

WYROK

z dnia 20 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jan Kuzawiński

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 października 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – **konsorcjum „STEKOP” S.A. (Lider), ul. Mołdawska 9, 02-127 Warszawa, „STEKOP-OCHRONA” Sp. z o.o., Kol. Porosły 52, 16-070 Choroszcz** postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - 26 Wojskowy Oddział Gospodarczy, ul. Juzistek 2, 05-131 Zegrze** przy udziale:

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum Agencja Ochrony K. Sp. z o.o., ul. Chmielna 34, 00-020 Warszawa, Agencja Ochrony MK Sp. z o.o., ul. Jana Kazimierza 64/128, 01-248 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – **konsorcjum „STEKOP” S.A. (Lider), ul. Mołdawska 9, 02-127 Warszawa, „STEKOP-OCHRONA” Sp. z o.o., Kol. Porosły 52, 16-070 Choroszcz** i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od **Odwołującego** - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – **konsorcjum „STEKOP” S.A. (Lider), ul. Mołdawska 9, 02-127 Warszawa, „STEKOP-OCHRONA” Sp. z o.o., Kol. Porosły 52, 16-070 Choroszcz**, na rzecz **Zamawiającego - Skarb Państwa - 26 Wojskowy Oddział Gospodarczy, ul. Juzistek 2, 05-131 Zegrze**, stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Skarb Państwa - 26 Wojskowy Oddział Gospodarczy, ul. Juzistek 2, 05-131 Zegrze prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie usług w zakresie ochrony fizycznej osób i mienia przez Specjalistyczne Uzbrojone Formacje Ochronne na rzecz jednostek i instytucji będących na zaopatrzeniu 26 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Zegrzu”. Wartość postępowania przenosi kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Prowadzone przez Zamawiającego postępowanie zostało wszczęte przez zamieszczenie ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2020/S 152-373474.

Zamawiający w dniu 19.10.2020 r. przekazał wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia - konsorcjum STEKOP” S.A. (Lider), ul. Mołdawska 9, 02-127 Warszawa, „STEKOP-OCHRONA” Sp. z o.o., Kol. Porosły 52, 16-070 Choroszcz (dalej również jako Odwołujący) informację o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Odwołujący w dniu 30.10.2020 r. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od następujących czynności i zaniechań odwołującego:

1. zaniechania wykluczeni z postępowania konsorcjum w składzie: Agencja Ochrony K. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Agencja Ochrony MK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, (dalej jako Konsorcjum K.), w warunkach, w których Wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie z art. 24 ust. 5 pkt 2 i pkt 4 ustawy Pzp,
- 2) zaproszeniu wykonawcy - Konsorcjum K. do złożenia oferty w zakresie części nr III zamówienia, w sytuacji, gdy Wykonawca ten powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, w szczególności poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy, który podlega wykluczeniu na podstawie przesłanek określonych przez Zamawiającego,
- 2) art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 131e ust. 1b pkt 1 lit. c) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum K., w sytuacji gdy wykonawca ten na dzień składania wniosków w postępowaniu podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Pzp oraz nie podjął wystarczających środków dla wykazania jego rzetelności, w szczególności nie naprawił wyrządzonej szkody.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności poinformowania o wynikach oceny wniosków w zakresie części nr III zamówienia,
- 2) wykluczenia z udziału w postępowaniu Konsorcjum K. w zakresie części nr III,
- 3) dokonania ponownej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w zakresie części nr III.

Podstawy faktyczne i uzasadnienie odwołania.

Odwołujący informuje, że dnia 20 października 2020 r. Zamawiający poinformował o wynikach oceny spełniania warunków w postępowaniu oraz zaprosił wykonawców do złożenia ofert. Zgodnie z informacją o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, Zamawiający uznał, że Konsorcjum K. nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu i zaprosił tego wykonawcę do składania ofert w zakresie części nr III zamówienia.

Odwołujący podnosi, że Zamawiający zaniechał wykluczenia z postępowania w zakresie części nr III wykonawcy Konsorcjum K., pomimo że w stosunku do tego Wykonawcy zachodzą podstawy wykluczenia.

Przedmiotowe postępowanie jest postępowaniem z zakresu obronności i bezpieczeństwa. Zgodnie z art. 131e ust. 1b pkt 1 lit. c) ustawy Pzp, „w postępowaniach o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zamawiający może wykluczyć wykonawcę

- 1) o którym mowa w art. 24: (...) c) ust. 5.

Zamawiający przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu i Informacji, że wykluczy z postępowania wykonawców, w stosunku do których zachodzą podstawy wykluczenia określone m.in. w art. 24 ust. 5 pkt 2 lub pkt 4 ustawy Pzp. Wynika to z następujących zapisów:

- 1) „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 131e ust. 1 pkt 1, 4, 6 oraz art. 24 ust. 5 pkt 1, 2 i 4 w zw. z art. 131 e ust. 1b pkt 1 lit c ustawy prawo zamówień publicznych” (pkt III. 1.4 ppkt 4 ogłoszenia o zamówieniu),
- 2) „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art 131e ust. 1 pkt 1, 4, 6, oraz art. 24 ust. 5 pkt 1, 2 i 4 w zw. z art. 131 e ust. 1b pkt. 1 lit. c ustawy Prawo zamówień publicznych” (Rozdział V pkt 4 Informacji),
- 3) „Zamawiający, do udziału w postępowaniu zaprosi Wykonawców, którzy spełniają łącznie niżej wymienione przesłanki: (...) potwierdzili brak podstaw do wykluczenia, o których mowa w art. 131 e ust. 1 pkt. 1, 4, 6 i nie podlegają wykluczeniu na podstawie 24 ust. 5 pkt 1, 2 i 4 w zw. z art. 131 e ust. 1b pkt 1 lit. c 1b ustawy” (Rozdział VII pkt 1 lit. b) Informacji).

Wykonawcy zobowiązani byli do wykazania, że nie podlegają wykluczeniu z postępowania

m.in. na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i pkt 4 Pzp.

Odwołujący wskazuje, że we wniosku o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu wykonawca konsorcjum K. oświadczył, że nie zachodzą w stosunku do niego podstawy wykluczenia z postępowania na podstawie przesłanek wskazanych w art. 24 ust. 5 pkt 1, 2 i 4 w zw. z art. 131e ust. 1b pkt c ustawy. Jednocześnie konsorcjum K. wskazał we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, że przedstawia dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, które załączone zostają jako tajemnica przedsiębiorstwa do niniejszego wniosku. Jak wynika z uzasadnienia zastrzeżenia przez konsorcjum K. tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca ten w związku z zaistnieniem podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, podjął środki naprawcze, których opis wraz z dowodami przedstawiono w dokumentacji pn. „Opis podjętych środków naprawczych wraz z ich szczegółowym opisem, systematyką oraz załączonymi dowodami”, która została zastrzeżona jako „tajemnica przedsiębiorstwa”.

Odwołujący podnosi, że wykonawca konsorcjum K. wskazał więc wprost, że zachodzą w stosunku do niego przesłanki wykluczenia oraz przedstawił opis procedury self-cleaning w zakresie przesłanki określonej w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący podkreśla, że niewątpliwie w stosunku do Konsorcjum K. zachodzą więc przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ust. 5 pkt 2 i pkt 4 Pzp. Wskazuje, że Agencja Ochrony K. Sp. z o.o. (członek Konsorcjum K.) realizowała na podstawie umowy nr 1013/2017 z dnia 27 listopada 2017 r. usługi w zakresie ochrony osób i mienia oraz monitoringu świadczone przez specjalistyczne uzbrojone formacje ochronne (SUFO) w jednostkach i instytucjach wojskowych zlokalizowanych na terenie administrowanym przez 24 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Giżycku. Wykonawca Agencja Ochrony K. Sp. z o.o. nie wykonał w stopniu znacznym, z przyczyn leżących po jego stronie w/w umowy w sprawie zamówienia publicznego, czego konsekwencją było rozwiązanie umowy i zasądzenie odszkodowania prawomocnym wyrokiem Sądu Okręgowego w Olsztynie I Wydział Cywilny z dnia 7 lipca 2020 r., sygn. akt: I C 728/18. Powyższe potwierdzają twierdzenia 24 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Giżycku, któremu to została wyrządzona szkoda działaniami Agencja Ochrony K. sp. z o.o.

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający stwierdził jednak, że Konsorcjum K. nie podlega jednak wykluczeniu. Jak stwierdził Zamawiający: *„Wykonawca AO K. Sp. z o.o. we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczył, że w związku z rozwiązaniem umowy nr 1013/2017 na wykonanie usługi w zakresie ochrony osób i mienia oraz monitoringu świadczone przez specjalistyczne uzbrojone formacje ochronne (SUFO) w jednostkach i instytucjach wojskowych zlokalizowanych na terenie administrowanym przez 24 WOG Giżycko podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4. Niemniej jednak na podstawie art. 24 ust. 8 Wykonawca skorzystał z samooczyszczenia przedstawiając*

szczegółowo podjęte działania naprawcze w zakresie organizacyjnym i technicznym oraz liczne dokumenty potwierdzające wprowadzone działania naprawcze. Zamawiający ocenił wagę czynu i szczególne okoliczności przedstawione przez wykonawcę, uznając je za wystarczające dla prawidłowego wykonania niniejszego zamówienia. Zamawiający oceniając podjęte działania przez Wykonawcę wziął pod uwagę fakt, iż Wykonawca do tej pory nie świadczył usług dla Zamawiającego, a podjęte działania dają rękojmię prawidłowego wykonania usługi ponadto wobec Wykonawcy nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie”.

Odwołujący zaznacza, że postępowanie prowadzone jest według zasad ustalonych dla zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Zgodnie z art. 131e ust. 2 Pzp, Wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w ust. 1 Pzp. W przypadku zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, w przeciwieństwie do zamówień klasycznych, potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania, następuje nie później niż na dzień składania ofert lub wniosków. Normatywny sens przepisu art. 131e ust. 2 Pzp stwarza wymaganie, aby aktualność dokumentów składanych przez wykonawców nie była potwierdzana następczo, ale istniała w momencie składania oferty lub wniosku. Procedura sanacyjna uregulowana w art. 24 ust. 8 Pzp daje wykonawcy możliwość wykazania swojej rzetelności, pomimo zaistnienia wobec niego określonych podstaw wykluczenia, w tym z powodu obligatoryjnego wykluczenia ze względu na nienależyte wykonanie (w istotnym stopniu) umowy o zamówienie publiczne. Ustawodawca uzależnił możliwość uznania takiego wykonawcy za dającego rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia publicznego, od udowodnienia, że podjęte przez przedsiębiorcę środki zaradcze są wystarczające dla wykazania jego rzetelności - czyli od wykazania, że wdrożono niezbędne mechanizmy zmierzające do usunięcia skutków okoliczności, które stanowią podstawę wykluczenia wykonawcy, a także, że powzięto kroki zapobiegające wystąpieniu takich okoliczności w przyszłości, jak również, iż naprawiono szkodę. Odwołujący wywodzi, że wykonawca Agencja Ochrony K. Sp. z o.o. winien w szczególności udowodnić naprawienie szkody, w tym poprzez zapłatę na rzecz Zamawiającego 24 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Giżycku odszkodowania zasądanego na rzecz tego zamawiającego publicznego prawomocnym wyrokiem Sądu Okręgowego w Olsztynie I Wydział Cywilny z dnia 7 lipca 2020 r., sygn. akt: I C 728/18. Odwołujący wskazuje, że z informacji pozyskanych bezpośrednio od 24 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Giżycku, wynika, iż wykonawca Agencja Ochrony K. Sp. z o.o. dokonał zapłaty rzeczonoego odszkodowania w całości dopiero w dniu 22 października 2020 r. (czyli po upływie terminu

składania wniosków w przedmiotowym postępowaniu, tj. 5 października 2020 r.).

Z powyższego Odwołujący wywodzi, że złożone wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dokumenty mające potwierdzać dokonanie procedury sanacyjnej (zastrzeżone jako „tajemnica przedsiębiorstwa” pismem datowanym na dzień 31 lipca 2020 r.), z uwagi na termin składania wniosków wyznaczony ostatecznie przez Zamawiającego na dzień 5 października 2020 r., nie mogą potwierdzać skutecznego podjęcia przez wykonawcę działań zaradczych, umożliwiających mu udział w postępowaniu o zamówienie publiczne, z uwagi na brak zapłaty zasądzonego odszkodowania w całości. Odwołujący powołuje się na wyrok KIO 1797/18.

Odwołujący podnosi, że konsorcjum K., ze względu na brak naprawienia wyrządzonej szkody, poprzez zapłatę odszkodowania należnego 24 Wojskowemu Oddziałowi Gospodarczemu w Giżycku nie później niż do dnia składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tj. do dnia 5 października 2020 r., podlega wykluczeniu z przedmiotowego postępowania. Odwołujący zauważa, że sytuacji Konsorcjum nie konwaliduje fakt dokonania zapłaty całości odszkodowania przez Agencję Ochrony K. Sp. z o.o. po terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W stosunku do konsorcjum K. nie mogły zachodzić przesłanki wykluczenia na dzień składania wniosków. Zdaniem Odwołującego, z uwagi na brak zapłaty odszkodowania zasądzonego od Agencji Ochrony K. Sp. z o.o., nie można stwierdzić, że wykonawca ten podjął wszystkie wymagane środki do wykazania jego rzetelności. Naprawienie wyrządzonej szkody jest podstawowym i obligatoryjnym elementem procedury tzw. samooczyszczenia. Jak wskazuje 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”*. Odwołujący podnosi, że elementem obligatoryjnym, aby potwierdzić, że wykonawca rzeczywiście podjął niezbędne środki, które zapewniają jego rzetelność oraz zapewniają należyte wykonania zamówienia, jest wykazanie faktu naprawienia wyrządzonej szkody, jeżeli taka wystąpiła.

Odwołujący podkreśla, że 24 Wojskowy Oddział Gospodarczy, który to rozwiązał umowę z Agencją Ochrony K. Sp. z o.o., również uznał, że brak zapłaty zasądzonego odszkodowania pociąga za sobą dalszy brak rzetelności tego wykonawcy - w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym na: *„usługi w zakresie ochrony osób i mienia oraz monitoringu świadczone przez specjalistyczne uzbrojone formacje ochronne (SUFO) w jednostkach i instytucjach wojskowych zlokalizowanych na terenie*

administrowanym przez 24 WOG Giżycko w latach 2020-2023” przez 24 Wojskowy Oddział Gospodarczy, zamawiający ten wykluczył Agencję Ochrony K. Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Sam więc podmiot, któremu wyrządzono szkodę, uznał, że brak zapłaty całej kwoty zasądanego odszkodowania stanowi o braku skutecznego przeprowadzenia przez Agencję Ochrony K. sp. z o.o. tzw. procedury samooczyszczenia.

Dalej Odwołujący podnosi, że zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może (co zostało przewidziane w niniejszym postępowaniu) wykluczyć wykonawcę, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych. Z powyższego przepisu wynika więc, że zamawiający może wykluczyć wykonawcę, jeżeli łącznie zajdą następujące okoliczności:

- 1) wykonawca naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość,
- 2) naruszenie obowiązków zawodowych, o których mowa w pkt 1, było zawinione,
- 3) naruszenie obowiązków zawodowych, o których mowa w pkt 1, miało charakter poważny.

Odwołujący wywodzi, że prawodawca w cytowanym przepisie przykładowo wskazuje, że poważnym naruszeniem obowiązków zawodowych będzie niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia na skutek zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Zgodnie z poglądami doktryny, rażące niedbalstwo to postać winy nieumyślnej, z którą mamy do czynienia w sytuacji, gdy dojdzie do znacznego odchylenia od wzorca należytej staranności, a w konsekwencji stopień naganności postępowania dłużnika będzie szczególnie wysoki, gdyż drastycznie i poważnie odbiega od modelu należytego zachowania się wykonawcy. Koniecznym do ustalenia, czy działaniu wykonawcy można przypisać cechy rażącego niedbalstwa, jest ustalenie standardu staranności, jakim powinien wykazać się wykonawca. W przeważającej mierze wykonawcami są przedsiębiorcy, co oznacza, że należyta staranność określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru jego działalności (art. 355 § 2 k.c.). Rażące niedbalstwo to niezachowanie elementarnych zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji. Odwołujący wskazuje, że o przypisaniu wykonawcy winy w tej postaci decyduje więc zachowanie się przez niego w określonej sytuacji w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej – powyższe jest najczęściej badane w postępowaniach sądowych, których przedmiotem jest roszczenie odszkodowawcze za wyrządzoną szkodę z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy.

Odwołujący podnosi, że zgodnie z treścią art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp (będącego podstawą dla wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usługi w zakresie ochrony osób i mienia oraz monitoringu świadczony przez specjalistyczne uzbrojone formacje ochronne (SUFO) w jednostkach i instytucjach wojskowych zlokalizowanych na terenie administrowanym przez 24 WOG Giżycko w latach 2020-2023 Agencji Ochrony K. Sp. z o.o.),

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. Z przepisu tego Odwołujący wywodzi, że rozwiązanie umowy jest w tym wypadku jedynie skutkiem niewykonania lub nienależytego wykonania wcześniejszej umowy. Do tego elementem warunkującym zastosowanie tej fakultatywnej przesłanki jest niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy i to w stopniu istotnym, co koresponduje bezpośrednio z art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący powołuje się na wyrok KIO 2522/17. Zdaniem Odwołującego nie ma wątpliwości, że Agencja Ochrony K. Sp. z o.o. podlega wykluczeniu z postępowania również na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący podnosi, że wykonawca konsorcjum K. we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przyznał, iż podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie przesłanek wskazanych w art. 24 ust. 5 pkt 1, 2 i 4 w zw. z art. 131e ust. 1b pkt c ustawy Pzp. Jednocześnie Wykonawca Konsorcjum K. oświadczył, że na podstawie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, *„przedstawia dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, które załączone zostają jako tajemnica przedsiębiorstwa do niniejszego wniosku”*. Dokument pn. *„Uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa - self-cleaningu do fakultatywnej przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt. 4 Pzp wraz z dowodami”*, odnosi się jedynie - jak wynika wprost z samego tytułu - do przesłanki wykluczenia przewidzianej w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego wykonawca konsorcjum K. nie przedłożył dowodów uzasadniających brak możliwości wykluczenia na podstawie w art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, w szczególności nie wykazał w tym zakresie rękojmi należytego i uczciwego wykonania niniejszego przedmiotu zamówienia, Zamawiający zaniechał zaś dokładnego rozważenia zaistnienia przesłanek wykluczenia w stosunku do Agencja Ochrony K. Sp. z o.o.

Odwołujący uzupełnił swoje stanowisko pismem z dnia 13.11.2020 r.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpienie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia konsorcjum Agencja Ochrony K. Sp. z o.o., ul. Chmielna 34, 00-020 Warszawa, Agencja Ochrony MK Sp. z o.o., ul. Jana Kazimierza 64/128, 01-248 Warszawa - po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, wnioskiem Przystępującego oraz korespondencją Zamawiającego z wykonawcami, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, pismem Odwołującego i odpowiedzią na odwołanie, jak też stanowiskiem stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych.

Izba nie podziela argumentacji Zamawiającego, iż w sytuacji, gdy w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego Odwołujący został zaproszony do składania wniosków, to nie posiada on interesu we wniesieniu odwołania, gdyż nie może ponieść szkody na skutek działań lub zaniechań Zamawiającego. Po pierwsze, jak zasadnie podniósł w toku rozprawy Odwołujący, z informacji o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wynikało, że Zamawiający uznał, że konsorcjum Agencja Ochrony K. Sp. z o.o., ul. Chmielna 34, 00-020 Warszawa, Agencja Ochrony MK Sp. z o.o., ul. Jana Kazimierza 64/128, 01-248 Warszawa (dalej jako Przystępujący) nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Tym samym rozpoczął się bieg terminu na wniesienie odwołania od takiej oceny wniosku Przystępującego przez Zamawiającego. Termin ten, po wyborze oferty najkorzystniejszej (a mogłaby to być też oferta Przystępującego) byłby już znacząco przekroczony i nie mógłby zostać przywrócony. W takiej sytuacji Odwołujący poniósłby szkodę na skutek zaniechania Zamawiającego mającego miejsce na etapie oceny wniosków. Po drugie, Odwołujący ma interes w ograniczeniu kręgu potencjalnych wykonawców (por. np. KIO 1626/19, KIO 1419/20, KIO 1751/17).

Izba ustaliła, co następuje.

Stan faktyczny sprawy pozostawał bezsporny, okoliczności faktyczne przytoczone w odwołaniu znajdują odzwierciedlenie w dokumentacji postępowania i nie były kwestionowane – strony różniły się ich oceną prawną – dlatego nie będą powtarzane. Fakty istotne dla rozstrzygnięcia, które nie znalazły się w przytoczonej treści odwołania, dla zachowania czytelności wyводу, zostały powołane bezpośrednio poniżej, w rozważaniach Izby.

Izba zważyła, co następuje.

Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu.

Izba łącznie rozpoznała zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 131e ust. 1b pkt 1 lit. c ustawy Pzp, gdyż Odwołujący wywodził je z tej samej okoliczności faktycznej. Poniżej natomiast Izba odniosła się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 2 w zw. z art. 131e ust. 1b pkt 1 lit. c ustawy Pzp, bowiem w tym zakresie prezentowana była poniekąd odmienna argumentacja.

Odwołujący naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 24 ust. 5 pkt 4 i dalszych ustawy Pzp wywodził z zaniechania wykluczenia Przystępującego, pomimo że podlegał on wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż nie wykonał w stopniu znacznym, z przyczyn leżących po jego stronie, umowy w sprawie zamówienia publicznego z 24 WOG w Giżycku, czego konsekwencją było rozwiązanie umowy i zasądzenie odszkodowania prawomocnym wyrokiem Sądu Okręgowego w Olsztynie i nie dokonał skutecznie procedury samooczyszczenia o której mowa w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp. Odwołujący podnosił, że tzw. self-cleaning Przystępującego nie mógł być skuteczny, gdyż nie doszło, przed terminem składania wniosków, do naprawienia szkody – zapłaty zasądzonej przez Sąd kwoty na rzecz 24 WOG.

Zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający może wykluczyć z postępowania 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.

Art. 131e ust. 1b pkt 1) lit. c ustawy Pzp stanowi, że w postępowaniach o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zamawiający może wykluczyć wykonawcę, o którym mowa w artykule 24 ust. 5 ustawy Pzp.

Art. 24 ust. 8 ustawy Pzp reguluje instytucję tzw. samooczyszczenia, self-cleaningu – 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,

orzeczone prawomocnym wyrokiem sądu zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz nie upłynął określony w tym wyroku okres obowiązywania tego zakazu.

W ocenie Izby nie doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. W rozpoznawanej sprawie okolicznością bezsporną było, że doszło do rozwiązania umowy pomiędzy Przystępującym a 24 WOG w Giżycku na skutek nienależytego wykonania umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Przystępujący we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczył, że podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, ale jednocześnie przedstawił wyjaśnienia i dowody na okoliczność, że podjęte przezeń środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zgodnie z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp. Rzeczone wyjaśnienia oraz dowody zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, Odwołujący nie wniósł o ich udostępnienie.

Argumentacja Odwołującego w zakresie nieskuteczności procedury samooczyszczenia przeprowadzonej przez Przystępującego ogranicza się jedynie do wskazania, że przed terminem składania wniosków nie naprawił on szkody wyrządzonej 24 WOG w Giżycku, pomimo prawomocnego wyroku sądu zobowiązującego go do zapłaty. Odwołujący nie podważał skuteczności podjętych przez Przystępującego środków mających wykazać jego rzetelność, podnosił jedynie, że nie można uznać samooczyszczenia za skuteczne bez naprawienia szkody.

Mając na uwadze treść art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, stanowiska Odwołującego nie można uznać za uzasadnione. Powołany przepis wprost wskazuje, że naprawienie szkody „w szczególności” stanowi dowód dla wykazania rzetelności wykonawcy – nie jest to zatem jedyny możliwy dowód, a przykładowo wskazany przez ustawodawcę. Nie sposób też z omawianej normy wywieść, że jest to dowód konieczny. Należy zauważyć, że art. 24 ust. 8 ustawy Pzp nie zawiera zamkniętego katalogu dowodów, jakie wykonawca może przedstawić celem wykazania swojej rzetelności (tak też KIO 1248/20, KIO 1573/20). Powyższe potwierdza ugruntowana linia orzecznicza KIO, w tym również m.in wyroki, na które Odwołujący sam się powołuje – wyroki KIO 1797/19, KIO 488/18 – w wyrokach tych Izba uznała, że naprawienie szkody stanowi jeden z elementów, jeden ze środków wykazania rzetelności wykonawcy, ale nie wskazywała, by był to element konieczny. Wobec powyższego należało za bezpodstawne uznać twierdzenie Odwołującego, iż naprawienie szkody jest warunkiem *sine qua non* skutecznej procedury samooczyszczenia. Ponadto warto odnotować, że jak wynika z przedłożonej wraz z odwołaniem informacji o wynikach oceny wniosków z 24 WOG w Giżycku, Przystępujący wg. stanu na dzień 29.09.2020 r. spłacił ponad 339 tys. zł z kwoty zasądzonej na rzecz 24 WOG, a do spłaty pozostało ponad 62 tysiące złotych. A zatem w dniu składania wniosków w niniejszym postępowaniu Przystępujący spłacił już około 85% z zasądzonej kwoty, co pozwala na uznanie, że nie uchylał się od wykonania obowiązku nałożonego przez Sąd. Takie postępowanie Przystępującego potwierdza słuszność decyzji Zamawiającego, który uznał, że pomimo braku spłaty całości kwoty zasądzonej na

rzec 24 WOG Przystępujący wykazał swą rzetelność w procedurze self-cleaningu. Bez wpływu na powyższą ocenę pozostaje podnoszona okoliczność, że 24 WOG uznał, że samooczyszczenie Przystępującego nie jest skuteczne, bowiem nie dokonał on spłaty całości należności wynikającej z wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie. Zamawiający uprawniony jest do własnej, niezależnej oceny środków podjętych o których mowa w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp podjętych przez wykonawcę. Należy przy tym mieć na uwadze, że dla 24 WOG kwestia spłaty zobowiązania Przystępującego stanowi istotny interes własny, co może mieć wpływ na jego ocenę skuteczności procedury samooczyszczenia. Warto jednak odnotować, że z ww. informacji 24 WOG wprost wynika również, iż ów zamawiający uznał, że „w przedstawionej na podstawie art. 24 ust. 8 dokumentacji dotyczącej podjętych środków naprawczych zawarte jest wyjaśnienie stanu faktycznego oraz podjęte konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe wraz z dowodami, które Zamawiający uznał za wystarczające dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy”.

Z uwagi na powyższe Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał, ażeby dokonana przez Zamawiającego ocena samooczyszczenia Przystępującego była błędna. Przystępujący, wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożył rozbudowane wyjaśnienia, poparte licznymi dowodami (zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa). Zamawiający, po ich analizie zasadnie doszedł do przekonania, że podjęte przez Przystępującego środki, mające zapobiec wystąpieniu podobnych sytuacji w przyszłości i wykazały jego rzetelność, są wystarczające. Należy przy tym podkreślić, że jedynym zarzutem odwołania w stosunku do przeprowadzonej przez Przystępującego procedury self-cleaningu była kwestia spłaty należności zasądzonej przez SO w Olsztynie na rzecz 24 WOG. W pozostałym zakresie Odwołujący nie podważał samooczyszczenia dokonanego przez Przystępującego.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 24 ust. 5 pkt 4 i art. 131e ust. 1b pkt 1 lit. c ustawy Pzp, jak wykazano powyżej, nie potwierdził się, wobec czego odwołanie podlegało oddaleniu w tym zakresie.

Ad zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 24 ust. 5 pkt 2 i art. 131e ust. 1b pkt 1 lit. c ustawy Pzp. Odwołujący przedmiotowy zarzut wywodził z faktu, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy z 24 WOG stanowiło również poważne naruszenie obowiązków zawodowych, co podważyło jego uczciwość. Odwołujący podnosił, że wskazana okoliczność spełnia również przesłankę wykluczenia z postępowania określoną w art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, a samooczyszczenie dokonane przez Przystępującego dotyczyło jedynie przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, a zatem nie wykazał on rękojmi należytego i uczciwego wykonania przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający może z postępowania wykluczyć wykonawcę, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub

rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych.

Omawiany zarzut należało uznać za całkowicie bezpodstawny. W pierwszej kolejności należy wskazać, że Odwołujący nie podjął żadnej inicjatywy dowodowej celem wykazania, że Przystępujący naruszył obowiązki zawodowe w sposób zawiniony, a nienależyte wykonanie zamówienia było skutkiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Odwołujący poprzestał jedynie na powołaniu się na okoliczność rozwiązania umowy przez 24 WOG i zasądzenie obowiązku zapłaty od Przystępującego. Ustawa w art. 24 ust. 5 pkt 2 określa warunek skorzystania z tej przesłanki wykluczenia – tj. konieczność wykazania jej zachodzenia stosownymi dowodami, który to obowiązek leży po stronie zamawiającego. Zatem w sytuacji, gdy to Odwołujący podnosi zaniechanie jej zastosowania, to po jego stronie spoczywa inicjatywa dowodowa w ww. zakresie. Z uwagi na brak przedstawienia jakichkolwiek dowodów potwierdzających zaistnienie ww. przesłanki, omawiany zarzut należało uznać za bezpodstawny. Ponadto nie może ująć uwadze, że skoro Odwołujący zachodzenie przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp wywodził z dokładnie tych samych okoliczności, które wskazywał w odniesieniu do przesłanki art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, to brak jest podstaw dla odmowy przyjęcia, że wyjaśnienia i dowody Przystępującego złożone w ramach self-cleaningu nie mogły się odnosić się również do przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp. Założenie takie jest oczywiście możliwe jedynie w sytuacji przyjęcia, że – jak chciał Odwołujący – również ta przesłanka znajduje zastosowanie w sprawie, co nie zostało udowodnione. Artykuł 24 ust. 8 ustawy Pzp nie różnicuje bowiem metod wykazania rzetelności wykonawcy w odniesieniu do przesłanek określonych w art. 24 ust. 5 ustawy Pzp.

Z uwagi na powyższe Izba zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 24 ust. 5 pkt 2 w zw. z art. 131e ust. 1b pkt 1 lit. c ustawy Pzp uznała za niepotwierdzony i tym samym podlegający oddaleniu.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2 i § 3 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący: