

WYROK

z dnia 27 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata
Członkowie: Marek Koleśnikow
Piotr Kozłowski
Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 maja 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 kwietnia 2021 r. przez wykonawcę **ZETO Projekt sp. z o.o., ul. Seweryna Pieniężnego 15; 10-003 Olsztyn**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Młynary, ul. Dworcowa 29; 14-420 Młynary**, przy udziale wykonawcy **Tensoft Sp. z o.o., ul. Technologiczna 2; 45-839 Opole** - zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenie wykonawcy Tensoft sp. z o.o., ul. Technologiczna 2; 45-839 Opole z postępowania, ponowne badanie i ocenę ofert.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Gminę Młynary, ul. Dworcowa 29; 14-420 Młynary** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **ZETO Projekt sp. z o.o., ul. Seweryna Pieniężnego 15; 10-003 Olsztyn**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Gminy Młynary, ul. Dworcowa 29; 14-420 Młynary** na rzecz **ZETO Projekt sp. z o.o., ul. Seweryna Pieniężnego 15; 10-003 Olsztyn** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019) 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 Młynary, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „*Wdrożenie systemu e-usług w Gminie Młynary*” Część 1 - *Modernizacja, dostawa i wdrożenie systemów informatycznych oraz uruchomienie e-usług publicznych z dostawą niezbędnego sprzętu*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 17 lipca 2020 r., pod nr 2020/S 137-337237.

Dnia 22 marca 2021 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 1 kwietnia 2021 roku wykonawca ZETO Projekt sp. z o.o. (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (w zakresie części 1 zamówienia).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 5 pkt 2), art. 24 ust. 5 pkt 4) w zw. z art. 24 ust. 8 i ust. 9 ustawy Pzp, przez:

- 1) zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Tensoft, pomimo że z przyczyn on niego zależnych nienależycie wykonał wcześniejszą umowę z Gminą Ostróda, która została rozwiązana, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty wykonawcy Tensoft, jako najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- 2) zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Tensoft, pomimo że naruszył obowiązki zawodowe poprzez nienależyte wykonanie zamówienia dla Gminy Ostróda, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty - wykonawcy Tensoft, jako najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
 - pomimo braku wykazania przez Tensoft dokonania w sposób należyty czynności samooczyszczenia (self-cleaningu), tzn.:
 - pomimo iż przedstawione przez wykonawcę Tensoft wyjaśnienia w sprawie rozwiązania umowy z Gminą Ostróda i złożenie nowego oświadczenia JEDZ nie stanowiły wystarczających dowodów na potwierdzenie, że podjęte przez tego wykonawcę środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, tzn. wykonawca Tensoft złożył zamawiającemu bardzo ogólne deklaracje i zapewnienia,
 - a także pomimo iż Tensoft w sposób nienależyty realizuje kolejną umowę o zamówienie publiczne oraz przedstawia informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, pomimo rzekomo podjętych środków naprawczych,

co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i zasady przejrzystości oraz wybór oferty wykonawcy Tensoft niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

2. Art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Tensoft, która została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty Tensoft, jako oferty najkorzystniejszej dla części 1 w postępowaniu,
- 2) wykluczenie wykonawcy Tensoft z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2) i pkt 4) ustawy Pzp oraz odrzucenie złożonej przez niego oferty dla części 1 postępowania,
- 3) dokonanie wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej dla części 1 postępowania.

Odwołujący wniósł również o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie z fakturą złożoną na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania ponieważ spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu i złożył ofertę dla części 1 postępowania, której treść jest zgodna z treścią s.i.w.z. Oferta odwołującego została zakwalifikowana na drugim miejscu w rankingu ofert. W wyniku naruszenia przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego, opisanych w odwołaniu, odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, co tym samym spowoduje u niego szkodę w postaci utraty korzyści, jakie osiągnąłby realizując to zamówienie. Składając odwołanie, odwołujący kwestionuje wskazane w nim czynności i zaniechania. Zamawiający dokonując badania oferty i dokumentów podmiotowych złożonych przez wykonawcę Tensoft błędnie uznał, że wykonawca ten nie podlega wykluczeniu z postępowania. Uwzględnienie odwołania, będzie skutkowało unieważnieniem czynności wyboru oferty wykonawcy Tensoft, badaniem i oceną oferty odwołującego i jej wyborem jako oferty najkorzystniejszej dla części 1 postępowania, co umożliwi odwołującemu realizację zamówienia.

Odwołujący wskazał, iż w 2020 r. wykonawca Tensoft został wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (nr G.IV.271.1.2020), którego przedmiot zamówienia był zbieżny z przedmiotem niniejszego postępowania, organizowanego przez Gminę Wieliczki z uwagi na nienależyte wykonanie zamówienia w Gminie Ostróda. Gmina Ostróda odstąpiła od umowy z konsorcjum, w skład którego wchodził wykonawca Tensoft. W konsekwencji, Gmina Ostróda zmuszona była do zwrócenia środków unijnych

przeznaczonych na realizację wdrożenia e-usług. W sprawie został wydany wyrok KIO o sygn. KIO 1191/20, w którym Izba uwzględniła w całości odwołanie złożone przez odwołującego w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Wieliczki i nakazała wykluczenie z postępowania konsorcjum w skład którego wchodził wykonawca Tensoft w związku z nienależytym wykonaniem umowy nr ZP.272,10.2019 zawartej z Gminą Ostróda, skutkującym wprowadzeniem zamawiającego - Gminy Wieliczki w błąd.

Odwołujący zwrócił uwagę, że żaden z wykonawców, co do którego zachodzą przesłanki wykluczenia związane z naruszeniem obowiązków zawodowych, podważające jego profesjonalizm nie przyznaje się do niewykonania, czy nienależytego wykonania umowy. Nie inaczej jest w przypadku wykonawcy Tensoft, który biorąc pod uwagę złożone dokumenty w postępowaniu - treść uzupełnionego dokumentu JEDZ, dopiero na wezwanie zamawiającego przyznaje się do popełnienia wykroczenia zawodowego pomimo, że wyjaśnienia złożone przez niego w postępowaniu wskazują, że i tak uważa, że w jego przypadku procedura samooczyszczenia ma charakter ostrożnościowy.

W ocenie odwołującego, choćby z uwagi na zapadły wobec wykonawcy Tensoft wyżej wymieniony wyrok KIO nie ma wątpliwości, że podstawy do wykluczenia z postępowania z uwagi na nierzetelność wykonawcy Tensoft zachodzą. Kluczowym jednak jest udowodnienie, czy wykonawca Tensoft faktycznie podjął skuteczne działania naprawcze, które dają rękojmię wykonania przez niego należycie wdrożeń e-usług w przyszłości, które stanowią przedmiot niniejszego postępowania. Z dokumentacji postępowania udostępnionej odwołującemu wynika, że wykonawca Tensoft złożył oświadczenie JEDZ, w którym wprost przyznaje się, że nienależycie wykonał umowę w sprawie zamówienia publicznego z Gminą Ostróda (zaznaczył pole TAK) przy czym wskazał, że rozwiązanie było jego zdaniem nieuzasadnione, ale oświadcza, że dokonał tzw. samooczyszczenia. Zdaniem odwołującego zupełnie niezrozumiałym i pozbawionym podstaw jest złożone wraz z ofertą przez wykonawcę Tensoft uzasadnienia dotyczące realizacji umowy z gminą Ostróda (Załącznik nr 4 do Formularza ofertowego), które miało stanowić potwierdzenie podjętych działań i przeprowadzenie procedury samooczyszczenia, a z treści którego wynika, że wykonawca Tensoft w rzeczywistości kwestionuje podstawę rozwiązania z nim umowy przez gminę Ostróda wskazując, że aktualnie toczy się spór między nim, a zamawiającym (Gminą Ostróda) - „*kwestia realizacji zamówienia Gminy Miejskiej Ostróda jest obecnie przedmiotem sporu*”. Wskazuje także, że rozwiązanie było „wadliwe”, nieuzasadnione i oświadcza, że „nie wypełniamy przesłanek z art. 24 ust. 5 pkt 4 PZP”, ale jednocześnie nie przedstawia dowodów na tę okoliczność, tj. na potwierdzenie wszystkich swoich bardzo ogólnych twierdzeń, aby zamawiający miał możliwość uznania, że faktycznie nie zostały spełnione przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Brak jest także w dokumentacji postępowania jakichkolwiek informacji dotyczących zakresu i podstaw rzekomego aktualnie trwającego sporu wykonawcy

Tensoft z Gminą Ostróda. Zamiast tego wykonawca Tensoft sugeruje zamawiającemu, aby samodzielnie zapoznał się z dokumentacją realizacji umowy z Gminą Ostróda i z ostrożności składa oświadczenie JEDZ wraz z uzasadnieniem dotyczącym rzekomo podjętych środków mających na celu potwierdzenie dokonania tzw. samooczyszczenia bez złożenia jakichkolwiek dowodów w tym zakresie.

Jednakże z odpowiedzi udzielonej przez Gminę Ostróda (pismo z dnia 1 lipca 2020 r. nr RL.1431.3.2020) na dzień 1 lipca 2020 r., czyli już po odstąpieniu od umowy przez Gminę Ostróda oraz naliczeniu i potrąceniu kar umownych (marzec 2020 r.), jednoznacznie wynika, że w sprawie realizacji tej umowy nie toczy się spór sądowy dotyczący skuteczności odstąpienia od umowy ani naliczenia i potrącenia kar umownych (dowód: kopia pisma Gminy Ostróda z dnia 1 lipca 2020 r. (nr RL.1431,3.2020).

Oświadczenie wykonawcy, że „kwestia realizacji zamówienia Gminy Miejskiej Ostróda jest obecnie przedmiotem sporu” zostało złożone dnia 12 sierpnia 2020 r., czyli spór musiał zostać wszczęty niedługo po terminie udzielenia odpowiedzi przez Gminę Ostróda. Odwołujący oświadczył, że aktualnie oczekuje na udzielenie odpowiedzi przez Gminę Ostróda czy faktycznie aktualnie toczy się spór w zakresie przedmiotowej umowy oraz kiedy dokładnie i przez jaki podmiot został wszczęty. Jednocześnie odwołujący podkreślił, że sam fakt aktualnego istnienia jakiegokolwiek sporu między tymi podmiotami nie oznacza, że nie zostały spełnione wszystkie przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Ustawodawca nie wprowadził bowiem do treści tego przepisu zastrzeżenia, że zasadność i okoliczności rozwiązania umowy mają zostać potwierdzone prawomocnym wyrokiem sądu.

Odwołujący zaznaczył, że prawo zamówień publicznych nie zna instytucji tzw. „ostrożnościowego dokonania samooczyszczenia” bez przyznania się do spełnienia przesłanek określonych w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Wykonawca albo przyznaje się do nienależytego wykonania umowy i udowadnia przeprowadzenie skutecznej procedury samooczyszczenia albo oświadcza w JEDZ, że przesłanki wskazane w tym przepisie nie mają wobec niego zastosowania (zaznacza NIE) i ewentualnie kwestionuje ziszczenie się przesłanek określonych w tym przepisie, w tym przedstawia na tę okoliczność wiarygodne dowody. Wykonawca Tensoft nie może zatem kwestionować ziszczenia się przesłanek określonych w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, a jednocześnie w JEDZ złożyć oświadczenie, że przesłanki te jednak zostały spełnione i w związku z tym dokonał on samooczyszczenia. Nadto, żadna z opisanych przez wykonawcę Tensoft okoliczności nie została w żaden sposób udowodniona, ani nawet skutecznie wykazana, bowiem wykonawca Tensoft nie złożył dowodów ani w zakresie braku spełnienia przesłanek z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, ani wiarygodnych dowodów w zakresie dokonania skutecznego samooczyszczenia. Niezgodne z przepisami ustawy Pzp jest także całkowite przerzucanie ciężaru dowodu na zamawiającego przez wykonawcę Tensoft w zakresie wykazania, że nie zachodzą wobec

niego podstawy do jego wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, bowiem obowiązkiem każdego wykonawcy jest wykazanie, że nie podlega on wykluczeniu z postępowania. Jednocześnie nie ulega wątpliwości, że zamawiający miał możliwość zapoznania się z dokumentacją dotyczącą postępowania i realizacji umowy z dnia 10 września 2019 r. nr ZP.272.10.2019 zawartej z Gminą Ostróda w trybie dostępu do informacji publicznej. Zamawiający będąc gospodarzem postępowania i posiadając oświadczenie wykonawcy Tensoft, że w sposób nienależyty wykonał umowę w sprawie zamówienia publicznego powinien zatem dążyć do jak najdokładniejszego wyjaśnienia zaistniałych okoliczności, zakresu i podstaw rozwiązania umowy oraz ogólnych twierdzeń wykonawcy Tensoft złożonych wraz z ofertą w Załączniku nr 4 do Formularza ofertowego. Zamawiający jednak w tym zakresie poprzestał na informacjach i zapewnieniach przedstawionych mu przez wykonawcę Tensoft. Z dokumentacji udostępnionej odwołującemu nie wynika bowiem, aby zamawiający występował o udostępnienie dokumentacji lub informacji dotyczących szczegółów realizacji umowy do Gminy Ostróda. Po zapoznaniu się z całą dokumentacją dotyczącą realizacji wskazanej powyżej umowy z Gminą Ostróda, zamawiający powinien dojść do wniosku, że zostały spełnione wszystkie przesłanki określone w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, a zatem wykonawca Tensoft podlega wykluczeniu z postępowania na tej podstawie oraz powinien uznać, że kwestionowanie przez tego wykonawcę podstaw rozwiązania umowy w złożonym wraz z ofertą Załączniku nr 4 stanowiło jedynie pozorne działanie i próbę ukazania swojej sytuacji w trochę lepszym świetle, jako wykonawcy z którym zamawiający bezzasadnie rozwiązał umowę, niemającym jednak pokrycia w rzeczywistości. Faktem jest bowiem, że umowa z Gminą Ostróda została rozwiązana na skutek jej nienależytego wykonania w istotnym zakresie z przyczyn leżących po stronie wykonawcy - konsorcjum w skład, którego wchodził wykonawca Tensoft. Z dokumentacji dotyczącej realizacji umowy z Gminą Ostróda wynika, że wykonawca Tensoft nienależycie wykonywał zamówienie, przekazywał do testów wadliwy system, a finalnie pomimo upływu terminu realizacji zamówienia, zamawiający nie otrzymał rozwiązania zgodnego z umową i OPZ oraz wynika także, że zamawiający skutecznie odstąpił od umowy, a Tensoft nie zakwestionował skutecznie tego odstąpienia.

Podstawę wykluczenia potwierdza zatem nie tylko dokumentacja w sprawie realizacji umowy z Gminą Ostróda, czy oświadczenie złożone w JEDZ przez samego wykonawcę Tensoft, ale także wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 lipca 2020 r. (sygn. KIO 1191/20), w którym Izba uwzględniła w całości odwołanie złożone przez odwołującego w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Wieliczki (nr G.IV.271.1.2020) i nakazała wykluczenie z postępowania konsorcjum, w skład którego wychodził wykonawca Tensoft w związku z nienależytym wykonaniem umowy zawartej z Gminą Ostróda, skutkującym wprowadzeniem zamawiającego - Gminy Wieliczki w błąd. Z uwagi na to, że Tensoft nie

złożył skargi na ten wyrok do Sądu Okręgowego należy uznać, że zaakceptował jego treść w pełni. Wykonawca Tensoft mając zatem pełną świadomość i wiedzę o tym, że podlega wykluczeniu i zostało to potwierdzone wyrokiem KIO, nadal w kolejnym postępowaniu o zamówienie publiczne próbuje wprowadzić zamawiającego w błąd lub przynajmniej zasiać wątpliwości, co do istnienia podstaw jego wykluczenia poprzez złożenie wraz z ofertą sprzecznych, wykluczających się oświadczeń w dokumencie JEDZ oraz Załączniku nr 4 do Formularza ofertowego. Dopiero kierowane przez zamawiającego wezwanie z dnia 6 października 2020 r. powoduje, że wykonawca Tensoft w odpowiedzi z dnia 8 października 2020 r. przyznaje, że nienależycie wykonał umowę z Gminą Ostróda (uzupełnia i zmienia treść JEDZ) i przyznaje się również do poniesienia konsekwencji związanych z nienależytym wykonaniem umowy m.in. zapłaty kar umownych w związku z niezachowaniem terminu wykonania zamówienia i odstąpieniem od umowy przez Gminę Ostróda (w tym załącza noty księgowe).

Odwołujący zwrócił uwagę na to, że przedmiot nienależycie wykonanej przez Tensoft umowy z Gminą Ostróda jest zbieżny z przedmiotem niniejszego postępowania (wdrożenie e-usług), przez co wykonawca Tensoft nie daje rękojmi należytego wykonania umowy w ramach przedmiotowego postępowania, zatem nie tylko zaistniały literalnie wszystkie przesłanki wykluczenia w przedmiotowej sprawie, ale także spełniony jest cel przepisu, który ma za zadanie eliminację nierzetelnych wykonawców, którzy nie dają rękojmi należytego wykonania zamówienia.

W ocenie odwołującego nie ulega zatem wątpliwości, że zamawiający miał obowiązek wykluczyć z udziału w niniejszym postępowaniu wykonawcę Tensoft na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp w związku z faktem, że wykonawca ten z przyczyn leżących po jego stronie nienależycie wykonał wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego z Gminą Ostróda, a od tego zdarzenia nie upłynęły jeszcze 3 lata. Nadto, wykonawca Tensoft nie przedstawił dowodów, że podjęte przez niego środki okazały się wystarczające do wykazania jego rzetelności, tj. nie ziściły się przesłanki określone w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp.

Zamawiający w rodz. V pkt 3 ppkt 3 s.i.w.z. wskazał także, że wykluczy z postępowania 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”, tj. na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp.

Wykonawca Tensoft dnia 8 października 2020 r. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 6 października 2020 r. dokonał zmiany i uzupełnienia treści dokumentu JEDZ w taki sposób, że złożył oświadczenie, że jest winny poważnego wykroczenia zawodowego (zaznaczył pole TAK). Wskazana podstawa wykluczenia również

związana jest z nienależytym wykonaniem umowy z Gminą Ostróda, w związku z tym, powyższa argumentacja w zakresie podstawy wykluczenia art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, również znajduje zastosowanie do podstawy wykluczenia określonej w art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp. Nadto, wykonawca ten nie przedstawił dowodów, że podjęte przez niego środki ramach procedury *self-cleaning'u* okazały się wystarczające do wykazania jego rzetelności, tj. nie ziściły się przesłanki określone w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, które w ramach wyjątku pozwalałyby takiemu wykonawcy brać udział w postępowaniu, co oznacza, że wykonawca Tensoft powinien podlegać wykluczeniu także na podstawie art. 24 ust 5 pkt 2 ustawy Pzp.

W ocenie odwołującego, nie powinno być jakichkolwiek wątpliwości co do zaistnienia przesłanek do wykluczenia Tensoft z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Pzp. Kluczowym w niniejszej sprawie jest jednak to, że mając na uwadze udostępnioną odwołującemu dokumentację postępowania zamawiający nie miał podstaw do uznania, że wykonawca podjął środki wystarczające do wykazania jego rzetelności, biorąc pod uwagę treść art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, tj. że wykonawca Tensoft dokonał skutecznej procedury *self-cleaning'u*.

Odwołujący zaznaczył, że art. 24 ust 8 ustawy Pzp, stanowi wyjątek od zasady nakazującej zamawiającemu wykluczenie wykonawców jeżeli zostaną spełnione przesłanki obligatoryjne wykluczenia określone w ustawie Pzp oraz art 24 ust. 5 pkt 2 i pkt 4 ustawy Pzp, wskazane w s.i.w.z. w niniejszym postępowaniu. Przepis ten nie powinien zatem być interpretowany rozszerzająco, a jego zastosowanie powinno mieć miejsce jedynie w przypadku, gdy zamawiający bez żadnych wątpliwości może uznać, że ziściły się wszystkie, wskazane w tym przepisie przesłanki. Dodatkowo jest obwarowany rygorem dowodowym, a więc wykonawca ma obowiązek przedstawić nie tylko wyczerpującą argumentację w tym zakresie, ale także odpowiednie, wiarygodne i adekwatne dowody. W szczególności zobowiązany jest do przedstawienia przyczyn nienależytego wykonywania wcześniejszej umowy, wyczerpującego wyjaśnienia rzeczywistej przyczyny niewykonania umowy, przedstawić działania naprawcze oraz osiągnięty skutek w wyniku podjętych działań naprawczych. Brak spełnienia tych obowiązków przez wykonawcę uniemożliwia zamawiającemu ocenę czy podjęte działania naprawcze, deklarowane zmiany techniczne, organizacyjne i kadrowe są faktycznie wystarczające (proporcjonalne i adekwatne) dla uniknięcia wystąpienia takiej sytuacji w przyszłości.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej uznaje się, że informacje i dowody dotyczące procedury *self-cleaning'u* wykonawca powinien przedstawić, co do zasady, w oświadczeniu własnym składanym już wraz z ofertą albo wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, np. wraz z JEDZ.

Należy także podkreślić, że o ile w ramach niektórych poglądów dopuszcza się złożenie dowodów dopiero na wezwanie to jak podkreśliła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia

27 sierpnia 2019 r. (sygn. KIO 1576/19) „*Nie jest obowiązkiem Zamawiającego poszukiwanie czy domaganie się dowodów na potwierdzenie przeprowadzenia procedury samooczyszczenia przez wykonawcę. O ile zamawiający może zainicjować taką procedurę, to już wykonawca samodzielnie musi zdecydować czy chce z niej skorzystać, jakie czynności podejmie i dowody przestawi zamawiającemu*”. Co więcej, do oceny przeprowadzenia skutecznej procedury *self-cleaning'u* zamawiający powinien przystąpić w przypadku, gdy dany wykonawca składa oświadczenie i przyznaje się, że zachodzą wobec niego określone przesłanki wykluczenia. Zastosowanie instytucji *self-cleaning* jest możliwe jedynie w przypadku braku kwestionowania przez wykonawcę podstaw wykluczenia, z którymi związana jest ta instytucja. Tylko w przypadku uznania wykonawcy, że podlega wykluczeniu w oparciu o przesłanki wskazane w treści art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, istnieje możliwość zastosowania tzw. samooczyszczenia. Wynika to nie tylko z literalnego brzmienia art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, który stanowi, że z tej instytucji może skorzystać tylko wykonawca, który podlega wykluczeniu, ale również z wykładni celowościowej tego przepisu. Brak, jest zatem możliwości zastosowania tej instytucji niejako „z ostrożności” przy jednoczesnym kwestionowaniu zasadności samego wykluczenia

W przedmiotowym postępowaniu wykonawca Tensoft złożył oświadczenie JEDZ, w którym potwierdził, że podlega wykluczeniu (zaznaczył pole TAK) na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, oraz złożył krótkie oświadczenie, z którego wynikało, że w jego ocenie rozwiązanie umowy z Gminą Ostróda, było nieuzasadnione i aktualnie toczy się spór w tym zakresie. Wykonawca Tensoft złożył także wraz z ofertą uzasadnienie (Załącznik nr 4 do Formularza ofertowego) mające stanowić szczegółowe wyjaśnienie w zakresie przeprowadzonej procedury *self-cleaning'u* i potwierdzenie podjętych działań. W rzeczywistości jednak złożone uzasadnienie jest jedynie bardzo ogólnym wskazaniem rzekomo podjętych działań i przytoczeniem orzeczeń KIO, a co istotne wykonawca Tensoft w treści złożonego uzasadnienia składa wykluczające się oświadczenia bowiem podważa istnienie podstawy do rozwiązania z nim umowy przez Gminę Ostróda wskazując, że aktualnie toczy się spór między nim, a zamawiającym (Gminą Ostróda), rozwiązanie było „wadliwe”, nieuzasadnione i oświadcza, że „nie wypełniamy przesłanek z art. 24 ust. 5 pkt 4 PZP”. Jednocześnie, w żaden sposób nie uzasadnia i nie przedstawia szczegółowych okoliczności rozwiązania umowy sugerując zamawiającemu, żeby samodzielnie zapoznał się z dokumentacją dotyczącą postępowania i realizacji umowy z Gminą Ostróda. Nie przedstawia też żadnych dowodów, że nie zostały spełnione przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Zamiast tego wykonawca Tensoft „z ostrożności” składa oświadczenie JEDZ potwierdzające, że podlega wykluczeniu na tej podstawie wraz z uzasadnieniem dotyczącym rzekomo podjętych środków mających na celu potwierdzenie dokonania tzw. samooczyszczenia bez złożenia jakichkolwiek dowodów w tym zakresie.

Jak wskazał odwołujący, zgodnie z orzecznictwem KIO, już takie działanie wykonawcy Tensoft podważa jego wiarygodność w zakresie rzekomo skutecznie przeprowadzonej procedury *self-cleaningu* związanej z nienależytym wykonaniem umowy z Gminą Ostróda, skoro wykonawca Tensoft nie jest w stanie zdecydować jakie właściwie powinien złożyć oświadczenie w tym zakresie, jeżeli uznaje, że nie spełnia przesłanek z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp (naruszenia nie powstały z przyczyn zależnych od niego lub są nieistotne) to w jaki sposób zamawiający ma uznać, że wskazane przez tego wykonawcę podjęte działania są w ogóle związane z konkretnymi naruszeniami zaistniałymi w ramach realizacji umowy z Gminą Ostróda. Wykonawca Tensoft wraz z ofertą złożył zatem dwa zupełnie wykluczające się oświadczenia.

Następnie wykonawca Tensoft przedłożył dnia 8 października 2020 r., już po terminie składania ofert, dopiero na wezwanie zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, certyfikaty i dyplomy w zakresie szkoleń określonych osób, procedur zarządzania i kartę procesu proces realizacji usług (głównie datowane na 2019 r.) bez żadnego szczegółowego uzasadnienia w tym zakresie. Załączył ponownie uzasadnienie o takiej samej treści jak treść Załącznika nr 4 do Formularza ofertowego. Złożył także bardzo krótkie, lakoniczne wyjaśnienie, dotyczące istotnej zmiany oświadczeń złożonych w treści JEDZ w związku z treścią wezwania zamawiającego wskazując na „nieostre definicje”, które spowodowały, że nie złożył wraz z ofertą prawidłowych oświadczeń w JEDZ dotyczących istniejących podstaw jego wykluczenia z postępowania.

Zdaniem odwołującego, w żaden sposób nie można uznać za skutecznie przeprowadzoną procedurę *self-cleaning'u*, w tym złożenia dowodów na podjęcie wystarczających środków. Dodatkowo w ocenie odwołującego złożone dnia 8 października 2020 r. wyjaśnienia i dowody należy uznać za spóźnione, bowiem zostały złożone dopiero na wezwanie zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a nie samodzielnie, z własnej woli przez wykonawcę Tensoft. Wykonawca Tensoft zadawał sobie bowiem sprawę, że podlega wykluczeniu, znał treść wydanego wyroku KIO 1191/20, a dodatkowo na dzień składania ofert dysponował dokumentami (certyfikatami, dyplomami, kartą procesu) faktycznie złożonymi dopiero na wezwanie zamawiającego.

Jednakże, jeżeli nawet uznać, że złożenie wyjaśnień i dowodów dopiero na wezwanie jest dopuszczalne w świetle przepisów ustawy Pzp, to dokumenty te w żaden sposób nie potwierdzają skutecznego przeprowadzenia przez wykonawcę Tensoft procedury *self-cleaning'u*. Wykonawca przede wszystkim nie wskazał zamawiającemu jakie dokładnie były przyczyny niewykonania umowy (nieterminowej realizacji) i jej rozwiązania umowy, a zatem nie przedstawił też argumentacji, że podjęte przez niego środki są adekwatne do zidentyfikowanych przyczyn nienależytego wykonania umowy z Gminą Ostróda. Należy bowiem przypomnieć, że wykonawca Tensoft wyjaśnienie w tym zakresie zastąpił

oświadczeniem, iż kwestionuje podstawy i przyczyny rozwiązania z nim umowy. Wykonawca Tensoft nie wskazał także zidentyfikowanych przyczyn wprowadzenia zamawiającego w błąd, co do informacji stanowiących podstawę jego wykluczenia z postępowania. Złożone przez tego wykonawcę dokumenty (dowody) w żaden sposób nie zostały opisane i przypisane do konkretnego naruszenia, którego dopuścił się wykonawca w ramach realizacji umowy z Gminą Ostróda oraz wprowadzenia w błąd zamawiającego. Wykonawca nie opisał jaki cel został osiągnięty lub ma być osiągnięty poprzez wskazane w uzasadnieniu działania i czy są one w ogóle związane z nienależytą realizacją umowy z Gminą Ostróda, czemu i na jakiej zasadzie mają zapobiegać szkolenia przeprowadzane dla pojedynczych, konkretnych osób, w jaki sposób czynności wyliczone i wskazane w Karcie procesu-proces realizacji usług mają zapobiegać nienależytemu, nieterminowemu realizowaniu umów. Nie można zatem uznać, że w rzeczywistości podjął próbę zidentyfikowania fatycznych naruszeń i przypisania do nich odpowiednich, wystarczających środków mających zapobiegać takim zdarzeniom w przyszłości. Brak jest także dowodów co do pozostałych procedur i działań bardzo ogólnie wskazanych w pismach złożonych przez wykonawcę Tensoft (np. zmian wprowadzonych do Księgi Jakości).

Wykonawca Tensoft w Załączniku nr 4 do Formularza ofertowego i uzasadnieniu z dnia 8 października 2020 r. bardzo ogólnie, wyjaśnia i powołuje się na szereg podjętych rzekomo działań naprawczych, ale jako dowody przedstawia zamawiającemu jedynie certyfikaty dotyczące zarządzania procesami, dyplomy i certyfikaty przypisane do określonych osób oraz Kartę procesu - Proces realizacji usług. Należy zaznaczyć, że dokumenty te datowane są na 2019 r. lub pierwszą połowę 2020 r., tj. certyfikat Zarządzania Projektami z dnia 25.02.2020 r., certyfikat zarządzanie procesami 25.02.2020 r., certyfikat zarządzanie zespołem z dnia 10-11.10.2019 r., dyplomy szkoleń z dnia 9-12.04.2019 r., dnia 11-14.06.2019 r., dnia 10-11.07.2019 r., proces realizacji usług opracowany został 8.12.2015 r. Natomiast umowa z Gminą Ostróda została zawarta dopiero 10 września 2019 r. Naliczenie i potrącenie kar umownych przez Gminę Ostróda datowane jest na 11 marca 2020 r. (załączone przez wykonawcę Tensoft do odpowiedzi na wezwanie). Umowa była zatem realizowana nienależycie przez wykonawcę Tensoft, w związku z czym została rozwiązana, pomimo podjętych działań, tj. przeprowadzonych szkoleń i kursów dla pracowników.

Daty znajdujące się na dokumentach złożonych przez wykonawcę Tensoft, wskazują zatem jednoznacznie, że dowody te zostały złożone jedynie dla pozoru, aby zamawiający miał poczucie, że wykonawca Tensoft podjął jakiegokolwiek czynności, a dodatkowo dokumenty i ich daty potwierdzają, że podjęte przez tego wykonawcę środki okazały niewystarczające do zapobieżenia nienależytego i nieterminowego wykonania umów w sprawie zamówienia publicznego, skoro wykonawca Tensoft został skutecznie wykluczony

z postępowania wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 lipca 2020 r. (sygn. KIO 1191/20).

Zdaniem odwołującego, nie sposób również uznać, że nastąpiło skuteczne „naprawienie szkody”, bowiem w piśmie z dnia 8 października 2020 r. wykonawca Tensoft wskazuje, że „Umowa z Gminą Miejską w Ostródzie została zabezpieczona środkami pieniężnymi. Po wypowiedzeniu umowy Zamawiający zaliczył kary umowne, które potrącił z wniesionego zabezpieczenia, rekompensując poniesioną „szkodę””. Skoro kary umowne zostały potrącone z wynagrodzenia, a nie samodzielnie zapłacone przez wykonawcę Tensoft, a dodatkowo wykonawca wskazuje, że kwestionuje podstawy rozwiązania umowy i aktualnie trwa spór z w ten sprawie z Gminą Ostróda to podważa także podstawę i zasadność potrącenia tej kary umownej, wskazując jednocześnie w cudzysłowie na zrekompensowaną „szkodę”. Jednoznacznie potwierdza to brak wiarygodności jego oświadczeń w zakresie dobrowolności podjętych działań w ramach procedury samooczyszczenia.

Jednakże, najistotniejszy jest fakt, że nawet jeżeli jakiegokolwiek środki zostały podjęte to okazały się one niewystarczające. Nienależyte wykonywanie umowy w sprawie zamówienia publicznego z Gminą Rybno przez konsorcjum, w którego skład wchodzi wykonawca Tensoft potwierdza pozornosc i nieskuteczność rzekomo podjętych działań naprawczych. Zgodnie z dokumentacją postępowania oraz dokumentacją przekazaną przez odwołującego zamawiającemu, wykonawca Tensoft w ramach konsorcjum dnia 4 marca 2019 r. zawarł umowę z Gminą Rybno pn. „Wdrożenie projektu: cyfrowe usługi w zakresie udostępniania informacji publicznej gminy Rybno”. Umową ta również nie została należycie wykonana. Zgodnie z pismami Gminy Rybno z dnia 26 lutego 2021 r. i z dnia 21 grudnia 2020 r. wykonawca Tensoft wykonał przedmiot umowy wadliwie, a następnie nie usunął w terminie wad stwierdzonych przy odbiorze przedmiotu umowy, za co została mu naliczona kara umowna w wysokości 65.952,15 zł. Termin realizacji zamówienia zgodnie z umową przypadał na dzień 17 września 2019 r., ale w rzeczywistości prace przez wykonawcę Tensoft zostały zakończone dopiero 28 sierpnia 2020 r. Nadto, jak wynika z pisma Gminy Rybno z dnia 12 marca 2021 r. (nr PIK. 1431.8.2021) umowa ta nie została w całości należycie wykonana bowiem Gmina Rybno nadal używa systemu Zeto Software PUMA w obszarze kadrowo-płacowym, finansowym, podatkowym, ewidencyjnym (dowód: kopia pisma Gminy Rybno z dnia 12 marca 2021 r.). Przedmiot umowy z Gminą Rybno i nienależyte wykonanej przez Tensoft umowy z Gminą Ostróda jest zbieżny z przedmiotem niniejszego postępowania (wdrożenie e-usług, usług cyfrowych, systemów informatycznych w gminach miejskich), przez co wykonawca Tensoft nie daje rękojmi należytego wykonania umowy w ramach przedmiotowego postępowania.

Nie sposób zgodzić się z wykonawcą Tensoft, który wskazuje w Załączniku nr 4 do Formularza ofertowego, że zastrzeżenia Gminy Ostróda dotyczyły „jedynie części modułów

wchodzących w skład systemu dziedzinowego", a zatem sugeruje stwierdzone nieprawidłowości są nieistotne i rozwiązanie umowy, było nieuzasadnione. Odwołujący zaznacza, że uruchomienie przez jakąkolwiek gminę e-usług dla mieszkańców i przedsiębiorców nie polega jedynie na wdrożeniu portalu, na którym gmina udostępni formularze, które można wypełnić, wydrukować i wysłać tradycyjnie do danego urzędu. Z definicji e-usługi mają być w całości obsługiwane elektronicznie zaczynając od etapu ich wypełniania i wysyłania przez obywateli, poprzez obsługę w danym urzędzie, aż po śledzenie statusu sprawy i otrzymanie odpowiedzi z urzędu - to wszystko ma się odbywać elektronicznie. W związku z tym, dostarczenie portalu z formularzami nie jest wystarczające. Konieczne jest również wdrożenie elektronicznego obiegu dokumentów, jednak najważniejszym elementem jest wdrożenie systemu dziedzinowego/backoffice i jego integracja z portalem e-usług oraz elektronicznym obiegiem, dokumentów. Bez prawidłowo działającego systemu dziedzinowego/backoffice i jego integracji z portalem nie będzie usług elektronicznych, a jedynie formularze i wnioski w postaci plików do pobrania, które udają e-usługi, ale nie stanowią w pełni funkcjonalnego systemu informatycznego jakiego dostarczenia i wdrożenia oczekują zamawiający. System backoffice to podstawowe narzędzie, na którym pracuje gminny urząd (jak zamawiający), stanowi filar prawidłowego funkcjonowania urzędu/gminy w zakresie obsługi merytorycznej i wykonywaniu podstawowych zadań oraz zasilania danymi innych systemów. Jest to bardzo rozbudowany i skomplikowany system, w którym każdy element/moduł musi działać prawidłowo, aby zamawiający mógł w ogóle z niego korzystać w realizacji przypisanych mu zadań. Wskazywanie zatem przez wykonawcę Tensoft, że Gmina Ostróda wniosła zastrzeżenia jedynie do części modułów systemu dziedzinowego nie oznacza, że naruszenia nie były istotne. Tak jak w przypadku umowy z Gminą Ostróda należy zaznaczyć, że terminy realizacji umowy z Gminą Rybno i daty wskazane na dokumentach złożonych przez wykonawcę Tensoft (certyfikatach, dyplomach, karcie procesu) jako dowody w zakresie procedury *self-cleaning* są zbieżne w czasie, a zatem wskazują jednoznacznie, że podjęte przez tego wykonawcę środki nadal nie są wystarczające do zapobieżenia nienależytego i nieterminowego wykonania umów w sprawie zamówienia publicznego. W rzeczywistości są to jedynie pozorne działania, jak pokazuje wynik realizacji umowy z Gminą Ostróda (rozwiązanie umowy, zwrot środków unijnych) i Gminą Rybno (nienależyte, nieterminowe wykonanie umowy) środki te w żadnym wypadku nie były i nadal nie są wystarczające i adekwatne do powstałych naruszeń, co oznacza, że wykonawca Tensoft nie daje zamawiającemu rękojmi należytego wykonania umowy zawartej w wyniku niniejszego postępowania.

W związku z powyższym, odwołujący na podstawie treści otrzymanych od Gminy Rybno i przekazanych zamawiającemu dokumentów oraz udostępnionej mu dokumentacji

postępowania nie znajduje żadnych powodów do uznania, że zostały spełnione wszystkie przesłanki z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, tj. żadnych dokumentów, informacji i argumentacji niezbędnej do oceny, adekwatności oraz skuteczności podjętych przez wykonawcę Tensoft środków, a tym bardziej do uznania złożonych przez wykonawcę Tensoft dokumentów za wystarczające do wykazania rzetelności tego wykonawcy. Wykonawca ten nadal w sposób nienależyty wykonuje umowę w sprawie zamówienia publicznego w Gminie Rybno, a wskazane przez niego podjęte działania okazały się niewystarczające. Zamawiający dysponował informacjami w tym zakresie podczas badania i oceny oferty oraz dokumentów przedmiotowych i podmiotowych wykonawcy Tensoft.

W zakresie oświadczenia JEDZ złożonego przez wykonawcę Tensoft z dnia 8 października 2020 r., że podlega on wykluczeniu bowiem jest winny wprowadzenia zamawiającego w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia, wykonawca ten nie przedstawił żadnej argumentacji i nie złożył żadnych dowodów, które miałyby potwierdzać, że w tym zakresie dokonał on skutecznej procedury *self-cleaning'u* i takie działanie z jego strony nie wystąpi w przyszłości. Wskazał jedynie (w jego ocenie) na nieostrą definicją ustawową czy niejasną, interpretacją przepisów ustawy Pzp, znając przy tym doskonale treść wyroku KIO wydanego w jego sprawie, który uwzględniał odwołanie w całości, zawierający także zarzut naruszenia art: 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający powinien odrzucić ofertę, która została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego - skuteczne przystąpienie zgłosił wykonawca Tensoft sp. z o.o. (dalej „przystępujący”), który złożył pismo procesowe, wyrażające jego stanowisko, w zakresie zarzutów odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020) do postępowań odwoławczych, o których mowa w uchylanej ustawie, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., a dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019) dalej jako: „nowa ustawa” albo „nPzp”.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 nPzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1nPzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne.

Zgodnie z przepisem art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych.

Przepis art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, stanowi natomiast, iż 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.

Art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, stanowi, iż wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16–20 lub 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 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. Natomiast ust. 9 art. 24 ustawy Pzp, wskazuje, iż wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8.

Okolicznością bezsporną w sprawie jest fakt, iż przystępujący Tensoft, w wyniku wezwania przez zamawiającego z dnia 6 października 2020 roku, pismem z dnia 8 października 2020 roku złożył zamawiającemu następujące wyjaśnienia, cyt. *„W nawiązaniu do przedstawionych wątpliwości w kontekście informacji posiadanych przez Zamawiającego o wypowiedzeniu przez Gminę Ostróda umowy zawartej z Tensoft Sp. z o.o. pragniemy złożyć stosowne wyjaśnienia wraz z poprawieniem przedmiotowych oświadczeń i dokumentów.*

Ad. 1. W Formularzu Jednolitego Dokumentu Zamówienia wskazano, że firma Tensoft nie jest winna poważnego wykroczenia zawodowego. Pragniemy zaznaczyć, że definicje w tym zakresie są nieostre i Wykonawca przedstawił swoje osobiste przekonanie oparte na faktach opisanych w Załączniku nr 4. Niemniej jednak w obliczu orzecznictwa KIO i argumentacji wysuniętej przez Zamawiającego, Wykonawca poprawił zapis w JEDZ tak aby sklasyfikować sytuację z Gminą Miejską w Ostródzie, zgodnie z przedstawioną wykładnią w w/w wezwaniu.

W formularzu JEDZ w zakresie wymienionych w wezwaniu punktach (1 a-c) oznaczono odpowiedź, która zdaniem Wykonawcy korespondowała z uzasadnieniem Wyroku KIO, którego wykonawca był stroną. Wskazane punkty stanowiły jeden z zarzutów stawianych przez Odwołującego, nie znalazły jednak rozwinięcia w w/w wyroku. W celu uniknięcia nieporozumień wynikających z interpretacji uzasadnienia, Wykonawca skorygował zapis w JEDZ.

Ad. 2. Umowa z Gminą Miejską w Ostródzie została zabezpieczona środkami pieniężnymi. Po wypowiedzeniu umowy Zamawiający zaliczył kary umowne, które potrącił z wniesionego zabezpieczenia, rekompensując poniesioną „szkodę”. Ponadto Zamawiający nie złożył żadnych dodatkowych roszczeń względem Wykonawcy. Do pisma załączamy notę obciążeniową.

W celu wykazania naszej rzetelności na dowód podjętych działań naprawczych załączamy do pisma stosowne dokumenty.

Ad. 3. Przedkładamy dokument samooczyszczenia, który został uzupełniony zgodnie z oświadczeniem złożonym w JEDZ.”.

W załączonym do przedmiotowego pisma JEDZ, przystępujący Tensoft zaznaczył odpowiedź twierdzącą (TAK) na następujące pytania:

- czy wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego ? [opisując jednocześnie, iż wykroczenie powyższe dotyczyło wypowiedzenia przez zamawiającego umowy zawartej pomiędzy przystępującym Tensoft a Gminą Ostróda, a na pytanie dodatkowe, czy przedsięwzięto środki w celu wykazania Państwa rzetelności (samooczyszczenie) – wykonawca również odpowiedział TAK],

- czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową? [opisując jednocześnie, iż wykroczenie powyższe dotyczyło wypowiedzenia przez zamawiającego umowy zawartej pomiędzy przystępującym Tensoft a Gminą Ostróda, a na pytanie dodatkowe, czy przedsięwzięto środki w celu wykazania Państwa rzetelności (samooczyszczenie) – wykonawca również odpowiedział TAK],

- czy wykonawca znalazł się w jednej z poniższych sytuacji:

a) był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji;

b) zataił te informacje;

c) nie był w stanie niezwłocznie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający; oraz

d) przedsięwziął kroki, aby w bezprawny sposób wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia?

Oświadczenie (w formie JEDZ-a) złożone przez przystępującego Tensoft potwierdzało tym samym okoliczności stanowiące podstawę do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania.

Jednakże w myśl przepisu art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, wykonawca ten miał możliwość wykazania zamawiającemu (udowodnienia), iż podjął określone środki, które są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody oraz że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym nieprawidłowym postępowaniom wykonawcy.

Powołując się na powyższą możliwość, przystępujący Tensoft odwołał się do załącznika nr 4 do formularza ofertowego, stanowiącego dokument samooczyszczenia (z dnia 12 sierpnia 2020 r.), oświadczenia wierzyciela o naliczeniu i potrąceniu kar umownych, załączył również kopie certyfikatów, jakie posiadają osoby realizujące zadania w imieniu Tensoft, załączył również Procedurę – Proces realizacji usługi.

Na podstawie ww. dokumentów i oświadczeń zamawiający uznał, że przystępujący Tensoft wykazał brak podstaw do wykluczenia z przedmiotowego postępowania.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej stanowisko zamawiającego nie znajduje oparcia w zgromadzonym materiale dowodowym. Tym samym uznać należało stanowisko odwołującego za prawidłowe.

Wskazać bowiem należy, iż aby uznać procedurę samooczyszczenia (self-cleaningu) za prawidłową i wystarczającą do stwierdzenia, iż wykonawca nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i/lub 4 ustawy Pzp, wykonawca w ramach tej procedury winien w szczególności zdiagnozować problem, który stał u podstaw odstąpienia przez zamawiającego od umowy z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność wykonawca. Diagnoza taka prowadzi bowiem do zidentyfikowania przez wykonawcę, jakie czynności i zaniechania spowodowały nieprawidłową realizację zamówienia. Przyczyny oczywiście mogą być różne, np. niewłaściwy personel, błędne zarządzanie, niewłaściwe procedury, itp. Jednakże stwierdzenie tych wad zawsze musi być ustalone przez wykonawcę.

Wykonawca, który prawidłowo ustalił, jakie przyczyny spowodowały niewłaściwą realizację zamówienia, ma w konsekwencji materiał do podjęcia stosownych działań w celu wyeliminowania zidentyfikowanych błędów w przyszłości.

Tym samym wykonawca powołujący się na procedurę samooczyszczenia, w szczególności zobowiązany jest do przedstawienia przyczyn nienależytego wykonywania wcześniejszej umowy, wyczerpującego wyjaśnienia rzeczywistej przyczyny niewykonania umowy, przedstawienia działań naprawczych oraz osiągniętego skutku w wyniku podjętych działań naprawczych. Brak spełnienia tych obowiązków przez wykonawcę uniemożliwia zamawiającemu ocenę, czy podjęte działania naprawcze, deklarowane zmiany techniczne, organizacyjne i kadrowe są faktycznie wystarczające (proporcjonalne i adekwatne) dla uniknięcia wystąpienia takiej sytuacji w przyszłości.

W przedmiotowym postępowaniu przystępujący Tensoft w ramach procedury samooczyszczenia odwołał się do Informacji z dnia 12 sierpnia 2020 roku, w której wskazał, iż „Przede wszystkim aktualizacji uległa procedura KP/02 obejmująca procesy realizacji usług, w tym prowadzenia projektów wdrożeniowych. Przegląd Systemu Zarządzania Jakością wykazał zasadność zastosowania procedury P/04 Działania Korygujące. W wyniku przeprowadzonej, zgodnie z tą procedurą, analizy procesów biznesowych wyłoniono 3 kategorie środków, które wykorzystane w optymalizacji pozwolą na zapewnienie wysokiej jakości: [...]”. W tym miejscu przystępujący Tensoft wymienił 3 kategorie środków, tj. środki techniczne, środki organizacyjne, środki kadrowe (dla programistów, dla wdrożeniowców, dla kierowników oraz dla zarządu). Dalej Tensoft opisał w sposób ogólny okoliczności, jakie miały miejsce przy realizacji zamówienia dla Gminy Ostróda, powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

Co istotne wykonawca sam wskazał (w przedmiotowej Informacji), iż *„Obecnie podejmujemy także działania mające na celu ujawnienie wszelkich okoliczności związanych z realizacją projektu wdrożeniowego na rzecz Gminy miejskiej Ostróda, dzięki którym możliwa będzie obiektywna ocena decyzji podejmowanych przez osoby kierujące projektem ze strony firmy Tensoft, a także adekwatność i jakość zastosowanych i wdrożonych rozwiązań informatycznych.”*

Powyższe prowadzi do wniosku, iż przystępujący Tensoft na dzień składania procedury samooczyszczenia nie był w stanie ustalić i opisać okoliczności mających wpływ na nieprawidłową realizację zamówienia dla Gminy Ostróda, a co za tym idzie nie mógł w sposób dostateczny wykazać się, że podjął czynności naprawcze w zdiagnozowanym zakresie, albowiem obecnie jest na etapie ich diagnozowania.

Oceniając przedłożoną przez przystępującego Tensoft dokumentację, składającą się na procedurę samooczyszczenia wraz ze złożonymi dowodami (kopiami certyfikatów, Procedury – Procesu realizacji usług), Izba stwierdziła, że nie można im nadać waloru samooczyszczenia. Zdaniem Izby Informacja (z 12 sierpnia 2020 r.) przedstawia założenia ogólne, jakie przyjął wykonawca niejako na przyszłość, ale nie odnoszą się one *stricte* do konkretnego zadania, które zostało nieprawidłowo zrealizowane i w wyniku czego zamawiający odstąpił od umowy z przystępującym z jego winy.

W zakresie przedłożonych certyfikatów (potwierdzających przebyte szkolenia), Izba wskazuje, że w większości pochodzą one z 2019 roku lub z początku 2020 roku (luty 2020 r.), czyli sprzed daty wprowadzenia działań naprawczych, co oznacza, że nie mogły być one uwzględnione jako jedno z działań naprawczych firmy, albowiem naliczenie i potrącenie kar umownych przez Gminę Ostróda datowane jest na 11 marca 2020 r. Powyższe prowadzi do wniosku, że Tensoft, mimo posiadania określonej kadry, legitymującej się stosownymi certyfikatami, już na etapie realizacji umowy z Gminą Ostróda (umowa zawarta 10 września 2019 r.) nie był w stanie zrealizować tej umowy w sposób prawidłowy. Tym samym powoływanie się w procedurze samooczyszczenia na certyfikaty, które już na pierwotnej realizacji nie spełniały zakładanych oczekiwanych skutków, jest nieadekwatne do zamierzonego skutku (samooczyszczenia).

Podobne okoliczności faktyczne zostały dostrzeżone w sprawie o sygn. akt KIO 1213/20, w której Izba zajęła podobne stanowisko, stwierdzając, cyt.: *„W tej sytuacji zmiany polegające na wdrożeniu systemów informatycznych do elektronicznego obiegu dokumentów i zarządzania danymi oraz zmiany struktury organizacyjnej w połączeniu ze zmianą organizacji oraz zwolnieniem dwóch osób nie mogą być traktowane jako argumenty pozwalające na stwierdzenie zapewnienia rzetelności wykonawcy w przyszłości. Zamawiający nie uznaje wyjaśnień wykonawcy za wystraszające przede wszystkim z tego powodu, że wykonawca nie przedstawił jakichkolwiek argumentów pozwalających na ocenę*

tego w jaki sposób dotychczasowy kształt struktury organizacyjnej, obiegu dokumentów oraz działalności zwolnionych osób przyczynił się (i czy w ogóle się przyczynił) do niewykonania umów na rzecz gminy Orla i Narewka. Brak tych informacji nie pozwala zamawiającemu na ocenę tego, czy wdrożone rozwiązania będą miały jakikolwiek wpływ na realizację przyszłych umów wykonawcy. W wyjaśnieniach do JEDZ wykonawca wskazuje, że przeprowadził audyt wykazujący powody niezrealizowania umów z gminami Orla i Narewka, jednak nie wskazał w ramach przedłożonych dowodów wyników tego audytu wskazujących bezpośrednio przyczyny nierzetelności wykonawcy. Ww. luka w argumentacji wykonawcy stanowi zatem kluczowy element nie pozwalający na uznanie wyjaśnień wykonawcy jako spełniających przesłanki do uznania skuteczności samooczyszczenia wykonawcy. Zamawiający uznaje zatem za nieskuteczną podjętą przez wykonawcę procedurę tzw. self-cleaning. Przedstawione przez wykonawcę środki podjęte w ramach tej procedury nie są wystarczające do wykazania, że zapobiegają dalszym nieprawidłowym postępowaniom wykonawcy. Ponadto nie można uznać, że podjęte środki są wystarczające do stwierdzenia, że popełniony czyn lub zaniechanie z dużym prawdopodobieństwem nie będzie miało miejsca w przyszłości. Stosownie do treści art. 24 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych nie wystarczy, aby wykonawca podjął jakiekolwiek środki techniczne, organizacyjne i kadrowe muszą one być odpowiednie, aby przeciwdziałać na przyszłość powstaniu podobnych uchybień. W ocenie zamawiającego przedstawione przez wykonawcę wyjaśnienia cechuje duża ogólnikowość, co nie pozwala uznać, że zmiana opisanych obszarów funkcjonowania przedsiębiorstwa zapewni prawidłowość przyszłego postępowania wykonawcy. Izba stwierdziła, że w powyżej przytoczonej części uzasadnienia wykluczenia Zamawiający nie tylko adekwatnie zrelacjonował treść wyjaśnień [...] {co potwierdza dodatkowo relacja zawarta w odwołaniu}, ale przede wszystkim poczynił w oparciu o nie prawidłowe ustalenia na potrzeby podejmowanej w prowadzonym postępowaniu czynności. Wbrew temu, co zasugerowano w odwołaniu, Zamawiający trafnie zidentyfikował, że pomimo formalnej obszerności wyjaśnień i liczby załączonych dowodów nie tworzą one wyczerpującego wyjaśnienia stanu faktycznego co do rzeczywistej przyczyny niewykonania w ogóle umów z Gminą Orla i Gminą Narewka, co w oczywisty sposób uniemożliwia ocenę, czy deklarowane zmiany techniczne, organizacyjne i kadrowe są wystarczające dla uniknięcia wystąpienia takiej sytuacji w przyszłości”.

Za niewiarygodne Izba uznała stanowisko przystępującego Tensoft, iż kwestia odstąpienia od umowy przez Gminę Ostróda jest przedmiotem sporu między stronami, albowiem odwołujący przedłożył dowód (oświadczenie z-cy Burmistrza Miasta Ostróda z dnia 7 kwietnia 2021 r.), w którym zaświadczone zostało, iż aktualnie nie toczy się spór sądowy, którego przedmiotem jest skuteczność odstąpienia przez Gminę Ostróda od umowy oraz że aktualnie nie toczy się spór sądowy, które przedmiotem jest skuteczność naliczenia

i potrącenie przez Gminę Miejską Ostróda kary umownej w związku z odstąpieniem od umowy.

Nadto Izba wskazuje, iż z dowodów złożonych przez odwołującego na rozprawie wynika, że przystępujący Tensoft zdaje się nie realizować przyjętej przez siebie procedury naprawczej, albowiem w przypadku Gminy Rybno również realizacja zamówienia nie zakończyła się sukcesem. Na dowód powyższego odwołujący złożył pismo z dnia 21 grudnia 2020 r., podpisane przez Wójta Gminy Rybno, w którym oświadczone m.in., że „Naruszenie obowiązków umownych dotyczyło kluczowych elementów realizacji zamówienia” oraz „Nienależyte wykonanie zamówienia spowodowało negatywne konsekwencje dla bieżącej pracy Urzędu Gminy Rybno oraz stanowiło zagrożenia dla realizacji statutowych zadań Gminy Rybno”. Izba dała wiarę ww. oświadczeniu, jednocześnie nie dając wiary dowodowi złożonemu przez przystępującego Tensoft, tj. Protokołowi Odbioru Etapów (od 2 do 6), albowiem, po pierwsze zamawiający dokonał odbioru całości przedmiotu umowy z zastrzeżeniem, a po drugie w protokole wskazano, iż do niego sporządzono załączniki, których przystępujący nie złożył (niekompletność dowodu).

Kolejnym dowodem, złożonym przez odwołującego, potwierdzającym nierzetelność przyjętych przez przystępującego Tensoft działań naprawczych jest „Ostateczne wezwanie do usunięcia wad i usterek” z dnia 22 lutego 2021 roku, wystawione przez Wójta Gminy Dywity, w którym stwierdzono, iż *„Tymczasem zasilanie systemu danymi zamawiającego prowadzone przez podmiot profesjonalny – Tensoft sp. z o.o. – autora systemu i jednocześnie Państwa podwykonawcy, zakończyło się fiaskiem. Dysfunkcyjność systemu polega na niemożności prawidłowego zasilania danymi zamawiającego lub prawidłowego procedowania poprawnych danych w systemie, co warunkuje zachowanie ciągłości wykonywania zadań Urzędu, a także szereg zidentyfikowanych wad i błędów szczegółowych na bieżąco zgłaszanych, częstość ich występowania i tempo naprawy, a także opisanych w załączeniu, dyskwalifikuje dostarczony produkt. [...]”*.

Tym samym, w ocenie Izby zachodzą podstawy do wykluczenia z przedmiotowego postępowania wykonawcy Tensoft sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, na podstawie przepisu art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 w zw. z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp.

Protokół odbioru końcowego oraz referencje złożone przez przystępującego Tensoft, jako dowód na okoliczność prawidłowych realizacji zamówień dla innych jednostek, potwierdzają jedynie to, co zostało w nich oświadczone. Nie odnoszą się one jednak do działań naprawczych, jakie miał podjąć wykonawca w ramach procedury samooczyszczenia.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....