

**WYROK**

**z dnia 12 listopada 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski  
Daniel Konicz  
Emil Kuriata**

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie **6 listopada 2019 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **22 października 2019 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Decsoft S.A. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Modernizacja systemu PKiD Centralnego Punktu Systemu Powiadamiania Ratunkowego* (nr postępowania 131/Błil/19/ESz)

prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – Komendant Główny Policji w Warszawie**

**orzeka:**

- 1. Uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wezwania z 14 października 2019 r.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:**
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2) zasądza od **Zamawiającego** na rzecz **Odwołującego** kwotę **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

## Uzasadnienie

Zamawiający Skarb Państwa – Komendant Główny Policji w Warszawie prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Modernizacja systemu PKiD Centralnego Punktu Systemu Powiadamiania Ratunkowego* (nr postępowania 131/Błil/19/ESz).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 6 czerwca 2019 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2019/S\_108 pod poz. 262579.

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

14 października 2019 r. Zamawiający wezwał drogą elektroniczną Decsoft S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej również w skrócie: „Decsoft”} na podstawie art. 26 ust. 3 pzp w zw. z art. 24 ust. 8 pzp w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 4 pzp do poprawienia dokumentu określonego w rozdziale VII ust. 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej również w skrócie: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”} tj. oświadczenia stanowiącego wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu {dalej również w skrócie: „JEDZ” lub „jednolity dokument”} przez zmianę odpowiedzi na pytanie „Czy przedsięwzięto środki w celu wykazania Państwa rzetelności (samooczyszczenie)?”, a także do przedstawienie dowodów na to, że podjęte środki są wystarczające do wykazania rzetelności, w szczególności udowodnienia naprawienia szkody, wyczerpującego wyjaśnienia stanu faktycznego oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy.

22 października 2019 r. Decsoft wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów pzp:

1. Art. 7 ust. 1 – przez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, w związku z brakiem rzetelnego i wystarczającego wyjaśnienia i ustalenia stanu faktycznego, który stanowił podstawę

decyzji Zamawiającego o wezwaniu Odwołującego do procedury samooczyszczenia.

2. Art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez wezwanie do poprawienia lub uzupełnienia JEDZ, mimo że nie zachodzą przesłanki do jego zastosowania, w szczególności Decsoft złożył oświadczenie, o którym mowa w art. 25a ust. 1 pzp, oświadczenia lub dokumenty potwierdzające okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp, i inne dokumenty niezbędne do przeprowadzenia postępowania, są one kompletne, nie zawierają błędów, a Zamawiający nie wskazał, by budziły jego wątpliwości.
3. Art. 24 ust. 8 w zw. art. 7 – przez wszczęcie procedury selfcleaningu względem Decsoftu, choć oświadczył, że nie zachodzą względem niego przesłanki wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 pzp, a także, że nie podejmował żadnych czynności wskazanych w art. 24 ust. 8 pzp, które mogłyby być uznane za samooczyszczenie.
4. Art. 24 ust. 5 pkt. 4 w zw. z art. 24 ust. 8 – przez uznanie, że zachodzą względem Decsoftu przesłanki wykluczenia określone w tym przepisie i w konsekwencji wszczęcie procedury samooczyszczenia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wezwania z 14 października 2019 r., a także uznania, że wobec Decsoftu nie zachodzą okoliczności umożliwiające stwierdzenie, że jest on wykonawcą polegającym wykluczeniu i prowadzenie procedury selfcleaningu, mimo zaznaczenia w części III sekcji C JEDZ odpowiedzi twierdzącej.
2. Wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący w szczególności następująco sprecyzował okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.

Odwołujący zrelacjonował, że uprzednio 30 sierpnia 2019 r. był już wzywany przez Zamawiającego do wykazania samooczyszczenia, od czego się skutecznie odwołał – w wyroku z 24 września 2019 r. (sygn. akt KIO 1748/19) Izba nakazała unieważnienie tego wezwania. W ocenie Izby treść wezwania nie wyjaśniała w sposób wystarczający zakresu, w jakim Zamawiający oczekiwał poprawienia lub uzupełnienia złożonego przez Decsoft oświadczenia, oraz podstawy faktycznej do takiego wezwania, co narusza art. 26 ust. 3 pzp. Izba jednocześnie uznała, że wezwanie to było przedwczesne. Izba stwierdziła również, że instytucja samooczyszczenia ma zastosowanie wtedy, gdy wobec wykonawcy zachodzi podstawa wykluczenia, ale wykonawca zamierza wykazać, że jest mimo to podmiotem, rzetelnym i wiarygodnym Izba podkreśliła, że jedynie w przypadku wykazania istnienia wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 pzp, zasadne jest skorzystanie

przez wykonawcę z uprawnienia do przedstawienia dowodów na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do uznania jego rzetelności. Wyrok ten nie został przez Zamawiającego zaskarżony i został wykonany.

Odwołujący podkreślił, że konsekwentnie twierdzi, że nie zachodzi względem niego podstawa wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 4 pzp, co wprost oświadczył w treści JEDZ, świadomie zaznaczając również, że nie przeprowadzał samooczyszczenia w związku z wcześniejszym rozwiązaniem umowy ze Skarbem Państwa – Prokuraturą Krajową, gdyż rozwiązanie tej umowy nie nastąpiło z przyczyn leżących po jego stronie.

Odwołujący zauważył, że jak wyjaśniał to już w treści JEDZ, o ile ogólne pytanie zawarte w JEDZ konstruuje niedookreślony zbiór sytuacji, które doprowadziły do rozwiązania przed czasem, na jaki została zawarta, umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy w sprawie koncesji, o tyle art. 24 ust. 5 pkt 4 pzp odnosi się wyłącznie do wyłącznie do takiej sytuacji, w której owo rozwiązanie umowy było skutkiem przyczyn leżących tylko i wyłącznie po stronie wykonawcy. Ponadto pytanie zawarte w JEDZ odnosi się do nałożenia odszkodowania lub innej odpowiedniej sankcji, którego może dokonać strona umowy, a powyższy przepis wskazuje na zasądzenie odszkodowania, co może uczynić jedynie sąd powszechny.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że *de facto* z naruszeniem art. 26 ust. 3 pzp, który nie znajduje w tych okolicznościach zastosowania, zmusza go do złożenia nieprawdziwego oświadczenia co do kwestii samooczyszczenia i podlegania wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 pzp.

Odwołujący zakwestionował również uzasadnienie wykluczenia zapowiedzianego przez Zamawiającego w razie braku wykazania przez Decsoft samooczyszczenia.

W szczególności zwrócił uwagę, że Zamawiający oparł się na tym samym piśmie Prokuratury Krajowej z 6 sierpnia 2019 r., na które powoływał się w toku poprzedniej sprawy odwoławczej, a także na treści odstąpienia przez Prokuraturę Krajową z 2 sierpnia 2018 r. od umowy. Natomiast Zamawiający całkowicie pominął treść i przyczyny zawarcia 15 czerwca 2019 r. aneksu nr 2, a także fakt i treść odstąpienia przez Konsorcjum 16 sierpnia 2018 r. od tej umowy oraz wcześniejszą i późniejszą korespondencję stron tej umowy. W ocenie Odwołującego przeczy to deklarowanemu przez Zamawiającego wszechstronnemu rozważeniu zebranego materiału.

Odwołujący podkreślił w szczególności, że Prokuratura Krajowa jako podstawę swojego odstąpienia od umowy wskazała oświadczenie Konsorcjum o braku możliwości wykonania umowy zawarte w pismach z 23 i 30 lipca 2018 r., pomijając jednak, że w ich treści wskazano, że jest to spowodowane brakiem wymaganego i koniecznego do jej prawidłowej realizacji współdziałania Prokuratury Krajowej, wbrew obowiązki

wynikającemu z art. 354 § 2 kc i art. 640 kc oraz przyjętym zobowiązaniom.

Do Prezesa Izby nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w tej sprawie.

Zamawiający oświadczył na posiedzeniu, że nie uznaje zarzutów odwołania i wniósł o jego oddalenie w całości.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Zuwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko.

Natomiast Zamawiający stwierdził, że nie mógł wykluczyć Odwołującego bez uprzedniego skierowania wezwania, gdyż z orzecznictwa Izby wynika, że zamawiający mają obowiązek umożliwić wykonawcy wykazanie samooczyszczenia. Nie oznacza to, że Zamawiający przymusza Odwołującego do zmiany treści złożonego JEDZ.

Przede wszystkim według Zamawiającego powyższa kwestia ma znaczenie wtórne, gdyż podstawowym problemem do rozstrzygnięcia jest to, czy w stosunku do Decsoftu zaistniała podstawa wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 4 pzp. Po przesądzeniu tego przez Izbę okaże się, że wezwanie było niezasadne albo przeciwnie.

Zdaniem Zamawiającego starannie przeanalizował tę kwestię na podstawie wszechstronnego rozważenia dokumentacji z realizacji zamówienia na rzecz Prokuratury Krajowej i doszedł do wniosków, jak w piśmie z 14 października 2019 r.

W opinii Zamawiającego podnoszenie przez stronę przeciwną okoliczności są bez znaczenia, gdyż nie przedstawiono żadnego dowodu na to, że przedwcześnie rozwiązanie umowy nastąpiło z uwagi na niedopełnienie przez Prokuraturę Krajową swoich zobowiązań, które miały istotne znaczenia dla realizacji przez Konsorcjum umowy. Zdaniem Zamawiającego, które opiera się również na własnym doświadczeniu, jakieś nieistotne dla całości uchybienia ze strony Prokuratury Krajowej były pretekstem dla konsorcjum które nie było w stanie w terminie wykonać zamówienia.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż nieuczynienie zadość skarżonemu wezwaniu może uniemożliwić Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, skoro Zamawiający zapowiedział, że w takim przypadku wykluczy go z postępowania.

Izba ustaliła następujące okoliczności, jako istotne dla rozstrzygnięcia odwołania:

Pismo Zamawiającego 14 października 2019 r. stanowi li tylko wezwanie Decsoftu w trybie art. 26 ust. 3 pzp do poprawienia JEDZ z jednoczesnym wezwaniem – z powołaniem się na art. 24 ust. 8 pzp w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 4 pzp – do wykazania samooczyszczenia, a nie zawiadomienie o definitywnym wykluczeniu tego wykonawcy na podstawie tego ostatniego przepisu, gdyż Zamawiający zapowiedział jedynie, że w razie braku wykazania skutecznego samooczyszczenia wykluczy Decsoft, oraz podał, jak uzasadni taką decyzję.

Najpóźniej od chwili otrzymania kopii odwołania w poprzedniej sprawie odwoławczej pomiędzy tymi samymi stronami (toczącej się pod sygnaturą akt KIO 1748/19), Zamawiający nie może mieć żadnych wątpliwości, że sposób sporządzenia przez Decsoft jego JEDZ w odniesieniu do oświadczeń zawartych w części III sekcji C dotyczących „rozwiązania umowy przed czasem, odszkodowania lub innych porównywalnych sankcji” [czyli udzielenie odpowiedzi twierdzącej na pytanie, *Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?* i jednocześnie zaznaczenie odpowiedzi negatywnej na pytanie, *Czy przedsięwzięto środki w celu wykazania Państwa rzetelności („samooczyszczenie”)?*] jest zgodny z wiedzą i wolą Wykonawcy. Wydaje się wręcz, że nie powinno to od początku budzić wątpliwości Zamawiającego, skoro Wykonawca w określony

sposób opisał również w JEDZ (w wersji objętej tajemnicą przedsiębiorstwa) okoliczności rozwiązania przed czasem umowy zawartej przez konsorcjum Sygnity-Decsoft z Prokuraturą Krajową.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Z art. 24 ust. 5 pkt 4 w zw. art. 24 ust. 6 pzp wynika, że jeżeli zamawiający przewidział taką podstawę wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji lub zaproszeniu do negocjacji, może wykluczyć wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

Z kolei z mocy art. 24 ust. 8 pzp wykonawca, który podlega wykluczeniu na powyższej podstawie może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy.

Wreszcie art. 24 ust. 9 pzp stanowi, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8.

Art. 92 ust. 1 pkt 2 pzp nakazuje zamawiającemu niezwłoczne poinformowanie wszystkich wykonawców o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni.



Izba zważyła, że bezprzedmiotowe i bezcelowe było ponowne kierowanie do Decsoft wezwania w trybie art. 26 ust. 3 pzp, którego hipoteza obejmuje sytuacje niezłożenia w ogóle albo złożenie niekompletnego lub błędnego lub budzącego wątpliwości jednolitego dokumentu.

Jednocześnie oczywiste jest, że Desoft nie zamierza wykazywać dokonania skutecznego samooczyszczenia, gdyż stoi na stanowisku, że to nie z przyczyn leżących po jego stronie doszło do rozwiązania umowy zawartej pomiędzy konsorcjum, w którego skład wchodził, a Prokuraturą Krajową.

W konsekwencji zupełnie nieadekwatne w tej sytuacji jest kierowanie przez Zamawiającego do Desoftu kolejnych wezwań do samooczyszczenia, z powołaniem się na to, że według poglądów orzecznictwa dotyczących stosowania podstaw wykluczenia podlegających samooczyszczeniu, umożliwienie jego przeprowadzenia jest obowiązkiem zamawiającego.

Niezależnie od powyższego Izba ustaliła, że pomimo rozbudowania w stosunku do poprzedniej wersji uzasadnienia wykluczenia nie stanowiłoby ono wystarczającego wykazania w stosunku do Decsoft zaistnienia przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 pzp. W szczególności z uzasadnienia tego wynika, że Zamawiający oparł się na tym samym co poprzednio piśmie Prokuratury Krajowej z 6 sierpnia 2019 r. oraz na treści otrzymanego przy okazji poprzedniej sprawy odwoławczej odstąpienia od umowy przez Prokuraturę Krajową oraz treści tej umowy. W ocenie Izby ocena tak złożonego stanu faktycznego dotyczącego realizacji umowy w sprawie specjalistycznego zamówienia na usługi informatyczne – które niewątpliwie zostało tak skonstruowane, że jego wykonanie przez konsorcjum nie było możliwe bez współdziałania ze strony zamawiającego, choćby z uwagi na powiązanie z trzema innymi zamówieniami, które miały być realizowane przez innych wykonawców – nie jest możliwe bez wszechstronnej analizy całości dokumentów dotyczących przebiegu realizacji zamówienia, krok po kroku, czego Zamawiający zaniechał.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 oraz art. 24 ust. 8 pzp może mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp. W pierwszej kolejności zaliczono do tych kosztów uiszczony przez Odwołującego wpis oraz potwierdzone złożonym rachunkiem koszty wynagrodzenia pełnomocnika – zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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 (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Ponadto kosztami postępowania odwoławczego obciążono Zamawiającego, od którego – zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia – zasądzono na rzecz Odwołującego poniesione przez niego koszty z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.