

Sygn. akt: KIO 1008/21

**WYROK**  
**z dnia 16 czerwca 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodnicząca:** Magdalena Rams  
**Członkowie:** Irmina Pawlik  
Katarzyna Poprawa  
  
**Protokolant:** Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu **14 czerwca 2021 r.** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **31 marca 2021 r.** przez wykonawcę **Sanito Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Nędza,**

przy udziale wykonawcy **FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k., z siedzibą w Pabianicach** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia wykonawcy Sanito Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie z postępowania oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty wykonawcy Sanito Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie.**
2. **Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Nędza i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Sanito Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;

- 2.2. zasądza od zamawiającego **Gminy Nędza** na rzecz wykonawcy **Sanito Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie** kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## UZASADNIENIE

W dniu 31 marca 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Sanito Sp. z o.o.(dalej: „**Odwołujący**” lub „**Sanito**”) zarzucając zamawiającemu Gminie Nędza (dalej „**Zamawiający**”) naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 5 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 8 i art. 24 ust. 9 oraz art. 7 ust. 1 dawnego Pzp przez bezprawne wykluczenie Odwołującego z postępowania, a w konsekwencji bezprawne uznanie jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 dawnego Pzp oraz uznanie, że Odwołujący nie wykazał, że przedsięwzięte przez niego środki w celu samooczyszczenia są wystarczające do wykazania jego rzetelności, pomimo przedłożenia przez Odwołującego rozległych dowodów i wyjaśnień w tym zakresie, w tym przedstawienia przez Odwołującego wyników wewnętrznego audytu oraz wykazania podjęcia konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, odpowiednich dla zapobiegania nieprawidłowemu postępowaniu w przyszłości;
- 2) art. 7 ust 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 8 i 9 dawnego Pzp poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności oraz przejrzystości, w szczególności nie uwzględnienie zasady proporcjonalności przy ocenie wyjaśnień i dowodów Odwołującego złożonych w celu samooczyszczenia; ewentualnie;
- 3) art. 26 ust. 3 i ust. 4 dawnego Pzp poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień lub uzupełnień wyjaśnień i dowodów złożonych przez Odwołującego celem wykazania, iż przedsięwzięte przez niego środki w celu samooczyszczenia są wystarczające do wykazania jego rzetelności.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, uznania wyjaśnień i dowodów złożonych przez Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 8 dawnego Pzp za wystarczające do wykazania samooczyszczenia ewentualnie nakazanie wezwania do ich uzupełnienia lub wyjaśnienia.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że w ramach Postępowania, w rozdz. VI pkt 4 ust. 2) lit b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”) przewidział podstawę wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 dawnego Pzp.

Sanito wraz z ofertą złożyła stosowne oświadczenie, w którym przyznała się do istnienia w stosunku do spółki podstaw wykluczenia, o których mowa w ww. przepisie, załączając przy tym informacje i dowody mające świadczyć o przeprowadzonej przez Odwołującego procedurze samooczyszczenia. W ramach powyższego załączono i podano:

1. informacje dotyczące umów, które nie zostały wykonane - tj. umów realizowanych dla Gminy Orla i Gminy Narewka (rozwiązane przed czasem) wraz z wyczerpującym przedstawieniem okoliczności, które związane były z niewykonaniem przedmiotowych umów;
2. opis działań mających na celu wykazanie rzetelności Sanito, w tym opis wyników wewnętrznego audytu wykazującego powody niewykonania umów Gm. Orla i Narewka (vide załącznik nr 5 do wyjaśnień self-cleaningowych), a także opis podjętych środków technicznych, kadrowych i organizacyjnych;
3. dowody na powyższe.

Pismem z dnia 26 marca 2021 r. Zamawiający poinformował o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania w oparciu o art. 24 ust. 5 pkt 4 dawnego Pzp. Uzasadnienie faktyczne czynności Zamawiającego, zawierające powody i argumentację, dla których Zamawiający nie uznał samooczyszczenia przedstawionego przez Sanito za skuteczne, zawarto na stronach 4-10 ww. pisma.

W ocenie Odwołującego, wbrew odmiennym twierdzeniom Zamawiającego stan faktyczny związany z nieprawidłowościami dotyczącymi realizacji umów dla Gm. Orla i Gm. Narewka został opisany przez Odwołującego wyczerpująco, przyczyny niepowodzeń w realizacji tych umów zostały przedstawione szczegółowo i konkretnie, a podjęte adekwatne działania wykazane przedłożonymi przez Odwołującego środkami dowodowymi, są powiązane z zidentyfikowanymi przyczynami ww. niepowodzeń. W świetle treści wyjaśnień w sprawie self-cleaningu załączonych do oferty Sanito, a także jednoznacznego oświadczenia Sanito z 23 lutego br. (załączonego do oferty) o tym, iż wobec Sanito zachodzą podstawy wykluczenia określone w art. 24 ust. 5 pkt 2 i pkt 4 dawnego Pzp, nie sposób też twierdzić, iż w niniejszym stanie faktycznym miałyby miejsce pozorne przyznanie do winy.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający stwierdził w uzasadnieniu faktycznym decyzji o wykluczeniu Odwołującego m.in. że: nie mógł zweryfikować, czy przedstawione przez Wykonawcę działania były skuteczne, gdyż Wykonawca w bardzo ogólny sposób wskazał przyczyny powstałych nieprawidłowości [...]

W ocenie Zamawiającego Wykonawca stosuje mechanizm pobieżnego, ogólnikowego wskazania okoliczności stanu faktycznego [...] Po drugie, mając na uwadze, że Wykonawca, wskazał okoliczności stanu faktycznego, zatem i przyczyny powstałych nieprawidłowości w sposób ogólnikowy, Zamawiający nie był w stanie zweryfikować czy przedstawione przez Wykonawcę działania zasługują na miano skutecznych. [...]

Zdaniem Odwołującego, rzeczony uzasadnienie jest pełne tego typu gołosłownych twierdzeń i powtórzeń, w żaden konkretny sposób nieodnoszących się do wyjaśnień i materiałów Odwołującego. Wskazuje to na to, że Zamawiający bardzo pobieżnie zapoznał się z wyjaśnieniami Sanito w przedmiocie stanu faktycznego dotyczącego przyznanych podstaw wykluczenia. Twierdzenia Zamawiającego są bezzasadne w świetle wyjaśnień Sanito załączonych do oferty - dokumentu obejmującego wyjaśnienie faktów i okoliczności związanych z niewykonaniem umów realizowanych dla Gm. Orła i Gm. Narewka wraz z opisem podjętych przez Odwołującego środków, a także treści załącznika nr 5 do self-cleaningu, w którym szczegółowo przedstawiono przyczyny odstąpienia od wskazanych umów. W szczególności zamieszczono w nim zarówno opis przyczyn niepowodzeń w realizacji umów z gminami Orła i Narewka, jak i związanych z tym rekomendacji. Co istotne, załącznik ten nie był składany w ramach postępowań, których dotyczyły sprawy KIO 1213/20 i KIO 1248/20, a to z kolei uniemożliwiało Izbie ocenę adekwatności zastosowanych środków do nieznanymi i nieustalonymi przyczyn. Natomiast self-cleaning Odwołującego został uzupełniony o wyżej wymieniony załącznik i związane z jego treścią wyjaśnienia i jest przedkładany przez Sanito w kolejnych postępowaniach o udzielenie zamówienia .

W ocenie Odwołującego właśnie tego typu uzupełniony i „udoskonalony” self-cleaning Sanito (identyczny w swojej treści z self-cleaningiem przedłożonym w niniejszym Postępowaniu) został pozytywnie oceniony przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawie KIO 3540/20 (wyrok z dnia 29 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3540/20), gdzie Izba określiła przedmiot sporu i swojej oceny dokładała w tym obszarze, który aktualnie w odmienny sposób ocenia Zamawiający: Zarzuty odwołania sprowadzają się w istocie do dwóch twierdzeń. Po pierwsze, do twierdzenia o tym, że przeprowadzona przez Przystępującego procedura samooczyszczenia jest nieskuteczna ze względu na brak wykazania przez Przystępującego jakie były rzeczywiste przyczyny rażącego naruszenia obowiązków zawodowych polegających na niewykonaniu umów z gminami Orła i Narewka. Po drugie, do twierdzenia o tym, że Przystępujący nie przedstawił w sposób skuteczny dowodów na samooczyszczenie, ponieważ nie wykazał związku przyczynowego między opisanymi powodami niewykonania umów a przedstawionymi dowodami. Wobec tak zdiagnozowanej osi sporu kluczową dla

rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy odwoławczej jest ocena wyjaśnień zawartych w "załączniku do świadczenia JEDZ" oraz złożonych wraz z nimi dowodami.

Odwołujący wskazał, że nie jest zrozumiałym zarzut, który Zamawiający usiłuje stawiać w tym kontekście Odwołującemu, iż ten nie przedłożył mu wyroku KIO 3540/20 i w ten sposób jakoby wyczerpująco nie wyjaśnił stanu faktycznego sprawy. Abstrahując nawet od faktu, iż wyroki KIO są publicznie dostępne i Zamawiający mógł z łatwością sam uzyskać ww. wyrok, przede wszystkim należy wskazać, iż wymagane w art. 24 ust. 8 dawnego Pzp wyjaśnienie stanu faktycznego odnosi się do okoliczności i przyczyn niewykonania umów z gminami Orla i Narewka, a nie historii dalszego orzecznictwa w przedmiocie skuteczności self-cleaningu Sanito. Odwołujący mógłby w ogóle nie powoływać się na tego typu wyrok, a Zamawiający i tak byłby zobowiązany do kompleksowej i wszechstronnej oceny przedstawionych mu informacji i dokumentów dotyczących samooczyszczenia Odwołującego przedsięwziętego w związku z niewykonaniem wskazanych umów. Jednakże fakt, iż takiej oceny, w odniesieniu do tożsamyh dokumentów, dokonała już Krajowa Izba Odwoławcza, ma według Odwołującego - ze względu na autorytet Izby - niebagatelne znaczenie procesowe i Zamawiający nie powinien tego wyroku pomijać czy lekceważyć, tylko dlatego, że nie został mu fizycznie przedłożony. Wyrok ten jest jednoznacznie pozytywny dla Sanito i naturalne jest, że z tego względu jest przezeń powoływany - wzmacnia i popiera przedstawiane niżej stanowisko i argumentację Sanito o skuteczności jego self-cleaningu i braku podstaw do wykluczenia Odwołującego w oparciu o przesłankę z art. 24 ust. 5 pkt 4 dawnego Pzp. Stąd odnosząc się do zarzutów Zamawiającego w przedmiocie braku szczegółowego wyjaśnienia stanu faktycznego czy ustalenia i wskazania przyczyn niewykonania umów z gminami Orla i Narewka, a także skuteczności podjętych w związku z tym działań samo naprawczych, Odwołujący będzie odwoływał się i opierał na stanowisku Izby wyrażonym w wyroku z dnia 29 stycznia 2021 r. o sygn. akt KIO 3540/20. Między innymi, z uwagi na wskazany już fakt, że wyrok ten dotyczył identycznych dokumentów self-cleaningowych, jak złożone w niniejszym Postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że Izba w ww. wyroku stwierdziła m.in., co następuje: W części wyjaśnień objętych tajemnicą przedsiębiorstwa Przystępujący opisuje przyczyny niewykonania ww. umów, które diagnozuje jako przyczyny związane z: materiałami (vide ostatni akapit na stronie 3), realizacją ww. umów (vide: drugi akapit na str. 4, drugi i trzeci akapit na str. 5), sposobem zarządzania projektami (vide: ostatni akapit na str. 4 i pierwszy akapit na str. 5), sposobem obiegu dokumentów (vide: czwarty akapit na str. 5) oraz z komunikacją (vide: akapit pierwszy str. 6), określeniem obowiązków poszczególnych osób (vide: drugi akapit str. 6), ustalenie osób, którym można za brak realizacji ww. umów

przypisać odpowiedzialność (vide: akapit 3 str. 6). W uzupełnieniu tego opisu, na dowód dokonania diagnozy przyczyn niewykonania ww. umów oraz na dowód wyciągnięcia stosownych z wniosków, został przedłożony załącznik nr 5. Oceniając tę część wyjaśnień Izba stwierdza, że dotyczą one wielu kwestii leżących po stronie Przystępującego, które legły u źródła niewykonania umów z gminami Orla i Narewka, a przeprowadzana analiza jest szczegółowa. W tym miejscu wskazać należy, że opis ten powinien być czytany łącznie z załącznikiem nr 5, gdzie szczegółowo zostały opisane przyczyny i rekomendacje. W oparciu o powyższe Izba za wystarczający uznała opis w zakresie przyczyn związanych z organizacją przedsiębiorstwa Przystępującego, z materiałami (vide: opis znajdujący się w pkt I ppkt 1,5,6 załącznika 5) i komunikacją (vide: pkt I ppkt 9, 12 i 13 oraz pkt II ppkt 4 załącznika 5). Podobnie opis przyczyn odnoszących się do kwestii określenia obowiązków pracowników, w tym obowiązków osób piastujących stanowiska Inżyniera Projektu i Dyrektora Działu Realizacji Inwestycji nie budzi wątpliwości (vide: pkt II załącznika 5).

Przy tak kompleksowej i jasnej ocenie jego wyjaśnień dokonanej przez Izbę w tym zakresie, Odwołującemu nie pozostaje nic innego jak powtórzyć stanowisko Izby oraz podkreślić, że zarówno w wyjaśnieniach Sanito załączonych do oferty, jak i w załączniku 5 szczegółowo opisano zaistniałe przyczyny braku realizacji umów w terminie, a także sformułowano stosowne, adekwatne do tych przyczyn rekomendacje. Dalsze części self-cleaningu w przeważającej mierze odnoszą się do realizacji tych rekomendacji. W swoich wyjaśnieniach Sanito opisuje i wprost odnosi się do okoliczności związanych ze stanem rynku materiałów, sposobem jego monitorowania i reagowaniem na problemy z zamówieniami komponentów, informowania o przebiegu realizacji umów i przyczynach opóźnień zamawiających, zarządzania projektami itp. oraz sposobami działania jego organizacji w tym zakresie (zwłaszcza w zakresie monitoringu i nadzoru nad realizacją projektów), a następnie wskazuje i opisuje jakie zmiany i środki zaradcze w swojej organizacji podjął, aby opisywane negatywne zdarzenia się nie powtórzyły. Zamawiający w uzasadnieniu czynności wykluczenia (kontrfaktycznie) wywodzi, że Odwołujący nie wykazał, że przedsięwzięte przez niego środki są wystarczające do potwierdzenia jego rzetelności oraz zapobieżenia nieprawidłowemu postępowaniu w przyszłości, nie wykazał także wystarczająco, a wręcz w ogóle jak zmiana opisanych obszarów funkcjonowania przedsiębiorstwa zapewni prawidłowość przyszłego postępowania Wykonawcy. Nie jest przy tym jasne, jakiego dalszego „wykazania” skuteczności wprowadzonych działań Zamawiający oczekuje, jeśli nie jest w stanie ocenić racjonalności i koherentności podjętych środków na podstawie ich opisu, a także dlaczego pomija przedłożone dowody ich pozytywnego działania w zakresie kolejnych zamówień prawidłowo realizowanych przez Sanito.

Odwołujący wskazał, że w szczególności nie jest prawdą, iż Odwołujący nie wyjaśnił w jakim zakresie zwolnione osoby przyczyniły się do niezrealizowania tych konkretnych umów. Działania tych osób opisane zostały w Załączniku nr 5, jak też na stronach 4 i 5 wyjaśnień w sprawie self-cleaningu załączonych do oferty, gdzie zawarto informacje, iż obie wskazane osoby (których dotyczyły załączniki nr 8 i 9) były bezpośrednio odpowiedzialne za realizację wskazanych projektów - jedna za ich bezpośrednią realizację, druga za nadzór i organizację pracy przedsiębiorstwa w tym zakresie. W różnych miejscach Załącznika nr 5 oraz w Wyjaśnieniach opisano, za jakie czynności odpowiedzialne były ww. osoby (zamawianie materiałów, nadzór, komunikacja i raportowanie) i jak działała w tym zakresie (tzn. z ich udziałem) organizacja Odwołującego, co doprowadziło do niezrealizowania kontraktów i braku zapobieżenia ich rozwiązaniu przez zamawiających.

Zamawiający wskazuje również, iż wyjaśnienia wykonawcy i przedłożone przez niego dowody nie wskazują, aby podstawą niewykonania umów z Gminą Orla i Gminą Narewka były okoliczności związane z nieprawidłowym obiegiem informacji i dokumentów, brakiem odpowiednich procedur lub systemów informatycznych, czy też niewłaściwą strukturą organizacyjną. Z treści pism zawierających oświadczenia Gminy Orla i Gminy Narewka o odstąpieniu od umów zawartych z Wykonawcą jednoznacznie wynika, że przyczyną odstąpienia było nierozpoczęcie realizacji przedmiotowych umów przez Wykonawcę. (...) Wobec tego, nie można przyjąć, że zmiany polegające na wdrożeniu systemów informatycznych usprawniających obieg dokumentów, zmiany struktury organizacyjnej i procedur wewnętrznych oraz zwolnienie pracowników mogą zostać uznane za argumenty pozwalające na stwierdzenie, że wskazane działania Wykonawcy będą miały wpływ na realizację przyszłych umów wykonawcy.

W ocenie Odwołującego, powyższy fragment znakomicie obrazuje, iż Zamawiający nawet nie starał się całościowo ocenić przedłożonych wyjaśnień i szeroko zakrojonych, kompleksowych działań podjętych przez Sanito wewnątrz jego przedsiębiorstwa, które były nakierunkowane na usprawnienie przygotowania i organizacji produkcji (realizacji kontraktów), nadzoru nad produkcją, komunikacją wewnątrz jego organizacji, komunikacji z dostawcami i zamawiającymi itp. celem zapobieżenia nieprawidłowemu postępowaniu w przyszłości. Zamawiający wybiera elementy tych działań i stwierdza, iż same w sobie nie są w stanie zapewnić, iż zaistniała na kontraktach w gminach Orla i Narewka sytuacja się nie powtórzy. Oczywiście, nierozpoczęcie realizacji umów w terminie stanowiło bezpośrednie przyczyny czynności odstąpienia podjętych przez Gm. Orla i Gm. Narewka (co zostało potwierdzone m.in. w wyrokach załączonych przez Sanito do wyjaśnień w sprawie self-cleaningu), natomiast self-cleaning Sanito zmierza do wyjaśnienia i podania przyczyn tego,



że Odwołujący nie podjął i nie dał rady zrealizować ww. umów w terminie oraz usunięcia tego rodzaju przyczyn w odniesieniu do kontraktów realizowanych w przyszłości. Jako wyjątkowo nielojalne należy więc oceniać próby dezawuowania w ten sposób skuteczności zmian i działań, które pozwolą Sanito (a konkretnie jego kadry kierowniczej) sprawnie monitorować, nadzorować i reagować na problemy z realizacją kontraktów, określić jasny rozkład odpowiedzialności oraz ustanowią i przypiszą konkretne obowiązki w tym zakresie (wprowadzone procedury), a następnie wyposażą zaangażowane osoby w stosowne narzędzia (np. informatyczne) ułatwiające im pracę.

Finalnie Zamawiający wskazał, iż po przeanalizowaniu przedłożonej dokumentacji oraz wyjaśnień wykonawcy powziął również wątpliwość, czy mając na uwadze całokształt sposobu przedstawienia wyjaśnień i dowodów w procesie samooczyszczenia przez wykonawcę nie stanowi tylko pozornego przyznania się do winy [...]. Zamawiający nie rozwija tej tezy, stąd niezrozumiałe jest, w jaki sposób wyraźne i wielokrotne przyznanie się do istnienia podstaw wykluczenia oraz podanie i opisanie okoliczności związanych z niewykonaniem wskazanych umów może być uznane za pozorne, tym bardziej, że Sanito w ramach swojego self-cleaningu przyznawał się i nie kwestionował swojej odpowiedzialności za zaistniałą sytuację związaną z niewykonaniem wskazanych umów.

Odwołujący wskazał, że przedstawił rozległe i kompleksowe wyjaśnienia w przedmiocie stanu faktycznego związanego podstawami jego wykluczenia, w szczególności zidentyfikował i przedstawił przyczyny jego nieprawidłowych działań w trakcie realizacji kontraktów z gminami Orla i Narewka oraz przedsięwziął, podał i wykazał liczne środki i działania, jakie podjął dla zapewnienia swojej rzetelności oraz sprawnego działania w przyszłości. Podjęte przez Sanito środki obejmowały w szczególności:

- a. wdrożenie oprogramowania do kontroli stanu realizacji zamówień;
- b. wdrożenie systemu elektronicznego obiegu i archiwizacji dokumentów;
- c. wdrożenie centralizowanego modelu zarządzania projektami oraz centralnego zarządzania bazą materiałową;
- d. ustandaryzowanie procesów oraz działań działów: Dział Ofertowania, Dział Zakupów, Dział Realizacji Inwestycji - wprowadzenie procedur:
  - i. Procedura Przygotowania Produkcji,
  - ii. Procedura Realizacji,
  - iii. Procedura Ofertowania;
- e. rozwiązywanie współpracy z menadżerami odpowiedzialnymi za realizację umów z Gm. Orla i gm. Narewka (Dyrektor Działu Realizacji Inwestycji oraz Inżynier Projektów);
- f. utworzenie nowych stanowisk i zwiększenie zasobów kadrowych o 6 osób;

- g. zmianę struktury organizacyjnej Sanito;
- h. ugodowe załatwienie sporu z Gm. Orla i brak roszczeń odszkodowawczych wobec Sanito .

Zdaniem Odwołującego, w świetle złożonych przez Sanito wyjaśnień i dowodów, za oczywisty należy uznać związek między podjętymi działaniami, a nieprawidłowościami zaistniałymi w odniesieniu do umów zawartych z Gm. Orla i Narewka i ich przyczynami. Nadto powody niepowodzenia przy realizacji umów zostały zidentyfikowane oraz wprost podane w Wyjaśnieniach.

Odnosząc się do kwestii proporcjonalności zastosowanych przez Zamawiającego środków w postaci wykluczenia oraz ewentualnego zarzutu zaniechania zastosowania art. 26 ust. 3 lub 4 Pzp przez Zamawiającego w stosunku do dokumentów składających się na self-cleaning przedłożonych przez Sanito, Odwołujący wskazał, że jeśli Zamawiający miał jakiegokolwiek uzasadnione i konkretne wątpliwości lub dostrzegał braki w informacjach, które uznawał za niezbędne mu do oceny wiarygodności self-cleaningu, powinien zwrócić się do Sanito o ich uzupełnienie lub wyjaśnienie. Powyższą możliwość (a zarazem obowiązek) wezwania do wyjaśnień Odwołujący podnosi jedynie z daleko posuniętej ostrożności. Jak wskazano powyżej, Zamawiający dysponował wystarczającym zestawem wyjaśnień, dokumentów i dowodów, a tym samym wystarczającą wiedzą co faktów związanych z realizacją przedmiotowych umów i ustalonymi nieprawidłowościami, jak i mógł na podstawie załączonych do oferty wyjaśnień i dowodów powiązać wprowadzone przez Sanito działania naprawcze z tymi nieprawidłowościami i ich przyczynami - co pozwalało mu pozytywnie ocenić self-cleaning Sanito i dokonać wyboru jej oferty jako najkorzystniejszej.

Zdaniem Odwołującego, według Zamawiającego dokumenty i procedurę ich przedstawiania w zakresie self-cleaningu należy odróżnić od zasadniczej procedury przedstawiania dokumentów w Pzp, w szczególności od zasady wyrażonej w art. 26 ust. 2-4 Pzp, a Zamawiający nie jest w żaden sposób zobligowany do wezwania Odwołującego celem udowodnienia jakichkolwiek wątpliwych okoliczności w niniejszym zakresie. W ocenie Odwołującego nie sposób się zgodzić z takim stanowiskiem, a tego typu czynności Zamawiającego podjęte bez uprzedniego wyjaśnienia istotnych według niego faktów i okoliczności związanych z self-cleaningiem Odwołującego należy uznać za niemożliwe do pogodzenia z zasadą proporcjonalności. Zgodnie z wyrokiem Izby z dnia 30.01.2017 r. (sygn. akt KIO 2199/16) Zamawiający powinien mieć na względzie, że w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zobowiązany do pełnego i wszechstronnego zbadania okoliczności w ramach podejmowanych czynności, w

szczegółności w odniesieniu do czynności o tak doniosłych skutkach jak wykluczenie wykonawcy z postępowania.

Ponadto Odwołujący wskazał, że „instytucje zamawiające powinny w trakcie całego postępowania przestrzegać zasad udzielania zamówień ustanowionych w art. 18 dyrektywy 2014/24, wśród których znajdują się, w szczególności, zasady równego traktowania i proporcjonalności (wyrok z dnia 26 września 2019 r., Vitali, C-63/18, EU:C:2019:787, pkt 39 i przytoczone tam orzecznictwo), oraz po drugie, że zgodnie z zasadą proporcjonalności, która stanowi ogólną zasadę prawa Unii, przepisy ustanawiane przez państwa członkowskie lub instytucje zamawiające w ramach wdrażania postanowień tej dyrektywy, takie jak przepisy mające na celu ustanowienie warunków wykonania art. 57 wspomnianej dyrektywy, nie powinny wykraczać poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia celów przewidzianych przez tę dyrektywę.” Na zasadę proporcjonalności wskazuje także - stricte w odniesieniu do self-cleaningu - art. 24 ust. 9 Pzp, nakazujący Zamawiającemu dokonanie oceny działań wykonawcy przy uwzględnieniu m.in. wagi i szczególnych okoliczności czynu wykonawcy.

W ocenie Odwołującego powyższe oznacza, że Zamawiający - przed dokonaniem tak ostatecznej czynności, jak wykluczenie wykonawcy z Postępowania, zwłaszcza w odniesieniu do przesłanek fakultatywnych - powinien szczegółowo przeanalizować, czy sankcja ta w kontekście podjętych przez Sanito środków staranności oraz naprawczych, jest proporcjonalna w okolicznościach danej sprawy. Zamawiający w ogóle takiej analizy nie przeprowadził. Nie uwzględnił m.in., oceniając self-cleaning Sanito, transparentności działania Odwołującego, czy też okoliczności, iż mowa jest o konsekwencjach wykluczenia z przetargów publicznych na wiele lat, jak i faktu, iż sytuacja związana z niewykonaniem przedmiotowych umów była sytuacją wyjątkową, mającą miejsce w tym samym krótkim okresie czasu. Łączna liczba niewykonanych instalacji w ramach dwóch umów z gminą Orla i dwóch umów z gminą Narewka wyniosła 135 instalacji - a zatem wykluczenie opiera się na błędach popełnionych w odniesieniu do ok. 0,5 % wartości innych projektów zrealizowanych należycie w latach 2017-2019. Kluczowe jest przy tym, że wskazane błędy Odwołujący zapłacił już znaczną cenę, poniósł poważne konsekwencje (m.in. w postaci wykluczenia z innych postępowań oraz poniesienia wysokich kosztów reorganizacji działalności) oraz wyciągnął wnioski skutkujące usprawnieniem mechanizmów funkcjonowania przedsiębiorstwa Sanito, co eliminuje ryzyko tego typu zdarzeń w przyszłości.

Natomiast odnośnie kwestii stosowania art. 26 ust. 3 i 4 dawnego Pzp do dokumentów dot. self-cleaningu, Odwołujący wskazał, że stanowisko, iż są to dokumenty o wyjątkowym statusie, do których nie znajdują zastosowania ogólne zasady przedkładania i uzupełniania

dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu czy brak podstaw wykluczenia jest nietrafne. W przepisach Pzp na próżno szukać regulacji wyłączającej stosowanie art. 26 ust. 3 i ust. 4 do dokumentów dotyczących self-cleaningu. Wyjaśnienia czy dowody dotyczące self-cleaningu są załącznikami do JEDZ (w postępowaniach ponadprogowych) lub do oświadczeń o spełnianiu warunków i braku podstaw wykluczenia składanych w innej formie (w postępowaniach o wartości poniżej progów unijnych), i na tej samej zasadzie - jako mieszczące się w kategorii dokumentów podmiotowych - powinny być wyjaśniane czy uzupełniane. W realiach niniejszej sprawy Odwołujący nie był wzywany przez Zamawiającego do wyjaśnień lub uzupełnień w zakresie self-cleaningu. Odwołujący powołał się na orzeczenie KIO z 8 grudnia 2017 r., KIO 2443/17 i z 20 grudnia 2016 r., KIO 2335/16.

W ocenie Odwołującego niedopuszczalności wyjaśnień niejasności czy uzupełnień dokumentów składających się na self-cleaning, nie sposób również wywodzić z faktu, iż ciężar wykazania skuteczności self-cleaningu spoczywa na wykonawcy. Ta sama zasada i rozkład ciężaru dowodu dotyczy wszystkich warunków udziału w postępowaniu i podstaw wykluczenia - wykonawca, który wbrew ciążącemu na nim obowiązkowi nie wykazał ich spełnienia podlega wykluczeniu, a pomimo tego nie budzi żadnych wątpliwości, iż procedura opisana w art. 26 ust. 3 i 4 znajdowała swoje zastosowanie do braków w tego rodzaju dowodzeniu. Przy czym na marginesie można dodać, że o ile w świetle orzecznictwa, procedura uzupełniania dokumentów w oparciu o art. 26 ust. 3 uchylonego Pzp powinna być jednokrotna, to wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 mogą być żądane i składane niejako „do skutku” jeśli tylko jakieś kwestie pozostają niejasne i istnieje taka potrzeba. Nie obowiązuje nawet w ich zakresie zasada jednokrotności wezwania. Skoro więc ocena podstaw wykluczenia i związanej z tym skuteczności wdrożonego self-cleaningu, co do zasady, winny prowadzić do realnych ustaleń i dążenia do budowania stosunku zaufania (za powoływanym orzecznictwem TSUE), takie wyjaśnienia oraz ewentualne uzupełnienia dokumentów należy postulować. Natomiast zakładanie i postulowanie, iż w ramach badania kilkusetstronicowych dokumentów, wyjaśnień i dowodów wszystko od razu będzie/ma być oczywiste i jasne dla innego podmiotu (zamawiającego), budzić może jedynie zdumienie. Tego typu postulat należy ocenić jako skrajny formalizm, który nie znajduje żadnego oparcia w przepisach i nie powinien mieć miejsce w praktyce stosowania prawa.

W ocenie Odwołującego stanowisko w przedmiocie oceny, wyjaśniania i uzupełniania dokumentów składających się na self-cleaning Odwołującego, zaprezentowane przez Zamawiającego, z pewnością nie służy budowie „stosunku zaufania”, o którym mowa w wyroku TSUE z 19 czerwca 2019 r. C 41/18 Meca Srl, któremu służyć ma ze strony

wykonawcy wdrożenie i przedstawienie procedury self-cleaningu, a ze strony zamawiającego jej zrozumienie i ocena. Nie daje się również pogodzić z podkreślanymi w wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 14 stycznia 2021 C-387/19 RTS infra, zasadami ogólnymi prawa Unii - prawem do obrony i prawem do bycia wysłuchanym.

***Izba ustaliła co następuje:***

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania dotyczący postawionych zarzutów (w szczególności treść złożonych przez Odwołującego dokumentów oraz treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia) nie jest sporny między Stronami i Przystępującym.

Izba ustaliła, że Zamawiający w rozdziale III SIWZ „Kwalifikacja podmiotowa – warunki udziału w postępowaniu i podstawy wykluczenia przewidział fakultatywną podstawę wykluczenia wykonawców z postępowania określoną w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu. W złożonym JEDZ Odwołujący oświadczył, iż zachodzi wobec niego ww. podstawa do wykluczenia z postępowania i przedstawił opracowanie „Wyjaśnienia i dowody dotyczące czynności naprawczych podjętych przez Sanito Sp. z o.o. w ramach procedury samooczyszczenia (tzw. *self-cleaning*) przewidzianej przepisami prawa zamówień publicznych”. Jako przyczynę wykluczenia Odwołujący wskazał na odstąpienie od zawartych z nim umów przez gminy Orla i Narewka. W związku z tym Odwołujący skorzystał z procedury samooczyszczenia i przedłożył dokumenty zawierające wyjaśnienia dotyczące okoliczności, w jakich doszło do niewykonania umów wraz z dokumentami wskazującymi na podjęte środki zaradcze. Część dokumentacji została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa. Na rozprawie Odwołujący złożył wyniki audytu zleconego w celu oceny dokumentów, przygotowany na jego zlecenie przez KPMG (stanowi ona tajemnicę przedsiębiorstwa). Wykonawca poddał się audytowi celem uzyskania certyfikatu ISO 9001:2015 i uzyskał ten certyfikat. Do akt sprawy Odwołujący złożył uzupełniające stanowisko audytora z 18.05.2021r., który na etapie sporządzenia opinii, po zapoznaniu się z kompletem dokumentów pominął oceniając, jako nieistotną okoliczność dotyczącą zwiększenia zasobów kadrowych, o której sporządzenie wykonawca wystąpił (stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa). Odwołujący przygotował materiał roboczy - zestawienie zawierające odniesienie do zarzutów, jakie sformułował Zamawiający w decyzji o wykluczeniu. Zawiera ono odniesienia do konkretnych stron, wyjaśnień oraz dowodów, wskazujących na okoliczności przeciwne do tych, jakie wskazał Zamawiający. Dla ustalenia, w jakim miejscu dokumentacji znajdują się dowody, bądź wyjaśnienia istotne dla wskazanych

okoliczności wykonawca w ostatniej kolumnie podał numerację naniesioną odręcznie w zbindowanym materiale (zawiera w części tajemnicę przedsiębiorstwa).

Izba ustaliła, że z przedłożonych dokumentów wynika, że Odwołujący był stroną czterech umów o zamówienie publiczne zawartych z gminami Orla oraz Narewka: nr OG.271.2.2018 z 10 września 2018 r. nr OG.271.2.2018/2 z 10 września 2018 r., nr ZP.271.2.2018 z 25 września 2018 r., nr ZP.271.2.2018 z 25 września 2018 r. Wszystkie umowy zostały rozwiązane przez zamawiających na mocy oświadczeń o odstąpieniu (z dnia 4 i 5 grudnia 2018 r.), zaś jako przyczynę odstąpienia wskazano nierozpoczęcie przez Odwołującego prac mimo wezwań zamawiających. Izba ustaliła, że w związku z tymi nieprawidłowościami doszło do sporu przed Izbą, która w wyroku z 27 listopada 2019 r., sygn. KIO 2025/19 i KIO 2029/19 stwierdziła, iż Odwołujący w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe przy realizacji umów i podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wyrok ten został zaskarżony przez Odwołującego i utrzymany wyrokiem Sądu Okręgowego w Krakowie z 16 kwietnia 2020 r., sygn. II Ca 286/20.

***Izba zważyła co następuje:***

Odwołanie jest zasadne w zakresie zarzutów naruszenia:

1. art. 24 ust. 5 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 8 i art. 24 ust. 9 oraz art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. przez bezprawne wykluczenie odwołującego z postępowania - a w konsekwencji bezprawne uznanie jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy P.z.p. oraz uznanie, że Odwołujący nie wykazał, że przedsięwzięte przez niego środki w celu samooczyszczenia są wystarczające do wykazania jego rzetelności, pomimo przedłożenia przez Odwołującego rozległych dowodów i wyjaśnień w tym zakresie, w tym przedstawienia przez Odwołującego wyników wewnętrznego audytu oraz wykazania podjęcia konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, odpowiednich dla zapobiegania nieprawidłowemu postępowaniu w przyszłości;

2. art. 7 ust 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 8 i 9 ustawy P.z.p. poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności oraz przejrzystości, w szczególności nieuwzględnienie zasady proporcjonalności przy ocenie wyjaśnień i dowodów Odwołującego złożonych w celu samooczyszczenia.

Zarzut ewentualny naruszenia art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień lub uzupełnień wyjaśnień i dowodów złożonych przez Odwołującego celem wykazania, iż przedsięwzięte przez niego środki w celu samooczyszczenia są wystarczające do wykazania jego rzetelności, wobec uwzględnienia zarzutu głównego, stał się bezprzedmiotowy i nie podlegał rozpoznaniu.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte przed 1 stycznia 2021 r., jednakże odwołanie wnoszone jest po tej dacie, a zatem zgodnie z art. 98 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. — Przepisy wprowadzające ustawę — Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020), do niniejszego postępowania odwoławczego stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 2019 ze zm.) - dalej: nP.z.p. Izba stwierdziła, że Odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 nowej ustawy Pzp. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Kwestią sporną pomiędzy stronami jest zasadność wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp oraz – w odniesieniu do stwierdzenia podstawy wykluczenia ze względu na rozwiązanie z Odwołującym umowy przez Gminy Orla i Narewka – skuteczność skorzystania przez Odwołującego z zawartej w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp instytucji „samooczyszczenia”.

Zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający 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.

Aby możliwe było wykluczenie wykonawcy z postępowania konieczne jest zatem łączne spełnienie wszystkich przesłanek wskazanych w analizowanym przepisie, tj.: (i) wystąpienie przyczyn leżących po stronie wykonawcy; (ii) niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w istotnej części; (iii) zaistnienie tych okoliczności doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

W przypadku wystąpienia przesłanki, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, ustawodawca w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp przewidział dla wykonawcy możliwość uniknięcia wykluczenia z postępowania poprzez wdrożenie instytucji tzw. „samooczyszczenia”. Zgodnie ze wskazanym przepisem (zdanie pierwsze), 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. Zgodnie z ust. 9, wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8.

Instytucja samooczyszczenia wywodzi się z art. 57 ust. 6 dyrektywy klasycznej 2014/24/UE, który w wyniku implementacji do polskiego porządku prawnego wprowadził możliwości złożenia wyjaśnień przez wykonawców, wobec których zachodzą przesłanki wykluczenia (procedura *self-cleaning*). Stosownie do wskazanego przepisu, każdy wykonawca znajdujący się w jednej z sytuacji, o których mowa w ust. 1 i 4, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności pomimo istnienia odpowiedniej podstawy wykluczenia. Jeżeli takie dowody zostaną uznane za wystarczające, dany wykonawca nie zostanie wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia. W tym celu wykonawca musi udowodnić, że zrekompensował wszelkie szkody spowodowane przestępstwem lub wykroczeniem lub zobowiązał się do ich rekompensaty, wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności, aktywnie współpracując z organami śledczymi, i podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub nieprawidłowemu postępowaniu. Środki podjęte przez wykonawców są oceniane z uwzględnieniem wagi i szczególnych okoliczności przestępstwa lub wykroczenia. Jeżeli środki zostaną uznane za niewystarczające, wykonawca otrzymuje uzasadnienie takiej decyzji.

Odnosząc powyższe do rozpoznawanej sprawy, Izba dokonała analizy informacji podanych przez Odwołującego w związku ze skorzystaniem przez niego instytucji samooczyszczenia oraz zawiadomienia zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, i skonstatowała, co następuje:



Zgodnie z art. 513 pkt 1 *in principio* nP.z.p., odwołanie przysługuje na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Czynność ta, w przypadku wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, konkretyzuje się w zawiadomieniu, o którym mowa w art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp., który jednocześnie nakłada na zamawiającego obowiązek podania faktycznego i prawnego uzasadnienia czynności wykluczenia. Zgodnie natomiast z ust. 1a, 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. Izba w postępowaniu odwoławczym ocenia zatem zgodność z prawem czynności zamawiającego wyrażonej w zawiadomieniu.

Zawiadomienie z dnia 26 marca 2021 roku w przedmiocie wykluczenia Odwołującego z postępowania, jakkolwiek bardzo obszerne, w istocie zawiera niewiele zarzutów, jakie Zamawiający sformułował wobec treści pism i dokumentów złożonych przez Odwołującego w ramach podjętej przez niego procedury samooczyszczenia. W przeważającej mierze zawiadomienie to zawiera przytoczenie przepisów prawnych, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej.

Podniesione przez Zamawiającego zastrzeżenia można sprowadzić do następujących kwestii:

- 1) Odwołujący nie wskazał konkretnych więzi między środkami/działaniami podjętymi w celu zapobieżenia w przyszłości wystąpieniu podobnych naruszeń, a przyczynami, które doprowadziły do ich powstania w przeszłości, w szczególności przyczynami niewykonania poprzednich umów, i/ lub nie podjęcia wszelkich kroków prowadzących do ich realizacji;
- 2) tym samym fakt posiadania przez Odwołującego certyfikatu zarządzania jakością ISO 9001:2015 potwierdzający, że sposób działalności przedsiębiorstwa odpowiada najwyższym światowym standardom w tym zakresie, należało uznać za okoliczność niewystarczającą i nieistotną;
- 3) Odwołujący wskazał, że odpowiedzialność za niewykonanie umów zawartych z Gminą Orla i Gminą Narewka ponoszą pracownicy, którzy zostali w związku z tym zwolnieni, ale nie wyjaśnił, w jaki dokładnie sposób i w jakim zakresie, zwolnione osoby przyczyniły się do niezrealizowania tych konkretnych umów. Wykonawca nie podał precyzyjnie, które czynności, bądź brak jakich czynności, poszczególnych zwolnionych pracowników, w jakim następstwie chronologicznym i w jakich relacjach

zależności wzajemnych, wywołały niekorzystne dla stron konsekwencje skutkujące niewykonaniem umów. Ponadto złożone przez odwołującego umowy o pracę nowych pracowników zostały zawarte na czas określony i okres próbny i okres obowiązywania tychże umów już upłynął;

- 4) Odwołujący nie wykazał, aby podstawą niewykonania umów z Gminą Orla i Gminą Narewka były okoliczności związane z nieprawidłowym obiegiem informacji i dokumentów, brakiem odpowiednich procedur lub systemów informatycznych, czy też niewłaściwą strukturą organizacyjną. Wobec tego, nie można przyjąć, że zmiany polegające na wdrożeniu systemów informatycznych usprawniających obieg dokumentów, zmiany struktury organizacyjnej i procedur wewnętrznych oraz zwolnienie pracowników mogą zostać uznane za argumenty pozwalające na stwierdzenie, że wskazane działania wykonawcy będą miały wpływ na realizację przyszłych umów wykonawcy;
- 5) Istnieje wątpliwość, czy przyznanie się Odwołującego do winy, niezbędne dla prawidłowego przeprowadzenia self-cleaningu, nie jest wyłącznie pozorne.

Odnosząc się do wskazanych powyżej argumentów Zamawiającego, Izba ustaliła, że Odwołujący w piśmie zawierającym opis zastosowanej przez niego procedury oraz w złożonych załącznikach szczegółowo i konkretnie opisał okoliczności, jakie legły u podstaw odstąpienia od umów z gminami Orla i Narewka. Odwołujący wskazał, że przyczyną odstąpienia były trudności związane z nabyciem materiałów i komponentów niezbędnych do realizacji umów. Odwołujący opisał przyczyny i okoliczności, jak również elementy jakie bezpośrednio stanowiły o niewykonaniu umów. Wyjaśnił również, na czym polegało i jaką przyczyną poprzedzone było niewykonanie umów z Gminami Narewka oraz Orla. Podał też przyczyny i okoliczności, jakie legły u podstaw zaistniałych okoliczności niewykonania umów z Gminami Narewka oraz Orla. Odwołujący uzasadnił również niewykonanie umów, zasadność przeprowadzenia zmian organizacyjnych w spółce oraz wprowadzenie nowych rozwiązań technicznych i kadrowych.

Wyjaśnienia Odwołującego są obszerne, szczegółowe i konkretne. Wskazują zarówno na przyczyny odstąpienia od umów z gminami Orla i Narewka, jak i na podjęte działania zmierzające do wykazania jego rzetelności. Ocena wyjaśnień i przedłożonych dowodów, w myśl art. 24 ust. 9 ustawy Pzp., pozostawiona jest uznaniu zamawiającego. Co prawda, ustawa Pzp nie zawiera żadnych instrukcji, w jaki sposób należy oceniać dane dowody, niemniej jednak ocena ta winna wynikać z zasad logiki życiowej, wiedzy oraz doświadczenia życiowego i zawodowego. Ocena dokonana przez Zamawiającego nie jest zatem całkowicie dowolna.

Ponadto przyczyny, dla których Zamawiający odmówił uznania dowodów za wystarczające, powinny być na tyle szczegółowe i wyczerpujące, by Odwołujący uzyskał pełną wiedzę co do podstaw dokonanej czynności wykluczenia. Obowiązki informacyjne zamawiającego stanowią bowiem odzwierciedlenie zasady jawności postępowania. Stanowisko to jest ugruntowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Przykładowo, w wyroku z dnia 20 lipca 2015 roku sygn. akt KIO 1429/15, Izba stwierdziła, że *Uzasadnienie faktyczne wykluczenia wykonawcy musi przedstawiać wszystkie przyczyny, jakie legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca miał możliwość ustosunkowania się do wskazanych przez zamawiającego uchybień. Stanowczego podkreślenia wymaga, że wykonawcy nie mogą domyślać się podstaw decyzji zamawiającego ani domniemywać zakresu stwierdzonych przez niego nieprawidłowości w złożonych dokumentach.*

W niniejszej sprawie argumenty Zamawiającego sprowadzały się do wytknięcia kolejnych braków w zakresie informacji i dowodów, które wyjaśniałyby w stopniu odpowiadającym oczekiwaniom Zamawiającego jakie były przyczyny, które doprowadziły do niewykonania umów, a tym samym pozwalały ocenić, czy podjęte środki naprawcze okażą się - wystarczające dla uniknięcia wystąpienia tej sytuacji w przyszłości. Zamawiający oczekiwał wręcz dowodu, który pozwalałby na taki wniosek. Zamawiający wskazywał w tym zakresie na brak dowodów, iż zwiększony stan zatrudnienia jest utrzymywany (umowy były zawarte na okres próbny lub oznaczony i nie było umów wydłużających okresy zatrudnienia dodatkowych pracowników), brak wykazania, iż to udział zwolnionych pracowników w kontraktach z Gminami Narewka i Orla był bezpośrednią przyczyną niewykonania umów, brak dostatecznego opisanie przyczyn odstąpienia od umów, co uniemożliwiało ocenę skuteczność podjętych mechanizmów zaradczych i naprawczych.

W tym zakresie należy zauważyć, iż opis okoliczności, w jakich doszło do wypowiedzenia kontraktów został przedstawiony w sposób rzetelny, co zostało dodatkowo poddane ocenie przez podmiot zewnętrzny – dowód złożony na rozprawie (opinia KPMG), jak również organy orzekające (wyrok KIO z 29.01.2021 r., sygn. akt KIO 3540/20). Izba w całości podziela stanowisko prezentowane w wyroku wskazanym powyżej, oceniające pozytywnie działania podjęte przez wykonawcę w celu wdrożenia rekomendowanych rozwiązań, które to oceny dotyczą tego samego materiału dowodowego, co przedłożony obecnie. Ponieważ obecnie argumenty Zamawiającego zmierzają do przekonania, iż opis przyczyn nieprawidłowości był niedostateczny, wnioski płynące z oceny dowodów nie wymagają szerokiego omówienia. Niewątpliwie okoliczności opisane tymi dowodami nie mogły ulec zmianie i należy je ocenić, jako niezmiennie już na tym etapie. Ma to istotne znaczenie, gdyż przyjmując możliwość

modyfikowania tych podstaw przez dalsze omawianie przyczyn, mogłoby prowadzić do sztucznego tworzenia obrazu sytuacji, wobec tej jaka jest już stwierdzona w pismach, w tym wypowiadających stosunek umowny. Obowiązkiem Zamawiającego była ocena stanu faktycznego, który na tym etapie nie był sporny, gdyż wykonawca przyznał jednoznacznie, iż przyczyna leżała po stronie jego i jego pracowników, co zostało omówione przez wskazanie zidentyfikowanych przyczyn i błędów, które doprowadziły do tej sytuacji. Podjęte działania naprawcze dotyczyły obu sfer, tj. pracowniczej, jak i organizacyjno-zarządczej.

Akcentowana przez Zamawiającego okoliczność, iż nie są dostatecznie określone przyczyny odstąpienia od umów w istocie nie została wyjaśniona przez Zamawiającego w zakresie jakich konkretnie dodatkowych informacji Zamawiający oczekiwałby od wykonawcy w celu wykazania, iż procedura self – cleaningu została przeprowadzona w sposób prawidłowy. Z dokumentów złożonych do akt sprawy wynika bezspornie, iż Gmina Narewka i Orla odstąpiły od umów z powodu nieterminowego rozpoczęcia wykonywania umów. Dalej z informacji zawartych z pismach z dnia 4 i 5 grudnia 2018 r. wynika bezspornie, że przyczyną takiej sytuacji było nieprawidłowe zaplanowanie przez Odwołującego harmonogramu zakupu materiałów i komponentów niezbędnych do realizacji zamówienia. To z kolei znajduje odzwierciedlenie w wynikach audytu wewnętrznego jaki przeprowadził Odwołujący. W dokumencie tym w sposób szczegółowy opisane są nieprawidłowości w procesie planowania zakupów oraz procedury naprawcze. Zdaniem Izby, nie sposób zgodzić się z Zamawiającym, że przyczyny odstąpienia są niedostatecznie wyjaśnione. Izba również nie podziela stanowiska Zamawiającego, że Odwołujący nie wykazał odpowiednio dlaczego odpowiedzialność za niewykonanie umów zawartych z Gminą Orla i Gminą Narewka ponoszą dwaj pracownicy Odwołującego, którzy zostali zwolnieni. W treści wyjaśnień Odwołującego zawarte zostały ogólne twierdzenia dotyczące uchybień wskazanych osób. Odwołujący nie wskazał jednak dokładnie jakie uchybienia wskazanych pracowników (czego dotyczyły, kiedy do nich doszło) doprowadziły do niewykonania tych konkretnych umów. Należy wskazać, że w audycie przeprowadzonym przez Odwołującego w sposób wystarczający wykonawca ustalił okoliczności, które stanowiły źródło niewykonania spornych umów. Odwołujący zidentyfikował pracowników bezpośrednio odpowiedzialnych i podjął w tym zakresie decyzje o ich zwolnieniu. Nie jest jasne dla Izby jakich bardziej szczegółowych informacji Zamawiający oczekiwał. Oczywistym jest, że to wykonawca zna swoje przedsiębiorstwo i sam, kierując się chęcią naprawy jego kondycji, identyfikuje osoby odpowiedzialne i podejmuje adekwatne działanie w celu naprawy popełnionych błędów. Z treści pisma Zamawiającego wynika, że chciałaby, aby Odwołujący inaczej zidentyfikował nieprawidłowości, podjął inne kroki, inne działanie, ale z twierdzeń Zamawiającego de facto

nie wynika, dlaczego te podjęte przez wykonawcę są niewystarczające i jakie konkretnie inne działania miałyby podjąć wykonawca. Zdaniem Izby, okoliczność, iż jedna z tych osób pracowała u Odwołującego jeszcze przez okres 9 miesięcy jest bez znaczenia dla sprawy. Ostatecznie bowiem została zwolniona, a więc został wdrożony mechanizm naprawczy, który uznać należy za pozytywny.

Odnosząc się do argumentu Zamawiającego, że złożone przez Odwołującego umowy o pracę nowych pracowników zostały zawarte na czas określony i okres próbny, a okres obowiązywania tychże umów już upłynął, Izba wskazuje, że zgodnie z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp wykonawca winien przedłożyć dowody potwierdzające podjęcie przez niego konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Odwołujący udowodnił, że takie środki zostały przez niego podjęte. Izba wskazuje, że odstępienie od umów miało miejsce w dniu 4 i 5 grudnia 2018 r. Okoliczności te spowodowały, że Odwołujący przeprowadził w styczniu 2019 r. audyt wewnętrzny i wszczął określone działania naprawcze, w tym zwiększył zatrudnienie, o czym świadczą złożone umowy o pracę. Działania te były przeprowadzone w 2019 r. Decyzja zaś o wykluczeniu wykonawcy z niniejszego postępowania została podjęta przez Zamawiającego w dniu 23 marca 2021 r. Zdaniem Izby konieczność przedłużenia umów w 2021 r. jakie Odwołujący zawarł w 2019 r. była zależna od okoliczności faktycznych w jaki znajdował się wykonawca, liczby zamówień, realizowanych przez wykonawcę kontraktów. Nie można przyjąć a priori konieczność zwiększania zatrudnienia przez Odwołującego. Racjonalny przedsiębiorca analizuje swoją sytuację, swoje zapotrzebowania kadrowe, sytuację na rynku i na tej podstawie ocenia konieczność przedłużenia umów. Zdaniem Izby Odwołujący wykazał, że po przeprowadzeniu audytu zwiększył liczbę pracowników w celu usprawnienia procesu zakupowego. Sama okoliczność braku przedłożenia Zamawiającemu w 2021 r. dowodów na przedłużenie takich umów nie niweczy przedsięwziętych przez wykonawcę środków naprawczych. Zamawiający nie wykazał bowiem, iż w latach 2019 – 2020 r. wykonawca nie wykonał innych umów z przyczyn leżących po stronie Odwołującego. A zatem przyjąć należy, że środki jakie zastosował w tym okresie były adekwatne do stwierdzonych uchybień. Zdaniem Izby decyzja co do formy zatrudnienia pracowników należy do wykonawcy. Nie sposób w tym zakresie, narzucać Odwołującemu właściwą i odpowiednią formę zatrudnienia nowych pracowników. Zarówno umowa na czas próbny i czas określony jest dopuszczona przepisami kodeksu pracy. Odwołujący ma możliwość przedłużenia takich umów czy zmiany ich na umowy zawarte na czas nieoznaczony (co zresztą uczynił składając do akt sprawy dowody na potwierdzenie takich okoliczności), o ile uzna, że jest to konieczne i zasadne mając na uwadze swoje indywidualne uwarunkowania.

Samo dyskredytowanie działań Odwołującego przez Zamawiającego tylko poprzez subiektywny brak akceptacji formy zatrudnienia jest w ocenie Izby nieprawidłowy.

Izba nie podziela wątpliwości zamawiającego, jakoby przyznanie się Odwołującego do winy, niezbędne dla prawidłowego przeprowadzenia self-cleaningu, mogło być wyłącznie pozorne. W ocenie Izby nie ulega wątpliwości, że instytucja samooczyszczenia dla swej skuteczności wymaga uznania przez wykonawcę faktu, iż po jego stronie leżą przyczyny, z powodu których nastąpiło niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w istotnej części. Ustalenie, czy takie uznanie miało miejsce, winno być dokonywane na podstawie analizy złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, z uwzględnieniem wszystkich okoliczności sprawy. Jeżeli z treści wyjaśnień wynika, iż wykonawca potwierdza wystąpienie okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4, powinno to zostać ocenione jako spełnienie warunku skutecznego samooczyszczenia. Jednocześnie, za brak takiego potwierdzenia winny być uznane takie fakty, jak m.in. zaprzeczanie wystąpieniu okoliczności leżących po stronie wykonawcy czy obciążanie odpowiedzialnością inny podmiot. Ustalone przez Izbę okoliczności faktyczne pozwalają na stwierdzenie, że Odwołujący uznał swoją odpowiedzialność w zakresie niewykonania lub nienależytego wykonania umów zawartych z gminami Orla i Narewka, co skutkowało odstąpieniem zamawiających tychże umów. Przyznanie się takie jest złożone w oświadczeniu, z którego wynika, że wobec Odwołującego zachodzą przesłanki wykluczenia oraz w treści pisma z wyjaśnieniami.

Również akcentowane przez Zamawiającego stanowisko o braku naprawienia szkody przez Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. Należy zgodzić się z Odwołującym, iż żaden z podmiotów nie występował względem Odwołującego z roszczeniem o naprawienie szkody, trudno zatem oczekiwać, iż Odwołujący w imieniu innych podmiotów będzie identyfikował szkody i je naprawiał.

Zdaniem Izby, nie może budzić wątpliwości, iż wykonawca podjął faktyczne działania, których celem było poprawienie organizacji przedsiębiorstwa, w tym poddał się ocenie podmiotu akredytującego i uzyskał certyfikat ISO, co nie jest obowiązkowe, ale jednocześnie wymaga nakładu finansowego, jak i faktycznie wpływa na procesy przedsiębiorstwa. W ocenie Izby nie można zaprzeczać działaniom wykonawcy wskazując wyłącznie na obawy, których podłoże tkwi w samym stwierdzeniu możliwości powtórzenia w przyszłości sytuacji, która uniemożliwi wykonanie umowy. Przy takim podejściu w zasadzie nigdy nie uda się wykonawcy przekonać zamawiającego o tym, iż jest podmiotem, któremu można zaufać.

Wobec braku przekonywających argumentów ze strony Zamawiającego, Izba uznała za skuteczną i prawidłową procedurę samooczyszczenia dokonaną przez Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu. Dodatkowo Izba przeprowadziła dowód z opinii KPMG z dnia 28 kwietnia 2021 roku, wraz z uzupełnieniem z dnia 18 maja 2021 roku, a także ze złożonego w postępowaniu certyfikatu zarządzania jakością i stwierdziła, że dowody te potwierdzają podjęcie przez Odwołującego szeregu daleko idących i skutecznych działań, potwierdzających rzetelność wykonawcy.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....

.....

.....