

Sygn. akt: KIO 3229/21

WYROK
z dnia 23 listopada 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 18 listopada 2021 roku, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2021 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **PORR Spółka akcyjna w Warszawie, PKE Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Rejonowy Zarząd Infrastruktury z w Olsztynie**

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **PORR Spółka akcyjna w Warszawie, PKE Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **PORR Spółka akcyjna w Warszawie, PKE Polska Sp. z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **PORR Spółka akcyjna w Warszawie, PKE Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** na rzecz **Rejonowego Zarządu Infrastruktury z w Olsztynie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129), 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

Zamawiający – Rejonowy Zarząd Infrastruktury z w Olsztynie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest budowa hali remontowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą w Łomży.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 roku, poz. 1129 ze zm.), zwaną dalej ustawą P.z.p.

W dniu 2 listopada 2021 roku przez wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: PORR Spółka akcyjna w Warszawie, PKE Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie wobec następujących czynności podjętych przez zamawiającego:

- (1) wykluczenia odwołującego z postępowania;
- (2) odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez odwołującego;
- (3) zaniechania zaproszenia odwołującego do złożenia oferty.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy P.z.p.:

- (1) art. 109 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 395 ust. 1 pkt 1 lit. a w zw. z art. 110 ust. 2 i 3 w zw. z art. 111 pkt 4 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy P.z.p. poprzez bezpodstawne uznanie, że odwołujący przeprowadził procedurę samooczyszczenia w związku z okolicznościami, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p., gdy tymczasem, z przedłożonej przez odwołującego dokumentacji jednoznacznie wynika, że taka procedura nie miała miejsca, co doprowadziło do nieuzasadnionego wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
- (2) art. 395 ust. 1 pkt 1 lit. a w zw. z art. 109 ust. 3 oraz 405 ust. 8 ustawy P.z.p. poprzez wadliwą ich interpretację, polegającą na przyjęciu, że skoro do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa nie stosuje się art. 110 ust. 2 i 3 P.z.p., to uzasadniony jest automatyzm w postaci zastosowania sankcji wykluczenia w stosunku do wykonawcy, który

przeprowadził procedurę samooczyszczenia, gdy tymczasem art. 395 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy P.z.p. wskazuje jedynie na niestosowanie przepisów o samooczyszczeniu (nie generuje sankcji w postaci automatycznego wykluczenia z postępowania), z kolei art. 109 ust. 3 ustawy P.z.p. (obligatoryjnie) oraz art. 405 ust. 8 ustawy P.z.p. (fakultatywnie) wskazują na konieczność poprzedzenia decyzji o wykluczeniu z postępowania dodatkową analizą w zakresie proporcjonalności (art. 109 ust. 3 ustawy P.z.p.) oraz interesu ogólnego (art. 405 ust. 8 Pzp), której to analizy zamawiający nie przeprowadził;

(3) ewentualnie, art. 128 ust. 4 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie przeprowadzenia procedury wyjaśniającej w zakresie okoliczności, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p.;

a w konsekwencji

(4) art. 16 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b ustawy P.z.p. odwołujący wnioskował o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

(1) unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania;

(2) unieważnienie czynności odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez odwołującego;

(3) dokonanie ponownego badania i oceny wniosków (z uwzględnieniem wniosku odwołującego) oraz zaproszenia odwołującego do złożenia oferty;

(4) ewentualnie; przeprowadzenia procedury wyjaśniającej w zakresie okoliczności, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p.;

Na podstawie art. 534 ust. 1 w zw. z art. 535 ustawy P.z.p. odwołujący wnioskował o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym.

Na podstawie art. 573 ustawy P.z.p. odwołujący wnioskował o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym

kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwołujący podniósł, że ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania. Odwołujący złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, który, gdyby zamawiający nie wykluczył odwołującego, skutkowałby zaproszeniem odwołującego do złożenia oferty w postępowaniu. Bezpodstawne czynności zamawiającego uniemożliwiają zatem odwołującemu uzyskanie zamówienia. Tym samym odwołujący legitymuje się interesem w złożeniu odwołania, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p.

Odwołujący wskazał, że nie przeprowadził procedury samooczyszczenia w odniesieniu do art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. Stwierdził, że decyzja zamawiającego o wykluczeniu odwołującego z postępowania jest podjęta w oparciu o błędnie zinterpretowany stan faktyczny, a w szczególności, bazując na rzekomym przeprowadzeniu przez odwołującego procedury samooczyszczenia w kontekście art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p., która to okoliczność nigdy nie miała miejsca.

Odwołujący stwierdził, że wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożył wyjaśnienia odnoszące się do art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. Wyjaśnienia te zostały (skutecznie) objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Odwołujący zauważył, że okolicznością kluczową w kontekście niniejszej sprawy jest to, że samooczyszczenia, jako procedura sanacyjna (naprawcza) ma zastosowanie jedynie do tych przypadków, w których zachodzi podstawa do wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Stanowisko to było wielokrotnie wyrażane przez składy orzekające Krajowej Izby Odwoławczej, np. w wyroku z dnia 3 lutego 2017 r. (sygn. akt: KIO 139/17).

Odwołujący zauważył, że obszerne wyjaśnienia, które załączył do złożonego wniosku, pozwalają na jednoznaczne stwierdzenie, że w stosunku do odwołującego nie zachodzą przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Na str. 3 wyjaśnień (pkt II ppkt 1) wskazane zostało: „PORR podkreśla, że w stosunku do spółki nie wystąpiły podstawy do zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 7 nPzp, tj. nie miała miejsce sytuacja, w której z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązania wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji”. Identycznej treści informacja znalazła się na kolejnej stronie wyjaśnień (pkt II ppkt 4). W dalszej części pisma wykazane zostały szczegółowo okoliczności przemawiające za brakiem ziszczenia się w stosunku do Odwołującego przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Już zatem w

oparciu o powyżej przywołane okoliczności uznać należy, że stanowisko zamawiającego oparte jest na całkowicie wadliwej tezie (zgodnie z którą odwołujący przeprowadził procedurę samooczyszczenia w odniesieniu do art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p.).

Odwołujący wskazał na adnotację ujętą w oświadczeniu składanym na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy P.z.p. (załącznik nr 1e do s.w.z.). W jego treści rzeczywiście zawarta została informacja o podleganiu wykluczeniu w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. Odwołujący wyjaśnił, że informacja ta została zawarta omyłkowo. Pozostaje ona w całkowitej sprzeczności z wyjaśnieniami, które do wniosku załączył odwołujący (a z których wynika brak spełnienia się przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p.). Oświadczeniu przeczą również czynności podejmowane przez odwołującego (w szczególności brak przeprowadzenia procedury samooczyszczenia). Z ostrożności odwołujący podkreślił, że, jeśli zamawiający miał wątpliwości w związku ze sprzecznymi oświadczeniami odwołującego względem zaistnienia podstawy do zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p., to wątpliwości te powinien wyjaśnić w ramach procedury, o której mowa w art. 128 ust. 4 ustawy P.z.p. (co czyni zasadnym również ewentualny zarzut postawiony w tym zakresie). Odwołujący wskazał, że samo oświadczenie o podstawach wykluczenia jest okolicznością irrelevantną z perspektywy zasadności wykluczenia odwołującego. Zamawiający wskazał bowiem w uzasadnieniu wykluczenia na art. 395 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy P.z.p., a przepis ten mówi jedynie o braku zastosowania art. 110 ust. 2 i 3 ustawy P.z.p. (a zatem, niezależnie od treści składanego oświadczenia w zakresie podstaw wykluczenia, nadal kluczowe jest ustalenie czy wykonawca przeprowadził procedurę samooczyszczenia).

Odwołujący stwierdził, że w treści wyjaśnień składanych wraz z wnioskiem szczegółowo wyjaśnił motywacje, jakimi kierował się składając oświadczenie w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. (zostały one szczegółowo wykazane również w piśmie skierowanym do Zamawiającego w związku z wnioskiem o rewizję decyzji). Mówiąc najkrócej – oświadczenie to podyktowane było wytycznymi wynikającymi z części orzecznictwa Izby oraz sądów powszechnych, z którego wynika obowiązek restrykcyjnego traktowania oświadczeń składanych zamawiającym w kontekście przeszłości kontraktowej wykonawców. Zgodnie z tym orzecznictwem wykonawca powinien umożliwić zamawiającym samodzielne zbadanie czy dane okoliczności (związane z trudnościami w realizacji historycznych kontraktów) skutkują zasadnością wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W myśl tych wyroków – to nie do wykonawcy należy ocena czy negatywna historia kontraktowa wyczerpuje przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p., obowiązkiem wykonawcy jest złożenie zamawiającemu informacji pozwalających przeprowadzić ocenę w tym zakresie. Jest to szczególnie istotne w kontekście prawdziwości

informacji przedstawianych zamawiającemu i ryzyka wykluczenia z postępowania z uwagi na brak notyfikowania zamawiającym istotnych okoliczności z przeszłości kontraktowej wykonawcy.

Odwołujący podkreślił dodatkowo, że tezie zamawiającego, zgodnie z którą odwołujący przeprowadził *self-cleaning* w stosunku do art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. całkowicie przeczą również czynności podejmowane (a raczej nie podejmowane) przez odwołującego. Jak wynika bowiem z art. 110 ust. 2 ustawy P.z.p., wykonawca przeprowadzający procedurę samooczyszczenia musi podjąć szereg działań, w tym, w szczególności, przedsięwziąć konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe. Jeśli zatem odwołujący przeprowadziłby *self-cleaning* w stosunku do art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p., to możliwe byłoby zidentyfikowanie tych działań. Tymczasem z treści przedstawionych zamawiającemu dokumentów nie wynika, aby jakiegokolwiek działania w tym zakresie (pozwalające na postawienie tezy o przeprowadzeniu przez odwołującego *self-cleaningu* w stosunku do art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p.) zostały podjęte. Tym samym stanowisko zamawiającego uznać należy za błędne i nieuzasadnione.

Odwołujący podkreślił, że za niedopuszczalną uznać należy rozszerzającą wykładnię przepisów dotyczących wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający zdaje się zapominać, że czynności takie jak wykluczenie z postępowania, odrzucenie oferty czy wniosku najdalej ingerują w interes wykonawcy, pozbawiają go bowiem możliwości uzyskania zamówienia. Oznacza to, że wszelkie okoliczności mające znaczenie w kontekście zastosowania tak daleko idącej sankcji muszą zostać ustalone ponad wszelką wątpliwość (a ewentualne wątpliwości w tym zakresie rozstrzygać należy na korzyść wykonawcy). Analiza okoliczności zaistniałych w postępowaniu prowadzi do wniosku, że zamawiający w sposób dowolny i rozszerzający traktuje podstawy prawne regulujące sankcję wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Kluczowe w tym kontekście pozostaje, wykazane powyżej, błędne ustalenie zamawiającego w zakresie przeprowadzenia w postępowaniu procedury samooczyszczenia. Odwołujący podkreślił, że stanowisko zamawiającego jest błędne również z innego powodu. Uzasadniając decyzję o wykluczeniu odwołującego, zamawiający powołał się na brzmienie art. 395 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy P.z.p. Przepis ten stanowi, że do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa stosuje się przepisy działu II (postępowanie o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne) z wyjątkiem m. in. art. 110 ust. 2 i 3 Pzp (a więc przepisów o samooczyszczeniu). Zamawiający pomija jednak, że z przepisu tego (ani z żadnego innego) nie wynika, że konsekwencją niestosowania przepisów o samooczyszczeniu jest

automatyczne wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący zauważył, że biorąc pod uwagę przywołaną powyżej dyrektywę zakazującą dokonywania rozszerzającej wykładni przepisów regulujących wykluczenie wykonawcy z postępowania, art. 395 ustawy P.z.p. nie powinien być traktowany jako podstawa do zastosowania sankcji wykluczenia. Przepis ten należy traktować jedynie jako nakaz pominięcia procedury samooczyszczenia. O tym jednak czy wykonawca podlega wykluczeniu zamawiający powinien zdecydować w oparciu o pozostałe przepisy działu II ustawy P.z.p., a także odrębne regulacje, które znajdą zastosowanie do postępowań w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

Odwołujący zauważył, że zamawiający zobligowany był do przeprowadzenia badania podstaw wykluczenia w świetle art. 109 ust. 3 ustawy P.z.p., zgodnie z którym w przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p., zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne. Na uwagę zasługuje, że zamawiający był najwyraźniej świadomy istnienia tej normy, wszak w treści s.w.z. przytoczył jej treść (Rozdział VII, str. 10 s.w.z.). Nic nie wskazuje jednak, aby przeprowadził jakąkolwiek analizę w tym zakresie. Po drugie, odwołujący wskazał, że przepisy ustawy P.z.p. w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa wyznaczają autonomiczną podstawę prawną umożliwiającą odstępnie od wykluczenia wykonawcy z postępowania. Zgodnie bowiem z art. 405 ust. 8 ustawy P.z.p., zamawiający może odstąpić od odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub oferty wykonawcy, w stosunku do którego zachodzą podstawy wykluczenia, jeżeli stosowne zastrzeżenie zostało przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu i jest to uzasadnione interesem ogólnym. Zamawiający przewidział taką możliwość, nie zbadał jednak, czy w stosunku do odwołującego nie zachodzą okoliczności uzasadniające odstępnie od wykluczenia z postępowania. Po trzecie, odwołujący zarzucił zamawiającemu, iż ten postępuje w sposób niekonsekwentny. Z jednej bowiem strony posługuje się automatyzmem w zakresie podejmowania decyzji o wykluczeniu odwołującego z postępowania (uznając, że wykluczenie to jest uzasadnione przeprowadzeniem procedury samooczyszczenia – która zresztą w ogóle nie miała miejsca). Z drugiej natomiast pomija, że z opracowanej przez siebie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynika, że wystąpienie przesłanek z art. 109 ustawy P.z.p. nie powinno skutkować automatycznym wykluczeniem. Z treści oświadczenia składanego na podstawie art. 125 ust. 1 Pzp (załącznik nr 1e do s.w.z.) wprost wynika bowiem, że wykonawca może złożyć informację o wystąpieniu jednej z przesłanek wykluczenia: „Oświadczam/-y, że zachodzą w stosunku do mnie/nas podstawy wykluczenia

z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. ustawy Pzp (należy podać mającą zastosowanie podstawę wykluczenia spośród obligatoryjnych podstaw wykluczenia wymienionych w art. 108 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 108 ust. 2 ustawy Pzp i spośród fakultatywnych podstaw wykluczenia wymienionych w art. 405 ust. 2 pkt 2-7 ustawy Pzp oraz art. 109 ust. 1 pkt 1, 2a, 2b, 3-4, 6-10 ustawy Pzp)". Skoro więc zamawiający dopuszcza złożenie oświadczenia tej treści, to logiczne jest, że wskazany powyżej automatyzm uznać należy za niedopuszczalny. W przeciwnym razie tak skonstruowany formularz uznać należałoby za nielogiczny (a zamawiający powinien żądać jednoznacznego oświadczenia o braku zaistnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania). Treść opracowanego przez zamawiającego formularza w sposób bezsporny koresponduje zatem z przywołanymi powyżej przepisami (art. 109 ust. 3 oraz art. 405 ust. 8 ustawy P.z.p.) i, w przypadku stwierdzenia przez zamawiającego, że wykonawca przeprowadził procedurę samooczyszczenia, powinna skłonić zamawiającego do zbadania zasadności wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania. W ocenie odwołującego, niezależnie zatem od błędnego ustalenia w zakresie procedury samooczyszczenia, które poczynił zamawiający, dopuszcza się on również wadliwej (oraz sprzecznej z opracowaną przez siebie dokumentacją) interpretacji przepisów ustawy P.z.p.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 18 listopada 2021 roku wniósł o:

- 1) oddalenie odwołania,
- 2) przyznanie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, zgodnie z fakturą złożoną na rozprawie.

Zamawiający wskazał, że przesłanki fakultatywne to podstawy wykluczenia wykonawców z postępowania, mające zastosowanie tylko wtedy, gdy zostały przewidziane przez zamawiającego w dokumentacji postępowania. Zatem zastosowanie przesłanek fakultatywnych zależy od decyzji zamawiającego. Dobrowolne podstawy wykluczenia z postępowania powinny zostać wskazane przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia (np. specyfikacji warunków zamówienia). W niniejszym postępowaniu Zamawiający przewidział możliwość wykluczenia wykonawców z uwagi na zaistnienie przesłanki fakultatywnej (m.in. art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p.). Kiedy zamawiający podejmie decyzję o wprowadzeniu fakultatywnych przesłanek wykluczenia, to „dobrowolność” w korzystaniu z nich zostaje ograniczona. Skoro bowiem wykonawca podlega wykluczeniu w oparciu o przesłankę ustawowo nieobowiązkową, ale przewidzianą w dokumentacji postępowania, zamawiający powinien go wykluczyć. W przeciwnym razie zasadne byłoby postawienie zamawiającemu zarzutu niezachowania uczciwej konkurencji i

równego traktowania wykonawców — jednej z zasad, na których opiera się system zamówień publicznych.

Zamawiający zauważył, że wbrew twierdzeniom odwołania do odrzucenia wniosku odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie doszło z powodu przeprowadzenia procedury samooczyszczenia, a z uwagi na stwierdzenie przez zamawiającego, że w stosunku do odwołującego zachodzi przesłanka wykluczenia, o jakiej mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. Wbrew twierdzeniom odwołania, zamawiający nie przyjął automatyzmu w postaci zastosowania sankcji odrzucenia wniosku w stosunku do wykonawcy, który zastosował procedurę samooczyszczenia.

Zamawiający stwierdził, że dokonał analizy wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w tym oświadczenia wykonawcy składanego na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy P.z.p., oraz przyjął, że do procedury samooczyszczenia wykonawca przystąpił jedynie z „ostrożności”, gdyż jak to sam wskazał w dokumencie „Wyjaśnienia PORR” — stanowiącym tajemnicę przedsiębiorstwa — miał obowiązek notyfikacji zdarzeń będących konsekwencją naruszenia obowiązków kontraktowych, które dają możliwość dokonania oceny podstaw wykluczenia z postępowania, mimo, że odwołujący „nie czuje się winny” oraz jego zdaniem nie wystąpiły przesłanki do zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy (str. 2-3 Wyjaśnień PORR).

Zamawiający podniósł, że zapoznał się z treścią każdego z punktów ww. dokumentu i uznał, że to okoliczności notyfikowane przez odwołującego uzasadniały odrzucenie wniosku o udział w postępowaniu, a nie jak twierdzi odwołujący fakt przeprowadzenia procedury „samooczyszczenia”.

Zamawiający zauważył, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia powinien dawać gwarancję rzetelnego wykonania zamówienia. Zdaniem zamawiającego odwołujący tej gwarancji nie daje. Z informacji udostępnionej w postępowaniu wynika, że w przeszłości wielokrotnie nie wykazał się odpowiednią rzetelnością, dlatego trudno, aby dziś można było uznać, iż sytuacja się nie powtórzy. W tych warunkach według zamawiającego odwołujący nie może być dopuszczony do udziału w postępowaniu, jeżeli zamawiający przewidział zastosowanie wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. Wykluczenie odwołującego jest związane z nienależytym wykonywaniem zobowiązań z wcześniej zawartych umów w sprawie zamówień publicznych z przyczyn obciążających wykonawcę. Do przyczyn leżących po stronie wykonawcy zalicza się wszelkie działania zawinione, jak też takie, co do których umowa wskazywała na przejęcie za nie odpowiedzialności przez wykonawcę. Zamawiający zauważył, że z wyjaśnień odwołującego wynika, że okoliczności

dotyczą znacznej ilości umów zawieranych w ramach zamówień publicznych. Zauważył, że odwołujący wskazał także, że jego notyfikacja nie wymienia tych uchybień, gdzie kary umowne były niższe, a uchybienia drobniejsze.

Zamawiający podniósł, że jest świadomy, że nie każde nienależyte wykonanie będzie stanowiło podstawę do wykluczenia, ale tylko takie, które wskazuje na utratę rzetelności wykonawcy. Sam odwołujący wskazuje jednak na osiem przypadków, gdzie naliczone kary umowne są znaczne, jak również są lub były przedmiotem sporów sądowych lub zawarto w tym zakresie ugodę. Analiza tych przypadków wskazuje, że nie tylko doszło do nienależytego wykonania zobowiązań z powodu okoliczności zależnych od odwołującego (doszło do skutecznego naliczenia kary za sytuacje, w których umowa przyjmuje odpowiedzialność wykonawcy, kara została potrącona, ostatecznie zawarto ugodę, lub ta jest procedowana), ale sposób zakończenia tych sporów, bądź próba ich rozwiązania, wskazuje na odpowiedzialność wykonawcy co do zasady. Ponadto zamawiający podkreślił, że jak wynika z notyfikacji odwołującego w wyniku nienależycie wykonanych umów podjęte zostały określone czynności prawne i zaistniały już określone skutki. Zatem w każdej ze wskazanych przez odwołującego sytuacji zamawiający nie miał wątpliwości, że nadają one znaczenia dla oceny, czy wobec odwołującego powstały okoliczności uzasadniające zastosowanie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. W konsekwencji brak było podstaw do zastosowania procedury wyjaśniającej z art. 128 ust. 4 ustawy P.z.p. w zakresie okoliczności, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. Zamawiający zauważył, że podstawa wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. jest odpowiednikiem poprzednio obowiązującej dobrowolnej przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 4 sPzp. Zachodzi między nimi jednak delikatna różnica - otóż od 1 stycznia 2021 r. wykluczenie jest możliwe także w razie „długotrwałego” nienależytego wykonywania umowy. Jednak — na co zwraca uwaga doktryna — ta odmienność nie powinna jednak powodować odczuwalnych różnic w stosowaniu prawa, ponieważ długotrwałe naruszenia w realizacji umowy zwykle przekładają się na znaczne (istotne) jej naruszenie. Analiza notyfikowanych okoliczności bez wątplenia wskazuje, że mają one charakter istotny, co także przyznaje sam odwołujący w pkt II. 4 (i) „Wyjaśniań PORR”, skoro doszło do naliczenia kar umownych o znacznej wartości. Ponadto w przeciwieństwie do art. 24 ust. 5 pkt 4 sPzp nie jest już konieczne zasądzenie odszkodowania przez sąd, wystarczy wystąpienie tego skutku w drodze dobrowolnej zapłaty odszkodowania, w tym również na podstawie zawartej ugody.

Zamawiający wskazał, że w art. 109 ust. 3 ustawy P.z.p. przewidziano uprawnienie zamawiającego do tego, by jednak nie wykluczał wykonawcy za którekolwiek z powyższych naruszeń, o ile takie wykluczenie „byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne”. Artykuł

109 ust. 3 ustawy P.z.p. wskazuje przykładowe zdarzenia, które czyniłyby wykluczenie wykonawcy z postępowania nieproporcjonalnym, a mianowicie to, gdy kwota zaległych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne jest niewielka (w odniesieniu do przesłanki pierwszej) lub gdy sytuacja ekonomiczna lub finansowa wykonawcy jest wystarczająca do wykonania zamówienia (w odniesieniu do przesłanki czwartej). Ustawa nie odpowiada jednak, ile wynosi „niewiele” zaległości daniny publicznoprawnej ani na podstawie jakich kryteriów ocenić zdolność wykonawcy do wykonania zamówienia, pomimo ogłoszenia jego upadłości. Zamiast tego przepis posługuje się klauzulą generalną, której granice są trudne do uchwycenia i standaryzacji. Już ustalenie samej nieproporcjonalności jest trudne, a ocenę komplikuje to, by ta nieproporcjonalność miała także charakter oczywisty.

Zamawiający stwierdził, że pomocniczo warto w tym kontekście zwrócić uwagę, że o „oczywistości” bogato wypowiedziała się już Krajowa Izba Odwoławcza, chociaż miało to miejsce w orzecznictwie odnoszącym się do innej instytucji: poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej. Przykładowo KIO stwierdziła, że w pojęciu oczywistych omyłek pisarskich mieszczą się jedynie tego rodzaju niedokładności, które widoczne są dla każdego bez przeprowadzania jakiegokolwiek dodatkowej analizy. Zdaniem zamawiającego z tego rodzaju oczywistą nieproporcjonalnością w tym przypadku nie ma do czynienia. Wniosek ten płynie ponownie z analizy informacji przekazanych przez odwołującego. Wprawdzie odwołujący w odwołaniu podnosi, że jest stroną wielu umów realizowanych w ramach zamówień publicznych, jednak nie zmienia to faktu, że aż w ośmiu kontraktach miały miejsce zdarzenia, z którymi umowa wiązała przejecie za nie odpowiedzialności przez odwołującego, które według samego odwołującego nie mają charakteru drobnych przewinień. Zdaniem zamawiającego tylko w przypadku tych drobnych uchybień ewentualne wykluczenie wykonawcy za którekolwiek z nich, mogłoby zostać uznane za oczywiście nieproporcjonalne. Ta konkluzja wynika z obowiązku prowadzenia postępowania w sposób proporcjonalny, do czego zamawiający był zobowiązany na podstawie art. 16 pkt 3 ustawy P.z.p.

Zamawiający podkreślił, że do wykluczenia odwołującego doszło nie z powodu przeprowadzenia procedury (z ostrożności) samooczyszczenia, a wyłącznie z powodu uznania przez zamawiającego, że zachodzi podstawa z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. Zamawiający dopiero na tej podstawie uznał, że wobec trybu prowadzonego postępowania procedura sanacyjna nie ma zastosowania. Analiza przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 i 10 ustawy P.z.p. wynika wyłącznie z faktu przyznania przez odwołującego, że miały miejsce delikty, które mogą zostać ocenione w ten sposób, że wymagają samooczyszczenia. I pomimo, że odwołujący stwierdza, że w jego ocenie nie zachodzą przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p., to zamawiający doszedł do przeciwnych wniosków. W pkt 13

uzasadnienia odwołania odwołujący sam podkreślił, że wskazane informacje miały umożliwić zamawiającemu samodzielne zbadanie, czy dane okoliczności skutkują zasadnością wykluczenia wykonawcy, bo to nie do wykonawcy należy ocena czy negatywna historia kontraktowa wyczerpuje przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p.

Zamawiający, odnosząc się na koniec do zarzutu naruszenia art. 405 ust. 8 ustawy P.z.p., podniósł, że wbrew twierdzeniom odwołującego przeprowadził analizę pod kątem tego, czy odstąpienie od odrzucenia wniosku odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu byłoby uzasadnione interesem ogólnym. Na gruncie przesłanki interesu ogólnego w doktrynie podkreśla się, że w istocie chodzi o interes publiczny. Zastosowanie tego przepisu wymaga jednak oceny pod kątem zasady równego traktowania. W tym kontekście zdaniem zamawiającego przesłanka interesu ogólnego mogłaby mieć znaczenie dla odstąpienia od odrzucenia wniosku odwołującego przykładowo w sytuacji, gdy byłby on jedynym wykonawcą, który ubiegał się o udział w postępowaniu. Tymczasem wnioski o dopuszczenie do udziału w niniejszym postępowaniu złożyło 13 wykonawców, z których aż pięciu uzyskało maksymalną liczbę punktów. Trudno zatem przyjąć, aby w tym wypadku jakkolwiek inny interes niż interes samego odwołującego mógłby przemawiać za rezygnacją z jego wykluczenia go z postępowania. W takiej sytuacji zamawiający byłby natomiast narażony na zarzut naruszenia zasady uczciwej konkurencji i nierównego traktowania ze strony pozostałych wykonawców ubiegających się o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Izba ustaliła, co następuje:

Postępowanie prowadzone jest zgodnie z Działem VI ustawy P.z.p. (Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa).

Zgodnie z rozdz. XV ust. 3 s.w.z.:

Wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu musi zawierać według poniższej kolejności:

- 1) Spis treści – wykaz dokumentów zawartych we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (z załącznika do s.w.z.) z podaniem numerów stron wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
- 2) Wypełniony wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (z załącznika do SWZ),
- 3) Oświadczenie Wykonawcy składane na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy Pzp (z załącznika do SWZ),

- 4) Informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie przewidzianym w SWZ,
- 5) Oświadczenie Wykonawcy o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej albo o przynależności do tej samej grupy kapitałowej (z załącznika do SWZ),
- 6) Informacja z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych, w zakresie art. 108 ust. 2 ustawy P.z.p.,
- 7) Zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego,
- 8) Zaświadczenie albo inny dokument właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub właściwego oddziału regionalnego lub właściwej placówki terenowej Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego,
- 9) Odpis lub informacja z Krajowego Rejestru Sądowego lub z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej,
- 10) Oświadczenie Wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp (z załącznika do SWZ),
- 11) Dokument potwierdzający, że Wykonawca jest wpisany do właściwego rejestru zawodowego lub handlowego,
- 12) Aktualna koncesja na prowadzenie działalności w zakresie usług technicznej ochrony osób i mienia realizowanych w formie zabezpieczenia technicznego, polegającego na montażu elektronicznych urządzeń i systemów alarmowych,
- 13) Dokument potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia wraz z dowodem opłaty składki ubezpieczeniowej,
- 14) Informacja banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej,
- 15) Wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego (z załącznika do SWZ) wraz z dokumentami potwierdzającymi informacje zawarte w Wykazie, zgodnie z SWZ,
- 16) Dokument potwierdzający akredytację bezpieczeństwa systemu teleinformatycznego,
- 17) Wykaz wykonanych robót budowlanych (z załącznika do SWZ) wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie robót budowlanych,
- 18) Oświadczenie w zakresie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, składane przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego (z załącznika do SWZ),
- 19) Oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby na zasadach określonych w art. 118 ustawy Pzp, składane na podstawie art. 125 ust. 5 ustawy Pzp (z załącznika do SWZ),
- 20) Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia, w przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji tych podmiotów,

- 21) Podmiotowe środki dowodowe dotyczące podmiotu udostępniającego zasoby, zgodnie z SWZ,
- 22) Pełnomocnictwo do reprezentowania Wykonawcy, jeżeli wniosek składa Pełnomocnik.

Wśród fakultatywnych przesłanek wykluczenia z postępowania zamawiający wymienił przepisy z art. 109 ust. 1, za wyjątkiem art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. (Rozdział VII specyfikacji warunków zamówienia s.w.z.).

W rozdz. VII s.w.z str. 10 zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 405 ust. 8 ustawy P.z.p., zamawiający przewiduje możliwość odstąpienia od odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub oferty wykonawcy, w stosunku do którego zachodzą podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 405 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p., jeżeli stosowne zastrzeżenie zostało przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu i jest to uzasadnione interesem ogólnym.

Zamawiający przewidział, że do złożenia ofert zaprosi maksymalnie pięciu wykonawców (Rozdział XIII ust. 2 s.w.z.). W postępowaniu złożonych zostało 13 wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu odwołujący złożył oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w którym wskazał, że zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7. Odwołujący jednocześnie złożył wyjaśnienia odnoszące się do art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Wyjaśnienia te zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 13 października 2021 r. zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazał, co następuje:

Zamawiający w Specyfikacji warunków zamówienia przewidział możliwość wykluczenia Wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 1, 2a, 2b, 3-4, 6-10 w zw. z art. 405 ust. 2 pkt 2-7 ustawy Pzp.

Wykonawca PORR S.A., ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa – Lider Konsorcjum w dołączonym do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Oświadczeniu o niepodleganiu wykluczeniu z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wskazał, że zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 405 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt. 7 i 10 ustawy Pzp. Wykonawca dołączył do ww. Oświadczenia wyjaśnienia stanowiące tajemnicę

przedsiębiorstwa, przedstawiając podjęte środki naprawcze i dokonując tzw. „samooczyszczenia”.

W związku z tym, że postępowanie prowadzone jest zgodnie z Działem VI ustawy Pzp (Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa), który w art. 395 ust. 1 pkt a stanowi, że postanowienia art. 110 ust. 2 i 3 nie mają zastosowania w prowadzeniu tego typu postępowań, Wykonawcy nie mogą dokonać „samooczyszczenia” w przypadku stwierdzenia przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7-10 ustawy Pzp.

Wobec powyższego Wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 i 10 w zw. z art. 111 pkt 4 i 6 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 22 października 2021 roku zamawiający dokonał korekty informacji z dnia 13 października 2021 roku i poinformował o wykluczeniu odwołującego i odrzuceniu jego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Zamawiający podał następujące uzasadnienie faktyczne
Zamawiający w Specyfikacji warunków zamówienia przewidział możliwość wykluczenia Wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 1, 2a, 2b, 3-4, 6-10 w zw. z art. 405 ust. 2 pkt 2-7 ustawy Pzp.

*Wykonawca PORR S A . , ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa — Lider Konsorcjum w dołączonym do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Oświadczeniu o niepodleganiu wykluczeniu z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wskazał, że zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 405 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt. 7 i 10 ustawy Pzp. Wykonawca dołączył do ww. Oświadczenia wyjaśnienia stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa: przedstawiając podjęte środki naprawcze i dokonując tzw. „*samooczyszczenia”*

W związku z tym, że postępowanie prowadzone jest zgodnie z Działem VI ustawy Pzp (Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa), który w art, 395 ust. 1 pkt a stanowi, że postanowienia art. 110 ust. 2 i 3 nie mają zastosowania w prowadzeniu tego typu postępowań, Wykonawcy nie mogą dokonać „samooczyszczenia” w przypadku stwierdzenia przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7-10 ustawy Pzp,

Wobec powyższego Wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art 109 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 111 pkt 4 ustawy Pzp, a złożony przez niego wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu podlega odrzuceniu na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 ppkt a ustawy Pzp.

Jako uzasadnienie prawne zamawiający przytoczył treść następujących przepisów ustawy P.z.p.: art. 109 ust. 1 pkt 7, art. 111 pkt 4, art. 110 ust. 1, 2 i 3, art. 395 ust. 1 lit. a, art. 146 ust. 1 pkt lit. a.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była sporna pomiędzy stronami.

Dokonując oceny zasadności podniesionych zarzutów Izba pominęła tę część argumentacji zamawiającego, zawartą w odpowiedzi na odwołanie, której zamawiający nie przytoczył w informacji o wykluczeniu odwołującego i odrzucenia jego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z dnia 22 października 2021 roku. Izba wskazuje, że ocenia zgodność z przepisami ustawy P.z.p. czynności i zaniechań zamawiającego, które zostały podane do wiadomości odwołującego, zgodnie z art. 147 ustawy P.z.p. Argumentacja zamawiającego, która została podniesiona w odpowiedzi na odwołanie, w sposób znaczny wykracza poza treść tej informacji, zatem nie mogła zostać wzięta pod uwagę przy rozpoznawaniu odwołania.

Zgodnie z art. 405 ust. 2 pkt 5 ustawy P.z.p., w postępowaniach o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zamawiający może wykluczyć wykonawcę, o którym mowa w art. 109.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 7 (Dział II) ustawy P.z.p., zamawiający może wykluczyć z postępowania wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Posłużenie się przez ustawodawcę w art. 405 ust. 2 ustawy P.z.p. sformułowaniem „zamawiający może wykluczyć” wskazuje, iż zawarte we wskazanym przepisie przesłanki wykluczenia (w tym przesłanka zawarta w pkt. 5) są przesłankami fakultatywnymi, które zamawiający może, lecz nie musi zastosować w prowadzonym przez siebie postępowaniu.

Zgodnie z art. 109 ust. 2, jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 1, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

Zgodnie z art. 109 ust. 3 ustawy P.z.p., w przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 1–5 lub 7, zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne, w szczególności gdy kwota zaległych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne jest niewielka albo sytuacja ekonomiczna lub finansowa wykonawcy, o którym mowa w ust. 1 pkt 4, jest wystarczająca do wykonania zamówienia.

W przypadku wystąpienia przesłanki, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p., ustawodawca w art. 110 ust. 2 ustawy P.z.p. przewidział dla wykonawcy możliwość uniknięcia wykluczenia z postępowania poprzez wdrożenie instytucji tzw. „samooczyszczenia”. Zgodnie z art. 110 ust. 2 ustawy P.z.p., wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2–5 i 7–10, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie następujące przesłanki:

- 1) naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne;
- 2) wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym;
- 3) podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności:
 - a) zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy,
 - b) zreorganizował personel,
 - c) wdrożył system sprawozdawczości i kontroli,
 - d) utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów,

e) wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.

Zgodnie z art. 395 ust. 1 pkt 1 lit. a *tiret* pierwsze, do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa stosuje się przepisy działu II z wyjątkiem art. 83, art. 87 ust. 2, art. 89 ust. 1 i 3, art. 91 ust. 2, art. 92, art. 94, art. 100–102, art. 110 ust. 2 i 3, art. 115 ust. 2, art. 125 ust. 2, 3 i 6, art. 126 ust. 1 i 2, art. 127, art. 222 ust. 2–5, art. 245 ust. 6 i art. 262.

W rozpoznawanym przypadku zamawiający w Rozdziale VII s.w.z. wymienił podstawy wykluczenia zawarte w art. 109 ust. 1, za wyjątkiem art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. Tym samym zamawiający był uprawniony do wykluczenia wykonawcy, wobec którego zaszyły okoliczności wskazane w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. Jednocześnie wykonawca nie mógł uniknąć wykluczenia wykorzystując instytucję „samooczyszczenia” wskazaną w art. 110 ust. 2 ustawy P.z.p.

Zgodnie z art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy P.z.p., zamawiający odrzuca wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jeżeli został złożony przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący podniósł w odwołaniu zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 395 ust. 1 pkt 1 lit. a w zw. z art. 110 ust. 2 i 3 w zw. z art. 111 pkt 4 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy P.z.p. poprzez bezpodstawne uznanie, że odwołujący przeprowadził procedurę samooczyszczenia w związku z okolicznościami, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p., gdy tymczasem, z przedłożonej przez odwołującego dokumentacji jednoznacznie wynika, że taka procedura nie miała miejsca, co doprowadziło do nieuzasadnionego wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Izba uznała wskazany wyżej zarzut za nieuzasadniony.

Izba dokonała analizy treści informacji z dnia 22 października 2021 roku o wykluczeniu odwołującego i odrzuceniu jego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Z dokonanej analizy nie wynika, że podstawą wykluczenia odwołującego był fakt przeprowadzenia przez niego procedury samooczyszczenia. Zamawiający wyraźnie wskazał, że podstawą wykluczenia odwołującego jest art. 109 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 111 pkt 4 ustawy P.z.p., a złożony przez niego wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu podlega odrzuceniu na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 ppkt a ustawy P.z.p. Jednocześnie w

informacji zamawiający podał, że informację o zaistnieniu wobec odwołującego okoliczności uzasadniających wykluczenie go z postępowania powziął z załączonego do wniosku oświadczenia odwołującego, który wskazał, że zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia na podstawie art. 405 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 i 10 ustawy P.z.p. Zamawiający w istocie podał w informacji, że odwołujący dołączył do oświadczenia wyjaśnienia stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, przedstawiając podjęte środki naprawcze i dokonując tzw. „samooczyszczenia”, do czego nie był uprawniony z uwagi na brak możliwości dokonania samooczyszczenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, niemniej jednak zamawiający nie wskazał tej okoliczności jako podstawy wykluczenia odwołującego z postępowania.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 395 ust. 1 pkt 1 lit. a w zw. z art. 109 ust. 3 oraz 405 ust. 8 ustawy P.z.p. poprzez wadliwą ich interpretację, polegającą na przyjęciu, że skoro do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa nie stosuje się art. 110 ust. 2 i 3 ustawy P.z.p., to uzasadniony jest automatyzm w postaci zastosowania sankcji wykluczenia w stosunku do wykonawcy, który przeprowadził procedurę samooczyszczenia, gdy tymczasem art. 395 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy P.z.p. wskazuje jedynie na niestosowanie przepisów o samooczyszczeniu (nie generuje sankcji w postaci automatycznego wykluczenia z postępowania), z kolei art. 109 ust. 3 Pzp (obligatoryjnie) oraz art. 405 ust. 8 ustawy P.z.p. (fakultatywnie) wskazują na konieczność poprzedzenia decyzji o wykluczeniu z postępowania dodatkową analizą w zakresie proporcjonalności (art. 109 ust. 3 ustawy P.z.p.) oraz interesu ogólnego (art. 405 ust. 8 ustawy P.z.p.), której to analizy zamawiający nie przeprowadził.

Jak już wyżej wskazano, Izba nie dopatrzyła się w informacji z dnia 22 października 2021 roku podstawy wykluczenia odwołującego z postępowania w postaci zastosowania przez niego procedury samooczyszczenia. W tym zakresie pozostaje aktualna argumentacja uzasadniająca oddalenie pierwszego zarzutu odwołania.

Odnosząc się do stanowiska odwołującego, iż zamawiający nie dokonał obligatoryjnej analizy w zakresie proporcjonalności, do której zobowiązuje go art. 109 ust. 3 ustawy P.z.p., Izba wskazuje, że – po pierwsze – decyzja o odstąpieniu od wykluczenia należy do uznania zamawiającego. Zamawiający może bowiem, przy zaistnieniu przewidzianego w tym przepisie stanu faktycznego, dokonać – w ramach uznania – wyboru jednego z dopuszczalnych następstw prawnych. Wyboru dokonuje się pomiędzy wykluczeniem a niewykluczeniem z postępowania.

Zamawiający jednakowoż obowiązany jest ocenić, czy wykluczenie jest w oczywisty sposób nieproporcjonalne. Określenie „w sposób oczywisty nieproporcjonalne” jest zwrotem niedookreślonym. Wystąpienie tego pojęcia nieostrego pozostawia po stronie zamawiającego pewien zakres uznania, czy w konkretnym wypadku uznać stan faktyczny za istniejący. Należy też zaznaczyć, że zamawiający, zgodnie z art. 16 pkt 3 ustawy P.z.p., obowiązany jest do zachowania proporcjonalności przez cały czas prowadzenia postępowania.

Odwołujący podniósł, że zamawiający zaniechał oceny, czy wykluczenie odwołującego jest w oczywisty sposób nieproporcjonalne. Nie wiadomo jednak, na jakiej podstawie odwołujący wysnuł taką tezę. Odwołujący nie wykazał, że badał dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia pod kątem zaniechania takiej analizy. Jeżeli – w ocenie odwołującego – tego rodzaju informacja winna była znaleźć się w uzasadnieniu czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego wniosku – to odwołujący nie podniósł zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 147 ustawy P.z.p., nakazującego zamawiającemu podania faktycznych i prawnych podstaw dokonywanych przez niego czynności. Wreszcie – odwołujący nie wskazał, na czym konkretnie miałyby polegać naruszenie proporcjonalności przy wykluczeniu go z przedmiotowego postępowania.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego, jakoby zamawiający obowiązany był każdorazowo przed wykluczeniem wykonawcy przeprowadzić analizę w zakresie interesu ogólnego, o którym mowa w art. 405 ust. 8 ustawy P.z.p. Z treści wskazanego przepisu wynika konieczność przeprowadzenia takiej analizy wówczas, gdy zamawiający chce skorzystać z uprawnienia do odstąpienia od odrzucenia wniosku wykonawcy, wobec którego zachodzą przesłanki wykluczenia. Odstąpienie od odrzucenia wniosku nie jest obowiązkiem zamawiającego nawet, gdy przewidział on stosowne zastrzeżenie w ogłoszeniu o zamówieniu. Dopiero zamiar skorzystania z tego uprawnienia wymaga od zamawiającego tego rodzaju badania.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut ewentualny naruszenia art. 128 ust. 4 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie przeprowadzenia procedury wyjaśniającej w zakresie okoliczności, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p.

Zgodnie z art. 128 ust. 4 ustawy P.z.p., zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego, jakoby złożenie przez niego oświadczenia, w którym potwierdził on, że zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p., było irrelevantne z perspektywy wykluczenia odwołującego. W ocenie Izby oświadczenie to było kluczowe dla stwierdzenia, czy odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania. Podkreślić należy, że zamawiający w rozdz. XV ust. 3 s.w.z. określił dokumenty, jakie winien zawierać wniosek wykonawcy. Zamawiający nie wymagał składania innych dokumentów niż wymienione w tym rozdziale. W pkt. 3 zamawiający wymagał złożenia oświadczenia wykonawcy składanego na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy P.z.p. (z załącznika do s.w.z.).

Zgodnie z art. 125 ust. 1 ustawy P.z.p., do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty wykonawca dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego. W konkretnym postępowaniu oświadczenie powinno obejmować tylko te informacje, które są konieczne do potwierdzenia braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji – określonych na potrzeby konkretnego postępowania. Jak wynika z art. 125 ust. 1 ustawy P.z.p., oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji składa się w zakresie wskazanym przez zamawiającego. Oświadczenie to jest podmiotowym środkiem dowodowym, który zamawiający obowiązany jest ocenić zgodnie z ustalonymi przez siebie warunkami przetargu.

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu, dla oceny, czy wykonawca nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. nie wymagał złożenia żadnego innego dokumentu poza oświadczeniem z art. 125 ust. 1 ustawy P.z.p. Odwołujący złożył oświadczenie, z którego wynika, że podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. Dodatkowo dołączył dokumenty niewymagane w postępowaniu, które miały wskazywać na to, iż takiemu wykluczeniu nie podlega. Procedura wskazana w art. 128 ust. 4 ustawy P.z.p. dotyczy sytuacji, w której zamawiający nie jest pewien, jak rozumieć treść oświadczeń lub dokumentów złożonych przez wykonawcę. Wezwanie do wyjaśnień, inaczej niż wezwanie o uzupełnienie, nie jest obowiązkowe. Ustawodawca posłużył się sformułowaniem „może żądać od wykonawców wyjaśnień”, co jest zmianą w stosunku do art. 26 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.), w którym posłużono się słowem „wzywa”, sugerującym obligatoryjność procedury wyjaśnień. Pomimo tej zmiany zamawiający powinni korzystać z procedury wyjaśnień zawsze, gdy mają jakiegokolwiek

wątpliwości co do treści oświadczeń lub dokumentów. W rozpoznawanej sytuacji Izba nie dopatrzyła się nieprawidłowości po stronie zamawiającego, który – wobec jasnego oświadczenia odwołującego w zakresie istnienia przesłanek do jego wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. – wykluczył wykonawcę z postępowania.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 2 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: