

WYROK
z dnia 9 lutego 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Członkowie: Magdalena Grabarczyk

Emil Kawa

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 lutego 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 stycznia 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **D.G.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **p. D.G. w N., T.O.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **U.L., T.O. w N., M.K.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **F.U.M., M.K. w K.** oraz **M.S.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Z.U.L., M.S. w K.**

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa, Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Borne Sulinowo z siedzibą w Bornem Sulinowie**

przy udziale wykonawcy **M.M.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **U.W.M.M. w R.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

przy udziale wykonawcy **W.G.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Z.U.L., W.G. w C.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **umarza postępowanie odwoławcze w zakresie dotyczącym czynności badania i oceny ofert w częściach 6, 8, i 11 zamówienia,**
2. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 9 zamówienia, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu w części 9 zamówienia, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego w części 9 zamówienia,**

3. kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa, Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Borne Sulinowo z siedzibą w Bornem Sulinowie** i:

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **D.G.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **p. D.G. w N., T.O.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **U.L., T.O. w N., M.K.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **F.U.M., M.K. w K.** oraz **M.S.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Z.U.L., M.S. w K.** tytułem wpisu od odwołania,
- 3.2. zasądza od **Skarbu Państwa, Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Borne Sulinowo z siedzibą w Bornem Sulinowie** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **D.G.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **p. D.G. w N., T.O.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **U.L., T.O. w N., M.K.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **F.U.M., M.K. w K.** oraz **M.S.** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Koszalinie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa, Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Borne Sulinowo z siedzibą w Bornem Sulinowie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Borne Sulinowo w 2017 roku”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 10 listopada 2016 r., nr 2016/S 217-395083.

12 stycznia 2017 r. zamawiający przesłał wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia D.G., prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą p. D.G. w N., T.O., prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą U.L., T.O. w N., M.K., prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą F.U.M., M.K. w K. oraz M.S., prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą Z.U.L., M.S. w K., zwanym dalej „odwołującym”, zawiadomienie o m.in.:

- 1) wyborze, w zakresie części 6 i 11 zamówienia, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę M.M., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą U.W.M.M. w R., zwanego dalej „przystępującym M.”,
- 2) wyborze, w zakresie części 8 zamówienia, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę M.J., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą F.H.U. M.J., w Ostrorogu, zwanego dalej „wykonawcą J.”,
- 3) wyborze, w zakresie części 9 zamówienia, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę W.G., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Z.U.L., W.G. w C., zwanego dalej „przystępującym G.” oraz o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu w tej części.

Wobec:

- 1) czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu w zakresie części 9 zamówienia,
- 2) zaniechania czynności podania uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu w zakresie części 9 zamówienia,
- 3) zaniechania czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu przystępującego M. w zakresie części 6 i 11,
- 4) zaniechania czynności wezwania przystępującego M. do uzupełnienia wykazu osób i narzędzi,
- 5) zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawcy J. w zakresie części 8 zamówienia,

- 6) zaniechania czynności wezwania wykonawcy J. do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w zakresie części 8 zamówienia,
 - 7) czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, w zakresie części 6,8, 9, 11 zamówienia
- odwołujący wniósł 25 stycznia 2017 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 5 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp przez wykluczenie odwołującego z postępowania i uznanie jego oferty za odrzuconej, pomimo, że odwołujący nie naruszył w sposób zawiniony poważnie obowiązków zawodowych, co podważałoby jego uczciwość;
- 2) art. 24 ust. 8 i 9 Pzp, względnie art. 26 ust. 3 Pzp przez brak umożliwienia skorzystania z procedury tzw. samooczyszczenia lub uzupełnienia Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ) z wypełnioną częścią w zakresie „samooczyszczenia”,
- 3) art. 92 ust. 1 pkt 2 i ust. 1a Pzp przez brak podania uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o wykluczeniu odwołującego z postępowania;
- 4) art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22d ust. 2 Pzp przez zaniechanie wykluczenia przystępującego M. w części 6 i 11 zamówienia, podczas gdy wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- 5) ewentualnie - art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania przystępującego M. do uzupełnienia wykazu narzędzi i osób,
- 6) art. 24 ust. 1 pkt 16/17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia przystępującego M., w sytuacji gdy wykonawca wprowadził zamawiającego w błąd przy przekazywaniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, wykazując dysponowanie sprzętem i osobami, którymi w momencie składania ofert w rzeczywistości nie dysponował,
- 7) art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy J. w pakiecie nr 8, która zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, względnie - naruszenia art. 90 ust. 1 i 1a Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy M. J. do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,
- 8) art. 7 ust. 1 Pzp przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, polegające na tym, że oferta przystępującego M., który podlegał wykluczeniu z postępowania, została uznana za najkorzystniejszą w pakietach nr 6 i 11, a oferta odwołującego, który nie podlegał wykluczeniu z postępowania, została uznana za odrzuconą,
- 9) art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp przez zaniechanie udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu z naruszeniem przepisów ustawy, tj. odwołującemu,
- 10) ewentualnie innych przepisów wynikających bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania,
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego,
- 3) wykluczenie przystępującego M. w części 6 i 11 zamówienia,
- 4) odrzucenie oferty wykonawcy J. w części 8, względnie wezwanie go do wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp,
- 5) dokonanie wyboru oferty odwołującego w wyniku ponownego badania i oceny ofert w części 6, 8, 9 i 11.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że nie zgadza się z rozstrzygnięciem zamawiającego, który wykluczył go z udziału w postępowaniu powołując się na przepis art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp. Argumentował, że charakterystyka usług objętych przedmiotem zamówienia polega na pracach z zakresu hodowli i ochrony lasu, ochrony przeciwpożarowej, pozyskania i zrywki drewna oraz gospodarki łowieckiej i łąkowo-rolnej, zagospodarowania turystycznego, nasiennictwa, szkółkarstwa i selekcji. Dodatkowo w przypadku wykonywania usługi przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia dochodzi do podziału obowiązków umownych nie tylko pod względem rzeczowym, ale również terytorialnym. W przypadku wykonywania usługi w konsorcjum - każdy z członków konsorcjum ma więc osobne zadania. Aby ustalić przesłankę zawinienia obowiązków zawodowych - zamawiający powinien ustalić indywidualne elementy ewentualnego niewykonania zamówienia. W przypadku wykonywania umowy przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wina powinna być indywidualizowana. Odwołujący wskazał, że w przypadku umów z 2016 r. wyłączną winę za naliczenie kar umownych przez zamawiającego ponoszą wykonawcy P.P.H.U. Z. sp. z o.o. oraz P.P.H.U. Z. S.B., którzy zgodnie z podziałem prac ustalonym pomiędzy konsorcjantami mieli realizować umowę w leśnictwach: Wielboki, Nowa Wieś, Starowice, Dudylany, Piława, Brzeźno. Na początku zawarcia umów tj. od miesiąca stycznia 2016 realizował należycie swoje prace. W miesiącu maju 2016 zaczął opóźniać się z realizacją swoich prac po czym zabrał sprzęt i zostawił pracę. Zamawiający zaczął z tego tytułu naliczać kary umowne, które były potrącane z wynagrodzenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Argumentował, że wykonawca p. D.G., pełniący ówczasie funkcję lidera konsorcjum, niezwłocznie reagował na przedmiotowe zaniechania. W dniu 03.05.2016 r. wystosował do firm Z. wezwania do natychmiastowego podjęcia działań zmierzających do realizacji umów zawartych z zamawiającym. Natomiast aby wyeliminować ryzyko powtórzenia się podobnych zdarzeń w przyszłości lider konsorcjum odwołującego zaniechał współpracy z wykonawcami Z. i w przedmiotowym postępowaniu złożył ofertę z zupełnie innymi wykonawcami tj. U.L. T.O., F.U.M. M.K. oraz Z.U.L. M.S., którzy wykonali należycie dotychczasowe zamówienia i

co do których brak jest jakichkolwiek podejrzeń co do ich uczciwości zawodowej. Należy więc uznać, że wykonawca p. D.G. nie naruszył własnych obowiązków zawodowych, ani też nie ponosi winy w niewykonaniu obowiązków wynikających z umowy konsorcjum przez wykonawców Z..

Odnosząc się do przesłanki „poważnego wykroczenia zawodowego” odwołujący podniósł, że w piśmiennictwie stwierdzono, że chodzi tu o istotne wykroczenie zawodowe, przykładowo np. niezrealizowanie umowy na poziomie powyżej 5% wartości przedmiotu umowy, które wskazuje na brak uczciwości wykonawcy z punktu widzenia doświadczenia życiowego. W przedmiotowym stanie faktycznym z referencji wystawionych przez samego zamawiającego, dotyczących wykonania usług w 2016 r. wynika, że konsorcjum p. D.G., PPHU Z. Sp. z o.o., PPHU Z. S.B., ZUL B.B., w ramach trzech umów zawartych z zamawiającym wykonało w 2016 r. usługi o łącznej wartości 3.448.063,29 zł. Natomiast zapłacone kary umowne opiewały na kwotę 140.000,00 zł, co stanowiło jedynie 4,06 % wartości zawartych umów. Dodatkowo wskazywał, że jest to pierwszy przypadek naliczenia kar umownych wykonawcy p. D.G., wynikający jedynie z niewykonania obowiązków przez byłego konsorcjanta wykonawcy. Firma p. D.G. wykonywała m.in. w latach 2014 – 2015 r. - co zostanie rozwinięte w dalszej części odwołania - usługi na rzecz zamawiającego na łączną kwotę ponad 2.400.000,00 zł - za każdym razem uzyskując poświadczenie należytego wykonania usług.

Odwołujący wywiódł, że zamawiający uwzględnił jedynie przypadki niewypełnienia swoich obowiązków przez jednego z byłych konsorcjantów lidera konsorcjum odwołującego w 2016 r. Natomiast nie można uznać, że przedmiotowe zdarzenia „podważają uczciwość wykonawcy” p. D.G. w rozumieniu art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp. Po pierwsze, wykonawca, którego działania spowodowały naliczenie kar umownych przez zamawiającego, nie wchodzi w skład konsorcjum odwołującego ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Zachowanie jednego z byłych konsorcjantów nie może powodować podważenia uczciwości lidera konsorcjum - p. D.G..

Niezależnie od powyższego - zamawiający nie uwzględnił, że w toku dotychczasowej współpracy z wykonawcą p. wykonawca wypełniał należycie obowiązki wynikające z zawartych przez wykonawcę umów. Przykładowo:

- z referencji wystawionych przez zamawiającego z dnia 16.11.2016 r. wynika, że wykonawca p. D.G. samodzielnie bądź w ramach konsorcjum w okresie od 01.01.2015 r. do 31.12.2015 r. wykonał prace z zakresu gospodarki leśnej w ośmiu umowach na łączną kwotę 1.647.160,71 zł. Zamawiający potwierdził, że prace te zostały wykonane z pełną starannością,
- z referencji wystawionych przez zamawiającego z dnia 21.05.2015 r. wynika, że wykonawca ADZ D.G. wykonał w 2014 r. prace z zakresu gospodarki leśnej na łączną kwotę

817.792 zł. Zamawiający potwierdził, że prace te zostały wykonane z pełną starannością, rzetelnie i terminowo,

- z referencji wystawionych przez zamawiającego z dnia 24.11.2015 r. wynika, że wykonawca p. D.G. samodzielnie bądź w ramach konsorcjum w okresie od 01.01.2014 r. do 31.10.2015 r. wykonał prace z zakresu gospodarki leśnej w czterech umowach w 2014 r. oraz siedmiu umowach w 2015 r. na łączną kwotę 1.920.138,63 zł. Zamawiający potwierdził, że prace te zostały wykonane z pełną starannością.

Odwołujący wywiódł, że lider konsorcjum odwołującego należycie realizuje usługi również na rzecz innych zamawiających. Firma p. D.G. prowadzi swoją działalność gospodarczą od 01.9.2010 r. Posiada kilka maszyn wieloperacyjnych leśnych typu harwester oraz forwarder do ścinki i zrywki drewna. Zatrudnia ok 60 osób specjalizujących się w pozyskaniu i zrywce drewna. Specjalizuje się w pozyskaniu i zrywce drewna oraz zagospodarowaniu lasu. Od 2012 r. corocznie bierze udział w realizowaniu zamówień publicznych z zakresu wykonywania usług leśnych na terenach nadleśnictw z województw zachodniopomorskiego, wielkopolskiego, lubuskiego. p. wykonywała swoje usługi rzetelnie i terminowo co potwierdzają referencje wystawione przez Nadleśnictwa. W 2016 r. firma p. wykonała na rzecz zamawiającego U.L. na kwotę 4.651.959,83 zł brutto (wartość wystawionych faktur dla zamawiającego). W przedmiotowym postępowaniu zamawiający dysponował więc wiedzą, że wykonawca p. D.G. jest rzetelnym wykonawcą. Powinien był więc uznać, że przypadki niewypełniania swoich obowiązków przez byłego konsorcjanta wykonawcy nie podważa uczciwości samego wykonawcy.

Niezależnie od naliczenia kar umownych z tytułu niewykonania obowiązków umownych przez firmy Z. w 2016 r. zamawiający powierzył część prac innym wykonawcom w ramach wykonania zastępczego, pomimo że nie zaistniały przesłanki określone w umowach z 2016 r. ani w art. 480 k.c. uprawniające do zastosowania przedmiotowej instytucji. Zgodnie z art. 480 § 3 k.c. wierzyciel może wykonać czynność na koszt dłużnika w ramach wykonania zastępczego bez upoważnienia sądu jedynie w wypadkach nagłych. Zamawiający uzasadniał skorzystanie z wykonania zastępczego wskazując, że „prace zostają zlecone w ramach zastępczego wykonania ze względu na daleko idące opóźnienia wykonawcy”. Jest to niezgodne z prawdą, ponieważ termin wykonania zlecenia, którego dotyczyło wykonanie zastępcze, upływał w dniu 28.11.2016 r. W dniu 29.11.2016 r. wykonawca poinformował zamawiającego, że rozpocznie realizację zlecenia dnia 30.11.2016. Nie zaistniały więc „daleko idące opóźnienia” na które powoływał się zamawiający.

Pomimo to wykonawca otrzymał informację ustną od leśniczego, że nie może już wykonywać tego zlecenia. W dniu 29.11.2016r. wykonawca wysłał informację, że posiada już sprzęt gotowy do realizacji zamówienia. Po tej informacji w tym samym dniu wykonawca otrzymał pismo od zamawiającego w sprawie powierzenia wykonania zastępczego z dniem

29.11.2016. Jednakże dopiero dnia 30.11.2016 r. zamawiający wszczął procedurę powierzenia wykonania zastępczego, podpisał umowę na wykonanie zastępcze znacznie później - w dniu 05.12.2016 r. Należy wskazać, że przez okres od 29.11.2016 r. do 05.12.2016 r. prace z tego zlecenia zostałyby z pewnością wykonane przez wykonawcę - stroną pierwotnej umowy z zamawiającym. Ponadto zawierając umowę na wykonanie zastępcze zamawiający nie zweryfikował wykonawcy zastępczego analogicznie jak w przypadku wykonawcy, który realizował zamówienie publiczne. W umowie na wykonanie zastępcze brak było m.in. zapisów dotyczących zatrudniania pracowników na umowę o pracę przy realizacji wykonania zastępczego. Ponadto zamawiający wybrał wykonawcę wykonania zastępczego w taki sposób, że powierzył wykonanie zastępcze podmiotowi U.W.M. M. po wyższych stawkach wynagrodzenia niż wykonawcy który realizował zamówienie publiczne. Załącznik nr 1 do umowy na wykonanie zastępcze przedstawia opis przedmiotu zamówienia ze stawkami. I tak np.

grupa czynności: Ib - CWDN-D stawka netto - 29,00 zł

stawka z kosztorysu wykonawcy realizującego zamówienie publiczne - Ib- CWDN-D - 13,00 zł

grupa czynności: ZM - stawka netto: 20,00 zł

stawka z kosztorysu wykonawcy realizującego zamówienie publiczne - ZM -17,00 zł.

Zamawiający poprzez bezpodstawne zastosowanie instytucji wykonania zastępczego spowodował dodatkowe koszty po stronie wykonawcy.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 24 ust. 8 i 9 Pzp, względnie art. 26 ust. 3 Pzp odwołujący wskazał, że zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych dokumentów - na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp - w dniu 28.12.2016r. i brzmiały one: *„Dlaczego mimo powyższych zastrzeżeń, w Części III lit. C wiersz trzeci JEDZ dla p. zaznaczył Pan, że nie jest winien poważnego wykroczenia zawodowego, a tym samym nie podlega Pan wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp.”*. Nie wynikało z tego, że zamawiający jednoznacznie uznał, że wykonawca podlega wykluczeniu, nie wynikało z tego również, że zamawiający umożliwił wykonawcy złożenie dowodów, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Zamawiający - w sytuacji gdyby stwierdził jednoznacznie, że w jego ocenie zaistniała wobec wykonawcy przesłanka określona w art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp - powinien był wezwać wykonawcę :

- do przedstawienia dowodów 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,

względnie

- do uzupełnienia jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia w zakresie przedsięwzięcia środków w celu samooczyszczenia.

Zgodnie z jednolitym europejskim dokumentem zamówienia - wykonawca ma możliwość opisać, czy przedsięwziął środki w celu samooczyszczenia. Tymczasem - w niniejszym przypadku zamawiający przez takie wezwanie do wyjaśnień, jakie zastosował - poprosił o wyjaśnienie dlaczego w JEDZ wykonawca zaznaczył element „nie jest winien”. Wykonawca p. - w odpowiedzi na takie wezwanie - opisał jedynie, że w jego ocenie - nie doszło do wypełnienia tej przesłanki.

Odwołujący nie miał okazji wykazać zamawiającemu, że podjął konkretne środki w celu samooczyszczenia. Tymczasem odwołujący podjął konkretne środki, aby unikać sytuacji naliczania mu kar umownych z powodu nieterminowego wykonywania oraz aby unikać sytuacji. W przedmiotowym stanie faktycznym za podjęcie konkretne środki technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy w rozumieniu art. 24 ust. 8 Pzp należy uznać zaprzestanie współpracy z P.P.H.U. Z. Sp. z o.o. oraz P.P.H.U. Z. S.B. oraz zabezpieczenie przed powstawaniem takiej sytuacji przez nowe zasady współpracy z zupełnie nowymi konsorcjantami. Ponadto wprowadzono zasady kontrolowania i monitorowania wykonania zamówień własnych oraz konsorcjantów. Wykonawca nie miał jednak możliwości zaprezentowania tej sytuacji zamawiającemu.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz ust. 1a Pzp odwołujący podniósł, że zamawiający nieprawdziwie stwierdził jakoby jednoznacznie stwierdził rażące niedbalstwo w wykonaniu umów. Wezwanie nie wskazywało na jednoznaczne stwierdzenie rażącego niedbalstwa. Wskazywano na „nieterminowe wykonanie prac, wykonywanie prac przez osoby z personelu wykonawcy, które nie zostały zgłoszone zgodnie z procedurami oraz uszkodzenia w drzewostanie”. W uzasadnieniu odrzucenia oferty i wykluczenia wykonawcy zamawiający nie podał żadnych szczegółów dotyczących złożonych przez odwołującego wyjaśnień, ani też - co najistotniejsze - nie podał żadnego uzasadnienia odmowy uwzględnienia wyjaśnień odwołującego. Nie wskazał dlaczego uznał p. D.G. za winnego poważnego naruszenia obowiązków zawodowych. Nie wskazał co podważa uczciwość p. D.G.. Nie wskazał na czym polega umyślne działanie lub rażące niedbalstwo p. D.G.. Zamawiający odniósł się do wyjaśnień odwołującego jednym zdaniem niezawierającym uzasadnienia faktycznego i prawnego decyli o wykluczeniu tj.: „W ocenie Zamawiającego wyjaśnienia Wykonawcy złożone 09 stycznia 2017 r. nie zasługują na

uwzględnienie". W rezultacie odwołujący nie uzyskał wyczerpującej wiedzy o przyczynach wyeliminowania go z przedmiotowego postępowania, a także o powodach zagrożenia jego udziału w innych prowadzonych postępowaniach. Konsekwencją braku uzasadnienia decyzji o wykluczeniu jest również utrudnienie odwołującemu korzystania ze środków ochrony prawnej.

W uzasadnieniu zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia z części 6 i 11 postępowania przystępującego M. odwołujący podniósł, że zgodnie z pkt. 3.2.VI a) oraz 3.2.XI. a) SIWZ dla wykazania spełniania warunków udziału w zakresie potencjału technicznego w pakiecie nr VI i XI należało wykazać, że wykonawca dysponuje:

co najmniej 1 szt. - specjalistyczny ciągnik przegubowy do zrywki drewna dłuźcowego metodą półpodwieszoną lub nasiębierną albo ciągnik rolniczy o mocy min. 80 KM, posiadający napęd na dwie osie oraz wyposażony we wciągarkę linową i płytę lub łyżkę mygłującą, którym można dokonywać zrywkę drewna metodą półpodwieszoną.

Zamawiający ustanowił również warunki udziału dotyczące osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia:

- pkt. 3.3.VI a) - dla pakietu nr VI - wykonawca miał obowiązek wykazać, że dysponuje: co najmniej 4 osobami, które ukończyły z wynikiem pozytywnym szkolenie dopuszczające do pracy z pilarką zgodnie z § 21 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 24 sierpnia 2006 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy wykonywaniu niektórych prac z zakresu gospodarki leśnej (Dz. U. Nr 161, poz. 1141) lub posiadające odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów albo odpowiadające im uprawnienia wydane w innych Państwach Członkowskich Unii Europejskiej uznane zgodnie z przepisami ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. z 2016 r. poz. 65);
- pkt. 3.3.XI - dla pakietu nr XI - wykonawca miał obowiązek wykazać, że dysponuje: co najmniej 2 osobami, które ukończyły z wynikiem pozytywnym szkolenie dopuszczające do pracy z pilarką zgodnie z § 21 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 24 sierpnia 2006 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy wykonywaniu niektórych prac z zakresu gospodarki leśnej (Dz. U. Nr 161, poz. 1141) lub posiadające odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów albo odpowiadające im uprawnienia wydane w innych Państwach Członkowskich Unii Europejskiej uznane zgodnie z przepisami ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. z 2016 r. poz. 65);

Ponadto w pkt. 6.5. SIWZ Zamawiający określił, że jeżeli Wykonawca ubiega się o udzielenie kilku Pakietów zamówienia to nie może, celem wykazania spełnienia warunków

udziału w postępowaniu, wskazać tego samego doświadczenia, tego samego potencjału technicznego, tych samych osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, ani tych samych środków finansowych lub zdolności kredytowej w więcej niż jednym Pakiecie.

Odwołujący wskazywał, że zgodnie z pkt.6.6. SIWZ - na podstawie art. 22d ust. 2 PZP Zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.

Przedstawienie informacji wprowadzających zamawiającego w błąd i niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w pakiecie nr VI:

W przedmiotowym postępowaniu w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp przystępujący M. oświadczył, że w zakresie potencjału technicznego w pakiecie nr 6 będzie wykorzystywał ciągnik B. MTZ 820 ZSZ CH84, tymczasem zasób ten został jednocześnie wskazany w JEDZ przystępującego M. w innym aktualnie toczącym się postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Czaplinek w roku 2017 r.” prowadzonym przez Nadleśnictwo Czaplinek na pakiet nr IV - leśnictwo Międzylesie oraz na pakiet nr VI - leśnictwo Rakowo.

Ponadto w JEDZ dotyczącym postępowania prowadzonego przez zamawiającego wykonawca wskazał celem spełnienia warunków udziału w postępowaniu zasób techniczny LKT 80 nr 800114110426, podczas gdy analogiczny zasób LKT 80 nr 800114110426 został wskazany w JEDZ w nadleśnictwie Czaplinek - pakiet nr IV.

W odniesieniu do potencjału ludzkiego u zamawiającego na pakiet nr 6 wskazani są pilarze B.H., K.K. oraz R.W., podczas gdy te same osoby wskazane są również w JEDZ w nadleśnictwie Czaplinek na pakiet nr IV.

Przedstawienie informacji wprowadzających zamawiającego w błąd i niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w pakiecie nr XI: W JEDZ w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego na pakiet 11, przystępujący M. wskazał celem spełnienia warunków udziału w postępowaniu zasób techniczny LKT 80 nr silnika 840138002090, ten sam zasób LKT 80 nr silnika 840138002090 został wskazany w JEDZ w nadleśnictwie Czaplinek - pakiet nr VI.

W odniesieniu do potencjału ludzkiego w Nadleśnictwie Borne Sulinowo na pakiet nr 11 wskazani są pilarze K.Z. oraz G.W., te same osoby wskazane są również w JEDZ w nadleśnictwie Czaplinek na pakiet nr VI.

Powyższe oznacza, że przystępujący M. co najmniej w wyniku lekkomyślności przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mające istotny wpływ na

decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia tj. dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących potencjału technicznego oraz osób skierowanych do wykonania zamówienia w pakietach nr VI i XI, którymi wykonawca nie dysponuje, bowiem zaoferował przedmiotowe zasoby w innym aktualnie prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Niezależnie od powyższego wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących potencjału technicznego oraz osób skierowanych do wykonania zamówienia we wskazanych pakietach.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 1 i ust. 1a Pzp odwołujący podniósł, że kwota jaką zamawiający przeznacza na pakiet nr 8 - 733 577,63 zł Kwota z oferty wykonawcy J. - 514 364,48 zł. Jest to kwota niższa o 219.213,15 zł od kwoty przeznaczonej przez zamawiającego, jest to 29,88 % od kwoty odczytanej jako przeznaczona na finansowanie zamówienia. Przy założeniu, że wartość szacunkowa była nawet minimalnie niższa niż kwota przeznaczona na finansowanie - następował obowiązek wezwania do wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1a Pzp. Odwołujący podniósł także, że części składowe oferty wykonawcy J. zdecydowanie były zaniżone - w dużej części przypadków - trzykrotnie. Odwołujący wskazał przykładowo na pozycje:

	CP-SZTIL1	CW-SZTIL	CW-SZTM	NIW-UG	PRZ-TALSA	SADZ-1KP
odwołujący	600,00		500,00			150,00
M. J.	360,00	200,00	200,00	50,00	100,00	100,00
ZUL K. O.			650,00	150,00	300,00	300,00
B.	650,00		500,00			150,00
ZUL B. O.						150,00
ZUL D. G.	820,00		680,00	1400,00	480,00	230,00
ZUL W. P.	650,00	650,00	650,00	140,00		120,00
P.	850,00		650,00	40,00		150,00
UW M. M.		500,00	500,00	100,00		
M.I.	650,00	500,00	500,00	100,00	200,00	150,00
D.C.	480,00	450,00	450,00	80,00		300,00
ZUH S. K.	600,00	500,00	500,00	300,00		250,00

Wywiódł, że tak znaczne odrębności istotnych części składowych ceny - same w sobie powinny być przedmiotem wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Zamawiający powinien był wezwać do wyjaśnień przy uwzględnieniu, że zarówno cena całkowita jest na

poziomie ok. 30% różnicy od wartości zamówienia, jak również, że istotne elementy tej ceny - są niewiarygodne.

W końcowej części odwołania odwołujący wywiódł, że zamawiający naruszył w postępowaniu zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zapewnienie poszanowania uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców jest absolutnie najważniejszym obowiązkiem zamawiającego. Zasada ta znajduje zastosowanie poprzez konieczność traktowania wykonawców zgodnie z zasadami przyjętymi w SIWZ oraz w ustawie Prawo zamówień publicznych. Tymczasem w przedmiotowym postępowaniu - zasada równego traktowania została naruszona, bowiem oferta przystępującego M., który powinien zostać wykluczony z postępowania, została uznana za najkorzystniejszą w pakietach nr 6 i 11, ponadto wykonawca J. powinien zostać wezwany do wyjaśnień ws. rażąco niskiej ceny a jego oferta została wybrana. Tymczasem oferta odwołującego, który nie powinien podlegać wykluczeniu z postępowania, została uznana za odrzuconą.

Odwołujący złożył pisma procesowe z 6 lutego 2017 r. i 8 lutego 2017 r., w których przedstawił dalsze uzasadnienia faktyczne. W piśmie z dnia 8 lutego 2017 r. odwołujący oświadczył, iż cofa odwołanie w części dotyczącej rozstrzygnięcia w częściach 6, 8 i 11 zamówienia.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi, jak również w trakcie rozprawy, przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca M. M., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą U.W.M.M. w R.. Wniósł o oddalenie odwołania. W zgłoszeniu przystąpienia przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca W.G., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Z.U.L., W.G. w C.. Wniósł o oddalenie odwołania. W zgłoszeniu przystąpienia a także w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia

specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), modyfikacje SIWZ, ofertę złożoną przez odwołującego, wezwanie zamawiającego z 28 grudnia 2016 r. skierowane do odwołującego w kwestii wypełnienia oświadczenia JEDZ, wyjaśnienia odwołującego z 5 stycznia 2017 r. stanowiące odpowiedź na ww. wezwanie, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z 10 stycznia 2017 r., odwołanie, odpowiedź na odwołanie, zgłoszenia przystąpienia, pisma procesowe odwołującego, odpowiedź na odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego przystępującego G., a także przystępującego M., uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś przystępujący wykazali interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Izba stwierdziła, że wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący został wykluczony z udziału w części 9 zamawiania, zaś jego oferta była ofertą korzystniejszą od oferty wybranej. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia go z części 9 zamówienia. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp wykluczył odwołującego z udziału w części 9 zamówienia skutkowałoby koniecznością nakazania zamawiającemu unieważnienia takiej czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej, w części 9 zamówienia. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Borne Sulinowo w roku 2017. W pkt 3.1.5 SIWZ zamawiający wskazał, że przedmiot zamówienia jest podzielony na 13 części, przy czym część 9 dotyczyła Leśnictwa Nowa Wieś.

W pkt 6.1.2 SIWZ zamawiający wskazał, że *w postępowaniu mogą brać udział Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia w*

okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 2 PZP - Zamawiający wykluczy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcę, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych.

W pkt 7.1.a SIWZ zastrzeżono, że w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania, o których mowa w pkt 6.1. (...) Wykonawca będzie obowiązany przedstawić Zamawiającemu następujące oświadczenia i dokumenty (w terminach wskazanych w niniejszej SIWZ) oświadczenie Wykonawcy stanowiące wstępne potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w niniejszej SIWZ i braku podstaw do wykluczenia, złożone na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (dalej: „JEDZ”), którego wzór określa Rozporządzenie Wykonawcze Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiające standardowy jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz. Urz. UE seria L 2016 r. Nr 3, s. 16). Zamawiający wskazał w tym samym postanowieniu, że w JEDZ należy podać m.in. na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia wskazanych w art. 24 ust. 5 pkt 2 PZP – informacje wymagane w Części III lit. C wiersz trzeci JEDZ. Wskazano także, że JEDZ należy złożyć wraz z ofertą.

W pkt 7.9.c SIWZ zastrzeżono, że w przypadku oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (konsorcjum) JEDZ składa każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Dokumenty te potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia w zakresie, w którym każdy z wykonawców wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia.

Do upływu terminu składania ofert swą ofertę w części 9 złożył odwołujący, to jest wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia:

- a) D.G., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą p. D.G. w N.,
- b) T.O., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą U.L., T.O. w N.,
- c) M.K., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą F.U.M., M.K. w K.,
- d) M.S., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Z.U.L., M.S. w K..

Ustalono także, że odwołujący załączył do swej oferty m.in. oświadczenie JEDZ dla D.G., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą p. D.G. w N.. W części III JEDZ (podstawy wykluczenia) w pkt C w wierszu 3 wykonawca ten na pytanie „czy wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego” zaznaczył odpowiedź „NIE”.

Ustalono również, że zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień (pismo z 28 grudnia 2016 r.). W wezwaniu tym

wskazano, że w ramach realizacji umów na U.L. w 2016 roku przez konsorcjum, którego jednym z członków jest podmiot p. D.G., do dnia dzisiejszego za nieterminowe wykonanie prac, wykonywanie prac przez osoby z personelu wykonawcy, które nie zostały zgłoszone zgodnie z procedurami oraz uszkodzenia w drzewostanie, naliczono kary w wysokości ok. 117 tys. zł netto. Ponadto z powodu niezrealizowania wystawianych zleceń, podpisano 4 umowy na zastępcze wykonanie prac na kwotę łącznie ok. 124 tys. zł netto. Proszę wyjaśnić dlaczego mimo powyższych zastrzeżeń, w części III lit. C JEDZ wierszu trzecim dla p. zaznaczył Pan, że nie jest winien poważnego wykroczenia zawodowego, a tym samym nie podlega Pan wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp.

Następnie ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący złożył pismo z 5 stycznia 2017 r. w którym oświadczył, że w JEDZ prawidłowo zaznaczono oświadczenie, iż p. D.G. nie jest winien poważnego wykroczenia zawodowego. Wskazał, że w roku 2016 r. konsorcjum firm, którego członkiem był p. realizowało umowy na wykonywanie usług leśnych z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Borne Sulinowo. Nadmienił, że kary umowne, które zostały naliczone zostały zapłacone przez niego w całości. Kary te w większości były naliczane za nieterminowe wykonanie prac z związku z tym, iż konsorcjanci nie podejmowali w ogóle realizacji zamówień. W związku z powyższym p. musiał samodzielnie realizować zamówienia. Przywołał tezy orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości UE z 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 co do znaczenia pojęć „wykroczenie zawodowe”, „poważne wykroczenie zawodowe”, „rażące niedbalstwo”. Przywołał także fragmenty uzasadnienia faktycznego wyroku Izby z 9 lutego 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 116/16.

Ustalono ponadto, że 12 stycznia 2017 r. zamawiający przesłał odwołującemu zawiadomienie o wykluczeniu go z udziału w części 9 zamówienia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym czynności wykluczenia zamawiający wskazał, że *pismem z dnia 28 grudnia 2016 r. wezwał przedstawiciela konsorcjum do złożenia wyjaśnień, gdyż w jego ocenie sposób realizacji umów na wykonywanie usług leśnych w 2016 r. przez konsorcjum, w skład którego wchodził podmiot p. D.G. pozwalał jednoznacznie stwierdzić rażące niedbalstwo w ich wykonaniu. W ocenie zamawiającego wyjaśnienia wykonawcy złożone 9 stycznia 2017 r. nie zasługują na uwzględnienie.*

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Postępowanie odwoławcze w części podlegało umorzeniu, zaś w pozostałej części zasługiwało na uwzględnienie.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie dotyczącym czynności badania i oceny ofert w częściach 6, 8, 11, gdyż odwołujący w piśmie procesowym z 8 lutego 2017 r.

oświadczył, że cofa odwołanie w ww. części. Zgodnie z art. 187 ust. 8 Pzp, *odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze*. Skoro odwołujący ma prawo wycofać odwołanie w całości, to należy uznać, że przysługuje mu także prawo do częściowego cofnięcia tego środka ochrony prawnej. Skutkiem zaś takiego oświadczenia musi być konieczność umorzenia postępowania odwoławczego w tej części. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę, nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15. Sąd ten uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że czynność zamawiającego polegająca na wykluczeniu odwołującego z udziału w części 9 postępowania została podjęta z naruszeniem art. 24 ust. 5 pkt 2, art. 24 ust. 8, art. 24 ust. 9 Pzp, natomiast uzasadnienie faktyczne tej czynności nie odpowiadało wymogom określonym w art. 92 ust. 1 pkt 2 i ust. 1a ustawy Pzp.

Po pierwsze stwierdzono, że zamawiający naruszył przepisy art. 92 ust. 1 pkt 2 i ust. 1a Pzp przez brak podania uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności wykluczenia odwołującego z części 9 postępowania.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp, *zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni, podając uzasadnienie faktyczne i prawne*. Ponieważ zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu odwołującego z udziału w części 9 postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp, powinien zawrzeć w uzasadnieniu faktycznym odniesienie się do wszystkich przesłanek wynikających z tego przepisu. Uzasadnienie to powinno przedstawiać fakty, jakie zdaniem zamawiającego przemawiają za wypełnieniem dyspozycji wszystkich przesłanek tego przepisu. Przypomnienia wymaga, że w świetle art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp, *z postępowania wyklucza się 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*. Tymczasem w uzasadnieniu faktycznym czynności wykluczenia zamawiający wskazał jedynie, że wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień, gdyż w jego ocenie sposób realizacji umów na wykonywanie usług leśnych w 2016 r. przez konsorcjum w skład którego wchodził p. D.G. pozwalał jednoznacznie stwierdzić rażąco niedbalstwo w ich wykonaniu. W ocenie

zamawiającego wyjaśnienia wykonawcy złożone 9 stycznia 2017 r nie zasługują na uwzględnienie.

Jak wynikało z przytoczonego uzasadnienia, zamawiający nie odniósł się do żadnej z przesłanek wykluczenia wynikających z art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp. Pomimo lektury uzasadnienia nie wiadomo, jakie obowiązki zawodowe miał naruszyć p. D.G. i jakie fakty za tym przemawiają. Po drugie, jeżeli rzeczywiście takie naruszenie obowiązków miało miejsce, to nie wiadomo, dlaczego zamawiający uznał, że ma ono charakter kwalifikowany, który można określić mianem „poważnego”. Po trzecie, zamawiając nie wskazał, jakie fakty przemawiają za tym, że owo poważne naruszenie jest tego rodzaju, że podważa uczciwość wykonawcy. Zamawiający nie odniósł się także do przesłanek odnoszącego się do zawinienia wykonawcy. Analiza uzasadnienia nie pozwala stwierdzić, na czym miało polegać niedbalstwo wykonawcy. Nie wiadomo także, jak zamawiający ustalił, że niedbalstwo jest tego rodzaju, że można je pokreślić mianem „rażącego”.

Na doniosłość instytucji uzasadnienia czynności odrzucenia oferty i wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia zwrócił uwagę Trybunał Sprawiedliwości UE w wyroku z 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-406/08 U. (UK) Ltd przeciwko N.B.S.A.. W orzeczeniu tym wskazano, że *fakt, że kandydat lub oferent dowiadyuje się, że jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone, nie pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania. Takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić kandydatowi lub oferentowi wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania. Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do wystąpienia ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania.*

Zdaniem Izby zamawiający naruszył także przepis art. 92 ust. 1a ustawy Pzp, który przewiduje dodatkowe obowiązki informacyjne zamawiającego, w sytuacji gdy decyduje się wykluczyć wykonawcę z postępowania w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 8 Pzp. W świetle tego przepisu, elementem uzasadnienia faktycznego czynności wykluczenia musi być przedstawienie przez zamawiającego powodów negatywnej oceny dowodów złożonych przez wykonawcę w ramach tzw. instytucji samooczyszczenia.

Procedurę samooczyszczenia regulują przepisy art. 24 ust. 8 i 9 Pzp. Przepis art. 24 ust. 8 ustawy Pzp stanowi, że wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie m.in. art. 24 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. Natomiast art. 24 ust. 9 Pzp stanowi, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8.

Procedura samooczyszczenia (z ang. self-cleaning) polega na tym, że przed podjęciem decyzji o wykluczeniu wykonawcy, m.in. na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp, zamawiający obowiązany jest umożliwić wykonawcy przedstawienie dowodów na podjęcie takich środków, które gwarantują jego rzetelność. Pozytywna weryfikacja tych dowodów obliguje zaś zamawiającego do zaniechania wykluczenia wykonawcy z postępowania. Z regulacji tych wynika zatem de facto dodatkowa przesłanka wykluczenia wykonawcy, jaką jest umożliwienie wykonawcy przedstawienia dowodów na samooczyszczenie.

Tymczasem w uzasadnianiu czynności wykluczenia odwołującego z części 9 postępowania próżno było szukać odniesienia się przez zamawiającego do powodów, dla których uznał, że dowody złożone przez wykonawcę w ramach instytucji samooczyszczenia są niewystarczające. Nie można się zgodzić ze stanowiskiem zamawiającego przedstawionym w odpowiedzi na odwołanie, który wywiódł, że skoro wykonawca p. D.G. w dokumencie JEDZ nie uważał się za winnego poważnego wykroczenia zawodowego, to niejako sam zrezygnował z możliwości samooczyszczenia. Zdaniem Izby, obowiązek umożliwienia wykonawcy przedstawiania dowodów na samooczyszczenie, jak literalnie stanowi przepis, dotyczy każdego wykonawcy, który podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 Pzp. Okoliczność, czy wykonawca dopuścił się poważnego wykroczenia zawodowego ma charakter obiektywny. Charakteru tego nie zmienia ewentualna błędna kwalifikacja przedstawiona przez wykonawcę w dokumencie JEDZ.

Jeżeli zatem zamawiający uważał, że wykonawca p. D.G. jest winien poważnego wykroczenia zawodowego, powinien dać temu wyraźnie wyraz w korespondencji kierowanej do odwołującego. Zamawiający powinien wezwać odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do poprawienia oświadczenia JEDZ, a także do uzupełnienia rubryki tego oświadczenia dotyczącej samooczyszczenia, umożliwiając wykonawcy przedstawienie ewentualnych dowodów w ramach procedury samooczyszczenia. Za wypełnienie tych obowiązków nie można było uznać wezwania, jakie zamawiający skierował do odwołującego 28 grudnia 2016 r. w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. W piśmie tym zamawiający wezwał jedynie odwołującego do złożenia wyjaśnień dlaczego w części III JEDZ dla wykonawcy p. D.G. zaznaczono, iż wykonawca ten nie jest winien poważnego wykroczenia zawodowego, w sytuacji gdy w roku 2016 r. konsorcjum w skład którego wchodził p. miał nieterminowo wykonywać prace,

wykonywać prace przez osoby niezgłoszone, że naliczono kary umowne i że miał miejsce fakt wykonania zastępczego.

Z wezwania tego zatem nie wynikało w sposób jednoznaczny, że zamawiający wzywa wykonawcę do poprawienia lub uzupełnienia oświadczenia JEDZ ani że uznaje iż wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego w rozumieniu art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp. Zamawiający poprosił jedynie odwołującego o ujawnienie motywów wypełnienia dokumentu JEDZ i odwołujący sprostą tak sformułowanemu wezwaniu. Postępując literalnie zgodnie z jego treścią podał przyczyny wypełnienia oświadczenia JEDZ. W tej sytuacji nie można było się zgodzić ze stanowiskiem zamawiającego, który w uzasadnieniu wykluczenia wskazał, jakoby miał „jednoznacznie stwierdzić rażące niedbalstwo w wykonaniu umów”. Jak wskazano powyżej, na żadnym etapie postępowania przed wykluczeniem wykonawcy zamawiający nie zakomunikował odwołującemu takiego stanowiska. W szczególności nie nastąpiło to w wezwaniu z 28 grudnia 2016 r.

W konsekwencji należało uznać, że zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy do poprawienia i uzupełnienia oświadczenia JEDZ, a także art. 24 ust. 8 i 9 Pzp przez uniemożliwienie wykonawcy przedstawienia dowodów na tzw. samooczyszczenie.

Wobec powyższego potwierdzenie znalazł także zarzut naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp. Czynność wykluczenia odwołującego z postępowania z takich powodów, jakie podano w uzasadnieniu faktycznym z 11 stycznia 2017 r., nie odnosiła się do żadnej z przesłanek tego przepisu. Tak uzasadniona czynność wykluczenia musiała zatem zostać wyeliminowana z obrotu prawnego jako naruszająca wszystkie ww. przepisy. Podkreślenia przy tym wymaga, że rozstrzygnięcie Izby w tej sprawie nie przesądza czy wykonawca p. D.G. jest winien poważnego wykroczenia zawodowego. Izba w analizowanej nie mogła się wypowiedzieć co do okoliczności faktycznych, które nie zostały zakomunikowane odwołującemu i nie stanowiły przyczyn jego wykluczenia.

Jak wskazuje się w orzecznictwie, z uwagi na fakt, że odwołujący nie może po wniesieniu odwołania rozszerzać zarzutów ponad to, co przedstawiono w odwołaniu (art. 192 ust. 7 Pzp), sprzeczne z zasadą równouprawnienia stron procesu byłoby umożliwienie zamawiającemu rozszerzenie podstaw faktycznych czynności wykluczenia ponad te, które przedstawiono w uzasadnieniu kwestionowanej czynności. Powyższe oznaczałoby również, że naruszone jest prawo odwołującego do skorzystania ze środków ochrony prawnej w terminach ustawowych, skoro wykonawca nie mógłby się nigdy odwołać od rzeczywistych przyczyn rozstrzygnięcia wykluczenia zakomunikowanych dopiero na rozprawie.

Izba podzieliła w całej rozciągłości stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 r., XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy, sygn. akt sygn. akt XXIII Ga 416/11, iż „(...) *Z punktu widzenia Zamawiającego, oznacza to że nie*

może on zmienić ani rozszerzać podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania po wniesieniu przez tego drugiego odwołania. W świetle związania KIO, Sądu Okręgowego i Odwołującego zarzutami podniesionymi w odwołaniu, sprzeczne z naczelną zasadą postępowania cywilnego, jaką jest zasada równouprawnienia stron, byłoby dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu Odwołującego. Wobec związania swoimi zarzutami, Odwołujący nie mógłby bowiem odnieść się do nowych okoliczności przedstawionych przez Zamawiającego, po wniesieniu odwołania. Z tych względów postępowanie Zamawiającego, polegające na przedstawieniu nowych dowodów w odpowiedzi na odwołanie i skardze, nie można traktować jedynie jako rozszerzenia argumentacji zawartej w decyzji o wykluczeniu. Powyższej wykładni nie podważa zasada ekonomiki procesowej ani zasada dyspozycyjności formalnej czyli rozporządzania przez stronę czynnościami procesowymi. Zasady te aczkolwiek ważne, nie mogą mieć charakteru dominującego. Z punktu widzenia naczelnych zasad postępowania cywilnego z pewnością ważniejszą rolę odgrywa zasada równouprawnienia stron a dokładniej zasada równości środków procesowych. Podsumowując, skoro Odwołujący – wykonawca był związany swoimi zarzutami zawartymi w odwołaniu to również Zamawiający był związany podstawą faktyczną decyzji od której to odwołanie wniesiono. Dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji przez Zamawiającego uniemożliwiłoby jednocześnie Odwołującemu – wykonawcy przedstawienie zarzutów, co do tych nowych okoliczności. Wobec tego dowody zgłoszone przez Zamawiającego jako dotyczące okoliczności związanych z rozszerzoną podstawą faktyczną decyzji o wykluczeniu, nie mogły zostać uwzględnione (...)”.

Z omawianych powodów Izba, działając na podstawie art. 190 ust. 6 Pzp, odmówiła przeprowadzenia dowodów z dokumentów złożonych przez zamawiającego i odwołującego, uznając że zostały powołane jedynie dla zwłoki. Wzięto pod uwagę, że dowody te miały służyć ustaleniu sposobu współpracy zamawiającego z konsorcjum w składzie z p. Dominikiem Gruszczyńskim, jak również ustaleniu jego rzetelności a zatem okoliczności faktycznych, które nie stanowiły podstawy do wykluczenia odwołującego z postępowania. W konsekwencji prowadzenie dowodów z tych dokumentów jest zbędne - jako co najmniej przedwczesne - i w analizowanej sprawie zostały one powołane jedynie dla zwłoki.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględni odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w analizowanej sprawie.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 1 i 3 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło odpowiednio umorzenia części postępowania odwoławczego i kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 - 3 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.* Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)”* Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.* W analizowanej sprawie, odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił w całości zamawiający, dlatego to tę stronę Izba obciążyła całością kosztów postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b powołanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....