

WYROK

z dnia 28 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 października 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 października 2019 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: J. S. i M. S. przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą jako wspólnicy spółki cywilnej SANIMAX-TRANSPORT s.c., ul. Sokołowska 9/286, 01-142 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Obryte, Obryte 185, 07-215 Obryte**

przy udziale wykonawcy **M. W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą WÓL-TRANS M. W., Obryte 125, 07-215 Obryte** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Gminie Obryte unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawcy M.W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą WÓL-TRANS M. W. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. a ustawy Prawo zamówień publicznych,**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Obryte, Obryte 185, 07-215 Obryte i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: J.S. i M. S. przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą jako wspólnicy spółki cywilnej SANIMAX-TRANSPORT s.c., ul. Sokołowska 9/286, 01-142 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. zasądza od Gminy Obryte, Obryte 185, 07-215 Obryte na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: J. S.**

i M. S. przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą jako wspólnicy spółki cywilnej SANIMAX-TRANSPORT s.c., ul. Sokołowska 9/286, 01-142 Warszawa kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) poniesioną tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Ostrołęce.

Przewodniczący :

Uzasadnienie

Gmina Obryte (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług dowozu i odwozu uczniów do placówek oświatowych na terenie Gminy Obryte wraz z zapewnieniem opieki w czasie przejazdu w roku szkolnym 2019/2020. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 18 września 2019 r. pod pozycją 598878-N-2019.

W dniu 14 października 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: J.S. i M. S. przedsiębiorcy prowadzący działalność gospodarczą jako wspólnicy spółki cywilnej SANIMAX-TRANSPORT s.c. (dalej: „Odwołujący”) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

I. zaniechaniu wezwania wykonawcy „Wól-Trans” M. W. na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny

- co stanowiło naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 oraz 89 ust. 1 pkt 4 i 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp;

II. zaniechaniu wykluczenia wykonawcy „Wól-Trans” M. W. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 13 w zw. z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp z uwagi na uznanie przez Zamawiającego, że wykonawca „Wól-Trans” M. W., pomimo skazania prawomocnym wyrokiem za przestępstwo mieszczące się w katalogu określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp, przeprowadził skuteczną i wystarczającą procedurę tzw. *self-cleaning*, a w konsekwencji zaniechaniu odrzucenia oferty „Wól –Trans” M. W. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, co doprowadziło do zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej

- co stanowiło naruszenie art. 7 ust. 3, art 24 ust. 1 pkt 13 lit. a, art. 24 ust. 4, art 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Uzasadniając zarzut zaniechania wezwania wykonawcy „Wól-Trans” M.W. na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny Odwołujący podał, że z oferty złożonej przez „Wól-Trans” M.W. wynika, że wykonawca ten wykona przedmiot zamówienia za cenę 85 276,80 zł. W

ocenie Odwołującego, cena wynagrodzenia „Wól-Trans” M.W. jest rażąco niska w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, o czym świadczy nie tylko arytmetyczne porównanie cen, ale i brak jakiegokolwiek, w szczególności rynkowego uzasadnienia dla kalkulacji ceny na tak niskim, niespotykanym w praktyce poziomie.

Odwołujący zauważył, że:

1. Wykonawca „Wól-Trans” M. W. z miesięcznego wynagrodzenia w wysokości 10 659,60 zł brutto nawet po otrzymaniu dopłat z Urzędu Marszałkowskiego do biletów za ulgi ustawowe w kwocie 10 241,57 brutto /razem 19 352,29 netto/ zobowiązany będzie do opłacenia:

a. wynagrodzenia co najmniej 3 osób zatrudnionych na stanowisku kierowcy.

