

WYROK

z dnia 5 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 grudnia 2022 r. przez wykonawcę **AMG PROINVEST Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Proszowice, ul. Leśna 12, 32-100 Proszowice** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Nowe Brzesko, ul. Krakowska 44, 32-120 Nowe Brzesko**

przy udziale wykonawcy **C.C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Instalatorstwo Sanitarne i c.o. C.C. z siedzibą w miejscowości Biórków Mały 79, 32-104 Koniusza** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **AMG PROINVEST Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Proszowice, ul. Leśna 12, 32-100 Proszowice** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **AMG PROINVEST Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Proszowice, ul. Leśna 12, 32-100 Proszowice** tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **AMG PROINVEST Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Proszowice, ul. Leśna 12, 32-100 Proszowice** na rzecz zamawiającego **Gminy Nowe Brzesko, ul. Krakowska 44, 32-120 Nowe Brzesko** kwotę **3 180 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sto osiemdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów noclegu oraz dojazdu na posiedzenie i rozprawę przed Izbą.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) 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:

Uzasadnienie

Gmina Nowe Brzesko, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Budowę kanalizacji sanitarnej w miejscowości Hebdów, gm. Nowe Brzesko – etap II”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 9 czerwca 2022 r. pod numerem 2022/BZP 00202369.

W dniu 22 grudnia 2022 r. (pismem z dnia 21 grudnia 2022 r.) wykonawca AMG PROINVEST Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Proszowice, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, podjętej w postępowaniu a polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2, lit. a ustawy Pzp poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego na skutek uznania, że istniały podstawy wykluczenia wykonawcy w kontekście art. 108 ustawy Pzp i dokonane przez wykonawcę samooczyszczenie w trybie art. 110 ust. 2 ustawy Pzp nie zostało dokonane w terminie, a ponadto wbrew treści wyjaśnień wykonawcy Zamawiający uznał, że wykonawca kwestionuje podstawy wykluczenia ani też nie wskazuje zdaniem Zamawiającego by wykonawca spełnił przesłanki samooczyszczenia bowiem zdaniem Zamawiającego przedsięwzięte środki są niewystarczające, co skutkowało z kolei pozbawieniem Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia publicznego, w sytuacji gdy oferta przez niego złożona – w świetle kryteriów oceny ofert przewidzianych w postępowaniu przez Zamawiającego – była oferta najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o:

1. Nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie powtórzenia przez Zamawiającego czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego.
2. Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego w tym postępowaniu według norm prawem przypisanych.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł m.in., że pismem z dnia 18 listopada 2022 r. Zamawiający wezwał go do złożenia wyjaśnień w ww. zakresie istnienia podstaw wykluczenia z postępowania. W odpowiedzi na powyższe wezwanie, pismem z dnia 24

listopada 2022 r. - Odwołujący w sposób wyczerpujący wskazał, iż poprzedni członek zarządu K.G. złożył rezygnację z pełnienia funkcji zarządczych w spółce, co wiązało się z wprowadzoną w spółce reorganizacją w związku z prawomocnym skazaniem za przestępstwo K.G., o czym wiedzę powziął Wykonawca dopiero z końcem lipca 2022r. Poprzedni członek zarządu K.G. wyrokiem z dnia 28 marca 2022 r. został skazany za przestępstwo z art. 300 par. 2 kk przez Sąd Rejonowy dla Krakowa - Nowej Huty w Krakowie w sprawie o sygn. akt IIK 1258/20/N. Do wglądu Zamawiającego przedłożony został wyrok z systemu informacji sądów powszechnych, bowiem Wykonawca nie dysponował wyrokiem z klauzulą prawomocności. K.G. mimo faktu, iż złożył obszernie wyjaśnienia w postępowaniu karnym, nie kwestionował wymierzonej mu kary grzywny ani nawiązki lecz niezwłocznie 7 kwietnia 2022 r. uiszczył całość grzywny, nawiązkę jak i koszty sądowe. K.G. złożył wniosek o uzasadnienie wyroku w kwietniu 2022 r. i oczekiwał na jego sporządzenie oraz doręczenie przez Sąd. Jednakże jak się następczo okazało w kolejnych miesiącach, żadna ze stron wobec postawy K.G., który niezwłocznie naprawił szkodę - wpłacając nawiązkę, jak i uiszczył koszty sądowe i grzywnę nie zdecydowała się na wywiedzenie apelacji. Wobec powyższego wyrok winien uprawomocnić się dnia 5 kwietnia 2022r. jednakże spółka w tym zakresie nie posiadała szczegółowej wiedzy, dlatego też obecny zarząd nie mógł przedłożyć prawomocnego wyroku w tej sprawie.

Jednocześnie Wykonawca przyznając powzięcie wiedzy o skazaniu członka zarządu końcem lipca 2022r. przyznał istnienie podstaw wykluczenia. K.G. naprawił szkodę wyrządzoną przestępstwem - niezwłocznie uiszczył na rzecz pokrzywdzonego zasądzoną w wyroku nawiązkę w kwocie 10 000 zł plus koszty zastępstwa. A ponadto wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem aktywnie współpracując z organami / zamawiającym - w celu wykazania postawy K.G.. Czyn dotyczył bowiem spółki innej niż spółka biorąca udział w przetargu, wykazane są okoliczności nieświadomego popełnienia zarzucanego czynu, brak celowości w postępowaniu K.G., jak i brak chęci pokrzywdzenia wierzyciela, o czym świadczy także fakt nie kwestionowania wyroku, złożenia w sprawie wyjaśnień i współpracy z wymiarem sprawiedliwości, jak i zgodą na przedłożenie zamawiającemu protokołu ze sprawy karnej, gdyż takiego dokumentu bez zgody oskarżonego spółka złożyć by nie mogła. Podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne, kadrowe celem zapobieżenia popełnienia takich czynów w przyszłości: spółka dokonała zmiany prezesa zarządu na dowód czego przedłożono jego rezygnację i objęcie funkcji przez nowy zarząd (akt notarialny przedłożony do wyjaśnień). Wskazano, iż brak jest wobec spółki jakichkolwiek toczących się postępowań egzekucyjnych czy zabezpieczających które w ogóle umożliwiały popełnienia przez zarząd spółki podobnych przestępstw, jednak w celu zapobieżenia możliwości powtórzenia się takich czynów spółka ustanowiła A.D. jako osobę odpowiedzialną za nadzór nad odbiorem korespondencji sądowej i komorniczej która to

korespondencja od razu odnotowywana jest w systemie i przekazywana niezwłocznie do kancelarii adwokackiej obsługującej spółkę - Kancelaria adwokacka P.K.W. Igołomia nr 5, 32-125 Wawrzeńczyce — co potwierdza iż wprowadzono dwuszczeblową kontrolę nad przeoczeniem ewentualnych zajęć komorniczych - na dzień dzisiejszy brak jest jakichkolwiek spraw egzekucyjnych czy zabezpieczających toczących się przeciwko wykonawcy. Na wypadek dokonania zajęć komorniczych kancelaria prawna ma za zadanie prowadzenia stosownej dokumentacji zaś przy sprzedaży jakiegokolwiek majątku trwałego spółki - w pierwszej kolejności sprawdzany jest wewnętrzny system spółki celem wykluczenia istnienia zajęć przedmiotu w postępowaniu egzekucyjnym/zabezpieczającym a w drugiej kolejności składane jest zapytanie do kancelarii adwokackiej celem sprawdzenia możliwości sprzedaży jakiegokolwiek środka trwałego spółki. Czyn który został przypisany K.G. dotyczył spółki sprzedanej w 2018r. przez K.G. tj. Drogop-2 sp. o.o. zaś nowi nabywcy spółki nie zaspokoili wierzyciela spółki i z uwagi na powyższe już po sprzedaży spółki pokrzywdzony wierzyciel chciał zrealizować zabezpieczenie - wtedy okazało się że zabezpieczenie na majątku w postaci naczepy należącej do spółki jest niemożliwe do zrealizowania wobec faktu, iż naczepa ta została zbytu po 2 latach i 3 miesiącach (11.2017r.) od jej zajęcia (08.2015r.), wobec braku oznaczenia naczepy przez komornika znakami zajęcia w postępowaniu zabezpieczającym. Co więcej z uwagi na fakt iż K.G. nie zasiada już w zarządzie spółki, można uznać iż spółka zerwała w tym zakresie powiązania z poprzednim prezesem zarządu. Wskazać należy, że czyn za który skazany został K.G. jest czynem jednostkowym i jest wysoce mało prawdopodobne aby mogło w ogóle dojść do jego popełnienia u wykonawcy jakim jest AMG Proinvest sp. z o.o., bowiem czyn zabroniony został popełniony podczas zasiadywania przez K.G. w zarządzie zupełnie innej spółki, nie mającej żadnego związku z aktualnym postępowaniem o udzielenie zamówienia publiczne, co niewątpliwie powinno mieć zasadnicze znaczenie.

Jednocześnie Odwołujący podniósł, że na dzień składania oferty spółka nie posiadała wiedzy o skazaniu członka zarządu, a więc w jej ocenie była należycie reprezentowana - zmiana w zarządzie zgodnie z wpisami w KRS nastąpiła w lipcu 2022p. aktualny zarząd niezależnie od tego potwierdził wszelkie dokonane uprzednio czynności, zaś aktualny Prezes zarządu Wykonawcy po powzięciu wiedzy, iż doszło do skazania za przestępstwo z katalogu art. 108 ustawy Pzp dołożył wszelkich starań celem wyczerpującego wyjaśnienia tych okoliczności i przeprowadzenia procedury self clearing. Przedmiotowe wyjaśnienia w pełni wykazały podstawy do zastosowania wskazanej wyżej instytucji. Do wyjaśnień załączone zostały także wyrok, protokół z wyjaśnieniami, potwierdzenia uiszczenia grzywny, nawiązki i kosztów sądowych, rezygnacja z pełnienia funkcji w zarządzie spółki, oświadczenie A.D. o nadzorze nad ewentualnymi postępowaniami komorniczymi / zabezpieczającymi wobec spółki, oświadczenie kancelarii prawnej.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Wykonawcy, Zamawiający wskazał, że jego zdaniem procedura samooczyszczenia dokonana przez Wykonawcę jest spóźniona, bowiem winna zostać dokonana wraz ze składaniem ofert, z czym wykonawca się nie zgadza. Po pierwsze oferta została złożona przez Wykonawcę przy pomocy personelu spółki - sekretariatu, który wypełnił w sposób standardowy ofertę nie mając wiedzy o prawomocnym skazaniu członka zarządu, sam zaś członek zarządu wobec posiadanych informacji o zamiarze kwestionowania wyroku przez prokuraturę oraz oskarżyciela posiłkowego nie posiadał odpisu wyroku z klauzulą prawomocności, sam wniósł o sporządzenie pisemnego uzasadnienia przedmiotowego wyroku na wypadek złożenia przez pozostałe strony apelacji, zarządzenie wykonania zostało wydane dopiero w czerwcu 2022r., zaś wobec czasu na odczytywanie postanowień w Portalu Informacji Sądowych do 14 dni od zamieszczania, do dnia złożenia oferty, tj. 28.06.2022r K.G. faktycznie nie miał wiedzy czy wyrok jest prawomocny. Sama zaś spółka jako Wykonawca wiedzę o fakcie prawomocnego skazania członka zarządu powzięła dopiero końcem lipca 2022r, w tym też celu 1.08.2022r. dokonano zmian w zarządzie celem zastąpienia skazanego członka zarządu i jego wykreślenia oraz ustanowienia nowego zarządu po tym czasie K.G. nie wykonywał już żadnych czynności w postępowaniu, zaś nowy zarząd nie miał wiedzy o treści wskazań co do wypełnienia oferty. Zamawiający niezasadnie przypisuje Wykonawcy w uzasadnieniu wprowadzenie w błąd przez Wykonawcę Zamawiającego i to z premedytacją, gdyby bowiem tak było także w wyjaśnieniach złożonych 24 listopada 2022r. Wykonawca wskazałby inny czyn, za który został skazany czy też błędną datę prawomocności - tymczasem wykonawca co potwierdził Zamawiający, złożył w pełni zgodne z prawdą wyjaśnienia.

Odwołujący nie zgadza się także z twierdzeniem Zamawiającego, iż miał kwestionować podstawy swego wykluczenia, tak bowiem nie było, Zamawiający w piśmie z dnia 24.11.2022r. przedłożył obszerne wyjaśnienia poparte nie budzącymi wątpliwości dokumentami, Zamawiający stawia znak równości pomiędzy przesłankami wykluczenia uregulowanymi w ustawie Pzp, a reprezentacją spółki zgodnie z przepisami ustawy i wpisami w KRS, które to czynności już w wyjaśnieniach potwierdził nowy zarząd spółki. Wskazać należy, że Wykonawcy powziął wiedzę o wpisach w KRS końcem lipca 2022r. i z tego powodu czynnościami z dnia 1 sierpnia 2022r. (z uwagi na okres urlopowy i trudności związane z dopełnieniem czynności wpisów do KRS) dokonano zmian w zarządzie, zgodnie zaś z powszechnie obowiązującymi przepisami, potwierdzenie czynności przez nowy zarząd wskazuje iż czynności te są wiążące i nie mogą być kwestionowane. Czym innym jest zaś odniesienie się do istnienia przyczyn wykluczenia z przepisów ustawy Pzp w tym z art. 108 ustawy Pzp. Wykonawca dokonał bez wezwania organu procedury samooczyszczenia, wskazując jakie kroki podjął, nie dokonał tego z ostrożności jak wskazuje organ, jest to

jedynie niczym nie poparta interpretacja Zamawiającego mająca na celu wykluczyć Wykonawcę z przetargu.

Z przedłożonych wyjaśnień Wykonawcy oraz załączonych dokumentów bezsprzecznie wynika, iż spełnione zostały wszystkie przesłanki uzasadniające skuteczne przeprowadzenie przez Wykonawcę procedury samooczyszczenia, w tym celu K.G. zgodził się udostępnić spółce nawet protokół swego przesłuchania. Tymczasem Zamawiający wchodzi w rolę sądu karnego orzekającego w sprawie i dokonuje oceny dowodu z wyjaśnień oskarżonego w sprawie - mimo braku wiedzy o treści uzasadnienia Sądu Rejonowego dla Krakowa - Nowej Huty w Krakowie uznaje, iż treść ich była odmienna od ustaleń sądu karnego mimo, iż nie posiada zupełnie żadnej wiedzy o motywach rozstrzygnięcia albowiem nie brał udziału w ogłoszeniu wyroku ani nie zapoznawał się z jego uzasadnieniem.

Procedura samooczyszczenia, tzw. „self-cleaning” to instytucja znana na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy Pzp. W istocie stanowi ona implementację przepisów unijnych, które umożliwiają Wykonawcom wykazanie, że pomimo wystąpienia przesłanki wykluczenia podjęte zostały środki niezbędne do dowiedzenia rzetelności Wykonawcy, a tym samym brak jest podstawy wykluczenia. Przy dokonywaniu oceny powinno się uwzględnić konkretną przesłankę będącą podstawą wykluczenia oraz wielkość spowodowanych szkód, jak również okoliczności temu towarzyszące. Środki zaradcze podjęte przez wykonawcę mogą dotyczyć budowy lub zmiany w budowie określonych struktur organizacyjnych, wprowadzania przejrzystego trybu podejmowania decyzji czy sposobu zarządzania kontraktami, wprowadzania systemów nadzoru i kontroli czy wprowadzania i egzekwowania wewnętrznej odpowiedzialności za podejmowane działania. Do możliwych środków zaradczych odnosi się motyw 102 preambuły dyrektywy 2014/24/UE, stanowiący, że mogą do nich należeć w szczególności (a zatem nie wyłącznie) działania personalne i organizacyjne, takie jak zerwanie wszelkich powiązań z osobami, organizacjami odpowiedzialnymi za niewłaściwe zachowania, odpowiednie środki służące reorganizacji personelu, wdrożenie systemów sprawozdawczości i kontroli, utworzenie struktury typu audyt wewnętrzny monitorujący przestrzeganie i przyjęcie wewnętrznych zasad odpowiedzialności i odszkodowań.

Zamawiający w dniu 22 grudnia 2022 r. przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia kopię odwołania za pośrednictwem platformy, na której było prowadzone postępowanie.

W dniu 23 grudnia 2022 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca C.C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą INSTALATORSTWO SANITARNE i C.O. z siedzibą w miejscowości Biórków Mały, zwany dalej „Przystępującym”, zgłosił przystąpienie do

postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 30 grudnia 2022 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy C.C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą INSTALATORSTWO SANITARNE i C.O. z siedzibą w miejscowości Biórków Mały do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

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

Izba uwzględniła także stanowiska oraz oświadczenia Stron i Przystępującego wyrażone w pismach oraz złożone ustnie przez Strony i Przystępującego do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba dopuściła zawnioskowane przez Odwołującego i załączone do odwołania dowody, tj.:

1. wyjaśnienia Odwołującego z dnia 24 listopada 2022 r.,
2. protokół rozprawy głównej z dnia 20 kwietnia 2021 r. w sprawie o sygn. akt II K 1258/20/N,
3. wyrok Sądu Rejonowego dla Krakowa – Nowej Huty w Krakowie z dnia 28 marca 2022 r. w sprawie sygn. akt II K 1258/20/N,
4. potwierdzenie wykonania przelewu z dnia 12 kwietnia 2022 r. na kwotę 8 000,00 PLN,
5. potwierdzenie wykonania przelewu z dnia 7 kwietnia 2022 r. na kwotę 11 704,00 PLN,
6. potwierdzenie wykonania przelewu z dnia 12 kwietnia 2022 r. na kwotę 870,00 PLN,
7. protokół z Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników Spółki pod firmą AMG PROINVEST Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Proszowicach (akt notarialny z dnia 01.08.2022 r. (repertorium A numer: 8818/2022)
8. objęcie czynności nadzorczych nad korespondencją komorniczą – zajęcia w postępowaniu zabezpieczającym i egzekucyjnym – procedura z dnia 5 kwietnia 2022 r.,
9. oświadczenie adwokat P.K.W. z dnia 23.11.2022r.,
10. zarządzenie wykonania postanowienia z dnia 18 maja 2022 r. k. 685 w sprawie sygn. akt II K 1258/20/N.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w rozdziale 2 SWZ „Podstawy wykluczenia”, pkt 2.1 podał, że „wykluczy z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, wobec którego zachodzą podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 108 ustawy Pzp”.

Odwołujący w dniu 28 czerwca 2022 r. złożył ofertę, w tym Załącznik nr 2 stanowiący „oświadczenie wykonawcy składane na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, dotyczące przesłanek wykluczenia z postępowania oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu”, w którym oświadczył, że nie podlega wykluczeniu z postępowania, w tym na podstawie art. 108 ust. 1 ustawy Pzp a jednocześnie w pozycji dotyczącej podjęcia środków naprawczych na podstawie art. 110 ust. 2 ustawy Pzp postawił znak kreski. Załącznik ten opatrzony datą „28-06-2022” tak jak i „Formularz oferty” podpisał K.G. Prezes. Złożony został także kolejny

Załącznik nr 2 opatrzony również datą „28.06.2022”, który został podpisany przez A.M. (w pozycji dotyczącej podjętych środków naprawczych wpisano „nie dotyczy”).

Zamawiający, działając na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, pismem z dnia 18 listopada 2022 r., wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie spełnienia podmiotowych środków dowodowych, tj. złożonego oświadczenia o niepodleganiu wykluczenia z postępowania z uwagi na fakt, że Zamawiający powziął informację, iż postanowieniem z dnia 15 lipca 2022 r. Sąd Rejonowy dla Krakowa - Śródmieścia w Krakowie XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego sygn. akt KR.XII NS-REJ.KJRS/012124/22/504 wykreślił Pana K.G. ze składu zarządu spółki AMG Proinvest Sp. z o.o. Wskazał także, że z uzasadnienia w/w postanowienia wynika, iż jego podstawą było pozyskanie przez sąd rejestrowy informacji o skazaniu Pana K.G. prawomocnym wyrokiem za przestępstwo opisane w art. 18 § 2 Kodeksu spółek handlowych. Z katalogu przestępstw wskazanych w art. 18 § 2 Kodeksu spółek handlowych wynika, że część z nich stanowi podstawę obligatoryjnego wykluczenia wykonawcy z postępowania w oparciu o art. 108 ust. 1 pkt 1 w z w. z pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący, pismem z dnia 24 listopada 2022 r., złożył wyjaśnienia, w których wskazał m.in., że Pan K.G. został skazany za przestępstwo z art. 300 § 2 ustawy Kodeks karny a od wydanego w sprawie wyroku nie wniósł apelacji. Nie jest w stanie z całą pewnością wskazać na datę uprawomocnienia się wyroku, dodając że przypuszczalnie może być to dzień 5 kwietnia 2022 r. Nadto podał, że zastosował procedurę samooczyszczenia przewidzianą w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, jednocześnie przedkładając środki dowodowe. Wykonawca wskazał przy tym, że na dzień składania oferty spółka była należycie reprezentowana a zmiana w zarządzie zgodnie z wpisami w KRS nastąpiła w lipcu 2022 r.

Zamawiający, działając na podstawie art. 128 ust. 5 ustawy Pzp, wystąpił do Sądu Rejonowego dla Krakowa - Nowej Huty w Krakowie Wydział II Karny o informację w przedmiocie daty uprawomocnienia się w/w wyroku.

W odpowiedzi na powyższe Sąd poinformował Zamawiającego, że wyrok dotyczący skazanego K.G. uprawomocnił się w dniu 5 kwietnia 2022 r.

Zamawiający, pismem z dnia 20 grudnia 2022 r., poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp. W uzasadnieniu odrzucenia jego oferty Zamawiający wskazał m.in., że K.G. stracił w dniu 4 kwietnia 2022 r. z mocy prawa, z powodu prawomocnego skazania za przestępstwo z art. 300 § 2 ustawy Kodeks karny, zdolność do pełnienia funkcji prezesa jednoosobowego zarządu spółki Wykonawcy i nie był uprawniony tak do złożenia oferty, jak również do dokonywania wszelkich późniejszych czynności w postępowaniu. Okoliczność ta jest podstawą wykluczenia wykonawcy określoną w art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Dodatkowo, z uwagi na treść oświadczenia z dnia 28 czerwca 2022

r. zawartego w dokumencie „Oświadczenie wykonawcy” i składanego na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający uznał, że zaistniała fakultatywna podstawa do wykluczenia Wykonawcy określona w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Z uwagi na zamierzone działanie Wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a ponadto zataił informację o prawomocnym skazaniu.

Zamawiający uznał, że dokonana przez Odwołującego procedura samooczyszczenia jest spóźniona. Niezależnie od daty uprawomocnienia się wyroku skazującego wydanego wobec Pana K.G., postanowienie sądu o wykreśleniu go ze składu zarządu spółki Wykonawcy zostało wydane w dniu 15 lipca 2022 r. Od tej daty po stronie Wykonawcy powinny zostać podjęte takie działania, które sprowadzałyby się do efektywnej procedury samooczyszczenia Wykonawcy i podjęcia stosownych działań wobec Zamawiającego. Nie można bowiem stwierdzić, że po tej dacie władze spółki nie miały możliwości powziąć wiedzy o skutkach prawomocnego skazania Pana K.G.. Tymczasem po stronie Wykonawcy nie zostały podjęte żadne działania aż do czasu wystąpienia przez Zamawiającego z żądaniem udzielenia wyjaśnień w piśmie z dnia 18 listopada 2022 r. Gdyby nie wystąpienie Zamawiającego o przedstawienie wyjaśnień, Wykonawca nie ujawniłby dobrowolnie okoliczności stanowiących podstawę do wykluczenia. Za niewystarczające uznał także środki mające umożliwić przeprowadzenie procedury samooczyszczenia.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) została złożona przez wykonawcę: a) podlegającego wykluczeniu z postępowania (...)”. Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SWZ - rozdział 2 „Podstawy wykluczenia”, pkt 2.1 podał, że „wykluczy z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, wobec którego zachodzą podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 108 ustawy Pzp”. Podał więc podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania w przypadku zaistnienia wskazanych w SWZ okoliczności.

W niniejszym stanie faktycznym zaistniały podstawy do wykluczenia wykonawcy (Odwołującego) z postępowania określone w art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp. W myśl tego przepisu „z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę:

- 1) będącego osobą fizyczną, którego prawomocnie skazano za przestępstwo:
 - a) udziału w zorganizowanej grupie przestępczej albo związku mającym na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego, o którym mowa w art. 258 Kodeksu karnego,
 - b) handlu ludźmi, o którym mowa w art. 189a Kodeksu karnego,

- c) o którym mowa w art. 228–230a, art. 250a Kodeksu karnego lub w art. 46 lub art. 48 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie,
- d) finansowania przestępstwa o charakterze terrorystycznym, o którym mowa w art. 165a Kodeksu karnego, lub przestępstwo udaremniania lub utrudniania stwierdzenia przestępnego pochodzenia pieniędzy lub ukrywania ich pochodzenia, o którym mowa w art. 299 Kodeksu karnego,
- e) o charakterze terrorystycznym, o którym mowa w art. 115 § 20 Kodeksu karnego, lub mające na celu popełnienie tego przestępstwa,
- f) powierzenia wykonywania pracy małoletniemu cudzoziemcowi, o którym mowa w art. 9 ust. 2 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. poz. 769 oraz z 2020 r. poz. 2023),
- g) przeciwko obrotowi gospodarczemu, o których mowa w art. 296–307 Kodeksu karnego, przestępstwo oszustwa, o którym mowa w art. 286 Kodeksu karnego, przestępstwo przeciwko wiarygodności dokumentów, o których mowa w art. 270–277d Kodeksu karnego, lub przestępstwo skarbowe,
- h) o którym mowa w art. 9 ust. 1 i 3 lub art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej – lub za odpowiedni czyn zabroniony określony w przepisach prawa obcego;

2) jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, współnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w pkt 1”.

Powyższy przepis zawiera zamknięty katalog obligatoryjnych podstaw wykluczenia, których wystąpienie powoduje zawsze wykluczenie wykonawcy z postępowania. Tak więc obligatoryjnemu wykluczeniu podlega wykonawca będący osobą fizyczną, którego prawomocnie skazano za popełnienie przestępstw wskazanych w art. 108 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Obligatoryjnemu wykluczeniu – zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - podlega również wykonawca, gdy osoba prawomocnie skazana za przestępstwo określone w art. 108 ust. 1 pkt 1 Pzp jest „urzędującym członkiem organu zarządzającego lub nadzorczego wykonawcy, współnikiem spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariuszem w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej, jeżeli wykonawca działa w formie odpowiednio spółki jawnej, spółki partnerskiej, spółki komandytowej lub

komandytowo-akcyjnej, prokurentem wykonawcy”. Wykluczenie na podstawie punktu 2 obejmuje więc każdy przypadek prawomocnego skazania za wymienione w pkt 1 przestępstwa (lub odpowiednie czyny zabronione określone w przepisach prawa obcego) popełnione przez osoby pełniące funkcje kierownicze u wykonawcy, niezależnie od tego, czy przestępstwo miało związek z działalnością wykonawcy, czy też nie. Wskazana w art. 108 ust. 1 pkt 2 Pzp przyczyna wykluczenia nie może ani na moment zaistnieć przez cały czas uczestnictwa wykonawcy w postępowaniu.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawie stwierdzić należy, że wykonawcy zobowiązani byli złożyć wraz z ofertą Załącznik nr 2, będący „oświadczeniem wykonawcy składanym na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, dotyczącym przesłanek wykluczenia z postępowania oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu”. Odwołujący takie oświadczenie złożył. Jedno opatrzone datą „28-06-2022” podpisał K.G. Prezes, stawiając kreskę w pozycji dotyczącej podjęcia środków naprawczych na podstawie art. 110 ust. 2 ustawy Pzp. Drugie opatrzone także datą „28.06.2022” podpisała A.M. , wpisując w pozycji dotyczącej podjętych środków naprawczych „nie dotyczy”. Oznacza to, że wykonawca oświadczył, że nie podlega wykluczeniu z postępowania, w tym także na podstawie art. 108 ust. 1 ustawy Pzp a tym samym nie dotyczy go obowiązek podania jakie środki naprawcze zostały przez niego podjęte.

Tymczasem w toku postępowania Zamawiający został poinformowany przez podmiot trzeci (innego wykonawcę ubiegającego się o udzielenie przedmiotowego zamówienia), że K.G. postanowieniem z dnia 15 lipca 2022 r. Sądu Rejonowego dla Krakowa – Śródmieście w Krakowie XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego został wykreślony ze składu zarządu spółki a jego podstawą było skazanie prawomocnym wyrokiem za przestępstwa opisane w art. 18 § 2 kodeksu spółek handlowych, z których część stanowi obligatoryjną podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania w oparciu o art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

W toku przeprowadzonych następnie czynności Zamawiający ustalił, że K.G. rzeczywiście został skazany wyrokiem z dnia 28 marca 2022 r. Sądu Rejonowego dla Krakowa – Nowej Huty w Krakowie, Wydział II Karny w sprawie o sygn. akt II K1258/20/N za przestępstwo z art. 300 § 2 k.k. a wyrok ten stał się prawomocny z dniem 5 kwietnia 2022 r. Okoliczność ta nie została wyartykułowana w dokumentach złożonych przez wykonawcę w tym postępowaniu. Konsekwencją powyższego, tj. skazania urzędującego członka zarządu był więc obowiązek wskazania przez wykonawcę w złożonym wraz z ofertą oświadczeniu dotyczącym przesłanek wykluczenia z postępowania oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu, że zachodzi w stosunku do niego określona podstawa wykluczenia. A takich działań wykonawca (Odwołujący) nie podjął. Natomiast skazany członek zarządu (Prezes) poza podpisaniem oferty w dniu 28 czerwca 2022 r. i złożonego oświadczenia o braku

podstaw do wykluczenia podejmował w tym konkretnym postępowaniu kolejne czynności w imieniu wykonawcy (odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 05.07.2022 r. i wydłużenie terminu związania ofertą z dnia 26.07.2022 r.). Czynności te podejmowane były więc już po uprawomocnieniu się wyroku skazującego wobec urzędującego członka zarządu (Prezesa). Twierdzenia Odwołującego jakoby nie miał on wiedzy o tym, że wyrok już się uprawomocnił nie zasługują na uwzględnienie. Profesjonalnie działający podmiot już w czerwcu 2022 r., a więc jeszcze przed złożeniem oferty, informację tę mógł pozyskać. Mógł to uczynić – jak słusznie wskazał Zamawiający – co najmniej na kilka sposobów i tak za pośrednictwem Portalu Informacyjnego Sądów Powszechnych, telefonicznej informacji dostępnej w ramach Biura Obsługi Interesantów czy też poprzez kontakt z sekretariatem właściwego wydziału sądu. Powinien był więc dołożyć należytej staranności w pozyskaniu tej informacji co w tym przypadku w ocenie Izby nie miało miejsca.

Odwołujący się wykonawca, jak konsekwentnie podkreślał w toku złożonych wyjaśnień, podjął środki naprawcze. Instytucja samooczyszczenia przewidziana w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp dotyczy bowiem sytuacji, w których wykonawca, wiedząc i mając świadomość tego, że zaistniały wobec niego przesłanki wykluczenia z postępowania korzysta z przysługującego mu uprawnienia do udowodnienia Zamawiającemu, że podjął starania w celu wyeliminowania podobnych zdarzeń w przyszłości. W tym stanie faktycznym informacje o podstawie wykluczenia i podjęciu przez wykonawcę środków naprawczych na podstawie art. 110 ust. 2 ustawy Pzp powinny znaleźć się już w oświadczeniu składanym Zamawiającemu na podstawie art. 25a ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Tymczasem w złożonym oświadczeniu ich brak. O istnieniu podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania, jak też o podjętych przez wykonawcę działaniach, Zamawiający powinien dowiedzieć się bezpośrednio od wykonawcy, którego ta sytuacja dotyczy. W tym stanie faktycznym informację o istnieniu podstaw do wykluczenia wykonawcy (Odwołującego) z postępowania Zamawiający uzyskał od podmiotu trzeciego a dopiero następnie w wyniku przeprowadzonej przez Zamawiającego weryfikacji sam wykonawca przyznał, że zaistniała wobec niego przesłanka wykluczenia z postępowania o zamówienie publiczne i poinformował o podjęciu środków mających na celu wykazanie jego rzetelności. Środki te zostały więc podjęte dopiero po wezwaniu do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Niemniej jednak sytuacja, w której Zamawiający dowiaduje się od podmiotu trzeciego o zamieszczeniu przez wykonawcę w ofercie nieprawdziwych informacji i dopiero w wyniku ich weryfikacji wykonawca przyznaje się do podania nierzetelnych informacji oraz podejmuje środki naprawcze, jest niedopuszczalna. Takie rozumienie tej instytucji byłoby jej wypaczeniem, gdyż nierzetelny wykonawca, który podaje w ofercie nieprawdziwe informacje, broniłby się w taki właśnie sposób, unikając sankcji w postaci wykluczenia go z postępowania o zamówienie publiczne. Aby skorzystać z samooczyszczenia wykonawca musi przyznać się do deliktu. Izba podziela

w tym zakresie pogląd zaprezentowany w orzeczeniu: z dnia 9 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 531/18, jak i z dnia 3 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 139/17. Zastosowanie tej procedury w tym stanie faktycznym i w oparciu o przedstawione okoliczności jest niedopuszczalne. Działania naprawcze wykonawca podjął bowiem dopiero po ujawnieniu całej sytuacji przez Zamawiającego. Dlatego też są one spóźnione.

Tym samym Izba uznała, że zarzut podniesiony przez Odwołującego nie potwierdził się.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący: