

WYROK
z dnia 27 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 stycznia 2023 r. przez wykonawcę M. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne M. T. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe – Nadleśnictwo Kaczory

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: W. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Leśne W. S. oraz A. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych A. S., zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, ze 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 Kaczory prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Kaczory w roku 2023”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2022/S 202-575388.

I. W dniu 9 stycznia 2023 r. wykonawca M. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne M. T. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od: 1) wykluczenia go z postępowania, 2) odrzucenia jego oferty złożonej na części nr 2,3 i 4 zamówienia, 3) zaniechania wyboru jego oferty na część nr 3 zamówienia, 4) wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części nr 3 zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”:

- 1) art. 109 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 110 ust. 2 i 3 i art. 16 pkt 2 i 3 ustawy Pzp - poprzez przedwczesne wykluczenie odwołującego, w sytuacji gdy działając w sposób przejrzysty i z należytą starannością wskazał on we wstępnym oświadczeniu JEDZ informację, że zachodzi wobec niego odpowiednia podstawa wykluczenia, jednocześnie przedstawiając szczegółowy opis środków naprawczych i zapobiegawczych, a następnie działając w dobrej wierze złożył wyjaśnienia w zakresie żądanym przez zamawiającego, który wykluczył go z postępowania, nie umożliwiając mu przeprowadzenia w całości procedury samooczyszczenia. Składając wyjaśnienia odwołujący załączył nawet dokument samego podmiotu, dla którego w sposób nienależyty były wykonywane umowy, który zawierał opis nieprawidłowości, podstawę naliczenia kar umownych itp. (zarzut braku ich podania pojawił się w uzasadnieniu wykluczenia). Jednocześnie wykluczając odwołującego z postępowania zamawiający powołał się na okoliczności dot. braku dowodów samooczyszczenia, pomimo iż we wcześniejszym wezwaniu nie wskazywał na żadne braki w tym zakresie, ani na żądanie ich uzupełnienia czy choćby wyjaśnienia. Zamawiający naruszył tym samym zasady przejrzystości i proporcjonalności, nie dążąc do pełnego i wszechstronnego zbadania okoliczności w ramach podejmowanych czynności, w szczególności w odniesieniu do czynności o tak doniosłych skutkach jak wykluczenie wykonawcy z postępowania. Zamawiający uniemożliwił tym samym pełne wyjaśnienie okoliczności samooczyszczenia, w tym złożenie dowodów, które mogły zostać złożone w

momencie potwierdzania braku podstaw wykluczenia wstępnie zadeklarowanych w JEDZ przy składaniu na tę okoliczność podmiotowych środków dowodowych.

- 2) art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp – poprzez jego zastosowanie i wykluczenie odwołującego, w sytuacji gdy odwołujący działając w dobrej wierze ujawnił i wskazał wprost w formularzu JEDZ wszystkie umowy o zamówienie publiczne, w związku z nienależytą realizacją których - mogła choćby potencjalnie zachodzić przesłanka wykluczenia. Odwołujący nie mógł zatem wprowadzić w błąd, co do przekazania informacji, że nie podlega wykluczeniu, ponieważ oświadczył przeciwnie, to jest przyznał, że podlega wykluczeniu. Jednocześnie wskazał fakt nieprawidłowej realizacji umów. Zamawiający zarzucając wprowadzenie w błąd, co do istnienia przesłanek wykluczenia, nie wskazał na jakiegokolwiek inne umowy, niż te, które wskazał z własnej inicjatywy odwołujący w dokumencie JEDZ. Zarzut wprowadzenia w błąd jest o tyle niezrozumiały, że odwołujący chcąc być całkowicie transparentny do wyjaśnień załączył dokument (referencje) podmiotu, na rzecz którego nieprawidłowości wystąpiły, co zupełnie niweczy argumentację zamawiającego w zakresie chęci minimalizowania obrazu nieprawidłowości albo zatajenia jakiś okoliczności. Odwołujący powołał się na dokument podmiotu źródłowego, który zawierał wszystkie podstawowe informacje dot. podstaw naliczenia, kar umownych, zleceń zastępczych etc.
- 3) art. 128 ust. 1 i ust 4 ustawy Pzp - poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia dowodów w zakresie wprowadzonych działań naprawczych w związku z samooczyszczeniem bądź złożenia wyjaśnień dot. szczegółów okoliczności nieprawidłowego wykonania umów w sprawie zamówienia publicznego. Taką właśnie procedurę wyjaśnienia lub wzywania do złożenia dokumentów zastosowały w równoległe toczących się postępowaniach na ten sam przedmiot umowy dwie inne jednostki organizacyjne Lasów Państwowych (Nadleśnictwo Szubin i Nadleśnictwo Oborniki). Jednostki te, po przyjęciu wyjaśnień i uzupełnień (działając w oparciu o ten sam stan faktyczny: identyczny opis środków naprawczych i zapobiegawczych oraz ten sam wzór SWZ dot. usług leśnych) pozytywnie oceniły procedurę samooczyszczenia, wybrały ofertę odwołującego, zawarły z nim umowy, które są już przez odwołującego realizowane.
- 4) art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp - poprzez dokonywanie czynności w sposób nieprzejrzysty i nieproporcjonalny. Zamawiający skierował do odwołującego wezwanie do wyjaśnień jedynie w zakresie podania przyczyny braku wskazania okoliczności wykonania zastępczego (w odniesieniu do relatywnie i obiektywnie niewielkiej części umowy), co mogło sugerować wolę zatajenia informacji stanowiącej przesłankę wykluczenia. Treść wezwania była krótka i nie wskazywała na jakiegokolwiek inne elementy złożonych oświadczeń, które wymagałyby wyjaśnień albo uzupełnień.

Wykonawca działając w zaufaniu do zamawiającego udzielił informacji zgodnej z zakresem wątpliwości zamawiającego. Po otrzymaniu wyjaśnień zgodnych z zakresem żądania zamawiającego, zamawiający dokonał wykluczenia wykonawcy z uzasadnieniem, że nie podał on wyjaśnienia albo uzupełnienia złożonych oświadczeń w zakresie samooczyszczenia (z powołaniem się na brak wykazania m.in. wysokości kar umownych czy złożenia dowodów w zakresie wprowadzonych środków zaradczych), pomimo że wezwanie zamawiającego nie obejmowało tego zakresu. Naruszenie zasady proporcjonalności (wykluczenie bez wyjaśnienia jego podstaw) polega również na fakcie, iż nieprawidłowości w realizacji umów (wszystkie wystąpiły jedynie w roku 2021) wskazane w JEDZ dotyczyły około 1% wszystkich zleceń (było ich około 6000) zrealizowanych przez wykonawcę w ramach 34 umów z różnymi jednostkami lasów państwowych w latach 2020-2021-2022 na łączną kwotę ponad 25 mln zł. Wartość kar umownych w stosunku do tej właśnie wartości wszystkich zrealizowanych w tym czasie umów to zaledwie 0,45 %.

- 5) art. 226 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp – poprzez jego zastosowanie i błędne uznanie, że odwołujący podlega sankcji wykluczenia z postępowania,
- 6) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, mimo że oferta odwołującego w świetle kryteriów oceny ofert była ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu i dokonaniu wyboru jako oferty najkorzystniejszej dla części nr 3 oferty wykonawcy, którego oferta nie była ofertą najkorzystniejszą.
- 7) [zarzut ewentualny] art. 109 ust. 3 w zw. z art. 16 ust. 3 ustawy Pzp – poprzez jego niezastosowanie i brak choćby ustalenia stanu faktycznego, w sytuacji kiedy nawet przy założeniu, że odwołujący podlega wykluczeniu – w przedmiotowym stanie faktycznym jego wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne z uwagi na jego działania w postępowaniu ujawniające wszystkie umowy o zamówienie publiczne, w których zaistniały jakiegokolwiek istotniejsze nieprawidłowości z winy wykonawcy, złożenie obszernych wyjaśnień (w tym obiektywnego opisu samego podmiotu, który był odbiorcą nienależycie wykonywanych usług), dysponowania dowodami działań naprawczych już w terminie składania oferty, relatywnie niewielkiemu udziałowi nieprawidłowych realizacji umowy w odniesieniu do całości jego działalności oraz do faktu, że po wprowadzeniu działań naprawczych realizuje wiele umów na rzecz różnych jednostek PGL LP bez żadnych zastrzeżeń oraz wreszcie mając na uwadze fakt, że wykluczenie z postępowania wiązałoby się z wykluczeniem z postępowań na okres 3 lat, co w realiach specyfiki działalności zakładów usług leśnych (możliwość świadczenia usług jest ograniczona w zasadzie do jednostek organizacyjnych LP)

oznacza w praktyce brak jakiegokolwiek możliwości prowadzenia działalności i uzyskiwania dochodów.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego oraz odrzucenia oferty odwołującego złożonej na części nr 2, 3 i 4,
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert dla części nr 2, 3 i 4 w postępowaniu z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Uzasadniając podniesione zarzuty odwołujący podniósł m.in.:

W dniu 30 grudnia 2021 r. [powinno być 2022 r.] zamawiający dokonał wyboru ofert na części nr 2, 3 i 4 oraz powiadomił o tej czynności wykonawców. Jednocześnie zamawiający poinformował odwołującego o wykluczeniu go z postępowania i odrzuceniu jego oferty na część nr 2, 3 i 4 zamówienia. Zdaniem zamawiającego odwołujący podlegając wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie przeprowadził skutecznie procedury samooczyszczenia. Jednocześnie zamawiający postawił zarzut wprowadzenia go przez wykonawcę w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, wobec czego wykluczył odwołującego również na podstawie art. 109. ust. 1 pkt 8 oraz pkt 10 ustawy Pzp. W konsekwencji zamawiający odrzucił oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący nie zgadza się ze stanowiskiem zamawiającego. Wskazał, że w ostatnich trzech latach realizował umowy na usługi leśne z innymi jednostkami lasów państwowych, w ramach których wystąpiły przypadki nienależytego ich wykonywania. Nigdy nie doszło do rozwiązania umowy. Przede wszystkim polegały one na braku terminowej realizacji pojedynczych zleceń w zakresie zrywki i pozyskania drewna, co jest głównym przedmiotem umów na usługi leśne. Za brak realizacji zleceń w terminie nałożono kary umowne. Odwołujący podkreślił, że konsekwentnie nigdy nie kwestionował ani faktu deliktu, ani swojej winy. Z uwagi zarówno na zakres nieprawidłowości i relatywnie prosty charakter technologiczny usług leśnych adekwatnym i w pełni wystarczającym środkiem zaradczym jest poprawa dwóch kluczowych elementów, stanowiących jednocześnie przyczynę uchybień – tj. zwiększenie liczby pracowników i zwiększenie liczby maszyn oraz bezpośredni nadzór właścicielski. Takie właśnie środki zaradcze przede wszystkim wprowadził po uchybieniach, które miały miejsce w roku 2021. Jediną trudnością była obiektywna i jednoznaczna klasyfikacja przypadków nienależytego wykonywania wcześniejszych umów jako tych przypadków, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Zamawiający w toku badania oferty skierował do niego wezwanie na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp. Zakres żądanych wyjaśnień był ograniczony. Na etapie badania ofert jedyną wątpliwością

zamawiającego była kwestia braku podania informacji szczegółowej, że w przypadku jednej z umów (wskazanych w JEDZ) doszło do wykonania zastępczego zleceń. Szczegółowo wyjaśnił, że za wykonanie zastępcze została naliczona kara umowna, a fakt naliczenia kar umownych do przedmiotowej umowy został w JEDZ wskazany. Przyczyną czterech zleceń zastępczych był fakt opóźnienia w realizacji zleceń, który był przyczyną pierwotną i wyjściową. Ta przyczyna została wskazana w wyjaśnieniach złożonych do JEDZ. Zlecenie zastępcze, które polegało w dwóch przypadkach na dokończeniu niezrealizowanych w terminie w całości zleceń oraz w dwóch przypadkach realizacji zleceń, których w wyznaczonym terminie nie zdążył wykonać - samo w sobie nie stanowiło niewykonania lub nienależytego wykonania albo długotrwałego nienależytego wykonywania w znacznym stopniu lub zakresie istotnego zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący wskazał, że przepisy nie rozstrzygają, kiedy należy składać dowody na podjęte środki naprawcze i czy wykonawca ma to czynić z własnej inicjatywy, czy też czekać na wezwanie zamawiającego. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp odwołujący wskazał, że sam podał, iż podlega wykluczeniu, co wprost zaprzecza spełnieniu się okoliczności wymienionych w tym przepisie. Zdaniem odwołującego nie jest też uzasadnione wykluczenie go na podstawie odrębnej przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, ponieważ od samego początku jego postawa była transparentna i nie miała żadnych znamion woli wprowadzenia w błąd. Zamawiający naruszył ww. przepis nie wzywając go do złożenia wyjaśnień (w innym zakresie niż pytania o zlecenia zastępcze) lub złożenia bardziej szczegółowych informacji w zakresie podstaw i wysokości kar umownych, ani wreszcie w zakresie złożenia dowodów potwierdzających wprowadzenie procedury naprawczej i zapobiegawczej. Zdaniem odwołującego w przepisach ustawy Pzp na próżno szukać regulacji wyłączającej stosowanie art. 128 ust. 1 i ust. 4 do dokumentów dotyczących self-cleaningu. Wyjaśnienia czy dowody dotyczące self-cleaningu ze względu na funkcję i cel mieszczą się w kategorii dokumentów podmiotowych - powinny być wyjaśniane czy uzupełniane. Odmienne stanowiska nie da się również pogodzić z podkreślanymi w wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 14 stycznia 2021r. C-387/19 RTS infra zasadami ogólnymi prawa Unii - prawem do obrony i prawem do bycia wysłuchanym. Z ostrożności odwołujący podniósł, że nawet gdyby uznać, że podlega on wykluczeniu, to i tak zamawiający nie zbadał należycie stanu faktycznego, co było niezbędne przez weryfikacją możliwości zastosowania art. 109 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący przedstawił dane w tabelach: pierwszej dotyczącej dwóch umów dla Nadleśnictwa Podanin, w ramach których wystąpiło wykonanie zastępcze w zakresie czterech zleceń; drugiej wskazującej na zakres i skalę nieprawidłowości w wykonywaniu wszystkich umów wskazanych w JEDZ. Stwierdził, że jak wynika z przedstawionych danych, niewykonane w terminie prace w przeliczeniu na m3 w terminie, które ostatecznie zlecono zastępczo, nie stanowią istotnych ilości w odniesieniu do tych zakontraktowanych w umowie.

Wyjaśnił, że z tego powodu nie doszło do rozbicia i odrębnego ujęcia tego w wyjaśnieniach do JEDZ - przyczyna zleceń zastępczych była ta sama: nieterminowe wykonywanie zleceń. Zwrócił uwagę, że oprócz dwóch umów realizowanych dla Nadleśnictwa Podanin, w których miało miejsce wykonanie zastępcze, jednocześnie realizował jeszcze inną umowę o wartości brutto 1 910 307,99 zł. W ramach tej umowy wprowadzono kary umowne za zwłokę o wartości 15. 921,49 (co stanowiło zaledwie 0,8% wartości umowy), ale zrealizowano wszystkie 235 oddziałów, zrealizowano (wszystkie) 269 zleceń. Ponadto, zamawiający zignorował referencje Nadleśnictwa Podanin, które załączone zostały do wyjaśnień z 30 listopada 2022 r. Sam podmiot, na rzecz którego ww. nieprawidłowości wystąpiły, stwierdza: „(...) *jakość wykonywanych usług była w ocenie Zamawiającego na oczekiwanym poziomie*”. Odwołujący stwierdził, że w zasadzie wszystkie umowy wskazane przez niego w tabeli zostały wykonane w istotnym zakresie pod względem ich wartości. Wskazał na drastyczny charakter sankcji w postaci wykluczenia go z postępowania, nieadekwatnej do skali naruszeń oraz nieuwzględniającej podjętych działań naprawczych i faktu należytej realizacji umów po okresie, w którym wystąpiły nieprawidłowości.

II. Pismem wniesionym w dniu 23 stycznia 2023 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

Uzasadniając stanowisko w sprawie zamawiający podniósł m.in.:

W ocenie zamawiającego odwołujący próbuje przenieść na etap postępowania odwoławczego ciężar dowodowy w zakresie braku istnienia przesłanki wykluczenia z postępowania. Jednakże zadaniem odwołującego, jako wykonawcy biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia, było wykazanie już na etapie składania JEDZ, że mimo zaistnienia przesłanek wykluczenia z postępowania, nie powinien takiemu wykluczeniu podlegać. Nie jest zadaniem zamawiającego „wyręczenie” odwołującego w przeprowadzeniu procedury samooczyszczenia. W złożonych wyjaśnieniach odwołujący w sposób niezwykle lakoniczny wskazał, że w ramach realizacji wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego doszło do naliczenia kar umownych, a kary te dotyczyły relatywnie niewielkich opóźnień w wykonaniu pojedynczych zleceń. Jednakże, z samych referencji wystawionych przez Nadleśnictwo Podanin wynikało, że: 1) zdecydowana większość kar umownych została nałożona na odwołującego za zwłokę w realizacji prac (a nie, jak odwołujący próbował to przedstawić na etapie postępowania o udzielenie zamówienia oraz w treści odwołania, z uwagi na niewielkie opóźnienia); 2) oprócz kar umownych za zwłokę w wykonaniu zleceń, nakładane były kary umowne za nieprzestrzeganie innych postanowień umownych; 3) odwołano zlecenia z winy odwołującego – co stanowi o braku możliwości nawet potencjalnej prawidłowej realizacji przedmiotu zlecenia, w ocenie dającego zlecenie; 4) zlecono wykonanie

zastępcze, z uwagi na nieprawidłową realizację zleceń przez odwołującego. Nie jest zatem tak, jak próbuje to przedstawić odwołujący, że w zasadzie były to pojedyncze uchybienia, które realnie nie miały wpływu na realizację przedmiotu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W JEDZ oraz złożonych wyjaśnieniach do JEDZ, odwołujący w sposób znaczny umniejszał swoje uchybienia. Zamawiający ustalił, że w związku z realizacją umów dla Nadleśnictwa Podanin naliczono Odwołującemu łącznie 61.669,72 zł kar umownych w nieterminowym wykonaniu prac, podczas gdy odwołujący poprzez załączenie do swoich wyjaśnień referencji wystawionych przez Nadleśnictwo Podanin w dniu 16 grudnia 2021 r. wskazywał jedynie na kwotę 24.988,49 zł naliczonych kar. Dodatkowo też, w Nadleśnictwie Podanin doszło do odwołania zleceń z winy odwołującego, a także zlecono wykonanie zastępcze prac. Umowy na wykonawstwo zastępcze opiewały na kwoty większe niż 75.000 zł. Tak samo dla Nadleśnictwa Durowo – naliczono odwołującemu kary umowne za nieprawidłowe wykonywanie przedmiotu umowy, a odwołujący w żaden sposób tego faktu nie wykazał w JEDZ czy wyjaśnieniach. Zamawiający wyjaśnił, że w przypadku umów zawieranych z nadleśnictwami na wykonywanie usług leśnych, podstawą realizacji prac są zlecenia (a nie ogólny zakres przedmiotu zamówienia do wykonania). Tym większe ma to znaczenie w kontekście konstrukcji kar umownych, które mogą być nakładane na wykonawcę umowy – wartość kary umownej nie wynika z wartości całej umowy, lecz z wartości zlecenia. Oznacza to, że sam finansowy aspekt kar umownych nie jest aż tak istotny, jak liczba nieprawidłowości, jakich dopuścił się odwołujący w ramach realizacji umów z nadleśnictwami. Co oczywiste, może się zdarzyć sytuacja, w której wykonawca nie zrealizuje prawidłowo pojedynczych zleceń. Powinna to być jednak sytuacja incydentalna. W przypadku odwołującego mamy do czynienia z kilkudziesięciokrotnym nieprawidłowym wykonywaniem umów w sprawie zamówienia publicznego. Biorąc zatem pod uwagę charakter prac (zlecenie) i liczbę nieprawidłowości związanych z realizacją umów w sprawie zamówienia należy wskazać, że spełniła się przesłanka dotycząca „istotności” nienależytego wykonywania zamówienia, przez co wypełnione zostały elementy konstytutywne przesłanki wykluczenia z postępowania wskazane w przepisie art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp. Na gruncie umów na wykonywanie usług leśnych specyficzna jest rola odwołania zlecenia, bowiem dwukrotnie odwołanie zlecenia skutkuje możliwością odstąpienia od umowy przez zamawiającego. Oznacza to, że nadleśnictwa przykładają bardzo dużą wagę do prawidłowej realizacji zleceń. Gdyby było inaczej, nie wprowadzono by aż tak daleko idącej sankcji za odwołanie zleceń. Dodatkowo, zarezerwowano możliwość zlecenia wykonawstwa zastępczego. Nie jest zatem tak, jak twierdzi odwołujący, że tylko w sytuacji wskazania opcji „NIE” w formularzu JEDZ, gdy powinien on podlegać wykluczeniu, ziszczałaby się przesłanka wskazana w przepisie art. 109 ust. 1 pkt 8) lub 10) ustawy Pzp. Przedstawiając niepełne lub nieprawdziwe informacje odwołujący wprowadził zamawiającego w błąd w zakresie przesłanek wykluczenia z

postępowania i sytuacji faktycznej, jaka miała miejsce w trakcie realizacji umów, w szczególności związanych z ich nienależytym wykonaniem. Odwołujący nie tylko zataił wysokość naliczonych kar umownych, fakt naliczenia kar umownych nie tylko z tytułu zwłoki, lecz również niewykonanie części umowy dla Nadleśnictwa Podanin oraz poniesienie przez nie szkody w wysokości ponad 75.000 złotych w następstwie zastępczego powierzenia prac, które winien pierwotnie wykonać Odwołujący. Odwołujący przekazał zamawiającemu nieprawdziwe informacje, w związku z czym podlegał wykluczeniu na podstawie przepisu art. 109 ust. 1 pkt 8) oraz 10) ustawy Pzp. W takiej sytuacji, nie może dojść do wszczęcia procedury uzupełnienia. Zamawiający wskazał, że zgodnie z przepisem art. 110 ust. 3 ustawy Pzp, rolą zamawiającego jest wyłącznie ocena złożonych wyjaśnień, które winny zostać poparte dowodami. Nie jest rolą zamawiającego prowadzenie jakiegokolwiek dodatkowej procedury, która miałaby wyręczać odwołującego w prawidłowym przeprowadzeniu procedury samooczyszczenia. Błędna, niewystarczająca procedura samooczyszczenia stanowi o braku możliwości uwzględnienia przepisu art. 109 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż odwołujący nie wykazał zaistnienia przesłanek dotyczących tego, by zamawiający nie wykluczał go z postępowania.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: W. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Leśne W. S. oraz A. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych A. S. (dalej jako „przystępujący”). Stanowisko w sprawie przystępujący przedstawił ustnie do protokołu rozprawy. Przystępujący uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba uznała, że odwołanie nie podlega uwzględnieniu.

Okoliczności faktyczne dotyczące przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie były pomiędzy stronami sporne. Nie było również sporne zaistnienie w stosunku do odwołującego podstawy wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Okoliczność ta została przez odwołującego przyznana w treści JEDZ, a stanowisko takie zostało również powtórzone w toku rozprawy. W związku z tym w ramach niniejszego postępowania odwoławczego Izba nie rozpatrywała ziszczenia się przesłanek składających się na ww. podstawę wykluczenia z postępowania (wykluczeniu podlega wykonawca, 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). Spór dotyczył oceny prawnej w zakresie możliwości wykluczenia odwołującego z postępowania (w zakresie części zamówienia nr 2, 3 i 4) i w konsekwencji odrzucenia jego oferty w związku z mającą miejsce w toku postępowania ze strony odwołującego procedurą tzw. *self-cleaning*. Stanowisko odwołującego sprowadzało się przede wszystkim do tego, że zamawiający uniemożliwił mu pełne przeprowadzenie ww. procedury – nie wezwał go do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w tym zakresie (jedyne wezwanie, które wystosował zamawiający, miało ograniczony charakter). Natomiast zamawiający wskazywał, że wyjaśnienia przedstawione przez odwołującego w ramach procedury tzw. *self-cleaning* były lakoniczne. Zamawiający stwierdził, że odwołujący pominął szereg istotnych okoliczności dotyczących naruszeń w realizacji wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego, jak i nie udowodnił podjętych środków naprawczych.

Odnosząc się do powyższego należy wskazać, że w załączniku do JEDZ odwołujący ograniczył się do: wskazania umów, w ramach którego naliczone zostały kary umowne, informacji, że kary umowne dotyczyły relatywnie niewielkich opóźnień w wykonaniu pojedynczych zleceń oraz opisu podjętych środków naprawczych. Natomiast jak stwierdził zamawiający w uzasadnieniu czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty: „Wykonawca w żadnym punkcie swoich wyjaśnień nie wskazuje, że wysokość kar opiewa na kwotę 61 669,72 zł, w tym kary umowne za zwłokę w terminie realizacji prac na wartości 45 069,72 zł, kary za nieprzestrzeganie zapisów umów na wartość 6 600,00 zł oraz za odwołanie zlecenia lub jego części na wartość 10 000 zł. Podkreślenia wymaga fakt, że w trakcie realizacji umów SA.271.2.3.2021 oraz SA.271.2.4.2021 odwołano zlecenia z winy Wykonawcy, w związku z czym zastępczo powierzono wykonanie prac stanowiących przedmiot zlecenia osobie trzeciej (wykonanie zastępcze). Wysokość naliczonej kary w związku z wykonawstwem zastępczym wynosiła 75 681,23 zł. Powyższe okoliczności wskazują na rażące naruszenia przy realizacji umów na wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej. Wykonawca jedynie poinformował o naliczeniu mu kar umownych bez wskazania ich podstaw oraz wysokości poszczególnych kar. (...) Przede wszystkim, nie były to incydentalne okoliczności. Jeżeli do nałożenia kar umownych, z różnych tytułów, dochodziło w trakcie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego przeszło 20 razy, to nie można mówić o incydentalnym czy nieistotnym naruszeniu postanowień umownych.” Mając na uwadze powyższe, należy przyznać rację zamawiającemu, że zawarte w załączniku do JEDZ wyjaśnienia były bardzo ogólnikowe. Odwołujący nie podał szeregu istotnych informacji mających znaczenie w kontekście możliwości skorzystania z instytucji określonej w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący nie podał informacji w zakresie ilości przypadków

naliczenia kar umownych, ilości zleceń, w odniesieniu do których nastąpiło naliczenia kar umownych, wysokości oraz podstaw kar umownych, przypadków wykonania zastępczego, a ponadto wskazał, że podstawą naliczenia kar były relatywnie niewielkie opóźnienia, podczas gdy znacząca ilość kar umownych została naliczona za zwłokę, a nie opóźnienie. Zgodnie z przepisem art. 110 ust. 2 ustawy Pzp *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.* Zgodnie z przepisem 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 ust. 2, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zamawiający wyklucza wykonawcę.* Po pierwsze, z ww. przepisów wynika, że aby mogło dojść do skutecznego przeprowadzenia procedury tzw. *self-cleaning*, wykonawca obowiązany jest wyczerpująco przedstawić zamawiającemu okoliczności dotyczące nieprawidłowości w realizacji umów. W innym przypadku nie będzie możliwe dokonanie przez zamawiającego oceny, czy *podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy* (art. 110 ust. 3 ustawy Pzp). Oczywistym jest, że w niniejszej sprawie odwołujący nie sprostął temu obowiązkowi. Podane przez odwołującego informacje w żadnym wypadku nie pozwalały zamawiającemu na dokonanie oceny, czy podjęte przez odwołującego środki są wystarczające – skoro zamawiający nie miał wiedzy na czym polegały nieprawidłowości, nie mógł stwierdzić, czy środki naprawcze są wystarczające. Po drugie, skorzystanie z instytucji uregulowanej w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp stanowi uprawnienie wykonawcy, do którego to podmiotu należy inicjatywa w zakresie udowodnienia zamawiającemu, że spełnił przesłanki

określone w tym przepisie, pozwalające zamawiającemu na odstąpienie od zastosowania sankcji wykluczenia z postępowania. Obowiązkiem zamawiającego jest jedynie dokonanie oceny przedstawionych przez wykonawcę wyjaśnień i dowodów. W niniejszej sprawie odwołujący przedstawił wyjaśnienia w zakresie tzw. *self-cleaning*, a zadaniem zamawiającego było dokonanie ich oceny pod kątem tego, czy podjęte przez wykonawcę czynności są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. Odwołujący wskazał, że doszło do relatywnie niewielkich opóźnień w wykonaniu pojedynczych zleceń, w wyniku czego odwołujący został obciążony karami umownymi. Taki materiał, jaki został przedstawiony przez odwołującego, podlegał ocenie zamawiającego. Zamawiający nie był zobowiązany do zadawania odwołującemu dodatkowych pytań: czy aby na pewno podstawą naliczenia kar były jedynie opóźnienia, a nie zwłoka w wykonaniu zamówień, czy może w ramach realizacji umów miało miejsce zastosowanie instytucji wykonania zastępczego? Zamawiający nie był zatem zobowiązany do zastosowania przepisu art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp. Mając to na uwadze, należy stwierdzić, że zamawiający nie uniemożliwił wykonawcy skorzystania z dobrodziejstwa przepisu art. 110 ust. 2 ustawy Pzp. Z tego powodu powoływanie się przez odwołującego na stanowisko przedstawione przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 14 stycznia 2021 r. w sprawie C-387/19 RTS Infra BVBA Izba uznała za nieadekwatne do okoliczności faktycznych rozpoznawanej sprawy. Odwołujący skorzystał z instytucji określonej ww. przepisem, jednakże dokonał tego w sposób nierzetelny.

W związku z powyższym Izba uznała, że zarzuty oznaczone w odwołaniu nr 1, 3, 4, 5 oraz 6 ustawy Pzp należy uznać za niezasadne. W odniesieniu do zarzutu oznaczonego nr 4 należy dodać, że fakt skierowania przez zamawiającego do odwołującego wezwania do wyjaśnień (z dnia 29 listopada 2022 r.) jedynie w zakresie podania przyczyny niewskazania okoliczności zastosowania wykonania zastępczego pozostaje bez znaczenia dla rozpoznania niniejszej sprawy, gdyż, jak wskazano powyżej, w okolicznościach faktycznych tej sprawy zamawiający nie był zobowiązany do kierowania do odwołującego wezwania do wyjaśnień. Z kolei w odniesieniu do zarzutu nr 3 należy dodać, że nawet w przypadku przyjęcia stanowiska odmiennego od wyżej przedstawionego, stwierdzenie przedstawienia przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd zamawiającego (co stanowiło podstawę uznania zaistnienia względem odwołującego podstawy wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp - o czym poniżej) wyklucza możliwość zastosowania przepisu art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp.

Uwzględniając przedstawioną powyżej argumentację, Izba za niezasadny uznała również zarzut oznaczony w odwołaniu nr 2. Jak wskazano powyżej, odwołujący nie przedstawił zamawiającemu szeregu istotnych okoliczności dotyczących nieprawidłowości w realizacji

wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego. Okoliczności te mają natomiast istotne znaczenie dla dokonania oceny przez zamawiającego, czy podjęte przez odwołującego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Skala i charakter nieprawidłowości, naruszeń, mają istotny wpływ na rodzaj i zakres koniecznych do zastosowania środków naprawczych, a w konsekwencji na ocenę dokonywaną przez zamawiającego na podstawie art. 110 ust. 3 ustawy Pzp. Informacje te mają zatem istotny wpływ na decyzję zamawiającego w zakresie ostatecznego stwierdzenia, czy wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania. Odwołujący nie przedstawił zamawiającemu wielu istotnych informacji w tym zakresie, które były w jego posiadaniu w chwili sporządzania wyjaśnień. Odwołujący nie tylko pominął informacje, lecz wykreował obraz nieprawidłowości w realizacji umów odbiegający od rzeczywistości – m.in. wskazał na niewielkie opóźnienia w wykonaniu pojedynczych zleceń, pomijając chociażby fakt naliczenia kar za zwłokę. Nie można również zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego, że bez znaczenia pozostaje okoliczność zaniechania podania informacji o wykonaniu zastępczym. Zastosowanie tej instytucji świadczy bowiem o tym, że nie doszło w tych przypadkach do wykonania części zleceń przez odwołującego, a nie że miało to miejsce, lecz nastąpiło z niewielkim opóźnieniem i nie było zawinione przez odwołującego. Ponadto zamawiający ustalił, że w związku z realizacją umów dla Nadleśnictwa Podanin naliczono odwołującemu łącznie 61.669,72 zł kar umownych w nieterminowym wykonaniu prac (czemu odwołujący nie zaprzeczył), podczas gdy odwołujący poprzez załączenie do swoich wyjaśnień referencji wystawionych przez Nadleśnictwo Podanin w dniu 16 grudnia 2021 r. wskazywał jedynie na kwotę 24.988,49 zł naliczonych kar. W związku z powyższym należy uznać, że działanie odwołującego cechowało co najmniej rażące niedbalstwo. Powyższe wskazuje na zasadność zastosowania względem odwołującego sankcji wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 oraz 10 ustawy Pzp. Ponadto, Izba nie znalazła podstaw do zastosowania instytucji określonej w art. 109 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem *W przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 1-5 lub 7, zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne, w szczególności gdy kwota zaległych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne jest niewielka albo sytuacja ekonomiczna lub finansowa wykonawcy, o którym mowa w ust. 1 pkt 4, jest wystarczająca do wykonania zamówienia.* Po pierwsze, ww. przepis nie ma zastosowania do podstawy wykluczenia z postępowania wskazanej w art. 109 ust. 1 pkt 8 oraz pkt 10. Po drugie, w ocenie składu orzekającego Izby, okoliczność wprowadzenia w błąd zamawiającego jednocześnie wyklucza możliwość zastosowania tego przepisu w odniesieniu do podstawy wskazanej w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Przystawienie przez wykonawcę nierzetelnych wyjaśnień, pomijających szereg istotnych okoliczności mających znaczenie dla oceny zamawiającego dokonywanej na podstawie art. 110 ust. 3 ustawy Pzp, sprzeciwia się

powoływaniu się w tym zakresie na zasadę proporcjonalności. Byłoby to nie do pogodzenia z naczelną zasadą prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W związku z tym, Izba uznała, że również zarzut nr 7 nie podlega uwzględnieniu.

Mając na uwadze przedstawioną powyżej argumentację, Izba uznała, że złożone przez odwołującego dowody na potwierdzenie wystarczającego charakteru podjętych środków naprawczych należy ocenić jako spóźnione na tym etapie postępowania, a zatem nie mające istotnego znaczenia dla rozpoznania niniejszej sprawy.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 *a contrario* ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 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).

Przewodniczący: