

**WYROK**  
**z dnia 24 lutego 2020 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:**   **Katarzyna Poprawa**  
                                  **Katarzyna Prowadzisz**  
                                  **Robert Skrzyszewski**

**Protokolant:**       **Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lutego 2020 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 lutego 2020 roku przez Wykonawcę Gispro Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Gorczański Park Narodowy z siedzibą w Porębie Wielkiej

przy udziale Wykonawcy SmallGIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Wykorzystanie nowoczesnych technologii teledetekcyjnych w zarządzaniu zasobami przyrodniczymi Gorczańskiego Parku Narodowego oraz analiza aktualnego stanu i dynamiki chronionych ekosystemów” w zakresie Części I, nakazuje Zamawiającemu wykluczenie z postępowania w zakresie Części I Wykonawcy SmallGIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy z dnia 24 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych, pozostałe zarzuty odwołania uznaje za niezasadne,
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego 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,
  - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 19 674 zł. 29 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy sześćset siedemdziesiąt cztery złote dwadzieścia dziewięć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 t.j.), na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Nowym Sączu.

Przewodniczący: .....

.....

.....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający Skarb Państwa - Gorczański Park Narodowy (Poręba Wielka 590, 34-735 Niedźwiedź) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie działań w ramach projektu „Wykorzystanie nowoczesnych technologii teledetekcyjnych w zarządzaniu zasobami przyrodniczymi Gorczańskiego Parku Narodowego oraz analiza aktualnego stanu i dynamiki chronionych ekosystemów” w zakresie Części 1, numer referencyjny: 271-7/19 (zwane dalej postępowaniem).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Nr 2019/S 168-411137 z dnia 2 września 2019 r. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2018 r., poz. 1896 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”.

W dniu 9 lutego 2020 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę Gispro Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie (zwanego dalej Odwołującym), od niezgodnych z przepisami Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art 24 ust 5 pkt 2 Pzp poprzez jego niewłaściwą wykładnię polegającą na przyjęciu, że nie ziszczyły się przesłanki wykluczenia wykonawcy SmallGIS z postępowania, a w konsekwencji jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia wykonawcy SmallGIS z postępowania, pomimo iż wykonawca ten, w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, gdyż w wyniku zamierzonego działania lub co najmniej rażącego niedbalstwa nie wykonał co najmniej dwóch umów w sprawie zamówienia publicznego, co skutkuje ziszczeniem, się przesłanki wykluczenia określonej w art 24 ust 5 pkt 2 Pzp,
- 2) art 24 ust 5 pkt 4 Pzp poprzez jego niewłaściwą wykładnię polegającą na przyjęciu, że nie ziszczyły się przesłanki wykluczenia wykonawcy SmallGIS z postępowania, a w konsekwencji jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia wykonawcy SmallGIS z postępowania, pomimo iż wykonawca ten, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał w stopniu istotnym co najmniej dwóch wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego, zawartych z zamawiającym, o którym mowa w art 3 ust 1 pkt 1-4, co doprowadziło do rozwiązania tych umów, co wypełnia przesłankę wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp,
- 3) art 24 ust 1 pkt 16 Pzp poprzez jego niewłaściwą wykładnię a w konsekwencji niezastosowanie, pomimo iż wykonawca SmallGIS w wyniku zamierzonego działania, a co najmniej rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu w dokumencie JEDZ informacji, że nie znajduje się w sytuacji, w której

wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego została rozwiązana przed czasem lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywane sankcje w związku z tą wcześniejszą umową, podczas gdy w rzeczywistości co najmniej dwukrotnie zawarte przez wykonawcę SmallGIS umowy w sprawie zamówienia publicznego były rozwiązywane przez zamawiających z uwagi na nienależyte ich wykonywanie przez tego wykonawcę, wynikłe z przyczyn od niego zależnych, co wypełnia przesłankę wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp,

- 4) art. 24 ust 4 Pzp poprzez jego niezastosowanie i nieuznanie oferty SmallGIS za odrzuconą, pomimo iż została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Pzp oraz 24 ust. 1 pkt 16 Pzp,
- 5) art. 91 ust. 1 Pzp oraz art 7 ust 3 Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu na podstawie art 24 ust 1 pkt 16 Pzp oraz art 24 ust 5 pkt 2 i 4 Pzp, która to oferta winna zostać uznana za odrzuconą na zasadzie art 24 ust. 4 Pzp, podczas gdy najkorzystniejszą ofertą w postępowaniu jest oferta Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, a także o:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert,
- nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności wykluczenia wykonawcy SmallGIS na podstawie art 24 ust 5 pkt 2 lub 4 oraz 24 ust. 1 pkt 16 Pzp oraz uznania jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust 4 Pzp, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego zgodnie ze spisem kosztów, który zostanie przedstawiony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą („KIO”), oraz
- przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania na okoliczności wskazane w jego uzasadnieniu oraz dowodów, które zostaną przedłożone na rozprawie.

W uzasadnieniu, Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę w postępowaniu, która w świetle kryteriów oceny ofert wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla postępowania („SIWZ”) została sklasyfikowana na drugiej pozycji rankingu ofert. Gdyby jednak Zamawiający w sposób zgodny z normami Pzp przeprowadził czynności związane z weryfikacją podmiotową wykonawców w zakresie istnienia przesłanek wykluczenia, wówczas dokonałby czynności wykluczenia wykonawcy SmallGIS na podstawie art 24 ust 5 pkt 2 i 4 Pzp oraz art 24 ust 1 pkt 16 Pzp, w konsekwencji uznając ofertę złożoną przez tego wykonawcę za odrzuconą na podstawie art. 24 ust 5 pkt 4 Pzp. W takim zaś stanie rzeczy to oferta Odwołującego

zostałaby uznana za najkorzystniejszą w świetle przyjętych w SIWZ kryteriów oceny ofert, a Odwołujący miałby realną szansę uzyskania zamówienia w postępowaniu.

W przedmiotowym postępowaniu w zakresie Części I, której dotyczy niniejsze odwołanie, zostały złożone 4 oferty:

1. Oferta nr 1: złożona przez Odwołującego, która uzyskała łącznie 73,79% punktów w określonych w SIWZ kryteriach oceny ofert,
2. Oferta nr 2: OPEGIEKA sp. z o.o., al. Tysiąclecia 11, 82-300 Elbląg, która uzyskała łącznie 66,93% punktów w określonych w SIWZ kryteriach oceny ofert,
3. Oferta nr 3: SmallGIS sp. z o.o., ul. Wadowicka 8a, 30-415 Kraków, która uzyskała łącznie 100% punktów w określonych w SIWZ kryteriach oceny ofert.
4. Oferta nr 4 złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w składzie: (1) Instytut Badawczy Leśnictwa w Sękocinie Starym, ul. Braci Leśnej 3, 05-090 Raszyn, (2) MGGP Aero sp. z o.o., ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów, (3) Taxus IT sp. z o.o., ul. Płomyka 56a, 02-491 Warszawa (dalej łącznie jako „Konsorcjum IBL”, która uzyskała łącznie 72,69% punktów w określonych w SIWZ kryteriach oceny ofert

Z powyższego wynika, że ranking ofert w ramach Części I Postępowania kształtuje się w sposób następujący:

Oferta nr 3 złożona przez SmallGIS sp. z o.o. - 100% punktów,

Oferta nr 1 złożona przez Odwołującego - 73,79% punktów,

Oferta nr 4 złożona przez Konsorcjum IBL - 72,69% punktów,

Oferta nr 3 złożona przez OPEGIEKA sp. z o.o. - 66,93% punktów.

W dniu 29 stycznia 2020r. Zamawiający, za pomocą środków komunikacji elektronicznej, przekazał wykonawcom informację o wyborze jako najkorzystniejszej w Części I Postępowania oferty złożonej przez wykonawcę SmallGIS sp. z o.o.

Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 29 stycznia 2020r. o wyborze najkorzystniejszej oferty w Części I Postępowania (załącznik do odwołania).

Takie rozstrzygnięcie Postępowania w zakresie Części I nie może zostać uznane za prawidłowe z przyczyn, o których mowa poniżej.

#### Zarzut naruszenia art. 24 ust 5 pkt 2 i 4 Pzp

Zamawiający skorzystał z przewidzianej przez ustawodawcę możliwości i w Rozdziale 5

pkt 1 ppkt 1) SIWZ dla postępowania zastrzegł zastosowanie sankcji wykluczenia wykonawcy w przypadku ziszczenia się fakultatywnych przesłanek wykluczenia, określonych w art. 24 ust 5 pkt 1 lub 2 lub 4 Pzp.

Pismem z dnia 14 listopada 2019r. (dalej - „Pismo Odwołującego”) Odwołujący powiadomił Zamawiającego, że z pozyskanych przez Odwołującego informacji i dokumentów wynika, iż wykonawca SmallGIS, z przyczyn leżących po jego stronie, nienależycie wykonał w stopniu istotnym wcześniejsze umowy w sprawie zamówienia publicznego:

- 1) umowę z dnia 13 lipca 2018 r. zawartą ze Skarbem Państwa - Państwowym Gospodarstwem Leśnym Lasy Państwowe - Regionalną Dyрекcją Lasów Państwowych we Wrocławiu (dalej - RDLP Wrocław) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znak postępowania ZA.270.1.4.2018 (dalej - Umowa z RDLP Wrocław) oraz
- 2) umowę z dnia 13 czerwca 2018 r. zawartą ze Skarbem Państwa - Państwowym Gospodarstwem Leśnym Lasy Państwowe Nadleśnictwem Łomża w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znak postępowania ZA.270.3.2018 (dalej - „Umowa z Nadleśnictwem Łomża”).

Dowód: pismo Odwołującego z dnia 14 listopada 2019r. (załącznik do odwołani),  
umowa nr 45/2018 z dnia 13 lipca 2018r. (załącznik do odwołania),  
umowa nr ZG.271.11.2018 z dnia 13 czerwca 2018r. (załącznik do odwołania).

Przedmiotem Umowy z RDLP Wrocław było wykonanie zdjęć fotogrametrycznych oraz ortofotomapy dla ośmiu nadleśnictw RDLP we Wrocławiu, w terminie do dnia 31 sierpnia 2018r. (§ 3 ust. 1 Umowy z RDLP Wrocław).

Dowód: umowa nr 45/2018 z dnia 13 lipca 2018r. (załącznik do odwołania).

Z kolei w ramach wykonania Umowy z Nadleśnictwem Łomża wykonawca SmallGIS był zobligowany do wykonania lotniczych zdjęć fotogrametrycznych oraz ortofotomapy dla zasięgu terytorialnego Nadleśnictwa Łomża. Stosownie do § 3 ust 1 Umowy z Nadleśnictwem Łomża zdjęcia fotogrametryczne miały być wykonywane w okresie od 1 czerwca do 31 sierpnia 2018r.

Dowód: umowa nr ZG.271.11.2018 z dnia 13 czerwca 2018r. (załącznik do odwołania).

Zamawiający, pismem z dnia 9 grudnia 2019 r. wezwał wykonawcę SmallGIS do złożenia wyjaśnień dotyczących okoliczności podniesionych w Piśmie Odwołującego oraz, na podstawie art w 24 ust 8 Pzp, do niezwłocznego przedstawienia przez wykonawcę SmallGIS dowodów na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności m.in. udowodnienia naprawiania szkody, wyczerpującego

wyjaśnienia stanu faktycznego oraz podjęcia konkretnych środków technicznych organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy.

Zamawiający wyraźnie przy tym wskazał, że wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego powinno w szczególności dotyczyć 1) oświadczenia JEDZ, w którym wykonawca SmallGIS wskazał na brak ziszczenia się w stosunku do niego przesłanek wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 oraz art 24 ust 5 pkt 4 Pzp, 2) wyjaśnienia czy zamówienie realizowane na podstawie Umowy z RDLP Wrocław zostało zrealizowane zgodnie z umową, czy na wykonawcę nałożono kary oraz czy zamawiający rozwiązał tę umowę z tytułu okoliczności leżących po stronie wykonawcy SmallGIS, 3) wyjaśnienia czy zamówienie realizowane na podstawie Umowy z Nadleśnictwem Łomża zostało zrealizowane zgodnie z umową, czy na wykonawcę nałożono kary oraz czy zamawiający rozwiązał tę umowę z tytułu okoliczności leżących po stronie wykonawcy SmallGIS.

Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 9 grudnia 2019r. (załącznik do odwołania).

W odpowiedzi datowanej na 16 grudnia 2019 r. wykonawca SmallGIS wskazał, że w jego ocenie odstępując od Umowy z RDLP Wrocław zamawiający RDLP Wrocław dopuściło się nadużycia, gdyż do dnia 31.08.2019r. wykonawca SmallGIS dokonał rejestracji 6 z 8 Nadleśnictwa (wykonał zdjęcia fotogrametryczne oraz ortofotomapy), natomiast zamówienie w zakresie opracowań dla dwóch nadleśnictw nie zostało wykonane, z uwagi na panujące warunki atmosferyczne tj. występowanie chmur typu cumulus, które uniemożliwiały „rejestrację zdjęć w wyznaczonym terminie”.

Nadto wykonawca wskazał, iż wystąpił do RDLP Wrocław z wnioskiem o zawarcie aneksu do Umowy z RDLP Wrocław, wydłużającego termin wykonania jej przedmiotu, jednakże zamawiający nie wyraził na to zgody. Finalnie brakujące opracowania zostały wykonane po upływie terminu wykonania Umowy z RDLP Wrocław, tj. we wrześniu 2018 r. Zamawiający odmówił również dokonania odbioru częściowego przedmiotu Umowy z RDLP Wrocław, wskazując, że łącząca strony umowa w sprawie zamówienia publicznego nie przewiduje możliwości częściowych odbiorów dla poszczególnych nadleśnictwa, a w konsekwencji - zapłaty wynagrodzenia w częściach, podnosząc ponadto, że nie przyjmie opracowań sporządzonych na podstawie zdjęć wykonanych we wrześniu. Podsumowując wykonawca uznał, że RDLP Wrocław niezasadnie odmówił zawarcia aneksu terminowego do umowy oraz nie mając ku temu powodów odstąpił od umowy,

W odniesieniu do Umowy z Nadleśnictwem Łomża wykonawca SmallGIS potwierdził, że zamawiający skorzystał z prawa odstąpienia od umowy „z uwagi na w jego ocenie niekompletność i nieterminowość przedłożonego przedmiotu zamówienia.” Wskazał

jednakże, że w jego ocenie niekompletność wykonanego dzieła wynikała z przyczyn niezależnych od wykonawcy i stanowiła konsekwencje niedostępności przez zamawiającego granic terytorialnych nadleśnictwa w postaci pliku shp, „który wskazywałby na granice przedmiotu zamówienia”. Z tego bowiem powodu, opierając się na danych pobranych z Państwowego Rejestru Granic, prowadzonego przez Główny Urząd Geodezji i Kartografii, wystąpiła rozbieżność pomiędzy wykonanym opracowaniem a rzeczywistym obszarem Nadleśnictwa Łomża. Nadto wyjaśnił że w zamawiający uzasadniając odstąpienie od Umowy z Nadleśnictwem Łomża powołał się wyłącznie na zwłokę w wykonaniu przedmiotu tej umowy, nie zaś na nienależyte wykonanie jej przedmiotu.

Podsumowując wykonawca SmallGIS uznał, że nie zachodzą wobec niego przesłanki wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, gdyż w rozpatrywanej sytuacji faktycznej nie doszło do niewykonania czy nienależytego wykonania umów z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, co w konsekwencji powoduje nieziszczenie się przesłanek wykluczenia związanych ze złożeniem w postępowaniu nieprawdziwych informacji, jak również nie skutkuje zaistnieniem warunków dla skorzystania z instytucji self-cleaningu. Finalnie zatem wykonawca SmallGIS nie dokonał samooczyszczenia.

Dowód: pismo SmallGIS z 16 grudnia 2018r. (załącznik do odwołania)

Mając na uwadze treść złożonych wyjaśnień, Zamawiający uznał, iż wykonawca SmallGIS nie podlega wykluczeniu z postępowania i dokonał wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej.

Tymczasem wbrew twierdzeniom wykonawcy SmallGIS oraz wadliwej kwalifikacji prawnej dokonanej przez Zamawiającego, ziściły się przesłanki wykluczenia wykonawcy SmallGIS z postępowania, określone w art. 24 ust 5 pkt 2 i 4 Pzp z poniższych przyczyn.

Po pierwsze z treści wyjaśnień złożonych na wezwanie Zamawiającego przez wykonawcę SmallGIS, jak i jego korespondencji z RDLP Wrocław, którą Odwołujący składa w załączeniu do niniejszego odwołania, jako dowody na okoliczność ziszczenia się przesłanek wykluczenia wykonawcy SmallGIS na podstawie art 24 ust 5 pkt 2 i 4 Pzp wynika, że przyczyną odstąpienia przez zamawiającego od Umowy z RDLP Wrocław była zwłoka wykonawcy SmallGIS w kompletnym i należyтым wykonaniu przedmiotu tej umowy. Finalnie zatem wykonawca SmallGIS nie wykonał zobowiązania wynikającego z tej umowy.

Prawdziwości powyższego twierdzenia dowodzi treść oświadczenia RDLP Wrocław o odstąpieniu od Umowy z RDLP Wrocław, w którego uzasadnieniu jednoznacznie wskazano, że wykonawca SmallGIS nie dostarczył w zastrzeżonym terminie należycie wykonanych zestawów opracowań, o których mowa w § 3 ust. 3 Umowy z RDLP Wrocław dla ośmiu nadleśnictw, czyli wszystkich nadleśnictw, których dotyczyła Umowa z RDLP Wrocław. Zamawiający wskazał przy tym, iż przekazane przez wykonawcę SmallGIS w



dniach 6 i 13 listopada 2018r. (a więc z naruszeniem zastrzeżonego terminu 31 października 2018r.) dane były niekompletne. Brak ten miał przy tym dla zamawiającego istotne znaczenie, gdyż uniemożliwiał przeprowadzenie procedur odbiorowych, opisanych w § 3 ust. 5 Umowy z RDLP Wrocław, a w konsekwencji implikował nieuzyskanie przez RDLP Wrocław opracowań, stanowiących przedmiot zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Doszło tym samym do stanu braku spełnienia świadczenia przez wykonawcę SmallGIS.

Wykonawca SmallGIS zdaje się przy tym nie dostrzegać, iż bezpośrednią przyczyną niewykonania w sposób należyty Umowy z RDLP Wrocław nie były doskonale mu znane postanowienia Umowy z RDLP Wrocław (których nie kwestionował poprzez korzystanie ze środków ochrony prawnej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które poprzedziło zawarcie Umowy z RDLP Wrocław) czy rzekome niesprzyjające warunki atmosferyczne uniemożliwiające wykonanie zdjęć, a brak potencjału technicznego pozwalającego na należyte wykonanie przedmiotu Umowy z RDLP Wrocław.

Przedmiotem Umowy z RDLP Wrocław było bowiem wykonanie opracowań dla obszaru 4008 km<sup>2</sup>, w tym w szczególności wykonanie zdjęć lotniczych w precyzyjnie określonym przez RDLP Wrocław terminie - tj. od 13 lipca (data zawarcia Umowy z RDLP Wrocław) do 31 sierpnia 2018 r. Kompletne opracowania, stanowiące przedmiot Umowy z RDLP Wrocław miały zostać przy tym przekazane w terminie do 31 października 2018 r. (§ 3 ust 3 Umowy z RDLP Wrocław). Do dyspozycji został użyty samolot ultralekki i kamera średnioformatowa. System taki potrzebuje średnio 2-3 razy więcej czasu na rejestrację zobrażeń w porównaniu do systemów kamer wielkoformatowych zamontowanych na dwusilnikowych samolotach. Takimi systemami (samolot dwusilnikowy i kamera wielkoformatowa) dysponowali pozostali oferenci w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w wyniku którego nastąpiło zawarcie Umowy z RDLP Wrocław tj- MGGP Acro sp. z o.o. i Odwołujący.

Dowód: umowa nr 45/2018 z dnia 13 lipca 2018r. (załącznik do odwołania).

Nie istnieje przy tym jednoznacznie zdefiniowane rozróżnienie kamer średnioformatowych i wielkoformatowych. Według interpretacji przyjętej przez RDLP Wrocław w informacji nr 1 z dnia 13.06.2018r., dotyczącej postępowania o udzielenie zamówienia w następstwie którego zawarto Umowę z RDLP Wrocław, za kamerę wielkoformatową można uznać kamerę o rozdzielczości co najmniej 100 mpx. W branży fotolotniczej kamera wykorzystywana przez wykonawcę SmallGIS kwalifikowana jest do grupy kamer średnioformatowych (mniej wydajnych oraz dokładnych).

Dowód: informacja nr 1 z dnia 13 czerwca 2019r. (załącznik do odwołania).

Potencjał SmallGIS, jakkolwiek spełniał minimalne poziomy zdolności dotyczące potencjału technicznego, określone przez RDLP Wrocław (być może określone na zbyt niskim poziomie), to nie pozwalał na wykonanie Umowy z RDLP Wrocław w sposób należyty. Podmiot świadczący zawodowo profesjonalne usługi w zakresie fotogrametrii lotniczej powinien prawidłowo określić zakres i rodzaj niezbędnych zasobów w aspekcie potencjału technicznego (sprzętu), tak aby możliwe było należyte wykonanie zamówienia, już na etapie planowania realizacji zamówienia dla RDLP Wrocław wykonawca SmallGIS powinien był zaangażować sprzęt adekwatny do rodzaju i zakresu prac. W opinii Odwołującego, bazującej na jego wieloletnim doświadczeniu w zakresie realizacji usług, stanowiących przedmiot Umowy z RDLP Wrocław, należyta realizacja tego zamówienia wymagała dysponowania przez wykonawcę co najmniej podwojonym systemem SmallGIS lub jednym system złożonym z dwusilnikowego samolotu i kamery wielkoformatowej o rozdzielczości co najmniej 250 Mpx. Taką infrastrukturą wykonawca SmallGIS niewątpliwie nie dysponował.

W świetle powyższego, gdyby zatem wykonawca SmallGIS dysponował odpowiednim sprzętem technicznym, takim jak pozostali wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w wyniku którego zawarto Umowę z RDLP Wrocław, wówczas byłby zdolny do należytego wykonania zamówienia we wskazanym przez RDLP Wrocław przedziale czasowym.

Zważyć również należy, iż nawet biorąc pod uwagę faktycznie posiadane przez wykonawcę SmallGIS zasoby techniczne, możliwe było należyte wykonanie zdjęć stanowiących przedmiot Umowy z RDLP Wrocław. Wykonawca SmallGIS nie wykorzystał jednakże optymalnie tzw. okien pogodowych, czego należałoby oczekiwać od podmiotu profesjonalnie trudniącego się usługami tego rodzaju.

Przede wszystkim podnieść trzeba, że analiza archiwalnych warunków pogodowych wskazuje, że odpowiednie warunki do wykonania zdjęć występowały przykładowo:

- (1) 14 lipca 2018 r. w godzinach 7.25-11.00,
  - (2) 20 lipca 2018 r. w godzinach 7.30-12.30, a nie dopiero po południu, jak twierdzi wykonawca SmallGIS,
  - (3) 29 lipca 2018 r. w godz. 7.30-10.00,
- jak również w inne dni, przypadające w umownym terminie wykonywania zdjęć w ramach Umowy z RDLP Wrocław.

Dowód:

- raporty pogodowe dla Świdnicy z okresu 1-29 lipca 2018 r. (załącznik do odwołania);
- raporty pogodowe dla Świdnicy z okresu 1-26 sierpnia 2018r. (załącznik do odwołania);

- raporty pogodowe dla Bystrzycy Kłodzkiej z okresu 19-31 sierpnia 2018r. (załącznik do odwołania);
- raporty pogodowe dla Łądka- Zdroju z dnia 31 lipca, 1, 17, 20 sierpnia 2018 r. (załącznik do odwołania);
- raporty pogodowe dla Lwówka Śląskiego z dnia 31 lipca, 20 sierpnia 2018 r. (załącznik do odwołania);
- raporty pogodowe dla Międzyzlesia z dnia 31 lipca, 29 sierpnia 2018 r. (załącznik do odwołania);
- raporty pogodowe dla Złotoryi z dnia 31 lipca 1, 17, 20 sierpnia 2018r. (załącznik do odwołania);
- raporty pogodowe dla Jugowa z dnia 17, 20, 29 sierpnia 2018r. (załącznik do odwołania);
- raporty pogodowe dla Łomży z okresu 1 lipca - 31 sierpnia 2018r. (załącznik do odwołania).

Okresy występowania odpowiedniego kąta słońca, zgodnego z wymaganiami RDLP Wrocław dla Umowy z RDLP Wrocław, ilustruje również wykaz przygotowany przez Odwołującego, w oparciu o wyżej przywołane raporty.

Dowód: wykaz sporządzony przez Odwołującego (załącznik do odwołania).

W lipcu i sierpniu 2018 r. ryzyko wystąpienia zachmurzenia Cumulusami w godzinach południowych jest wysokie i dlatego misje fotogrametryczne muszą być planowane przez profesjonalnego wykonawcę o możliwie najwcześniejszych porach oraz w godzinach popołudniowych, kiedy takie zachmurzenia już znika. Zgodnie z Warunkami Technicznymi Zamówienia, które stanowiły załącznik do Umowy z RDLP Wrocław, zdjęcia mogły być pozyskiwane przy kącie słońca min 30 stopni. W lipcu warunki takie rozpoczynają się od ok godz. 7.30, w sierpniu od godz. 8:00-8.30.

Można domniemać, że nie wykorzystywanie odpowiednich okien pogodowych było spowodowane brakiem doświadczenia wykonawcy SmallGIS w planowaniu misji fotogrametrycznych, umyślnym działaniem, które wynikało z oszczędności kosztów dolotów do obiektów (wykonawca liczył na utrzymywanie się odpowiednich warunków pogodowych nad przedmiotowymi nadleśnictwami dłużej niż 3-4 godz. tak aby zmniejszyć liczbę przelotów pomiędzy lotniskiem bazowym a obiektem) lub zaangażowaniem w innych projektach fotogrametrycznych.

W opinii Odwołującego, opartej na wieloletnim, bogatym doświadczeniu w realizacji zamówień o przedmiocie analogicznym do Umowy z RDLP Wrocław, warunki które wystąpiły w terminie 13.07-31.08 umożliwiły rejestrację zdjęć dla wszystkich obszarów nadleśnictw.

Odwołujący akcentuje ponadto, że dane źródłowe przyjęte przez wykonawcę SmallGIS do analizy warunków meteorologicznych w złożonych przez niego wyjaśnieniach, stanowią zrzuty ekranowe z ogólnodostępnego serwisu sat24. Zdjęcia satelitarne obejmują obszar całej Europy bez podania godziny w jakiej zostały zarejestrowane. W takiej formie i skali informacji tych nie można zatem uznać za wiarygodne i właściwe do określania lokalnych warunków pogodowych. Biorąc pod uwagę dynamikę zmian pogody w okresie letnim, analizie powinny zostać poddane osobno szczegółowo okresy czasu w zakresie wymaganego kąta słońca (czyli przedziały godzinowe - tak jak uczynił to Odwołujący).

Wyjaśnienia w piśmie do Zamawiającego z dnia z 16 grudnia 2019 r. dotyczące braku możliwości pozyskania zdjęć dla RDLP Wrocław w okresie od 14.07.2018 są zatem nieścisłe i nierzetelne.

Z kolei w przypadku Umowy z Nadleśnictwem Łomża, przyczyną jej rozwiązania przez Zamawiającego (który to fakt wykonawca SmallGIS potwierdził w swoich wyjaśnieniach z dnia 16 grudnia 2018 r.) była ponad miesięczna zwłoka (dokładnie 38 dni) w skompletowaniu i przekazaniu zamawiającemu „wszystkich zamawianych produktów”, a w konsekwencji brak możliwości sporządzenia i podpisania protokołu zdawczo-odbiorczego, o którym mowa w § 3 ust 5 Umowy. Zwłoka ta była zaś następstwem nieprzedłożenia przez wykonawcę SmallGIS wykonanego należycie przedmiotu umowy.

Dowód:

- oświadczenie Nadleśnictwa Łomża z dnia 8 listopada 2018r. o odstąpieniu od umowy z wykonawcą SmallGIS (załącznik do odwołania);
- umowa nr ZG.271.11.2018 z dnia 13 czerwca 2018r. (załącznik do odwołania);
- pismo Nadleśnictwa Łomża do Zamawiającego z dnia 27 listopada 2019 r.

W ocenie Odwołującego, implikowanej jego wieloletnim doświadczeniem w świadczeniu tego rodzaju usług, przyczyną niewykonania Umowy z Nadleśnictwem Łomża było przyjęcie przez wykonawcę SmallGIS wadliwych założeń na etapie planowania misji fotogrametrycznych. Wykonawca SmallGIS nie wykonał bowiem odpowiednich założeń, które pozwoliłyby na uniknięcie problemu braku pokrycia obrazowaniami lotniczymi całego obszaru opracowania, wynikającymi z różnic przebiegu granic z GUGIK i Nadleśnictwa.

Całokształt wyżej przywołanych okoliczności faktycznych niewątpliwie podlega pozytywnej kwalifikacji normatywnej w świetle art 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Pzp, co oznacza ziszczenie się w stosunku do wykonawcy określonych w tych przepisach podstaw do wykluczenia.

W ocenie Odwołującego, wykonawca SmallGIS w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, gdyż w wyniku zamierzonego działania lub co najmniej rażącego niedbalstwa nie wykonał Umowy z RDLP Wrocław oraz Umowy z Nadleśnictwem Łomża, co w sposób jednoznaczny odpowiada (mając na uwadze treść dowodów zebranych przez Odwołującego) warunkom wykluczenia z art 24 ust 5 pkt 2 Pzp.

Rozpatrywana sytuacja faktyczna podlega również subsumpcji w świetle normy art. 24 ust 5 pkt 4 Pzp, gdyż wykonawca SmallGIS z przyczyn leżących po jego stronie, nienależycie wykonał w istotnym stopniu Umowę z RDLP Wrocław oraz Umowę z Nadleśnictwem Łomża, co doprowadziło do rozwiązania tych umów wskutek jednostronnych, prawokształtujących oświadczeń zamawiających o odstąpieniu od ww. umów ze SmallGIS z uwagi na zwłokę wykonawcy w wykonaniu ich przedmiotu.

Na wstępie należy zaakcentować, że zarówno przesłanka wykluczenia opisana w art 24 ust 5 pkt 2 Pzp, jak i przesłanka z art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp odwołują się do faktu obiektywnego, jakim jest niewykonanie lub nienależycie wykonanie zobowiązania przez wykonawcę umowy w sprawie zamówienia publicznego. W odniesieniu do przesłanki wykluczenia z art 24 ust 5 pkt 4 PZP regulacja normatywna wskazuje wprost na ziszczenie się podstawy wykluczenia w sytuacji, gdy wykonawca, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał lub nienależycie wykonał w istotnym stopniu uprzednią umowę w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do rozwiązania tej umowy. Taka zaś sytuacja miała miejsce zarówno w przypadku Umowy z RDLP Wrocław, jak i Umowy z Nadleśnictwem Łomża.

W wyroku z dnia 19 marca 2018 r., sygn. akt: KIO 429/18, KIO wskazała, że *„Wykluczenie wykonawcy na podstawie art 24 ust 5 pkt 2 p.z.p. może nastąpić w przypadku łącznego spełnienia przesłanek określonych przez ustawodawcę w tym przepisie, tj. konieczne jest stwierdzenie, iż dany wykonawca naruszył obowiązki zawodowe, nastąpiło to z jego winy. ma charakter poważny i w konsekwencji podważa jego uczciwość. Jak wskazał ustawodawca w treści ww. unormowania, w szczególności ma to miejsce w przypadku gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie. Stwierdzenie powyższego zamawiający musi być w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych.”* W rozpatrywanej sytuacji faktycznej, Zamawiający, w ocenie Odwołującego, dysponował środkami dowodowymi, wskazującymi na fakt nie wykonania zarówno Umowy z RDLP Wrocław, jak i Umowy z Nadleśnictwem Łomża. Katalog tych dowodów Odwołujący dodatkowo przy tym uzupełnia o dowody, stanowiące załączniki od niniejszego odwołania. Potwierdzają one w sposób z jednoznaczny nie wykonanie obu przywołanych powyżej umów w sprawie

zamówienia publicznego, wskazując dodatkowo na winę wykonawcy SmallGIS w tym zakresie.

Ziściła się również wymagana zarówno w treści art. 24 ust. 5 pkt 2, jak i pkt 4 Pzp przesłanka odnosząca się do stanu zawinienia wykonawcy. W wyroku z dnia 7 czerwca 2018 r., sygn. akt: KIO 1001/18, KIO zaakcentowała, że *„Rażące niedbalstwo, o którym mowa w art. 24 ust 5 pkt 2 p.z.p. jest postacią winy nieumyślnej i mamy z nim do czynienia wówczas, gdy sprawca szkody nie ma zamiaru wyrządzić szkody, ale narusza pewne normy prawne, społeczne lub zasady, bezpodstawnie licząc na to, że do szkody nie dojdzie, lub nie zdaje sobie sprawy z tego, że jego zachowanie narusza normy prawne, społeczne lub zasady, choć powinien mieć taką świadomość.”* W realiach niniejszej sprawy, wadliwa optymalizacja okien podogonowych przez wykonawcę SmallGIS, bez uwzględnienia zasobów sprzętowych, którymi wykonawca ten dysponował, skutkowałą niewykonaniem Umowy z RDLP Wrocław. Rzetelność wykonawcy SmallGIS podważa również prowadzona z RDLP Wrocław korespondencja, w której wykonawca oczekiwał podjęcia przez RDLP Wrocław działań sprzecznych z treścią łączącej strony umowy, jak również dokonania jej zmian w zakresie niedopuszczalnym w świetle obowiązujących przepisów Pzp. Działania wykonawcy SmallGIS wskazują, iż wykonawca ten nie zapoznał się dostatecznie wnikliwie z treścią Umowy z RDLP Wrocław, czego należałoby wymagać od podmiotu zawodowo trudniącego się prowadzeniem działalności gospodarczej, do którego stosować należy wyższy miernik staranności.

Dowód:

- pismo RDLP Wrocław z dnia 6.09.2018 r. (załącznik do odwołania);
- pismo SmallGIS z dnia 10.10.2018 r. (załącznik do odwołania);
- pismo RDLP Wrocław z dnia 19.10.2018 r. (załącznik do odwołania);
- pismo SmallGIS z dnia 5.11.2018 r. (załącznik do odwołania);
- pismo RDLP Wrocław z dnia 9.11.2018 r. (załącznik do odwołania);
- oświadczenie RDLP Wrocław o odstąpieniu od umowy z 29.11.2018 r. (załącznik do odwołania).

Z kolei przyczyną niewykonania Umowy z Nadleśnictwem Łomża było przyjęcie przez wykonawcę SmallGIS wadliwych założeń na etapie planowania misji fotogrametrycznych. Jak już bowiem wskazywał Odwołujący, Wykonawca SmallGIS nie wykonał bowiem odpowiednich założeń, które pozwoliłyby na uniknięcie problemu braku pokrycia zobrazowaniami lotniczymi całego obszaru opracowania, wynikającymi z różnic przebiegu granic z GUGIK i Nadleśnictwa. Niewykonanie odpowiednich założeń na etapie planowania misji fotogrametrycznych rozpatrywać przy tym należy jako fundamentalny błąd, mający

charakter poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, podważającego uczciwość wykonawcy SmallGIS.

Zarówno w przypadku Umowy z RDLP Wrocław, jak i Umowy z Nadleśnictwem Łomża, niewykonanie zobowiązania było konsekwencją odstąpienia przez zamawiającego od zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego z powodu zwłoki SmallGIS w wykonaniu przedmiotu tych umów, w sposób zgodny z wymaganiami zamawiających. Okoliczności te, w kontekście sposobu uregulowania zasad odbioru w Umowie z RDLP Wrocław i Umowie z Nadleśnictwem Łomża, które przewidywały odbiór wyłącznie kompletnego i należyście wykonanego przedmiotu umowy, przy uwzględnieniu finalnego niedoprowadzenia przez wykonawcę SmallGIS przygotowanych opracowań do stanu zgodności z wymaganiami zamawiających, doprowadziły do stanu zwłoki wykonawcy. Rozmiar tej zwłoki uzasadniał przy tym, - w przypadku obu rozpatrywanych umów - złożenie przez zamawiającego oświadczenia o odstąpieniu od umowy, a w konsekwencji powodował wystąpienie stanu niewykonania zobowiązania z przyczyn zawinionych przez wykonawcę. Te zaś okoliczności wypełniają przesłankę wykluczenia opisaną w art. 24 ust 5 pkt 2 Pzp.

Opisane w niniejszym odwołaniu okoliczności mogą również podlegać kwalifikacji, jako wypełniające przesłankę wykluczenia sformułowaną w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp.

W piśmiennictwie wskazuje się, że „ (...) pierwszą przesłanką zastosowania wykluczenia na podstawie art 24 ust 5 pkt 4 PZP są przyczyny leżące po stronie wykonawcy. Użyty przez ustawodawcę zwrot powoduje, że objął on dyspozycją komentowanego przepisu wszystkie przyczyny, które leżą po stronie wykonawcy, a nie tylko zawinione”.

Jednocześnie przepis art 24 ust. 5 pkt 4 Pzp kładzie nacisk na niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w istotnej części jako okoliczność samodzielna, która zaistniała w dotychczasowej karierze zawodowej wykonawcy, co miało miejsce w rozpatrywanej sytuacji faktycznej.

Zgodnie z poglądem zaprezentowanym przez KIO w wyroku z dnia 3 lutego 2017 r., sygn. akt: KIO 139/17 „Przez istotność nienależytego wykonania lub niewykonania umowy, o której mowa w art 24 ust 5 pkt 4 p.z.p., należy rozumieć nie tylko odpowiednio istotny wartościowo lub rzeczowo zakres nienależytego lub niewykonania świadczenia wykonawcy w stosunku do przewidzianego zawartą umową, ale również spełnianie przez wykonawcę świadczenia nieodpowiadającego istotnym dla zamawiającego wymaganiom, które były zapisane w umowie, a także powtarzające się nagminnie takie same wady świadczenia wykonawcy, choćby nie w zakresie najistotniejszych wymagań, w tym notoryczne niedochowanie terminu wykonania zamówienia.”

Z kolei wyroku z dnia 14 września 2018 r., sygn. akt: KIO 1736/18 KIO wskazała, że „Ocena stopnia nienależytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego nie może być dokonywana wyłącznie przez pryzmat wartości, czy też zakresu przedmiotu

zamówienia, który został niewykonany albo nienależycie wykonany. Dokonując oceny w ww. zakresie należy wziąć pod uwagę także okoliczności, na które wskazuje ustawodawca unijny, w tym wystąpienie poważnych braków w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów określonych w umowie, które mogą wystąpić w postaci niedostarczenia produktu, znaczących wad dostarczonego produktu, powodujących ich niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem." W rozpatrywanej sytuacji faktycznie w przypadku obu umów wystąpił istotny stopień nienależytego wykonywania zobowiązania przez wykonawcę SmallGIS, który spowodował odstąpienie od umów przez zamawiających, a w konsekwencji - niespełnienie przez wykonawcę SmallGIS zobowiązań umownych.

Na marginesie Odwołujący podnosi, że nawet gdyby zamawiający z którymi wykonawca SmallGIS zawarł ww. umowy w sprawie zamówienia publicznego przyczynili się do niewykonania tych umów (która to sytuacja w ocenie Odwołującego nie zachodzi), to okoliczność ta i tak nie wyłączałyby sankcji wykluczenia wykonawcy z postępowania, przy spełnieniu pozostałych okoliczności, o których mowa w art 24 ust 5 pkt 4 Pzp, na co słusznie wskazała KIO w wyroku z dnia 3 sierpnia 2018 r. KIO 1428/18.

Ponadto Odwołujący z ostrożności procesowej wskazuje, że na aktualnym etapie procedowania nie ma podstaw prawnych dla skorzystania przez wykonawcę SmallGIS z instytucji self-cleaningu.

Przepis art 24 ust 8 Pzp stanowi, że wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie ust 1 pkt 13 i 14 oraz 16-20 lub ust. 5 Pzp, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się, jeżeli wobec wykonawcy, będącego podmiotem zbiorowym, orzeczono prawomocnym wyrokiem sądu zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz nie upłynął określony w tym wyroku okres obowiązywania tego zakazu. Wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust 8. (tak art. 24 ust. 9 PZP).

Zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem prezentowanym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: „KIO” lub „Izba”) „*celem self-cleaningu jest wykazanie przez danego wykonawcę, że pomimo zaistnienia okoliczności uzasadniającej wykluczenie go z postępowania, jest on wykonawcą rzetelnym i dającym rękojmię należytego wykonania*



*umowy. Nie jest więc niczym niezwykłym i niedozwolonym, by wykonawca przywoływał argumenty i dowody świadczące o tej rzetelności. Nie ma też jednego, konkretnego sposobu, jak wykonawca ma to wykazać, a sam sposób takiego wykazania rzetelności zależy głównie od rodzaju i przyczyn zdarzenia, którego samooczyszczenie dotyczy."* (tak KIO w wyroku z dnia 28 września 2018r., sygn. akt: KIO 1797/18). W orzeczeniu z dnia 27 marca 2018r., sygn. akt: KIO 444/18, KIO, odnosząc się do art. 57 ust. 6 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. U. UE. L. z 2014 r. Nr 94, str. 65 z późn. zm.) wyjaśniała, iż *„Instytucja self-cleaningu służy temu, że nawet w przypadku stwierdzenia określonych naruszeń zamawiający nie będzie uprawniony do wykluczenia wykonawcy, jeżeli ten ostatni udowodni, iż podjął środki zaradcze w celu wyeliminowania powstania takich naruszeń w przyszłości, jak też w celu naprawienia szkody."*

W orzecznictwie KIO podkreśla się, że warunkami koniecznymi dla dokonania skutecznego self-cleaningu są potwierdzenie i akceptacja przez wykonawcę, że zaistniała wobec niego jedna z przesłanek wykluczenia ujętych w treści art 24 ust 8 Pzp oraz wykazanie, że podjęte przez niego środki (odpowiednio udowodnione) są wystarczające w celu zapobiegania nieprawidłowościom skutkującym wykluczeniem go z postępowania (tak KIO m.in. w wyroku z dnia 2 maja 2018r., sygn. akt: KIO 596/18). *„Elementem procedury samooczyszczenia powinno być wyczerpujące wyjaśnienie przez wykonawcę stanu faktycznego sprawy oraz udowodnienie, że podjęte przez niego środki są wystarczające do stwierdzenia jego rzetelności, a także podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, odpowiednich do zapobieżenia dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy oraz naprawienie szkody. Zamawiający zaś ze swojej strony musi dokonać oceny tych działań, uwzględniając m.in. wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy."* (tak KIO w wyroku z dnia 28 września 2018r., sygn. akt: KIO 1797/18). Ustawodawca nie określa przy tym ani nawet nie wskazuje, jakimi środkami dowodowymi winien posłużyć się wykonawca w celu wykazania swojej rzetelności.

W wyroku z dnia 15 czerwca 2018r., sygn. akt: KIO 997/18 Izba wskazała natomiast, że *„Norma zawarta w art 24 ust 1 pkt 17 p.z.p. stanowi o wykluczeniu wykonawcy, gdy informacje wprowadzające zamawiającego w błąd przedstawione zostaną w sposób zawiniony, przy czym wystarczające jest wykazanie winy nieumyślnej w postaci lekkomyślności - rozumianej jako brak zamiaru co do bezprawnego działania, jednak przy świadomości, że działanie może naruszać prawo, lub niedbalstwa - kiedy wykonawca wprost nie przewiduje skutku, jakim jest wprowadzenie zamawiającego w błąd, podczas gdy skutek ten mógł i powinien być przewidzieć. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia, aby upewnił się czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości."*

Tymczasem wykonawca SmallGIS, w swoich wyjaśnieniach z dnia 16.12.2019r. wyraźnie zaprzeczył istnieniu w stosunku do niego przesłanek wykluczenia, określonych w art. 24 ust. 1 pkt 16,17 Pzp oraz art 24 ust 5 pkt 4 Pzp, tym samym nie spełniając kluczowego warunku dla skorzystania z instytucji samooczyszczenia.

Ewentualne próby dokonania self-cleaningu na etapie postępowania odwoławczego muszą przy tym zostać zakwalifikowane jako spóźnione, odwołać można się chociażby do wyroku KIO z dnia 14 czerwca 2018r., sygn. akt: KIO 1102/18, w którym KIO jednoznacznie wskazała, że *„instytucja samooczyszczenia jest podejmowana z inicjatywy samego wykonawcy, w sytuacji, gdy ten ma świadomość i wie że podlega wykluczeniu. (...) Późniejsze, następcze w wyniku wezwania zamawiającego czy po podjęciu przez niego decyzji o wykluczeniu samooczyszczenie wykonawcy wypaczałoby sens tej instytucji.”* Analogiczne stanowisko KIO zaprezentowała w wyroku z dnia 28 lutego 2018r., sygn. akt: KIO 274/18 uznając, że *„Łączna interpretacja art 24 ust 8 i 9 p.z.p. prowadzi do wniosku, że to wykonawca ma wystąpić z inicjatywą samooczyszczenia i przedstawić zamawiającemu dokumenty dające mu podstawę do odstąpienia od obowiązku wykluczenia tego wykonawcy. Procedura wskazana w art 24 ust 8 p.z.p. służy dobrowolnemu naprawieniu szkody - wykonawca winny wprowadzenia w błąd musi się do tego przyznać, zanim fakt ten uświadomi sobie zamawiający. W przeciwnym wypadku zastosowanie ma art. 24 ust 1 pkt 16 i 17 p.z.p. Przepis ten nie przewiduje możliwości zaoferowania wykonawcy "drugiej szansy”.*

W kontekście powyższego uznać należy, że wykonawca SmallGIS nie może skutecznie dokonać self-cleaningu na aktualnym etapie postępowania, tj. w toku postępowania odwoławczego.

#### Zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp

Konsekwencją wykazania ziszczenia się wobec wykonawcy SmallGIS przesłanek wykluczenia, określonych w art 24 ust 5 pkt 2 i 4 Pzp jest przy tym zaistnienie także przesłanki sformułowanej w art 24 ust 1 pkt 16 Pzp.

Przywołany wyżej przepis obliguje zamawiającego do wykluczenia wykonawcy, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

Przepis art. 24 ust 1 pkt 16 Pzp przede wszystkim dotyczy sytuacji, w której wykonawca oświadcza nieprawdę, czyli przeinacza fakty albo potwierdza nieistniejące

okoliczności. Wprowadzenie w błąd musi przybrać formę zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa (tak KIO w wyroku z dnia 18 czerwca 2019r., sygn. akt KIO 1014/19).

*W orzecznictwie KIO wskazuje się, że „dla zastosowania przesłanki wykluczenia wykonawcy na podstawie art 24 ust 1 pkt 16 p.z.p., łącznie muszą zostać spełnione następujące przesłanki: przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, którą wprowadziła zamawiającego w błąd, błąd ten polegał na przyjęciu przez zamawiającego, że wykonawca nie podlega wykluczeniu a przedstawienie informacji jest wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Istotne znaczenie ma przy tym charakter informacji, gdyż w art 24 ust 1 pkt 16 p.z.p. ustawodawca wskazał wprost, że norma ta dotyczy wprowadzenia zamawiającego w błąd wyłącznie przy wykazywaniu braku podstaw do wykluczenia, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, a zatem informacji w zakresie sytuacji podmiotowej wykonawcy, których ocena decyduje o udziale wykonawcy w postępowaniu.” (tak KIO w wyroku z dnia 8 lipca 2019r., sygn. akt: KIO 1070/19).*

Uzasadniając wyrok z dnia 11 czerwca 2019 r., w sprawie o sygn. akt: KIO 914/19, KIO zaakcentowała, że *„Należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie, co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności.”*

Z kolei w wyroku z dnia 8 lutego 2019r., sygn. akt: KIO 100/19 KIO zajęło stanowisko zgodnie z którym *„Zawarta w przepisach przesłanka wprowadzenia zamawiającego w błąd polega na przedstawieniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, czyli zaistnienia sprzeczności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę, a rzeczywistością. Stan ten zaistnieje, gdy przedstawione zostaną informacje obiektywnie nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, który ma znaczenie dla danego postępowania. Na skutek podania takich informacji zamawiający zostaje wprowadzony w błąd, czyli nabiera mylnego wyobrażenia o stanie faktycznym lub też skutkuje to po jego stronie brakiem jakiegokolwiek wyobrażenia o nim. Istotne znaczenie ma charakter informacji, gdyż zaznaczyć należy, że w art 24 ust 1 pkt 16 p.z.p. ustawodawca wskazał wprost, że norma ta dotyczy wprowadzenia zamawiającego w błąd wyłącznie przy wykazywaniu braku podstaw do wykluczenia, spełnianiu warunków lub kryteriów selekcji, a zatem informacji w zakresie sytuacji podmiotowej wykonawcy, których ocena decyduje o udziale wykonawcy w postępowaniu.”*

Odnosząc wyżej przywołane tezy z orzecznictwa do sytuacji zaistniałej w postępowaniu skonstatować należy, że ziszcila się określona w art 24 ust. 1 pkt 16 Pzp przesłanka wykluczenia wykonawcy SmallGIS z postępowania, gdyż wykonawca ten

oświadczył w złożonym oświadczeniu JEDZ, iż nie podlega wykluczeniu na podstawie art 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Pzp. W wyjaśnieniach z dnia 16 grudnia 2019 r. ponownie wskazał, na wyraźne zapytanie Zamawiającego, iż nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art 24 ust. 5 pkt 4 Pzp oraz art 24 ust 1 pkt 16 Pzp. Tymczasem całokształt wyżej przedstawionych okoliczności faktycznych, które muszą być wykonawcy SmallGIS znane, gdyż bezpośrednio go dotyczą, wskazuje na ziszczenie się w stosunku do wykonawcy SmallGIS przesłanek wykluczenia określonych w art, 24 ust 5 pkt 2 i 4 Pzp. Brak zaś wskazania w oświadczeniu JEDZ na zaistnienie tych podstaw, a następnie kategoryczne im zaprzeczenie w wyjaśnieniach z dnia 16 grudnia 2018r., aktualizuje dodatkowo przesłankę wykluczenia z art 24 ust 1 pkt 16 Pzp.

Dowód: oświadczenie JEDZ złożone przez wykonawcę SmallGIS wraz z ofertą (załącznik do odwołania).

Co więcej, przesłanka wykluczenia z art 24 ust 1 pkt 16 Pzp miałaby zastosowanie również w przypadku, gdyby nie doszło do ziszczenia się przesłanek wykluczenia z art 24 ust 5 pkt 2 czy 4 Pzp. Należy bowiem zauważyć, że w oświadczeniu JEDZ na pytanie o treści „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 SmallGIS udzielił odpowiedzi „NIE”. Treść zapytania, jak wynika z jego literalnego brzmienia, dotyczyła ogółu rozwiązanych umów w sprawie zamówienia publicznego czy z podmiotami zamawiającymi, nie zaś tylko tych umów, których rozwiązanie nastąpiło z przyczyn zawinionych przez wykonawcę. Gdyby bowiem ustawodawca w analizowanym fragmencie oświadczenia JEDZ wymagał udzielenia informacji tylko w tak wąskim zakresie, to w odmienny sposób ukształtowałby treść zapytania. W konsekwencji wykonawca SmallGIS złożył sprzeczne z rzeczywistością oświadczenie, że nie doszło do rozwiązania z nim wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, mimo iż taka sytuacja miała miejsce w przypadku Umowy z RDLP Wrocław i Umowy z Nadleśnictwem Łomża, co już samo w sobie wypełnia przesłankę wykluczenia z art 24 ust 1 pkt 16 Pzp.

Wykonawca SmallGIS uznając, że mimo uprzedniego rozwiązania z nim umów w sprawie zamówienia publicznego, nadal daje rękojmię należytego wykonania zamówienia, winien był w oświadczeniu JEDZ przede wszystkim wskazać, że taka sytuacja miała miejsce, a następnie wyczerpująco wyjaśnić okoliczności faktyczne z nią związane, w celu umożliwienia dokonania przez Zamawiającego rzetelnej oceny pełnej sytuacji faktycznej. Tymczasem wykonawca SmallGIS złożył sprzeczne z prawdą oświadczenie, którym

wprowadził w Zamawiającego w błąd, skutkujący finalnym wyborem jego oferty jako najkorzystniejszej.

W świetle wyżej przywołanej argumentacji, Zamawiający winien był dokonać czynności wykluczenia wykonawcy SmallGIS również z uwagi na ziszczenie się przesłanki wykluczenia określonej w art., 24 ust 4 pkt 16 Pzp.

#### Zarzut naruszenia art. 24 ust. 4 Pzp

Immanentną konsekwencją wykluczenia wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, niezależnie od przyjętej podstawy prawnej, jest uznanie złożonej przez niego oferty za odrzuconą na podstawie art 24 ust. 4 Pzp.

Skoro zatem ziściły się opisane w art. 24 ust 5 pkt 2 i 4 Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp przesłanki wykluczenia wykonawcy SmallGIS, co Odwołujący wykazał w poprzedniej części swojego odwołania, to Zamawiający winien był uznać ofertę złożoną przez wykonawcę SmallGIS za odrzuconą. Niedokonanie przez Zamawiającego tej czynności stanowi naruszenie dyspozycji normy art. 24 ust 4 Pzp.

#### Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 pzp w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp

Wyżej zarzucane Zamawiającemu uchybienie jest w istocie kaskadową, niejako naturalną konsekwencją zaniechania czynności wykluczenia wykonawcy SmallGIS na podstawie art 24 ust. 1 pkt 16 Pzp i art 24 ust 5 pkt 2 i 4 Pzp oraz uznania złożonej przez niego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust 4 Pzp.

Powyższe zaniechania Zamawiającego skutkowały bowiem wyborem jako najkorzystniejszej oferty, która winna zostać uznana za odrzuconą z uwagi na jej złożenie przez wykonawcę, który podlega wykluczeniu, podczas gdy w rzeczywistości ofertą najkorzystniejszą w Postępowaniu, w zakresie Części I jest oferta Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze wszystkie podniesione zarzuty oraz przywołane na ich poparcie okoliczności faktyczne Odwołujący wnosi jak na wstępie.

Do postępowania odwoławczego, dnia 12 lutego 2020 zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca SmallGis Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej Przystępujący) wnosząc o oddalenie odwołania.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego**

**złożonych pisemnie oraz ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:**

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 9 lutego 2020 roku wobec wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części pierwszej dokonanej w dniu 29 stycznia 2020 r.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba stwierdziła także skuteczność wniesionego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Zgłoszenie przystąpienia nastąpiło z zachowaniem terminu określonego w art. 185 ust. 2 Pzp Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu – co również zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie złożoną do akt sprawy, odpowiedź na odwołanie, pismo procesowe Przystępującego, dowody złożone w sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie na posiedzeniu i rozprawie, do protokołu.

**Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Zamawiający w treści SIWZ Rozdział 5 pkt 1 b i c ustanowił m.in. następujące przesłanki wykluczenia z postępowania:

1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy:

- 1) nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 24 ust.1, przy czym dodatkowo zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy:
  - b) który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania

lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych;

- c) który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4 ustawy Pzp, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

Izba ustaliła, iż Przystępujący, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą złożył oświadczenie JEDZ, w którym:

- na str. 13 w odpowiedzi na pytanie „Czy wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego? W stosownych przypadkach zob. definicje w prawie krajowym, stosownym ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia” udzielił odpowiedzi „Nie”, oraz
- na str. 14 w odpowiedzi na pytanie „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową? udzielił odpowiedzi „Nie”.

Izba ustaliła również, że zawarł w dniu 13 czerwca 2018 r. Przystępujący zawarł umowę Nr ZG.271.11.2018 z Nadleśnictwem Łomża na „Wykonanie lotniczych zdjęć fotogrametrycznych i ortofotomapy dla zasięgu terytorialnego Nadleśnictwa Łomża” w ramach realizacji której, na Przystępującego została nałożona kara umowna, oraz w dniu 13 lipca 2018 r. Przystępujący zawarł umowę Nr 45/2018 z RDLP Wrocław na realizację usługi pn. „Wykonanie zdjęć fotogrametrycznych oraz ortofotomap dla ośmiu nadleśnictw RDLP we Wrocławiu” w ramach której na Przystępującego została również nałożona kara umowna. Umowa z Nadleśnictwem Łomża w § 6, a umowa z RDLP Wrocław w § 8, zawierała identyczne regulacje dotyczące prawa odstąpienia przez Zamawiającego od umowy o następującej treści:

1. Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od niniejszej umowy, bez jakichkolwiek roszczeń Wykonawcy w następujących przypadkach:
  - a) Wykonawca przekroczył terminy wykonania umowy, określone w § 3 ust. 3 o więcej niż 14 dni;
  - b) Wykonawca wykonał przedmiot umowy w sposób wadliwy, uniemożliwiający jego wykorzystanie do celów do jakich był przewidziany, a usunięcie wad jest możliwe w terminie 14 dni.

2. Odstąpienie od umowy winno mieć formę pisemną, pod rygorem nieważności i winno zawierać uzasadnienie.
3. Zamawiający nie jest zobowiązany do wyznaczenia terminu dodatkowego w przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn podanych w § 8 ust. 1 pkt. a.

Dnia 29 listopada 2018 r. RDLP Wrocław skierowało do Przystępującego pisemne oświadczenie o odstąpieniu od umowy nr 45/2018 z dnia 13 lipca 2018 r. podając uzasadnienie odstąpienia, w którym wskazał, że do chwili obecnej umowa nie została wykonana a przekroczenie terminu jej wykonania wyniosło ponad 14 dni.

Pismem z dnia 8 listopada 2018 r. Nadleśnictwo Łomża odstąpiło od umowy Nr ZG.271.11.2018 z dnia 13 czerwca 2018 r. na mocy § 6 ust. 1 lit a. podając uzasadnienie odstąpienia, w którym wskazał na przekroczenie terminu realizacji zamówienia o ponad 14 dni.

#### **Izba zważyła co następuje:**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie, z uwagi na potwierdzenie się zarzutu dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego, który w wyniku zamierzonego działania, a co najmniej rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu w oświadczeniu JEDZ informacji, że nie znajduje się w sytuacji, w której w związku z wcześniej realizowaną umową w sprawie zamówienia publicznego nałożone zostało na niego odszkodowanie bądź inne porównywane sankcje.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp Izba uznała zarzut za chybiony.

Zgodnie z treścią ww. przepisu *„Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych”*.

Aby zaistniały przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania, w oparciu o powyższy przepis, Zamawiający musi dysponować stosownymi środkami dowodowymi, za pomocą których jest w stanie wykazać, że wykonawca poważnie naruszył obowiązki zawodowe, naruszenie to nastąpiło w sposób zawiniony oraz spowodowało ono podważenie jego uczciwości, w szczególności, podstawą do wykluczenia będzie okoliczność braku



wykonania lub nienależyte wykonanie zamówienia wynikające z zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa.

Szczegółowa analiza treści art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp prowadzi do jednoznacznego wniosku, że działanie wykonawcy musi być zawinione i prowadzić do poważnego naruszenia obowiązków zawodowych.

W świetle dyspozycji art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp - za wyrokiem SO Krakowie z 23.06.2017 r., sygn. akt: XII Ga 219/17 – „nienależytego wykonania zobowiązania nie można automatycznie traktować jako przesłanki wykluczenia, koniecznym pozostaje wykazanie, że jest ono skutkiem zawinionego działania wykonawcy, w szczególności zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa oraz, że ma charakter poważnego naruszenia. W konsekwencji, to na Zamawiającym spoczywał ciężar udowodnienia, że niewykonanie umowy w terminie winno zostać zakwalifikowane, jako poważne i zawinione naruszenie obowiązków zawodowych przez wykonawcę, przy czym niewystarczające jest wykazanie, że doszło do naruszenia więzi obligacyjnej, koniecznym pozostaje wykazanie kwalifikowanej postaci tego naruszenia. To samo zdarzenie (nienależyte wykonanie zobowiązania) może wywołać skutki na gruncie prawa cywilnego i jednocześnie nie stanowić przesłanki wykluczenia w reżimie prawa zamówień publicznych. Wszak uchybienie terminowi wykonania zobowiązania skutkujące odpowiedzialnością kontraktową, czy naliczeniem kary umownej, nie może być automatycznie uznane za nienależyte wykonanie zobowiązania będące skutkiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, przez które należy rozumieć sytuację, w której dłużnik działa z zamiarem naruszenia obowiązków zawodowych, bądź dopuszcza się naruszenia elementarnych reguł prawidłowego zachowania, względnie nie przestrzega podstawowych zasad ostrożności”.

Z kolei „poważne naruszenie obowiązków zawodowych” jest wyrażeniem nieostrym, i wymaga każdorazowo indywidualnej oceny wykonawcy w odniesieniu do konkretnego stanu faktycznego. W interpretacji ww. przesłanki pomocne jest stanowisko Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który w wyroku z dnia 13 grudnia 2012 roku o sygn. C- 465/11 (Forposta) orzekł (odnoszącego do poprzedniej dyrektywy, ale nadal zachowującej swoją aktualność) że: „Pojęcie „poważnego wykroczenia” zawarte w art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) 2004/18/WE w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi 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. Ponadto stwierdzenie istnienia poważnego wykroczenia wymaga co do zasady przeprowadzenia konkretnej i

zindywidualizowanej oceny postawy danego wykonawcy. W tym względzie pojęcia „poważnego wykroczenia” nie można zastępować pojęciem „okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność” dany wykonawca“.

Prawodawca sprecyzował, że zachowaniem mającym znamiona, poważnego naruszenie obowiązków zawodowych jest w szczególności, takie zachowanie wykonawcy, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub należycie wykonał zamówienie.

Z nienależyтым wykonaniem zobowiązania mamy do czynienia wtedy, gdy świadczenie jest wprawdzie spełnione, ale nie jest ono prawidłowe, gdyż odbiega w mniejszym albo większym stopniu od świadczenia wymaganego, a pojęcie to jest tak ogólne i pojemne, iż nie sposób określić wszystkich sytuacji, do których może się odnosić (tak: Komentarz do Kodeksu Cywilnego, Księga Trzecia, Zobowiązania, Tom I, Wyd. LexisNexis, Warszawa 2011, str. 771).

Z kolei, 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. w spr. II CK 142/03]. Jak wskazano w wyroku SN z 10 marca 2004 r. w spr. IV CK 151/03: „Przypisanie określonej osobie niedbalstwa uznaje się za uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Przez rażące niedbalstwo rozumie się natomiast niezachowanie minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji. O przypisaniu pewnej osobie winy w tej postaci decyduje więc zachowanie się przez nią w określonej sytuacji w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej”.

Wskazać należy, iż przesłanki określone w art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp muszą zostać spełnione kumulatywnie, a niewykazanie chociażby jednej z nich oznacza brak podstaw do wykluczenia wykonawcy. W kontekście treści przywołanego przepisu podkreślenia wymaga, że ciężar udowodnienia okoliczności uzasadniających wykluczenie wykonawcy z postępowania spoczywa na Zamawiającym.

Izba stanęła na stanowisku, że przeprowadzone postępowanie dowodowe nie doprowadziło do potwierdzenia wystąpienia przesłanek opisanych w art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp.

Izba podkreśla, że zgodnie z art. 190 ust. 1 Pzp *„Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń*

*strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy”.*

Odnosząc się do umowy realizowanej dla DRLP we Wrocławiu, Izba wskazuje, że dowody złożone przez Odwołującego – Raporty pogodowe obrazujące stan pogody w danym dniu, nie pokrywały się co do stanu pogody z prognozami pogody dla tego dnia, a to właśnie na podstawie prognoz pogodowych, Przystępujący podejmował działania związane z realizacją umowy. Jeżeli prognoza pogody dla danego dnia, nie przewidywała sytuacji pogodowej umożliwiającej wykonanie prawidłowych nalotów, to nie można Przystępującemu stawiać zarzutu zawinionego, poważnego naruszenia obowiązków zawodowych. Nie jest to uzasadnione zwłaszcza w okolicznościach, kiedy czynniki pogodowe stanowiły element całkowicie niezależny od Przystępującego oraz w sytuacji kiedy Przystępujący przez miesiąc sierpień 2018 r. (do końca którego, miały być wykonane zdjęcia) korzystał z infrastruktury lotniska Aeroklubu Dolnośląskiego w celu wykonania misji fotogrametrycznych, co Przystępujący potwierdził oświadczeniem z dnia 26 stycznia 2019 r. złożonym przez Dyrektora Aeroklubu Dolnośląskiego.

Zamawiający, w wyniku korespondencji z RDLP we Wrocławiu, otrzymał informację, potwierdzającą, że Przystępujący realizował umowę nr 45/2018 z 13 lipca 2018 r, w ramach której zostały naliczone kary umowne oraz, że 29 listopada 2018 RDLP we Wrocławiu odstąpiła od ww. umowy.

W odniesieniu do realizacji umowy z Nadleśnictwem Łomża, Zamawiający dysponował jedynie pismem z dnia 27 listopada 2019 r. potwierdzającym, że Przystępujący realizował umowę z dnia 13 czerwca 2018 r, zamówienie nie zostało zrealizowane zgodnie z umową, na Przystępującego została nałożona kara oraz, że Zamawiający rozwiązał umowę z tytułu okoliczności leżących po stronie wykonawcy – w związku z niedotrzymaniem terminu przekazania przedmiotu umowy. Ponadto, w piśmie tym wskazano, że kontakt i współpraca z Przystępującym przy realizacji umowy były wzorcowe a produkty, które Nadleśnictwo mogło weryfikować spełniały wymagania techniczno-jakościowe.

W ocenie Izby, w oparciu o powyższy materiał Zamawiający nie miał podstaw, aby stwierdzić, że Przystępujący w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważałoby jego uczciwość. Nie miał również dowodów wskazujących na to, że Przystępujący wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienia dla RDLP we Wrocławiu oraz dla Nadleśnictwa Łomża. Powyższy materiał potwierdza jedynie uchybienia w realizacji umów związane z przekroczeniem terminów, natomiast nie może on stanowić dowodu na potwierdzenie zarzutów stawianych przez Odwołującego, zwłaszcza w okolicznościach gdy czynniki pogodowe decydujące o możliwości wykonania nalotów stanowiły elementy niezależne od

Przystępującego, a zatem przez niego niezawinione, a informacje przekazane z Nadleśnictwa Łomża potwierdzały m.in. spełnianie wymagań techniczno-jakościowych zweryfikowanych produktów.

Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 13 marca 2018 o sygn. KIO 335/18, zgodnie z którym: „Wykluczając wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Ustawy Pzp Zamawiający obciążony jest zatem powinnością wykazania, że naruszenie przez wykonawcę obowiązków zawodowych było poważne i przez niego zawinione, w szczególności – w przypadku nienależytego wykonania lub niewykonania zamówienia – wykazania, że było to efektem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Niedopuszczalne jest bowiem jakiegokolwiek automatyczne działanie oparte jedynie na powzięciu informacji, iż doszło do niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez wykonawcę”.

Zważywszy, że zgodnie z treścią art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp ciężar udowodnienia okoliczności stanowiących podstawę do wykluczenia wykonawcy leży po stronie Zamawiającego, wskazać należy, że zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, nie dawał Zamawiającemu prawa aby mógł on uznać, że Przystępujący w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe.

Dodać należy, że Odwołujący nie wykazał, ani nie podnosił, że Zamawiający dysponuje innymi dowodami potwierdzającymi słuszność stawianego zarzutu.

Wobec powyższego zarzut nie mógł zostać uwzględniony.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp poprzez niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia wykonawcy SmallGIS, pomimo iż wykonawca ten, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał w stopniu istotnym co najmniej dwóch wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego, zawartych z zamawiającym, o którym mowa w art 3 ust 1 pkt 1-4 Pzp, co doprowadziło do rozwiązania tych umów, Izba nie uznała zarzutu za zasadny.

Zgodnie z treścią art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp *„Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania”.*

Przesłanką wykluczenia z postępowania na mocy ww. przepisu jest m.in. rozwiązanie umowy o udzielenie zamówienia publicznego w przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Odwołujący wskazując, iż zaistniała powyższa przesłanka powołał się na okoliczność

odstąpienia w dniu 29 listopada 2018 przez Zamawiającego – RDLP Wrocław od umowy z dnia 13 czerwca 2018 Nr 45/2018 oraz na okoliczność odstąpienia w dniu 8 listopada 2018 r. przez Zamawiającego – Nadleśnictwo Łomża od umowy z dnia 13 czerwca 2018 r. Nr ZG.271.11.2018.

Analizując treść konstrukcji postanowień obu umów w zakresie przesłanek odstąpienia przez Zamawiającego, których zapisy były tożsame, podkreślić należy, że w obu umowach, nie został wskazany termin do odstąpienia.

Zgodnie z art. 14 ust. 1 Pzp *„Do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1145 i 1495), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej”*. Wobec powyższego, na podst. art. 395. § 1. Kodeksu cywilnego *„ Można zastrzec, że jednej lub obu stronom przysługiwać będzie w ciągu oznaczonego terminu prawo odstąpienia od umowy. Prawo to wykonywa się przez oświadczenie złożone drugiej stronie”*.

Izba podkreśla, jak stwierdził Sąd Najwyższy (I CSK 718/16 - wyrok SN - Izba Cywilna z dnia 21-07-2017), że do obligatoryjnych przesłanek zastrzeżenia prawa odstąpienia od umowy należy obok określenia strony (lub obu stron), której prawo odstąpienia przysługuje również wskazanie terminu, po upływie którego prawo odstąpienia wygasa. Odstąpienie od umowy jest wyjątkiem od zasady trwałości stosunków umownych zobowiązaniowych, dlatego postanowienia umowy regulujące tę instytucję prawną oraz oświadczenia stron składane na ich podstawie, powinny być interpretowane ściśle. Zastrzeżenie prawa odstąpienia nieograniczonego w czasie jest nieważne, stosownie do art. 58 § 1 i 3 KC i nie wywołuje żadnego skutku.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy, Przystępujący wskazał podczas rozprawy, iż kwestionuje skuteczność odstąpienia od umowy, w związku z brakiem wskazania w umowie terminu na odstąpienia, natomiast Odwołujący nie wykazał, że doszło do skutecznego odstąpienia od umowy.

Wobec powyższego, w ocenie Izby Zamawiający nie miał podstaw aby uznać że nastąpiło rozwiązanie umów z RDLP Wrocław oraz z nadleśnictwem Łomża, które stanowiłyby podstawę do wykluczenia Przystępującego z postępowania.

Izba uznała zatem zarzut za nieudowodniony.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego, który w wyniku zamierzonego działania, a co najmniej rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu w oświadczeniu JEDZ informacji, że nie znajduje się w sytuacji, w której w związku z wcześniej

realizowaną umową w sprawie zamówienia publicznego nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywane sankcje, Izba uznała zarzut za zasadny.

Zgodnie z treścią art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp *„Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów”.*

Aby wypełnić hipotezę art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, wszystkie przesłanki zawarte w tym przepisie muszą wystąpić łącznie, zaś niewykazanie zaistnienia chociażby jednej z nich jest wystarczające do stwierdzenia, że Zamawiający nie wykluczając wykonawcy z postępowania nie naruszył przepisów Pzp (wyroki z: 14 marca 2017 r. sygn. akt 348/17, 12 maja 2017 r. sygn. akt KIO 836/17, 19 czerwca 2017 r. sygn. akt KIO 1058/17, 10 lipca 2017 r. sygn. akt KIO 1257/17).

Izba podkreśla, że dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp muszą zostać kumulatywnie spełnione następujące przesłanki:

1. przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, która wprowadziła zamawiającego w błąd;
2. błąd polegał na przyjęciu przez zamawiającego, że wykonawca nie podlega wykluczeniu;
3. przedstawienie informacji jest wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa.

Zawarta w przepisie przesłanka wprowadzenia zamawiającego w błąd polega na przedstawieniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, czyli zaistnienia sprzeczności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę, a rzeczywistością. Stan ten zaistnieje, gdy przedstawione zostaną informacje obiektywnie nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, który ma znaczenie dla danego postępowania. Na skutek podania takich informacji Zamawiający zostaje wprowadzony w błąd, czyli nabiera mylnego wyobrażenia o stanie faktycznym lub też skutkuje to po jego stronie brakiem jakiegokolwiek wyobrażenia o nim. Istotne znaczenie ma charakter informacji, gdyż zaznaczyć należy, że w art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp ustawodawca wskazał wprost, że norma ta dotyczy wprowadzenia zamawiającego w błąd wyłącznie przy wykazywaniu braku podstaw do wykluczenia, spełnianiu warunków lub kryteriów selekcji, a zatem informacji w zakresie sytuacji podmiotowej wykonawcy, których ocena decyduje o udziale wykonawcy w postępowaniu.

Izba podkreśliła, że dla zbadania czynności wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp niezbędne jest ustalenie, czy wykonawca działał umyślnie, z zamiarem wprowadzenia zamawiającego w błąd, czy też nieumyślnie, jednakże z naruszeniem w sposób rażący standardu wymaganej ostrożności wymaganej od podmiotu działającego na rynku w sposób profesjonalny. Pojęcie „zamierzone działanie” wymaga wykazania, że jest to świadome zachowanie się podmiotu, zmierzające do wywołania określonych skutków. Z kolei „rażące niedbalstwo” odnoszone jest do naruszenia reguł prawidłowego zachowania się w danej sytuacji lub nieprzestrzegania podstawowych zasad ostrożności. Szerzej rażące niedbalstwo zostało omówione przy analizie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp.

Izba stwierdzając naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp odniosła się do oświadczenia JEDZ złożonego przez Przystępującego, w treści którego, na str. 14, w odpowiedzi na pytanie: „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową? Przystępujący udzielił odpowiedzi „Nie”.

W oparciu o zgromadzony materiał dowodowy, w szczególności na podstawie treści pism z 3 grudnia 2019 r. z RDLP Wrocław oraz z pisma z 27 listopada 2019 r. z Nadleśnictwa Łomża należy stwierdzić, że wobec Przystępującego zostały nałożone kary umowne z tytułu niewykonania przedmiotu umowy w terminie. Okoliczności te stanowią podstawę do stwierdzenia, że w ramach wcześniej realizowanej umowy z podmiotem zamawiającym, nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje. W powyższych okolicznościach, w związku z nałożeniem kar umownych Przystępujący winien w ramach odpowiedzi na ww. pytanie udzielić odpowiedzi „Tak”, czego nie uczynił. Udzielając odpowiedzi „Nie” przekazał Zamawiającemu błędne informacje, które w tym zakresie nie odpowiadały stanowi faktycznemu, czym wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu z postępowania. Działanie Przystępującego, który miał wiedzę że zostały na niego nałożone kary umowne w związku z nieterminową realizacją umów, spełnia przesłanki co najmniej rażącego niedbalstwa przy przedstawieniu powyższych informacji.

Podkreślenia wymaga, co wskazał Zamawiający podczas rozprawy, że analizując ofertę Przystępującego nie miał wiedzy, że w ramach umów z RDLP Wrocław i Nadleśnictwem Łomża m.in. zostały nałożone na Przystępującego kary umowne. Wiedzę tę uzyskał dopiero, po zawiadomieniu przez Odwołującego pismem z dnia 14 listopada 2019 r. o zaistnieniu powyższych okoliczności, i niezwłocznie rozpoczął procedurę wyjaśniającą. W wyniku pisemnej odpowiedzi udzielonej przez RDLP we Wrocławiu i Nadleśnictwa Łomża, Zamawiający uzyskał potwierdzenie, że w ramach realizowanych z Przystępującym umów

zostały naliczone kary umowne. Potwierdza to jednoznacznie, że oświadczenie o treści złożonej w formularzu JEDZ stanowiło poprzez co najmniej rażące niedbalstwo wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że Przystępujący nie podlega wykluczeniu, co z kolei wskazuje na zaistnienie obligatoryjnej przesłanki skutkującej wykluczeniem Przystępującego z postępowania.

W związku z powyższym, Izba stwierdziła, że potwierdziły się okoliczności wskazujące na naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania, który w wyniku świadomego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji że nie podlega wykluczeniu z postępowania.

Wobec powyższego, jako zasadny należało uznać zarzut naruszenia art. 24 ust. 4 Pzp, poprzez brak uznania oferty złożonej przez Przystępującego za odrzuconą, stanowiący konsekwencje zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania.

Jako zasadny Izba uznała również zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 Pzp zgodnie z którym *„Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy”*. Zamawiający uznał za ofertę najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Przystępującego, który podlegał wykluczeniu z postępowania. Zatem udzielając zamówienia Przystępującemu, Zamawiający doprowadziłby do naruszenia zasady sformułowanej w art. 7 ust. 3 Pzp.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp, Izba nie stwierdziła aby wybór wykonawcy nastąpił w oparciu o inne kryteria oceny ofert, niż te wskazane w ofercie. Zgodnie bowiem z treścią art. 91 ust. 1 Pzp *„Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia”*.

Analizowany zarzut Izba uznała zatem za niezasadny.

W powyższych okolicznościach należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

.....  
.....  
.....