

Sygn. akt KIO 1640/18

**WYROK**

**z dnia 3 września 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Anna Osiecka**

**Protokolant: Norbert Sierakowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 sierpnia 2018 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 sierpnia 2018 r. przez wykonawcę **M. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M. M. Zakład Instalacyjno-Budowlany z siedzibą we Lwówku** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Wronki**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Infrakom Kościan Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Kościanie oraz Infrakom Sp. z o.o. z siedzibą w Kościanie**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy M. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M. M. Zakład Instalacyjno-Budowlany z siedzibą we Lwówku oraz powtórzenie czynności oceny ofert. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.**
2. **Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Wronki i:**
  - 2.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę M. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M. M. Zakład Instalacyjno-Budowlany z siedzibą we Lwówku tytułem wpisu od odwołania,**
  - 2.2. **zasądza od zamawiającego Gminy Wronki na rzecz wykonawcy M. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M. M. Zakład Instalacyjno-Budowlany z siedzibą**

**we Lwówku** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w kwocie 10 000 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Poznaniu**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Gmina Wronki, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Budowa drogi łączącej ul. Mickiewicza z obwodnicą w ramach zadania pn. „Budowa drogi łączącej drogę powiatową nr 1895P z planowaną obwodnicą Wronek” w formule zaprojektuj i wybuduj*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. tj. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 5 czerwca 2018 r. pod numerem 567482-N-2018.

W dniu 14 sierpnia 2018 r. wykonawca M. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M. M. Zakład Instalacyjno-Budowlany z siedzibą we Lwówku, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 186 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie przez Zamawiającego czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego niezgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu rozpatrywanym w postępowaniu odwoławczym KIO 1408/18, które zostało w całości uwzględnione przez Zamawiającego, tj. poprzez tylko pozorne dokonanie ponownej oceny oferty i wyjaśnień złożonych przez Odwołującego, a w konsekwencji wykluczenie Odwołującego z postępowania oraz podjęcie ponownej decyzji o wykluczeniu Odwołującego w oparciu o tożsame uzasadnienie oraz przyjęcie, że Odwołujący nie dokonał skutecznego „samooczyszczenia”,
2. art. 24 ust. 8 i 9 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania prawidłowej oceny przeprowadzonej przez Odwołującego procedury tzw. samooczyszczenia na zasadach określonych w ustawie Pzp, w szczególności poprzez nieprawidłowe zbadanie przez Zamawiającego przesłanek wykluczenia oraz podjętych przez Odwołującego środków w celu wykazania jego rzetelności oraz podjętych przez niego działań naprawczych i zapobiegawczych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu Odwołującego oraz zostały przez niego wyjaśnione w sposób wyczerpujący oraz wiarygodny,
3. art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp w sytuacji gdy Odwołujący zobowiązany był wykazać swoją rzetelność w jeden ze wskazanych sposobów,
4. art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie w okoliczności prawidłowego przeprowadzenia przez Odwołującego tzw. procedury samooczyszczenia, a co za tym

idzie braku podstaw do wykluczenia go z postępowania z uwagi na popełnione przestępstwo,

5. art. 92 ust. 1 i 1a ustawy Pzp oraz art. 6 Kodeksu cywilnego poprzez powtórzenie przez Zamawiającego identycznego uzasadnienia wykluczenia Odwołującego jak w przypadku pierwszego wykluczenia oraz sformułowanie przez Zamawiającego niepełnego uzasadnienia faktycznego i wskazania niedostatecznych powodów, dla których wyjaśnienia i dowody przedstawione przez Odwołującego, Zamawiający uznał za niewystarczające, a tym samym nieuczynienie zadość obowiązkowi wykazania przez Zamawiającego, że twierdzenia na których oparł swoją decyzję są prawdziwe,
6. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji ze względu na niedochowanie procedur wskazanych w ustawie Pzp związanych z możliwością udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców podlegających wykluczeniu po przeprowadzeniu skutecznej procedury samooczyszczenia, co doprowadziło do bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z postępowania, a także dyskryminowanie przedsiębiorców prowadzących jednoosobową działalność gospodarczą, albowiem według oceny dokonanej przez Zamawiającego nie mogą oni dokonać skutecznej procedury samooczyszczenia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz czynności odrzucenia jego oferty; uznania że Odwołujący w prawidłowy sposób dokonał procedury samooczyszczenia, a co za tym idzie, zgodnie z art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp, nie podlega on wykluczeniu, kontynuacji przedmiotowego postępowania z udziałem Odwołującego.

Odwołujący, odnosząc się do naruszenia przez Zamawiającego art. 186 ust. 3 ustawy Pzp, wskazywał że pomimo przepisu o charakterze proceduralnym, wynika z niego nakaz skierowany do Zamawiającego, który powinien podjąć konkretne działania zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Zamawiający nie uczynił zadość przedmiotowemu nakazowi, bowiem po pierwsze pomimo pierwotnego pozornego unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, podjął decyzję o jego ponownym wykluczeniu w oparciu o tożsame uzasadnienie w porównaniu z pierwotną decyzją o wykluczeniu. Po drugie nie uznał, że Odwołujący w sposób prawidłowy dokonał procedury „samooczyszczenia”, co również było jednym z żądań Odwołującego zawartym w pierwotnym odwołaniu.

Odnosząc się do treści uzasadnienia decyzji Zamawiającego, Odwołujący wskazywał, iż opiera się ona na dwóch grupach przesłanek - pierwsza dotyczy charakteru popełnionego przestępstwa, natomiast druga dotyczy sposobu organizacji przedsiębiorstwa Odwołującego. W zakresie pierwszej grupy przesłanek Zamawiający w żaden sposób nie wyjaśnia jaki ma to wpływ na negatywną ocenę Odwołującego i uznanie, że obecna postawa Odwołującego nie

potwierdza jego rzetelności. W zakresie drugiej grupy przesłanek Zamawiający nie wskazał dlaczego przekształcenia organizacyjne i kadrowe nie są wystarczające do uznania, że Odwołujący nie podlega wykluczeniu, ani też jakie rozwiązanie uznałby za wystarczające.

W ocenie Odwołującego, składając obszerne oraz wyczerpujące wyjaśnienia zawierające dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania rzetelności prowadzonej przez niego działalności gospodarczej, dokonał skutecznego samooczyszczenia. W szczególności wykazał naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem, wyczerpująco wyjaśnił stan faktyczny oraz udowodnił podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub nieprawidłowemu postępowaniu. Odwołujący uznał za bezzasadną negatywną ocenę Zamawiającego, dotyczącą przekształceń organizacyjnych i kadrowych wprowadzonych przez Odwołującego w celu zapewnienia prawidłowej organizacji pracy bez naruszeń obowiązujących przepisów. Podkreślał również fakt prawidłowego wykonania szeregu inwestycji, zawarcia wielu umów oraz okoliczność zatarcia skazania w dwa dni od przekazania informacji o wykluczeniu.

Odwołujący wskazywał także na pozorność przedstawienia uzasadnienia wykluczenia, co oznacza brak wypełnienia obowiązków nałożonych na Zamawiającego w art. 92 ustawy Pzp, które polegają na przedstawieniu uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o wykluczeniu oraz na wyjaśnieniu powodów, dla których dowody przedstawione przez Odwołującego, Zamawiający uznał za niewystarczające.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Infrakom Kościan Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Kościanie oraz Infrakom Sp. z o.o. z siedzibą w Kościanie, dalej również „Przystępujący”, wnosząc o odrzucenie odwołania, względnie o oddalenie odwołania w całości.

W dniu posiedzenia do Izby wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, który wnosił o odrzucenie odwołania jako wniesionego po upływie terminu określonego w ustawie lub jego oddalenie w całości. W pierwszej kolejności Zamawiający podkreślał brak podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 186 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, wskazując że wykonał najdalej idącą czynność proceduralną, jaką było dokonanie ponownej oceny, czy wyjaśnienia i dowody złożone przez Odwołującego w trybie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp są wystarczające dla wykazania rzetelności. Wynikiem tych czynności było wykluczenie wykonawcy wskutek uznania, że podjęte przez niego działania były niewystarczające dla zrealizowania wyżej wskazanego celu, wobec faktu skazania za przestępstwa z katalogu określonego w art. 24 ust. 1 pkt. 13 ustawy Pzp.

Ustosunkowując się do zarzutu dotyczącego oceny skuteczności procedury samooczyszczenia Zamawiający podnosił, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, przed jego wykluczeniem z postępowania, szczegółowo przeanalizował złożone wyjaśnienia i dowody. Fakt skazania za przestępstwo, a także wewnętrzne przekształcenia organizacyjne, na które wskazał Odwołujący, w ocenie Zamawiającego, nie mogły zostać uznane za wystarczające do skutecznego samooczyszczenia. Zamawiający nie przyjął, że przesłanki z art. 24 ust. 8 muszą być spełnione kumulatywnie, ale w świetle wyjaśnień i dowodów Odwołującego, dokonał pełnej analizy okoliczności, które mogą przemawiać za skutecznością samooczyszczenia. W niniejszym postępowaniu Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, które mogłyby skutkować zastosowaniem art. 24 ust. 9 ustawy Pzp w obliczu jego wcześniejszego skazania.

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

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty złożonej przez Odwołującego, informacji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 29 sierpnia 2018 r.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła i ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest budowa drogi łączącej ul. Mickiewicza z obwodnicą w ramach zadania pn. „Budowa drogi łączącej drogę powiatową nr 1895P z planowaną obwodnicą Wronek” w formule zaprojektuj i wybuduj.

Izba uznała wniosek Przystępującego oraz Zamawiającego o odrzucenie odwołania, złożony na posiedzeniu, za bezprzedmiotowy, stwierdzając że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. W dniu 11 lipca 2018 r. Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania. Na tę czynność Odwołujący złożył w dniu 16 lipca 2018 r. odwołanie. W tym samym dniu Zamawiający uzupełnił informację o wykluczeniu z postępowania. Następnie w dniu 30 lipca 2018 r. Izba wydała postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1408/18 (zainicjowanego odwołaniem z dnia 16 lipca 2018 r., złożonym na czynność

wykluczenia z dnia 11 lipca 2018 r.) wobec uwzględnienia przez Zamawiającego na posiedzeniu zarzutów podniesionych w odwołaniu, przy braku sprzeciwu Przystępującego. W wyniku uwzględnienia w całości odwołania, Zamawiający dokonał ponownego badania i oceny ofert, w konsekwencji czego w dniu 9 sierpnia 2018 r., w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp, wykluczył Odwołującego z postępowania, z jednoczesnym wskazaniem, że wykluczenie nastąpiło po dokonaniu szczegółowej analizy wyjaśnień i dowodów złożonych w trybie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, że odwołanie nie podlegało odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jako że nie zostało wniesione po upływie ustawowego terminu. Terminy na skorzystanie ze środka ochrony prawnej jakim jest odwołanie określone zostały przez ustawodawcę w art. 182 ustawy Pzp. Nie ulega wątpliwości, że mają one charakter terminów zawitych, co oznacza, że ich bezskuteczny upływ powoduje wygaśnięcie uprawnienia do dokonania czynności, dla której termin taki ustanowiono. Niemniej Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego i Przystępującego, że Odwołujący winien skorzystać ze środka ochrony prawnej w odniesieniu do wyników uzupełnionej czynności wykluczenia Odwołującego, o której Zamawiający poinformował wykonawców w korespondencji z dnia 16 lipca 2018 r. Trzeba mieć bowiem na względzie, że wówczas toczyło się już postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 1408/18, zainicjowane odwołaniem z dnia 16 lipca 2018 r., w wyniku którego Zamawiający uwzględnił zarzuty w całości.

Reasumując, zdaniem Izby treści zawiadomienia o wykluczeniu Odwołującego z postępowania z dnia 9 sierpnia 2018 r. nie należy odczytywać jako podtrzymanie zawiadomienia z dnia 16 lipca 2018 r. Ergo, odwołanie winno być wniesione, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 in principio ustawy Pzp, w terminie 5 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wykluczeniu datowanego na 9 sierpnia 2018 r. Przeciwnie zapatrywanie spowodowałoby odebranie Odwołującemu prawa do skorzystania ze środków ochrony prawnej po ponownej analizie przesłanek wykluczenia wskutek uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego.

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

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba nie uwzględniła opozycji Odwołującego wobec przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Infrakom Kościan Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Kościanie oraz Infrakom Sp. z o.o. z siedzibą w Kościanie, opartą na stwierdzeniu że ww. wykonawcy nie są już związani ofertą. Odwołujący podnosił, że powtórne wezwanie Zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą, o ile takie nastąpiło, jest niedopuszczalne, bowiem już w lipcu Przystępujący został wezwany do dokonania tejże czynności. W tych okolicznościach Odwołujący uznał, iż zasadnym jest zgłoszenie opozycji na podstawie art. 185 ust. 4 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 185 ust. 4 ustawy Pzp Izba uwzględniła opozycję, jeżeli zgłaszający opozycję uprawdopodobni, że wykonawca nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił, w przeciwnym razie Izba oddała opozycję. Odwołujący wskazywał na okoliczności niemające podstaw w stanie faktycznym niniejszej sprawy. Przystępujący pismem z dnia 17 lipca 2018 r. został wezwany na podstawie art. 184 ustawy Pzp do przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy. Następnie pismem z dnia 3 sierpnia 2018 r. został wezwany na podstawie art. 85 ust. 2 i 4 ustawy Pzp do przedłużenie terminu związania ofertą. Odwołujący mylnie utożsamiał wezwanie do przedłużenia ważności wadium z wezwaniem do przedłużenia terminu związania ofertą.

Izba uznała, iż Odwołujący nie uprawdopodobnił, iż Przystępujący nie posiada interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego. Zarzuty i wnioski odwołania dotyczą m.in. wykluczenia z postępowania Odwołującego, który gdyby odwołanie zostało uwzględnione, mógłby zostać najwyżej oceniony na podstawie kryteriów oceny ofert. W tej sytuacji Przystępujący posiada interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego, tj. oddalenia zarzutów, których uwzględnienie skutkowałoby pozbawieniem wykonawcy możliwości uzyskania zamówienia. Tym samym orzeczenie korzystne dla Odwołującego może wpłynąć na pozycję Przystępującego w rankingu ofert. W związku z powyższym Izba uznała, iż Odwołujący nie uprawdopodobnił ujemnej przesłanki do zgłoszenia przystąpienia wskazanej w art. 185 ust. 4 ustawy Pzp. W tej sytuacji opozycja podlegała oddaleniu, o czym postanowienie Izba zawarła w protokole rozprawy.

Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie bezpodstawnego wykluczenia z postępowania wykonawcy M. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M. M. Zakład Instalacyjno-Budowlany z siedzibą we Lwówku.

Mając na uwadze treść przepisów Izba uznała, iż o skuteczności samooczyszczenia wykonawcy, co do którego zachodzi podstawa do wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp, przesądziły okoliczności w toku postępowania karnego wraz ze środkami



przedsięwziętymi w celu wykazania, iż pomimo podstawy do wykluczenia z postępowania, wykonawca może być dopuszczony do realizacji zamówienia, jako dający rękojmię należytego wykonania również w kontekście powszechnie obowiązujących przepisów prawa. W ocenie Izby okoliczności faktyczne przedstawione przez Odwołującego, związane z popełnionym czynem, a następnie wymierzeniem kary są wystarczające do uznania skutecznej procedury samooczyszczenia. Oceny czynu oraz zachowania Odwołującego dokonał sam sąd w wyroku. Izba przyjmując tę ocenę uznała, iż postawa oskarżonego wskazywała, że cele postępowania zostały osiągnięte.

Środki przedsięwzięte przez wykonawcę miały przekonać, iż naruszenie przepisów prawa, jakich dopuścił się wykonawca, nie będzie rzutowało na realizację przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby, takie kroki zostały podjęte, chociażby poprzez weryfikację procesu przygotowywania ofert. Zapewnienie dodatkowej kontroli wydaje się jak najbardziej rozsądne. Nie można pozbawiać znaczenia tej okoliczności. Wykonawca podjął decyzje personalne, których celem było przekonanie Zamawiającego, iż może być uznany za wiarygodnego partnera w umowie. Nie bez znaczenia dla tej oceny pozostawał również fakt, że po dniu popełnienia czynu wykonawca realizował należycie inne kontrakty. Tym samym Zamawiający winien uznać, iż okoliczności z postępowania karnego i podjęte środki zaradcze pozwolą powierzyć to zamówienie wykonawcy, który podlegałby wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp.

Argumentacja Zamawiającego skłania do wniosku, jakoby wykonawca prowadzący jednoosobowo działalność gospodarczą, który podlegałby wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. a ustawy Pzp, nigdy nie mógł skutecznie skorzystać z procedury samooczyszczenia. Z takim poglądem nie sposób się zgodzić. Rozważania zaś Odwołującego na temat zatarcia skazania pozostają bez wpływu na ocenę niniejszego stanu faktycznego, bowiem jak słusznie zauważył Zamawiający w dniu wykluczenia Odwołującego z postępowania zatarcie skazania nie miało miejsca. Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że zgodnie z art. 24 ust. 7 pkt 2 ustawy Pzp wykluczenie wykonawcy następuje jeżeli nie upłynęły 3 lata od dnia odpowiednio uprawomocnienia się wyroku potwierdzającego zaistnienie jednej z podstaw wykluczenia, chyba że w tym wyroku został określony inny okres wykluczenia lub od dnia w którym decyzja potwierdzająca zaistnienie jednej z podstaw wykluczenia stała się ostateczna. Z drugiej strony, zgodnie z przepisami karnymi, zatarcie skazania za niektóre czyny następuje z upływem roku od wykonania lub darowania kary albo od przedawnienia jej wykonania. Zatem należałoby zastanowić się czy któraś z reguł jest ważniejsza, czy pierwszeństwo należy przyznać regułom przewidującym zatarcie skazania, czy też ustawie Prawo zamówień publicznych. Niemniej w przedmiotowym postępowaniu taka sytuacja nie nastąpiła.

W związku z powyższym, względem podjętych kroków, tj. czynności naprawczych, Izba uznała przedstawione w tym zakresie wyjaśnienia wraz z załączonymi dowodami, za wiarygodne. W świetle powyższego Izba uznała, iż wykonawca udowodnił, że podjęte przez niego środki zaradcze pozwalały przyjąć przez Zamawiającego, iż doszło do skutecznego samooczyszczenia w celu uzyskania przedmiotu zamówienia.

W zakresie naruszenia art. 186 ust. 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie przez Zamawiającego czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego niezgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu rozpatrywanym w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 1408/18, które zostało w całości uwzględnione przez Zamawiającego, Izba uznała ww. zarzut za bezzasadny.

Zgodnie z art. 186 ust. 3 ustawy Pzp jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Poza sporem jest okoliczność, że na skutek uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania z dnia 16 lipca 2018 r. i wobec braku sprzeciwu ze strony Przystępującego po jego stronie, Izba, działając na podstawie art. 186 ust. 3 ustawy Pzp, postanowieniem umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 1408/18. Jednakże, wbrew stanowisku Odwołującego, art. 186 ust. 3 ustawy Pzp w żaden sposób nie zabezpiecza wykonawcy przed wykonaniem przez zamawiającego czynności niezgodnie z żądaniem uznanego poprzednio odwołania. Art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp przesądza jedynie o tym, że ponowne odwołanie podlega odrzuceniu, jeżeli dotyczy czynności wykonanej przez zamawiającego zgodnie z żądaniem poprzedniego odwołania, którego zarzuty uznał. Natomiast jedynym skutkiem dokonania przez zamawiającego czynności niezgodnie z żądaniem poprzednio uznanego odwołania jest brak podstaw do odrzucenia kolejnego odwołania od tej nowej czynności.

Istota instytucji uregulowanej w art. 186 ust. 3 ustawy Pzp sprowadza się do tego, że następuje zakończenie postępowania odwoławczego bez rozpoznania przez Izbę zasadności zarzutów odwołania. Izba formalnie umarza postępowanie odwoławcze wobec złożonego przez zamawiającego oświadczenia o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania. Izba nie ma przy tym możliwości badania, czy uwzględnienie zarzutów odwołania w całości jest niezgodne z prawem, zasadami współżycia społecznego lub zmierza do obejścia prawa. Uwzględnienie w całości zarzutów przez zamawiającego wiąże bowiem Izbę niezależnie od treści zarzutów odwołania, których merytoryczna zasadność nie jest przez Izbę w ogóle badana przy umorzeniu postępowania odwoławczego.

Stąd w razie wniesienia odwołania wobec powtórzonych przez zamawiającego czynności niezgodnie z art. 186 ust. 3 ustawy Pzp, merytoryczne rozpoznanie nowego odwołania nie może sprowadzać się do stwierdzenia naruszenia tego przepisu. Choć uwzględnienie odwołania przez zamawiającego winno być czynnością przemyślaną i racjonalną, nie zawsze tak jest. Stosowanie tego przepisu nie może prowadzić do sankcjonowania żądań obejmujących czynności sprzeczne z prawem. Z tego względu zamawiający dokonując czynności wbrew żądaniom zawartym w uwzględnionym odwołaniu, naraża się jedynie na zarzut naruszenia art. 186 ust. 3 ustawy Pzp, a tym samym na merytoryczne rozpoznanie odwołania wniesionego wobec dokonanych niezgodnie z tym przepisem czynności. Jeżeli okaże się, że czynności powtórzone, choć niezgodnie z żądaniami poprzedniego odwołania, są prawidłowe w świetle materialnych przepisów ustawy Pzp, nowe odwołanie zostanie oddalone jako merytorycznie niezasadne. Innymi słowy naruszenie w toku postępowania przez zamawiającego art. 186 ust. 3 ustawy Pzp nie przesądza o automatycznym uwzględnieniu kolejnego odwołania, lecz otwiera drogę do merytorycznego rozpoznania przez Izbę ponownie podniesionych zarzutów.

Możliwość dokonania czynności niezgodnie z żądaniem zawartym w uwzględnionym odwołaniu wynika z faktu, że zamawiający każdorazowo winien kierować się zasadą udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Nie sposób uznać, że zamawiający, dokonując czynności w wyniku uwzględnienia w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu, nie ma możliwości działania zgodnie z materialnymi przepisami ustawy Pzp. Zamawiający powinien kierować się przepisami prawa oraz działać w oparciu o prawidłowo ustalony stan faktyczny. Nadrzędną zasadą dotyczącą wszelkich czynności podejmowanych przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinna być ich zgodność z przepisami ustawy Pzp (vide: wyrok KIO z dnia 10 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 2719/17). Wykonawca wnoszący odwołanie winien mieć świadomość, że wnioskowane przez niego unieważnienie wykluczenia oraz powtórzenie czynności oceny złożonych wyjaśnień może doprowadzić do odmiennych rezultatów, niż postulował w odwołaniu. Działania Zamawiającego, podjęte po wniesieniu odwołania z dnia 16 lipca 2018 r. są nowymi i powtórzonymi czynnościami, na które przysługiwało złożenie nowego środka ochrony prawnej, z czego Odwołujący skorzystał.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 i 1a ustawy Pzp oraz art. 6 Kodeksu cywilnego. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma na celu wybór wykonawcy i zawarcie z nim umowy. Wykonawcą wybranym zgodnie z przepisami ustawy Pzp będzie podmiot niepodlegający wykluczeniu oraz podmiot, którego oferta niepodległa odrzuceniu. Przepisy dotyczące wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia jego oferty wskazują na bezwzględny obowiązek podjęcia odpowiednich działań. Postępowanie o udzielenie zamówienia ma prowadzić do wyboru wykonawcy

niepodlegającego wykluczeniu, który złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu, a nie jakiegokolwiek wykonawcy. Przeprowadzenie ponownej oceny wyjaśnień wykonawcy w ramach procedury samooczyszczenia może prowadzić do tożsamyh wniosków. Nie można bowiem z góry przesądzić, że każda powtórzona czynność zamawiającego będzie wywierała inny skutek od tej dokonanej pierwotnie. Nie sposób więc uznać, że treść uzasadnienia wykluczenia Odwołującego z dnia 9 sierpnia 2018 r., będąc tożsamą treścią z poprzednim uzasadnieniem z dnia 16 lipca 2018 r. stanowiła pozorną czynność Zamawiającego.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Wymóg podania faktycznych i prawnych podstaw czynności zamawiającego służy m.in. temu, by wykonawca mógł ocenić zasadność czynności zamawiającego względem jego oferty, przede wszystkim z uwagi na ewentualność skorzystania ze środków ochrony prawnej. Uzasadnienie musi zawierać wszelkie informacje, które pozwolą wykonawcy podjąć decyzję o zasadności wnoszenia środka odwoławczego, co miało miejsce w niniejszym stanie faktycznym. W tym zakresie Izba przywołuje i uznaje za własną argumentację zawartą w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 lipca 2015 roku (sygn. akt KIO 1429/15), dotyczącą czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania: *Zgodnie bowiem z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, Zamawiający ma bezwzględny obowiązek podania uzasadnienia faktycznego i prawnego wykluczenia wykonawcy z postępowania. Przywołany przepis, stanowiący realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na Zamawiającego obowiązek podania wykonawcom pełnych podstaw faktycznych wykluczenia jednocześnie z przekazaniem informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania wyczerpującej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn wykluczenia. Uzasadnienie faktyczne wykluczenia wykonawcy musi przedstawiać wszystkie przyczyny, jakie legły u podstaw decyzji Zamawiającego, tak aby wykonawca miał możliwość ustosunkowania się do wskazanych przez Zamawiającego uchybień.*

W niniejszej sprawie, na podstawie uzasadnienia wykluczenia, Odwołujący powziął wiedzę, w jakim zakresie i z jakich przyczyn został wykluczony i czemu przedłożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie potwierdziły, w ocenie Zamawiającego, jego rzetelności. W związku z powyższym Odwołujący podejmując decyzję o skorzystaniu ze środków ochrony prawnej miał wiedzę co do podstaw wykluczenia go z postępowania oraz rzeczowo się odniósł do przyczyn wykluczenia w uzasadnieniu odwołania. W związku z powyższym zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 i 1a ustawy Pzp oraz art. 6 Kodeksu cywilnego nie potwierdził się.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 3 i § 5 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 2018 r. poz. 972).

**Przewodniczący:** .....