Zdaniem Odwołującego, nie powinno budzić wątpliwości Zamawiającego, że przy obecnym ukształtowaniu wynagrodzenia pracowników, gdzie mamy do czynienia z „rynkiem pracownika” i wysokim poziomem wynagrodzeń, sfinansowanie ww. kosztów z wynagrodzenia, które „Wól- Trans” M. W. uzyska od Zamawiającego, jest niemożliwe przy uwzględnieniu pozostałych wydatków.

b. w ramach zaproponowanej kwoty zobowiązany jest również do zapewnienia opieki w czasie przewozu dzieci poprzez zatrudnienie trzech opiekunów,

c. ubezpieczenia OC autobusów, OC firmy, koszt przeglądów technicznych (co pół roku) koszt legalizacji tachografów,

d. podatku od środków transportu,

e. kosztów paliwa, płynów i części eksploatacyjnych, serwisu, opłat środowiskowych kosztów obsługi administracyjnej itd.,

f. amortyzacji.

Odwołujący stwierdził, że zaoferowane przez „Wól-Trans” M. W. wynagrodzenie jest wynagrodzeniem rażąco niskim, wręcz symbolicznym, nieodpowiadającym w żaden sposób poziomowi kosztów, jak i zaangażowania wykonawcy w realizację przedmiotu zamówienia. W ocenie Odwołującego, cena oferty wynika z rażącego zaniżenia i nienależytego oszacowania elementów cenowych, kosztowych i jakościowych składanej oferty za tę usługę, względem realnego przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podał, że cena zaoferowana przez „Wól-Trans” M. W. stanowi 46,29%

ceny zaoferowanej przez Odwołującego i 40,62% ceny wykonawcy Usługi Transportowe Przewóz Osób B. R.. Jak wskazał Odwołujący za wyrokiem Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 4 czerwca 2008, sygn. akt X Ga 127/08, charakter ceny rażąco niskiej można ustalić także „poprzez ustalenie średniej ceny pozostałych ofert najbardziej zbliżonych do siebie pod względem cenowym”. Odwołujący zauważył, że cena „Wól-Trans” M.W. za wykonanie przedmiotu zamówienia różni się o 46,63% od średniej arytmetycznej cen tej usługi zaoferowanych przez pozostałych wykonawców w postępowaniu. W ocenie Odwołującego, jest to cena zupełnie oderwana od aktualnych - na moment składania ofert - cen rynkowych.

Zdaniem Odwołującego, taka rażąca dysproporcja - jako kryterium obiektywne - powinna wywołać wątpliwości Zamawiającego co do możliwości realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Odwołujący podkreślił, że całkowita cena oferty „Wól-Trans” M. W. wypełnia przesłanki rażąco niskiej ceny na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp. Odwołujący zwrócił uwagę, że w przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokładnie określił, w jakim standardzie oczekuje realizacji usługi przewozu dzieci. Narzucił również wiek i wielkość autobusów, którymi wykonawca zobowiązany jest świadczyć usługę. Mają to być 3 autobusy wyprodukowane nie wcześniej niż w 2003 r. - dwa z minimum 60 miejscami i jeden z minimum 20 miejscami, z możliwością przewozu osób niepełnosprawnych. W opinii Odwołującego, analizując wysokość ceny ofertowej „Wól-Trans” M.W. można domniemywać, iż wykonawca ten nie będzie w stanie świadczyć usługi w standardzie oczekiwanym przez Zamawiającego. W ocenie Odwołującego, wybór oferty „Wól-Trans” M.W. jako najkorzystniejszej w postępowaniu może skutkować pojawieniem się przypadków zaobserwowanych przez Odwołującego na gruncie obecnie realizowanej umowy zawartej pomiędzy „Wól-Trans” M. W., a Gminą Obryte. Z obserwacji Odwołującego wynika, że „Wól-Trans” M.W. nie świadczy usługi autobusami spełniającymi wymagania Zamawiającego. O fakcie tym Odwołujący informował Zamawiającego ustnie i pisemnie w dniu 14 października 2019 r.

Odwołujący podał, że jest dużą firmą, znającą realia rynku usług przewozowych w Polsce. W ocenie Odwołującego, złożenie przez „Wól-Trans” M. W. oferty z ceną mniejszą o ponad 46,63% od cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców w postępowaniu powinno wynikać z możliwości dostępnej wyłącznie temu wykonawcy,

a zarazem dopuszczalnej przez przepisy prawa i niedostępnej dla innych wykonawców składających oferty Zamawiającemu. Tak rażąca dysproporcja pomiędzy cenami tej usługi, jako czynnik obiektywny, powinna wywołać wątpliwości Zamawiającego co do zgodności z przepisami ustawy Pzp.

Odwołujący stwierdził, że świadomie nie podnosi zarzutu zaniżenia przez „Wól-Trans” M. W. ceny, która jest nieuzasadniona technologicznie, ekonomicznie i rynkowo. Jak zaznaczył Odwołujący, nie jest to różnica błaha, która mogłaby wynikać z takiego, a nie innego skalkulowania ryzyka kontraktowego przez „Wól-Trans” M.W. . Odwołujący wskazał, że nie zachodzą żadne obiektywne czynniki uzasadniające zaoferowanie tak niskiej ceny. Cena jest nierealna, a przy zachowaniu wszelkich rynkowych reguł i należytej staranności, realizacja tych usług za wskazaną przez „Wól-Trans” M. W. cenę byłaby nierentowna i nieopłacalna. Odwołujący przypomniał, że zaoferowana cena ma zagwarantować wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami opisanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (w szczególności jakość realizacji, terminowość itp.). Ponadto, cena oferty ma zapewnić, że usługa będzie wykonana przy zachowaniu wszelkich zasad bezpieczeństwa i najwyższych standardów, przy jednoczesnym zaangażowaniu odpowiedniej ilości właściwie wykwalifikowanego personelu i przy odpowiednim nakładzie czasu.

Odwołujący zwrócił uwagę, że specyfika przewozu dzieci nie opiera się na wyjątkowym *know-how* wykonawcy, stanowiącym jego własność intelektualną, co ewentualnie różnicowałoby jej wycenę przez poszczególnych wykonawców. Jest to usługa przewozu, wykonawca nie może zatem twierdzić, że posiada wyjątkową receptę na realizację zamówienia, dzięki czemu wycena jest tak niska. Odwołujący przywołał orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej definiujące pojęcie rażąco niskiej ceny z dnia 18 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 1050/18, oraz z dnia 17 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 633/18.

Odwołujący podkreślił, że na gruncie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, decyzja co do wezwania wykonawcy do udzielenia wyjaśnień w dużej mierze zależy od przekonania samego Zamawiającego, co jednocześnie powinno wynikać z określonych okoliczności o charakterze obiektywnym. Odwołujący uznał, że skoro takie okoliczności zaistniały, Zamawiający zobowiązany był do wezwania „Wól-Trans” M. W. do złożenia takich wyjaśnień. Odwołujący zwrócił też uwagę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 2643/17, w którym Izba zajęła stanowisko, że „Obowiązek zamawiającego wynikający z art 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) nie jest całkowicie uznaniowy - tj. należy przyjąć, iż mogą zaistnieć okoliczności, w obliczu których zamawiający winien jest te wątpliwości powziąć.”.

Odnośnie zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy „Wól-Trans” M. W. z postępowania na podstawie art. 24 ust 1 pkt 13 w zw. z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp z uwagi na uznanie przez Zamawiającego, że wykonawca „Wól-Trans” M. W., pomimo skazania prawomocnym wyrokiem za przestępstwo mieszczące się w katalogu określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13a ustawy Pzp, przeprowadził skuteczną i wystarczającą procedurę tzw. *self-cleaning*, a w konsekwencji zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez „Wól-Trans” M. W. na podstawie art 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, co doprowadziło do zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, Odwołujący zauważył, że o kontrakty finansowane ze środków publicznych mogą ubiegać się jedynie przedsiębiorcy, którzy dają gwarancję należytego wykonania umowy z podmiotem publicznym, są rzetelni i nie wchodzą w konflikt z prawem.

Odwołujący wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu wykonawca „Wól-Trans” M. W. złożył oświadczenie, zgodnie z treścią którego wskazał, iż zachodzą w stosunku do niego podstawy wykluczenia z postępowania o dzielenia zamówienia publicznego na podstawie art. 297 §1 KK i jednocześnie oświadczył, że w związku z ww. okolicznością na podstawie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp podjął środki naprawcze. Szczegółowy opis podjętych działań naprawczych został wskazany przez wykonawcę „Wól-Trans” M.W. w Załączniku nr 4 do oferty. Wraz z wyjaśnieniami wykonawca złożył dowody w postaci: wyroku Sądu Rejonowego w Wyszku II Wydział Karny z dnia 21 maja 2019 r., wezwanie Sądu Rejonowego w Wyszku, potwierdzenie wpłaty kwoty 3 500,00 zł, potwierdzenie wpłaty kwoty 420,00 zł oraz kopię umowy o pracę z dnia 8 października 2018 r.

Odwołujący oświadczył, że nie kwestionuje możliwości zastosowania instytucji *self-cleaning*. Odwołujący podkreślił jednak, że to na wykonawcy - jako podmiocie zainteresowanym udzieleniem zamówienia publicznego - ciąży obowiązek udowodnienia, że podjął właściwe środki naprawcze i pomimo wystąpienia pewnych uchybień, jest obecnie w stanie wykonać zamówienie zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego. Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp, musi przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, a w szczególności udowodnić:

- a) naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem,
- b) zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody,

c) wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy.

Dopiero wówczas Zamawiający, zgodnie z art. 24 ust. 9 ustawy Pzp, po rozważeniu wagi i szczególnych okoliczności czynu wykonawcy, może uznać za wystarczające dowody przedstawione na podstawie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp i dopiero w tych okolicznościach wykonawca taki nie podlega wykluczeniu.

Jak zauważył Odwołujący, wykonawca „Wól-Trans” M. W. w treści Załącznika nr 4 próbuje wykazać, iż pomimo skazania go za przestępstwo poświadczenia nieprawdy, wykonał wszystkie czynności stypizowane w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp niezbędne w celu uznania jego samooczyszczenia za skuteczne. Wykonawca wskazał, że naprawił szkodę, bowiem uiszczył nałożoną na niego karę grzywny i koszty postępowania oraz wdrożył zmiany organizacyjne i kadrowe zatrudniając w dniu 8 października 2018 r. pracownika biurowego na pół etatu, którego obowiązkiem było przygotowanie dokumentacji min. do postępowań przetargowych.

Odwołujący oświadczył, że nie kwestionuje faktu wpłat ww. kwot wynikających z obowiązku wykonania wyroku. Nie kwestionuje również wyjaśnień stanu faktycznego, bowiem nie ma wiedzy w zakresie szczegółowych okoliczności popełnienia przez wykonawcę przestępstwa. Daleko idące wątpliwości Odwołującego budzi jednak fakt powołania się przez „Wól-Trans” M. W. na wdrożenie zmian organizacyjnych i kadrowych, które mają być gwarantem jego rzetelności. Odwołujący zwrócił uwagę, że wykonawca powołuje okoliczność, iż 8 października 2018 r. zatrudnił osobę będącą odpowiedzialną za przygotowywanie dokumentacji przetargowych, aby uniknąć „pomyłek”, które zdarzały mu się, gdy sam przygotowywał dokumentację. Odwołujący stwierdził, że sama decyzja wydaje się bezsprzecznie słuszna, bowiem prawidłowe przygotowanie oferty jest oczekiwane od podmiotu profesjonalnie działającego na rynku. Należałoby jednak oczekiwać, w ocenie Odwołującego, że zatrudnienie osoby spowodowało od dnia 8 października 2018 r. rzeczywiście istotne zmiany w jakości przygotowywanych dokumentów, dzięki czemu udało się „Wól-Trans” M.W. uniknąć wspomnianych w jego piśmie „pomyłek”.

