

Sygn. akt: KIO 982/21

WYROK
z dnia 19 maja 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Prowadzisz**

Członkowie: **Katarzyna Odrzywolska**

Anna Osiecka

Protokolant: **Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 14 maja 2021 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 marca 2021 roku przez wykonawcę Sanito spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Gminę Sośnicowice

przy udziale:

- A) wykonawcy FlexiPower Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Pabianicach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 982/21 po stronie Zamawiającego,
- B) wykonawcy Pro-eco spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 982/21 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w całości i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia wykonawcy Sanito spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Odnawialne źródła energii na terenie Gminy Sośnicowice”. Nakazuje Zamawiającemu wykonanie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty wykonawcy Sanito spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Gminę Sośnicowice i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Sanito spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego Gminy Sośnicowice na rzecz wykonawcy Sanito spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Gmina Sośnicowice, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą . „Odnawialne źródła energii na terenie Gminy Sośnicowice” realizowane w ramach projektu: „Odnawialne źródła energii poprawą jakości środowiska naturalnego na terenie Gmin Partnerskich: Tarnowskie Góry, Gaszowice, Jejkowice, Lyski, Krupski Młyn, Kuźnia Raciborska, Nędza, Lelów, Psary, Sośnicowice, Tworóg” Zamówienie realizowane w formule "zaprojektuj i wybuduj", część 1 - numer referencyjny: ZP-4/2020

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 13 marca 2020 roku pod numerem 522996-N-2020.

29 marca 2021 roku działając na podstawie art. 505 w zw. z art. 513 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa nowe Pzp”) Odwołujący wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego w postaci bezprawnego wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 5 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 8 i art. 24 ust. 9 oraz art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (dalej: ustawa) przez bezprawne wykluczenie Odwołującego z Postępowania - a w konsekwencji bezprawne uznanie jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy, oraz uznanie, że Odwołujący nie wykazał, że przedsięwzięte przez niego środki w celu samooczyszczenia są wystarczające do wykazania jego rzetelności, pomimo przedłożenia przez Odwołującego rozległych dowodów i wyjaśnień w tym zakresie, w tym przedstawienia przez Odwołującego wyników wewnętrznego audytu oraz wykazania podjęcia konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, odpowiednich dla zapobiegania nieprawidłowemu postępowaniu w przyszłości;

- 2) art. 7 ust 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 8 i 9 ustawy przez prowadzenie Postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności oraz przejrzystości, w szczególności nie uwzględnienie zasady proporcjonalności przy ocenie wyjaśnień i dowodów Odwołującego złożonych w celu samooczyszczenia;

ewentualnie

- 3) art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy przez zaniechanie wezwania do wyjaśnień lub uzupełnień wyjaśnień i dowodów złożonych przez Odwołującego celem wykazania, iż przedsięwzięte przez niego środki w celu samooczyszczenia są wystarczające do wykazania jego rzetelności.

Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z Postępowania,
- nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
- uznania wyjaśnień i dowodów złożonych przez Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 8 ustawy za wystarczające do wykazania samooczyszczenia ewentualnie nakazanie wezwania do ich uzupełnienia lub wyjaśnienia.

Odwołujący wskazał, że spełnia materialnoprawną przesłankę wniesienia odwołania z art. 505 ust. 1 nowego Pzp, ponieważ ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów dawnego Pzp przez bezprawne wykluczenie Sanito z Postępowania. Odwołujący złożył ważną ofertę w Postępowaniu, która jednocześnie jest najkorzystniejszą i w braku wykluczenia z Postępowania uzyskałby przedmiotowe zamówienie. Odwołujący doznaje szkody w szczególności w postaci utraty możliwości zawarcia umowy o zamówienie publiczne, a tym samym utraty przychodów i zysku z tytułu jej wykonywania. Dodatkowo ponosi stratę w postaci poniesienia kosztów uczestnictwa w Postępowaniu.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty

Zamawiający w ramach Postępowania, w III pkt 4 ust. 2 lit b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”) przewidział podstawę wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy.

Sanito spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedziba w Warszawie (dalej: Sanito lub Odwołujący) wraz z ofertą złożyła stosowne oświadczenie, w którym przyznała się do istnienia w stosunku do spółki podstaw wykluczenia, o których mowa w ww. przepisie, załączając przy tym informacje i dowody mające świadczyć o przeprowadzonej przez

Odwołującego procedurze samooczyszczenia. W ramach powyższego załączono i podano:

- 1) informacje dotyczące umów, które nie zostały wykonane tj. umów realizowanych dla Gminy Orla i Gminy Narewka (rozwiązane przed czasem) wraz z wyczerpującym przedstawieniem okoliczności, które związane były z niewykonaniem przedmiotowych umów,
- 2) opis działań mających na celu wykazanie rzetelności Sanito, w tym opis wyników wewnętrznego audytu wykazującego powody niewykonania umów Gm. Orla i Narewka (vide załącznik nr 5 do wyjaśnień self-cleaningowych), a także opis podjętych środków technicznych, kadrowych i organizacyjnych,
- 3) dowody na powyższe.

Pismem z dnia 24 marca 2021 r. Zamawiający poinformował o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania w oparciu o art. 24 ust 5 pkt 4 ustawy. Z dokonaną czynnością wykluczenia i przedstawioną w jej ramach oceną self-cleaningu w ocenie Odwołującego nie sposób się zgodzić.

Odwołujący podał, że uzasadnienie faktyczne czynności Zamawiającego, zawierające powody i argumentację, dla których Zamawiający nie uznał samooczyszczenia przedstawionego przez Sanito za skuteczne, zawarto na stronach 7-10 ww. pisma.

Odwołujący wskazał, że wbrew odmiennym twierdzeniom Zamawiającego stan faktyczny związany z nieprawidłowościami dotyczącymi realizacji umów dla Gm. Orla i Gm. Narewka został opisany przez Odwołującego wyczerpująco, przyczyny niepowodzeń w realizacji tych umów zostały przedstawione szczegółowo i konkretnie, a podjęte adekwatne działania wykazane przedłożonymi przez Odwołującego środkami dowodowymi, są powiązane z zidentyfikowanymi przyczynami ww. niepowodzeń. W świetle treści wyjaśnień w sprawie self-cleaningu załączonych do oferty Sanito, a także jednoznacznego oświadczenia Sanito z 23 lutego br. (załączonego do oferty) o tym, iż wobec Sanito zachodzą podstawy wykluczenia określone w art. 24 ust. 5 pkt 2 i pkt 4 ustawy, nie sposób też twierdzić, iż w niniejszym stanie faktycznym miałyby miejsce pozorne przyznanie do winy.

Odwołujący uzasadniał, że Zamawiający stwierdził w uzasadnieniu faktycznym decyzji o wykluczeniu Odwołującego m.in. że: *nie mógł zweryfikować, czy przedstawione przez Wykonawcę działania były skuteczne, gdyż Wykonawca w bardzo ogólny sposób wskazał przyczyny powstałych nieprawidłowości [...]* W ocenie Zamawiającego Wykonawca stosuje *mechanizm pobieżnego, ogólnikowego wskazania okoliczności stanu faktycznego [...]* *Po drugie, mając na uwadze, że Wykonawca, wskazał okoliczności stanu faktycznego, zatem i przyczyny powstałych nieprawidłowości w sposób ogólnikowy, Zamawiający nie był*

w stanie zweryfikować czy przedstawione przez Wykonawcę działania zasługują na miano skutecznych. (...)

Odwołujący wskazał, że rzeczony uzasadnienie jest pełne tego typu gołosłownych twierdzeń i powtórzeń, w żaden konkretny sposób nieodnoszących się do wyjaśnień i materiałów Odwołującego. Wskazuje to na to, że Zamawiający bardzo pobieżnie zapoznał się z wyjaśnieniami Sanito w przedmiocie stanu faktycznego dotyczącego przyznanych podstaw wykluczenia. Powyższe twierdzenia Zamawiającego są bezzasadne w świetle wyjaśnień Sanito załączonych do oferty - dokumentu obejmującego wyjaśnienie faktów i okoliczności związanych z niewykonaniem umów realizowanych dla Gm. Orla i Gm. Narewka wraz z opisem podjętych przez Odwołującego środków, a także treści załącznika nr 5 do self-cleaningu, w którym szczegółowo przedstawiono przyczyny odstąpienia od wskazanych umów. W szczególności zamieszczono w nim zarówno opis przyczyn niepowodzeń w realizacji umów z gminami Orla i Narewka, jak i związanych z tym rekomendacji.

Co istotne, załącznik ten nie był składany w ramach postępowań, których dotyczyły sprawy KIO 1213/20 i KIO 1248/20, a to z kolei uniemożliwiało Izbie ocenę adekwatności zastosowanych środków do nieznanych i nieustalonych przyczyn. Natomiast self-cleaning Odwołującego został uzupełniony o wyżej wymieniony załącznik i związane z jego treścią wyjaśnienia i jest przedkładany przez Sanito w kolejnych postępowaniach o udzielenie zamówienia. W wyroku KIO 3540/20 Izba wskazała, że *„O ile okoliczności, jakie legły u podstaw rozwiązania umów przed czasem mają charakter niezmienny, o tyle nie można odmówić wykonawcy prawa do ulepszania swoich wyjaśnień w ramach samooczyszczenia, w tym w reakcji na ocenę tych wyjaśnień dokonywaną przez poszczególne instytucje zamawiające, Krajową Izbę Odwoławczą, czy sąd okręgowy. W przypadku odmiennego podejścia trzeba by uznać, że raz nieskutecznie przeprowadzone samooczyszczenie zamykałoby wykonawcy drogę do udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia, z czym nie sposób się zgodzić.”*

Właśnie tego typu uzupełniony i „udoskonalony” self-cleaning Sanito (identyczny w swojej treści z self-cleaningiem przedłożonym w niniejszym Postępowaniu) został pozytywnie oceniony przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawie KIO 3540/20 (wyrok z dnia 29 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3540/20), gdzie Izba zakreśliła przedmiot sporu i swojej oceny dokładanie w tym obszarze, który aktualnie w odmienny sposób ocenia Zamawiający: *Zarzuty odwołania sprowadzają się w istocie do dwóch twierdzeń. Po pierwsze, do twierdzenia o tym, że przeprowadzona przez Przystępującego procedura samooczyszczenia jest nieskuteczna ze względu na brak wykazania przez Przystępującego jakie były rzeczywiste przyczyny rażącego naruszenia obowiązków zawodowych polegających na niewykonaniu umów z gminami Orla i Narewka. Po drugie, do twierdzenia o tym, że Przystępujący nie przedstawił w sposób skuteczny dowodów na samooczyszczenie,*

ponieważ nie wykazał związku przyczynowego między opisanymi powodami niewykonania umów a przedstawionymi dowodami. Wobec tak zdiagnozowanej osi sporu kluczową dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy odwoławczej jest ocena wyjaśnień zawartych w „załączniku do świadczenia JEDZ” oraz złożonych wraz z nimi dowodami. Odwołujący podał, że ww. sprawie Przystępującym była Sanito, która broniła się przed zarzutami odwołania zmierzającymi do jego wykluczenia.

Odwołujący podniósł, że nie jest zrozumiały zarzut, który Zamawiający usiłuje stawiać w tym kontekście Odwołującemu, iż ten nie przedłożył mu wyroku KIO 3540/20 i w ten sposób jakoby wyczerpująco nie wyjaśnił stanu faktycznego sprawy. Abstrahując nawet od faktu, iż wyroki KIO są publicznie dostępne i Zamawiający mógł z łatwością sam uzyskać ww. wyrok, przede wszystkim należy wskazać, iż wymagane w art. 24 ust. 8 ustawy wyjaśnienie stanu faktycznego odnosi się do okoliczności i przyczyn niewykonania umów z gminami Orla i Narewka, a nie historii dalszego orzecznictwa w przedmiocie skuteczności self-cleaningu Sanito. Odwołujący mógłby w ogóle nie powoływać się na tego typu wyrok, a Zamawiający i tak byłby zobowiązany do kompleksowej i wszechstronnej oceny przedstawionych mu informacji i dokumentów dotyczących samooczyszczenia Odwołującego przedsięwziętego w związku z niewykonaniem wskazanych umów. Jednakże fakt, iż takiej oceny, w odniesieniu do tożsamyh dokumentów, dokonała już Krajowa Izba Odwoławcza, ma według Odwołującego - ze względu na autorytet Izby - niebagatelne znaczenie procesowe i Zamawiający nie powinien tego wyroku pomijać czy lekceważyć, tylko dlatego, że nie został mu fizycznie przedłożony. Wyrok ten jest jednoznacznie pozytywny dla Sanito i naturalne jest, że z tego względu jest przezeń powoływany - wzmacnia i popiera przedstawiane niżej stanowisko i argumentację Sanito o skuteczności jego self-cleaningu i braku podstaw do wykluczenia Odwołującego w oparciu o przesłankę z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy.

Odnosząc się do zarzutów Zamawiającego w przedmiocie braku szczegółowego wyjaśnienia stanu faktycznego czy ustalenia i wskazania przyczyn niewykonania umów z gminami Orla i Narewka, a także skuteczności podjętych w związku z tym działań samonaprawczych, Odwołujący odwoływał się i opierał na stanowisku Izby wyrażonym w wyroku z dnia 29 stycznia 2021 r. o sygn. akt KIO 3540/20. Między innymi, z uwagi na wskazany już fakt, że wyrok ten dotyczył identycznych dokumentów seif-cleaningowych, jak złożone w tym postępowaniu.

W odniesieniu do kwestionowanych i niewystarczających dla Zamawiającego, rzekomo ogólnikowych wyjaśnień stanu faktycznego, Izba w ww. wyroku stwierdziła m.in., co następuje:

W części wyjaśnień objętych tajemnicą przedsiębiorstwa Przystępujący opisuje przyczyny

niewykonania ww. umów, które diagnozuje jako przyczyny związane z: materiałami (vide ostatni akapit na stronie 3), realizacją ww. umów (vide: drugi akapit na str. 4, drugi i trzeci akapit na str. 5), sposobem zarządzania projektami (vide: ostatni akapit na str. 4 i pierwszy akapit na str. 5), sposobem obiegu dokumentów (vide: czwarty akapit na str. 5) oraz z komunikacją (vide: akapit pierwszy str. 6), określeniem obowiązków poszczególnych osób (vide: drugi akapit str. 6), ustalenie osób, którym można za brak realizacji ww. umów przypisać odpowiedzialność (vide: akapit 3 str. 6). W uzupełnieniu tego opisu, na dowód dokonania diagnozy przyczyn niewykonania ww. umów oraz na dowód wyciągnięcia stosownych z wniosków, został przedłożony załącznik nr 5.

Oceniając tę część wyjaśnień Izba stwierdza, że dotyczą one wielu kwestii leżących po stronie Przystępującego, które legły u źródła niewykonania umów z gminami Orla i Narewka, a przeprowadzana analiza jest szczegółowa. W tym miejscu wskazać należy, że opis ten powinien być czytany łącznie z załącznikiem nr 5, gdzie szczegółowo zostały opisane przyczyny i rekomendacje. W oparciu o powyższe Izba za wystarczający uznała opis w zakresie przyczyn związanych z organizacją przedsiębiorstwa Przystępującego, z materiałami (vide: opis znajdujący się w pkt I ppkt 1, 5, 6 załącznika 5) i komunikacją (vide: pkt i ppkt 9, 12 i 13 oraz pkt II ppkt 4 załącznika 5). Podobnie opis przyczyn odnoszących się do kwestii określenia obowiązków pracowników, w tym obowiązków osób piastujących stanowiska inżyniera Projektu i Dyrektora Działu Realizacji inwestycji nie budzi wątpliwości (vide: pkt II załącznika 5).

Przy tak kompleksowej i jasnej ocenie jego wyjaśnień dokonanej przez Izbę w tym zakresie, Odwołującemu nie pozostaje nic innego jak powtórzyć stanowisko Izby oraz podkreślić, że zarówno w wyjaśnieniach Sanito załączonych do oferty, jak i w załączniku 5 szczegółowo opisano, zaistniałe przyczyny braku realizacji umów w terminie, a także sformułowano stosowne, adekwatne do tych przyczyn rekomendacje. Dalsze części self-cleaningu w przeważającej mierze odnoszą się, do realizacji tych rekomendacji. W swoich wyjaśnieniach Sanito opisuje i wprost odnosi się do okoliczności związanych ze stanem rynku materiałów, sposobem jego monitorowania i reagowaniem na problemy z zamówieniami komponentów, informowania o przebiegu realizacji umów i przyczynach opóźnień Zamawiających, zarządzania projektami itp. oraz sposobami działania jego organizacji w tym zakresie (zwłaszcza w zakresie monitoringu i nadzoru nad realizacją projektów), a następnie wskazuje i opisuje jakie zmiany i środki zaradcze w swojej organizacji podjął, aby opisywane negatywne zdarzenia się nie powtórzyły.

Zamawiający w uzasadnieniu czynności wykluczenia (kontrfaktycznie) wywodzi, że Odwołujący *nie wykazał, że przedsięwzięte przez niego środki są wystarczające do potwierdzenia jego rzetelności oraz zapobieżenia nieprawidłowemu postępowaniu*

w przyszłości, nie wykazał także wystarczająco, a wręcz w ogóle jak zmiana opisanych obszarów funkcjonowania przedsiębiorstwa zapewni prawidłowość przyszłego postępowania Wykonawcy. Nie jest przy tym jasne, jakiego dalszego „wykazania” skuteczności wprowadzonych działań Zamawiający oczekuje, jeśli nie jest w stanie, ocenić racjonalności i koherentności podjętych środków na podstawie ich opisu, a także dlaczego pomija przedłożone dowody ich pozytywnego działania w zakresie kolejnych zamówień prawidłowo realizowanych przez Sanito.

W szczególności nie jest prawdą, iż Odwołujący nie wyjaśnił *w jakim zakresie zwolnione osoby przyczyniły się do niezrealizowania tych konkretnych umów.* Działania tych osób opisane zostały w Załączniku nr 5, jak też na stronach 4 i 5 wyjaśnień w sprawie self-cleaningu załączonych do oferty, gdzie zawarto informacje, iż obie wskazane osoby (których dotyczyły załączniki nr 8 i 9) były bezpośrednio odpowiedzialne za realizację wskazanych projektów - jedna za ich bezpośrednią realizację, druga za nadzór i organizację pracy przedsiębiorstwa w tym zakresie. W różnych miejscach Załącznika nr 5 oraz w Wyjaśnieniach opisano, za jakie czynności odpowiedzialne były ww. osoby (zamawianie materiałów, nadzór, komunikacja i raportowanie) i jak działała w tym zakresie (tzn. z ich udziałem) organizacja Odwołującego, co doprowadziło do niezrealizowania kontraktów i braku zapobieżenia ich rozwiązaniu przez zamawiających. Zamawiający wskazuje również, iż *wyjaśnienia wykonawcy i przedłożone przez niego dowody nie wskazują, aby podstawą niewykonania umów z Gminą Oda i Gminą Narewka były okoliczności związane z nieprawidłowym obiegiem informacji i dokumentów, brakiem odpowiednich procedur lub systemów informatycznych, czy też niewłaściwą strukturą organizacyjną. Z treści pism zawierających oświadczenia Gminy Orla i Gminy Narewka o odstąpieniu od umów zawartych z Wykonawcą jednoznacznie, wynika, że przyczyną odstąpienia było nierozpoczęcie realizacji przedmiotowych umów przez Wykonawcę. (...) Wobec tego, nie można przyjąć, że zmiany polegające na wdrożeniu systemów informatycznych usprawniających obieg dokumentów, zmiany struktury organizacyjnej i procedur wewnętrznych oraz zwolnienie pracowników mogą zostać uznane za argumenty pozwalające na stwierdzenie, że wskazane działania Wykonawcy będą miały wpływ na realizację przyszłych umów wykonawcy.* Ten fragment znakomicie obrazuje, iż Zamawiający nawet nie starał się całościowo ocenić przedłożonych wyjaśnień i szeroko zakrojonych, kompleksowych działań podjętych przez Sanito wewnątrz jego przedsiębiorstwa, które były nakierunkowane na usprawnienie przygotowania i organizacji produkcji (realizacji kontraktów), nadzoru nad produkcją, komunikacją wewnątrz jego organizacji, komunikacji z dostawcami i zamawiającymi itp. celem zapobieżenia nieprawidłowemu postępowaniu w przyszłości. Zamawiający wybiera elementy tych działań i stwierdza, iż same w sobie nie są w stanie zapewnić, iż zaistniała na kontraktach w gminach Orla i Narewka sytuacja się nie powtórzy. Oczywiście,

nie rozpoczęcie realizacji umów w terminie stanowiło bezpośrednie przyczyny czynności odstąpienia podjętych przez Gm. Orla i Gm. Narewka (co zostało potwierdzone m.in. w wyrokach załączonych przez Sanito do wyjaśnień w sprawie self-cleaningu), natomiast self-cleaning Sanito zmierza do wyjaśnienia i podania przyczyn tego, że Odwołujący nie podjął i nie dał rady zrealizować ww. umów w terminie oraz usunięcia tego rodzaju przyczyn w odniesieniu do kontraktów realizowanych w przyszłości. Jako wyjątkowo nielojalne należy więc oceniać próby dezawuowania w ten sposób skuteczności zmian i działań, które pozwolą Sanito (a konkretnie jego kadrze kierowniczej) sprawniej monitorować, nadzorować i reagować na problemy z realizacją kontraktów, określią jasny rozkład odpowiedzialności oraz ustanowią i przypiszą konkretne obowiązki w tym zakresie (wprowadzone procedury), a następnie wyposażą zaangażowane osoby w stosowne narzędzia (np. informatyczne) ułatwiające im pracę. Odwołujący odwołuje się do stanowiska Izby w przedmiocie oceny dowodów i działań kwestionowanych przez Zamawiającego, wyrażonego w wyroku KIO 3540/20: *Pozytywnie ocenić należy wprowadzone przez Przystępującego procedury wskazane w załącznikach nr 12, 13 i 14 do "załącznika do oświadczenia JEDZ". Wobec załączenia dowodu ich przyjęcia i przekazania pracownikom i współpracownikom (vide: załącznik nr 15) izba nie miała wątpliwości, że procedury te zostały wdrożone. Analizując treść tych procedur, Izba pozytywnie ocenia podjęte przez Przystępującego działania w kierunku naprawy uchybień zdiagnozowanych w treści załącznika 5. W sposób precyzyjny zostały opisane czynności jakie należy podjąć na poszczególnych etapach związanych z przygotowaniem, realizacją czy ofertowaniem. Czynności te zostały przypisane do osób na określonych stanowiskach. Stopień szczegółowości tego opisu pozwala wyciągnąć wniosek, że każda z tych osób zna swoje obowiązki. Opisana procedura postępowania na poszczególnych etapach jest na tyle przejrzysta, że osoby zaangażowane w dane procesy, działając na jej podstawie nie powinny mieć trudności w odkodowaniu działań, które w zależności od zaistniałej sytuacji powinny być przez nie podjęte. Co więcej, Przystępujący w ocenie składu orzekającego dołożył starań aby wprowadzając omawiane procedury wdrożyć rekomendacje opisane w załączniku 5. [...] Pozytywnie Izba ocenia również załączniki 18 i 19 potwierdzające korzystanie z profesjonalnych systemów informatycznych, a także załączniki 16 i 17, świadczące o wdrożeniu rekomendacji w zakresie kwestii związanych z magazynowaniem materiałów. Przystępujący zwiększył również kadre, co pozwala na wniosek, że rozkład obowiązków osób przypisanych do określonych stanowisk jest lepiej zbilansowany. [...]*

Finalnie Zamawiający wskazał, iż po przeanalizowaniu przedłożonej dokumentacji oraz wyjaśnień Wykonawcy powziął również wątpliwość, czy mając na uwadze całokształt sposobu przedstawienia wyjaśnień i dowodów w procesie samoocyszczenia przez

Wykonawcę nie stanowi tylko pozorne przyznania się do winy [...]. Zamawiający nie rozwija tej tezy, stąd niezrozumiałe jest, w jaki sposób wyraźne i wielokrotne przyznanie się do istnienia podstaw wykluczenia oraz podanie i opisanie okoliczności związanych z niewykonaniem wskazanych umów może być uznane za pozorne, tym bardziej, że Sanito w ramach swojego self-cleaningu przyznawał się i nie kwestionował swojej odpowiedzialności za zaistniałą sytuację związaną z niewykonaniem wskazanych umów.

Odwołujący w trakcie Postępowania przedstawił rozległe i kompleksowe wyjaśnienia w przedmiocie stanu faktycznego związanego podstawami jego wykluczenia, w szczególności zidentyfikował i przedstawił przyczyny jego nieprawidłowych działań w trakcie realizacji kontraktów z gminami Orla i Narewka oraz przedsięwzięć, podał i wykazał liczne środki i działania, jakie podjął dla zapewnienia swojej rzetelności oraz sprawnego działania w przyszłości. Podjęte przez Sanito środki obejmowały w szczególności:

- a. wdrożenie oprogramowania do kontroli stanu realizacji zamówień;
- b. wdrożenie systemu elektronicznego obiegu i archiwizacji dokumentów;
- c. wdrożenie centralizowanego modelu zarządzania projektami oraz centralnego zarządzania bazą materiałową;
- d. ustandaryzowanie procesów oraz działań działów: Dział Ofertowania, Dział Zakupów, Dział Realizacji Inwestycji - wprowadzenie procedur: Procedura Przygotowania Produkcji, Procedura Realizacji, Procedura Ofertowania;
- e. rozwiązanie współpracy z menadżerami odpowiedzialnymi za realizację umów z Gm. Orla i gm. Narewka (Dyrektor Działu Realizacji Inwestycji oraz Inżynier Projektów);
- f. utworzenie nowych stanowisk i zwiększenie zasobów kadrowych o 6 osób;
- g. zmianę struktury organizacyjnej Sanito;
- h. ugodowe załatwienie sporu z Gm. Orla i brak roszczeń odszkodowawczych wobec Sanito, Gm. Narewka nie występowała do Sanito z jakimikolwiek roszczeniami w związku z odstąpieniem od obu umów z Sanito, zaś w wyniku na nowo przeprowadzonego przetargu Gm. Narewka udzieliła zamówienia objętego poprzednimi umowami z Sanito innemu wykonawcy za kwotę prawie pół miliona zł niższą niż wartość umów z Sanito,.

W świetle złożonych przez Sanito wyjaśnień i dowodów, za oczywisty należy uznać związek między podjętymi działaniami a nieprawidłowościami zaistniałymi w odniesieniu do umów zawartych z Gm. Orla i Narewka i ich przyczynami. Nadto powody niepowodzenia przy realizacji umów zostały zidentyfikowane oraz wprost podane w Wyjaśnieniach.

Odnosząc się do kwestii proporcjonalności zastosowanych przez Zamawiającego środków w postaci wykluczenia oraz ewentualnego zarzutu zaniechania zastosowania art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy przez Zamawiającego w stosunku do dokumentów składających się

na self-cleaning przedłożonych przez Sanito należy wskazać, jeżeli Zamawiający miał jakiegokolwiek uzasadnione i konkretne wątpliwości lub dostrzegł braki w informacjach, które uznawał za niezbędne mu do oceny wiarygodności self-cleaningu, powinien zwrócić się do Sanito o ich uzupełnienie lub wyjaśnienie. Powyższą możliwość (a zarazem obowiązek) wezwania do wyjaśnień Odwołujący podnosi jedynie z daleko posuniętej ostrożności. Jak wskazano powyżej, Zamawiający dysponował wystarczającym zestawem wyjaśnień, dokumentów i dowodów, a tym samym wystarczającą wiedzą co faktów związanych z realizacją przedmiotowych umów i ustalonymi nieprawidłowościami, jak i mógł na podstawie załączonych do oferty wyjaśnień i dowodów powiązać wprowadzone przez Sanito działania naprawcze z tymi nieprawidłowościami i ich przyczynami - co pozwalało mu pozytywnie ocenić self-cleaning Sanito i dokonać wyboru jej oferty jako najkorzystniejszej. Według Zamawiającego dokumenty i procedurę ich przedstawiania w zakresie self-cleaningu należy odróżnić od zasadniczej procedury przedstawiania dokumentów w Pzp, w szczególności od zasady wyrażonej w art. 26 ust. 2-4 ustawy, a Zamawiający nie jest w żaden sposób zobligowany do wezwania Odwołującego celem udowodnienia jakichkolwiek wątpliwych okoliczności w niniejszym zakresie. Z powyższym stanowiskiem nie sposób się zgodzić, a tego typu czynności Zamawiającego podjęte bez uprzedniego wyjaśnienia istotnych według niego faktów i okoliczności związanych z self-cleaningiem Odwołującego należy uznać za niemożliwe do pogodzenia z zasadą proporcjonalności. Zgodnie z wyrokiem izby z dnia 30.01.2017 r. (sygn. akt KIO 2199/16) Zamawiający powinien mieć na względzie, że w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zobowiązany do pełnego i wszechstronnego zbadania okoliczności w ramach podejmowanych czynności, w szczególności w odniesieniu do czynności o tak doniosłych skutkach jak wykluczenie wykonawcy z postępowania. Wskazać tu również należy, że *„instytucje zamawiające powinny w trakcie całego postępowania przestrzegać zasad udzielania zamówień ustanowionych w art. 18 dyrektywy 2014/24, wśród których znajdują się, w szczególności, zasady równego traktowania i proporcjonalności (wyrok z dnia 26 września 2019 r., Vitali, C-63/18, EU:C:2019:787, pkt 39 i przytoczone tam orzecznictwo), oraz po drugie, że zgodnie z zasadą proporcjonalności, która stanowi ogólną zasadę prawa Unii, przepisy ustanawiane przez państwa członkowskie lub instytucje zamawiające w ramach wdrażania postanowień tej dyrektywy, takie jak przepisy mające na celu ustanowienie warunków wykonania art. 57 wspomnianej dyrektywy, nie powinny wykraczać poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia celów przewidzianych przez tę dyrektywę (Wyrok TSUE z 30 stycznia 2020 w sprawie C-395/18. Trybunał wskazuje także, że: Jeżeli chodzi o zasadę proporcjonalności, to należy przypomnieć, poza orzecznictwem wymienionym w pkt 45 niniejszego wyroku, że z motywu 101 akapit trzeci dyrektywy 2014/24 wynika, że przy stosowaniu fakultatywnych podstaw wykluczenia, takich*

jak podstawy znajdujące się w art. 57 ust 4 lit. a) tej dyrektywy, instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności, uwzględniając między innymi drobny charakter nieprawidłowości lub powtarzanie się drobnych nieprawidłowości).

Na zasadę proporcjonalności wskazuje także - *stricte* w odniesieniu do self-cleaningu - art. 24 ust. 9 ustawy nakazujący Zamawiającemu dokonanie oceny działań wykonawcy przy uwzględnieniu m.in. wagi i szczególnych okoliczności czynu wykonawcy. Powyższe oznacza, że Zamawiający - przed dokonaniem tak ostatecznej czynności, jak wykluczenie wykonawcy z Postępowania, zwłaszcza w odniesieniu do przesłanek fakultatywnych - powinien szczegółowo przeanalizować, czy sankcja ta w kontekście podjętych przez Sanito środków staranności oraz naprawczych, jest proporcjonalna w okolicznościach danej sprawy. Zamawiający w ogóle takiej analizy nie przeprowadził. Nie uwzględnił m.in., oceniając self-cleaning Sanito, transparentności działania Odwołującego, czy też okoliczności, iż mowa jest o konsekwencjach wykluczenia z przetargów publicznych na wiele lat, jak i faktu, iż sytuacja związana z niewykonaniem przedmiotowych umów była sytuacją wyjątkową, mającą miejsce w tym samym krótkim okresie czasu. Łączna liczba niewykonanych instalacji w ramach dwóch umów z gminą Orla i dwóch umów z gminą Narewka wyniosła 135 instalacji - a zatem wykluczenie opiera się na błędach popełnionych w odniesieniu do ok. 0,5 % wartości innych projektów zrealizowanych należycie w latach 2017-2019. Kluczowe jest przy tym, że wskazane błędy Odwołujący zapłacił już znaczną cenę, poniósł poważne konsekwencje (m.in. w postaci wykluczenia z innych postępowań oraz poniesienia wysokich kosztów reorganizacji działalności) oraz wyciągnął wnioski skutkujące usprawnieniem mechanizmów funkcjonowania przedsiębiorstwa Sanito, co eliminuje ryzyko tego typu zdarzeń w przyszłości. Natomiast odnośnie kwestii stosowania art. 26 ust. 3 i 4 dawnego Pzp do dokumentów dot. self-cleaningu należy wskazać, iż stanowisko, iż są to dokumenty o wyjątkowym statusie, do których nie znajdują zastosowania ogólne zasady przedkładania i uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu czy brak podstaw wykluczenia - jest nietrafne. W przepisach ustawy na próżno szukać regulacji wyłączającej stosowanie art. 26 ust. 3 i ust. 4 do dokumentów dotyczących self-cleaningu u. Wyjaśnienia czy dowody dotyczące self-cleaningu są załącznikami do JEDZ (w postępowaniach ponadprogowych) lub do oświadczeń o spełnianiu warunków i braku podstaw wykluczenia składanych w innej formie (w postępowaniach o wartości poniżej progów unijnych), i na tej samej zasadzie - jako mieszczące się w kategorii dokumentów podmiotowych - powinny być wyjaśnianie czy uzupełniane (w treści w zasadzie każdego orzeczenia TSUE podkreśla się wynikającą z przepisów Dyrektywy klasycznej konieczność umożliwienia wykonawcy przedstawienia dowodów, iż przedsięwziął skuteczny self-cleaning, tj. *de facto* i *de iure* dowodów, iż nie podlega wykluczeniu (np. wyrok TSUE z dnia 11 czerwca 2020 r., C-472/19 Vert

Marinę)). W realiach niniejszej sprawy Odwołujący nie był wzywany przez Zamawiającego do wyjaśnień lub uzupełnień w zakresie self-cleaningu.

W orzecznictwie Izby podkreśla, się że zamawiający ma obowiązek umożliwić wykonawcy skorzystanie z procedury samooczyszczenia, zwłaszcza w sytuacji przesłanek wykluczenia o charakterze ocennym, gdy wykonawca oświadczy w JEDZ, że nie podlega wykluczeniu, a zamawiający uzna, że przesłanki wykluczenia zostały jednak spełnione. Wówczas zamawiający powinien wezwać odwołującego w trybie art 26 ust. 3. do poprawienia oświadczenia JEDZ, a także do uzupełnienia rubryki tego oświadczenia dotyczącej samooczyszczenia, umożliwiając wykonawcy przedstawienie ewentualnych dowodów w ramach procedury samooczyszczenia (por. np. wyroki KIO z 8 grudnia 2017 r., sygn. akt KIO 2443/17 i z 20 grudnia 2016 r., KIO 2335/16). Stąd niezrozumiałe i wewnętrznie sprzeczne jest stanowisko, iż konieczne jest wezwanie do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy wszystkich dokumentów świadczących o self-cleaningu, a już niemożliwe jest wezwanie do uzupełnienia czy nawet wyjaśnienia pojedynczych dokumentów. Jest to również niezgodne z zasadą wykładni z większego na mniejsze. W polskim systemie zamówień publicznych regulacja art. 26 ust. 3 ustawy odgrywała (i odgrywa) bardzo istotną rolę swoistego ograniczenia formalizmu postępowania o udzielenie zamówienia. Stąd, jak najbardziej słusznie orzecznictwo wskazuje, iż w przypadku uznania, że przesłanki wykluczenia, wbrew stanowisku wykonawcy, jednak zachodzą, JEDZ i dokumenty do niego załączone podlegały będą uzupełnieniu w pełnym zakresie właśnie na podstawie i w drodze zastosowania ww. przepisu. Niezrozumiałe jest więc z jakich względów, w sytuacji kompletnego braku/nieprzedłożenia oraz kardynalnych błędów w tych samych dokumentach (np. zaznaczenia w JEDZ braku określonej podstawy wykluczenia i/lub niezłączenia jakichkolwiek dokumentów świadczących o samooczyszczeniu), wskazane dokumenty podlegają uzupełnieniu. Natomiast w sytuacji niewielkich błędów czy braków w tych dokumentach (np. niejasności jakiegoś zagadnienia lub braku dowodu na okoliczność, która w wyjaśnieniach jest podnoszona, a jednocześnie nie może być przyjęta jako wiarygodna na podstawie samego oświadczenia Wykonawcy) - według Zamawiającego uzupełnieniu już nie podlegają. Konsekwencją takiego stanowiska jest konstatacja, iż brak wszystkich dokumentów potwierdzających dokonanie self-cleaningu podlegał będzie obligatoryjnemu uzupełnieniu, natomiast brak tylko niektórych takiemu uzupełnieniu (bądź wyjaśnieniu) podlegał nie będzie.

Niedopuszczalności wyjaśnień niejasności czy uzupełnień dokumentów składających się na self-cleaning, nie sposób również wywodzić z faktu, iż ciężar wykazania skuteczności self-cleaningu spoczywa na wykonawcy. Ta sama zasada i rozkład ciężaru dowodu dotyczy wszystkich warunków udziału w postępowaniu i podstaw wykluczenia - wykonawca, który wbrew ciężącemu na nim obowiązkowi nie wykazał ich spełnienia podlega wykluczeniu,

a pomimo tego nie budzi żadnych wątpliwości, iż procedura opisana w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy znajdowała swoje zastosowanie do braków w tego rodzaju dowodzeniu. Przy czym na marginesie można dodać, że o ile w świetle orzecznictwa, procedura uzupełniania dokumentów w oparciu o art. 26 ust. 3 uchylonego Pzp powinna być jednokrotna, to wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 mogą być żądane i składane niejako „do skutku” jeśli tylko jakieś kwestie pozostają niejasne i istnieje taka potrzeba. Nie obowiązuje nawet w ich zakresie zasada jednokrotności wezwania. Skoro więc ocena podstaw wykluczenia i związanej z tym skuteczności wdrożonego self- cleaningu, co do zasady, winny prowadzić do realnych ustaleń i dążenia do budowania stosunku zaufania (za powoływanym orzecznictwem TSUE), takie wyjaśnienia oraz ewentualne uzupełnienia dokumentów należy postulować. Natomiast zakładanie i postulowanie, iż w ramach badania kilkusetstronicowych dokumentów, wyjaśnień i dowodów wszystko od razu będzie/ma być oczywiste i jasne dla innego podmiotu (zamawiającego), budzić może jedynie zdumienie. Tego typu postulat należy ocenić jako skrajny formalizm, który nie znajduje żadnego oparcia w przepisach i nie powinien mieć miejsce w praktyce stosowania prawa. Stanowisko w przedmiocie oceny, wyjaśniania i uzupełniania dokumentów składających się na self-cleaning Odwołującego, zaprezentowane przez Zamawiającego, z pewnością nie służy budowie „stosunku zaufania”, o którym mowa w wyroku TSUE z 19 czerwca 2019 r. C 41/18 Meca Sri, któremu służyć ma ze strony wykonawcy wdrożenie i przedstawienie procedury self- cleaningu, a ze strony zamawiającego jej zrozumienie i ocena. Nie daje się również pogodzić, z podkreślanymi w wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 14 stycznia 2021 C-387/19 RTS Infra, zasadami ogólnymi prawa Unii - prawem do obrony i prawem do bycia wysłuchanym.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba wskazuje, że zgodnie z treścią art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020, dalej: ustawy wprowadzającej), do postępowań odwoławczych i postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1 - czyli ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2019 ze zm. dalej: „ustawa z 2019 r.”).

Oznacza to, że dla rozpoznania w procedurze odwoławczej przedmiotowego odwołania właściwe są przepisy ustawy dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2019 ze zm.), natomiast w zakresie procedury o udzielenie zamówienia publicznego właściwe są przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.; dalej „ustawy”).

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 29 marca 2021 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone przez Odwołującego na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 505 ust 1 nowej ustawy – Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku *w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu.

Izba uwzględniła stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 13 maja 2021 roku – *Odpowiedź na odwołanie*.

Odwołujący, złożył do akt sprawy, za pismem z dnia 12 maja 2021 roku, dokumenty składane w sprawie; dokumentacja zawiera również wydrukowane orzeczenia.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone w trakcie rozprawy przez Odwołującego:

- dowód nr 1 - materiał poglądowy na osi czasu obrazujący przebieg poszczególnych postępowań odwoławczych oraz zmieniające się uzasadnienia self-cleaningu w wyniku poszczególnych zdarzeń, opracowanie własne,
- dowód nr 2 - umowy z pracownikami jakie przedstawił Zamawiającemu przy self-cleaningu zawarte na czas określony albo na okres próbny wraz z podpisanymi umowami dla poszczególnych stanowisk potwierdzającymi przedłużenie tych umów,
- dowód nr 3 - *Opinia KPMG na temat działań naprawczych*,
- dowód nr 4 - wyciąg z Protokołu posiedzenia i rozprawy Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 stycznia 2021 roku w sprawie o sygn. akt KIO 3540/21.

Izba dopuściła dowód zawnioskowany i złożony w trakcie rozprawy przez uczestnika postępowania odwoławczego FlexiPower Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Pabianicach - pytania skierowane do gminy Chełm i Wiśniowa oraz udzielone odpowiedzi w odniesieniu do realizacji przez Sanito kontraktów.

Izba ustaliła stan faktyczny:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy z 2019 Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, że okolicznością bezsporną między stronami i uczestnikiem postępowania jest, że w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający wskazał podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 1, 4 i 8 ustawy (Rozdział III Kwalifikacja podmiotowa – warunki udziału w postępowaniu i podstawy wykluczenia ust. 4 pkt 2b SIWZ).

Izba ustaliła, że w ofercie Odwołujący złożył oświadczenie (Załącznik nr 1G do SIWZ), gdzie oświadczył Zamawiającemu:

1. *Oświadczam, że nie podlegam wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1 i 8 ustawy Pzp.*

Odwołujący wraz z ofertą złożył pismo z dnia 23 lutego 2021 roku, do którego zostały załączone Wyjaśnienia i dowody (trzydzieści trzy załączniki) dotyczące czynności naprawczych podjętych przez Sanito Sp. z o.o. w ramach procedury samooczyszczenia (tzw.self-cleaning) przewidzianej przepisami prawa zamówień publicznych. Dokumenty te w części objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 24 marca 2021 roku Zamawiający poinformował o wykluczeniu Odwołującego z postępowania podając następujące uzasadnienie:

Zgodnie z treścią przepisu 24 ust. 5 pkt 4 ustawy 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.

Na mocy przepisu art. 24 ust. 4 ustawy PZP ofertę wykonawcy wkluczonego uznaje się za odrzuconą.

Przepis art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, że wykluczenie wykonawcy następuje w przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 18 i 20 lub ust. 5 pkt 2 i 4, jeżeli nie upłynęły 3 lata od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Zgodnie z dyspozycją normy art. 24 ust. 8 ustawy Pzp wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy 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 konkretnych środków i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy.

Zgodnie z treścią przepisu art. 24 ust. 9 ustawy Pzp Wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli Zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp.

Wyjaśnić należy, że w świetle art. 24 ust. 12 Pzp, Zamawiający może wykluczyć Wykonawcę na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia.

Dodatkowo Zamawiający wyjaśnia, że przedmiotowe wykluczenie nastąpiło, przy całkowitym uwzględnieniu postanowień zawartych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w szczególności postanowień Rozdziału III "Kwalifikacja podmiotowa — warunki udziału w postępowaniu i podstawy wykluczenia. Klauzula zastrzeżono".

W świetle powyższego zgodnie z ust. 1 Rozdziału III, o udzielenie zamówienia publicznego może ubiegać się Wykonawca, który nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów — Zamawiający nie opisuje, nie wyznacza szczegółowego warunku w tym zakresie, sytuacji finansowej lub ekonomicznej Zamawiający nie opisuje, nie wyznacza szczegółowego warunku w tym zakresie, a także

zdolności technicznej i zawodowej zgodnie z warunkiem opisanym w rozdz. Ell ust. 2 pkt 1) lit. a) - lit. e) SIWZ dla Części 1.

Przy tym jednak w świetle ust. 2 pkt 2b ww. Rozdziału Zamawiający oceni, czy udostępniane Wykonawcy przez inne podmioty zdolności zawodowe, pozwalają na wykazanie przez Wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniach, o których mowa w ust. 2 pkt 1 odpowiednio dla części: Część 1: lit. a)- lit. e) powyżej oraz zbada czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5 pkt 1) 4) i 8) ustawy PZP.

Natomiast zgodnie z ust. 4 pkt 2b Rozdziału III Fakultatywne podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 1, 4 i 8 ustawy PZP. Zamawiający wykluczy również z postępowania 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 PZP, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

Natomiast zgodnie z ust. 4 pkt 2b Rozdziału III Fakultatywne podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 1, 4 i 8 ustawy PZP. Zamawiający wykluczy również z postępowania 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 PZP, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania,

Istotne jest także postanowienie określone w ust. 5 Rozdziału III SIWZ, w którym Zamawiający wskazuje, że Wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16—20 lub ust. 5 ustawy 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 (instytucja samooczyszczenia).

A także ust. 7 Rozdziału III SIWZ według którego Zamawiający na podstawie dokumentów i oświadczeń wymaganych w przedmiotowym postępowaniu oceni, czy Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu wymienione w ust. 2 pkt 1 odpowiednio dla części: Część 1:

- lit. e) oraz czy brak jest podstaw do wykluczenia Wykonawcy z postępowania, o których mowa w ust. 4.

W związku z w. przytoczonymi przepisami stanowiącymi uzasadnienie prawne wykluczenia Wykonawcy, podstawę odrzucenia oferty stanowi przepis art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, na mocy którego ofertę Wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Uzasadnienie faktyczne

Podstawą wykluczenia jest niespełnienie przez Wykonawcę przestanki zawartej w art. 24 tj. Zamawiający przy uwzględnieniu wagi i szczególnych okoliczności czynu Wykonawcy, uznaje za niewystarczające wszelkie wyjaśnienia i dowody przedstawione w podjętej przez Wykonawcę procedurze self-cleaningu.

W związku z powyższym Zamawiający, stosownie do art. 92 ust. 1a Pzp przywołuje następujące wyjaśnienia.

Zamawiający wyjaśnia, że zgodnie z obowiązującym orzecznictwem, dokumenty i procedurę ich przedstawiania w zakresie self-cleaningu należy odróżnić od zasadniczej procedury przedstawiania dokumentów w Pzp, w szczególności od zasady wyrażonej w art. 26 ust. 2-4 Pzp. Istotnym więc jest rozróżnienie, iż w procedurze samooczyszczenia ciężar wykazania skuteczności spoczywa na Wykonawcy, toteż Zamawiający nie jest w żaden sposób zobligowany - do wezwania Wykonawcy celem udowodnienia jakichkolwiek wątpliwych okoliczności w niniejszym zakresie.

(...)

W związku z powyższym Zamawiający nie wezwał Wykonawcy do złożenia dodatkowych waśni, co do przedstawionych przez Wykonawcę dowodów w zakresie self-cleaningu.

Zamawiający ww. postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zastosował art. 24aa Pzp. Przy tym Zamawiający wyjaśnia, że w Rozdziale I 'Postanowienia ogólne' ust. 2 pkt 4 przewidziane zostało prowadzenie przedmiotowego postępowania w oparciu o art. 24aa. Zamawiający zastrzegł, że najpierw dokona oceny ofert, a następnie zbada, czy Wykonawca, którego oferta została oceniona jako nie podlega wykluczeniu (art. 24 ust. 1 pkt 12-23 oraz wybrane podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 5 ustawy Pzp, wskazane przez Zamawiającego w rozdziale III i IV SIWZ) oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu (określone przez Zamawiającego w rozdziale III i IV SIWZ).

Zatem w rozdziale III ust. 4 pkt 2a SIWZ zostały wyliczone fakultatywne podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 1, 4 i 8 ustawy PZP, tj. w szczególności w świetle których Zamawiający wykluczy również z postępowania 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 PZP, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

Tymczasem Wykonawca Sanito sp. z o.o. w ofercie złożył oświadczenie, że nie podlega wykluczeniu z postępowania jedynie na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1 i 8 Pzp. Natomiast, że zachodzą w stosunku do niego podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4.

Wykonawca poinformował Zamawiającego o okolicznościach, które stanowią podstawę wykluczenia Wykonawcy na mocy art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp w piśmie z dn. 23 lutego 2021 r., które przedłożył wraz z ofertą. A następnie Wykonawca na poczet podjętej procedury samooczyszczenia przedłożył również Zamawiającemu pismo pn. "Wyjaśnienia i dowody dotyczące czynności naprawczych podjętych przez Sanito Sp. z o.o. w ramach procedury samooczyszczenia (tzw. self-cleaning) przewidzianej przepisami prawa zamówień publicznych". Wykonawca w przedstawionych Zamawiającemu dokumentach wskazał, że był stroną czterech umów o zamówienie publiczne zawartych z Gminą Orla oraz z Gminą Narewka, tj. Umowa nr OG.271.2.2018 z dnia 10 września 2018 r. Umowa nr OG.271.2.2018/2 z dnia 10 września 2018 r, Umowa nr ZP.271.2.2018 Zadanie 1 z dnia 25 września 2018 r., Umowa nr ZP.271.2.2018 Zadanie 2 z dnia 25 września 2018 r., wyjaśniając przy tym, że wszystkie ww. umowy zostały rozwiązane w każdym przypadku przez zamawiających na mocy oświadczeń o odstąpieniu od każdej z umów, zaś jako przyczynę odstąpienia Zamawiający przywoływali nierozpoczęcie przez Wykonawcę prac, mimo wezwania Zamawiającego.

Wykonawca poinformował Zamawiającego, że w związku z ww. okolicznością nieprawidłowego postępowania Wykonawcy został wydany wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 27 listopada 2019 r. (KIO 2025/19, KIO 2029/19), utrzymany wyrokiem Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 16 kwietnia 2020 r., sygn. akt II Ca 286/20, w którym orzeczono, iż Wykonawca w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe przy realizacji w. nadmienionych umów, dlatego też podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp.

W ww. wyroku KIO wskazała, że „w ocenie Izby niewątpliwym jest, że przyczyną odstąpienia przez Gminę Orla od umów zawartych z Przystępującym Sanito była bierność Przystępującego w kwestii realizacji przedmiotu umów, tj. niepodjęcie realnych działań zmierzających do wykonania zobowiązań na rzecz Gminy”.

Na marginesie, Zamawiający zwraca uwagę, że zgodnie z art, 24 ust. 7 pkt 3 Pzp nie upłynęły 3 lata od dnia zaistnienia wskazanych zdarzeń.

Istotny w przedmiotowej sprawie Jest więc przepis art. 24 ust. 8 Pzp w świetle którego Wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie ust. 5, 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 współsprawcę 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. A także ust. 9 ww. przepisu, w którym ustawodawca zaznacza, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności' czynu wykonawcy, uzna za wystarczające przedstawione dowody.

Zatem aby prawidłowo skorzystać z art. 24 ust. 8 Pzp. Nie wyręczy, by Wykonawca podjął jakiegokolwiek środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, muszą one być odpowiednie, aby przeciwdziałać na przyszłość powstaniu podobnych naruszeń. Bowiern orzecznictwo wprost wskazuje, że "Skuteczna czynność self-cleaningu powoduje, że Zamawiający uznaje przedstawione dowody za wystarczające i wykonawco nie podlega wykluczeniu. Jest to w istocie kwestia zaufania na płaszczyźnie zamawiający - wykonawca, w kontekście wcześniejszego deliktu wykonawcy" (wyrok KIO z dn. 31 lipca 2020 r. (KIO 1248/20)).

W ocenie Zamawiającego, aby procedura samooczyszczenia mogła być skuteczna, powinna opierać się na trzech kolejnych krokach:

- 1) identyfikacji przyczyny, która doprowadziła do nieprawidłowości,
- 2) podjęcia działań niezbędnych dla wyeliminowania tych nieprawidłowości,
- 3) wykazania, że działania te przyniosły oczekiwany efekt.

W przedmiotowym przypadku Zamawiający nie mógł zweryfikować, czy przedstawione przez Wykonawcę działania były skuteczne, gdyż Wykonawca w bardzo ogólny sposób wskazał przyczyny powstałych nieprawidłowości,

Analiza i weryfikacja dokumentacji prowadzi do wniosków, że mimo formalnej obszerności wyjaśnień i dowodów złożonych i przedstawionych Zamawiającemu przez Wykonawcę, Zamawiający nie może uznać ich za wystarczające w zakresie dokonanych naruszeń oraz środków naprawczych podjętych przez Wykonawcę. Ponadto, nie zasługują także na przyznanie im wartości dowodów poświadczających rzetelność Wykonawcy, a wreszcie w żaden sposób w ocenie Zamawiającego - nie przyświecają perspektywie, że w przyszłości Wykonawca nie dopuści się ponownie podobnym naruszeniom. Tymczasem wykazanie niniejszego, jak się zdaje jest elementem wprost nierozłącznym w przyszłym stosunku stron zaufania. Powyższe podkreślono w orzeczeniu z dnia 3 października 2019 r., że „fakultatywna podstawa wykluczenia wymieniona w art. 57 ust. 4 lit. g) dyrektywy 2014/24 w związku z jej motywem 101 opiera się na istotnym elemencie stosunku między zwycięskim oferentem o instytucją zamawiającą, a mianowicie no wiarygodności zwycięskiego oferenta, na której opiera się zaufanie, jakim obdarzyła go instytucja zamawiająca”,

W ocenie Zamawiającego Wykonawca stosuje mechanizm pobieżnego, ogólnikowego wskazania okoliczności stanu faktycznego, co z kolei prowadzi do przekonania - zdaje się całkowicie uzasadnionego - Zamawiającego, że okoliczności w zakresie self-cleaningu przez Wykonawcę przedstawione posiadają małą wartość merytoryczną.

O stosowaniu niniejszego zabiegu świadczy co najmniej fakt, że Wykonawca w zawartych wyjaśnieniach i dokumentach zwraca uwagę, iż w wyrokach (KIO 1213/20 i 1248/20) KIO stwierdzono, że niemożliwa jest ocena, czy deklarowane przez niniejszego Wykonawcę zmiany techniczne, organizacyjne i kadrowe są wystarczające dla uniknięcia naruszeń w przyszłości. Przy tym jednocześnie Wykonawca wyjaśnia, że niniejsze orzeczenia nie powinny być odnoszone i wprost przedkładane na ocenę informacji i dokumentów składanych przez Wykonawcę, bowiem "zostały one doprecyzowane, uzupełnione i wzbogacone o nowe informacje i dowody w stosunku do wyjaśnień i dokumentów składanych zamawiającym."

Następnie jednak Wykonawca wskazuje wyrok (KIO 3540/20), w którym KIO uznała, że środki w ramach procedury samooczyszczenia i przedstawione na to dowody są wystarczające do wykazania rzetelności Wykonawcy. W tym wypadku Wykonawca podkreśla, że informacje i dokumenty w ramach self-cleaningu, do których wyrok się odnosi są tożsame z informacjami i dokumentami w tym zakresie złożonymi i przedstawionymi Zamawiającemu.

Jedynie na marginesie Zamawiający, kierując się obiektywnymi kryteriami, posiadaną wiedzą i doświadczeniem życiowym wskazuje, że skoro Wykonawca jak sam podkreśla w wyjaśnieniach składa "wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego" to powinien załączyć treść wszystkich wyroków, jak również wprost możliwie w jak największym stopniu wykazać tożsamość oraz brak tożsamości dokumentacji przedkładanej Zamawiającemu z dokumentacją przedłożoną uprzednim Zamawiającym, o której rzekomo mowa we wskazanych przez Wykonawcę wyrokach. Toteż trudno dać wiarę i przyjąć zgodnie z wyjaśnieniami Wykonawcy, że okoliczności przez niego wskazane mają charakter wyczerpujący.

Po drugie, mając na uwadze, że Wykonawca, wskazał okoliczności stanu faktycznego, zatem i przyczyny powstałych nieprawidłowości w sposób ogólnikowy, zamawiający nie był w stanie zweryfikować czy przedstawione przez Wykonawcę działania zasługują na miano skutecznych. Bowiem, mimo że Wykonawca przedstawia rzekomy opis środków podjętych w ramach naprawienia szkody wyrządzonej nieprawidłowym postępowaniem Wykonawcy i wymienia środki jakoby adekwatne do zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu Wykonawcy o charakterze technicznymi organizacyjnym, kadrowym w żadnym względzie nie można uznać, że podjęte działania są wystarczające i stanowią gwarancję, że naruszenia tego typu nie powstaną ponownie w przyszłości. W szczególności,

podkreślić należy że Wykonawca nie wskazuje konkretnych więzi między środkami/ działaniami podjętymi w celu zapobieżenia w przyszłości wystąpieniu podobnych naruszeń, a przyczynami, które doprowadziły do ich powstania w przeszłości, w szczególności przyczynami niewykonania poprzednich umów, i/ lub nie podjęcia wszelkich kroków prowadzących do ich realizacji. Brak tych informacji nie pozwala na obiektywną ocenę, czy wdrożone rozwiązania mają jakikolwiek wpływ na realizację przyszłych umów Wykonawcy. Wykonawca zatem nie wykazał, że przedsięwzięte przez niego środki są wystarczające do potwierdzenia jego rzetelności oraz zapobieżenia nieprawidłowemu postępowaniu w przyszłości, nie wykazał także wystarczająco, a wręcz w ogóle jak zmiana opisanych obszarów funkcjonowania przedsiębiorstwa zapewni prawidłowość przyszłego postępowania Wykonawcy.

Wykonawca wyjaśnia również, że przedsiębiorstwo Wykonawcy otrzymało certyfikat zarządzania jakością ISO 9001:2015 potwierdzający, że sposób działalności przedsiębiorstwa odpowiada najwyższym światowym standardom w tym zakresie, co ma rzekomo potwierdzać skuteczność wprowadzonych przez Wykonawcę działań naprawczych. Mając jednak na względzie, że Wykonawca nie wykazał związku pomiędzy wprowadzonymi zmianami i wszelkimi innymi czynnościami w tym zakresie a wcześniejszymi naruszeniami samą okoliczność posiadania przez Wykonawcę ww. certyfikatu należało uznać za niewystarczającą i nieistotną.

Wykonawca wskazał, że odpowiedzialność za niewykonanie umów zawartych z Gminą Orla i Gminą Narewka ponoszą pracownicy, którzy zostali w związku z tym zwolnieni. Wykonawca nie wyjaśnił jednak w jaki dokładnie sposób i w jakim zakresie, zwolnione osoby przyczyniły się do niezrealizowania tych konkretnych umów. Wykonawca nie podał precyzyjnie, które czynności, bądź brak jakich czynności, poszczególnych zwolnionych pracowników, w jakim następstwie chronologicznym i w jakich relacjach zależności wzajemnych, wywołały niekorzystne dla stron konsekwencje skutkujące niewykonaniem umów.

Ponadto, Wykonawca wskazał, że w ramach nowej struktury jego przedsiębiorstwa utworzono dodatkowe stanowiska i funkcje, co pozwoliło na uporządkowanie procesów decyzyjnych oraz umożliwiło dokładniejsze przypisanie zadań i odpowiedzialności, w lepszą kontrolę czynności podejmowanych na poszczególnych szczeblach w ramach nowej struktury, Z treści przedłożonych umów o pracę zawartych na okres próbny oraz umów zawartych na czas określony wynika, że okres obowiązywania tychże umów już upłynął. Wykonawca nie zaferował natomiast żadnych dowodów potwierdzających, że wskazane umowy są kontynuowane lub zostały zastąpione innymi.

Zdaniem Zamawiającego, wyjaśnienia wykonawcy i przedłożone przez niego dowody nie wskazują, aby podstawą niewykonania umów z Gminą Orla i Gminą Narewka były okoliczności związane z nieprawidłowym obiegiem informacji i dokumentów, brakiem

odpowiednich procedur lub systemów informatycznych, czy też niewłaściwą strukturą organizacyjną. Z treści pism zawierających oświadczenia Gminy Orla i Gminy Narewka o odstąpieniu od umów zawartych z Wykonawcą jednoznacznie wynika, że przyczyną odstąpienia było nierozpoczęcie realizacji przedmiotowych umów przez Wykonawcę. Ponadto, z treści przedłożonych przez Wykonawcę wyjaśnień wynika, że posiadał on wiedzę, że umowy z Gminą Orla i Gminą Narewka nie są realizowane i pomimo posiadania tych informacji nie podjął działań mających na celu wykonanie przedmiotowych umów. Wobec tego, nie można przyjąć, że zmiany polegające na wdrożeniu systemów informatycznych usprawniających obieg dokumentów, zmiany struktury organizacyjnej i procedur wewnętrznych oraz zwolnienie pracowników mogą zostać uznane za argumenty pozwalające na stwierdzenie, że wskazane działania Wykonawcy będą miały wpływ na realizację przyszłych umów wykonawcy. Przedłożone przez Wykonawcę odpisy wybiórczo skompletowanych dokumentów dowodów tych nie zastąpią. Ich dobór wskazuje wprawdzie na podjętą próbę wykazania zrealizowania procedury samooczyszczenia, lecz jej spełnienia skutecznie nie dowodzi. Tym samym, Wykonawca nie zdołał uczynić zadość wymaganiu udowodnienia, że skutki działań naprawczych zostały utrzymane i pozwolą uchronić Zamawiającego w niniejszej sprawie przed konsekwencjami niewykonania umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.

Po trzecie, Zamawiający po przeanalizowaniu przedłożonej dokumentacji oraz wyjaśnień Wykonawcy powziął również wątpliwość, czy mając na uwadze całokształt sposobu przedstawienia wyjaśnień i dowodów w procesie samooczyszczenia przez Wykonawcę nie stanowi tylko pozornego przyznania się do winy, jest to o tyle istotne, bowiem w wyroku z dnia 27 marca 2018 r., sygn. akt: KIO 444/18 zostało wskazane że "Warunkiem koniecznym do prawidłowego przeprowadzenia self-cleaningu jest przyznanie się do winy" (wyrok z dn. 27 marca 2018 r. (KIO 444/18)).

Przy tym Zamawiający zaznacza, że co prawda, nie można uznać za w jakikolwiek sposób przesądzającą okoliczność ogólnikowego przedstawienia okoliczności, jednak jednocześnie wskazać należy, że przyczynia się ona i powoduje skutek odwrotny do zamierzonego w całej procedurze self-cleaningu, tj. nie przekonuje Zamawiającego do rzetelności Wykonawcy, a w konsekwencji niniejszego przedstawionych dowodów nie można uznać za wystarczające. Tym samym nie wystąpiła podstawa do wyłączenia zastosowania przepisów obligujących Zamawiającego do wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Jak wskazano „wyżej, to w interesie- Wykonawcy jest dostarczenie Zamawiającemu wszelkich dowodów i argumentów umożliwiających zastosowanie wyjątku od zasady wyrażonej w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy PZP i na Jej podstawie odstąpienie od wykluczenia Wykonawcy z postępowania. Mając jednak na uwadze ww. okoliczności, należało stwierdzić,

że Wykonawca nie zdołał w sposób rzeczywiście wystarczający wykazać okoliczności w zakresie self-cleaningu, toteż należało przyjąć jak w meritum.

(...)

Odwołanie zostało złożone w zakresie części 1 postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W zakresie zarzutów odwołania:

W zakresie zarzutu (1) naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 8 i art. 24 ust. 9 oraz art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (dalej: ustawy) przez bezprawne wykluczenie Odwołującego z Postępowania - a w konsekwencji bezprawne uznanie jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy, oraz uznanie, że Odwołujący nie wykazał, że przedsięwzięte przez niego środki w celu samooczyszczenia są wystarczające do wykazania jego rzetelności, pomimo przedłożenia przez Odwołującego rozległych dowodów i wyjaśnień w tym zakresie, w tym przedstawienia przez Odwołującego wyników wewnętrznego audytu oraz wykazania podjęcia konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, odpowiednich dla zapobiegania nieprawidłowemu postępowaniu w przyszłości, oraz

zarzutu naruszenia (2) art. 7 ust 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 8 i 9 ustawy przez prowadzenie Postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności oraz przejrzystości, w szczególności nie uwzględnienie zasady proporcjonalności przy ocenie wyjaśnień i dowodów Odwołującego złożonych w celu samooczyszczenia

– Izba uznała zarzuty powyższe za zasadne.

Mając na uwadze przedstawiony powyżej stan faktyczny sprawy Izba wskazuje w tym miejscu, że zasadność czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania oraz odrzucenia oferty podlega ocenie Izby w kontekście okoliczności faktycznych i prawnych przedstawionych przez Zamawiającego w uzasadnieniu tej czynności - w rozpoznawanej sprawie podstawy czynności Zamawiającego objęte zarzutami odwołania zawarte zostały w piśmie z dnia 24 marca 2021. Zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność wykluczenia wykonawcy i odrzucenia oferty może być oceniana wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przez Zamawiającego przedstawione jako uzasadniające wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i odrzucenie

oferty. Tym samym ocena dokonywana przez Izbę w tym zakresie nie może wykraczać poza uzasadnienie przedstawione przez Zamawiającego i polegać na badaniu istnienia podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i odrzucenia oferty w szerszym aspekcie. Powyższe stanowisko Izby ma kluczowe znaczenie z uwagi na przedstawione przez Zamawiającego pismo z dnia 13 maja 2021 roku – Odpowiedź na odwołanie. Izba zaznacza w tym miejscu, że zgodnie z ustaleniami Izby, ww. pismo zostało przekazane przez Zamawiającego w przeddzień posiedzenia i rozprawy, zarówno Odwołującemu jak i obu wykonawcom zgłaszającym przystąpienie do postępowania odwoławczego. Niemniej istotnym jest fakt, że pismo to zostało przekazane wszystkim podmiotom w jednolitej treści, bez wyłączenia elementów, które stanowią informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa przez Odwołującego.

Izba poddała analizie treść dokumentów przedstawionych przez Odwołującego wraz z ofertą i uznała, że przedstawione stanowisko Odwołującego, zawarte w piśmie „*Wyjaśnienia i dowody dotyczące czynności naprawczych podjętych przez Sanito Sp. z o.o. w ramach procedury samooczyszczenia (tzw. self-cleaning) przewidzianej przepisami prawa zamówień publicznych*” wraz z załączonymi dowodami (trzydzieści trzy załączniki) potwierdza spełnienie wymagań ustawowych, co do dokonania prawidłowo procedury samooczyszczenia (self-cleaning).

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że nie może być, w przypadku Odwołującego i składanych przez niego oświadczeń, mowy o „pozorności” w przyznaniu się do winy. Odwołujący w sposób jednoznaczny podał w składnym oświadczeniu że *nie podlegam wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1 i 8 ustawy Pzp*. Oznacza to, że jednoznacznie oświadczył, że podlega wykluczeniu na podstawie fakultatywnej przesłanki wykluczenia przewidzianej przez Zamawiającego, tj. art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy. Zamawiający, mając na uwadze uzasadnienie decyzji w tym zakresie w piśmie z dnia 24 marca 2021 roku, zdaje się nie rozumieć argumentacji przytaczanego przez Zamawiającego orzeczenia Izby, bowiem w przyznaniu się do winy należy upatrywać przyznania się do podlegania wykluczeniu na wskazanej przez siebie podstawie prawnej, przesłance określonej ustawą. W rozpoznawanej sprawie Odwołujący wskazał taką podstawę przez jej pominięcie w złożonym oświadczeniu oraz przedstawiając uzasadnienie w złożonym piśmie. Stanowisko do jakiego referuje Zamawiający dotyczy okoliczności w jakich dany podmiot twierdzi, że nie podlega wykluczeniu na podstawie żadnej przesłanki ustawowej składając pełne oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu a następnie podejmuje czynności samooczyszczenia – jednakże z takim przypadkiem nie mamy w tej sprawie odwoławczej do czynienia. W ocenie Izby Odwołujący w sposób oczywisty oraz bezpośredni wskazał

na to, że podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy oraz jednocześnie podjął działania mające na celu wykazanie przeprowadzenia procedury samooczyszczenia. Tym samym Izba nie podziela „wątpliwości”, które wydaje się nawet nie być stanowiskiem Zamawiającego, o pozorności przyznania się Odwołującego „do winy”.

Na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy 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. Ustawodawca przewidział, że taki wykonawca 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 (tak art. 24 ust. 8 ustawy). Natomiast zgodnie z art. 24 ust. 9 ustawy Wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8.

Mając na uwadze obowiązujące regulacje prawne Izba uznała, że Odwołujący – wbrew twierdzeniu Zamawiającego – w sposób bardzo szczegółowy oraz systematyczny przedstawił okoliczności związane z nieprawidłowościami jakie legły u podstaw zaistnienia przesłanki wykluczenia. Odwołujący w prezentowanym stanowisku szczegółowo odniósł się do okoliczności stanu faktycznego i opisał okoliczności jakie przyczyniły się do zaistniałego stanu faktycznego oraz wskazał „punkty” działania spółki, które przyczyniły się do takiego stanu rzeczy. Na stronach 2 i 3 złożonego pisma, w części nieobjętej tajemnicą przedsiębiorstwa, Odwołujący podał, że przyczyną odstąpienia przez Gminę Orla oraz Gminę Narewka od realizacji umów (w sumie czterech umów) były trudności związane z nabyciem materiałów i komponentów niezbędnych do realizacji umów. W dalszej części pisma – objętej tajemnicą przedsiębiorstwa – Odwołujący w sposób systematyczny opisał przyczyny i okoliczności, jak również elementy jakie bezpośrednio stanowiły o niewykonaniu umów. Bardzo szczegółowa analiza zaistniałej sytuacji znajduje się także w Załączniku nr 5 – Sprawozdanie z czynności zespołu roboczego, do ww. pisma Odwołującego złożonych wraz z ofertą oraz w załącznikach 1-4, do których w swoim stanowisku referuje Odwołujący

tj. Oświadczeniu Gminy Orla, Oświadczeniu Gminy Narewka oraz wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 16 kwietnia 2020 roku sygn. akt II Ca 286/20 oraz wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 listopada 2029 roku sygn. akt KIO 2025/19.

Zamawiający w swojej argumentacji w ogóle nie odnosi się do przedstawionych dokumentów przez Odwołującego. Przy czym należy podkreślić, że Odwołujący przedstawił bardzo obszerne wyjaśnienia wraz z dokumentami, dowodami potwierdzającymi wskazywane w wyjaśnieniach okoliczności.

Izba zaznacza w tym miejscu, że przepisy ustawy nie określają jakie to dokumenty, jakie wyjaśnienia i oświadczenia składane przez Odwołującego – wykonawcę należałoby uznać za potwierdzające prawidłowość przeprowadzenia procedury samooczyszczenia. To oznacza, że każdorazowo wykonawca przeprowadzając taką procedurę musi zostać poddany ocenie przez Zamawiającego. Jeżeli Zamawiający nie uznaje skuteczności prowadzonej procedury to winien był podać dlaczego tak twierdzić, jak ocenia poszczególne złożone dokumenty oraz dlaczego uważa, że nie potwierdzają one prawidłowości czynności wykonawcy. Ogólnikowe, lakoniczne i nie odnoszące się do żadnych faktycznych elementów podnoszonych przez Odwołującego stanowisko Zamawiającego nie może być uznane za prawidłowe.

Odwołujący, wbrew twierdzeniu Zamawiającego, wyjaśnił na czym polegało i jaką przyczyną poprzedzone było niewykonanie umów z Gminami Narewka oraz Orla. W ocenie Izby, argumentacja Zamawiającego skupia się wybiórczo na pojedynczych informacjach, nie odnosi się do precyzyjnie wyjaśnionego w całej przedstawionej przez Odwołującego dokumentacji. Ponownie w tym miejscu Izba wskazuje, że na stronach 4 i 5 pisma złożonego przez Odwołującego oraz w Załączniku nr 5 do ww. pisma zawarte zostało wyjaśnienie i powiązanie wzajemne przyczyn i okoliczności jakie legły u podstaw zaistniałych okoliczności niewykonania umów z Gminami Narewka oraz Orla. Sam fakt, że jak podnosi Zamawiający z pisma Odwołującego wynikało, że miał on wiedzę na temat tego, że umowy te nie były realizowane potwierdza w ocenie Izby, że wykazał Odwołujący jakie elementy działania spółki, na jakich obszarach i w jakim zakresie zawiodły czy też się nie sprawdziły. Nielogicznym w ocenie Izby byłoby sądenie, że Odwołujący pozostawał w nieświadomości co do realizacji umów których był stroną, lub wskazywanie, że taka okoliczność byłaby właściwa. Nie znajduje również uzasadnienia argumentacja Zamawiającego z pisma z dnia 24 marca 2021 roku, że mimo posiadania takich informacji nie podjął Odwołujący działań. Właśnie dlatego, że zaistniały dane okoliczności, że zaistniałe dane zdarzenia lub brak był określonych działań doszło do takiej sytuacji – o tym wszystkim dokładnie rozprawia

w swoim stanowisku Odwołujący, gdzie wyjaśnia i tłumaczy stan faktyczny i okoliczności jakie to wywołało, jak również wskazuje skutki do jakich doprowadziło. Zamawiający wydaje się pomijać uzasadnienie poczynione przez Odwołującego, a zwarte na stronach 4 – 7 pisma oraz w przywołanych załącznikach. Jednocześnie w ocenie Izby Zamawiający albo nie zrozumiał argumentacji zawartej w piśmie albo stara się wyrzeć takie wrażenie, że argumentacja zawarta w oświadczeniu Odwołującego jest niezrozumiała i niepowiązana ze sobą. W ocenie Izby Odwołujący w złożonych dokumentach w sposób jasny i rzeczowy wyjaśnił przyczyny organizacyjne, a raczej brak właściwej organizacji, które to legły u podstaw zaistniałego stanu faktycznego i braku realizacji wskazanych wyżej umów. W ocenie Izby Odwołujący uzasadnił również, w obliczu zsiniałych okoliczności, niewykonanie umów, zasadność przeprowadzenia zmian organizacyjnych w spółce oraz wprowadzenie nowych rozwiązań technicznych i kadrowych. Odwołujący, w ocenie Izby, bardzo precyzyjnie przedstawia argumentację, przedstawia stosowane dowody i wskazuje na podejmowane czynności i działania mające zapobiegać podobnym sytuacjom na przyszłość.

W ocenie Izby Odwołujący wyjaśnił na czym polegało przyczynienie się poszczególnych pracowników spółki do niewykonania wskazanych umów, o czym była mowa w złożonych dokumentach, w tym w piśmie i załączniku nr 5 do pisma. Zamawiający przedstawiając swoje stanowisko w piśmie z dnia 24 marca 2021 roku jakby nie czytał dokumentów złożonych przez Odwołującego stawia tezy nie znajdujące uzasadnienia. Wręcz przeciwnie, stanowisko Odwołującego w tym zakresie zostało przedstawione i w ocenie Izby jest wystarczające do stwierdzenia przyczyn jakie były udziałem tych osób, a które stanowiły o niezrealizowaniu umów dla Gminy Narewka i Gminy Orla.

Izba dostrzegła, że w zakresie zmian kadrowych Odwołujący utworzył nowe stanowiska pracy. Przedstawione wraz z ofertą dokumenty, tj. pismo i załącznik nr 11 stanowią w pełni potwierdzenie realizacji zdiagnozowanych problemów i ich naprawę. Żaden przepis nie nakłada na wykonawcę konieczności „odświeżania” czynności podjętych w ramach samooczyszczenia i wytwarzania na przestrzeni lat (art. 24 ust. 7 pkt 3) nowych dokumentów. Faktem jest, że wykonawca zawsze może własne oświadczenia dotyczące samooczyszczenia poprawiać i ulepszać – tak jak miało to miejsce w odniesieniu do tego Odwołującego, a co wskazując na poszczególne zdarzenia na osi czasu wykazał na podstawie dowodu nr 1 – jednakże, nie ma obowiązku wykazywania podejmowanych czynności następczych do tych podjętych w ramach samooczyszczenia. Gdyby chciał tak podchodzić do tego zagadnienia, to wykonawca przez okres trzech lat, tak jak w tym wypadku, ciągle musiałby podejmować nowe dodatkowe i wcale niepodjęte na etapie samooczyszczenia czynności. Odwołujący przedstawił dowód nr 2 – umowy dla

poszczególnych stanowisk objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Potwierdza to w ocenie Izby, że podjęte przez Odwołującego działania były zasadne i się sprawdziły, co oznacza, że diagnoza wynikająca z Załącznika nr 5 również była prawidłowa. Oczywistym i logicznym w ocenie Izby jest fakt, że gdyby zatrudnienie kolejnych osób było nieefektywne czy też bezcelowe to spółka nie utrzymywałaby takich etatów.

Zasadność podejmowanych działań przez Odwołującego potwierdza również Opinia KPMG na temat działań naprawczych (dowód nr 3), którą przedstawił Odwołujący. Wymaga podkreślenia, że sporządzający opinie jednoznacznie wskazali, że w oparciu o przedstawione dokumenty sformułowali własną ocenę podjętych przez Sanito działań. Wymaga odnotowania, że dowód ten został w części objęty tajemnicą przedsiębiorstwa lecz wnioski są jawne, a sporządzający opinię, z uwzględnieniem wszystkich poczynionych zastrzeżeń, stwierdzili, że „działania naprawcze podjęte przez Sanito przebiegły w sposób usystematyzowany. Są one adekwatne do celu jakim jest zapobieżenie zidentyfikowanym nieprawidłowościom w przyszłości.” Stwierdzono również, że działania Sanito obejmują „zarówno środki techniczne, organizacyjne, jak i kadrowe, są daleko idące i pociągają za sobą dodatkowe koszty.” Opinia ta, w ocenie Izby, w części objętej tajemnicą, skrupulatnie odnosi się do przedstawionych przez Sanito dokumentów. Izba nie podziela stanowiska uczestnika postępowania odwoławczego negującego dokument z uwagi na to, że opinia została przygotowana w oparciu o przedstawione, udostępnione dokumenty. Każdy sposób weryfikacji podjętych działań należy oceniać pozytywnie, a fakt, że ocena oparta jest na przedstawionych dokumentach nie jest okoliczności niezwykłą. Należy mieć na uwadze, że czynności podejmowane przez Sanito znajdują swoje odzwierciedlenie w różnych dokumentach, przy czym nikt nie zarzucał niespójności tych dokumentów. Również uzyskany Certyfikat ISO, załączony do złożonych wraz z ofertą dokumentów, a pozyskany w listopadzie 2020 roku, potwierdza głębokie zmiany w organizacji i funkcjonowaniu Sanito.

W odniesieniu do dowodu przedstawionego przez uczestnika postępowania odwoławczego (dowód nr 5) Izba stwierdziła, po pierwsze, że dokumenty złożone jako dowód piąty dotyczą okoliczności jakie zaistniały przed stwierdzeniem w stosunku do Odwołującego podstaw wykluczenia wyrokiem z dnia 27 listopada 2019 roku. Jednocześnie Izba odnotowała, że dokumenty te nie stanowią w sprawie żadnych nowych okoliczności jakie podlegałyby ocenie w kontekście podnoszonych przesłanek wykluczenia, bowiem nie stanowiły elementu samooczyszczenia. Odwołujący wskazał, że realizacja umów - Gmina Chełm, Gmina Wiśniowa była przed terminem wydania ww. wyroku, a umowy te zostały zakończone wcześniej: umowa w Chełmie zawarta 14 czerwca 2018 roku, zakończona 3 czerwca 2019

roku; umowa z gminą Wiśniowa zawarta 4 września 2018 roku, a zakończona 16 listopada 2018 roku, 21 grudnia 2018 roku i 21 sierpnia 2019 – to znaczy, że umowy te zostały zawarte i wykonane przed listopadem 2019.

Reasumując, Izba uznała, że podnoszona przez Odwołującego w złożonych dokumentach argumentacja potwierdza skuteczność przeprowadzonej procedury samooczczenia. Fakt ewoluowania na przestrzeni miesięcy stanowiska Odwołującego potwierdza jego dążenie do naprawienia własnych niedoskonałości, potwierdza podnoszenie jakości (Certyfikat ISO) oraz przeorganizowanie funkcjonowania spółki w obszarze technicznym, organizacyjnym i kadrowym co przyczyniło się niewątpliwie do wykazania rzetelności spółki – Odwołującego oraz potwierdzają zapobieganie okolicznościom jakie stanowiły podstawy do samooczczenia.

Izba podkreśla, że zakres rozpoznania zarzutów określa czynność Zamawiającego z dnia 24 marca 2021 roku, w ocenie Izby Zamawiający nie wykazał, nie uzasadnił, a w zasadzie przedstawił ogólną i nie odnoszącą się do bardzo szczegółowych dokumentów własną argumentację, której Izba nie podzieliła. Tym samym Izba uznała zarzuty (1 i 2) za zasadne, a wykluczenie Odwołującego z postępowania za nieprawidłowe i naruszające zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba zaznacza, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy – to odstępnie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą.

W zakresie zarzutu (3) ewentualnego naruszenia art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy przez zaniechanie wezwania do wyjaśnień lub uzupełnień wyjaśnień i dowodów złożonych przez Odwołującego celem wykazania, iż przedsięwzięte przez niego środki w celu samooczczenia są wystarczające do wykazania jego rzetelności.

Izba wskazuje, że z uwagi na uwzględnienie zarzutu głównego – o czym wyżej – zarzut ten stał się bezprzedmiotowy.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy z 2019 r., Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.

W świetle art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy z 2019 r., uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta:

- a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo
- b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo
- c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.

Izba uwzględniła odwołanie w całości i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia wykonawcy Sanito spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Odnawialne źródła energii na terenie Gminy Sośnicowice” oraz wykonanie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty wykonawcy Sanito spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

Wobec powyższego, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy z 2019r., orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy z 2019r., w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

W analizowanej sprawie odwołanie okazało się zasadne w całości. Wskazane ewentualne naruszenia przepisów (zarzut ewentualny) nie są traktowane przez Izbę jak odrębne samodzielne zarzuty. W odwołaniu zawarto dwa zarzuty podstawowe. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 10.000 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3 600,00 zł, ustalone na podstawie złożonej do akt sprawy faktury.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. *w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania.
Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....