

Sygn. akt: KIO 431/22

WYROK
z dnia 7 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 4 marca 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lutego 2022 r. przez **wykonawcę G. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą G. J. Zakład Usług Leśnych z siedzibą w Nidzicy** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Skarb Państwa, Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Ełk z siedzibą w Ełku**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: ZUL Fangorn sp. z o.o. z siedzibą w Ełku, W. C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą W. C. „Zakład Robót Leśnych” z siedzibą w Ełku, K. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą K. S. „Usługi Leśne” z siedzibą w Prostkach oraz J. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą J. M. „J. M.” z siedzibą w Kalinowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę G. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą G. J. Zakład Usług Leśnych z siedzibą w Nidzicy** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę G. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą G. J. Zakład Usług Leśnych z siedzibą w Nidzicy tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa, Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Ełk z siedzibą w Ełku - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2021 r., poz. 1129 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. *„Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Ełk w roku 2022” (pakiet nr 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8), nr postępowania: S.270.2.15.2021*. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 grudnia 2021 r., za numerem 2021/S 252-670586.

W dniu 17 lutego 2022 r. odwołanie wniósł wykonawca G. J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą G. J. Zakład Usług Leśnych z siedzibą w Nidzicy – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania oraz zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu w zakresie pakietu nr 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów, tj.:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy pzp przez niezgodną z przepisami czynność odrzucenia oferty wykonawcy który nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 7 ustawy pzp, w szczególności poprzez wdrożenie procedur określonych w art. 110 ust. 2 ustawy pzp. Ewentualnie naruszenie przez Zamawiającego art. 110 ust. 3 ustawy pzp poprzez wadliwą ocenę podjętych procedur.

2. art. 239 ust. 1 ustawy pzp poprzez niedokonanie wyboru oferty Odwołującego, która jest ofertą najkorzystniejszą zgodnie z określonymi w postępowaniu kryteriami oceny oferty (w zakresie pakietu nr 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8).

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

1) dokonania ponownego badania i oceny ofert w tym unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietu nr 1, 3, 5, 7, unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w zakresie pakietu nr 2, 4, 6, 8 oraz unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego, jak również unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty;

2) powtórzenia oceny ofert, wskutek którego w zakresie pakietu nr 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 oferty złożone przez Odwołującego zostaną uznane za ważne;

3) powtórzenia oceny ofert i dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej odpowiednio w pakiecie nr 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, na podstawie określonych w postępowaniu kryteriów oceny oferty.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że podejmując decyzję o uznaniu oferty Odwołującego za nieważną w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający naruszył fundamentalne zasady określone w art. 16 ustawy pzp, nie zapewniając jednocześnie obiektywizmu przy badaniu i ocenie ofert. Odnośnie zarzutu sformułowanego w zakresie oferty, która w decyzji Zamawiającego winna zostać odrzucona ze względu na fakt naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 2a ustawy pzp jako oferta, która została złożona przez wykonawcę: a) podlegającego wykluczeniu z postępowania Odwołujący wskazał, że Zamawiający odwołał się jednocześnie do art. 109 ust. 1 oraz ust. 3 ustawy pzp podając, iż w ocenie Zamawiającego podjęte przez Wykonawcę działania nie są wystarczające w celu realizacji procedury samooczyszczenia oraz na fakt, iż w ocenie Zamawiającego Wykonawca nie przedłożył żadnych dowodów, że podjął takie działania.

W pierwszej kolejności Odwołujący zauważył, iż jak wynika z art. 110 ust. 3 ustawy pzp Zamawiający ocenia, czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. Jeżeli podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w art. 110 ust. 2 ustawy pzp, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zamawiający wyklucza wykonawcę. Faktem jest, że przepis ten nie zawiera natomiast żadnych wskazówek, w jaki sposób należy oceniać dane dowody, ale jak podkreśla się w doktrynie ocena ta powinna wynikać z zasad logiki życiowej, wiedzy oraz doświadczenia życiowego i zawodowego. Ocena dokonana przez Zamawiającego nie może więc być dowolna. Koniecznym jest zapewnienie przejrzystości oceny Zamawiającego, tak wobec samego Odwołującego, jak i pozostałych uczestników postępowania. Przyjęcie, iż to wyłącznie od subiektywnej decyzji Zamawiającego miałyby zależeć uznanie czy Odwołujący skutecznie dokonał samooczyszczenia, nie jest możliwe do pogodzenia z zasadą przejrzystości, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Ocena dokonana przez Nadleśnictwo Ełk musi być subiektywno-obiektywna, tzn. owszem, jest jego oceną indywidualną, ale musi zostać dokonana i uzasadniona w oparciu o obiektywnie weryfikowalne podstawy. Tym samym konkluzją oceny Zamawiającego nie może być wyłącznie subiektywne przekonanie co do braku możliwości zaufania Odwołującemu, lecz

muszą zostać wskazane obiektywne (powszechnie i racjonalnie weryfikowalne) podstawy odnoszące się do środków zaradczych podjętych celem wykazania rzetelności danego wykonawcy. Co więcej, ocena ta powinna zostać wskazana co najmniej Odwołującemu, którego dotyczy. Przyczyny, dla których Zamawiający – Nadleśnictwo Ełk - odmówił uznania dowodów za wystarczające do wykazania rzetelności wykonawcy, powinny być opisane na tyle wyczerpująco, by wykonawca uzyskał pełną wiedzę co do podstaw dokonanej czynności wykluczenia. Obowiązki informacyjne zamawiającego stanowią bowiem odzwierciedlenie zasady jawności postępowania. Jak podkreśla Krajowa Izba Odwoławcza (por. wyrok KIO z dnia 28 maja 2021 r., sygn. KIO 1007/21) sama argumentacja zawarta w informacji o wykluczeniu, że wyjaśnienia wykonawcy są niespójne, niewystarczające, nieprzekonujące i nie budzą zaufania zamawiającego nie mogą stanowić podstawy do uznania, że wykonawca nie dokonał samooczyszczenia. Zamawiający powinien podać konkretne wskazania, dlaczego ustalone przez wykonawcę przyczyny i podjęte środki zaradcze nie są wystarczające do uznania jego samooczyszczenia. Zgodnie z art. 110 ust. 2 ustawy pzp Wykonawca, który podlega wykluczeniu z powodu wystąpienia przesłanek, o których mowa powyżej, może skorzystać z instytucji samooczyszczenia (self-cleaning). Celem uniknięcia wykluczenia Wykonawca musi udowodnić, że spełnia łącznie (kumulatywnie) następujące przesłanki: naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne; wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym; podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności: zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy, zreorganizował personel, wdrożył system sprawozdawczości i kontroli, utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów, wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzebranie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.

Odwołujący wskazał dalej, że w judykaturze podkreśla się, iż podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia może podjąć działania w celu samooczyszczenia także po złożeniu oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tj. w zasadzie w każdym momencie w czasie trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ostateczną granicą czasową na przeprowadzenie procedury jest decyzja zamawiającego o wykluczeniu

wykonawcy. Możliwe jest bowiem wystąpienie okoliczności faktycznych uniemożliwiających dołączenie dowodów przed upływem terminu składania ofert. Stanowisko, zgodnie z którym dokumentacja potwierdzająca samooczyszczenie powinna być załączona do oferty, nie znajduje odzwierciedlenia w treści przepisów. (por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie, sygn. akt XXIII Ga 1811/18, wyrok KIO z dnia 27 sierpnia 2019 r., sygn. akt KIO 1576/19).

Odwołujący złożył w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego – Nadleśnictwa Ełk – bardzo szczegółowe wyjaśnienia w zakresie zastosowanej procedury samooczyszczenia. W treści wyjaśnień wskazał szereg podjętych działań, które pozwoliły mu na pozytywną ocenę realizowanych w terminach późniejszych usług. Do działań tych należy zaliczyć:

1. Przegląd realizacji umowy, który doprowadził do określenia prac czynników na które należy zwrócić w trakcie realizacji umowy uwagę oraz ustalenia harmonogramu realizowanych usług z zakresu gospodarki.
2. Przeprowadzenie reorganizacji, niezbędnej z punktu widzenia zakładanego celu – zwiększenie efektywności działań Wykonawcy, w szczególności w zakresie komunikacji z zamawiającym (zleceniodawcą).
3. Analizę (audyt) sytuacji związanych z realizacją Umowy oraz podejmuje działania mające na celu stałe podwyższenie standardów obowiązujących w firmie Wykonawcy, tak aby wykluczyć lub co najmniej zminimalizować ryzyko wystąpienia w przyszłości sytuacji, które mogłyby negatywnie rzutować na przebieg realizacji kontraktów.
4. Zreorganizowanie personelu. W szczególności wyznaczono pracownika odpowiedzialnego za przygotowanie oraz terminową wysyłkę wszelkich informacji, pism do Nadleśnictw z odpowiednim, jak również przekazywanie informacji dotyczących sposobu realizacji świadczenia w postaci pisemnej.
5. Wprowadzenie stałego audytu w ramach realizowanych umów i nadzoru nad prawidłowością ich realizacji, terminowością, po wprowadzeniu procedur naprawczych są już realizowane zgodnie z ich postanowieniami.
6. Zorganizowano wewnętrzne szkolenie dla wszystkich pracowników, w trakcie którego zostały przedstawione standardy wykonywanych usług.
7. Uwzględniono konieczność realizacji usług z zakresu gospodarki leśnej zgodnie z obowiązującymi standardami odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia, które zostały określone w Decyzji nr 19 Dyrektora Generalnego Lasów Państwowych z dnia 17 marca 2021 r. w sprawie wprowadzenia do stosowania „Opisu

standardu technologii wykonawstwa prac leśnych" w jednostkach organizacyjnych Lasów Państwowych oraz decyzjach poszczególnych Dyrektorów Regionalnych Dyrekcji Lasów Państwowych w sprawie wprowadzenia Regionalnego Opisu Standardu Technologii Wykonawstwa Prac Leśnych.

8. Weryfikacja doświadczenia firm (analiza referencji, rozpoznanie rynku usług, weryfikacja posiadanych zasobów technicznych i zawodowych). Wykonawcy wprowadzili w swoich firmach procedury obejmujące wiele powiązanych procesów i działań, powodujących zmianę sposobu działania firmy, organizacji wewnętrznej i systemu zarządzania. W ramach szeroko zakrojonych procedur naprawczych w pierwszej kolejności wprowadzono procedury szczegółowej kontroli firm w których nawiązywana jest współpraca. W chwili obecnej realizacja usług opiera się tylko na rzetelnych współkonsorcjantach.

9. Modernizacja posiadanego parku maszynowego, w tym harwestera czy też sprawdzenie elementów pomiarowych, przeprowadzono kalibrację ustawień maszyn, zdecydowanie pozwoli firmie na pełną dyspozycyjność i osiągnięcie większej wydajności w wykonywaniu usług.

10. Utworzono struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów. Stałym nadzorem nad realizowanymi usługami zajmuje się właściciel – G. J.. Nadzór obejmuje stałą kontrolę realizowanych usług, stały kontakt z Zamawiającym w efekcie którego realizacja usługi jest oceniana jako należyta.

11. Wprowadzone procedury obejmujące wiele powiązanych procesów i działań, powodują zmianę sposobu działania firmy, organizacji wewnętrznej i systemu zarządzania. Koordynatorzy prac każdorazowo zostali zobowiązani do sprawdzenia adresów leśnych, w szczególności w sytuacji niesprzyjających warunków atmosferycznych co przyczyniło się do nienagannej jakości wykonywanych prac. W ramach szeroko zakrojonych procedur naprawczych w pierwszej kolejności wprowadzono procedury szczegółowej kontroli wykonywanych usług. Zmiany organizacji wewnętrznej powodują zdecydowanie wydajniejszy sposób działania firmy.

12. Procedury naprawcze dotyczyły również wprowadzenia przez Wykonawcę konkretnych środków technicznych, które mają zapobiec zawinieniu i poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości. Modernizacja posiadanego parku maszynowego, w tym harwestera czy też sprawdzenie elementów pomiarowych, przeprowadzono kalibrację ustawień maszyn, zdecydowanie pozwoli firmie na pełną dyspozycyjność i osiągnięcie większej wydajności w wykonywaniu usług.

Przede wszystkim Odwołujący wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane ze swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracował z Zamawiającym. Naprawił również szkody wyrządzone swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne, w szczególności poniósł koszty kar umownych oraz wykonania zastępczego (fakt ten wynika z posiadanych przez Zamawiającego pism z Nadleśnictwa Spychowo oraz Nadleśnictwa Wipsowo). Na szczególną uwagę zasługuje fakt, iż Nadleśnictwo Spychowo powierzyło firmie Odwołującego wykonanie prac z zakresu gospodarki leśnej w dniu 1 grudnia 2021r. (Zlecenie nr 116/2021), prace te zostały odebrane jako wykonane należycie, terminowo. Fakt ten potwierdzają protokoły odbioru z dnia 16 grudnia 2021r. wystawione również przez Nadleśnictwo Spychowo. Oznacza to, że w świetle informacji oraz dokumentów znanych Zamawiającemu w chwili podejmowania czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, Zamawiający nie miał podstaw do zaniechania dokonania oceny jego samooczyszczenia z powodu zakwestionowania podjętych działań, nie może usprawiedliwiać braku dokonania oceny samooczyszczenia na dzień wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty. Odwołujący zauważył, że mimo ziszczenia się przesłanek, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp, wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli skutecznie dokona samooczyszczenia. Odwołujący wprowadził przejrzysty tryb podejmowania decyzji oraz sposób zarządzania kontraktami, wprowadził system egzekwowania wewnętrznej odpowiedzialności za podejmowane działania, reorganizację parku maszynowego mający na celu zapewnienie realizacji zamówienia, przeprowadził szkolenia podnoszących kompetencje personelu, powołał osobę, która nadzoruje zgodność z prawem działań prowadzonych przez Wykonawcę, wdrożył systemu compliance. Niewątpliwie są to działania wewnętrzne w firmie Odwołującego, ale pozwoliły na podniesienie jakości świadczonych usług, co zauważone zostało w szczególności przez Nadleśnictwo Spychowo. Odwołujący podkreślił, iż ocena ta znana była Zamawiającemu – Nadleśnictwu Ełk – bowiem to on był adresatem pisma sporządzonego przez Nadleśnictwo Spychowo. Pismo jednoznacznie wskazuje, iż cyt. (...) Przypuszczam, że gdyby pozostali członkowie konsorcjum chociaż w części wykazali się podobnym zaangażowaniem jak ZUL G. J., kontrakt mógłby być nadal realizowany (...) Również z treści informacji sporządzonej przez Nadleśnictwo Wipsowo wynika tylko i wyłącznie fakt zlecenia zastępczego (dotyczyło to miesiąca luty 2021 r.).

Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty wspomina również, iż nie sporządzono prawidłowo JEDZ, jednakże w wezwaniu z dnia 20 stycznia 2022 r. Nadleśnictwo Ełk zażądało udzielenia wyjaśnień oraz udowodnienia przesłanek przewidzianych w art. 110 ust.

2 pkt 1-3 ustawy pzp. Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 sierpnia 2021 r. o sygn. akt KIO 1922/21. Odwołujący podkreślił, iż wdrożone przez niego procedury pozwalały na uznanie przez Zamawiającego efektywności podejmowanych działań zaradczych, przy czym Zamawiający winien był zachować maksymalną obiektywność przy weryfikacji wdrożonych przez Odwołującego środków naprawczych, zwłaszcza iż dysponował informacjami bezpośrednio z Nadleśnictw których wykazane nieprawidłowości dotyczyły. Wynikiem przeprowadzonego przez Odwołującego dochodzenia oraz kontroli powinno być zidentyfikowanie przyczyn, zakresu i skutków stwierdzonych nieprawidłowości, a także sformułowanie zaleceń lub wniosków dotyczących usunięcia nieprawidłowości oraz zastosowania środków technicznych, organizacyjnych lub kadrowych, odpowiednich dla zapobiegania dalszym nieprawidłowościom. Jak podkreśla UZP kluczowa jest jednak ocena działań zapobiegawczych określonych w art. 110 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp, które muszą być „odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu”. Przy ocenie wagi czynu należy zatem wziąć pod uwagę rodzaj i charakter naruszonego dobra, rozmiary wyrządzonej lub grożącej szkody, sposób i okoliczności popełnienia czynu, wagę naruszonych przez wykonawcę obowiązków, jak również postać zamiaru, motywację, rodzaj naruszonych reguł ostrożności i stopień ich naruszenia przez wykonawcę. Z kolei „szczególne okoliczności czynu wykonawcy” to zarówno okoliczności łagodzące, jak i okoliczności obciążające wykonawcę. Szczególne okoliczności czynu umożliwiają ocenę postawy Odwołującego to przede wszystkim wskazane powyżej fakty dowodzące, iż działania Odwołującego doprowadziły do należytej realizacji kolejnych zleceń w ramach tej samej umowy, a nawet udzielenie zupełnie nowych zleceń już po odstąpieniu od umowy.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż tylko w zakresie czterech pakietów, które zakończyły się wyborem, oferty Odwołującego były korzystniejsze o 597.800,45 zł (odpowiednio dla Pakietu nr 1 o 143.446,80, dla Pakietu nr 3 o 160.053,30 zł, dla Pakietu nr 5 o 95.180,59, dla Pakietu nr 7 o 199.119,76 zł). Zaś oferty wybrane znacząco przekraczały kwotę którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (ujawnioną bezpośrednio przed otwarciem ofert).

W dniu 21 lutego 2022 r. Przystępujący wraz z przystąpieniem przedstawił własne stanowisko w sprawie, wnosząc o oddalenie odwołania oraz podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosili skuteczne przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: ZUL Fangorn sp. z o.o. z siedzibą w Ełku, W. C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą W. C. „Zakład Robót Leśnych” z siedzibą w Ełku, K. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą K. S. „Usługi Leśne” z siedzibą w Prostkach oraz J. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą J. M. „J. M.” z siedzibą w Kalinowie.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami (w tym dowody dotyczące udzielanych odrębnych zleceń dla Nadleśnictw), sprostowanie odwołania wraz ze stanowiskiem Odwołującego, oraz zgłoszenie przystąpienia wraz z załącznikami.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z pkt 6 SWZ (PODSTAWY WYKLUCZENIA, O KTÓRYCH MOWA W ART. 108 PZP ORAZ PODSTAWY WYKLUCZENIA, O KTÓRYCH MOWA W ART. 109 UST. 1 PZP) Zamawiający przewidział: „6.3. *W postępowaniu mogą brać udział Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia w okolicznościach, o*

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

W oświadczeniu JEDZ dla poszczególnych pakietów Odwołujący na pytanie: *„Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową? Jeżeli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat:”* odpowiedział „NIE”.

Pismem z dnia 10 stycznia 2022 r. Przystępujący poinformował Zamawiającego o pozyskaniu wiedzy na temat nienależycie realizowanych umów przez Odwołującego dla Nadleśnictwa Spychowo, Nowe Ramuki, Wpisowo oraz Dwukoły oraz możliwości spełnienia się wobec Odwołującego przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp, wnosząc o uzyskanie informacji od ww. Nadleśnictw na temat nieprawidłowości w wykonaniu umów.

Pismami z dnia 12 stycznia 2022 r. Zamawiający zwrócił się do Nadleśnictw: Spychowo, Dwukoły, Wpisowo oraz Nowe Ramuki z następującym wnioskiem: *„W związku z pismem uczestnika postępowania w sprawie okoliczności uzasadniających wykluczenie z postępowania innego z uczestników Zamawiający na podstawie art. 128 ust. 5 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.) zwraca się z prośbą o udzielenie informacji i ewentualnie udostępnienia posiadanych dokumentów dotyczących Wykonawcy: G. J. Zakład Usług Leśnych, 13-100 Nidzica, ul. 1 Maja 17A14, NR REGON 510682482, NR NIP 7460002955, w zakresie realizacji umów dotyczących wykonywania usług leśnych w okresie 3 lat wstecz do dnia 10.01.2022 r. czy: Nadleśnictwo stwierdziło wobec ww. wykonawcy przypadki niewykonania lub nienależytego wykonania umów na usługi z zakresu gospodarki leśnej; jeżeli tak, jaki był zakres tych nieprawidłowości; czy Nadleśnictwo zlecały wobec ww. wykonawcy wykonania zastępcze; jeżeli tak, to ile było zleconych wykonań zastępczych oraz jakich prac te przypadki dotyczyły; czy doszło w stosunku do ww. wykonawcy do przedterminowego odstąpienia od umowy; jeżeli tak, jakie były przyczyny odstąpienia oraz ile czasu upłynęło od chwili zawarcia umowy do chwili odstąpienia; proszę także o zwrócenie się o przekazanie*

kopii oświadczenia lub oświadczeń o odstąpieniu; czy wykonawca podejmował jakiegokolwiek kroki prawne w związku ze zleceniem wykonawstwa zastępczego lub odstąpieniem.”

Nadleśnictwo Spychowo pismem z dnia 13 stycznia 2022 r. w odpowiedzi na zapytanie Zamawiającego wskazało: „*Firma G. J. Zakład Usług Leśnych, Komorowo 21/3, 13-113 Janowo, NIP 7460002955 (obecny adres 13-100 Nidzica, 1 Maja 17a/4) wchodziła wraz z sześcioma innymi podmiotami w skład konsorcjum Sosna, z którym została zawarta w dniu 18.02.2021 r. umowa na świadczenie usług leśnych na terenie obrębu Chochół na lata 2021-2022. Wykonawca ten został wyłoniony w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego. Najważniejsze fakty dotyczące z przebiegu niniejszego kontraktu realizowanego przez podmiot zbiorowy przedstawiają się następująco: 1. Nadleśnictwo odstąpiło od umowy w dniu 18.11.2021 z winy wykonawcy. Przyczyna faktyczna: kolejne nie wykonanie w przewidzianym terminie zleceń na prace leśne (7szt.). Przyczyna formalna: par. 15 ust. 1 pkt 2 umowy nr Z.271.3.2021, tj. wielokrotne niewykonanie przez Wykonawcę pisemnych zaleceń wydanych przez Przedstawiciela Zamawiającego dotyczących sposobu lub terminu wykonywania prac. 2. Nadleśnictwo wielokrotnie stwierdzało przypadki nienależytego wykonania niniejszej umowy, skutkujące m. in. naliczeniem wykonawcom kar umownych: a) za zwłokę w realizacji zleceń; b) za nierealizowanie zleceń skutkujące koniecznością wykonawstwa zastępczego; c) za nieprzestrzeganie przepisów BHP; d) za niszczenie obiektów cennych wskazanych do ochrony podczas prac przez przedstawiciela zamawiającego; e) za naruszenie obowiązku samodzielnej realizacji kluczowych elementów zamówienia; f) za odstąpienie od umowy. Ogółem wystawiono 12 not z naliczeniem kar umownych na łączną kwotę 17 438,10 zł (z czego Wykonawca zapłacił 12 248,30 zł) oraz 1 notę za koszty wykonawstwa zastępczego (8 288,50 zł), którą potrącono z bieżącego wynagrodzenia wykonawcy. Nie zapłacona pozostaje do dziś dnia 1 nota za kary umowne w wysokości 2 689,80 zł oraz kara za odstąpienie od umowy na kwotę 2500 zł (nota z dnia 29.12.2021 r.). 3. Nadleśnictwo zlecało wykonanie zastępcze (dwie pozycje trzebieży wczesnych na łączną powierzchnię 7,41 ha). 4. Nadleśnictwo nie posiada informacji na temat kroków prawnych podjętych przez wykonawcę. Wykonawca uiścił część nałożonych kar oraz pokrył koszty wykonawstwa zastępczego. Należy zaznaczyć że jedynie dwie (w tym firma której dotyczy zapytanie) z siedmiu tworzących konsorcjum firm faktycznie wykonywały usługi na terenie Nadleśnictwa. Przypuszczam, że gdyby pozostali członkowie konsorcjum chociaż w części wykazali się podobnym zaangażowaniem jak ZUL G. J., kontrakt mógłby być nadal realizowany. Mam nadzieję że powyższe odpowiedzi pozwolą na realizację obowiązków zamawiającego w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.”*

Nadleśnictwo Wpisowo pismem z dnia 20 stycznia 2022 r. w odpowiedzi na zapytanie Zamawiającego wskazało: „Wykonawca G. J. Zakład Usług Leśnych, 13-100 Nidzica, ul. 1 maja 17A/4, REGON 510682482, NIP 7460002955 w Nadleśnictwie Wpisowo świadczył usługi leśne w okresie od 11.01 2021 r. do 31.12.2021 r. i w tym okresie wystąpiły przypadki nienależytego wykonywania umowy przez Wykonawcę, tj. przypadki braku terminowej realizacji zleceń w wyniku niewykonywania lub nieterminowego wykonywania zleceń przez ww. Wykonawcę. Nadleśnictwo dwukrotnie zleciło wykonanie zastępcze dotyczące pozyskania i zrywki drewna; w stosunku do ww. Wykonawcy nie doszło do przedterminowego odstąpienia od umowy. Wykonawca nie podejmował kroków prawnych w związku ze zleceniem wykonawstwa zastępczego.”

Nadleśnictwo Dwukoły pismem z dnia 19 stycznia 2022 r. wskazało, że: „- nie stwierdziło wobec w/w Wykonawcy niewykonania i nienależytego wykonania umowy na realizację usług z zakresu gospodarki leśnej i nie zlecało wykonania zastępczego, - nie odstąpiło ani nie rozwiązało żadnej umowy z w/w wykonawcą w przedmiocie wykonywania usług z zakresu gospodarki leśnej, nie obciążało p. G. J. żadnymi karami ani kosztami wykonania zastępczego.”

Nadleśnictwo Nowe Ramuki pismem z dnia 20 stycznia 2022 r. wskazało, że: „wykonawca ten wykonywał usługi z zakresu gospodarki leśnej w ramach umowy nr 5/2021 z dnia 29.03.2021 r. zawartej przez Nadleśnictwo Nowe Ramuki z konsorcjum w składzie: 1. REDWOOD P. K., 2. Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe B. K., 3. Zakład Usług Leśnych P. M., 4. ZPHU "Pinus" s.c. K. J., S. P., 5. Zakład Usług Leśnych „ZULAS” T. K., 6. G. J. Zakład Usług Leśnych, 7. Usługi Leśne M. J. Nadleśnictwo Nowe Ramuki stwierdziło wobec ww. konsorcjum przypadki nienależytego wykonania umowy polegające na zwłoce w realizacji zleceń, skutkujące naliczeniem kar umownych na łączną kwotę 50 310,02 zł. Nadleśnictwo Nowe Ramuki nie zlecało wobec ww. konsorcjum wykonań zastępczych. Nie doszło do przedterminowego odstąpienia od umowy. Jednocześnie informuję, że usługi, które wykonywał osobiście wykonawca G. J., były wykonywane terminowo i należycie.”

Zamawiający pismem z dnia 20 stycznia 2022 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień: „W związku z otrzymanymi przez Zamawiającego pismami: 1. z Nadleśnictwa Spychowo zn. spr.: Z.271.3.2021 z dnia 13.01.2022 r. 2. Z Nadleśnictwa Wpisowo zn. spr.: ZG.0172.3.2022 z dnia 20.01.2022 r., z których treści wynika, że Nadleśnictwo Spychowo jako Zamawiający odstąpiło w dniu 18.11.2021 r. od umowy na wykonanie usług leśnych na terenie obrębu Chochołów zawartej na lata 2021-2022. Państwa firma była Wykonawcą tejże umowy łącznie z 6 podmiotami gospodarczymi jako konsorcjum o nazwie Sosna.

Jednocześnie Nadleśnictwo Spychowo poinformowało, że zlecało wykonanie zastępcze z związku z realizacją powyższej umowy. Nadleśnictwo Wipsowo poinformowało również o dwukrotnym wykonaniu zastępczym usług leśnych w związku z niewykonaniem zleceń w ramach umowy realizowanej przez Pana firmę w okresie od 11.01.2021 r. do 31.12.2021 r. Pisma z obu nadleśnictw w załączeniu. Z uwagi na fakt iż zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo Zamówień Publicznych istnieje podstawa do wykluczenia Wykonawcy z postępowania o udzielenia zamówienia, Zamawiający żąda udzielenia wyjaśnień oraz udowodnienia przesłanek przewidzianych w art. 110 ust. 2 pkt 1-3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Jednocześnie wątpliwości Zamawiającego budzi fakt, że w załączonych do oferty JEDNOLITYCH EUROPEJSKICH DOKUMENTACH ZAMÓWIENIA [JEDZ] złożonych do pakietów o nr 1-8 w punkcie C. na pytanie o treść cyt.: „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?” Wykonawca udzielił odpowiedzi przeczącej, co stoi w sprzeczności w świetle przedstawionych wyżej faktów.”

Pismem z dnia 24 stycznia 2022 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia o następującej treści: „1. W związku z udziałem w Postępowaniu firmy G. J. Zakład Usług Leśnych (dalej: „Wykonawca”), składa wyjaśnienia dot. oświadczenia w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia (dalej: „JEDZ”), w zakresie dotyczącym potwierdzenia braku podstaw wykluczenia w oparciu o przesłankę, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity z 2021 roku Dz.U. z 2021r. Poz. 1129 z p.zm., dalej: „ustawa Pzp”), Część III Podstawy wykluczenia, C: Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi. W pierwszej kolejności Wykonawca wskazuje, iż odpowiedź „TAK” na pytanie zawarte w Części III (lit. C) JEDZ tj. „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?” została udzielona w zgodzie z najlepszą wiedzą Wykonawcy i jego przekonaniem co do tego, że wskazane i omówione poniżej zamówienie, w toku którego wystąpiły problemy realizacyjne, jednocześnie nie stanowią o rażącym naruszeniu obowiązków zawodowych, czy też o niewykonaniu zamówienia publicznego przez ZUL G. J. Zaistniała sytuacja nie jest skutkiem jakiegokolwiek zawinienia Wykonawcy (w szczególności działań które można by zakwalifikować jako działania z przyczyn leżących po stronie

Wykonawcy). 2. Wykonawca wskazuje, że w trakcie realizacji usług w zakresie umowy pn. „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Spychowo w latach 2021-22” doszło do odstąpienia od umowy. Umowa realizowana była przez Konsorcjum SOSNA w składzie którego również występowała firma G. J. Zakład Usług Leśnych. 3. W pierwszej kolejności należy podkreślić, iż wykonywane przez Konsorcjum SOSNA świadczenie umowne realizowane było z należytą starannością. Wykonawca zgodnie z wymogami par. 5 umowy zobowiązał się do wykonania usługi z najwyższą starannością i zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie wymaganiami i zasadami wynikającymi z obowiązujących przepisów i unormowań oraz postanowień Umowy, w tym zawartych w SIWZ. Istotnym jest w szczególności fakt, iż na dzień 31 października 2021 roku wszystkie zlecenia były wykonane (choć ze względu na niezawinione po stronie wykonawcy okoliczności z opóźnieniem terminu). Konsorcjum SOSNA poprzez upoważnionego do kontaktu z Nadleśnictwem p. G. J. (koordynatora prac) wielokrotnie informowało, o zdarzeniach losowych które wpływały na opóźnienia. 4. Konsorcjum wskazywało na awarię sprzętowe (Harvester JOHN DEERE 1270, przyczepa samozaładowcza BMS8 rok prod. 2021, 2 maszyny Palms 10 (chwytnak pętkła rama). Koordynator prac p. Jarząbek informował również, iż konsorcjum stara się z jednej strony o jak najszybsze naprawy sprzętu, z drugiej strony analizowano jak możliwym byłoby zapewnienie maszyn zastępczych. Istotnym jest przede wszystkim powszechnie znany fakt na rynku polskim – olbrzymie problemy zarówno z produkcją nowych maszyn, jak i naprawami maszyn będących już w posiadaniu firm, bowiem ze względu na sytuację będącą następstwem okoliczności siły wyższej powodowanej epidemią choroby koronawirusa (SARS-CoV-2) – serwisy znacząco wydłużyły czas naprawy ze względu na brak na rynku europejskim części. Informacje o problemach technicznych przekazywane były – zgodnie z przyjętą praktyką w formie telefonicznej oraz osobistych rozmów p. Nadleśniczemu K. K., Zastępcy Nadleśniczego p. M. L., inżynierowi nadzoru K. B., leśniczemu leśnictw Faryny p. M. K., podleśniczym p. W. D. Konsorcjum przekazywało owe informacje do Nadleśnictwa przez kierowników W. M. i A. K. Dodatkowym problemem z jakim zmierzyło się Konsorcjum SOSNA była spora liczba pracowników którzy zachorowali na Covid-19 oraz pracownicy którzy zgodnie z obowiązującymi przepisami zostali skierowani na kwarantannę, bądź izolację domową w związku z bezpośrednim kontaktem z osobami zarażonymi koronawirusem. Powyższa sytuacja, w szczególności powodowana sytuacją pandemiczną wywołaną Covid-19 bezspornie miała znaczący wpływ na terminowość wykonywania zleceń. Całkowicie pomijana jest również podstawa zaistniałej sytuacji która jest z jednej strony skutkiem awarii maszyn oraz zachorowaniem pracowników (siła wyższa) - zdarzeniami niewątpliwie o charakterze losowym, z drugiej zaś sytuacja w której

dotychczasowy okres realizacji umowy cechowały bardzo nie równomierne, nawet drastyczne różnice w wielkości zleceń. 5. Wykonawca zwraca również uwagę, iż Nadleśnictwo zleciło do wykonania również zakres prac dodatkowych - ponad 7000 metrów drewna pokłeskowego (wywroty, złamy). Również ten zakres zlecenia został należycie wykonany przez Konsorcjum. Podkreślić należy, iż Wykonawca ponosić może odpowiedzialność kontraktową jedynie w sytuacji działania zawinionego, za które nie sposób uznać sytuację w której Wykonawca zgodnie z postanowieniami umowy informuje Zamawiającego o wszelkich znanych mu okolicznościach uniemożliwiających lub utrudniających wykonanie zlecenia, w szczególności w przypadku zaistnienia niesprzyjających warunków atmosferycznych. Jednocześnie umowa stanowczo zabrania Wykonawcy realizowania świadczenia umownego z udziałem osób innych niż zgłoszone Zamawiającemu, określając procedurę zmiany personelu oraz bezwzględną odpowiedzialność Wykonawcy w przypadku dopuszczenia do realizacji usługi osób innych niż wcześniej zgłoszone. Zakres rzeczowy prac, wielkość zlecanego do wykonania asortymentu, znaczna ilość przekazanych zleceń w jednym czasie w tym krótkie terminy na ich realizację częstokroć przekraczające normy czasu pracy przewidywane harmonogramem pracy dla wymaganej liczby pracowników w terminach oznaczonych przez Nadleśnictwo. Niestety Nadleśnictwo, które po 10 miesiącach rzetelnej pracy, mimo faktu utrudnionego wykonywania prac powodowanych przez sytuację epidemiczną na terenie kraju, poinformowało Konsorcjum SOSNA w połowie miesiąca o fakcie odstąpienia od umowy (nie wyznaczając czasu który umożliwiłby wykonanie bieżących zleceń z miesiąca listopada) nie analizując podstaw które doprowadziły do opóźnień – co istotne nie zawinionych przez wszystkich konsorcjantów. Istotnym jest również fakt, iż prace mojej firmy zostały ocenione jako należyte, na co wskazuje jednoznacznie pismo przywołane w treści wezwania Zamawiającego. 6. W zakresie prac realizowanych na rzecz Nadleśnictwa Wipsowo, Wykonawca wskazuje, że w czasie realizacji umowy z zakresu gospodarki leśnej której doszło do sytuacji zwłoki w jej wykonaniu, skutkującej zleceniem wykonania zastępczego i tym samym naliczenia kar umownych jest umowy. W trakcie realizacji usługi wskutek niesprzyjającej sytuacji atmosferycznej doszło do opóźnienia w realizacji usługi pn. „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Wipsowo w roku 2021”. Istotnym jest, iż wszelkie utrudnienia związane z realizacją usługi były skutkiem wysoce niesprzyjających warunków sytuacji pogodowej. Prace zostały wstrzymane wskutek bardzo złych warunków atmosferycznych panujących w trakcie wykonywanych prac. W trakcie realizowanych usług wystąpiły bardzo obfite opady śniegu (pokrywa śnieżna sięgała nawet 0,5 metra), zawiewający śnieg tworzył zasypy na pniach drzew i utrudniał rozpoznanie

granic. W trakcie realizacji usługi wielokrotnie informowałem, zarówno ustnie, jak i pisemnie (informacje pisemne z dnia 4 lutego, 11 lutego, 19 lutego) Nadleśnictwo o sytuacji i niemożności realizacji usługi w tak trudnych warunkach (stałe opady śniegu, ziemia bardzo nasączona wodą), zwracałem się z prośbą o przesunięcie terminu, bądź też wskazanie powierzchni zastępczej. Wszelkie próby realizacji usługi – zarówno metodyką wskazaną w umowie, jak i maszyno nie przynosiły skutku. Wprowadzone na powierzchnię maszyny zapadały się w wodzie, błocie powodując sytuację w której praca nie tylko była niemożliwa, ale wręcz powodowałyby zagrożenie dla wykonujących ją pracowników. Mimo faktu, iż wskazywano na ochronę pracowników (wynikających z rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 26 września 1997 r. w sprawie ogólnych przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy (tekst jedn.: Dz. U. z 2003 r. Nr 169, poz. 1650 z późn. zm.) oraz „Instrukcją bezpieczeństwa i higieny pracy przy wykonywaniu podstawowych prac z zakresu gospodarki leśnej” – wprowadzoną zarządzeniem Nr 36 Dyrektora Generalnego Lasów Państwowych z dnia 20 kwietnia 2012 r.) Nadleśnictwo nie wzięło tego pod uwagę. Niestety nadleśnictwo podjęło decyzję o zleceniu wykonania zastępczego i pismem z 16 marca 2021r. poinformowało o zleceniu zastępczym. 7. Wykonawca wskazuje, iż odpowiedź „NIE” na pytanie zawarte w Części III (lit. C) JEDZ (poz. Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?) została udzielona przez Wykonawcę z uwagi na literalne brzmienie pytania zawartego w JEDZ, które wskazuje na szerszy krąg sytuacji niż te, które stanowiłyby przesłankę wykluczenia w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp. Pytanie zawarte w JEDZ dotyczy bowiem wszelkich umów, nie tylko o zamówienie publiczne zawartych z podmiotami, które posiadają status zamawiającego, które zostały rozwiązane przed czasem lub w ramach których nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową, abstrahując od podstawy prawnej i przyczyn rozwiązania umowy oraz przesłanek, które muszą zostać spełnione aby można było uznać, że wykonawca podlega wykluczeniu. Wykonawca w chwili obecnej przygotowuje pozew w zakresie skuteczności odstąpienia od umowy. Tym samym uznano, iż do momentu zakończenia postępowania sprawa nie została jeszcze jednoznacznie rozstrzygnięta. Podkreślenia wymaga, że to niezawisły Sąd, a nie zaś zainteresowana strona zdecyduje, czy odstąpienie było skuteczne. Należy pamiętać, że przepisy sankcyjne, w tym wypadku wręcz eliminujące wykonawcę (jakiegokolwiek wykonawcę) zarówno z Postępowania jak i z całego rynku zamówień publicznych w Polsce i w Unii Europejskiej,

należy interpretować ostrożnościowo i zawężająco. Zatem, przy zastosowaniu takich przepisów nie może pozostawać żadna wątpliwość co do prawidłowości ich stosowania. Nie każde naruszenie realizowanej umowy skutkuje wykluczeniem z postępowania, vide motyw 101 dyrektywy klasycznej: Stosując fakultatywne podstawy wykluczenia, instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności. 8. Jak należy rozumieć pojęcie rażącego niedbalstwa? W odpowiedzi na to pytanie może pomóc wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wskazujący, że pojęcie "poważnego wykroczenia" należy rozumieć w ten sposób, że odnosi się ono zwykle do zachowania danego wykonawcy wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony. Tym samym jakiegokolwiek nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części może ewentualnie wykazać niższe kompetencje zawodowe danego wykonawcy, lecz nie jest automatycznie równoważne z poważnym wykroczeniem (wyrok TSUE z 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 Forposta i ABC Direct Contact). Trybunał akcentuje skalę wymaganego wykroczenia, wskazując, że musi być ono na tyle poważne, aby przekraczało zwykle nieprawidłowości. W podobnym tonie wypowiada się również Sąd Najwyższy, wskazując, że Rażące niedbalstwo odnoszone jest do naruszenia elementarnych reguł prawidłowego zachowania się w danej sytuacji lub nieprzestrzegania podstawowych zasad ostrożności. Ma to być szczególnie negatywna, naganna ocena postępowania dłużnika; stopień naganności postępowania, które drastycznie odbiega od modelu właściwego w danych warunkach (wyrok SN z 22 kwietnia 2004 r., II CK 142/03). 9. Istotnym jest również fakt, iż wykluczenie może nastąpić wyłącznie wskutek sytuacji, które leżą po stronie wykonawcy. Istnieją okoliczności utrudniające albo wręcz uniemożliwiające prawidłową realizację umowy, które pozostają całkowicie poza sferą wpływu wykonawcy, bez względu na to, jakim poziomem profesjonalizmu, umiejętności przewidywania i przygotowań się wykazał. 10. W celu zachowania pełnej przejrzystości, Wykonawca wyjaśnia, iż znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia została rozwiązana oraz zostało nałożone odszkodowanie w postaci kar umownych. Niemniej jednak, w ocenie Wykonawcy, sytuacja ta nie może stanowić podstawy wykluczenia Wykonawcy z Postępowaniu w oparciu o 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp, z uwagi na brak wypełnienia wszystkich przesłanek wskazanych w przywołanym przepisie, jak również ze względu na fakt wdrożenia procedur samooczyszczenia Wykonawcy. 11. Należy podkreślić, że badanie istnienia fakultatywnych podstaw wykluczenia, takich jak przesłanki zawarte w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp (w zakresie tzw. „negatywnego doświadczenia”) również podlegają zasadom określonym w art. 16 ustawy Pzp, przede wszystkim zaś podlegają zasadzie proporcjonalności. Na taką powinność wskazał m.in. w swojej opinii z dnia 30

czerwca 2016 r. Rzecznik Generalny M. C. S.-B. w sprawie C-171/15 Connexion Taxi Services By. Rzecznik Generalny stwierdził, że „fakultatywne podstawy wykluczenia nie funkcjonują w próżni, lecz w z góry, określonych ramach prawnych, których muszą się trzymać (...) Jedną z nich jest, aby zachowania były oceniane z perspektywy proporcjonalności, gdy chodzi o wykroczenia popełniane przez oferentów” (pkt 47). Prawdą jest, że Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej uznał, że pojęcie „wykroczenia zawodowego” obejmuje każde zawinione zachowanie, które ma wpływ na wiarygodność zawodową danego podmiotu. Jednakże Trybunał nie twierdzi, że każde zawinione zachowanie, które ma wpływ na wiarygodność zawodową danego podmiotu ma charakter poważnego wykroczenia zawodowego — Trybunał nie dokonuje takiej oceny, ograniczając się jedynie do ustalenia zakresu definicyjnego, a nie zindywidualizowanej analizy konkretnych zawinień danego konkretnego wykonawcy. Wynika to wprost z przytoczonego przez Odwołującego wyroku Trybunału z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 Forposta, gdzie Trybunał wskazuje, że co prawda niewykonanie zobowiązań umownych przez wykonawcę można co do zasady uznać za wykroczenie zawodowe, lecz jakiegokolwiek nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części może ewentualnie wskazać niższe kompetencje zawodowe danego wykonawcy, lecz nie jest automatycznie równoważne z poważnym wykroczeniem zawodowym (pkt 29-30). W konsekwencji oczywiście istnieje uprawnienie Zamawiającego do oceny podstaw odstąpienia od umowy, czy też wysokości kar nakładanych na Wykonawcę, w celu oceny zaistnienia przesłanek uregulowanych w art. 109 ust. 1 pkt. 5 lub 7 ustawy Pzp. Jednakże bezsprzecznie nie możliwym jest zakwalifikowanie opisywanej sytuacji jako podstawy do wykluczenia. 12. Podsumowując, celem przepisów art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jest umożliwienie instytucjom zamawiającym eliminacji z rynku zamówień publicznych wykonawców, którzy - mówiąc wprost - nie są uczciwi. Nie oznacza to jednak, że każde odstąpienie od umowy, czy naliczenie kar umownych przez zamawiającego stanowi automatycznie przesłankę do wykluczenia danego wykonawcy przez innego zamawiającego w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Bowiem, jak słusznie zauważa Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie C-376/08 Serrantoni zgodnie z zasadą proporcjonalności środki podejmowane przez państwo, nie mogą wykraczać poza to, co jest niezbędne do osiągnięcia celu (w przedmiotowej sprawie - celu przepisu art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp). Trybunał wskazał, że wykluczanie wykonawców z postępowania nie może polegać na automatyzmie - a więc każdą sytuację należy oceniać indywidualnie, bez jakiegokolwiek dyskryminacji Wykonawcy. 13. W tym miejscu podkreślić należy, że trudności, z którymi Wykonawca zetknął się w toku

wykonywania omówionych zamówień miały, jak zostało wykazane charakterem *ekstraordynaryjny i niezawiniony przez Wykonawcę i jako takie nie mogą być wyznacznikiem uczciwości Wykonawcy oraz jego zdolności do podołania innym zamówieniom publicznym. Wykonawca wskazuje, że w toku realizacji omawianych zamówień postępował w sposób odpowiadający wzorcowi należytej staranności, a jego działania nakierowane były konsekwentnie na zapobiegnięcie zaistniałym problemom oraz zminimalizowanie ich skutków. Tym samym wyciąganie w stosunku do Wykonawcy negatywnych konsekwencji z uwagi na niezawinione i nieleżące po jego stronie okoliczności (a takie stały za trudnościami w realizacji omawianych zamówień) jest całkowicie nieuzasadnione. Wykonawca w toku swojej biznesowej działalności, realizując liczne usługi z zakresu tożsamego z przedmiotem Postępowania, kieruje się wysokimi standardami popartymi wiedzą, doświadczeniem oraz szerokim wachlarzem możliwości technicznoorganizacyjnych. Przekłada się to na sukcesy w postaci realizacji tychże usług w sposób satysfakcjonujący obie strony umowy.*

14. Istotnym jest również fakt, iż podjął i w dalszym ciągu podejmuje działania zwiększające jego rzetelność (procedura samooczyszczenia, wskazana w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp) jako przyszłego wykonawcę w ramach zamówień publicznych.

DOWODY NA PODJĘCIE DZIAŁAŃ MAJĄCYCH NA CELU ZWIĘKSZENIE RZETELNOŚCI WYKONAWCY (SAMOOCZYSZCZENIE)

1. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że podjęcie działań, które mają na celu wykazanie rzetelności wykonawcy winien mieć charakter naprawczy. Art. 110 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp wymaga od Wykonawcy naprawienia szkody lub zobowiązania się do naprawienia szkody, jednakże dyspozycja art. 110 ust. 2 ustawy Pzp dotyczy przypadków, w których Wykonawca faktycznie podlega wykluczeniu, zaś wykazywany dokument stanowi raport z samooczyszczenia. Wykonawca traktuje katalog obowiązkowych działań, zawartych w tym przepisie jako wytyczne, które w sposób skuteczny umożliwią Wykonawcy przeprowadzenie reorganizacji, niezbędnej z punktu widzenia zakładanego celu – zwiększenie efektywności działań Wykonawcy, w szczególności w zakresie komunikacji z zamawiającym (zlecaniodawcą). W pierwszej kolejności należy podkreślić, iż Wykonawca wszelkie kary które zostały nałożone przez Zamawiającego zapłacił, jak również doprowadził do naprawienia szkody poprzez należyte wykonanie prac.

2. Działania, które podejmuje Wykonawca w celu wykazania swojej rzetelności mogą zatem wynikać z podwyższania standardów lub doskonalenia procedur funkcjonującej w organizacji, nie tylko w celu uniknięcia w przyszłości wystąpienia przypadków naruszenia prawa lub zobowiązań kontraktowych, ale również uniknięcia przypadków, które mogą nosić znamiona takich naruszeń lub mogą chociażby rzucać na wykonawcę cień podejrzeń, że takie naruszenia mogły wystąpić. Takie środki wykonawca może podejmować dla dobra

interesu publicznego, jak również w celu dochowania należytej staranności i uniknięcia podobnych sytuacji spornych w przyszłości, a w takim przypadku nie jest tu kluczowe ustalenie tego, czy i do jakiego stopnia wykonawca uznaje zasadność decyzji i czynności podejmowanych przez zamawiającego, który odstąpił od umowy, gdyż właśnie wykazaniem rzetelności wykonawcy jest podjęcie wszelkich możliwych działań, aby takie sytuacje konfliktowe rozwiązać i unikać ich w przyszłości. Przegląd realizacji umowy, który doprowadził do określenia prac czynników na które należy zwrócić w trakcie realizacji umowy uwagę oraz ustalenia harmonogramu realizowanych usług z zakresu gospodarki. 3. Wykonawca dokonał dokładnej analizy (audytu) sytuacji związanych z realizacją Umowy oraz podejmuje działania mające na celu stałe podwyższenie standardów obowiązujących w firmie Wykonawcy, tak aby wykluczyć lub co najmniej zminimalizować ryzyko wystąpienia w przyszłości sytuacji, które mogłyby negatywnie rzutować na przebieg realizacji kontraktów, zarówno tych publicznych jak i prywatnych, relacje z klientami, ale również na renomę i dobre imię Wykonawcy. 4. Wykonawca podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności zreorganizowali personel. W szczególności wyznaczono pracownika odpowiedzialnego za przygotowanie oraz terminową wysyłkę wszelkich informacji, pism do Nadleśnictw z odpowiednim, jak również przekazywanie informacji dotyczących sposobu realizacji świadczenia w postaci pisemnej. Wszystkie powyżej wskazane działania przyczyniły się do zdecydowanego podniesienia jakości świadczonych usług. Dokonane zmiany organizacyjne w realizacji usługi pozwoliły na wprowadzenie stałego audytu w ramach realizowanych umów i nadzoru nad prawidłowością ich realizacji, terminowością, po wprowadzeniu procedur naprawczych są już realizowane zgodnie z ich postanowieniami. 5. Wykonawca dokonał przeglądu wewnętrznych regulacji dotyczących odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie postanowień umów, przepisów prawa oraz wewnętrznych standardów dotyczących jakości wykonywanych usług, jak również zorganizowano wewnętrzne szkolenie dla wszystkich pracowników, w trakcie którego zostały przedstawione standardy wykonywanych usług. 6. W ramach prowadzonych działań audytu wewnętrznego oraz monitorowania przestrzegania przepisów uwzględniono konieczność realizacji usług z zakresu gospodarki leśnej zgodnie z obowiązującymi standardami odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia, które zostały określone w Decyzji nr 19 Dyrektora Generalnego Lasów Państwowych z dnia 17 marca 2021 r. w sprawie wprowadzenia do stosowania „Opisu standardu technologii wykonawstwa prac leśnych” w jednostkach organizacyjnych Lasów Państwowych oraz decyzjach poszczególnych Dyrektorów Regionalnych Dyrekcji Lasów Państwowych w prawie

wprowadzenia Regionalnego Opisu Standardu Technologii Wykonawstwa Prac Leśnych. 7. Bezwzględnie ZUL G. J. podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu poprzez określenie zasad weryfikacji firm leśnych z którymi nawiązywana będzie w przyszłości współpraca, w szczególności poprzez weryfikację doświadczenia firm (analiza referencji, rozpoznanie rynku usług, weryfikacja posiadanych zasobów technicznych i zawodowych). Wykonawcy wprowadzili w swoich firmach procedury obejmujące wiele powiązanych procesów i działań, powodujących zmianę sposobu działania firmy, organizacji wewnętrznej i systemu zarządzania. W ramach szeroko zakrojonych procedur naprawczych w pierwszej kolejności wprowadzono procedury szczegółowej kontroli firm w którymi nawiązywana jest współpraca. W chwili obecnej realizacja usług opiera się tylko na rzetelnych współkonsorcjantach. W ramach zawieranych umów, konsorcjantów zobowiązano do realizacji usług zgodnie ze standardami oraz wprowadzono nowy system kontroli jakości. Zmiany organizacji wewnętrznej powodują zdecydowanie wydajniejszy sposób działania firmy. Procedury naprawcze dotyczyły również wprowadzenia przez Wykonawcę konkretnych środków technicznych, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości. Modernizacja posiadanego parku maszynowego, w tym harwestera czy też sprawdzenie elementów pomiarowych, przeprowadzono kalibrację ustawień maszyn, zdecydowanie pozwoli firmie na pełną dyspozycyjność i osiągnięcie większej wydajności w wykonywaniu usług. 8. Zostały również wdrożone systemy kontroli, oraz utworzone struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów. Stałym nadzorem nad realizowanymi usługami zajmuje się właściciel – G. J. Nadzór obejmuje stałe kontrolę realizowanych usług, stały kontakt z Zamawiającym w efekcie którego realizacja usługi, zarówno w zakresie bieżących zleceń. W szczególności nadzór ten obejmuje harmonogram działań. Wykonawcy wprowadzili wewnętrzne zarządzenia zakazujące określonego rodzaju zachowania, w każdej firm wyznaczono osobę odpowiedzialną za nadzorowanie zgodności z prawem działań podejmowanych przez zakład (właściciel). 9. Wykonawca podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu poprzez określenie zasad weryfikacji pracowników z którymi nawiązywana będzie w przyszłości współpraca, w szczególności poprzez weryfikację doświadczenia zawodowego (analiza świadectw pracy, posiadanych listów polecających, referencji, weryfikacja posiadanych kwalifikacji zawodowych). Wprowadzone procedury obejmujące wiele powiązanych procesów i działań, powodują zmianę sposobu działania firmy, organizacji wewnętrznej i systemu zarządzania. Koordynatorzy prac każdorazowo zostali zobowiązani do sprawdzenia adresów leśnych, w

szczegółności w sytuacji niesprzyjających warunków atmosferycznych co przyczyniło się nienagannej jakości wykonywanych prac. W ramach szeroko zakrojonych procedur naprawczych w pierwszej kolejności wprowadzono procedury szczegółowej kontroli wykonywanych usług. Zmiany organizacji wewnętrznej powodują zdecydowanie wydajniejszy sposób działania firmy. Procedury naprawcze dotyczyły również wprowadzenia przez Wykonawcę konkretnych środków technicznych, które mają zapobiec zawinonemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości. Modernizacja posiadanego parku maszynowego, w tym harwestera czy też sprawdzenie elementów pomiarowych, przeprowadzono kalibrację ustawień maszyn, zdecydowanie pozwoli firmie na pełną dyspozycyjność i osiągnięcie większej wydajności w wykonywaniu usług. 10. Zostały również wdrożone systemy kontroli, oraz utworzone struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów. Stałym nadzorem nad realizowanymi usługami zajmuje się odpowiednio właściciel oraz wyznaczony pracownik ds. kontroli. Nadzór obejmuje stałą kontrolę realizowanych usług, stały kontakt z Zamawiającym w efekcie którego realizacja usługi jest należyta. Wprowadzono również wewnętrzne zarządzenia zakazujące określonego rodzaju zachowania, wyznaczono osobę odpowiedzialną za nadzorowanie zgodności z prawem działań podejmowanych przez zakład (właściciele). 11. Wykonawca podkreśla, iż mając na uwadze powyższe wyjaśnienia, uznać należy, że oświadczenia zawarte w JEDZ polegają na prawdzie i potwierdzają, że Zamawiający nie jest uprawniony do wykluczania Wykonawcy z Postępowania, gdyż Wykonawca daje wymaganą przepisami ustawy Pzp rękojmię należytego wykonania zamówienia.”

Izba ustaliła, że w dniu 7 lutego 2022 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty w pakiecie 1, 3, 5 i 7 oraz unieważnieniu postępowania w pakiecie 2, 4, 6 i 8. Ponadto, Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego we wszystkich pakietach na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a ustawy pzp wskazując w uzasadnieniu faktycznym i prawnym: „Podstawa prawna odrzucenia oferty: art. 226 ust. 1 pkt 2a ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp”. Podstawa prawna wykluczenia Wykonawcy: art. 109 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 110 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp”, Uzasadnienie faktyczne i prawne: Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji,

co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. W toku badania oferty złożonej dla pakietów nr 1,2,3,4,5,6,7,8 przez Wykonawcę G. J. Zakład Usług Leśnych, 13-100 Nidzica ul. 1 Maja 17A/4 ww. postępowaniu, Zamawiający ustalił na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego, w tym informacji uzyskanych z innych jednostek Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe, na rzecz których w/w Wykonawca realizowało usługi podobne do objętych przedmiotem zamówienia, iż doszło do niewykonania i nienależytego wykonania istotnych zobowiązań wynikających z wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do, wykonania zastępczego, jak również odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. W związku z otrzymanymi przez Zamawiającego pismami: 1. z Nadleśnictwa Spychowo zn. spr.: Z.271.3.2021 z dnia 13.01.2022 r. 2. z Nadleśnictwa Wipsowo zn. spr.: ZG.OI 72.3.2022 z dnia 20.01.2022 r., z których treści wynika, że Nadleśnictwo Spychowo jako Zamawiający odstąpiło w dniu 18.11.2021 r. od umowy na wykonanie usług leśnych na terenie obrębu Chochołów zawartej na lata 2021-2022. Wykonawcą tejże umowy był G. J., Zakład Usług Leśnych, 13-100 Nidzica ul. 1 Maja 17A/4 jako członek konsorcjum Sosna łącznie z 6 podmiotami gospodarczymi. Jednocześnie Nadleśnictwo Spychowo poinformowało, że zlecało wykonanie zastępcze z związku z realizacją powyższej umowy. Nadleśnictwo Wipsowo poinformowało również o dwukrotnym wykonaniu zastępczym usług leśnych w związku z niewykonaniem zleceń w ramach umowy realizowanej przez Wykonawcę G. J. Zakład Usług Leśnych, 13-100 Nidzica ul. 1 Maja 17A/4 w okresie od 11.01.2021 r. do 31.12.2021 r. Wykonawca nie wskazał w treści złożonego dokumentu JEDZ informacji o w/w zdarzeniach, jak również nie złożył w treści JEDZ oświadczenia o wdrożeniu procedur samooczyszczenia, a dokonał tego dopiero po wezwaniu skierowanym przez Zamawiającego, skierowanym po powzięciu informacji o możliwym wypełnieniu dokumentu JEDZ niezgodnie ze stanem faktycznym. W ocenie Zamawiającego złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia nie pozwalają na dokonanie oceny, że Wykonawca podjął wystarczające czynności, o których mowa w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, w celu realizacji procedury samooczyszczenia przewidzianej w tym przepisie. Wykonawca nie przedłożył żadnych dowodów wskazujących na to, że podjął takie działania, celem umożliwienia dokonania przez Zamawiającego oceny pozwalającej na wykazanie rzetelności Wykonawcy, uwzględniając wagę i okoliczności czynu wykonawcy przy okazji realizacji w/w zamówień na rzecz innych jednostek organizacyjnych PGL LP. Zamawiający ma przy tym na uwadze to, że przedmiot postępowań, których dotyczyły zaniedbania Wykonawcy pokrywa się z przedmiotem postępowania prowadzonego przez Zamawiającego.”

Dowody Odwołujący:

- zlecenie nr 116/2021 z dnia 1 grudnia 2021 r., z którego wynika, że Nadleśnictwo Spychowo zleciło do wykonania Odwołującemu wykonanie zrywki pozyskanego surowca w użytkach przygodnych i na pozycjach planowych na kwotę 17 202,24 zł.

- z protokołów odbioru prac zleconych przez Nadleśnictwo Kokoszka, Kopytko, Faryny, Klon w okresie od dnia 1 grudnia 2021 r. do dnia 31 grudnia 2021 r. wynika należyta realizacja usługi przez Odwołującego.

Artykuł 16 pkt 1 – 3 ustawy pzp stanowi: *„Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.”*

W myśl art. 109 ust. 7 ustawy pzp: *„Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: (...) 7) który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.”*

Artykuł 110 ustawy pzp stanowi: *„1. Wykonawca może zostać wykluczony przez zamawiającego na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia. 2. Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2.5 i 7.10, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie następujące przesłanki: 1) naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne; 2) wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym; 3) podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności: a)*

zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy, b) zreorganizował personel, c) wdrożył system sprawozdawczości i kontroli, d) utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów, e) wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów. 3. Zamawiający ocenia, czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. Jeżeli podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zamawiający wyklucza wykonawcę.”

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy pzp: „1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 2) została złożona przez wykonawcę: a) podlegającego wykluczeniu z postępowania.”

W myśl art. 239 ust. 1 ustawy pzp: „Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.”

Przedmiot sporu w niniejszej sprawie sprowadzał się do ustalenia czy Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego, uznając iż Wykonawca podlega wykluczeniu w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp, z uwagi na nieskutecznie przeprowadzoną procedurę samooczyszczenia. W ocenie Izby, mając na względzie zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, decyzja Zamawiającego była zasadna z kilku powodów.

W pierwszej kolejności wskazania wymaga, że procedura samooczyszczenia ma na celu umożliwienie wykonawcy na udział w postępowaniu pomimo ziszczenia się wobec niego niektórych przesłanek wykluczenia. Instytucja ta znajduje swoje źródło w przepisach unijnych. Dyrektywa 2014/24/UE w motywie 102 stanowi, że: „Należy jednak uwzględnić możliwość przyjęcia przez wykonawców środków dostosowawczych mających na celu naprawę skutków wszelkich przestępstw lub naruszeń oraz skuteczne zapobieganie dalszym przypadkom niewłaściwego zachowania. Środki takie mogą w szczególności obejmować działania personalne i organizacyjne, takie jak zerwanie wszelkich powiązań z osobami lub organizacjami odpowiedzialnymi za niewłaściwe zachowania, odpowiednie środki służące reorganizacji personelu, wdrożenie systemów sprawozdawczości i kontroli, utworzenie struktury audytu wewnętrznego monitorującego przestrzeganie i przyjęcie wewnętrznych zasad odpowiedzialności i odszkodowań. W przypadku gdy działania te oferują wystarczające gwarancje, dany wykonawca nie powinien być już wykluczony jedynie ze

wspomnianych względów. Wykonawcy powinni mieć możliwość zwracania się o zbadanie środków dostosowawczych podjętych w celu ewentualnego dopuszczenia do postępowania o udzielenie zamówienia. Jednak to państwowym członkowskim należy pozostawić określenie szczegółowych warunków proceduralnych i merytorycznych mających zastosowanie w takich przypadkach. Państwa członkowskie powinny w szczególności mieć swobodę w decydowaniu, czy zezwolić poszczególnym instytucjom zamawiającym na przeprowadzanie stosownych ocen, czy też powierzyć to zadanie innym organom na szczeblu centralnym lub niższym”.

Zgodnie z art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24/UE: „Każdy wykonawca znajdujący się w jednej z sytuacji, o których mowa w ust. 1 i 4, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności pomimo istnienia odpowiedniej podstawy wykluczenia. Jeżeli takie dowody zostaną uznane za wystarczające, dany wykonawca nie zostanie wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia. W tym celu wykonawca musi udowodnić, że zrekompensował wszelkie szkody spowodowane przestępstwem lub wykroczeniem lub zobowiązał się do ich rekompensaty, wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności, aktywnie współpracując z organami śledczymi, i podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub nieprawidłowemu postępowaniu. Środki podjęte przez wykonawców są oceniane z uwzględnieniem wagi i szczególnych okoliczności przestępstwa lub wykroczenia. Jeżeli środki zostaną uznane za niewystarczające, wykonawca otrzymuje uzasadnienie takiej decyzji. (...)”

W takiej sytuacji na wykonawcy ciąży obowiązek udowodnienia, że zostały podjęte niezbędne środki do wykazania jego rzetelności, usunięcia skutków zdarzenia będącego podstawą wykluczenia oraz zapobiegające wystąpieniu takich sytuacji w przyszłości. Przepis art. 110 ust. 2 ustawy pzp wymaga od wykonawcy udowodnienia Zamawiającemu, iż spełnia łącznie następujące przesłanki: 1) naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne; 2) wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym; 3) podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w tym przede wszystkim przykładowo: zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za

nieprawidłowe postępowanie wykonawcy, zreorganizował personel, wdrożył system sprawozdawczości i kontroli, utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów, e) wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów. Istotnym jest, iż wykonawca dla skuteczności samooczyszczenia musi wykazać jednocześnie wszystkie powyższe okoliczności, a zaniechanie wykonawcy w tym zakresie niewątpliwie skutkować powinno jego wykluczeniem z postępowania. Podkreślić należy dalej, że przedstawienie przez wykonawcę dowodów na podjęcie konkretnych działań naprawczych jest warunkiem sine qua non dla uznania ich za wystarczające i stwierdzenia rzetelności wykonawcy. Instytucja samooczyszczenia jako wyjątek od reguły niewątpliwie powinna być interpretowana wąsko. Zamawiający nie będzie mógł uznać zatem za wystarczające nawet obszernych i szczegółowych wyjaśnień wykonawcy, przy braku dowodów na podjęcie opisanych działań. Jak wskazano w wyroku KIO z dnia 15 kwietnia 2021 r., sygn. akt: KIO 627/21, KIO 630/21, KIO 657/21, KIO 658/21 „Najważniejszym krokiem w procedurze samooczyszczenia jest przedstawienie dowodów, które potwierdzają podjęte przez wykonawcę działania w celu oczyszczenia się z zarzutów wykluczenia. Wykonawca, który zamierza prawidłowo przeprowadzić procedurę self-cleaning przewidzianą w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, powinien przedstawić Zamawiającemu dokładny opis podjętych środków zaradczych umożliwiających stwierdzenie, że popełniony czyn lub zaniechanie wykonawcy z dużym prawdopodobieństwem nie będzie miało miejsca w przyszłości.”, które to stanowisko pozostaje aktualne na gruncie nowej ustawy pzp. Na skutek prawidłowego samooczyszczenia Zamawiający powinien uzyskać gwarancję, że w wyniku przeprowadzonych działań naprawczych wykonawca jest w stanie należycie i solidnie wykonać zamówienie. Jak wskazano w wyroku KIO z dnia 12 listopada 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2302/20: „Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia powinien bowiem dawać gwarancję prawidłowego wykonania umowy. Wykonawcy, którzy w przeszłości nie wykazali się odpowiednią rzetelnością, mogą nie zostać dopuszczeni do udziału w postępowaniu, ponieważ ustawodawca uznał, że stanowią oni realne zagrożenia dla prawidłowości wydatkowania środków publicznych i zasadnym jest ich wykluczenie.”

Oczywiście ocena skuteczności powyższych działań należy do Zamawiającego, przy czym Zamawiający przy zachowaniu maksymalnej obiektywności, jest zobowiązany uwzględnić wagę i szczególne okoliczności zdarzenia, stanowiącego podstawę wykluczenia.

Wskazania wymaga, że wykonawca może zostać wykluczony przez zamawiającego na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Co do zasady z inicjatywą samooczyszczenia powinien wystąpić sam wykonawca, wskazując w oświadczeniu wstępnym, że znajduje się w sytuacji uzasadniającej wykluczenie. Niemniej jednak niewykluczone są sytuacje, kiedy samooczyszczenie następuje na dalszym etapie postępowania, co jest zależne i powinno być oceniane indywidualnie w kontekście zaistniałych okoliczności i konkretnych stanów faktycznych (por. wyrok KIO z dnia 28 lutego 2022 r., sygn. akt: KIO 315/22). Dotyczy to przede wszystkim sytuacji spornych i niejednoznacznych co do okoliczności powodujących wykluczenie wykonawcy. Kwestia terminu, w jakim wykonawca powinien podjąć działania naprawcze również pozostaje zależna od okoliczności faktycznych danej sprawy.

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę niniejszej sprawy wskazania wymaga, że bezspornym było, iż Odwołujący w dokumencie JEDZ nie podał, iż pozostaje w sytuacji uzasadniającej jego wykluczenie, a Zamawiający wiedzę o nieprawidłowościach w wykonaniu poprzednich umów uzyskał samodzielnie. Podkreślić jednak należy, że przedmiotem rozpoznania przed Izłą była czynność Zamawiającego wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp, z uwagi na uznanie za nieskuteczne dokonanego samooczyszczenia, a nie przesłanka wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Kwestionowana czynność Zamawiającego wraz z treścią złożonego odwołania zakreślają granice podlegające rozpoznaniu przed Izłą.

Niewątpliwie Zamawiający podjął wątpliwości co do rzetelności Odwołującego na skutek wniosku Przystępującego, jak również uzyskanych w odpowiedzi na wniosek Zamawiającego informacji od Nadleśnictw, dla których Odwołujący realizował umowy na usługi leśne. Zamawiający umożliwił Wykonawcy wyjaśnienie i odniesienie się do wskazywanych przez poprzednich zamawiających nieprawidłowości w wykonaniu zamówień, co należy oceniać pozytywnie, mając na względzie, iż Zamawiający powinien mieć pewność co do wystąpienia okoliczności powodujących wykluczenie wykonawcy. Nie można tracić z oczu, że w przypadku wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp stanowiącego o niewykonaniu poprzednich istotnych zobowiązań umownych niejednokrotnie dochodzi do sytuacji spornych i niejednoznacznych, co do okoliczności wskazujących na wypełnienie przesłanek wykluczenia. Zamawiający wezwał również Odwołującego do samooczyszczenia, które jednak nie mogło zostać uznane za dające pewność Zamawiającemu, iż Odwołujący stał się Wykonawcą rzetelnym.

Izba zauważa, że z pewnością wyjaśnienia złożone przez Odwołującego są obszerne co do okoliczności opisujących przebieg realizacji poprzednich umów i szczegółowo wskazują na przyczyny działania Wykonawcy w zakresie wypełnienia dokumentu JEDZ i składanych oświadczeń. Niemniej jednak z treści wyjaśnień wynika, iż Wykonawca z jednej strony podważa w ogóle wystąpienie wobec niego przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp, czemu została poświęcona większa część wyjaśnień oraz wskazuje na ewentualne wystąpienie na drogę sądową uznając okoliczności odstąpienia od umowy przez Nadleśnictwo Spychowo za sporne, z drugiej zaś strony uiszcza część nałożonych przez Nadleśnictwo kar umownych i dokonuje samooczyszczenia. Takie niekonsekwentne działanie Wykonawcy podważa wiarygodność podjętych przez Wykonawcę działań naprawczych i nie może zostać ocenione pozytywnie. Dopiero w postępowaniu odwoławczym Odwołujący przyznał wypełnienie się przesłanki wykluczenia i konieczności dokonania samooczyszczenia, podejmując próbę wykazania jego skuteczności.

Dalej podkreślić należy, iż Izba zgadza się z Odwołującym, że samooczyszczenie powinno być oceniane przez Zamawiającego w odniesieniu do wagi stwierdzonych nieprawidłowości. Izba zauważa jednak, że okoliczność iż Odwołujący realizował wcześniejsze zamówienie dla Nadleśnictwa Spychowo w Konsorcjum kilku wykonawców, a jego praca została oceniona przez Nadleśnictwo względnie pozytywnie, nie zwalnia Odwołującego z solidarnej odpowiedzialności jako jednego z członków konsorcjum i podjęcia konkretnych działań naprawczych dla wykazania rzetelności, co w zasadzie przyznał sam Odwołujący na rozprawie. Nie zmienia tej oceny należyte wykonanie przez Odwołującego odrębnego zlecenia na rzecz Nadleśnictwa Spychowo po odstąpieniu od umowy, gdyż Izbie nieznane są okoliczności jego udzielenia. Nie ulega wątpliwości, że Nadleśnictwo Spychowo odstąpiło od umowy przed końcem roku 2021 r. zawartej na lata 2021 – 2022, a w trakcie jej wykonywania stwierdzono szereg nieprawidłowości. W przypadku natomiast Nadleśnictwa Wpisowo zostało dwukrotnie zlecone wykonanie zastępcze.

W tych okolicznościach Odwołujący dla pozytywnej oceny dokonanego samooczyszczenia winien na etapie postępowania o udzielenie o zamówienia publicznego, a nie dopiero w postępowaniu odwoławczym jednoznacznie przyznać wystąpienie przesłanki wykluczenia. Wykonawca powinien zidentyfikować przyczyny nienależytego wykonania umów i podjąć konkretne środki naprawcze adekwatne do przyczyn wystąpienia wcześniejszych nieprawidłowości i stopnia tych naruszeń. Co najistotniejsze, Odwołujący winien łącznie wykazać przesłanki z art. 110 ust. 2 ustawy pzp, czemu w ocenie Izby nie podołał.

W złożonych wyjaśnieniach Odwołujący wskazał, że podjął środki naprawcze. Działania Wykonawcy zostały jednak opisane w sposób chaotyczny, który trudno odnieść do konkretnych nieprawidłowości. Wyjaśnienia w większości powielają treści ustawowe, jak informacje o wprowadzeniu standardów, przeprowadzeniu audytu czy szkoleń. Co jednak kluczowe Wykonawca nie przedłożył Zamawiającemu żadnych dowodów, które pozwoliłyby Zamawiającemu na dokonanie oceny czy środki podjęte przez Wykonawcę są wystarczające i adekwatne do stwierdzonych naruszeń, a w konsekwencji uznanie, że wcześniejsze błędy zostały skorygowane, dając gwarancję Zamawiającemu, iż nie wystąpią w przyszłości. Odnosząc się do opisanych przez Wykonawcę działań wskazać należy, że w zakresie wyznaczenia pracownika do kontaktu z Nadleśnictwami i prowadzenia korespondencji pisemnej odnośnie realizacji umów, Wykonawca mógł przedstawić w tym zakresie przykładowo zmieniony zakres obowiązków tego pracownika. Co do okoliczności przeglądu wewnętrznych regulacji dotyczących wykonywania zamówień oraz przeprowadzenia szkoleń pracowników, Wykonawca mógł przedłożyć na potwierdzenie treść zmienionych procedur, regulaminów i certyfikaty szkolenia. Brak jest również jakichkolwiek dowodów na okoliczność przeprowadzenia audytu w firmie Odwołującego. Wykonawca wskazuje na określenie zasad, według których będzie podejmowana współpraca z firmami w ramach konsorcjum i sposoby weryfikacji firm, jednak nie dołączył do wyjaśnień żadnych procedur aktualnie obowiązujących w prowadzonym przez niego przedsiębiorstwie. Brak także dowodu wprowadzenia nowego sposobu kontroli jakości, czy wzoru umów z konsorcjantami, w której zastosowano zmienione postanowienia. Odwołujący wskazuje na modernizację maszyn ale również w tym zakresie nie przedstawia chociażby faktur na zakup nowego sprzętu, czy wprowadzone ulepszenia. Wykonawca przywołuje w zakresie nadzoru wewnętrzne zarządzenia, których nie załączył do wyjaśnień. Jak już zostało podniesione, nawet najbardziej obszerne wyjaśnienia nie mogą zostać uznane za wystarczające dla skutecznego samooczyszczenia. Zamawiający prawidłowo w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego zauważył, że brak dowodów na podjęcie przez Wykonawcę jakichkolwiek działań uniemożliwił mu weryfikację, czy środki te w ogóle zostały wprowadzone i są wystarczające dla uznania rzetelności Wykonawcy. W odniesieniu do procedury samooczyszczenia Ustawodawca wprowadził obowiązek udowodnienia, czemu Odwołujący nie podołał.

Okolicznością dodatkowo powodującą, iż samooczyszczenie nie mogło zostać ocenione pozytywnie, jest niespełnienie przesłanki naprawienia szkody. Izba zauważa, że zgodnie z pismem Nadleśnictwa Spychowo nie wszystkie naliczone kary umowne zostały zapłacone. Argumentacja Odwołującego, że wszystkie kary zostały uregulowane nie znajduje potwierdzenia w materiale dowodowym. Co więcej, Odwołujący nie tylko w ramach

procedury samooczyszczenia zaniechał przedstawienia chociażby potwierdzeń przelewu, ale nawet w postępowaniu odwoławczym ciężar dowodzenia oparł wyłącznie na oświadczeniu własnym. Odwołujący nie przedłożył Izbie dowodu w postaci chociażby pisma z Nadleśnictwa Spychowo, że przyczyna nieuregulowania kar umownych leżała po stronie Nadleśnictwa, które nie przekazało Odwołującemu naliczonych not księgowych. Brak w odniesieniu do tej okoliczności jakiegokolwiek dowodu, co w konsekwencji prowadzi do konkluzji, iż przesłanka naprawienia szkody nie została spełniona.

Odwołujący nie spełnił zatem łącznie wszystkich przesłanek z art. 110 ust. 2 ustawy pzp, jak również nie podołał obowiązkowi udowodnienia, co powoduje, iż samooczyszczenie zostało prawidłowo ocenione przez Zamawiającego, a czynność wykluczenia Wykonawcy i odrzucenia jego oferty była uzasadniona.

W konsekwencji powyższego, Izba uznała, iż zarzuty podniesione w odwołaniu nie zasługiwały na uwzględnienie.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 zdanie 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.)

zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego.

Przewodniczący: