

Sygn. akt: KIO 3540/20

WYROK

z dnia 29 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Beata Konik
Monika Kawa – Ogorzałek
Ewa Kisiel**

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie 25 stycznia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 31 grudnia 2020 roku przez **FlexiPower Group spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową z siedzibą w Kudrowicach** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Szastarka**, przy udziale wykonawcy **Sanito spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**, orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 - 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 i 4 u.z.n.k. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wydania decyzji o odmowie dostępu do informacji publicznej oraz przez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu złożonego wraz z ofertą Sanito spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie dokumentu o nazwie „Dotyczy: Oświadczenia JEDZ w postępowaniu Dostawa i montaż instalacji kolektorów słonecznych, instalacji fotowoltaicznych oraz kotłów na biomasę na terenie Gminy Szastarka (...)”, co uniemożliwiło Odwołującemu kontrolę merytoryczną treści tej oferty, wobec wycofania odwołania w tym zakresie.

3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego **FlexiPower Group spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową z siedzibą w Kudrowicach:**
 - 3.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. Zasądza od odwołującego **FlexiPower Group spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej z siedzibą w Kudrowicach**, na rzecz zamawiającego **Gminy Szastarka** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i art. 198b ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz.1843) oraz art. 580 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz. 2020 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

UZASADNIENIE

Gmina Szastarka (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę i montaż instalacji kolektorów słonecznych, instalacji fotowoltaicznych oraz kotłów na biomasę na terenie Gminy Szastarka”, w podziale na części, znak ZP.271.1.4.2020. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 8 września 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2020/S 174-419922.

Postępowanie to prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, tj. z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) – dalej ustawa Pzp.

W postępowaniu tym wykonawca FlexiPower Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Kudrowicach (dalej: „Odwołujący”) 31 grudnia 2020 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie dotyczącym części II, od następujących czynności Zamawiającego:

1. wybór jako najkorzystniejszej w części II oferty Sanito spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: „Sanito”) pomimo wystąpienia wobec tego wykonawcy podstaw wykluczenia z powodu naruszenia w sposób zawiniony obowiązków zawodowych, w szczególności niewykonania zamówienia w wyniku zaakceptowania dowodów na to, że podjęte przez Sanito środki są wystarczające do wykazania jej rzetelności, pomimo, że złożone w trybie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp środki dowodowe nie wskazują na to aby podjęte przez tego wykonawcę działania były wystarczające, dla niezastosowania sankcji z art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Pzp;
2. zaniechanie udostępnienia przez Zamawiającego Odwołującemu zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa części złożonego oświadczenia dotyczącego opisu środków podjętych przez Sanito w celu wykazania rzetelności tego wykonawcy wraz z załączeniem odpowiednich dowodów oraz utrudnienie w ten sposób skorzystania ze środków ochrony prawnej co do treści badania podstaw wykluczenia i spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty Sanito jako najkorzystniejszej;

2. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Sanito oraz zaniechanie uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą, pomimo że wykonawca ten w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności w wyniku co najmniej rażącego niedbalstwa nie wykonał zamówienia;
3. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Sanito oraz zaniechanie uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą, pomimo że wykonawca ten w postępowaniu nie przedstawił dowodów, które należało uznać za wystarczające w celu wykazania jego rzetelności oraz podjęcia konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które byłyby odpowiednie dla zapobiegania nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy;
4. art. 8 ust. 1 – 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 i 4 z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. z 8 października 2020 r. (Dz. U. 2020 r., poz. 1913), (dalej: uznk) w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez wybór oferty Sanito pomimo zaniechania wydania decyzji o odmowie dostępu do informacji publicznej oraz pomimo nieudostępnienia Odwołującemu żądanych dokumentów w postaci dokumentu zawierającego oświadczenia dotyczącego samooczyszczenia (nazwanego „Dotyczy: Oświadczenia JEDZ w postępowaniu Dostawa i montaż instalacji kolektorów słonecznych, instalacji fotowoltaicznych oraz kotłów na biomasę na terenie Gminy Szastarka w ramach projektu pn. „Instalacje odnawialnych źródeł Energii w gminie Szastarka etap II” z podziałem na części: część 2 zamówienia - „Dostawa i montaż instalacji fotowoltaicznych na terenie Gminy Szastarka” Nr sprawy ZP.271.1.4.2020 („Postępowanie”) dalej: „oświadczenie Sanito”), a złożonego w przedmiotowym postępowaniu, pomimo jawności postępowania o udzielenie zamówienia i nieistnienia podstaw do zachowania powyższych dokumentów w tajemnicy, w szczególności niepodjęcia uprzednio przez Sanito środków ochrony prawnej w celu zachowania tychże informacji uprzednio w poufności, pomimo ich publicznego udostępnienia, co uniemożliwiło Odwołującemu kontrolę merytoryczną treści oferty wybranej jako najkorzystniejsza oraz istnienia lub nieistnienia przesłanek wykluczenia wybranego wykonawcy w postępowaniu, co godzi w zasadę przejrzystości postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części II;
2. ujawnienia i udostępnienia Odwołującemu treści oświadczenia Sanito;

3. dokonania ponownego badania ofert i w konsekwencji wykluczenia z postępowania Sanito odpowiedzialnością na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Pzp oraz uznanie na podstawie art. 24 ust. 4 p.z.p. oferty tego wykonawcy za odrzuconą,
4. orzeczenia na rzecz Odwołującego uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa adwokackiego w kwocie 3.600 zł, na podstawie rachunku, który zostanie przedłożony do akt postępowania,
5. dopuszczenia i przeprowadzenia dowodów z dokumentów załączonych do odwołania na okoliczności w nich wskazane,
6. zobowiązania Zamawiającego do załączenia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia,
7. załączenia przez Izbę akt postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 2025/19 i 2029/19 oraz sygn. akt KIO 1213/20, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów ze znajdujących się w niniejszych aktach odwołań, pism procesowych stron oraz uczestników oraz załączników, orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej na okoliczność braku podstaw do uznania, że podjęte przez Sanito środki są wystarczające do wykazania jej rzetelności, w szczególności niewykazania tego, jakie okoliczności legły u podstaw pierwotnego naruszenia obowiązków zawodowych i niewykonanie określonych umów o zamówienie publiczne przez tego Wykonawcę.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

Decyzja o odmowie udostępnienia informacji publicznej została doręczona Odwołującemu pocztą elektroniczną 21 grudnia 2020 roku.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący złożył ofertę w części II postępowania jest więc wykonawcą biorącym udział w przedmiotowym postępowaniu. Postępowanie jest prowadzone w procedurze odwróconej, oznacza to, że w części II badana pod kątem warunków udziału w postępowaniu była jedynie oferta Sanito. Oferty pozostałych wykonawców nie zostały jeszcze zbadane Zamawiający, zatem Zamawiający ma wiedzę na temat podstaw wykluczenia i zgodności oferty z ustawą i SIWZ jedynie co do wykonawcy ocenionego najwyżej. W razie wystąpienia przesłanek wykluczenia lub odrzucenia pozostałych ofert złożonych w postępowaniu w koniunkcji z uwzględnieniem niniejszego odwołania, wykonawca, którego oferta została oceniona jako na miejscu 5 posiada interes bez kwestionowania ofert sklasyfikowanych na pozycjach nr 2,3 i 4 z uwagi na to, że oferta ta nie została ostatecznie (i może w ogóle do tego nie dojść) zweryfikowana przez zamawiającego na podstawie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia.

Odwołujący wskazał, że wniesienie środka ochrony prawnej jak i kontrola czynności wyboru najkorzystniejszej oferty jest dodatkowo utrudniona z uwagi na niezgodną z ustawą odmowę udostępnienia całości wyjaśnień przytoczonych przez Sanito. Czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w części II stała się, co do meritum jest zatem wadliwa dodatkowo z tej przyczyny, że z uwagi na odmowę udostępnienia informacji publicznej, jaką niewątpliwie stanowi oświadczenie złożone w trybie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp wraz z dowodami przez innego wykonawcę zmniejsza zakres merytorycznej kontroli wykonawców nad legalnością postępowania. Odwołujący nie jest w stanie tym samym dokonać pełnej weryfikacji, czy podejmowane lub podjęte przez Zamawiającego czynności są zgodne z ustawą.

Ponadto w ocenie Odwołującego utrzymanie w mocy zaskarżonej czynności, w świetle istnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, powodowałoby ryzyko poniesienia przez Odwołującego szkody w zakresie w jakim postępowanie zostałoby zakończone, a spółka mogłaby ona nie uzyskać zamówienia w części II poprzez niemożność skorygowania decyzji Zamawiającego lub też utrzymanie statusu wykonawcy dla jednego z przedsiębiorców konkurujących w postępowaniu - szkoda wyrażona jako *lucrum cessans*.

W treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający jako podstawy wykluczenia z postępowania zostały wprowadzone przesłanki fakultatywne z art. 24 ust. 5 pkt 1,2,4,8 (vide: 7.3. SIWZ).

W przedmiotowym postępowaniu w części II oferty złożył m.in. wykonawca Sanito.

Odwołujący wyjaśnił, że korzystając z uprawnień z ustawy o dostępie do informacji publicznej oraz z zasady jawności postępowania złożył w postępowaniu do Zamawiającego trzy wnioski o dostęp do informacji publicznej tj.:

- wniosek o dostęp do informacji publicznej z dnia 23 października 2020 r.,
- wniosek o dostęp do informacji publicznej z dnia 13 listopada 2020 r.,
- wniosek o dostęp do informacji publicznej z dnia 30 listopada 2020 r.

Zamawiający 12 listopada 2020 r. udostępnił Odwołującemu część oferty Sanito zastrzeżonej przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa. Część oferty pozostała nadal zastrzeżona (Odwołujący wskazał w tym zakresie na korespondencję z dnia 12 listopada 2020 r. z Gminy Szastarka).

Odwołujący wyjaśnił, że w treści udostępnionego JEDZ w części C (str. 8) w odpowiedzi na pytanie „Czy wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego?” wykonawca Sanito udzielił odpowiedzi TAK, wyjaśniając że realizowane przez niego umowy w sprawie zamówienia publicznego zostały rozwiązane przed czasem:

- i. umowa nr OG.271.2.2018 z dnia 10 września 2018 r. zawarta pomiędzy Sanito a Gminą Orla dotycząca realizacji zadania pn. „Budowa mikroinstalacji fotowoltaicznych i kolektorów słonecznych w gminie Orla” - Część III instalacje mieszane,

- ii. umowa nr OG.271.2.2018/2 z dnia 10 września 2018 r. zawarta pomiędzy Sanito a Gminą Orla dotycząca realizacji zadania pn. „Budowa mikroinstalacji fotowoltaicznych i kolektorów słonecznych w gminie Orla” - Część II Kolektory słoneczne,
- iii. umowa nr ZP.271.2.2018 Zadanie 1 z dnia 25 września 2018 r. zawarta pomiędzy Sanito a Gminą Narewka dotycząca realizacji zadania pn. „Dostawa i montaż 44 zestawów kolektorów słonecznych na potrzeby przygotowania ciepłej wody użytkowej na budynkach prywatnych na terenie gminy Narewka”,
- iv. umowa nr ZP.271.2.2018 Zadanie 2 z dnia 25 września 2018 r. zawarta pomiędzy Sanito a Gminą Narewka dotycząca realizacji zadania pn. „Dostawa i montaż 49 zestawów instalacji fotowoltaicznych na potrzeby produkcji energii elektrycznej w budynkach prywatnych na terenie gminy Narewka”

Nadto wykonawca Sanito oświadczył, że przedsięwziął środki w celu samooczyszczenia powołując się w zakresie udowodnienia tegoż przedsięwzięcia na opis wraz z dokumentacją zawarty w załączniku pod nazwą „Wyjaśnienia JEDZ + Self-cleaning”.

Wskutek nieudostępnienia przez Gminę Szastarka części dokumentu zawierającego podstawy samooczyszczenia złożonego przez Sanito, Odwołujący nie jest w stanie odnieść się do każdej okoliczności zawartej w oświadczeniu i dokumentach złożonych przez Sanito, co ogranicza Odwołującemu prawo do merytorycznej kontroli treści procedury samooczyszczenia Sanito w terminie na wniesienie środków ochrony prawnej od wyboru najkorzystniejszej oferty, co czyni sposób przeprowadzania czynności oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty nieprzejrzysty i niejawnym, godząc w naczelną zasadę postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący wskazał, że posiada uzasadnione podstawy do wywiedzenia twierdzeń, że rzeczony samooczyszczenie zostało udowodnione i spełnia warunki wyłączenia wykluczenia Sanito z przedmiotowego postępowania.

Ad. Zarzuty naruszenia art. 91 ust. 1 art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego istotą ww. zarzutu jest to, że Zamawiający nie mógł na podstawie złożonego oświadczenia i załączonych dowodów skutecznie zastosować procedury self - cleaningu i nie wykluczyć Sanito, ponieważ wykonawca ten nie wykazał jakie były rzeczywiste przyczyny rażącego naruszenia obowiązków zawodowych polegającego na niewykonaniu umów z Gminami Orla i Narewka.

Podstawowym warunkiem wstępnym skorzystania przez wykonawcę z dobrodziejstwa instytucji self - cleaningu jest „wyczerpujące przedstawienie stanu faktycznego”.

W realiach rozpoznawanej sprawy wyczerpujące przedstawienie stanu faktycznego, które otwiera drogę do self-cleaningu w ocenie Odwołującego polegać musiało na:

1) przyznaniu przez Sanito na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, że dopuściło się rażącego naruszenia obowiązków zawodowych poprzez niewykonanie umów zawartych z Gminą Orla i Gminą Narewka,

2) opisanie i wykazanie przez Sanito na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jakie były rzeczywiste przyczyny rażącego naruszenia obowiązków zawodowych, których skutkiem było niewykonanie ww. umów,

3) udowodnienie na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, że przyczyny jakie legły u podstaw rażącego naruszenia obowiązków zawodowych zostały wyeliminowane w działalności Sanito przez podjęcie odpowiednich działań, które dają podstawę do przyjęcia rzetelności wykonawcy.

Odwołujący wskazał, że uzasadniając zarzut opierał się tylko na treści oświadczeń i dokumentów dotyczących self - cleaningu, które zostały ujawnione i udostępnione przez Zamawiającego.

Na tej podstawie Odwołujący wskazał, że Sanito w ramach złożonego JEDZ i dołączonego do niego oświadczenia położył nacisk niemal wyłącznie na wykazanie podjęcia czynności naprawczych, zaniechując przy tym rzetelnego opisu faktycznych podstaw niewykonania umów zawartych z Gminą Orla i Gminą Narewka.

Odwołujący podkreślił brak wskazania przez Sanito rzeczywistej przesłanki „przyznania się do dopuszczenia się rażącego naruszenia obowiązków zawodowych poprzez niewykonanie umów zawartych z Gminą Orla i Gminą Narewka”. W jednolitym dokumencie, co prawda samo oświadczenie przyjmuje formę twierdzącą, jednakże zdaniem Odwołującego Sanito stara się uciec od przyznania, że naruszeń się dopuścił ograniczając się w treści swojego oświadczenia jedynie do stwierdzenia, że nie zrealizował umów, co należy uznać za poważne wykroczenie zawodowe. W treści samego oświadczenia o podstawach i podjętych środkach zaradczych również pada jedynie zdanie, że „okoliczności niewykonania ww. umów prowadzą do konkluzji, że wobec Wykonawcy zachodzi podstawa wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 p.z.p.”

W opinii Odwołującego wykładnia językowa tak złożonego oświadczenia, pozwala w tym zakresie dojść do wniosku, że pomimo wiążącego Sanito wyroku Izby oraz sądu powszechnego zaprzecza ona lub unika jednoznacznego przyznania, że do takiego naruszenia doszło. Sanito ogranicza się do wskazania jedynie, że władcza rola organów państwa przymusza ją do złożenia oświadczeń o treści określonej w JEDZ i wskazanych przesłankach wykluczenia. Oczywistym jest dla Odwołującego, że oświadczenie to w tym zakresie nie jest sprzeczne z prawdą, jednak mając na uwadze ratio legis instytucji self - cleaningu, należy wyraźnie zaznaczyć, że służy ona ograniczeniu eliminacji z rynku

zamówień publicznych tych przedsiębiorców, którzy po pierwsze są podjęli określone działania naprawcze, ale także doszli do punktu, w którym dają gwarancję wyeliminowania podobnych zachowań, które zostały uznane za poważne wykroczenia zawodowe - w przyszłości. Takiej gwarancji nie może oczekiwać Zamawiający od wykonawcy, który nie dekoduje swoich przeszłych zachowań jako naruszenia, a jedynie dopuszcza przymus państwowy w zakresie bycia związanym treścią wyroków. Samo już zatem literalne złożenie znanej części oświadczeń wykonawcy, kontestujące słuszność zapadłych wyroków i decyzji Zamawiającego wskazuje na nieskuteczność podjętej czynności samooczyszczenia.

Jak wskazano powyżej jako uzupełnienie JEDZ wykonawca złożył obszerne wyjaśnienia, w którym także wskazywał, że nie doszło po jego stronie do poważnego naruszenia obowiązków zawodowych. Wyjaśnienia wykonawcy, w zakresie przyczyn niewykonania przeszłych umów sprowadzają się w zasadzie do okoliczności wskazanych w następującym fragmencie pisma zaczynającym się od słów: „ W dniu 5 grudnia 2016 r. Gmina Orla odstąpiła od umowy (...)” do słów: „(...) wartości wynagrodzeniu umownego.” na str. 3 wyjaśnień.

Odwołujący stwierdził, że jest to jedyny fragment kilkunastostronicowego pisma, który odnosi się do przyczyn niewykonania umów z Gminą Orla i Gminą Narewka. Nie sposób uznać, że to lakoniczne wyjaśnienie stanowi rzetelne przedstawienie stanu faktycznego, a konsekwencji nie sposób przyjąć, że podjęte działania naprawcze w jakikolwiek pozytywny sposób wpłyną na rzetelność Sanito. Skarżący nie wyjaśnił przekonująco na czym polegał problem z zamówieniami dla obu ww. gmin. W takim stanie rzeczy działania naprawcze podjęte przez Sanito przestają mieć jakiegokolwiek znacznie, ponieważ wykonawca nie wykazał związku z pomiędzy tymi działaniami naprawczymi a przyczynami niewykonania wcześniejszych umów.

Ponadto nie można pominąć, że przyczyna niewykonania umów, jaką podawał wykonawca tj. rzekome trudności podażowe na rynku instalacji nie może zostać uznana za okoliczność prawdziwą. W ten sam bowiem sposób Sanito argumentowała brak podstaw do swojego wykluczenia w postępowaniu przed KIO (sygn. KIO 2025/19) oraz Sądem Okręgowym w Krakowie (sygn. akt II Ca 286/20). Zarówno Izba, jak i Sąd Okręgowy nie dały wiary, że rzeczywista przyczyna niewykonania umów była tego rodzaju. Odwołujący w tym zakresie przytoczył obszerne fragmenty uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie.

Ogólna konkluzja płynąca z przywołanego wyroku wiążącego Sanito, a bezpośrednio przekładającego się na ocenę samooczyszczenia w niniejszym postępowaniu jest taka, że Sanito nie podjęła jakichkolwiek działań w terminie przewidzianym na realizację zamówień, aby mogła należycie zawarte umowy wykonać. Odwołujący przytoczył również fragmenty wyroku z dnia 17 lipca 2020 r., sygn. KIO 1213/20 które zapadło w analogicznym

postępowaniu, w którym Izba wskazała, że Sanito nie przedstawiła rzeczywistych przyczyn niewykonania umów, gdyż w istocie przedstawia te same przyczyny, które zostały już uprzednio negatywnie zweryfikowane przez KIO (sygn. KIO 2025/19 2029/19) i Sąd Okręgowy w Krakowie (II Ca 286/20). W ocenie Odwołującego wykonawca Sanito nie wykazał dlaczego dopuścił się poważnego naruszenia obowiązków i przez to bezprzedmiotowe było badanie czy podjęte środki zaradcze były odpowiednie. W związku z tym nie ma także podstaw, aby Zamawiający popadł w wątpliwość i w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał wykonawcę do przedłożenia wyjaśnień i dowodów składających się na procedurę self-cleaningu. Skoro wykonawca nie spełnił nawet wymogu rzetelnego przedstawienia stanu faktycznego w zakresie przyczyn poważnego naruszenia obowiązków zawodowych to brak było podstaw do żądania od niego jakichkolwiek wyjaśnień i dowodów przedmiocie środków podjętych w celu samooczyszczenia.

Odwołujący stał na stanowisku, że czynność wyboru najkorzystniejszej oferty przez Zamawiającego jest zatem czynnością wadliwą, opartą na bezrefleksyjnym oparciu się na treści wadliwych treściowo i formalnie wyjaśnień samooczyszczenia złożonych przez Sanito. Zamawiający nie powinien być tylko subiektywnie, ale w sposób zobiektywizowany przekonany o efektywności podejmowanych działań zaradczych. Wadliwość czynności Zamawiającego ma zatem charakter stopniowalny i skutkowy, co jest także odzwierciedlone w treści podniesionych zarzutów - po pierwsze Zamawiający nie powinien był uznać za wystarczające dowodów przedstawionych na podstawie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp. Po takim zaś uznaniu, że brak jest podstaw do samooczyszczenia się wykonawcy stwierdzić, że wobec faktu, że zachodzi wobec niego podstawa wykluczenia i w konsekwencji odrzucenia oferty. Skutkiem powyższego winno być zatem zaniechanie wyboru oferty Sanito jako najkorzystniejszej.

Ad. Zarzuty naruszenia art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 i 4 uznk z art. 91 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p.

W ocenie Odwołującego wybór najkorzystniejszej oferty wobec nieujawnienia treści tak ważkiego dokumentu jak wyjaśnienia dotyczące samooczyszczenia powoduje trudność i częściowo uniemożliwienie skorzystanie pozostałym wykonawcom ze środków ochrony prawnej i stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 i 4 uznk, co stanowi niezależną od powyżej przytoczonej, przesłankę do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części drugiej, a także podstawę dla nałożenia obowiązku udostępnienia informacji stanowiących przedmiot wniosków Odwołującemu.

Zasadą postępowania o udzielenie zamówienia jest to, że postępowanie ma charakter jawny, Zamawiający zobligowany jest do zweryfikowania skuteczności

zastrzeżenia przez wykonawcę określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Zamawiający nie dość, że nie wydał jednak odmownej decyzji wskazującej na podstawę i uzasadnienie odmowy udostępnienia zastrzeżonej części przedmiotowego dokumentu, to w ramach samej tylko informacji o częściowym odtajnieniu treści pisma, nie przedstawił żadnych okoliczności przemawiających za koniecznością utrzymania tajemnicy.

Zdaniem Odwołującego sama treść uzasadnienia dotyczącego objęciem wyjaśnień klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa jest błędna i odnosi się do nieprawidłowo przedstawionych okoliczności.

Po pierwsze wyjaśnienia Wykonawcy dotyczą okoliczności związanych z realizacją umów, ale są to umowy o zamówienie publiczne - tj. umowy, na których pokrycie Zamawiający publiczne przeznacza środki pochodzenia budżetu krajowego lub lokalnego. Samo tylko powołanie się na to, że dotyczą realizacji zawartej umowy stanowi w dużym stopniu nadużycie interpretacyjne art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Następnie Odwołujący podkreślił, że zarówno opis środków podjętych w celu naprawienia szkody wyrządzonej przez wykonawcę jak i opis działań naprawczych podejmowanych przez wykonawcę w celu wykazania rzetelności stanowi jeden z obowiązków wykonawcy dotkniętego uprzednio sankcją wykluczenia z powodu poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, w celu wykazania własnej rzetelności. Pozbawienie innych uczestników postępowania dostępu do takiej informacji de facto w całości, bez pogłębionej analizy przez dysponenta tejże informacji Zamawiającego stanowi wyraźne naruszenie zasady równości uczestników postępowania o udzielenie zamówienia. Odwołujący wskazał, że wbrew twierdzeniu Sanito powyższe informacje były już uprzednio ujawniane do wiadomości publicznej - m.in. w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Analogiczne do powyższego pismo zostało udostępnione bowiem (z uprzednim uznaniem przez Zamawiającego, że wobec dokumentu zawierającego treść samooczystczenia w większości nie zachodzą podstawy do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa) przez Gminę Nowy Targ w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na: Montaż instalacji odnawialnych źródeł energii na terenie Gmin: Nowy Targ, Miasta Nowy Targ, Czorsztyn, Łapsze Niżne, Brzesko, Alwernia, Babice, Chrzanów, Libiąż oraz Trzebinia (GPI- ZPI.271.3.3.4.2019) w dniu 25 lutego 2020 r. W tym zakresie Odwołujący wskazał na załączone do odwołania dowody, tj.:

- pismo Gminy Nowy Targ z dnia 25 lutego 2020 r.
- udostępniony wykonawcom dokument do oświadczenia JEDZ w postępowaniu na montaż instalacji odnawialnych źródeł energii na terenie Gmin: Nowy Targ, Miasta Nowy Targ, Czorsztyn, Łapsze Niżne, Brzesko, Alwernia, Babice, Chrzanów, Libiąż oraz Trzebinia.

Co istotne Sanito nie podjęło wówczas żadnych działań prawnych zmierzających do unieważnienia tej czynności Zamawiającego w tamtym postępowaniu, pomimo że takie środki prawne zostały przez spółkę podjęte w tym postępowaniu w stosunku do

udostępnienia wyjaśnień w sprawie ceny oferty (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 maja 2020 r. sygn. akt KIO 501/20).

Zdaniem Odwołującego nie można przypisać informacjom zastrzeżonym przez Sanito w przedmiotowym postępowaniu przymiotu tajemnicy przedsiębiorstwa. Wobec ujawnienia w sposób zgodny z procedurą przewidzianą w postępowaniu o udzielenie zamówienia Sanito nie podjęła już bowiem uprzednio w należycie staranny sposób środków ochrony prawnej zmierzających do utrzymania w poufności

- okoliczności samooczyszczenia z przyczyn stanowiących okoliczności samooczyszczenia w

niniejszym postępowaniu,

- sposobów dalszego postępowania po zastosowaniu wobec nich sankcji wykluczenia.

Zakres nieudostępnionej przez Zamawiającego informacji jest wobec tego zbyt szeroki, a sam Zamawiający w niepoprawny sposób zbadał poprawność zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa dokonując nie tylko niezgodnego z prawem zaniechania udostępnienia informacji publicznej stanowiącej część postępowania o udzielenie zamówienia, ale także utrudnił wykonawcom lub uniemożliwił skorzystanie ze środków ochrony prawnej w granicach wyboru najkorzystniejszej oferty Sanito.

Odwołujący wskazał, że w świetle powyższego nie budzi wątpliwości także zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp statuującego zasadę legalizmu. Zgodnie z nią zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami prawa zamówień publicznych. Tym samym nie można uznać, że wybór najkorzystniejszej oferty, która nie mogła zostać poddana weryfikacji czyni zadość wskazanej wyżej zasadzie.

Powyższe okoliczności prowadzą do konstatacji, że Zamawiający miał obowiązek udostępnienia informacji publicznej w zakresie wyjaśnień Sanito dotyczących samooczyszczenia.

21 stycznia 2021 r. wykonawca Sanito złożył pismo procesowe, w treści którego domagał się oddalenia odwołania w całości. Wykonawca Sanito wskazał, że zarzut dotyczący zaniechania odtajnienia przez Zamawiającego dokumentów zastrzeżonych przez Sanito jako tajemnica przedsiębiorstwa jest spóźniony. W zakresie pozostałych zarzutów wykonawca Sanito przywołał określone strony z wyjaśnień złożonych w ramach procedury samooczyszczenia w tym postępowaniu i wskazał, że w świetle tych wyjaśnień i dowodów jakie przedłożył na ich potwierdzenie, zarzuty są chybione.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także złożone dowody, ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Izba stwierdziła, że 8 stycznia 2021 r. wykonawca Sanito spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej: Przystępujący) skutecznie zgłosił przystąpienie do przedmiotowego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W tym miejscu Izba wskazuje, że podczas posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania Odwołujący wycofał odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 - 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 i 4 u.z.n.k. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wydania decyzji o odmowie dostępu do informacji publicznej oraz przez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu złożonego wraz z ofertą Sanito spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie dokumentu o nazwie „Dotyczy: Oświadczenia JEDZ w postępowaniu Dostawa i montaż instalacji kolektorów słonecznych, instalacji fotowoltaicznych oraz kotłów na biomasę na terenie Gminy Szastarka (...)”, co uniemożliwiło Odwołującemu kontrolę merytoryczną treści tej oferty. Wobec powyższego, Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w tym zakresie.

Izba działając na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp oddaliła wniosek dowodowy zgłoszony przez Odwołującego, dotyczący załączenia przez Izbę akt postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 2025/19 i 2029/19 oraz sygn. akt KIO 1213/20 o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów ze znajdujących się w tych aktach odwołań, pism procesowych stron oraz uczestników oraz załączników, orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej na okoliczność braku podstaw do uznania, że podjęte przez Sanito środki są wystarczające do wykazania jej rzetelności, w szczególności niewykazania tego, jakie okoliczności legły u

podstaw pierwotnego naruszenia obowiązków zawodowych i niewykonanie określonych umów o zamówienie publiczne przez tego Wykonawcę. Izba uznała, że przeprowadzenie dowodu z całych akt postępowania nie jest w przedmiotowej sprawie zasadne ani potrzebne z uwagi na okoliczność, iż w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z odmiennym stanem faktycznym, który Izba zobowiązana jest ocenić na podstawie dokumentów zgromadzonych w ramach rozpoznawanego postępowania, a nie innych składanych na potrzeby innych postępowań odwoławczych.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Okolicznością bezsporną między stronami i uczestnikiem postępowania jest, że w tym postępowaniu Zamawiający przewidział podstawy wykluczenia wskazane w art. 24 ust. 5 pkt 1, 2, 4 i 8 ustawy Pzp (vide: sekcja III ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdział 7 pkt 7.3 SIWZ).

Jak wynika z treści formularza JEDZ załączonego do oferty Przystępującego w pkt w części C tego formularza, w odpowiedzi na pytanie „Czy wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego?”, Przystępujący zaznaczył: „TAK” oraz wskazał na cztery umowy rozwiązane przed czasem, tj. dwie umowy zawarte z Gminą Orla i dwie umowy zawarte z Gminą Narewka, a także wyjaśnił, że tę okoliczność „w świetle wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 listopada 2019 r. sygn. akt KIO 2025/19 i 2029/19 oraz wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 16 kwietnia 2020 sygn. akt II Ca 286/20, należy uznać za poważne wykroczenie zawodowe w rozumieniu przepisów PZP”. Wobec tego nie budzi żadnych wątpliwości Izby, że Przystępujący wprost, w sposób jednoznaczny w treści JEDZ przyznał, że jest winien poważnego wykroczenia zawodowego związanego z rozwiązaniem przed czasem ww. umów.

Ponadto Przystępujący złożył dokument o nazwie „Dotyczy: Oświadczenia JEDZ w postępowaniu Dostawa i montaż instalacji kolektorów słonecznych, instalacji fotowoltaicznych oraz kotłów na biomasę na terenie Gminy Szastarka w ramach projektu pn. Instalacje odnawialnych źródeł Energii w gminie Szastarka etap II z podziałem na części: część 2 zamówienia – Dostawa i montaż instalacji fotowoltaicznych na terenie Gminy Szastarka Nr sprawy ZP.271.1.4.2020” (dalej: „załącznik do oświadczenia JEDZ”), wraz z dowodami, którego obszernie fragmenty wraz z niektórymi dowodami zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Analiza treści „załącznika do oświadczenia JEDZ” pokazuje, że Przystępujący opisał:

- 1) okoliczności związane z nieprawidłowym postępowaniem wykonawcy oraz spowodowanymi przez to szkodami,

- 2) naprawę szkody wyrządzonej nieprawidłowym postępowaniem wykonawcy,
- 3) podjęte środki techniczne, organizacyjne i kadrowe adekwatne do zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy.

Do „załącznika do oświadczenia JEDZ” zostały załączone dowody, przy czym lista dowodów rozpoczynająca się od poz. 5 włącznie do pozycji ostatniej włącznie, została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa.

Jest okolicznością między Stronami bezsporną, że w części II zamówienia oferta Przystępującego została uznana za najkorzystniejszą.

Izba zważyła co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie z następujących powodów.

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. Z uwagi na objęcie w przeważającym zakresie treści tego załącznika wraz z dowodami tajemnicą przedsiębiorstwa, Izba odniesie się do tych dokumentów w sposób ogólny.

W pierwszej kolejności ocenie poddać należy sposób wykazania przez Przystępującego jakie były rzeczywiste przyczyny rażącego naruszenia obowiązków zawodowych polegających na niewykonaniu umów z gminami Orla i Narewka. Jak wynika z pkt I „załącznika do oświadczenia JEDZ”, Przystępujący opisał tam „fakty i okoliczności związane z nieprawidłowym postępowaniem Wykonawcy oraz spowodowanym przez nie szkodami”. Opis ten znajduje się na stronach 2 – 7 ww. „załącznika do oświadczenia JEDZ”. Z treści tego opisu wynika, że Przystępujący nie ukrywał przed Zamawiającym faktu, iż w jego sprawie zapadły wyroki KIO z 27.11.2019 r., sygn. akt KIO 2025/19 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 16.04.2020, sygn. akt II Ca 286/20. Przystępujący wyjaśnił też, że był stroną umów z gminami Orla i Narewka, które nie zostały przez niego wykonane, a gminy od tych umów odstąpiły.

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).

W związku z powyższym nie potwierdził się zarzut dotyczący zaniechania wykazania przez Przystępującego jakie były rzeczywiste przyczyny rażącego naruszenia obowiązków zawodowych polegających na niewykonaniu umów z gminami Orla i Narewka.

Przechodząc do oceny przedłożonych przez Przystępującego dowodów, Izba stwierdza, co następuje.

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.

W tym miejscu należy również zwrócić uwagę, że podejmowane przez Przystępującego działania w postaci wdrożenia określonych procesów i procedur zostały pozytywnie ocenione przez KPMG, która jest instytucją zawodowo zajmującą się audytem.

Lista inwestycji zrealizowanych przez Przystępującego, których dowody należytego wykonania zostały załączone do „załącznika oświadczenie do JEDZ” pozwala wstępnie wnioskować, że procedury te dają oczekiwane efekty. W tym miejscu Izba wskazuje, że Odwołujący nie przedstawił dowodu przeciwnego, tj. takiego z którego wynikałoby, że w okresie po wdrożeniu działań naprawczych Przystępujący ponownie dopuścił się poważnego naruszenia obowiązków zawodowych w związku z rozwiązaniem przed czasem umowy.

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 kadrę, co pozwala na wniosek, że rozkład obowiązków osób przypisanych do określonych stanowisk jest lepiej zbilansowany. Odnosząc się do załączników 8 i 9 Izba dostrzega ich znikomą moc dowodową, jednak wobec doprecyzowania zakresu obowiązku osób piastujących te dwa stanowiska w treści załączników 12, 13 i 14, skład orzekający stoi na stanowisku, że ewentualne rozwiązanie umów nie było konieczne.

W tym miejscu odnosząc się do argumentacji Odwołującego przedstawionej podczas rozprawy w dniu 25 stycznia 2021 r., zgodnie z którą Sąd Okręgowy w Nowym Sączu w wyroku 2 listopada 2020 r., sygn. akt III Ca 584/20 dokonał negatywnej oceny tych samych dowodów, jakie zostały przedstawione przez Przystępującego podczas procedury samooczyszczenia w tym postępowaniu, Izba wskazuje co następuje.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego jakoby przedmiotem orzekania przez Sąd Okręgowy w Nowym Sączu były te same dowody, jakie zostały przedstawione w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z uzasadnienia omawianego orzeczenia rzeczywiście można wyczytać, że Sąd ten w zakresie dowodu jakim są procedury wewnętrzzakładowe powziął wątpliwość, czy zostały one wdrożone w przedsiębiorstwie Przystępującego, nie wydał natomiast negatywnej oceny co do ich treści i jakości, a także nie miał wątpliwości co do faktu ich przyjęcia. Natomiast wobec przedstawienia przez Przystępującego w tym postępowaniu dowodu na wdrożenie tych procedur w postaci załącznika nr 15 do „załącznika oświadczenie do JEDZ”, twierdzenie Odwołującego nie znajduje pokrycia. Podobnie wygląda sytuacja w kwestii magazynu

centralnego. Dokonana w tym zakresie przez Sąd Okręgowy ocena zapadła również wobec braku przedstawienia stosownych dowodów. Wskazać jednak należy, że w tym postępowaniu dowody na istnienie takiego magazynu zostały przedstawione. W zakresie dowodu na wypowiedzenie kontraktu menedżerskiego Izba wyjaśnia, że podziela stanowisko Sądu Okręgowego w Nowym Sączu ale jednocześnie skład orzekający doszedł do przekonania, że ewentualne uchybienia dowodowe ze strony Przystępującego dotyczące tego zakresu nie mogą przeważać o negatywnej ocenie samooczyszczenia jako całości, ponieważ silniejszym środkiem dowodowym, a nawet skuteczniejszym w kwestii zapobiegania na przyszłość uchybieniom osób na tym stanowisku pracy jest jednoznaczne i czytelne określenie obowiązków, a także poszerzenie kadry pracowniczej, co zostało przez Przystępującego uczynione. Ponadto jak wskazał Sąd Okręgowy, nie zostały przez Przystępującego przedstawione żadne dowody na wykazanie wprowadzonych zmian kadrowych, co nie miało miejsca w tym postępowaniu. Natomiast w zakresie zawartej z gminą Orla ugody oraz poczynionej darowizny, Izba wskazuje, że w sytuacji, gdy wykonawca w treści założonego JEDZ-a jednoznacznie wskazał, że jest winny poważnego naruszenia obowiązków zawodowych w związku z rozwiązaniem przed czasem umowy z ww. gminą to celu w złożeniu tego dokumentu w ramach rozpoznawanego postępowania należy upatrywać jedynie w wykazaniu przez Przystępującego braku roszczeń ze strony gminy wobec wykonawcy. Powyższe zostało wprost potwierdzone przez Przystępującego w toku rozprawy.

Izba nie podziela też stanowiska Odwołującego co do tego, że podjęte przez Przystępującego środki służą jedynie formalnemu wypełnieniu przesłanek z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp. Przeczy temu bowiem treść wyjaśnień i dowodów złożonych w ramach procedury samooczyszczenia. Postawę Przystępującego ocenić należy pozytywnie, ponieważ wyciąga on wnioski z zapadłych w jego sprawie wyroków Izby czy Sądów Okręgowych i ulepsza swoje wyjaśnienia. Izba podziela argumentację Przystępującego dotyczącą pewnej dynamiki procedury samooczyszczenia. O ile bowiem 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.

W tym miejscu wyjaśnienia wymaga, że w zapadłych do tej pory: wyroku Izby w sprawach o sygn. KIO 2025/19 i 2029/19 odmienność stanu faktycznego polegała na tym, że Przystępujący nie zaznaczył odpowiedzi twierdzącej w sekcji C formularza JEDZ, natomiast

w wyrokach Izby o sygn. KIO 1213/20 oraz o sygn. KIO 1248/20 odmienność ta wyrażała się w tym, że Przystępujący nie podołał ciężarowi dowodu. Izba w tych sprawach negatywnie oceniła brak załączenia w postaci dowodu wyników audytu stanowiącego diagnozę przyczyn niewykonania umów z gminami Orla i Narewka, co niewątpliwie nie miało miejsca w tym postępowaniu.

Podsumowując całokształt dowodów przedłożonych przez Przystępującego w ramach procedury self-cleaning stwierdzić można, że Przystępujący podołał w tym postępowaniu ciężarowy wykazania, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności.

Ponadto odnotowania wymaga, że to na Odwołującym spoczywa ciężar dowodu w zakresie wykazania słuszności podniesionych zarzutów. Natomiast w tej sprawie odwoławczej Odwołujący w zasadzie ograniczył się tylko do głośłownych twierdzeń opierających się w przeważającej części o wyjaśnienia złożone przez Przystępującego w ramach innego postępowania, które z oczywistych względów jako te nie złożone w ramach rozpoznawanego postępowania, nie mogły być wzięte przez Izbę pod uwagę w zakresie zgłoszonych zarzutów.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 22 maja 2018 r. poz. 972.), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....

.....