Tymczasem, zgodnie z wiedzą Odwołującego, trudno uznać, że owa zmiana kadrowa dała jakiegokolwiek pozytywne rezultaty. Odwołujący zwrócił uwagę, że w dniu 7 lipca 2019 r. Zamawiający ogłosił przetarg nieograniczony na świadczenie usług dowozu i odwozu uczniów do placówek oświatowych na terenie Gminy Obryte wraz z zapewnieniem opieki

w czasie przejazdu w roku szkolnym 2019/2020 (Ogłoszenie nr 570631-N-2019 z dnia 8 lipca 2019 r.). W tym postępowaniu (przeprowadzonym już po ogłoszeniu wyroku w związku z przestępstwem poświadczenia nieprawdy) wykonawca „Wól-Trans” M.W. złożył oświadczenie, iż nie podlega wykluczeniu z postępowania. Oświadczenie zostało złożone na wzorze druku przygotowanym przez Zamawiającego. Odwołujący podkreślił, że treść wzoru oświadczenia była czytelna i jasna, zrozumiała dla każdej osoby posługującej się językiem polskim, a tym bardziej dla wykonawcy, który po pierwsze jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku, a po drugie zaledwie dwa miesiące wcześniej został skazany za poświadczenie nieprawdy w związku ze składanymi w innym postępowaniu referencjami i powinien być szczególnie uważny w zakresie składanych przez siebie dokumentów i oświadczeń. W wyniku tego postępowania Zamawiający - Gmina Obryte zawarł umowę z „Wól-Trans” M. W., która następnie została przez Zamawiającego rozwiązana na podstawie art. 145a ustawy Pzp z uwagi na okoliczność, że umowa została zawarta z wykonawcą podlegającym wykluczeniu z postępowania. Następnie, jak zauważył Odwołujący, w dniu 18 września 2019 r. pod numerem 598878-N-2019 ukazało się drugie ogłoszenie o zamówieniu na świadczenie usług dowozu i odwozu uczniów do placówek oświatowych na terenie Gminy Obryte wraz z zapewnieniem opieki w czasie przejazdu w roku szkolnym 2019/2020. W drugim postępowaniu wykonawca „Wól-Trans” M. W. złożył już oświadczenie zgodne z prawdą i jednocześnie zastosował procedurę *self-cleaning*.

Odwołujący wskazał, że oświadczenia o nie podleganiu wykluczeniu zostały przez „Wól-Trans” M. W. złożone w przetargach prowadzonych przez Gminę Gzy oraz przez Gminę Winnica ogłoszonych odpowiednio 7 sierpnia 2019 r. i 11 lipca 2019 r.

W ocenie Odwołującego, zastosowanie procedury sanacyjnej ma pewne granice, a przywilej Zamawiającego w zakresie swobody oceny wyjaśnień powinien podlegać ograniczeniom wynikającym chociażby z zasad logicznego myślenia. Odwołujący zwrócił uwagę, że wykonawca „Wól-Trans” M. W. przywołuje okoliczność, że co prawda popełnił przestępstwo, ale było ono wynikiem pomyłki i aby takiej pomyłki uniknąć w przyszłości, wzmocnił obsadę kadrową. Niestety, jak zauważył Odwołujący, wzmocnienie obsady nie przyniosło oczekiwanego rezultatu, bowiem w prawie rok po tych zmianach, kilkakrotnie, w różnych postępowaniach „Wól-Trans” M. W. nadal składał fałszywe oświadczenia. W ocenie Odwołującego, uznanie powyższego jako zwykłej „pomyłki” jest nadmiernym ukłonem w stronę ww. wykonawcy. Odwołujący podkreślił, że wszystkie wymienione wyżej postępowania miały miejsce już po uprawomocnieniu się wyroku. W ocenie Odwołującego, wykonawca „Wól-Trans” M. W. musi udowodnić skuteczność zmian kadrowych i wykazać bezpośredni wpływ tej zmiany na jego funkcjonowanie, aby

Zamawiający mógł uznać przywołaną argumentację.

