

WYROK
z dnia 19 lipca 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 lipca 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 czerwca 2017 roku przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Technical Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kędzierzynie-Koźlu**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Powiat Krapkowicki z siedzibą w Krapkowicach**

przy udziale wykonawcy **HUCZ Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Boronowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1a ustawy Pzp z uwagi na uwzględnienie odwołania w części i brak sprzeciwu Przystępującego;
2. oddala zarzuty odwołania w pozostałym zakresie
3. kosztami postępowania obciąża Odwołującego **Technical Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kędzierzynie-Koźlu** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od Odwołującego **Technical Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kędzierzynie-Koźlu** na rzecz Zamawiającego

Powiatu Krapkowickiego kwotę 3 859,67 zł (słownie: trzy tysiące osiemset pięćdziesiąt dziewięć złotych 67/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz z tytułu dojazdu pełnomocników na wyznaczoną rozprawę

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. 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 Opolu**

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu 30 czerwca 2017 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r., poz.2164 ze zm.), dalej jako: „ustawa Pzp” odwołanie złożył wykonawca **Technical Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kędzierzynie-Koźlu**, dalej jako: „Odwołujący”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa drogi powiatowej Nr 1808 O ul. Góry św. Anny wraz z budową ronda na skrzyżowaniu z ul. Nową w Zdieszowicach” prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego Zamawiający: **Powiat Krapkowicki z siedzibą w Krapkowicach**. Numer ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych 517935-N-2017; data ogłoszenia 25 maja 2017 r.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu:

- naruszenie przepisu art. 24 ust. 8 Pzp poprzez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że w przypadku zastosowania procedury samooczyszczenia, Odwołujący w dniu składania ofert miał obowiązek wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji naruszenie przepisu art. 24 ust. 9 Pzp przez jego niezastosowanie polegającym na nierozpoznaniu i niewzięciu pod uwagę złożonych przez Odwołującego wyjaśnień i dowodów, co skutkowało niezgodnym z prawem wykluczeniem Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- naruszenie przepisu art. 92 ust. 1a Pzp poprzez jego niezastosowanie, co skutkowało brakiem wskazania i wyjaśnienia przez Zamawiającego powodów, dla których dowody przedstawione przez Odwołującego, uznał za niewystarczające.

Wobec powyższego Odwołujący wnosił o:

- 1) uwzględnienie odwołania i unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego;
- 2) nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny oferty zgodnie z przepisami Pzp;
- 3) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania według norm prawem przepisanych.

Interes prawny w złożeniu odwołania Odwołujący wywodził z faktu, iż jego oferta z dnia 12 czerwca 2017 r. jest ofertą najkorzystniejszą i unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego spowoduje, że w przypadku powtórzenia czynności badania i oceny oferty, oferta Odwołującego będzie ofertą

wygrywającą z punktu widzenia kryteriów oceny ofert, jakimi były: wysokość wynagrodzenia oraz okres gwarancji przedmiotu umowy.

W uzasadnieniu wskazano, że Zamawiający w dniu 25 maja 2017 r. opublikował w BZP ogłoszenie o zamówieniu w przedmiotowym postępowaniu. Zgodnie z postanowieniem rozdziału Va ust. 2 SIWZ Zamawiający przewidywał wykluczenie Wykonawcy:

- 1) o którym mowa w art. 24 ust. 5 pkt 1, w stosunku do którego otwarto likwidację, w zatwierdzonym przez sąd układzie w postępowaniu restrukturyzacyjnym jest przewidziane zaspokojenie wierzycieli przez likwidację jego majątku lub sąd zarządził likwidację jego majątku w trybie art. 332 ust. 1 ustawy z dnia 15 maja 2015 r. - Prawo restrukturyzacyjne (Dz. U. poz. 978, z późn. zm.) lub którego upadłość ogłoszono, z wyjątkiem wykonawcy, który po ogłoszeniu upadłości zawarł układ zatwierdzony prawomocnym postanowieniem sądu, jeżeli układ nie przewiduje zaspokojenia wierzycieli przez likwidację majątku upadłego, chyba że sąd zarządził likwidację jego majątku w trybie art. 366 ust. 1 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. - Prawo upadłościowe (Dz. U. z 2015 r. poz. 233, z późn. zm.);
- 2) o którym mowa w art. 24 ust. 5 pkt 8 - tj. który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 15, chyba że wykonawca dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności.

Odwołujący przyznał, że na dzień złożenia oferty zalegał z zapłatą podatku od środków transportowych, jednakże w dniu 25 maja 2017 r. złożył wniosek do organu podatkowego o rozłożenie na raty zadłużenia z tytułu podatku był w trakcie postępowania przed organem podatkowym mającym na celu zastosowanie wobec niego ulgi podatkowej w postaci rozłożenia podatku na raty i odroczenia terminu płatności. Mając na uwadze zaleganie z zapłatą podatku od środków transportowych, Odwołujący wykazał ten fakt w treści załącznika nr 3 do SWIZ przedstawiając jednocześnie zaistniały stan faktyczny sprawy oraz dowody, które jego zdaniem były wystarczające do wykazania jego rzetelności.

W dniu 16 czerwca 2017 r. Prezydent Miasta Kędzierzyn-Koźle wydał decyzję rozkładającą na raty zadłużenie podatkowe Odwołującego. O uzyskaniu decyzji w sprawie zaległości podatkowej, Zamawiający został poinformowany pismem datowanym na dzień 21 czerwca 2017 r.

Zamawiający w dniu 26 czerwca 2017 roku, pismem z dnia 23 czerwca 2017 r., poinformował o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, a co za tym idzie, o odrzuceniu jego oferty. W uzasadnieniu zostało wskazane, że „W związku z tym, że przepis wskazuje na

możliwość uchylenia się od skutku wykluczenia poprzez uregulowanie płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarcia wiążącego porozumienia w sprawie spłaty tych należności, nie zwalnia wykonawcy z wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień złożenia oferty, czyli w tym przypadku nie została skutecznie przeprowadzona procedura samooczyszczenia.”

Odwołujący nie może zgodzić się z takim stwierdzeniem Zamawiającego, albowiem stoi ono w zupełnej sprzeczności z przepisami Pzp. Ponadto, zdaniem Odwołującego, stanowisko przedstawione przez Zamawiającego, wskazuje na całkowity brak zrozumienia procedury samooczyszczenia.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że zgodnie z przepisem art. 24 ust. 8 Pzp *„Wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16-20 lub ust 5, 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. Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się, jeżeli wobec wykonawcy, będącego podmiotem zbiorowym, orzeczono prawomocnym wyrokiem sądu zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz nie upłynął określony w tym wyroku okres obowiązywania tego zakazu.”* Zaznaczyć należy, że identyczne postanowienie Zamawiający zawarł w rozdziale Va ust.4 SIWZ. Zdaniem Odwołującego, celem cytowanego przepisu jest umożliwienie wykonawcom, którzy na dzień składania ofert podlegaliby wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie wskazanych przepisów, złożenie oferty i opisanie w niej zaistniałej sytuacji, przedstawienie stosownych wyjaśnień oraz dowodów na ich poparcie, żeby wykazać, że pomimo okoliczności wyłączeniowych, poczynione przez nich działania i podjęte środki są wystarczające do wykazania ich rzetelności oraz zapobieżeniu dalszym nieprawidłowym działaniom.

Wobec tego, Odwołujący stoi na stanowisku, że nie sposób zgodzić się z twierdzeniami Zamawiającego wyrażonymi w informacji o wykluczeniu wykonawcy, jakoby procedura samooczyszczenia, polegała na obowiązku wykazania przez wykonawcę spełnienia wszystkich warunków udziału w postępowaniu, już w dniu składania ofert, gdyż przy takim rozumieniu tej procedury, nie byłaby ona w ogóle potrzebna. Ponownie podkreślić należy, że istotą procedury samooczyszczenia wykonawcy, jest możliwość przedstawienia

zamawiającemu faktów i dowodów, wskazujących że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Jak wynika z art. 24 ust. 8 Pzp samooczyszczenie może polegać na udowodnieniu naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynieniu pieniężnym za doznaną krzywdę lub naprawieniu szkody. Może również polegać na wyczerpującym wyjaśnieniu stanu faktycznego oraz wykazaniu współpracy z właściwymi organami. Wymienione we wskazanym przepisie sposoby samooczyszczenia należy traktować jako przykładowe. Jednak samo sformułowanie tych przykładowych okoliczności wskazuje, że jeśli wykonawca wykazuje okoliczności potwierdzające jego rzetelność, powinny być one opisane precyzyjnie i szczegółowo. Zgodnie z przepisem art. 24 ust. 9 Pzp *„Wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8”*. Na podstawie tych wyjaśnień zamawiający oceni, czy postawa wykonawcy gwarantuje jego rzetelność i uczciwość, a co za tym idzie należyte wykonanie zamówienia. Odwołujący przywołał stanowisko zajęte przez skład orzekający KIO, zgodnie z którym *«W świetle art. 24 ust. 8 p.z.p. (w brzmieniu od 28 lipca 2016 r.) wykonawca ma prawo do przedstawienia dowodów, iż dokonał tzw. „samooczyszczenia”. Jak wynika zaś z art. 24 ust. 9 p.z.p. (w brzmieniu od 28 lipca 2016 r.), dopiero negatywna ocena przedstawianych przez wykonawcę dowodów może uzasadniać wykluczenie go z udziału w postępowaniu»* (wyrok KIO z dnia 16 sierpnia 2016 r., sygn. akt: KIO 1352/16; KIO 1355/16). Odwołujący zauważył, że zgodnie z wskazanym przepisem oraz wyrokiem KIO, Zamawiający nie ma prawa wykluczyć z postępowania wykonawcy, przed merytoryczną oceną przedstawionych przez niego dowodów. Co więcej, jeżeli Zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości co do oświadczenia Odwołującego, uznał je za niejasne, niezrozumiałe lub miał co do niego jakiegokolwiek pytania czy zastrzeżenia, to na podstawie przepisu art. 26 ust. 4 Pzp miał obowiązek wezwania Odwołującego do złożenia stosownych wyjaśnień (tak wyrok KIO z dnia 9 czerwca 2016 r., sygn. akt: KIO 905/16). Skoro Zamawiający nie wezwał Odwołującego, to uznał, że złożone oświadczenie i zawarte w nim wyjaśnienia nie budzą żadnych wątpliwości i są w pełni zrozumiane.

W drugiej kolejności Odwołujący wskazał, że zgodnie z przepisem art. 92 ust. 1a Pzp *„W przypadkach, o których mowa w art. 24 ust. 8, informacja, o której mowa w ust. 1 pkt 2, zawiera wyjaśnienie powodów, dla których dowody przedstawione przez wykonawcę, zamawiający uznał za niewystarczające”*. Przepis ten nakłada na Zamawiającego obowiązek dokładnego wyjaśnienia wszystkich powodów i okoliczności, które zadecydowały o tym, że wyjaśnienia i dowody przedstawione przez Odwołującego, zostały uznane za niewystarczające do pozytywnego przejścia procedury samooczyszczenia. Odwołujący

przywołał wyrok KIO, zgodnie z którym „Przepis art. 92 ust. 1a p.z.p., który przewiduje dodatkowe obowiązki informacyjne zamawiającego, w sytuacji gdy decyduje się wykluczyć wykonawcę z postępowania w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 8 p.z.p. W świetle tego przepisu, elementem uzasadnienia faktycznego czynności wykluczenia musi być przedstawienie przez zamawiającego powodów negatywnej oceny dowodów złożonych przez wykonawcę w ramach tzw. instytucji samooczyszczenia. Procedurę samooczyszczenia regulują przepisy art. 24 ust. 8 i 9 p.z.p. Przepis art. 24 ust. 8 p.z.p. stanowi, że wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie m.in. art. 24 ust. 5 p.z.p., 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. Natomiast art. 24 ust. 9 p.z.p. stanowi, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8. Procedura samooczyszczenia (z ang. self-cleaning) polega na tym, że przed podjęciem decyzji o wykluczeniu wykonawcy, m. in. na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 p.z.p., zamawiający obowiązany jest umożliwić wykonawcy przedstawienie dowodów na podjęcie takich środków, które gwarantują jego rzetelność. Pozytywna weryfikacja tych dowodów obliuguje zaś zamawiającego do zaniechania wykluczenia wykonawcy z postępowania. Z regulacji tych wynika zatem de facto dodatkowa przesłanka wykluczenia wykonawcy, jaką jest umożliwienie wykonawcy przedstawienia dowodów na samooczyszczenie.” (wyrok KIO z dnia 9 lutego 2017 r., sygn. akt: KIO 163/17).

Odwołujący podkreślał, że w załączniku nr 3 do SIWZ złożył oświadczenie, w którym wskazywał, że na dzień złożenia oferty zalega z zapłatą podatku od środków transportowych, wyjaśniając jednocześnie, że zwrócił się do organu podatkowego z wnioskiem o rozłożenie zaległości podatkowej na raty, jednakże jeszcze nie została w tym zakresie wydana stosowna decyzja, co oznacza że szczegółowo przedstawił wszystkie okoliczności. Jeżeli Zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości dotyczące złożonego przez Odwołującego oświadczenia, to ciążył na nim prawny obowiązek wezwania Odwołującego do złożenia odpowiednich wyjaśnień, zgodnie z przepisem art. 26 ust. 4 Pzp. Zamawiający nie skorzystał z przysługującego mu uprawnienia, co jednoznacznie oznacza, że nie miał żadnych zastrzeżeń dotyczących złożonego oświadczenia i przedstawionych tam faktów i dowodów.

Odnosząc się do poczynionej przez Zamawiającego interpretacji przepisu art. 24 ust. 8 Pzp, Odwołujący zauważył, że została ona przeprowadzona w sposób dowolny i sprzeczny z zasadami logicznego myślenia. Skutkowało to błędnym zrozumieniem czym jest procedura samooczyszczenia, co spowodowało brak jakiegokolwiek oceny złożonych przez Odwołującego wyjaśnień i dowodów, w ostateczności doprowadzając do podjęcia przez Zamawiającego niezgodnej z prawem czynności polegającej na wykluczeniu Odwołującego.

Ponadto, Zamawiający w sporządzonej i doręczonej Odwołującemu informacji o jego wykluczeniu z postępowania, całkowicie pominął dokonanie jakichkolwiek wyjaśnień w zakresie oceny złożonego oświadczenia oraz przedstawionych dowodów, co oznacza, że nie dopełnił ciążącego na nim obowiązku wynikającego z przepisu art. 92 ust. 1a Pzp.

Mając na uwadze przedstawiony j stan faktyczny oraz stan prawny, Odwołujący stoi na stanowisku, że Zamawiający dopuścił się rażących uchybień i błędów dotyczących zastosowania procedur oraz zaniechania wypełnienia obowiązków, które nakładają na niego przepisy Pzp. W świetle przedstawionych dowodów i argumentów, zdaniem Odwołującego, czynność Zamawiającego polegająca na wykluczeniu Odwołującego z postępowania jest niezgodna z przepisami ustawy Pzp i powinna zostać unieważniona, a badanie i ocena złożonej przez Odwołującego oferty, powinna zostać powtórzona i przeprowadzona zgodnie z prawem.

Odwołanie zostało wniesione w terminie przewidzianym przepisem art. 182 ust. 1 pkt 2 zd. 1 Pzp. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu z zachowaniem terminu, o którym mowa w przepisie art. 180 ust. 5 Pzp. Stosownie do przepisu § 1 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. Nr 41, poz. 238 ze zm.), z racji faktu, iż wartość przedmiotowego zamówienia publicznego na roboty budowlane jest mniejsza niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, Odwołujący uiścił wpis od odwołania w wysokości 10.000,00 zł na właściwy rachunek bankowy.

7 lipca 2017 roku Zamawiający na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy Pzp wniósł odpowiedź na odwołanie wykonawcy Technical Solutions Sp. z o.o.

Przed złożeniem odwołania, w dniu 27 czerwca 2017 r., wykonawca przesłał do Zamawiającego pismo o podjęciu przez Zamawiającego czynności niezgodnej z przepisami ustawy z wnioskiem o powtórzenie czynności polegającej na ocenie oferty i dokonania wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej. Wykonawca nie dał możliwości Zamawiającemu

odpowiedzi na zarzuty zawarte w przesłanej informacji bowiem już w dniu 29 czerwca 2017 r. poinformował o wniesieniu odwołania.

Zamawiający zgodnie z art. 7 ustawy Pzp przygotował i przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Zatem na każdym etapie postępowania Zamawiający zobowiązany był kierować się ustalonymi przez siebie w momencie wszczęcia postępowania zasadami określonymi w SIWZ. Zasady i wymagania ustalone przez Zamawiającego były obiektywnie uzasadnione jego potrzebami. Następnie według tych zasad zobowiązany był do dokonania oceny złożonych ofert - każdą ofertę musiał ocenić według tych samych, jednakowych kryteriów, wymaganych warunków udziału w postępowaniu czy też jednakowych wymagań co do samego przedmiotu, jakie ma spełnić przedmiot oferowany przez wykonawcę. Postępowanie miało na celu wyłonienie wykonawcy, który zapewni nie wykonanie zamówienia w ogóle, ale zapewni należyte wykonanie zamówienia.

Naruszenie przepisu art. 24 ust 8

Zarzut, zdaniem Zamawiającego, nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający, uwzględniając oświadczenie Odwołującego złożone wraz z ofertą oraz dokumenty przesłane w dniu 21 czerwca 2017 r., samodzielnie, bez wezwania, drogą elektroniczną, stanowiące wyjaśnienia w zakresie złożonego oświadczenia wraz z załącznikami (decyzja potwierdzająca rozłożenie należności na raty, potwierdzenie zapłaty I raty zaległego podatku oraz opinia kancelarii prawnej) podjął decyzję o wykluczeniu wykonawcy z postępowania. Zamawiający na podstawie dostarczonych dokumentów miał dostateczną wiedzę i dowody wskazujące na stan faktyczny, co potwierdziło dotychczasowe stanowisko Zamawiającego, że wykonawca podlega wykluczeniu bowiem zaistniały przesłanki fakultatywne do wykluczenia wskazane w ogłoszeniu i w treści SIWZ.

Zamawiający zgodnie z art. 24 ust. 6 ustawy Pzp przewidział stosowanie, w ramach prowadzonego postępowania, fakultatywnych przesłanek wykluczenia i przypadku ich wystąpienia nie mógł odstąpić od eliminacji wykonawcy w trakcie badania i oceny ofert. Zgodnie z przepisami ustawy Pzp Zamawiający może wykorzystać w postępowaniu wszystkie przesłanki fakultatywne, ustawodawca tego nie zabrania. Wprowadzenie przesłanek fakultatywnych czyli tych dodatkowych, dobieranych w sposób przemyślany i indywidualny dla każdego zamówienia z uwzględnieniem jego wagi i specyfiki ma na celu ochronę przed nierzetelnym wykonawcą, by ostatecznie wykonać zamówienie w sposób należyty. Zamawiający przewidział zastosowanie jedynie dwóch (art. 24 ust. 5 pkt 1 i 8) przesłanek fakultatywnych z ośmiu dostępnych, uznając je jako najistotniejsze, tak aby

spełnienie ich przez wykonawcę zagwarantowało prawidłowe i należyte wykonanie zamówienia.

Zastosowanie przesłanki fakultatywnej - art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp, która stanowi, że z postępowania zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 15, chyba że wykonawca dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności, obligowało zamawiającego do dokonania analizy złożonego przez Wykonawcę oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu. Weryfikując jego zapisy pod kątem wykluczenia na podstawie przytoczonego wyżej art. 24 ust. 5 pkt 8, Zamawiający jednoznacznie stwierdził, że wykonawca naruszył obowiązki dotyczące płatności podatku. Ponadto, na dzień złożenia oferty tj. 12 czerwca 2017 r., nie dokonał płatności należnych podatków oraz nie zawarł wiążącego porozumienia w sprawie spłaty tych należności a jedynie wystąpił z wnioskiem o zawarcie takiego porozumienia tj. rozłożenia należności na raty. W związku z tym Zamawiający nie uznał za wystarczające dowody przedstawione w oświadczeniu i już na etapie oceny tego dokumentu miał podstawy do wykluczenia wykonawcy, stąd decyzja.

Zgodnie z przepisami Pzp, każdy wykonawca znajdujący się w jednej z sytuacji objętych podstawą wykluczenia, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, a zamawiający ocenić czy dowody zostaną uznane za wystarczające. Pewną wytyczną dla oceny tych środków zawiera preambuła do dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którą środki takie mogą w szczególności obejmować działania personalne i organizacyjne, wdrożenie systemów sprawozdawczości i kontroli, utworzenie struktury audytu wewnętrznego monitorującego przestrzeganie i przyjęcie wewnętrznych zasad odpowiedzialności i odszkodowań. Kluczową dla jego skuteczności może się okazać wiarygodność. Chodzi tu zatem nie o środki podejmowane ad hoc, w obawie przed wykluczeniem z konkretnego postępowania, ale o rozwiązanie systemowe wdrożone u danego wykonawcy. Mając na uwadze powyższe, złożenie przez wykonawcę dopiero w dniu 25 maja 2017 r., czyli w dniu ogłoszenia o zamówieniu, wniosku do Prezydenta Miasta Kędzierzyn-Koźle o rozłożeniu należności na raty, podaje w wątpliwość naprawę nieprawidłowego działania oraz zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu, ponieważ żadne kroki żeby zapobiec podobnej sytuacji nie zostały wdrożone. Inaczej może być bowiem oceniona sytuacja, w której wykonawca nie podejmuje żadnych środków naprawczych aż do publikacji ogłoszenia o interesującym

wykonawcę zamówieniu, a inaczej taka, gdzie system mający zapobiegać naruszeniom jest u niego wdrożony niezależnie od konkretnego postępowania o zamówienie publiczne i okoliczności danej sprawy.

Przesłana przez Odwołującego decyzja o rozłożeniu należności na raty, została wydana w dniu 16.06.2017 r. czyli po terminie złożenia ofert. Gdyby decyzja została wydana przed dniem składania ofert, a wpłata jednej z rat była by dokonana przed 12 czerwca 2017 r., to nie zmieniło by faktu naruszenia przez wykonawcę obowiązków dotyczących płatności podatku. Jednakże w tym przypadku Zamawiający uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu dokonałby analizy dowodów potwierdzających naprawienie szkody, a w przypadku uwzględnienia dowodów wykonawca nie podlegałby wykluczeniu z postępowania. Biorąc pod uwagę powyższe procedura samooczyszczenia byłaby skuteczna wówczas, gdyby przekonała Zamawiającego, a nie stanowiłaby próby doprowadzenia do sytuacji, w której dopiero w przyszłości się dokona.

Zarzut nie dopełnienia przez Zamawiającego obowiązku wyjaśnienia powodów, dla których dowody przedstawione przez Wykonawcę są niewystarczające.

Pozbawiony podstawy faktycznej i prawnej jest, zdaniem Zamawiającego, zarzut rzekomego niedopełnienia przez Zamawiającego obowiązku wyjaśnienia powodów, dla których dowody przedstawione przez Wykonawcę są niewystarczające. Biorąc pod uwagę art. 92 ust 1a ustawy Pzp, to dowody, które zaważyły na braku uznania za wystarczające wskazane są w informacji o wykluczeniu. W treści informacji o wykluczeniu Zamawiający wykazał, że *„Na podstawie złożonego przez spółkę oświadczenia zaistniała już przesłanka wykluczenia ponieważ wykazano, że naruszono obowiązki związane z płatnością podatków, jednocześnie informując zamawiającego, że Spółka jest w trakcie postępowania przed organem podatkowym mającym na celu zastosowanie wobec spółki ulgi podatkowej w postaci rozłożenia na raty i odroczenie terminu płatności. W związku z tym, że przepis wskazuje na możliwość uchylania się od skutku wykluczenia poprzez uregulowanie płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarcia wiążącego porozumienia w sprawie spłaty tych należności, nie zwalnia wykonawcy z wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień złożenia oferty, czyli w tym przypadku nie została skutecznie przeprowadzona procedura samooczyszczenia”*, w związku z tym, powodem dla którego dowody przedstawione przez wykonawcę Zamawiający uznał za niewystarczające było niedopełnienie obowiązku płatności oraz nieuzyskanie decyzji o rozłożeniu na raty należności z tytułu podatków od środków transportu przed terminem złożenia oferty. Zamawiający już na podstawie złożonego przez wykonawcę oświadczenie miał jednoznaczne podstawy do wykluczenia, a przesłane przez wykonawcę dokumenty

potwierdziły tylko stan faktyczny i dotychczasowe stanowisko Zamawiającego, że wykonawca podlega wykluczeniu, ponieważ nie spełnia warunków na dzień złożenia oferty. Wykonawca w ramach zastosowania procedury samooczyszczenia musi gwarantować prawidłową i terminową realizację umowy. Gwarancji takiej nie może dać przedsiębiorca, który wszedł w konflikt z prawem, nie płacąc podatku od środków transportowych. Wystąpienie tego typu okoliczności nakazuje uznać, że zaistniały przesłanki wykluczenia, a w rezultacie - następuje dyskwalifikacja takiego wykonawcy z wyścigu o zamówienie publiczne.

Zamawiający wnosił o uznanie odwołania za bezzasadne i jego oddalenie w całości.

Na rozprawie Strony i Uczestnik postępowania pottrzymały stanowiska wyrażone pisemnie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, oferty wykonawców, jak również oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestnika postępowania złożone ustnie i pisemnie w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie Odwołującego i odrzucenie jego oferty, oznacza, że potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie złożył wykonawca **HUCZ Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą Boronowie**. Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia.

Zamawiający w dniu 18 lipca 2017 roku, na podstawie art. 186 ust. 3a ustawy Pzp uwzględnił w części zarzuty odwołania, dotyczące naruszenia art. 92 ust. 1a ustawy Pzp. Zamawiający uznał, że w informacji o wykluczeniu Odwołującego nie przedstawił wystarczająco precyzyjnie wyjaśnienia powodów, dla których dowody przedstawione przez Odwołującego uznał za niewystarczające. W odpowiedzi Zamawiający przedstawił argumentację, którą kierował się przy wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Odpowiedź Zamawiającego stanowiła jednocześnie wykonanie zaniechanej czynności poinformowania Wykonawcy o powodach, dla których wyjaśnienia i dowody Odwołującego uznano za niewystarczające.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że wszyscy Odwołujący prawidłowo w odwołaniu przytoczyli fragmenty SIWZ istotne z punktu widzenia oceny podmiotowej wykonawcy w postępowania oraz badania i oceny ofert dokonanej przez Zamawiającego. Fragmenty te, istotne z punktu widzenia sporu między Stronami postępowania odwoławczego przytoczył także Zamawiający w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej i odpowiedzi na odwołanie.

Z akt sprawy wynika, iż Odwołujący złożył wraz z ofertą oświadczenie, w którym napisał, że na dzień złożenia oferty zalega z zapłatą podatku od środków transportowych, wyjaśniając jednocześnie, że zwrócił się do organu podatkowego z wnioskiem o rozłożenie zaległości podatkowej na raty, jednakże jeszcze nie została w tym zakresie wydana stosowna decyzja. Zaznaczono, że dla zastosowania ulg podatkowych należność podatkowa musi być wymagalna, a więc musi upłynąć termin jej płatności. Dopiero w takiej sytuacji można ubiegać się o udzielenie konkretnej ulgi podatkowej. Wykonawca zaznaczył, że teoretycznie Zamawiający posiada uprawnienie do wykluczenia Spółki, ale w ocenie Wykonawcy byłby to środek zbyt daleko idący. Następnie Odwołujący dostarczył Zamawiającemu decyzję o rozłożeniu zaległości na raty, wydaną już po terminie składania ofert i dowód zapłaty I raty należności.

W informacji o wyniku postępowania Zamawiający oświadczył, że *„Na podstawie złożonego przez spółkę oświadczenia zaistniała już przesłanka wykluczenia ponieważ wykazano, że naruszono obowiązki związane z płatnością podatków, jednocześnie informując zamawiającego, że Spółka jest w trakcie postępowania przed organem podatkowym mającym na celu zastosowanie wobec spółki ulgi podatkowej w postaci rozłożenia na raty i odroczenie terminu płatności. W związku z tym, że przepis wskazuje na możliwość uchylania się od skutku wykluczenia poprzez uregulowanie płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne wraz*

z odsetkami lub grzywnami lub zawarcia wiążącego porozumienia w sprawie spłaty tych należności, nie zwalnia wykonawcy z wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień złożenia oferty, czyli w tym przypadku nie została skutecznie przeprowadzona procedura samooczyszczenia”.

Na podstawie poczynionych ustaleń Izba zważyła, iż odwołanie w zakresie podtrzymanych przez Odwołującego zarzutów nie mogło zostać uwzględnione.

Zamawiający uwzględnił zarzut naruszenia art. 92 ust. 1a ustawy Pzp. Przystępujący po jego stronie Wykonawca nie złożył sprzeciwu.

W związku z powyższym Krajowa Izba Odwoławcza w pkt 1 sentencji umorzyła postępowanie odwoławcze, z uwagi na uwzględnienie przez Zamawiającego jednego z zarzutów odwołania. Rozstrzygnięcie odwołania w części, której nie istnieje już spór pomiędzy stronami, jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musiała znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15. Sąd ten uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku, a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu. Co do konieczności zamieszczenia w sentencji wyroku informacji o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego podzielono identyczne stanowisko przedstawione w: wyroku KIO z 26 października 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 1922/16, wyroku KIO z 16 grudnia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2138/16, wyroku KIO z 28 grudnia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2357/16, wyroku KIO z dnia 17 stycznia 2017 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 17/17, KIO 24/17.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z powyższego wynika, że tylko w wyroku może znaleźć się rozstrzygnięcie merytoryczne, o uwzględnieniu bądź oddaleniu nie można orzec postanowieniem. Nie oznacza to jednak, że wyrok jako orzeczenie merytoryczne nie może zawierać również rozstrzygnięć formalnych – które biorąc pod uwagę ich charakter i treść są postanowieniami.

Wobec powyższego orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 1 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło umorzenia postępowania, wobec uwzględnienia zarzutów odwołania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Analogiczna sytuacja ma zatem miejsce w przypadku umorzenia postępowania w treści wyroku. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

W związku z faktem, że w części Zamawiający uwzględnił częściowo zarzuty odwołania – a Przystępujący po stronie Zamawiającego w tej części nie skorzystał z prawa do wniesienia sprzeciwu, stosownie do art. 186 ust. 3a w zw. z art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp należało umorzyć.

Na marginesie – co również należy podkreślić – wobec uwzględnienia zarzutów odwołania oraz braku sprzeciwu wykonawcy przystępującego po stronie Zamawiającego – Zamawiający zobowiązany jest do wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, co w ocenie Izby musi mieć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia. Ponadto wydanie postanowienia w wyroku rozpoznającym sprawę merytorycznie, jest konieczne także dla oceny formalnej przyszłych odwołań w kontekście uregulowania art. 189 ust. 2 pkt 4 i pkt 5 ustawy Pzp. Mając to na uwadze Izba umorzyła w części postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1a ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutów podtrzymanych przez Odwołującego, dostrzeżenia wymagało, iż Zamawiający przewidział w ramach prowadzonego postępowania zastosowanie dwóch fakultatywnych przesłanek wykluczenia (art. 24 ust. 5 pkt 1 i 8), co gwarantować miało w jego ocenie wybór wykonawcy, który w należyty sposób zrealizuje dane zamówienie. W przypadku przewidzianych przesłanek wykluczenia wykonawca dostaje szansę na wykazanie swojej rzetelności, mimo że pierwotnie zachodzą w stosunku przesłanki wykluczenia.

Procedurę samooczyszczenia regulują przepisy art. 24 ust. 8 i 9 Pzp. Przepis art. 24 ust. 8 ustawy Pzp stanowi, że wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie m.in. art. 24 ust. 5 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. Natomiast 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.

Procedura samooczyszczenia (z ang. self-cleaning) polega na tym, że przed podjęciem decyzji o wykluczeniu wykonawcy, m.in. na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp, zamawiający obowiązany jest umożliwić wykonawcy przedstawienie dowodów na podjęcie takich środków, które gwarantują jego rzetelność. Pozytywna weryfikacja tych dowodów obliguje zaś zamawiającego do zaniechania wykluczenia wykonawcy z postępowania. Z regulacji tych wynika zatem de facto dodatkowa przesłanka przed wykluczeniem wykonawcy, jaką jest umożliwienie wykonawcy przedstawienia dowodów na samooczyszczenie.

Izba podziela stanowisko Odwołującego, iż celem art. 24 ust. 8 ustawy Pzp jest umożliwienie wykonawcom, którzy na dzień składania ofert podlegaliby wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie wskazanych przepisów, złożenie oferty i opisanie w niej zaistniałej sytuacji, przedstawienie stosownych wyjaśnień oraz dowodów na ich poparcie, żeby wykazać, że pomimo okoliczności wyłączających, poczynione przez nich działania i podjęte środki są wystarczające do wykazania ich rzetelności oraz zapobieżeniu dalszym nieprawidłowym działaniom.

W przedmiotowej sprawie rozważyć zatem należało, czy złożone wyjaśnienia i dowody przez Odwołującego były wystarczające do wykazania rzetelności. W tym zakresie Odwołujący wraz z ofertą złożył jedynie krótkie oświadczenie, z którego wynikało, że zalega z płatnością podatków (bez podania wysokości zaległości), ale w tym zakresie podjął już niezbędne kroki celem podpisania stosowanego porozumienia z właściwym organem podatkowym. Następnie Wykonawca złożył już po terminie składania ofert wydaną decyzję o rozłożeniu należności na raty.

W ocenie składu orzekającego Izby przedstawione wraz z ofertą oświadczenie nie wyczerpywało możliwości wykonawcy warunkujących mu skuteczne samooczyszczenie. Lakoniczne stwierdzenie, że Wykonawca zalega z płatnościami i podjął kroki prawne celem zmiany tej sytuacji Izba uznaje za niewystarczające. W ocenie Izby Wykonawca wraz z ofertą mógł złożyć wniosek o rozłożenie płatności na raty skierowany do organu podatkowego lub też w złożonym oświadczeniu szczegółowo opisać powód powstania zaległości. Jak wynika bowiem z uzasadnienia decyzji podatkowej, to właśnie uzasadnienie

złożonego wniosku zawiera szczegółowe opisanie przyczyn, dlaczego doszło do zaległości podatkowych, jaką rolę odgrywały w tym wszystkim zasady działania przedsiębiorstwa Wykonawcy, jakie czynniki miały wpływ na powstanie zaległości, czy można Wykonawcy przypisać winę lub rażące niedbalstwo, które doprowadziło do tej sytuacji. Tam także zawarto informacje w jaki sposób przedsiębiorca zamierza w przyszłości zapobiegać podobnym sytuacjom. Taka argumentacja, nie zaś suche oświadczenie, pozwoliłoby Zamawiającemu przeanalizować, czy podjęte środki są wystarczające do zapobiegania nieprawidłowemu działaniu Wykonawcy na przyszłość. Złożenie natomiast samej decyzji o rozłożeniu płatności na raty oraz dowodu zapłaty I raty należności już po terminie składania ofert należy uznać za spóźnione. Za spóźnione również Izba uznała złożenie dopiero na rozprawie pierwszej strony wniosku skierowanego do właściwego organu podatkowego. Tłumaczenie, iż niedołączenie wniosku do oferty było zapewne spowodowane błędem ludzkim, nie jest w ocenie składu orzekającego wystarczające przy obowiązującej zasadnie podwyższonej staranności wymaganej od przedsiębiorcy.

Jednocześnie dostrzeżenia wymaga, iż w ocenie składu orzekającego Izby to nie sam fakt zalegania z płatnościami w podatkach winien być podstawą wykluczenia, ale brak skutecznego przeprowadzenia procedury self-cleaning przez Odwołującego.

Zamawiający błędnie bowiem utożsamia procedurę skutecznego samooczyszczenia w przypadku zalegania z płatnościami publicznoprawnymi z koniecznością uregulowania tych należności przed terminem składania ofert przy uwzględnieniu treści art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, dopuszczającego możliwość wytłumaczenia się wykonawcy z zaistniałej sytuacji. W takim przypadku nie zachodziłaby bowiem okoliczność niespełnienia warunków udziału w postępowaniu. Jeżeli wykonawca nie zalega z płatnościami na dzień składania ofert, to nie zachodzi wobec niego przesłanka wykluczenia z postępowania. Tylko więc w przypadku posiadania zaległości na rzecz Państwa możliwe jest podjęcie rozważań, czy dany wykonawca *podjął konkretnych środki technicznych, organizacyjne i kadrowe, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy i czy okoliczność te wyczerpująco przedstawił Zamawiającemu celem podjęcia decyzji o skutecznym self-cleaningu*. Art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, nie warunkuje możliwości uchylania się od skutku wykluczenia poprzez uregulowanie płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarcia wiążącego porozumienia w sprawie spłaty tych należności (przed terminem składania ofert). Przepis ten, jak już wcześniej wspomniano, pozwala wykonawcom, którzy właśnie są w trakcie regulowania należności publicznych lub zawierania stosowanych porozumień z organami podatkowymi, że przedstawią oni dowody, które potwierdzą ich rzetelność jako

przedsiębiorcy pomimo tych okoliczności i pozwolą uważać takiego wykonawcę za gwarantującego należyte wykonanie zamówienia. Jak zauważył Przystępujący, Wykonawca może wyczerpująco wyjaśnić stan faktyczny, oraz wskazać jakie konkretnie środki techniczne, organizacyjne i kadrowe podjął aby zapobiec nieprawidłowemu postępowaniu na przyszłość.

Jak już zauważono w niniejszym orzeczeniu, złożone przez Odwołującego w ofercie oświadczenie nie odnosi się do żadnego z wymienionych elementów. W oświadczeniu nie wskazano nawet wysokości zaległości. Natomiast w przypadku Spółki specjalizującej się w pracach budowlanych spectrum działań, które może podjąć by wykazać chęć naprawienia zaistniałej sytuacji, jest duże.

W dalszej kolejności rozważyć należało, czy Zamawiający winien zastosować wobec Odwołującego procedurę wezwania do wyjaśnień w trybie art. 26 ust.4 ustawy Pzp. Zamawiający może zastosować przywołaną regulację prawną w sytuacji, w której ma wątpliwości co do oceny spełniania przez danego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wraz z ofertą dostał sygnał od Wykonawcy, że zachodzi przesłanka fakultatywnego wykluczenia, następnie Wykonawca samodzielnie, bez wezwania, złożył wydaną na jego rzecz decyzję podatkową. Oznacza to, iż w momencie podejmowania decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania Zamawiający miał wystarczającą wiedzę w zakresie sytuacji prawnej Odwołującego. Zamawiający ocenił treść oświadczenia i złożone dowody, słusznie uznając, że ich forma i zakres na moment składania ofert są niewystarczające do samooczyszczenia się Odwołującego. Stosowanie więc art. 26 ust. 4 ustawy Pzp należało więc uznać za bezcelowe, ponieważ w momencie złożenia oferty Wykonawca nie przedstawił wystarczających dowodów umożliwiających mu potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu i dalsze jego uczestnictwo w przetargu.

Z tych powodów zarzuty naruszenia art. 24 ust. 8, art. 24 ust. 9 i art. 26 ust. 4 ustawy Pzp podlegały oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) 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. Nr 41, poz. 238 ze zmianami) obciążając nimi Odwołującego.

Przewodniczący: