedzy. Dlatego zakres wezwania dotyczył Nadleśnictwa Borne Sulinowo, przy czym zamawiający wziął pod uwagę, że Nadleśnictwo Borne Sulinowo przynajmniej dwukrotnie potwierdzało pełną staranność przy realizacji zamówień na usługi leśne. Zamawiający przyjął stanowisko, że kary umowne występują praktycznie każdorazowo przy zamówieniach publicznych o dużej wartości, o wysokim stopniu kompleksowości, przy czym są to kary incydentalne, nie mające żadnego wpływu na uczciwość i wiarygodność wykonawców. Zamawiający wskazał na to, że umowy na usługi leśne obowiązujące w Lasach Państwowych w bardzo restrykcyjny sposób zabezpieczają interes Skarbu Państwa i nie dają możliwości negocjowania kar, których katalog jest bardzo obszerny i cechuje się kazuistyką. Najczęściej nie da się uniknąć naliczenia kar umownych, a usługi leśne są bardzo specyficzne, zależne od wielu czynników, których nie da się przewidzieć. Biorąc to pod uwagę, zamawiający nie doszukał się winy, ani nierzetelnego działania u przystępującego. Zamawiający uznał, że odwołujący nie wykazał, że przystępujący świadczy usługi niskiej jakości, a dla zamawiającego nie mają znaczenia wewnętrzne związki wykonawcy pForest z innymi wykonawcami, z którymi wspólnie się ubiegał. Zamawiający uznał, że skoro nie potwierdziła się zarzut naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy, to nie potwierdziły się pozostałe zarzuty. Zamawiający podniósł, że zgodnie z zasadami wypełniania JEDZ, jeśli wykonawca uznaje, że nie jest winien poważnego zawodowego wykroczenia, to nie jest zobowiązany co wypełnienia JEDZ w zakresie samooczyszczenia. Zamawiający nie doszukał się w odwołaniu okoliczności jednoznacznie wskazujących na winę pForest czy rażąco niedbalstwo. Podniósł, że odwołujący wszedł w posiadanie wewnętrznej korespondencji Lasów Państwowych, która nie jest wykonawcom

udostępniana, stąd podważył legalność takiego dowodu. Podniósł, że przedstawione dowody nie podważają uczciwości pForest. Zamawiający uznał, że zarzut naruszenia art. 91 ustawy jest niedookreślony i zarzut ten nie

zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący nie wykazał, że zamawiający błędnie ocenił przystępującego w przyjętych kryteriach oceny ofert. Podniósł, że oferta odwołującego wobec nie potwierdzenia się zarzutu zaniechania wykluczenia, nie mogła być wybrana jako najkorzystniejsza. Co do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy, to nie może on stanowić samodzielnej podstawy zarzutu, a nadto odwołujący nie wykazał, w jaki sposób zamawiający naruszył zasadę proporcjonalności. Zamawiający nie miał podstaw do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy.

Przystępujący także złożył pismo na posiedzeniu, w którym wniósł o oddalenie odwołania. Podniósł, że odwołujący manipuluje informacją przedstawiając ją wyrywkowo i chaotycznie. Odwołujący wziął pod uwagę nawet najmniejsze kary umowne, ponadto są to kary umowne dotyczące części za które odpowiedzialni byli konsorcjanci pForest – Zrywtrans z Wałcza i Zrywtrans z Mirosławca. Ponadto nie jest prawdą, że nie płacił swoim konsorcjantom, na co przedstawił dowody. Nie zatajał przed zamawiającym informacji dotyczących wykonywania umów zawartych z Nadleśnictwem Borne Sulinowo i innymi nadleśnictwami. Przy czym nigdzie nie doszło do rażącej niestaranności, a wszystkie działania nakierowane były na prawidłowe wykonanie umów. Nie wystąpiły przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy. Odnosząc się do umów o wykonywanie usług leśnych wskazał na ich sztywny i restrykcyjny charakter. Co do Nadleśnictwa Borne Sulinowo podniósł, że Nadleśnictwo zaczęło skracać terminy realizacji jednostkowych zleceń z 30 dni do 10, 15 dni. S. B. właściciel obu Zrywtransów zszedł z zamówienia i zaprzestał wykonania usług w Wielbokach, Nowej Wsi, Starowicach, Dudylanach, Piławie, Brzeźnie, gdzie od kwietnia – maja 2016r. opóźniał się realizacją prac, a następnie zabrał sprzęt i zostawił pracę. Podniósł długie oczekiwanie na ... zgodny Nadleśnictwa dotyczące podwykonawców, odmowy wydłużenia zbyt krótkich terminów realizacji zleceń, podniósł brak możliwości terminowej realizacji usług na terenie poligonu wojskowego z uwagi na interwencje ochrony poligonu oraz żandarmerii, co dotyczyło leśnictw Pilawa i Nowa Wieś, gdzie znajduje się obszar oddany w użytkowanie 21 Centralnego Poligonu Lotniczego w Nadarzynach, o czym zamawiający nie poinformował ani w umowie, ani w opisie przedmiotu zamówienia, a tam często dochodziło do konieczności przerywania prac z uwagi na loty statków powietrznych. Nadleśnictwo Borne Sulinowo przekraczało także dopuszczalne masy w zleceniach z października. Były to okoliczności niezależne pForest i nie miał na nie żadnego wpływu. Podniósł, że Nadleśnictwo Borne Sulinowo było na bieżąco informowane o trudnościach w realizacji usługi, ale wykorzystywał swoją pozycję dominującą nie współpracując z pForest. Podobna sytuacja miała miejsce w Nadleśnictwie Czarnobór, gdzie też S. B., właściciel obu Zrywtransów zszedł z zamówienia i pForest musiał je przejąć do realizacji w całości, a

Nadleśnictwo restrykcyjnie wykorzystywało instrumenty umowne, powierzając zlecenia zastępcze, mimo że pForest był gotowy zlecenie wykonać.

Przystępujący podniósł, że według wystawionych faktur Nadleśnictwu Borne Sulinowo z tytułu umowy 2710-SA-1/2016 wartość zamówienia wyniosła 2 119 492,44zł., umowy 2710-SA-2/2016 – 1 574 410,80zł., a umowy 2710-SA-3/2016 – 1 585 343,21zł. czyli łącznie 5 279 246,45zł. natomiast faktycznie wystawiono faktur na łączną wartość 4 771 018,41zł. Co do Nadleśnictwa Wałcz, to tam także realizował umowę z udziałem firm S. B. i również doszło do opóźnień, ale Nadleśnictwo nie miało zastrzeżeń do jakości wykonywanych usług i Nadleśnictwo nadal współpracuje z pForest. Co do pozostałych Nadleśnictw, to kary były incydentalne za pojedyncze opóźnienia, które nie miały znaczenia dla jakości wykonania przykładowo Nadleśnictwo Kliniska stosunek naliczonych kar do wartości umowy wynosił 0,33%, Nadleśnictwo Człopa w przypadku umowy nr 271.6.2015 r. kara wyniosła 10 000zł. przy wartości umowy 2 797 510,32zł., co do Nadleśnictwa Płynica, to zamawiający zawarł umowę z pForest na wykonywanie usług na 2017r., co oznacza, że zamawiający ocenił, że wykonawca nie popełnił poważnego zawodowego wykroczenia. Co do Nadleśnictwa Drawno, to opóźnienie wynikało z problemem z użyciem wysoko specjalistycznych maszyn. Co do kar umownych naliczonych ZUL B. B., to w Nadleśnictwie Kaliska stosunek kar do wartości umowy wynosił 0,32%, a w Nadleśnictwie Kliniska 0,33%. Do pisma dołączył dowody płatności na rzecz S. B. oraz zestawienie kar umownych naliczonych przez zamawiającego Nadleśnictwo Borne Sulinowo ze wskazaniem kar, które zostały naliczone w leśnictwach, w których firmy S. B. miały według przystępującego wykonywać zlecenia, gdzie na 49 pozycji 35 dotyczyło leśnictw, które miał wykonywać S. B. . Załączył również zestawienie kar umownych z uwzględnieniem krótszych terminów wykonania, z którego wynika, że zamawiający na przełomie sierpnia i września zlecił 1 zlecenie z krótszym terminem realizacji, kolejne pojedyncze zlecenia miały miejsce we wrześniu i na przełomie września i października, zaś w od drugiej połowy października do grudnia występuje nasilenie zleceń z krótszym terminem realizacji niż 30 dni. Przystępujący przedstawił także tabelę przedstawiającą stosunek procentowy decyzji Nadleśnictwa Borne Sulinowo wyrażających zgodę na przedłużenie terminu do decyzji odmownych, jednak brak opisu które słupki oznaczają zgodę, a które odmowę, nie można ustalić, co z tabeli wynika.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. siwz, JEDZ wszystkich członków Konsorcjum przystępującego, pism odwołującego do zamawiającego z 2 stycznia, 24 stycznia i 27 stycznia 2017r. wraz z

załącznikami, wezwania do złożenia wyjaśnień skierowanego do przystępującego oraz udzielonej odpowiedzi oraz dowodów załączonych do odwołania, dowodów złożonych przez zamawiającego i dowodów złożonych przez przystępującego.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, że

W pkt. 6.1. siwz zamawiający oświadczył, że w postępowaniu mogą brać udział wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu m. in. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17, a także wykluczy wykonawcę na podstawie m.in. :

art. 25 ust. 5 pkt. 2 ustawy, 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;

Zgodnie z rozdziałem 7.1 w tym zakresie zamawiający wymagał złożenia oświadczeń w dokumencie JEDZ w części III lit. C wiersz ósmy i trzeci JEDZ.

W ofercie przystępującego wszyscy członkowie Konsorcjum przystępującego złożyli JEDZ, a w nich jednakowe oświadczenia w zakresie spornym. To jest w części III lit. C wiersz 3 na pytanie czy wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego? Jeśli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat – wykonawcy odpowiedzieli NIE. W części III lit. C wiersz ósmy na pytanie czy wykonawca może potwierdzić, że: nie jest winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji kryteriów kwalifikacji, b) nie zataił tych informacji, c) jest w stanie niezwłocznie przedstawić dokumenty potwierdzające wymagane przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający oraz d) nie przedsięwziął kroków, aby w bezprawny sposób wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu niezależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub w skutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia – wykonawcy odpowiedzieli TAK

W pakiecie III zamawiający uznał za najkorzystniejszą ofertę przystępującego, na drugim miejscu w rankingu ofert znalazł się odwołujący.

W dniu 2 stycznia 2017r. odwołujący złożył zamawiającemu informację, w zakresie pakietu 3, że wykonawca pIForest D. G. nie przedstawił w JEDZ informacji na temat umów realizowanych na rzecz następujących Nadleśnictw: Kliniska, Borne Sulinowo, Wałcz, Człopa i Płytnica, gdzie dopuścił się szeregu nieprawidłowości (niewykonanie, nieprawidłowe wykonanie), czego potwierdzeniem jest fakt, że nałożone zostały na niego kary umowne.

W dniu 18 stycznia 2017r. Nadleśnictwo Borne Sulinowo poinformowało zamawiającego, że wykluczyło przedsiębiorstwo pIForest na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy, gdyż nierzetelnie wykonywał na ich rzecz umowę za 2016r., w której naliczono kary umowne za nieterminowe wykonywanie zleceń na ponad 150 000zł. dodatkowo nadleśnictwo zleciło 4 wykonania zastępcze, a wykonawca nie zaznaczył w JEDZ w wierszu trzecim poważnego wykroczenia zawodowego. Załączono informację o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz pismo pIForest z dnia 5 stycznia 2017r., gdzie wskazywał, że wówczas był w innym konsorcjum i że członkowie tego konsorcjum nie realizowali zleceń. Wszystkie kary zapłacił, a zamawiający nie wykazał mu poważnego wykroczenia zawodowego, zatem nie było podstaw do zaznaczenia innej niż NIE opcji w wierszu trzecim lit. C części III.

Nadleśnictwo Płytnica dnia 19 stycznia 2017r. informowało S. S., że konsorcjum pIForest, ZRYWTRANS z Mirosławca i Wałcza wykonały wszystkie roboty w okresie objętym umową i należycie. W czasie realizacji występowały opóźnienia wykonania poszczególnych zleceń, z tego tytułu zapłacono kary umowne.

Również Nadleśnictwo Wałcz dnia 19 stycznia 2017r. poinformowało S. S., że konsorcjum pIForest, ZRYWTRANS z Mirosławca i Wałcza wykonały wszystkie roboty w okresie objętym umową i należycie. W czasie realizacji występowały opóźnienia wykonania poszczególnych zleceń, jeden przypadek nieuprawnionego wykonania prac na pozycji nie ujętej w zleceniu oraz przez osobę, która nie została zgłoszona przed dopuszczeniem do wykonywania prac. Z tego tytułu zapłacono kary umowne.

Nadleśnictwo Borne Sulinowo przekazało także noty księgowe naliczenia kar, które następnie odwołujący przedstawił w odwołaniu przy czym zamawiającemu odwołujący nie przedłożył noty księgowej nr 10/05z dnia 31 maja 2016r. na kwotę 720,33zł. dotyczącą umowy 2710-SA-1/2016 z tytułu nieterminowej realizacji zlecenia, którą odwołujący załączył do odwołania. Pozostałe noty księgowe zostaną one uwzględnione w materiale dowodowym przy analizie dowodów przedłożonych przez odwołującego. W aktach znajduje się protokół z ustalenia okoliczności naliczenia pIForest kary w Nadleśnictwie Człopa na kwotę 282,83zł., informacje z Nadleśnictwa Człopa do pIForest o naliczeniu kar w kwocie 1452,46zł. 634,41zł., 755, 40zł. 951,26zł., 435,12zł. co stanowi łącznie 4 228,65zł. oraz wezwanie do wykonywania prac w sposób prawidłowy i zgodny z siwz oraz umową.

W dniu 20 stycznia 2017r. odwołujący złożył do zamawiającego wniosek o wykluczenie przystępującego z

postępowania wraz z dowodami dotyczącymi Borne Sulinowa.

W dniu 23 stycznia 2017r. zamawiający wezwał przystępującego do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 ustawy wskazując, że pozyskał informację od Nadleśnictwa Borne Sulinowo, że Nadleśnictwo to naliczyło kary za nieterminowe wykonanie na ponad 160 000zł., zaś za wykonanie zastępcze na 120 000zł. Zamawiający oczekiwał, że przystępujący wyjaśni czy rzeczywiście doszło do poważnego wykroczenia zawodowego i czy podjęto środki zaradcze, jeśli wykonawca nie czuje się winny poważnego wykroczenia, to zobowiązany jest wykazać, że kary oraz wykonanie zastępcze nie były wynikiem zamierzonego działania z jego strony lub niedbalstwa.

Odwolujący złożył również zestawienie kar nałożonych w Nadleśnictwie Kaliska w 2016r. (dowód nr 9 w odwołaniu) oraz noty księgowe (te same co przedstawione do odwołania) wraz z protokołami i korektami z Nadleśnictwa Czarnobór.

W dniu 24 stycznia 2016r. przystępujący oświadczył, że nie jest winien poważnego zawodowego wykroczenia. Z udziałem wykonawców ZRYWTRANS z Wałcza i ZRYWTRANS z Mirosławca realizował umowy z leśnictwami w Wielboku, Nowa Wieś, Starowice, Dudylany, Pilawa, Brzeźno, ale ci wykonawcy nie realizowali powierzonych im zadań i mieli trudności z terminową realizacją zleceń, a w końcu w ogóle ich zaprzestali. plForest podjął natychmiastowe działania i wezwał wykonawców do realizacji umów, na które nie odpowiedzieli i dalej samodzielnie realizował zlecenia na rzecz Nadleśnictwa Borne Sulinowo, co niestety skutkowało nieterminowym realizowaniem zleceń i naliczaniem kar, wprowadził system pracy dwuzmianowej dla maszyn wielooperacyjnych, szukał podwykonawców, choć nie mógł podzielić niektórych prac, zwiększył zatrudnienie z 57 do

96 osób. Nadleśnictwo zawsze zwracało się tylko do plForest, a kary umowne nie były wynikiem zamierzonego działania ani rażącego niedbalstwa, jeżeli chodzi o wykonanie zastępcze to Nadleśnictwo Borne Sulinowo bezzasadnie i wadliwie zastosowało tę instytucję, gdyż powinno żądać upoważnienia przez sąd do wykonania czynności na koszt dłużnika. Wskazał, że w latach 2014 i 2015 współpracował z Nadleśnictwem Borne Sulinowo i wykonał umowy należycie, co zostało potwierdzone referencjami. W 2016r. naliczono mu kar umownych na kwotę 160 000zł., co stanowi 3,35% wartości wynagrodzenia za umowę. Aby uniknąć takiej sytuacji jak w Nadleśnictwie Borne Sulinowo w 2016r. zmienił skład konsorcjum i zrezygnował ze współpracy ze ZRYWTRANS z Wałcza i ZRYWTRANS z Mirosławca. Wskazał na orzecznictwo Izby sygn.. akt KIO 2335/16 z dnia 20 grudnia 2016r. oraz sygn. akt KIO 1355/16 z dnia 16 sierpnia 2016r.

Jako dowody załączył wezwania do podjęcia prac skierowane do ZRYWTRANS z Wałcza i ZRYWTRANS z Mirosławca, oraz listy referencyjne:

- Z Nadleśnictwa Strzelce Krajeńskie, z których wynika należyte wykonanie umowy w 2015r.,
- Z Nadleśnictwa Świerczyna, z których wynika należyte wykonanie umowy za rok 2016,
- Z Nadleśnictwa Człopa, z której wynika należyte wykonanie prac w 2015r.,
- Z Nadleśnictwa Drawno, z której wynika należyte wykonanie umowy w roku 2013,
- Z Nadleśnictwa Głusko, z której wynika należyte wykonanie umów w latach 2014-2015,
- Z Nadleśnictwa Świdwin, z której wynika należyte wykonanie umowy w 2014r.
- Z Nadleśnictwa Świdwin, z której wynika należyte wykonanie umów w 2014 i 2015r.
- Z Nadleśnictwa Smolarz, z której wynika należyte wykonanie umowy w 2016 do lipca 2016r. – data wystawienia zaświadczenia,
- Z Nadleśnictwa Karwin, z której wynika należyte wykonanie umowy w 2016r.,
- Z Nadleśnictwa Borne Sulinowo, z której wynika wykonanie należyte umowy w 2015r.,
- Z Nadleśnictwa Borne Sulinowo, z której wynika wykonanie należyte umowy w 2014r., Przystępujący przedstawił także zgody zamawiającego Nadleśnictwa Borne Sulinowo na wykonanie zamówienia z wykorzystaniem podwykonawców z dat 15 stycznia 2016r., 02 lutego 2016r., 15 lutego 2016r., 16 sierpnia 2016r., 27 lipca 2016r., 13 września 2016r., 27 października 2016r.

Odwolujący wraz ze zgodą na przedłużenie terminu związania ofertą złożył zestawienie kar naliczonych plForest w Nadleśnictwie Płynica na łączną kwotę 174 993,88zł., zestawienie kar plForest w Nadleśnictwie Wałcz na łączną kwotę 80 625,99zł., ponownie zestawienie kar Nadleśnictwa Kaliska

Dowody dołączone do odwołania:

Z pisma PPHU ZRYWTRANS sp. z o.o. z siedzibą w Mirosławcu z dnia 30 stycznia 2017r. wynika, że podmiot ten zwracał się do Nadleśnictwa Borne Sulinowo o udzielenie informacji o pracach wykonanych w leśnictwach Nowa Wieś, Brzeźno, Starowice, Pilawa, Dudylany w 2016r. w ramach konsorcjum z plForest D. G., PPHU ZRYWTRANS z siedzibą w Wałczu i ZUL B. B., gdyż lider konsorcjum plForest nie rozliczył się z PPHU ZRYWTRANS z Mirosławca.

Z pism PPHU ZRYWTRANS z Mirosławca i PPHU ZRYWTRANS z Wałcza z 13 kwietnia 2016r. wynika, że plForest nie uregulował ze swoimi partnerami zasad współpracy i rozliczeń.

Z pisma PPHU ZRYWTRANS z Mirosławca z 2 lutego 2017r. do Nadleśnictwa Borne Sulinowo wynika, że współpraca w ramach konsorcjum plForest D. G., PPHU ZRYWTRANS z siedzibą w Wałczu i ZUL B. B. nie układała się, lider nie rozliczał się z partnerami, nie traktował podziału prac w sposób partnerski, stąd PPHU ZRYWTRANS nie miał możliwości wywiązać się z wykonywania bieżących prac i prace te zostały wstrzymane.

Z wezwania do zapłaty PPHU ZRYWTRANS z Mirosławca do plForest D.G. wynika, że na dzień 1 lutego 2017r. plForest zalegał partnerowi na kwotę 68 839,62zł. za okres od marca do maja 2016 i za lipiec 2016, natomiast z wezwania do zapłaty PPHU ZRYWTRANS z

Wałcza do plForest D.G. wynika, że na dzień 1 lutego 2017r. plForest zalegał partnerowi na kwotę 14 480,60zł. za okres wrzesień - listopad 2016.

Z pisma Nadleśnictwa Borne Sulinowo do plForest D.G. wynika, że konsorcjum plForest D.G., PPHU ZRYWTRANS z siedzibą w Mirosławcu, PPHU ZRYWTRANS z siedzibą w Wałczu i ZUL B. B. w 2016 roku wykonało prace w zakresie gospodarki leśnej w ramach trzech umów, pierwsza za – 1 510 908,53zł., druga – 1 019 542,32, trzecia – 917 612, 44zł. Konsorcjum zapłaciło kary umowne w wysokości prawie 140 000zł. za liczne opóźnienia, a część prac powierzono w wykonaniu zastępczym. Konsorcjum wykonywało prace nieterminowo i nierzetelnie.

Z pisma Nadleśnictwa Czarnobór do Nadleśnictwa Borne Sulinowo z dnia 6 lutego 2017r. wynika, że Konsorcjum plForest D.G., PPHU ZRYWTRANS z siedzibą w Mirosławcu, PPHU ZRYWTRANS z siedzibą w Wałczu wykonywało w 2016r. na rzecz Nadleśnictwa Czarnobór prace na łączną kwotę 995 789,15zł., z czego prace zrealizowano do kwoty 831 658,18zł. Współpraca była trudna, wielokrotnie naliczono kary umowne i zlecano prace zastępcze, stwierdzono brak posprzątania po zrywce, był brak sprzętu, koordynacji, orientacji i planowania oraz opóźnienia. Naliczono kary umowne na kwotę 42 159,28zł. oraz zlecono wykonanie zastępcze na kwotę 81 438,24zł.

Z informacji publicznej udzielonej przez Nadleśnictwo Borne Sulinowo wynika, że z konsorcjum plForest D.G., PPHU ZRYWTRANS z siedzibą w Mirosławcu, PPHU ZRYWTRANS z siedzibą w Wałczu i ZUL B. B. w 2016 roku były zawarte 3 umowy:

Nr 2710-SA-1/16 na kwotę 2 119 482,44zł. brutto i umowa przewidywała kary umowne za zwłokę w realizacji zlecenia, za rozpoczęcie prac bez zlecenia, za wykonanie sprzeczne z wymaganiami wynikającymi z umowy lub zlecenia, za naruszenie obowiązku osobistego wykonania przedmiotu umowy, za wycięcie drzewa nie przewidzianego do wycinki, za uszkodzenie drzewa w ilości większej niż określone przedziały procentowe zależne od miejsca zrywki lub pozyskania, za ścinę pilarką wadliwą techniką, za wykonywanie prac personelem bez kwalifikacji lub uprawnień lub niezgłoszonym, za naruszenie obowiązku wykonywania prac za pomocą osób zatrudnionych na umowę o pracę, za zastosowanie oleju nie biodegradowalnego, za niezastosowanie mat chłonnych, za brak zestawu do pochłaniania oleju, za uszkodzenie korony drzewa. Zamawiający mógł odstąpić od umowy, gdy wykonawca wyrządził mu szkodę co najmniej dwukrotnie, na kwotę nie mniejszą niż 5 000zł, co najmniej dwukrotnie naruszył obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, nie wykonał odbioru co najmniej 3 zleceń zamawiającego, naliczono mu kary umowne ponad 20% wartości przedmiotu umowy.

Do umowy dołączono noty księgowe, z których wynika, że konsorcjum obciążono karami za:

- niedotrzymanie terminu realizacji prac na kwotę 87 356,15zł.,
- wykonanie prac przez osoby niezgłoszone na kwotę 1000zł.
- zlecenie prac zastępczych na kwotę 26 044zł. łącznie 115 325,63zł.

Nr 2710-SA-2/16 na kwotę 1 574 410,80zł. brutto, w której zastosowano te same kary umowne i odstąpienia, co wyżej wskazane.

Do umowy dołączono noty księgowe, z których wynika, że konsorcjum obciążono karami za:

- niedotrzymanie terminu realizacji prac na kwotę 37 292,72zł., przy czym kwota 4 386,56 zł. nie została rozdzielona między ten kontrakt i pierwszy kontrakt, ale z braku możliwości ustalenia jaka wysokość tej kwoty przypada na ten kontrakt i pierwszy kontrakt, kwota została uwzględniona w karze umownej dla tego kontraktu
- wykonanie prac przez osoby niezgłoszone na kwotę 960,34zł..
- zlecenie prac zastępczych na kwotę 51 353,96zł. łącznie 89 070,02zł.

Na 2710-SA-3/16 na kwotę 1 585 343,21 zł. brutto, w której zastosowano te same kary umowne i odstąpienia, co wyżej wskazane.

Do umowy dołączono noty księgowe, z których wynika, że konsorcjum obciążono karami za:

- niedotrzymanie terminu realizacji prac na kwotę 39 587,31zł., pomniejszona o kwotę uznaną notą nr 12/12 na kwotę 2 137,44zł.
- zlecenie prac zastępczych na kwotę 47438,80zł. łącznie 87 026,11zł.

Z zestawienia umów z Nadleśnictwem Kaliska w 2016r. zawartych z tym Nadleśnictwem przez konsorcjum firm ZUL B. B., Las-Trans K. K., UL A. A., UL A. G. wynika, że z umowy nr ZG.271.112.1.15 konsorcjum zapłaciło kary umowne

za zwłokę w stosunku do terminu, niezgodność z opisem zamówienia, nieuzgodnioną wycinkę drzew, wadliwe przygotowanie drewna, pracę bez środków bhp w łącznej wysokości 6 978,72zł. przy wartości umowy 2 750 625,12zł., a z umowy nr ZG.271.112.1.15 konsorcjum zapłaciło kary umowne za zwłokę w stosunku do terminu, wadliwe przygotowanie drewna, pracę osób niezgłoszonych na łączną kwotę 13 970,29zł. przy wartości umowy 3 829 048,15zł. Z pisma Nadleśnictwa Borne Sulinowo do Regionalnej Dyrekcji Lasów Państwowych w Szczecinku z 18 listopada 2016r. wynika, że konsorcjum ZUL pForest D.G. opóźniało się w wykonywaniu prac na około 10 leśnictwach (przy czym sytuacja poprawiła się w okresie czerwiec – lipiec, a potem ponownie uległa pogorszeniu), naliczano kary umowne, w lipcu rozpoczęto zlecać wykonania zastępcze, ale nie dochodziły do skutku z uwagi na nakłanianie potencjalnego wykonawcy do nieskładania oferty, przez innych. Od lutego do listopada 2016r. Nadleśnictwo naliczyło 104 178,95zł. kar umownych. Najwięcej opóźnień było w pozyskaniu i zrywce drewna, co generuje problem braku surowca do sprzedaży.

Z pisma Nadleśnictwa Borne Sulinowo do Dyrektora Regionalnej Dyrekcji Lasów Państwowych w Szczecinku z 18 listopada 2016r. wynikają te same okoliczności, co podane

wyżej, z tym, że wskazano, iż opóźnienie w sprzedaży surowca wielkoformatowego tylko do KPPD-Szczecinek SA wynosi 2055m³, a na magazynie znajduje się zapas 424m³. Wykonawca nie pozyskuje zlecanych mu ilości drewna w wymaganych ilościach.

Z umowy Nadleśnictwa Drawsko z Konsorcjum pForest D.G., ZUL B. B., UL Ł. A. nr 271.35.HAZR.16 wynika, że umowa była zawarta na kwotę 419 945,48zł. brutto. Wykonawca miał płacić kary umowne za nienależyte wykonanie prac z zakresu pozyskania i zrywki drewna, w tym za zwłokę w wykonaniu tych usług, za zwłokę w usunięciu wad lub usterek, za zwłokę w podjęciu zrywki, za wycięcie drzewa nie przeznaczonego do wycinki, za nienależyte wykonanie usług polegające na uszkodzeniu upraw i młodników, uszkodzenie drzew, niestosowanie olei biodegradowalnych, wycieku oleju z maszyn, braku środków pomocnych przy wydostaniu oleju, bez środków ochrony indywidualnej, wadliwej techniki ścinki ręcznej, opieraniu mygły o drzewa, wykonywaniu prac przez osoby bez kwalifikacji lub uprawnień, przy użyciu nieatestowanego sprzętu, wadliwym przygotowaniu drewna, wykonywaniu przez osoby niezgłoszone, przez osoby niezatrudnione na umowę o pracę, za uchylanie się od przyjęcia zlecenia, samowolnym zwiększeniu zakresu usługi. Zamawiający mógł odstąpić w przypadku, gdy kary umowne przekroczą określony pułap, wykonawca nie zawrze umowy ubezpieczenia, dwukrotnie naruszy obowiązek wykonywania usługi osobami zatrudnionymi na umowę o pracę, odmowę przyjęcia lub unikanie zlecenia, nieprzystąpienie do realizacji zlecenia, dwukrotne wyrządzenie szkody na kwotę powyżej 5000zł., niedokonaniu odbioru z winy wykonawcy co najmniej trzech zleceń, dwukrotne niewykonanie pisemnych zaleceń zamawiającego.

W ramach tego kontraktu naliczono kary za:

-nieterminową zrywkę i pozyskanie drewna w kwocie 39297,50zł. przy czym dwie noty nie były czytelne, co do wartości naliczonej kary,

-za wyciek oleju – 377,70zł.

Z umowy Nadleśnictwa Drawsko z Konsorcjum pForest D.G., PPHU ZRYWTRANS z Wałcza i PPHU ZRYWTRANS z Mirosławca nr 270-2-16 wynika, że konsorcjum w 2016r. miało otrzymać wynagrodzenie 1 477 807,84zł. umowa przewidywała kary umowne za zwłokę w realizacji zlecenia, za wykonanie sprzeczne z wymaganiami wynikającymi z umowy lub zlecenia, za uszkodzenie drzewa w ilości większej niż określone przedziały procentowe zależne od miejsca zrywki lub pozyskania, za ścinkę pilarką wadliwą techniką, za wykonywanie prac personelem bez kwalifikacji lub uprawnień lub niezgłoszonym, za naruszenie obowiązku wykonywania prac za pomocą osób zatrudnionych na umowę o pracę, za zastosowanie oleju nie biodegradowalnego, za niezastosowanie mat chłonnych, za brak zestawu do pochłaniania oleju. Zamawiający mógł odstąpić od umowy, gdy wykonawca wyrządził mu szkodę co najmniej dwukrotnie, na kwotę nie mniejszą niż 5 000zł, co najmniej dwukrotnie naruszył obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, nie wykonał

odbioru co najmniej 3 zleceń zamawiającego, dwukrotnego niewykonania pisemnych zaleceń naliczono mu kary umowne ponad 20% wartości przedmiotu umowy.

Z umowy Nadleśnictwa Drawsko z Konsorcjum pForest D.G., PPHU ZRYWTRANS z Wałcza i PPHU ZRYWTRANS z Mirosławca nr 270-4-16 wynika, że konsorcjum w 2016r. miało otrzymać wynagrodzenie 1 881 476,38zł. Przewidziano kary umowne i odstąpienie w sposób analogiczny jak w umowie 270-2-16.

Z umowy Nadleśnictwa Płytwa z Konsorcjum pForest D.G., PPHU ZRYWTRANS z Wałcza i PPHU ZRYWTRANS z Mirosławca nr 270-1-16 wynika, że konsorcjum w 2016r. miało otrzymać wynagrodzenie 1 570 710,36zł. Przewidziano kary umowne i odstąpienie w sposób analogiczny jak w umowie 270-2-16.

Z zestawienia kar naliczonych firmie pForest za nieterminowe wykonywanie zleceń w ramach umów zawartych na 2016r. wystawionego przez Nadleśnictwo Płytwa wynika, że konsorcjum łącznie z e wszystkich zawartych umów

naliczono kary w wysokości 203 210,25zł.

Z umowy Nadleśnictwa Wałcz z Konsorcjum pIForest D.G., PPHU ZRYWTRANS z Wałcza i PPHU ZRYWTRANS z Mirosławca nr SA.270.6.2.2015 wynika, że konsorcjum w 2016r. miało otrzymać wynagrodzenie 2 301 188,69zł. Przewidziano kary umowne i odstąpienie w sposób analogiczny jak w umowie 270-2-16.

Z zestawienia kar naliczonych firmie pIForest za nieterminowe wykonywanie zleceń w ramach umowy zawartej na 2016r. wystawionego przez Nadleśnictwo Wałcz wynika, że konsorcjum łącznie naliczono kary w wysokości 80 625,99zł.

Z umowy Nadleśnictwa Czarnobór z Konsorcjum pIForest D.G., PPHU ZRYWTRANS z Wałcza i PPHU ZRYWTRANS z Mirosławca nr SA-03/16 wynika, że konsorcjum w 2016r. miało otrzymać wynagrodzenie 995 789,15zł. Przewidziano podobne kary umowne i odstąpienie jak w umowie 270-2-16, w tym dodatkowo za rozpoczęcie prac bez zlecenia, wycięcie drzewa nieprzeznaczonego do wycinki, za uszkodzenie korony drzewa.

Z not księgowych wynika, że konsorcjum naliczono kary umowne za:

-rozpoczęcie prac bez zlecenia – 1991,58zł.

-niewykonanie prac w terminie – 36 317,38

-uszkodzenie drzew – 5 400zł.

-wykonanie zastępcze – 81 438,24zł. Łącznie – 125 147,20zł.

Z umowy Nadleśnictwa Człopa z D.G. ADZ D.G. nr 271.6.2015 wynika, że wykonawcy miało być wypłacone wynagrodzenie w wysokości 2 797 510,32zł. W umowie przewidziano kary umowne za niewykonanie przedmiotu umowy z przyczyn zależnych od wykonawcy, odstąpienie od umowy z przyczyn zależnych od wykonawcy, rozwiązanie umowy z tego powodu, zwłoka w wykonaniu prac, realizacja prac przez osoby niezgłoszone,

nieprzystąpienie do wykonania pozycji, uszkodzeń drzew, uszkodzenie pasa drogowego, wadliwe przygotowanie drewna, brak mat i środków absorbcyjnych, wykonanie prac niezgodnie z procesem technologicznym, za niedostosowanie się do dokumentacji i instrukcji, wadliwą techniką ścinki pilarką. Zamawiający może odstąpić od umowy z winy wykonawcy, gdy wykonawca zatrudnia osoby niezgodnie z przepisami prawa, nie respektuje zaleceń zamawiającego, nie przestrzega zasad ochrony ppoż, nie przestrzega zasad ochrony środowiska, bhp, ochrony zdrowia i życia osób oraz nie przestrzega wykonania zgodnie z siwz.

Z pism Nadleśnictwa Człopa wynika, że D.G. naliczono 4 228,65zł., przy czym w dokumentacji są trzy pisma z których wynika naliczenie kar, ale bez wskazania ich wysokości.

Z umowy Nadleśnictwa Kliniska z D.G. ADZ D.G. i ZUL B. B. nr Z.271.1.6.2016 wynika, że wykonawcom miało być wypłacone wynagrodzenie w wysokości 1 766 973,96 zł. brutto. W umowie przewidziano kary umowne podobne jak w umowie nr nr 271.35.HAZR.16, zaś odstąpienie przez zamawiającego z przyczyn po stronie wykonawców było możliwe za przekroczenie limitu kar umownych, za użycie nieprzewidzianych w umowie podwykonawców, nierealizowanie umowy osobami zatrudnionymi na umowę o pracę, odmowę przyjęcia lub unikanie zlecenia, nieprzystąpienie do realizacji zlecenia, za wyrządzenie szkody przekraczającej kwotę 5 000zł. niedokonanie odbioru 3 zleceń, niewykonywanie pisemnych zaleceń zamawiającego odmowa wylegitymowania się upoważnionemu przedstawicielowi zamawiającego lub podmiotów kontroli bhp.

Z pisma Nadleśnictwa Kliniska wynika, że w ramach tej umowy naliczono kary w wysokości 5 901,87zł.

Dowody złożone przez zamawiającego:

Oświadczenie Nadleśnictwa Człopa z dnia 8 marca 2017r. wynika, że w roku 2015r. firma pIForest wykonywała usługi leśne, naliczono kary umowne na kwotę 435,12zł., co miało marginalne znaczenie w stosunku do całości i nie miało wpływu na rezultat wykonanej umowy.

Oświadczenie Nadleśnictwa Płytnica z dnia 8 marca 2017r. wynika, że pIForest wykonywał usługi leśne w 2016r. i naliczono kary za nieterminowość wykonania, lecz miały one marginalny charakter w stosunku do całości zamówienia, w cała umowa została wykonana należyście.

Oświadczenie Nadleśnictwa Wałcz z dnia 8 marca 2017r. wynika, że pIForest wykonywał usługi leśne w 2016r. i naliczono kary za nieterminowość wykonania, lecz miały one marginalny charakter w stosunku do całości zamówienia, w cała umowa została wykonana należyście.

Dowody złożone przez przystępującego:

Z poleceń przelewu wynika, że na rzecz ZRYWTRANS z Wałcza przystępujący zapłacił fakturę 02/01/2016 na łączną kwotę 32 799,56zł. – wedle oświadczenia przystępującego ta faktura miała dotyczyć Nadleśnictwa Borne Sulinowo,

Z poleceń przelewu wynika, że na rzecz ZRYWTRANS z Mirosławca przystępujący zapłacił fakturę 3/4/2016 na łączną kwotę 33 377,56zł., fakturę 10/03/2016 na łączną kwotę 112978,32zł. i fakturę nr 13/04/2016 na łączną kwotę 20 000zł. – wedle oświadczenia przystępującego ta faktura miała dotyczyć Nadleśnictwa Borne Sulinowo.

Z not obciążeniowych wynika, że pIForest w roku 2016r. obciążył ZRYWTRANS z Wałcza i ZRYWTRANS z

Mirosławca na łączną kwotę 194 021, 56zł. przy czym te noty księgowe nie dotyczą tylko Nadleśnictwa Borne Sulinowo, ale także umowy nr 1/2016 i umowy 2706.2.2015.

Z not obciążeniowych wynika, że pIForest w roku 2017r. obciążył ZRYWTRANS z Wałcza i ZRYWTRANS z Mirosławca na łączną kwotę 148 037,50zł. przy czym te noty księgowe dotyczą tylko Nadleśnictwa Borne Sulinowo.

Z wyciągu z dokumentacji postępowania na wykonanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Wałcz w roku 2017 wynika, że zamawiający przewidział fakultatywną przesłankę wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy i konsorcjum w składzie pIForest, UL T. O., Firma Usługowa Markal i ZUL M. S. składali oferty w pakiecie 2 i 3 i zostali poddani ocenie zajmując drugie i trzecie miejsce w rankingu ofert, nie zostali wykluczeni.

Z wyciągu z dokumentacji postępowania na wykonanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Drawno w roku 2017 nie wynika, że zamawiający przewidział fakultatywną przesłankę wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy, i konsorcjum w składzie z pIForest składało ofertę w pakiecie 4 i zostało wybrane i zawarto z nim umowę.

Przystępujący załączył też wezwania do ZRYWTRANS z Wałcza i ZRYWTRANS z Mirosławca z dnia 3 maja 2016r. te, które złożył zamawiającemu w wyjaśnieniach z 24 stycznia 2017r.

Z korespondencji z Nadleśnictwem Borne Sulinowo w sprawie dopuszczenia podwykonawców wynika, że złożono te same odpowiedzi zamawiającego, co załączone do wyjaśnień z dnia 24 stycznia 2017r., przy czym na prośby pIForest z 5 stycznia 2016r. zamawiający odpowiedział 15 stycznia 2016r., na prośbę z 26 stycznia 2016r. zamawiający odpowiedział 2 lutego 2016r. na prośbę z 1 lutego 2016r. zamawiający odpowiedział 15 lutego 2016r., na prośbę z 11 maja 2016r. wysłał 13 maja i ponownie 1 czerwca 2016r. zamawiający odpowiedział 16 czerwca 2016r., na prośbę z 26 lipca 2017r. zamawiający odpowiedział 27 lipca 2016r., na prośbę z 6 września 2016r. zamawiający odpowiedział 13 września 2016r., na prośbę z 24 października 2017r. zamawiający odpowiedział 27

października 2016r. Ze zleceń Nadleśnictwa Borne Sulinowo wynika, że w 2015r. zamawiający udzielał pIForest na wykonanie prac od 21 do 34 dni od daty zlecenia.

Ze zleceń Nadleśnictwa Borne Sulinowo wynika, że w 2016r., że w okresie od 1 stycznia 2016r. do 31 marca 2016r. zamawiający udzielał pIForest terminów od 20 – 35 dni.

Z zestawienia faktur wystawionych przez pIForest Nadleśnictwu Borne Sulinowo za okres od

1 stycznia 2016 do 13 stycznia 2017r. wynika, że faktury wystawiono na łączną kwotę 4 771 018,41zł.

Z korespondencji pIForest z Nadleśnictwem Borne Sulinowo i Centralnym Poligonem Lotniczym wynika, że w okresie od 18-19 października 2016r. i 25 października 2016r. nie będzie wstępu do strefy niebezpiecznej, że w dnia 21, 22, 23, 24, 25, 28 i 29 listopada 2016r.

prace musiały być wstrzymywane od 10:00, 11:00 rano do 17:00- 20:00 wieczorem, 28 listopada 2016r. – manewry wojskowe, prośba z dnia 13 grudnia 2016r. o wydłużenie terminu realizacji z uwagi na loty na terenie poligonu, kolejne pismo z 14 grudnia 2017r. z uwagi na loty prace w porze popołudniowo nocnej. Według harmonogramu działań lotniczych w listopadzie i grudniu 2016r. wynika, że pIForest doznawał przeszkód w wykonywaniu umowy w dniach, 21.11-25.11 od 10:00, 11:00 do maksymalnie 19:00, 28.11-04.12 od najwcześniej 7:00 do najpóźniej 20:00, od 12.12 -16.12 od 10:00 do 19:00.

Wynika także, iż wykonawca pIForest informował o możliwości niewykonania zlecenia w terminie z uwagi :

-na krótki termin – pismo z 16 listopada 2016r., z dnia 25 listopada 2016r.

-awarię sprzętu – pismo z dnia 25 listopada 2016r.

Z korespondencji pIForest z Nadleśnictwem Borne Sulinowo co do wykonania zastępczego wynika, że w dniu 8 grudnia 2016r. zamawiający poinformował pIForest, że zawarł trzy umowy na łączną kwotę 120723,27 zł. z tytułu wykonania zastępczego i wstrzymuje wszelkie płatności do momentu uzyskania pełnej kwoty za prace powierzone zastępczo oraz naliczane na bieżąco kary umowne. W dniu 28 grudnia 2016r. pIForest wezwał do zapłaty wystawionych faktur stwierdził, że zarówno wstrzymanie płatności jak i wykonanie zastępcze są bezprawne, bo zamawiający ma prawo udzielić wykonania zastępczego jedynie w przypadku nienależytego wykonania umów, a nie w przypadku ich niewykonania w ogóle, a umowa nie przewiduje wstrzymania płatności. W dniu 29 grudnia 2016r. zamawiający poinformował o udzieleniu kolejnego wykonania zastępczego na kwotę 14 018,40zł. W dniu 9 stycznia 2017r. zamawiający wskazał płatność, których faktur została wstrzymana z uwagi na niewykonanie i nienależyte wykonanie prac, powierzenie wykonania zastępczego oraz naliczenie kar umownych. Wskazał, że poza umową mają zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego.

Z umowy konsorcjum pomiędzy pIForest, a Zrywtrans z Wałcza i Zrywtrans z Mirosławca wynika, że była to umowa ramowa do wszelkich postępowań o udzielenie zamówienia, w

których konsorcjum planowało stanąć. Liderem było pIForest, miało po udzieleniu zamówienia zawrzeć umowę, a także ją zmieniać, i dokonywać wszelkich ustaleń z zamawiającym, przyjmować korespondencję do konsorcjum lub jego członków. Każda ze stron odpowiadać miała za swoje czyny i ich konsekwencje w stosunku do pozostałych

partnerów, a strony umowy zobowiązały się do jej nierozwiązywania w trakcie wykonywania zamówienia przez jakiegokolwiek swoje działania czy zaniechania.

Z referencji Nadleśnictwa Plytnica z dnia 2 marca 2017r. wynika że obecnie na rzecz tego nadleśnictwa pIForest w konsorcjum z innymi wykonawcami wykonuje umowę pozyskania i zrywki drewna na 2017r. i wykonuje prace prawidłowo i w terminie, zaawansowanie prac ok.24%. Z poświadczenia Nadleśnictwa Człopa z dnia 30 grudnia 2016r. wynika, że w 2015r. pIForest wykonywał na jej rzecz usługi na łączną kwotę 2 534 463,22zł. z czego obarczono go karą umowną na kwotę 435,12zł., co nie miało wpływu na rezultat, a prace zostały wykonane należycie.

Z pisma Nadleśnictwa Kaliska z 24 listopada 2016r. wynika, że Bartosz Barłóg w konsorcjum wykonywał w 2015 i 2016r. usługi na rzecz zamawiającego i zostały one wykonane należycie z zastosowaniem maszyn wielooperacyjnych. Izba uznała, że zgromadzony materiał dowodowy pozwala wyjaśnić przedmiotową sprawę. Izba co do zasady dała wiarę wszystkim przedstawionym dowodom uznając je za wiarygodne, logiczne, choć niejednoznaczne i nie zawsze konsekwentne. Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, że pIForest pozyskał zamówienia we współdziałaniu z Zrywtrans z Wałcza i Zrywtrans z Mirosławca w Nadleśnictwach: Borne Sulinowo, Czarnobór i Wałcz, we wszystkich tych Nadleśnictwach wystąpiły kary umowne, a w Nadleśnictwach Borne Sulinowo i Czarnobór także wykonania zastępcze. Na datę badania oferty przystępującego zamawiający dysponował wiedzą, że Zrywtrans z Wałcza i Zrywtrans z Mirosławca w zakresie Nadleśnictwa Borne Sulinowo nie realizowali swoich zakresów prac i zaprzestali wykonywania umowy. Taka wiedza zamawiającego wynikała zarówno z wyjaśnień pIForest złożonych Nadleśnictwu Borne Sulinowo dnia 5 stycznia 2017r. jak i zamawiającemu – wyjaśnienia przystępującego z dnia 24 stycznia 2017r. Nadto do wyjaśnień z dnia 24 stycznia 2017r. przystępujący załączył wezwania z dnia 3 maja 2016r. w których wzywał partnerów do natychmiastowego podjęcia działań zmierzających do wykonania umów, których są stroną, w nagłówku tych pism pIForest wskazał, że dotyczy to umów z Nadleśnictwem Borne Sulinowo, Wałcz, Plytnica i Czarnobór. Zamawiający na datę badania oferty przystępującego nie dysponował wiedzą o możliwych powodach rezygnacji obu Zrywtransów z realizacji zleceń. Pozostały materiał dowodowy jest wynikiem postępowania dowodowego przed Izbą. Z par. 8 pkt 2 umowy konsorcjum wynika, że strony zobowiązały się do nierozwiązywania umowy konsorcjum w trakcie trwania zamówienia poprzez jakiegokolwiek swoje działania lub zaniechania. Tym samym ani brak płatności ze strony lidera

konsorcjum pIForest na rzecz partnerów, ani opóźnienia w wykonywaniu robót przez partnerów nie pozwalały stronom na rozwiązanie umowy konsorcjum. Niewątpliwie w ramach Konsorcjum pIForest istniał konflikt, ale zgromadzony materiał dowodowy tak ze strony pIForest jak i ze strony Zrywtransów nie pozwala na ustalenie w sposób jednoznaczny podmiotu wyłącznie winnego powstania kar umownych i wykonań zastępczych u poszczególnych zamawiających. Przystępujący twierdzi, że Zrywtransy zeszły z robót w marcu - kwietniu 2016r. a wezwanie do wykonania robót pochodzi z maja 2016r. z kolei Zrywtransy twierdzą, że nie zostały im zapłacone należności, ale wystosowują wezwanie do zapłaty dopiero w lutym 2017r., mimo tego, że w pismach twierdzą, że dalsza współpraca z pIForest groziłaby im w 2016r. niewypłacalnością. Co więcej jeden z Zrywtransów wskazuje na faktury z okresu marzec –sierpień 2016 kiedy już miał zejść z miejsca robót, a drugi wrzesień – grudzień 2016r., kiedy pIForest twierdzi, że był pozostawiony sam sobie. W ocenie Izby taki materiał dowodowy nie jest jednoznaczny i spójny i nie pozwala na ustalenie rozkładu winy pomiędzy partnerów konsorcjum pIForest. W ocenie Izby bezspornym jest fakt, że Zrywtransy zaprzestały wykonywania przydzielonych im części zamówień na pewno w Nadleśnictwie Borne Sulinowo, bo same to przyznały w pismach do tego zamawiającego z lutego 2017r. wskazując, że dalsze wykonywanie usługi w Nadleśnictwie Borne Sulinowo było bezzasadne. Tym samym należy dać wiarę pIForest, że konsorcjanci nie wywiązali się z par 8 pkt 2 umowy konsorcjum odstępując od jej wykonania. Logiczne wnioskowanie pozwala także dać wiarę pIForest, że również w Czarnymborze i Wałczu firmy Zrywtrans zaprzestały wykonywania swoich usług. W ocenie Izby zgromadzony materiał dowodowy w żaden sposób nie przesądza, który z partnerów ponosi odpowiedzialność za naliczenie kar umownych i wykonanie zleceń zastępczych w Nadleśnictwach Borne Sulinowo, Czarnobór i Wałcz. Izba stoi na stanowisku, że zgłoszony w tym zakresie dowód z zeznań świadka S. B. nie służyłby wyjaśnieniu okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia, gdyż fakt nieterminowego wykonywania umowy w Nadleśnictwie Borne Sulinowo nie był pomiędzy stronami sporny, teza dowodowa była zakreślona ponad dowody wynikające z dokumentów, z których jednoznacznie wynikało, że pIForest w 2014 i 2015 należycie wykonywał usługi na rzecz Nadleśnictwa Borne Sulinowo – dowody załączone do wyjaśnień z 24 stycznia 2017r., co więcej świadek nie miałby wiedzy z okresu innego niż 2016r., gdyż umowa konsorcjum została zawarta w 25 listopada 2015r. Ponadto Izba wzięła także pod uwagę to, że świadek jest bezpośrednio zainteresowany w wyniku przedmiotowego postępowania, gdyż jego ustalenia mogą mieć wpływ na proces cywilny, który mógłby sam wytoczyć w oparciu o wezwania do zapłaty z dnia 2 lutego 2017r. czy też, który mógłby być mu wytoczony na podstawie załączonych przez przystępującego not obciążeniowych. Izba wzięła także pod uwagę to, że nie ma skutecznej możliwości zobowiązania świadka do składania zeznań zgodnych z prawdą, gdyż pouczenie o odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych

zeznań nie znajduje umocowania w ustawie, a wynika jedynie z rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, co już było przedmiotem analizy przez Sąd Najwyższy i zostało ocenione jako nieskuteczne – wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 maja 2012r. sygn.. akt V KK 62/12 Lex nr 1165294.

Tym samym Izba uznała, że przeprowadzenie wnioskowanego dowodu nie służy wyjaśnieniu okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia, ponadto dowód ten nie pozwalałby na ocenę jego wiarygodności z uwagi na brak sankcji za składanie fałszywych zeznań.

W ocenie Izby dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy istotny jest stan wiedzy zamawiającego na datę badania oferty przystępującego, a na tę datę zamawiający wiedział, że pIForest nie działał w sposób zawiniony czy rażąco niedbale, ale pozostawiony przez partnerów konsorcjum podjął się realizacji zleceń samodzielnie i je wykonał, choć płacąc kary umowne i pokrywając koszty wykonań zastępczych.

Izba oceniając zgromadzony materiał dowodowy uznała, że co do podnoszonych przez odwołującego Nadleśnictw Wałcz, Człopa, Płytnica i Drawno, to zgromadzony materiał dowodowy nie pozwala na ustalenie, że doszło do poważnego wykroczenia zawodowego przez pIForest z winy umyślnej lub rażącego niedbalstwa. Przede wszystkim zgromadzony materiał dowodowy tak przed zamawiającym – pisma Nadleśnictw Wałcz, Płytnica, Człopa ze stycznia 2017r. jak i przedłożone na rozprawie, czy załączone przez przystępującego do pisma procesowego potwierdzają, że mimo wystąpienia kar umownych, te nadleśnictwa oceniły wykonanie zamówień na ich rzecz w sposób należyty, a naliczone kary miały charakter marginalny i pozostawały bez wpływu na osiągnięty rezultat. Z kolei, jeśli chodzi o Nadleśnictwo Drawno, mimo stosunkowo wysokiego pułapu kar umownych, w stosunku do wynagrodzenia wynikającego z umowy na poziomie 9,45% (wartość wynagrodzenia z umowy 419 945,48zł. łączna wartość kar umownych 39 674,57zł., w tym za wyciek oleju 377,07zł.), sam ten zamawiający nie uznał, że zaistniała przesłanka z art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy i wybrał konsorcjum z udziałem pIForest na kolejny okres tj. na rok 2017r. Taka sama sytuacja ma miejsce w stosunku do Nadleśnictwa Wałcz, co dodatkowo potwierdza, że naliczone tam kary umowne nie były skutkiem poważnego wykroczenia zawodowego. W odniesieniu do zarzutów skierowanych wobec oświadczenia w wierszu 3 i 8 lit. C części III JEDZ złożonego przez B. B., to w ocenie Izby zgromadzony materiał dowodowy nie potwierdza poważności wykroczenia zawodowego. Tak odwołujący jak i przystępujący zgodnie twierdzą, że stosunek wartości naliczonych kar umownych do wynagrodzenia wynikającego z umów z Nadleśnictwami Kliniska i Kaliska nie przekracza 0,35% (zaokrągleniu). Izba w tym zakresie podzieliła pogląd zamawiającego, że to nie sam fakt naliczenia kary, a nawet jej zapłacenia (uznania) przesądza o poważnym wykroczeniu zawodowym. W ocenie Izby taka sytuacja, jak zaistniała w odniesieniu do tych nadleśnictw,

pozwala stwierdzić, że doszło do wykroczenia zawodowego, choć nie sposób ustalić czy w ramach celowego zamiaru lub rażącego niedbalstwa, ale nawet przyjmując, że tak, to nie da się w świetle ustalonego stanu faktycznego przypisać znamiona „poważności”.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba skupiła się na analizie dowodów związanych z zarzutami dotyczącymi wykonawstwa umów z Nadleśnictwem Borne Sulinowo i Czarnobór. Izba ustaliła, że wyłącznie w Nadleśnictwie Borne Sulinowo odwołujący wykazywał proporcje kar umownych w stosunku do rzeczywiście wykonanych usług. Odwołujący w tym zakresie oparł się o pismo Nadleśnictwa Borne Sulinowo z dnia 12 grudnia 2016r., które wskazywało na wykonanie umów na kwotę łączną 3 448 063,29zł. a przystępujący wskazywał na kwotę 4 771 018,41zł., co w ocenie Izby nie pozbawia wiary i mocy dowodowej obu dowodów, gdyż dotyczą równych dat rozliczania faktur, przystępujący uwzględnił ostatnie rozliczenie z 13 stycznia 2017r. Izba ustaliła, że jeśli chodzi o Borne Sulinowo, to :

W ramach umowy nr 2710-SA-1/2016 Konsorcjum pIForest miało otrzymać wynagrodzenie 2 119 482,44zł., zapłaciło kary umowne na kwotę 88 356,15zł. (87 356,15 zł. z tytułu nieterminowej realizacji robót i 1000zł z tytułu wykonania osobą niezgłoszoną), co stanowi 4,17% i 26 044zł. tytułem wykonań zastępczych, co stanowi 1,23%,

W ramach umowy nr 2710-SA-2/2016 Konsorcjum pIForest miało otrzymać wynagrodzenie 1 574 410,80zł., zapłaciło kary umowne na kwotę 38 253,06zł. (37 292,72zł. z tytułu nieterminowej realizacji robót i 960,34zł. z tytułu uszkodzenia drzewa), co stanowi 2,43% i 51 353,96zł. tytułem wykonań zastępczych, co stanowi 3,26%,

W ramach umowy nr 2710-SA-3/2016 Konsorcjum pIForest miało otrzymać wynagrodzenie 1 585 343,21zł., zapłaciło kary umowne na kwotę 39 587,31zł. z tytułu nieterminowej realizacji robót, co stanowi 2,50% i 47 438,80zł. tytułem wykonań zastępczych, co stanowi 2,99%,

Zamawiający na datę badania oferty przystępującego wiedział, że pIForest wykonywał te zlecenia sam, bo opuścili go partnerzy, że zatrudnił dodatkowych pracowników, zakupił maszyny, pozyskiwał podwykonawców i występował o ich akceptację, wprowadził system pracy zmianowej, nie zgadzał się z naliczeniem mu kosztów wykonań zastępczych, gdyż Nadleśnictwo Borne Sulinowo zleciło je bez zgody sądu, zarzucał Nadleśnictwu brak współpracy i wyłączne kierowanie żądań wobec pIForest z pominięciem partnerów wskazał, że obecnie zmienił skład konsorcjum – wyjaśnienia z dnia 24 stycznia 2017r. Jednocześnie zamawiający wiedział, że samo Nadleśnictwo Borne Sulinowo podjęło decyzję o wykluczeniu pIForest, gdyż „Gdyby w odpowiedzi przytoczył jakie środki zaradcze podjął, aby w roku

obecnym (już w nowym konsorcjum) to uwzględnilibyśmy wyjaśnienia, ocenili i prawdopodobnie podpisali z nim umowę, natomiast przedsiębiorstwo odpowiedziało (dość obszernie) dlaczego nie powinno było zaznaczać tej części JEDZ i ogólnie, że nie czuje się winien poważnych wykroczeń." Zatem Nadleśnictwo Borne Sulinowo oceniło, że dla stwierdzenia poważnego wykroczenia zawodowego wystarczające jest naliczenie kar umownych i obciążenie wykonaniem zastępczym i taka sytuacja wymaga złożenia oświadczenia TAK w wierszu 3 lit. C części III JEDZ oraz wszczęcia procedury self- cleaningu.

Zamawiający dysponując powyższymi dowodami podczas badania oferty przystępującego ocenił, że nie ma podstaw do uznania, że doszło do poważnego zawodowego wykroczenia w sposób zawiniony lub rażąco niedbały.

Co do Nadleśnictwa Czarnobór, to jak wynika z dokumentacji postępowania zamawiający na datę badania oferty przystępującego dysponował następującą wiedzą:

Na datę wzywania przystępującego do wyjaśnień zamawiający nie wiedział o naliczeniu kar umownych i obciążeniu pIForest kosztem wykonań zastępczych, dowiedział się o tym z pisma przystępującego z dnia 25 lutego 2017r. i wówczas poznał wysokość kar umownych. Zamawiający wiedział także z wezwań do wykonania umów z dnia 3 maja 2016r. skierowanych do Zrywtrans z Wałcza i Zrywtrans z Mirosławca, że ci wykonawcy zaprzestali wykonywania robót także w Nadleśnictwie Czarnobór. Zamawiający w dacie badania oferty przystępującego nie dysponował umową zawartą z tym Nadleśnictwem, a konsorcjum pIForest, po to aby choć móc ustalić czy kary naliczone są znaczące, czy mają marginalny charakter, nie dysponował także pismem Nadleśnictwa Czarnobór do Nadleśnictwa Borne Sulinowo z dnia 6 lutego 2017r.

Zamawiający dysponując powyższymi dowodami podczas badania oferty przystępującego ocenił, że nie ma podstaw do uznania, że doszło do poważnego zawodowego wykroczenia w sposób zawiniony lub rażąco niedbały.

Przytoczenie stanu prawnego ustalonego na potrzeby niniejszego postępowania:

Art. 7. 1. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

3. Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Art. 24. 1. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

1) (uchylony)

1a) (uchylony)

12) wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia;

13) wykonawcę będącego osobą fizyczną, którego prawomocnie skazano za przestępstwo:

a) o którym mowa w art. 165a, art. 181–188, art. 189a, art. 218–221, art. 228–230a, art. 250a, art. 258 lub art. 270–309 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny

(Dz. U. poz. 553, z późn. zm.)) lub art. 46 lub art. 48 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie (Dz. U. z 2016 r. poz. 176),

b) o charakterze terrorystycznym, o którym mowa w art. 115 § 20 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny,

c) skarbowe,

d) o którym mowa w art. 9 lub art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. poz. 769); - Izba ustaliła, że ta podstawa prawna nie dotyczy ustalonego stanu faktycznego, choć odwołujący w zarzutach przywołał całą treść art. 24 ust. 1

14) wykonawcę, jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w pkt 13 - Izba ustaliła, że ta podstawa prawna nie dotyczy ustalonego stanu faktycznego, choć odwołujący w zarzutach przywołał całą treść art. 24 ust. 1;

15) wykonawcę, wobec którego wydano prawomocny wyrok sądu lub ostateczną decyzję administracyjną o zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, chyba że wykonawca dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności - Izba ustaliła, że ta podstawa prawna nie dotyczy ustalonego stanu faktycznego, choć odwołujący w zarzutach przywołał całą treść art. 24 ust. 1;

16) wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie

przedstawić wymaganych dokumentów – Izba ustaliła, że podstawa prawna została wskazana przez odwołującego w zarzutach;

17)wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia – Izba ustaliła, że podstawa prawna została wskazana przez odwołującego w zarzutach;

18)wykonawcę, który bezprawnie wpływał lub próbował wpłynąć na czynności zamawiającego lub pozyskać informacje poufne, mogące dać mu przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia - Izba ustaliła, że ta podstawa prawna nie dotyczy ustalonego stanu faktycznego, choć odwołujący w zarzutach przywołał całą treść art. 24 ust. 1;

19)wykonawcę, który brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia lub którego pracownik, a także osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, brał udział w przygotowaniu takiego postępowania, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu - Izba ustaliła, że ta podstawa prawna nie dotyczy ustalonego stanu faktycznego, choć odwołujący w zarzutach przywołał całą treść art. 24 ust. 1;

20)wykonawcę, który z innymi wykonawcami zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych - Izba ustaliła, że ta podstawa prawna nie dotyczy ustalonego stanu faktycznego, choć odwołujący w zarzutach przywołał całą treść art. 24 ust. 1;

21)wykonawcę będącego podmiotem zbiorowym, wobec którego sąd orzekł zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne na podstawie ustawy z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz. U. z 2015 r. poz. 1212, 1844 i 1855 oraz z 2016 r. poz. 437 i 544) - Izba ustaliła, że ta podstawa prawna nie dotyczy ustalonego stanu faktycznego, choć odwołujący w zarzutach przywołał całą treść art. 24 ust. 1;

22)wykonawcę, wobec którego orzeczono tytułem środka zapobiegawczego zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne - Izba ustaliła, że ta podstawa prawna nie dotyczy ustalonego stanu faktycznego, choć odwołujący w zarzutach przywołał całą treść art. 24 ust. 1;

23)wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2015 r. poz. 184, 1618 i 1634), złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykazą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia - Izba ustaliła, że ta podstawa prawna nie dotyczy ustalonego stanu faktycznego, choć odwołujący w zarzutach przywołał całą treść art. 24 ust. 1.

5. Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

1)w stosunku do którego otwarto likwidację, w zatwierdzonym przez sąd układzie w postępowaniu restrukturyzacyjnym jest przewidziane zaspokojenie wierzycieli przez likwidację jego majątku lub sąd zarządził likwidację jego majątku w trybie art. 332 ust. 1 ustawy z dnia 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne (Dz. U. z 2015 r. poz. 978, 1259, 1513, 1830 i 1844 oraz z 2016 r. poz. 615) lub którego upadłość ogłoszono, z wyjątkiem wykonawcy, który po ogłoszeniu upadłości zawarł układ zatwierdzony prawomocnym postanowieniem sądu, jeżeli układ nie przewiduje zaspokojenia wierzycieli przez likwidację

majątku upadłego, chyba że sąd zarządził likwidację jego majątku w trybie art. 366 ust. 1 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe (Dz. U. z 2015 r. poz. 233, 978, 1166, 1259 i 1844 oraz z 2016 r. poz. 615) - Izba ustaliła, że ta podstawa prawna nie dotyczy ustalonego stanu faktycznego, choć odwołujący w zarzutach przywołał całą treść art. 24 ust. 5;

2)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– Izba ustaliła, że podstawa prawna została wskazana przez odwołującego w zarzutach;

3)jeżeli wykonawca lub osoby, o których mowa w ust. 1 pkt 14, uprawnione do reprezentowania wykonawcy pozostają w relacjach określonych w art. 17 ust. 1 pkt 2–4 z:

a)zamawiającym,

b)osobami uprawnionymi do reprezentowania zamawiającego,

c)członkami komisji przetargowej,

d)osobami, które złożyły oświadczenie, o którym mowa w art. 17 ust. 2a

–chyba że jest możliwe zapewnienie bezstronności po stronie zamawiającego w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu - Izba ustaliła, że ta podstawa prawna nie dotyczy ustalonego stanu faktycznego,

choć odwołujący w zarzutach przywołał całą treść art. 24 ust. 5;

4)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, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania - Izba ustaliła, że ta podstawa prawna nie dotyczy ustalonego stanu faktycznego, choć odwołujący w zarzutach przywołał całą treść art. 24 ust. 5, brak jest bowiem dowodów na rozwiązanie, którejkolwiek z badanych umów, ani nie przedstawiono orzeczeń świadczących o zasądzeniu odszkodowania;

5)będącego osobą fizyczną, którego prawomocnie skazano za wykroczenie przeciwko prawom pracownika lub wykroczenie przeciwko środowisku, jeżeli za jego popełnienie wymierzono karę aresztu, ograniczenia wolności lub karę grzywny nie niższą niż 3000 złotych;

6)jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za wykroczenie, o którym mowa w pkt 5 - - Izba ustaliła, że ta podstawa prawna nie dotyczy ustalonego stanu faktycznego, choć odwołujący w zarzutach przywołał całą treść art. 24 ust. 5;

7)wobec którego wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa pracy, prawa ochrony środowiska lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym, jeżeli wymierzono tą decyzją karę pieniężną nie niższą niż 3000 złotych - Izba ustaliła, że ta podstawa prawna nie dotyczy ustalonego stanu faktycznego, choć odwołujący w zarzutach przywołał całą treść art. 24 ust. 5;

8)który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 15, chyba że wykonawca dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności - Izba ustaliła, że ta podstawa prawna nie dotyczy ustalonego stanu faktycznego, choć odwołujący w zarzutach przywołał całą treść art. 24 ust. 5.

Art. 89. 1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

5) została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert – przepis ten nie ma zastosowania w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego, do tego trybu postępowania ma zastosowanie art. 24 ust. 4 – ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Art. 91. 1. Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

2.Kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności:

1)jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne;

2)aspekty społeczne, w tym integracja zawodowa i społeczna osób, o których mowa w art. 22 ust. 2, dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;

3)aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia;

4)aspekty innowacyjne;

5)organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;

6)serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji - Izba ustaliła, że ta podstawa prawna nie dotyczy ustalonego stanu faktycznego, choć odwołujący w zarzutach przywołał całą treść art. 91.

2a. Zamawiający, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2, oraz ich związki kryterium ceny mogą zastosować jako jedyne kryterium oceny ofert lub kryterium o wadze przekraczającej

60%, jeżeli określą w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz wykażą w załączniku do protokołu w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia, z wyjątkiem art. 72 ust. 2 i art. 80 ust. 3 - Izba ustaliła, że ta podstawa prawna nie dotyczy ustalonego stanu faktycznego, choć odwołujący w zarzutach przywołał całą treść art. 91.

2b. Zamawiający może ustalić stałą cenę lub koszt, jeżeli przepisy powszechnie obowiązujące lub właściwy organ określiły stałą cenę lub koszt. W takim przypadku ofertę wybiera się w oparciu o inne kryteria oceny ofert niż cena - Izba ustaliła, że ta podstawa prawna nie dotyczy ustalonego stanu faktycznego, choć odwołujący w zarzutach przywołał całą treść art. 91.

2c. Kryteria oceny ofert są związane z przedmiotem zamówienia, jeżeli dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług,

które mają być zrealizowane w ramach tego zamówienia, we wszystkich aspektach oraz w odniesieniu do poszczególnych etapów ich cyklu życia, w tym procesu produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia - Izba ustaliła, że ta podstawa prawna nie dotyczy ustalonego stanu faktycznego, choć odwołujący w zarzutach przywołał całą treść art. 91.

2d. Zamawiający określa kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiający sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców - Izba ustaliła, że ta podstawa prawna nie dotyczy ustalonego stanu faktycznego, choć odwołujący w zarzutach przywołał całą treść art. 91.

3. Kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej - Izba ustaliła, że ta podstawa prawna nie dotyczy ustalonego stanu faktycznego, choć odwołujący w zarzutach przywołał całą treść art. 91.

3a. Jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, zamawiający w celu oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z tymi przepisami. Wykonawca, składając ofertę, informuje zamawiającego, czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, wskazując nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz wskazując ich wartość bez kwoty podatku - Izba ustaliła, że ta podstawa prawna nie dotyczy ustalonego stanu faktycznego, choć odwołujący w zarzutach przywołał całą treść art. 91.

3b. Kryterium kosztu można określić z wykorzystaniem rachunku kosztów cyklu życia - Izba ustaliła, że ta podstawa prawna nie dotyczy ustalonego stanu faktycznego, choć odwołujący w zarzutach przywołał całą treść art. 91.

3c. Rachunek kosztów cyklu życia może obejmować w szczególności koszty:

1) poniesione przez zamawiającego lub innych użytkowników związane z:

a) nabyciem,

b) użytkowaniem, w szczególności zużycie energii i innych zasobów,

c) utrzymaniem,

d) wycofaniem z eksploatacji, w szczególności koszty zbierania i recyklingu;

2) przypisywane ekologicznym efektom zewnętrznym związane z cyklem życia produktu, usługi lub robót budowlanych dotyczące emisji gazów cieplarnianych i innych zanieczyszczeń oraz inne związane z łagodzeniem zmian klimatu, o ile ich wartość pieniężną można określić i zweryfikować - Izba ustaliła, że ta podstawa prawna nie dotyczy ustalonego stanu faktycznego, choć odwołujący w zarzutach przywołał całą treść art. 91.

3d. W przypadku gdy zamawiający szacuje koszty z wykorzystaniem podejścia opartego na rachunku kosztów cyklu życia przedmiotu zamówienia, określa w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dane, które mają przedstawić wykonawcy, oraz metodę, którą zastosuje do określenia kosztów cyklu życia na podstawie tych danych - Izba ustaliła, że ta podstawa prawna nie dotyczy ustalonego stanu faktycznego, choć odwołujący w zarzutach przywołał całą treść art. 91.

4. Jeżeli nie można wybrać najkorzystniejszej oferty z uwagi na to, że dwie lub więcej ofert przedstawia taki sam bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów oceny ofert, zamawiający spośród tych ofert wybiera ofertę z najniższą ceną lub najniższym kosztem, a jeżeli zostały złożone oferty o takiej samej cenie lub koszcie, zamawiający wzywa wykonawców, którzy złożyli te oferty, do złożenia w terminie określonym przez zamawiającego ofert dodatkowych - Izba ustaliła, że ta podstawa prawna nie dotyczy ustalonego stanu faktycznego, choć odwołujący w zarzutach przywołał całą treść art. 91.

5. Jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym jedynym kryterium oceny ofert jest cena, nie można dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej ze względu na to, że zostały złożone oferty o takiej samej cenie, zamawiający wzywa wykonawców, którzy złożyli te oferty, do złożenia w terminie określonym przez zamawiającego ofert dodatkowych - Izba ustaliła, że ta podstawa prawna nie dotyczy ustalonego stanu faktycznego, choć odwołujący w zarzutach przywołał całą treść art. 91.

5a. Jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym jedynym kryterium oceny ofert jest koszt rozumiany jako suma kosztu nabycia i innych kosztów cyklu życia, nie można dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty ze względu na to, że zostały złożone oferty o takim samym koszcie, zamawiający wybiera ofertę:

1) z niższym kosztem nabycia albo

2) z niższymi innymi kosztami cyklu życia

- jeżeli przewidział to w specyfikacji istotnych warunków zamówienia - Izba ustaliła, że ta podstawa prawna nie dotyczy ustalonego stanu faktycznego, choć odwołujący w zarzutach przywołał całą treść art. 91.

6. Wykonawcy, składając oferty dodatkowe, nie mogą zaoferować cen lub kosztów wyższych niż zaoferowane w złożonych ofertach - Izba ustaliła, że ta podstawa prawna nie dotyczy ustalonego stanu faktycznego, choć odwołujący w zarzutach przywołał całą treść art. 91.

7. Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty, ale w terminie nie krótszym niż 14 dni, zamawiający wypłaca nagrody dla wykonawców, którzy podczas dialogu przedstawili rozwiązania stanowiące podstawę do składania ofert, jeżeli zamawiający przewidział takie nagrody - Izba ustaliła, że ta podstawa prawna nie dotyczy ustalonego stanu faktycznego, choć odwołujący w zarzutach przywołał całą treść art. 91.

7a. Metoda określenia kosztów przypisywanych ekologicznym efektom zewnętrznym spełnia łącznie następujące warunki:

- 1) oparta jest na kryteriach obiektywnie możliwych do zweryfikowania i niedyskryminujących;
- 2) dostępna jest dla wszystkich zainteresowanych stron;

3) dostarczenie danych przez wykonawców działających z należytą starannością nie jest nadmiernie uciążliwe, także dla wykonawców z państw trzecich będących stronami Porozumienia Światowej Organizacji Handlu w sprawie zamówień rządowych lub innych umów międzynarodowych, których stroną jest Unia Europejska - Izba ustaliła, że ta podstawa prawna nie dotyczy ustalonego stanu faktycznego, choć odwołujący w zarzutach przywołał całą treść art. 91.

7b. W przypadku gdy na mocy przepisów prawa Unii Europejskiej, określonych w załączniku XIII do dyrektywy 2014/24/UE lub w załączniku XV do dyrektywy 2014/25/UE, wspólna metoda kalkulacji kosztów cyklu życia jest obowiązkowa, do oszacowania tych kosztów stosuje się tę metodę - Izba ustaliła, że ta podstawa prawna nie dotyczy ustalonego stanu faktycznego, choć odwołujący w zarzutach przywołał całą treść art. 91.

7c. Minister właściwy do spraw budownictwa, planowania i zagospodarowania przestrzennego oraz mieszkalnictwa określi, w drodze rozporządzenia, metodę kalkulacji kosztów cyklu życia budynków oraz sposób przedstawiania informacji o tych kosztach, kierując się potrzebą zapewnienia ujednolicenia i wiarygodności tych kalkulacji - Izba ustaliła, że ta podstawa prawna nie dotyczy ustalonego stanu faktycznego, co więcej jest to przepis zawierający normę kompetencyjną do wydania przepisów wykonawczych, który nie może być sam w sobie źródłem obowiązków zamawiającego, choć odwołujący w zarzutach przywołał całą treść art. 91.

Art. 179. 1. Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu

danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Art. 180. 1. Odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.

Art. 192. 1. O oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.

2. Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia w części 2 i może ponieść szkodę przez utratę korzyści jakie uzyskałby realizując zamówienie, czym wypełnił przesłankę określoną w art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 5 pkt. 2 ustawy przez zaniechanie wykluczenia przystępującego w sytuacji, gdy przystępujący winien podlegać wykluczenia w związku z naruszeniem obowiązków zawodowych w wyniku niewykonania i należytego wykonania umów zawartych w 2016 roku.

Zarzut nie potwierdził się. Zgodnie z normą art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy, aby zamawiający mógł wykluczyć wykonawcę z postępowania muszą zająć następujące przesłanki:

1. Wykonawca musi dopuścić się naruszenia obowiązków zawodowych,
2. Naruszenie obowiązków zawodowych musi być poważne, na tyle, że podważa uczciwość wykonawcy,
3. To naruszenie obowiązków zawodowym może polegać na :

a) Niewykonaniu umowy – w .. przedmiotowej ... sprawie wystąpiły wykonania zastępcze,

aa) niewykonanie umowy musi być wynikiem zamierzonego działania (wina umyślna)

bb) niewykonanie umowy musi być wynikiem rażącego niedbalstwa (kwalifikowany stopień winy nieumyślnej)

b) Nienależytym wykonaniu umowy – w przedmiotowej sprawie zamawiający naliczyli kary umowne z tytułu

nieterminowej realizacji zleceń, uszkodzenia

drzewa, nie przestrzegania przepisów bhp, wycieku oleju, posługiwania się osobą niezgłoszoną zamawiającym

aa) nienależyte wykonanie umowy musi być wynikiem zamierzonego działania (wina umyślna)

bb) nienależyte wykonanie umowy musi być wynikiem rażącego niedbalstwa (kwalifikowany stopień winy nieumyślnej)

4. Zamawiający musi być w stanie wykazać związek przyczynowo skutkowy pomiędzy niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zawinionym lub rażąco niedbałym wymowy a naliczeniem kar i obciążeniem kosztami wykonanych zastępczych.

W ocenie Izby zgromadzony materiał dowodowy pozwala na ustalenie, że pIForest D.G. oraz ZUL B. B. dopuścili się, co najmniej nienależytego wykonania umowy, gdyż nie negują faktu, że wykonywali poszczególne zlecenia nieterminowo, osobami niezgłoszonymi, uszkadzając drzewa, czy dopuszczając do wycieku oleju, jednak w przeważającej mierze tj. Nadleśnictwa Drawno, Wałcz, Płytnica, Człopa, Kliniska i Kaliska to nienależyte wykonanie nie było poważne, co potwierdzili sami zamawiający Nadleśnictwa Płytnica, Człopa, Wałcz wystawiając pozytywne referencje pIForest, Nadleśnictwo Drawno – zawierając z pIForest w nowym konsorcjum umowę na rok 2017, zaś co do Kliniska i Kaliska, to o marginalnym charakterze naruszenia obowiązków zawodowych świadczy fakt, że naliczone kary umowne nie przekraczają nawet 0,5% wartości umów.

Co do Nadleśnictwa Borne Sulinowo, to również stosunek wartości naliczonych kar umownych i obciążeń z tytułu wykonanych zastępczych do wartości poszczególnych zawartych umów nie wskazuje na poważność wykroczenia zawodowego. Ponadto w ocenie Izby zgromadzony materiał dowodowy nie pozwala na ustalenie, że pIForest dopuszczając się tych naruszeń zawodowych działań w sposób celowy, czy rażąco niedbały, przeciwnie zgromadzony materiał dowodowy wskazuje, że podejmował działania zaradcze w toku realizacji umów, aby zminimalizować skutki naruszeń zatrudniając dodatkowych pracowników, angażując podwykonawców, nowy sprzęt, informując zamawiającego o przeszkodach w terminowym wykonaniu zleceń – loty i manewry na poligonie. W ocenie Izby nie można uznać, że te działania wskazują na rażące niedbalstwo, doszło do problemów organizacyjnych wewnątrz konsorcjum pIForest, którym nie można jednoznacznie przypisać podmiotu wyłącznie odpowiedzialnego. W tym stanie rzeczy Izba oceniając stan wiedzy zamawiającego na datę badania oferty przystępującego doszła do przekonania, że badanie to było prawidłowe i zamawiający prawidłowo nie zastosował normy art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy właściwie oceniając, że nie jest w stanie wykazać „poważności” naruszenia zawodowego, ani ustalić stopnia winy pIForest.

Co do Nadleśnictwa Czarnobór, to ze zgromadzonego materiału dowodowego wynika, że zamawiający nie był w stanie ustalić, czy naruszenie zawodowe jest poważne, bo nie

dysonował umową zawartą pomiędzy Nadleśnictwem Czarnobór, a konsorcjum pIForest, nie miał także dowodów na stopień winy pIForest, gdyż w tym zakresie miał jedynie wiedzę, że pIForest wzywało partnerów do podjęcia realizacji umowy w tym Nadleśnictwie, a to był raczej dowód na brak winy pIForest. W tym stanie rzeczy Izba oceniając stan wiedzy zamawiającego na datę badania oferty przystępującego doszła do przekonania, że badanie to było prawidłowe i zamawiający prawidłowo nie zastosował normy art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy właściwie oceniając, że nie jest w stanie wykazać „poważności” naruszenia zawodowego, ani ustalić stopnia winy pIForest.

W konsekwencji powyższego Izba oceniła, że zamawiający na datę dokonywania badania oferty przystępującego nie miał podstaw do oceny, że wykonawca ten nieprawidłowo zaznaczył „NIE” w wierszu trzecim lit. C działu III, dlatego zarzut należało oddalić.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt. 16 i 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579 – dalej ustawy) przez zaniechanie wykluczenia przystępującego w sytuacji wprowadzenia zamawiającego w błąd przy składaniu wyjaśnień z pominięciem wszystkich okoliczności istotnych dla prawidłowej oceny a dotyczących niewykonania i nienależytego wykonania umów zawartych w roku 2016 co podważa uczciwość wykonawcy ubiegającego się o zamówienie publiczne.

Zarzut nie potwierdził się. Dla zastosowania normy art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy muszą zająć następujące przesłanki:

1. Przedstawienie informacji przez wykonawcę niezgodnej z rzeczywistością
2. Informacja ta wprowadziła w błąd zamawiającego,
3. Błąd ten polegał na przyjęciu przez zamawiającego, że wykonawca nie podlega wykluczeniu,
4. Przedstawienie informacji musi być wynikiem zamierzonego działania (winy umyślnej) lub rażącego niedbalstwa (kwalifikowanego stopnia winy nieumyślnej).

W ocenie Izby zgromadzony materiał dowodowy nie pozwala na ustalenie, że informacja

„NIE” w wierszu III lit. C działu III JEDZ firm pIForest D.G. i ZUL B. B. była niezgodna z rzeczywistością, tym samym

odpadła pierwsza z przesłanek zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy, a ponieważ przesłanki muszą być stosowane łącznie, to niewykazanie zaistnienia jednej z nich jest wystarczające do stwierdzenia, że zamawiający nie stosując art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy nie naruszył tej ustawy.

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy dla jego zastosowania wymaga zaistnienia kumulatywnie następujących przesłanek:

1. Przedstawienie informacji przez wykonawcę niezgodnej z rzeczywistością,
2. Informacja ma mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego
3. Informacja ta wprowadziła w błąd zamawiającego,

4. Przedstawienie informacji musi być wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa. Również w tym przypadku Izba oceniła, że zgromadzony materiał dowodowy nie pozwala na ustalenie, iż informacja „NIE” w wierszu III lit. C działu III JEDZ firm plForest D.G. i ZUL B. B. była niezgodna z rzeczywistością, tym samym odpadła pierwsza z przesłanek zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy, a ponieważ przesłanki muszą być stosowane łącznie, to niewykazanie zaistnienia jednej z nich jest wystarczające do stwierdzenia, że zamawiający nie stosując art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy nie naruszył tej ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 5 w zw. z art. 24 ust. 1 oraz art. 91 ustawy przez niezgodne z przepisami ustawy oraz wytycznymi specyfikacji istotnych warunków zamówienia działanie zamawiającego w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie określonych w postępowaniu kryteriów oceny ofert.

W ocenie Izby zarzut nie nadaje się do rozpoznania, gdyż nie został skonkretyzowany w podstawie faktycznej, gdyż brak jest twierdzeń odwołującego o niezgodnej z siwz ocenie oferty przystępującego na podstawie określonych w postępowaniu kryteriów oceny ofert. Nadto podstawa prawna w części dotyczącej naruszenia art. 24 ust. 5 w związku z art. 24 ust. 1 ustawy nie dotyczy podstawy faktycznej zarzutu, bo ta podstawa prawna dotyczy badania oferty przystępującego, a nie jej oceny. Wszystkie podane podstawy prawne są skonstruowane szeroko, abstrahując od twierdzeń odwołującego wynikających z treści odwołania. W tym stanie rzeczy Izba nie była w stanie ustalić treści postawionego zarzutu, a zatem nie mogła poddać go rozpoznaniu z uwagi na treść normy art. 192 ust. 7 ustawy odbierającej Izbie kognicję ponad zarzuty zawarte w odwołaniu.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 ustawy przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej dla pakietu nr 3

Zarzut nie potwierdził się. W tym przypadku również odwołujący nie skonkretyzował podstawy prawnej zarzutu, jednak jednoznacznie opisał podstawę faktyczną, tym samym Izba mogła przypisać opisany stan faktyczny pod określoną normę prawną i sprowadzić tym samym zarzut do naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy, zgodnie z którym zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w siwz. Biorąc pod uwagę, że oferta złożona przez przystępującego była ofertą korzystniejszą, od oferty odwołującego w pakiecie III, a jednocześnie jak Izba rozstrzygnęła przy rozpoznaniu wcześniejszych zarzutów zamawiający prawidłowo nie wykluczył przystępującego, to nie

mogło dojść do wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Tym samym Izba nie stwierdziła naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy, przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania oraz zasady proporcjonalności, polegające na tym, że dokonano wyboru oferty podlegającej odrzuceniu, ze względu na fakt, że przystępujący podlegał wykluczeniu, zaś ofertę odwołującego, mimo faktu że była najkorzystniejsza sklasyfikowano na poz. 2.

Zarzut nie potwierdził się. W ocenie Izby zamawiający prawidłowo zastosował zasadę proporcjonalności. Zasada ta zdaniem Izby oznacza nie tylko odpowiednie ukształtowanie warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji, czy kryteriów oceny ofert, tak aby zamawiający zapewnił sobie jak najszerszy krąg podmiotów z których dokonuje wyboru, ale krąg ograniczony jednocześnie do podmiotów, którzy dają największą gwarancję należytego wykonania zamówienia. W ocenie Izby zasada proporcjonalności oznacza także, iż wszędzie tam gdzie ustawodawca nadał zamawiającemu prawo stosowania sankcji zamawiający spośród dostępnych mu środków sankcyjnych musi wybrać takie, które są „odpowiednie i konieczne do osiągnięcia celów, których realizacja dopuszczalna jest przy pomocy danej regulacji. Przy czym w razie istnienia kilku odpowiednich środków należy wybrać te, które są najmniej uciążliwe, nadto nałożone obciążenia muszą pozostawać w odpowiedni stosunku do zamierzonych celów” (orzeczenie ETS w sprawie 265/87). W ocenie Izby oznacza to, że jeśli ustawodawca nie zakazał zamawiającemu czynności wezwania do wyjaśnień powodów zaznaczenia w wierszu III lit. C dziale III JEDZ opcji „NIE”, to w ocenie Izby zamawiający powinien

podjąć takie działanie. Sankcja wykluczenia wykonawcy jest w takim przypadku nie odpowiednia do celu ustawy, jakim jest wybór oferty najkorzystniejszej, a taką przecież może się okazać oferta przystępującego w toku przeprowadzonych wyjaśnień. W ocenie Izby zamawiający też rzetelnie ocenił zgromadzony w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego materiał dowodowy konfrontując wyjaśnienia z dowodami przedłożonymi przez odwołującego i pozyskanymi z innych Nadleśnictw. Wynik tej oceny według Izby był prawidłowy, a w konsekwencji Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania i proporcjonalności.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 3 ustawy w związku z art. 91 ust. 1 ustawy, przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego, mimo faktu że była ofertą najkorzystniejszą.

Zarzut ten nie potwierdził się. W odniesieniu do tego zarzutu Izba podtrzymuje swoje rozważania i stanowisko zajęte przy rozpoznawaniu zarzutu naruszenia art. 91.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, który podlegał wykluczeniu z postępowania.

Zarzut nie potwierdził się. Przepis ten nie ma zastosowania w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego, do tego trybu postępowania ma zastosowanie art. 24 ust. 4 – ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Tym samym zamawiający nie stosując art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy nie dopuścił się naruszenia ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm. z 2017r. poz. 47) obciążając odwołującego kosztami postępowania w postaci uiszczanego przez odwołującego wpisu od odwołania oraz nakazując odwołującemu zwrot zamawiającemu poniesionych przez niego kosztów zastępstwa prawnego w wysokości dopuszczonej przez rozporządzenie zgodnie z przedstawionymi rachunkami.

Przewodniczący:.....
Członkowie:
.....