Dodatkowo, zdaniem Odwołującego, „Wól-Trans” M. W. nie wykazał żadnych dodatkowych argumentów i dowodów potwierdzających zmiany techniczne i organizacyjne w swojej firmie. W opinii Odwołującego, zmiana kadrowa polegająca na zatrudnieniu jednej osoby dedykowanej m.in. do zamówień, nie uzasadnia w sposób wystarczający, że powyższe zapobieże dalszym przestępstwom. Odwołujący zwrócił uwagę, że wykonawca „Wól-Trans” M.W. często ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku, a to powoduje, że należy wobec tego wykonawcy stosować wyższy miernik staranności, wynikający z zawodowego charakteru jego działalności. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 października 2018 r., sygn. akt KIO 2010/18, w którym stwierdzono: „Informacje podawane w postępowaniu o udzielenie zamówienie publicznego stanowią oświadczenia wiedzy składane w sposób celowy, stanowią odpowiedź na ukształtowane w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SWIZ warunki udziału w postępowaniu, dlatego też muszą być rozpatrywane w pryzmacie staranności wymaganej w danych okolicznościach, z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru postępowania o zamówienie oraz zawodowego charakteru prowadzonej działalności przez wykonawców. Tym samym czynność wykonawcy polegająca na przedstawieniu informacji wprowadzających w błąd zamawiającego należy oceniać w pryzmacie cywilistycznym, a więc dokonując oceny dochowania przez wykonawcę należytej staranności wymaganej od uczestnika postępowania.”.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia wyboru oferty „Wól-Trans” M. W. jako najkorzystniejszej i wezwanie „Wól-Trans” M. W. do złożenia wyjaśnień dotyczących wysokości zaoferowanej ceny,
- unieważnienia wyboru oferty „Wól-Trans” M. W. jako najkorzystniejszej i odrzucenie oferty „Wól-Trans” M. W. jako złożonej przez wykonawcę wykluczonego z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 13 oraz ust. 4 ustawy Pzp
- wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca M. W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą WÓL-TRANS M. W..

W dniu 21 października 2019 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzut zaniechania wezwania wykonawcy „Wól-Trans” M. W. na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Zamawiający wniósł też o oddalenie zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy „Wól-Trans” M. W. z postępowania na podstawie art. 24 ust 1 pkt 13 w zw. z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp z uwagi na uznanie przez Zamawiającego, że wykonawca „Wól-Trans” M.W., pomimo skazania prawomocnym wyrokiem za przestępstwo mieszczące się w katalogu określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13a ustawy Pzp, przeprowadził skuteczną i wystarczającą procedurę tzw. *self-cleaning*, a w konsekwencji zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez „Wól-Trans” M.W. na podstawie art 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, co doprowadziło do zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Zamawiający uznał, że wykonawca „Wól-Trans” M. W. „wyjaśnił wyczerpująco stan faktyczny dotyczący okoliczności popełnienia przestępstwa przez wykazanie, że w oświadczeniu o doświadczeniu omyłkowo umieszczona została firma Wykonawcy, obok Wykonawcy, z którego potencjału i doświadczenia miał skorzystać, zamiast jedynie własnego imienia i nazwiska. Wobec skazanego, orzeczono karę w postaci grzywny, która została uiszczona wraz z kosztami sądowymi zgodnie z przedłożonym dowodem wpłaty. Zgodnie z wyjaśnieniami Wykonawca przyznał się do winy i dobrowolnie poddał się karze, co pozwala stwierdzić, że podjął się współpracy z organami ścigania. Wprowadził również zmiany kadrowe poprzez zatrudnienie na czas nieokreślony osoby do prowadzenia spraw biurowych, w tym do przygotowania oferty w ramach zamówień publicznych, co udowodnił przedłożoną umową o pracę. Mając na uwadze powyższe, Wykonawca skutecznie dokonał self cleaning i zgodnie z art. 24 ust. 8 pzp nie podlega wykluczeniu.”.

Na posiedzeniu wykonawca „Wól-Trans” M. W. złożył oświadczenie, że nie zgłasza sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 oraz 89 ust. 1 pkt 4 i 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy „Wól-Trans” M. W. na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących wysokości zaoferowanej ceny.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy wymieniony w treści uzasadnienia, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że zaistniały podstawy do jego uwzględnienia.

Potwierdził się zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy „Wól-Trans” M. W. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp z uwagi na uznanie przez Zamawiającego, że wykonawca „Wól-Trans” M.W., pomimo skazania prawomocnym wyrokiem za przestępstwo mieszczące się w katalogu określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp, przeprowadził skuteczną i wystarczającą procedurę tzw. *self-cleaning*, a w konsekwencji zaniechania odrzucenia oferty „Wól-Trans” M. W. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, co doprowadziło do zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Izba za nieskuteczną uznała przeprowadzoną przez wykonawcę „Wól-Trans” M.W. procedurę tzw. *self-cleaning*. Procedura samooczyszczenia została uregulowana w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16–20 lub ust. 5 ustawy Pzp, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Procedura samooczyszczenia ma zatem na celu umożliwienie wykonawcy podjęcia określonych działań w celu uniknięcia wykluczenia z postępowania, nawet gdy zaistniały wobec tego wykonawcy przesłanki wykluczenia. Omawiana procedura naprawcza nie daje możliwości zakwestionowania podstaw wykluczenia, pozwala natomiast wykonawcy udowodnić, że mimo zaistnienia jednej lub kilku przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16–20 i ust. 5 ustawy Pzp, podjęte przez niego działania są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Instytucja *self-cleaning* służy temu, że nawet w przypadku stwierdzenia określonych naruszeń, zamawiający nie będzie uprawniony do wykluczenia wykonawcy, jeżeli ten ostatni

udowodni, iż podjął środki zaradcze w celu wyeliminowania powstania takich naruszeń w przyszłości, jak też w celu naprawienia szkody. Podjęte środki muszą być uznane za wystarczające do stwierdzenia, że popełniony czyn lub zaniechanie z dużym prawdopodobieństwem nie będzie miało miejsca w przyszłości.

W przedmiotowej sprawie wykonawca „Wól-Trans” M.W. załączył do oferty oświadczenie, że zachodzą w stosunku do niego podstawy wykluczenia z postępowania. Wykonawca ten załączył do oferty również wyjaśnienia (Załącznik nr 4), w których poinformował Zamawiającego, że wyrokiem Sądu Rejonowego w Wyszku z dnia 21 maja 2019 r. został skazany za czyn z art. 297 § 1 KK i wymierzono wykonawcy karę grzywny w wysokości 350 stawek dziennych ustalając wysokość stawki na kwotę 10 zł. Wykonawca „Wól-Trans” M. W. podał, że naprawił szkodę wyrządzoną ww. czynem. W dniu 24 lipca 2019 r. wykonawca uiszczył karę grzywny w wysokości 3 500 zł, oraz kwotę 420 zł tytułem kosztów postępowania. Wykonawca „Wól-Trans” M. W. wskazał ponadto, że aby uniknąć w przyszłości podobnych przypadków wprowadził odpowiednie zmiany organizacyjne i kadrowe, tj. w dniu 8 października 2018 r. zatrudnił pracownika biurowego na pół etatu, którego obowiązkiem było m.in. przygotowywanie dokumentacji m.in. do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Jak stwierdził wykonawca, niestety, liczba dokumentów niezbędna do zgromadzenia w tego typu postępowaniach jest znaczna, wobec czego nietrudno o pomyłkę, która już raz wykonawcy się zdarzyła. Wykonawca wniósł o uznanie za wystarczające przedstawionych przez wykonawcę dowodów i zaniechanie wykluczenia wykonawcy z postępowania. Do wyjaśnień wykonawcy „Wól-Trans” M.W. załączył wyrok Sądu Rejonowego w Wyszku z dnia 21 maja 2019 r., dowód zapłaty kwot 420 zł i 3 500 zł, umowę o pracę na czas nieokreślony zawartą w dniu 8 października 2018 r. pomiędzy „Wól-Trans” M. W. a K. P., a także podstawową informację określoną w art. 29§3 kodeksu pracy u pracodawcy posiadającego regulamin pracy z dnia 8 października 2018 r.

Dokonując oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę „Wól-Trans” M.W. Izba miała na uwadze, że skazanie za przestępstwo z art. 297 § 1 KK stanowi przesłankę do wykluczenia wykonawcy z postępowania ujętą w art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp. Wyjątkiem, który pozwala zamawiającemu na odstąpienie od wykluczenia wykonawcy jest wykazanie przez wykonawcę, że podjął środki, o których mowa w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba zważyła, że wykonawca „Wól-Trans” M. W. dobrowolnie poddał się karze, uiszczył karę grzywny oraz koszty sądowe, a także złożył Zamawiającemu wyjaśnienia dotyczące okoliczności, w jakich doszło do popełnienia przestępstwa oraz środków zaradczych, jakie wykonawca powziął.

Należy mieć jednak na uwadze, że art. 24 ust. 8 ustawy Pzp zobowiązuje wykonawcę do wykazania podjęcia konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. W tym zakresie wykonawca „Wól-Trans” M. W. zatrudnił pracownika biurowego na pół etatu, którego obowiązkiem ma być, jak oświadczył wykonawca, m.in. przygotowywanie dokumentacji do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba stwierdziła, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy zatrudnienie osoby do wykonywania prac biurowych nie stanowi owego odpowiedniego środka, który zapobiegnie dalszym przestępstwom lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Należy mieć bowiem na uwadze, że wykonawca M.W. prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą „Wól-Trans” M. W., a zatem oferty, oraz oświadczenia składane w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego pochodzą od pana M.W., jako właściciela. Zatem to od woli i wiedzy tej osoby zależy treść składanych w postępowaniu oświadczeń. Przykładem mogą być chociażby oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, czy podleganiu bądź też nie wykluczeniu z postępowania, które pan W. składa osobiście.

Izba stoi na stanowisku, że zatrudnienie pracownika może mieć wpływ np. na kompletowanie dokumentów na rzecz postępowań, prowadzenie korespondencji w toku postępowania itp., ale pozostaje bez wpływu na treść oświadczeń wiedzy składanych przez pana M.W. osobiście. Potwierdzeniem powyższego jest popełnienie przez pana M.W. czynu z art. 297§1 KK, za który pan W. został skazany, jak również złożenie przez tego wykonawcę w lipcu i sierpniu 2019 r. w postępowaniach prowadzonych przez Gminę Winnica i Gminę Gzy błędnych oświadczeń, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania. Powyższe okoliczności zaistniały pomimo podjęcia przez wykonawcę środków kadrowych, co świadczy o braku skuteczności tych środków.

Okoliczności przemawiającej za uznaniem, że wykonawca „Wól-Trans” M.W. skutecznie przeprowadził procedurę samooczyszczenia nie może stanowić fakt, że, jak oświadczył ww. wykonawca na rozprawie, pan W. „działał pod wpływem błędu, jego wyobrażenia o konsekwencjach wyroku były niezgodne z rzeczywistością”. Należy mieć na uwadze, że wykonawca „Wól-Trans” M. W. jest profesjonalistą, przedsiębiorcą ubiegającym się o zamówienia publiczne. Informacje podawane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stanowią oświadczenia wiedzy składane w sposób celowy, muszą być zatem rozpatrywane w pryzmacie staranności wymaganej w danych okolicznościach, z

uwzględnieniem profesjonalnego charakteru postępowania o zamówienie publiczne oraz zawodowego charakteru prowadzonej przez wykonawcę działalności. Co za tym idzie, wykonawca nie może skutecznie usprawiedliwiać składania nieprawdziwych oświadczeń brakiem świadomości po jego stronie.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że wykonawca „Wól-Trans” M.W. podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp.

Izba nie rozpoznawała zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 oraz 89 ust. 1 pkt 4 i 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy „Wól-Trans” M. W. na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących wysokości zaoferowanej ceny. W odpowiedzi na odwołanie z dnia 21 października 2019 r. Zamawiający złożył oświadczenie, że uwzględni odwołanie w tej części. Wykonawca „Wól-Trans” M. W. nie złożył sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego przedmiotowego zarzutu. Wobec powyższego, Izba, działając w zgodzie z treścią art. 186 ust. 4a ustawy Pzp, pozostawiła przedmiotowy zarzut bez rozpoznania.

Z uwagi na powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 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 :