

WYROK
z dnia 24 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Izabela Niedziałek-Bujak**
 Andrzej Niwicki
 Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: **Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 maja 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 marca 2021 r. przez Odwołującego – **Sanito Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 476, 02-884 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Gminę Gaszowice**, ul. Rydułtowska 2, 44-293 Gaszowice

przy udziale

Wykonawcy – **PRO-EKO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, Al. Zwycięstwa 245/7, 81-525 Gdynia, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

Wykonawcy - **FlexiPower Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa**, Kudrowice 12, 95-200 Kudrowice zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1 Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności z 26.03.2021 r. polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem

wpisu od odwołania oraz kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego;

2.2 zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 13.600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wpisem od odwołania i wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze 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 postępowaniu sektorowym prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Gminę Gaszowice dla zadania pn. *odnawialne źródła energii na terenie Gminy Gaszowice* (nr ref.: GPIZP.271.5.2020), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych 12 marca 2020 r., poz. nr 523051-N-2020 wobec czynności wykluczenia z postępowania, wniesione zostało w dniu 31 marca 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawcy Sanito Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 1006/21).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu 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 Pzp przez bezprawne wykluczenie Odwołującego z postępowania, a w konsekwencji uznanie jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 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 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 Pzp poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności oraz przejrzystości, w szczególności nie uwzględnienie zasady proporcjonalności przy ocenie wyjaśnień i dowodów złożonych przez Odwołującego w celu samooczyszczenia;

ewentualnie:

- 3) art. 26 ust. 3 i 4 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 uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, uznania wyjaśnień i dowodów złożonych na podstawie art. 24 ust. 8 Pzp za wystarczające do wykazania samooczyszczenia, ewentualnie nakazanie wezwania do ich uzupełnienia lub wyjaśnienia.

Uzasadnienie faktyczne i prawne.

Zamawiający przewidział w postępowaniu zastosowanie przesłanki do wykluczenia z postępowania przewidzianej w przepisie art. 24 ust. 5 pkt 4 dawnego Pzp.

Sanito wraz z ofertą złożyła stosowne oświadczenie, w którym przyznała się do istnienia podstawy wykluczenia, o której mowa w ww. przepisie, załączając przy tym informacje i dowody mające świadczyć o przeprowadzonej przez Odwołującego procedurze samooczyszczenia. Wykonawca przekazał informacje dotyczące umów, które nie zostały wykonane, ze wskazaniem okoliczności związanych z ich niewykonaniem (na rzecz Gminy Orla i Gminy Narewka), opis działań mających na celu wykazanie rzetelności Sanito i opis podjętych środków technicznych, kadrowych i organizacyjnych.

Zamawiający wykluczył Wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 dawnego Pzp z czym Odwołujący nie może się zgodzić.

Wbrew temu co wskazał Zamawiający w uzasadnieniu na str. 4-11, stan faktyczny związany z nieprawidłowościami dotyczącymi umów został opisany przez Wykonawcę wyczerpująco, a podjęte działania są adekwatne i powiązane ze zidentyfikowanymi przyczynami niepowodzeń.

Argumentacja Zamawiającego jest bardzo pobieżna i nie odnosi się do wyjaśnień i materiałów Odwołującego, co wskazuje na pobieżne zapoznanie się z wyjaśnieniami w przedmiocie stanu faktycznego dotyczącego podstaw wykluczenia.

Szczegółowy opis przyczyn niepowodzeń został zaprezentowany w załączniku, który był już składany w ramach postępowań, których dotyczyły sprawy KIO 1213/20 i KIO 1248/20, który po uzupełnieniu jest obecnie składany przez Sanito w postępowaniach i został pozytywnie oceniony przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z 29.01.2021 r., sygn. akt KIO 3540/20.

Zamawiający prezentuje odmienną ocenę, od tej przedstawionej przez Izbę. Zamawiający nie powinien tego wyroku pomijać, czy też lekceważyć tylko dlatego, że nie został mu fizycznie przedłożony przez Odwołującego. Odwołujący dalszą argumentację opierał na stanowisku Izby wyrażonym w ww. wyroku, który dotyczył identycznych dokumentów, jak złożone w obecnym postępowaniu.

Zarówno w wyjaśnieniach, jak i załączniku nr 5 szczegółowo zostały opisane 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. Wykonawca wprost odnosił się do okoliczności związanych ze stanem rynku materiałów, sposobem jego monitorowania i reagowania na problemy z zamówieniami komponentów, informowania o przebiegu realizacji umów i przyczynach opóźnień, 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.

Gdyby Zamawiający miał jakiegokolwiek uzasadnione i konkretne wątpliwości lub dostrzegał braki w informacjach, które uznawał za niezbędne do oceny wiarygodności self-cleaningu, powinien zwrócić się do Sanito o ich uzupełnienie lub wyjaśnienie na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp. Argument ten podnoszony jest jedynie z ostrożności, gdyż Odwołujący uznaje, że Zamawiający dysponował wystarczającym zestawem dokumentów i dowodów, a tym samym wiedzą co do faktów związanych z realizacją przedmiotowych umów i ustalonymi nieprawidłowościami, co pozwalało powiązać wprowadzone działania naprawcze z nieprawidłowościami i ich przyczynami. Pozwalało to na pozytywną ocenę self-cleaningu Sanito i dokonanie wyboru jego oferty.

Nie do pogodzenia z zasadą proporcjonalności jest stanowisko Zamawiającego, iż nie był on zobligowany do wezwania Odwołującego o uzupełnienie dokumentów na podstawie art. 26 ust. 2-4 Pzp, celem udowodnienia jakichkolwiek wątpliwych okoliczności. Czynności podjęte przez Zamawiającego bez uprzedniego wyjaśnienia istotnych faktów i okoliczności związanych z self-cleaningiem są nie do pogodzenia z zasadą proporcjonalności. Na zasadę proporcjonalności wskazuje 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. Zamawiający takiej analizy nie przeprowadził. Nie uwzględnił, m.in. transparentności działania Odwołującego, czy też skutku wykluczenia na wiele lat Wykonawcy, jak i faktu, iż sytuacja związana z niewykonaniem przedmiotowych umów była sytuacją wyjątkową, mającą miejsce w tym samym krótkim okresie czasu. Niewykonanie instalacji na rzecz obu gmin stanowi ok. 0,5% wartości innych projektów realizowanych należycie w latach 2017-2019.

W ustawie nie ma przepisu wyłączonego stosowanie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp do dokumentów składanych w ramach self-cleaningu. Ponieważ są one załączane do JEDZ lub do oświadczeń o spełnianiu warunków i braku podstaw wykluczenia, na tej samej zasadzie – jako mieszczące się w kategorii dokumentów podmiotowych, powinny być wyjaśniane czy też uzupełniane. Takiej procedury nie zastosowano wobec Wykonawcy. Odwołujący wskazał na wyroki KIO potwierdzające konieczność umożliwienia wykonawcy skorzystania z procedury samooczyszczenia, gdyby przesłanki wykluczenia zostały spełnione (poprawienia JEDZ i przedstawienia dowodów). W świetle tego stanowiska, niezrozumiałe i wewnętrznie sprzeczne jest przyjęcie, iż niemożliwe jest wezwanie do uzupełnienia, czy wyjaśnienia pojedynczych dokumentów (zasada wykładni z większego na mniejsze).

Stanowisko Zamawiającego dotyczące wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów składanych w ramach self-cleaningu 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 TSUE z 14 stycznia 2021 r., C-387/19 RTS Infra, zasadami ogólnymi prawa Unii – prawem do obrony i prawem do bycia wysłuchanym.

Zamawiający w piśmie z 13 maja 2021 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Zamawiający wskazał, iż w świetle art. 24 ust. 9 Pzp ocena skuteczności czynności samooczyszczenia należy do niego, w konsekwencji czego należy uznać, że musi być dokonana w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie zaś w postępowaniu odwoławczym. Ocena, czy podjęte przez wykonawcę działania można w konkretnych okolicznościach, z uwzględnieniem zaistniałej przesłanki wykluczenia, uznać za wystarczające do wykazania rzetelności danego wykonawcy należy do zamawiającego, zgodnie z art. 24 ust. 9 Pzp.

Zamawiający ocenił przedłożone dowody, jako niewystarczające do uznania rzetelności Odwołującego.

Ponieważ w procedurze samooczyszczenia to na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania skuteczności, toteż Zamawiający nie jest w żaden sposób zobligowany do wezwania Wykonawcy celem udowodnienia wątpliwych okoliczności w niniejszym zakresie. W związku z powyższym Zamawiający nie wezwał Wykonawcy do złożenia dodatkowych wyjaśnień, co nie stanowi o naruszeniu art. 26 ust. 3 i 4 Pzp. Zamawiający uznał, iż Wykonawca nie podolał obowiązkowi wykazania okoliczności w zakresie self-cleaningu.

Przedstawione w sposób ogólnikowy okoliczności stanu faktycznego czyniły niemożliwym zweryfikowanie przez Zamawiającego, czy przedstawione przez Wykonawcę działania zasługują na miano skutecznych. Opis środków podjętych przez Wykonawcę nie pozwala uznać, że podjęte działania są wystarczające i stanowią gwarancję, że naruszenia tego typu nie powstaną ponownie w przyszłości. Co istotne Odwołujący nie przedstawił dowodów, które wskazywałyby na nieprawidłową organizację firmy pod względem technicznym, organizacyjnym, kadrowym, które to rzekomo legły u podstaw niewykonania umów z Gminą Orla i Gminą Narewka. Zamawiający podtrzymał, że 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. Brak tych informacji nie pozwala na obiektywną ocenę, czy wdrożone rozwiązania mają jakikolwiek wpływ na realizację przyszłych umów Wykonawcy. Odwołujący zatem nie wykazał, że przedsięwzięte środki są wystarczające do potwierdzenia jego rzetelności oraz zapobieżenia nieprawidłowemu postępowaniu w przyszłości. Nie wykazał także wystarczająco, a wręcz w ogóle w jaki sposób zmiana opisanych obszarów funkcjonowania przedsiębiorstwa zapewni prawidłowość przyszłego postępowania.

Posiadanie certyfikatu nie jest w tej sytuacji wystarczające i istotne. Wykonawca nie wyjaśnił, w jaki sposób i w jakim zakresie zwolnione osoby przyczyniły się do niezrealizowania dwóch kontraktów. 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. Przedłożone na tą okoliczność dowody (nr 8 i 9) w żaden sposób - tego stanowiska nie potwierdzają, co utwierdza Zamawiającego w przekonaniu, że opis podjętych działań ma wyłącznie na celu uzyskanie zamówienia, a nie zastosowanie środków zaradczych, które miałyby zapobiec ewentualnym nieprawidłowościom w przyszłości.

Wykonawca nie potwierdził dowodami okoliczności dotyczących zmian w strukturze przedsiębiorstwa (utworzenia dodatkowych stanowisk i funkcji), co miało pozwolić uporządkować procesy decyzyjne i dokładne przypisanie zadań i odpowiedzialności, na lepszą kontrolę czynności podejmowanych na poszczególnych szczeblach w ramach nowej struktury. Nie przedstawiono dowodu jak ta struktura wyglądała poprzednio co uniemożliwiło ocenę podjętych działań. Przedłożone umowy o pracę zawarte na okres próbny i zawarte na czas określony przestały już obowiązywać, a Wykonawca nie przedłożył żadnych dowodów potwierdzających, że wskazane umowy są kontynuowane lub zastąpione innymi. Dowody dotyczące zmian w zakresie zarządzania magazynem nie mają znaczenia w świetle tłumaczeń Odwołującego, który nie wskazał tej okoliczności, jako powód niewykonania przedmiotu umów z Gminą Orla i Gminą Narewka.

Dowody i wyjaśnienia nie wskazują, aby podstawą niewykonania umów były okoliczności związane z nieprawidłowym obiegiem informacji i dokumentów, brakiem odpowiednich procedur lub systemów informatycznych, czy też niewłaściwą strukturą organizacyjną.

Wykonawca posiadał wiedzę, że umowy nie są realizowane i pomimo tego nie podjął działań mających na celu ich wykonanie. Nie można zatem 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. Wykonawca nie zdołał uczynić zadość wymaganiu udowodnienia, że skutki działań naprawczych zostały utrzymane i pozwolą uchronić Zamawiającego w niniejszej sprawie przed konsekwencjami niewykonania umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.

Do postępowania odwoławczego przystąpili po stronie Zamawiającego dwaj wykonawcy: Pro-Eko Sp. z o.o. oraz FlexiPower Group Sp. z o.o. sp. k.

Stanowisko Izby.

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniu zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020), zwanej dalej „Ustawą”. W związku z wejściem w życie z dniem 1 stycznia 2021 r. przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych w części dotyczącej środków ochrony prawnej, do postępowania odwoławczego znajdowały zastosowanie przepisy nowej Ustawy.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 505 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Ponieważ przedmiotem zarzutów jest czynność polegająca na wykluczeniu Odwołującego z postępowania, złożenie odwołania może realnie zmienić sytuację prawną Wykonawcy i doprowadzić do przywrócenia jego oferty do oceny. W konsekwencji powyższego, odwołanie ma na celu ochronę interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, który miał doznać uszczerbku na skutek decyzji objętej zarzutami, a w konsekwencji również uniknięcia szkody w postaci braku uzyskania korzyści związanych z umową.

W świetle powyższego Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania odwołania.

W oparciu o przedłożoną dokumentację postępowania, w tym wyjaśnienia i dowody złożone w ramach samooczyszczenia przez Wykonawcę Sanito, Izba ustaliła okoliczności faktyczne istotne z punktu widzenia zarzutów.

Zamawiający przewidział w postępowaniu fakultatywną podstawę wykluczenia z postępowania określoną w art 24 ust. 5 pkt 1, 4 i 8 ustawy.

W ofercie, w załączniku nr 1g do siwz Odwołujący oświadczył Zamawiającemu, iż zachodzi wobec niego podstawa do wykluczenia z postępowania z art. 24 ust. 5 pkt 1 i 8 ustawy Pzp i wskazał "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". Wykonawca wskazał na odstąpienie od zawartych z nim umów przez Gminę Orla i Gminę Narewka. W związku z tym Odwołujący skorzystał z procedury samooczyszczenia i przedłożył komplet dokumentów zawierający wyjaśnienia z 23.02.2021 r. dotyczące okoliczności, w jakich doszło do niewykonania umów wraz z dokumentami wskazującymi na podjęte środki zaradcze. Łącznie dokumentacja ta liczyła ponad 350 stron (w części objęte tajemnicą przedsiębiorstwa).

Pismem z 26.03.2021 r. Zamawiający poinformował o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na część 1 zamówienia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy wskazując na przyczyny, które zdecydowały o uznaniu przedstawionych wyjaśnień i dowodów za niewystarczające dla skutecznego skorzystania z procedury opisanej w art. 24 ust. 8 Ustawy (self-cleaning).

Zamawiający powołując się na orzecznictwo wskazał, iż nie wzywał Wykonawcy do złożenia dodatkowych wyjaśnień i dowodów, do czego nie jest zobligowany, uwzględniając odrębność procedury self-cleaningu od zasadniczej procedury przedstawiania i uzupełniania dokumentów podmiotowych (art. 26. Ust. 2-4 Ustawy).

Wykonawca Sanito złożył oświadczenie w ofercie, że zachodzą wobec niego podstawy do wykluczenia z postępowania w oparciu o przepis art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Ustawy. Wykonawca jednocześnie poinformował Zamawiającego o okolicznościach, które stanowią podstawę wykluczenia Wykonawcy na mocy art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp w piśmie z dn. 23 lutego 2021 r., które przedłożył wraz z ofertą. A następnie Wykonawca na poczet podjętej procedury samooczyszczenia przedłożył również Zamawiającemu pismo pn. "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".

Z załączonych dokumentów wynika, iż był on stroną czterech umów o zamówienie publiczne zawartych z Gminą Orla oraz z Gminą Narewka, tj. Umowa nr OG.271.2.2018 z dnia 10 września 2018 r. Umowa nr OG.271.2.2018/2 z dnia 10 września 2018 r, Umowa nr ZP.271.2.2018 Zadanie 1 z dnia 25 września 2018 r., Umowa nr ZP.271.2.2018 Zadanie 2 z dnia 25 września 2018 r. Wykonawca wyjaśnił przy tym, że wszystkie ww. umowy zostały rozwiązane w każdym przypadku przez zamawiających na mocy oświadczeń o odstąpieniu od każdej z umów, zaś jako przyczynę odstąpienia Zamawiający przywoływali nierozpoczęcie przez Wykonawcę prac, mimo wezwań zamawiających. W związku z tymi

nieprawidłowościami doszło do sporu przed KIO, która w orzeczeniu z 27.11.2019 r. (sygn. akt KIO 2025/19 i KIO 2029/19), utrzymanym wyrokiem Sądu Odwoławczego w Krakowie z 16.04.2020 r., sygn. akt II Ca 286/20, stwierdziła, iż Wykonawca w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe przy realizacji umów i podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp. Jako przyczynę odstąpienia od umów przez zamawiających wskazano bierność Sanito wynikającą z niepodjęcia działań zmierzających do wykonania zobowiązań na rzecz Gmin.

Uwzględniając wytyczne dotyczące stosowania przepisów art. 24 ust 8 i ust. 9 ustawy Pzp Zamawiający stwierdził, iż na podstawie wyjaśnień i dokumentów, pomimo ich obszerności, nie mógł zweryfikować, czy przedsięwzięte działania Wykonawcy były skuteczne, gdyż Wykonawca w bardzo ogólny sposób wskazał przyczyny powstałych nieprawidłowości. Zamawiający zakwestionował ich wartość dowodową dla potwierdzenia rzetelności Wykonawcy, jak również dla stwierdzenia, że w przyszłości Wykonawca nie dopuści się podobnych naruszeń.

Tymczasem wykazanie niniejszego, według Zamawiającego, jest elementem wprost nierozłącznym w przyszłym stosunku zaufania stron. Powyższe podkreślono w orzeczeniu z dnia 3 października 2019 r., że „fakultatywna podstawa wykluczenia wymieniona w art. 57 ust. 4 lit. g) dyrektywy 2014/24 w związku z jej motywem 101 opiera się na istotnym elemencie stosunku między zwycięskim oferentem i instytucją zamawiającą, a mianowicie na wiarygodności zwycięskiego oferenta, na której opiera się zaufanie, jakim obdarzyła go instytucja zamawiająca”.

Zamawiający dalej opisując zasadność swojej oceny wskazał na niedostateczny opis stanu faktycznego, w którym brak jest powiązań pomiędzy środkami/działaniami podjętymi na przyszłość, a przyczynami nieprawidłowości, w szczególności niewykonania poprzednich umów i/lub nie podjęcia wszelkich kroków prowadzących do ich realizacji.

Uzyskanie certyfikatu zarządzania jakością ISO 9001:2015, przy braku związku pomiędzy wprowadzonymi zmianami i wszelkimi innymi czynnościami w tym zakresie, a wcześniejszymi naruszeniami, ocenione zostało jako niewystarczające do potwierdzenia rzetelności Wykonawcy i nieistotne.

Wykonawca wskazał, że odpowiedzialność za niewykonanie umów zawartych z Gminą Orla i Gminą Narewka ponoszą pracownicy, którzy zostali w związku z tym zwolnieni. Wykonawca nie wyjaśnił jednak, 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, Wykonawca wskazał, że w ramach nowej struktury jego przedsiębiorstwa utworzono dodatkowe stanowiska i funkcje, co pozwoliło na uporządkowanie procesów decyzyjnych oraz umożliwiło dokładniejsze przypisanie zadań i odpowiedzialności, lepszą kontrolę czynności podejmowanych na poszczególnych szczeblach w ramach nowej struktury. Z treści przedłożonych umów o pracę zawartych na okres próbny oraz umów zawartych na czas określony wynika, że okres obowiązywania tychże umów już upłynął. Wykonawca nie zaferował natomiast żadnych dowodów potwierdzających, że wskazane umowy są kontynuowane lub zostały zastąpione innymi.

Zdaniem Zamawiającego, 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. Ponadto, z treści przedłożonych przez Wykonawcę wyjaśnień wynika, że posiadał on wiedzę, że umowy z Gminą Orla i Gminą Narewka nie są realizowane i pomimo posiadania tych informacji nie podjął działań mających na celu wykonanie przedmiotowych umów. 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. Przedłożone przez Wykonawcę odpisy wybiórczo skompletowanych dokumentów dowodów tych nie zastąpią. Ich dobór wskazuje wprawdzie na podjętą próbę wykazania zrealizowania procedury samooczyszczenia, lecz jej spełnienia skutecznie nie dowodzi. Tym samym, Wykonawca nie zdołał uczynić zadość wymaganiu udowodnienia, że skutki działań naprawczych zostały utrzymane i pozwolą uchronić Zamawiającego w niniejszej sprawie przed konsekwencjami niewykonania umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.

Zamawiający 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, jest to o tyle istotne, bowiem w wyroku z dnia 27 marca 2018 r., sygn. akt: KIO 444/18 zostało wskazane że "Warunkiem koniecznym do prawidłowego przeprowadzenia self-cleaningu jest przyznanie się do winy" (wyrok z dn. 27 marca 2018 r. (KIO 444/18)).

Przedłożone przez Odwołującego wyjaśnienia oraz dokumenty składane były również w innych postępowaniach, w tym postępowaniu prowadzonym przez Gminę Sośnicowice, która również oceniła działania Wykonawcy za niedostateczne (w sprawie tego zamawiającego wniesione zostało 19.05.2021 r. odwołanie zarejestrowane pod sygn. akt KIO 982/21). W obu postępowaniach uzasadnienie decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania jest identyczne, tak w zakresie uzasadnienia prawnego jak i faktycznego. Zamawiający na rozprawie wskazał, iż w ten sam sposób dokumenty oceniło co najmniej pięciu zamawiających (w tym on sam).

Dokumenty, jakie Odwołujący złożył w obecnym postępowaniu Zamawiającemu zostały również złożone w przetargu dla Gminy Szastarka i ten Zamawiający ocenił procedurę za skuteczną. W sprawie tej wniesione zostało odwołanie, a Odwołujący uczestniczył, jako Przystępujący po stronie Zamawiającego i wydany został wyrok KIO 3540/20 podtrzymujący decyzję Zamawiającego.

W odpowiedzi na odwołanie, a następnie na rozprawie Zamawiający podkreślał odmiennosc procedury self-cleaningu, na co wpływ ma brak wytycznych ustawodawcy, które byłyby wiążące dla zamawiających w zakresie oceny skuteczności zastosowania w postępowaniu tej procedury. Powyższe prowadziło do wniosku, iż to od subiektywnej oceny zamawiającego w konkretnym postępowaniu przetargowym zależeć będzie uznanie, czy wykonawca w sposób dostateczny wykazał swoją rzetelność, pomimo wcześniejszych niepowodzeń w realizacji umów w sprawie zamówienia publicznego, co jest niezbędne do stworzenia warunków budowania zaufania pomiędzy stronami umowy. Kwestionował również możliwość poddania weryfikacji jego decyzji przez KIO, która w takiej sytuacji brałaby odpowiedzialność za udzielone wykonawcy zamówienie. Ponieważ Zamawiający pomimo przedłożonych dowodów miał nadal wątpliwości, które zasadniczo wynikać miały z braku wyjaśnienia przyczyn, które doprowadziły do niewykonania umów, w jego przekonaniu nie mógł uznać, iż Wykonawca skutecznie dokonał samooczyszczenia. Zamawiający nie mógł bowiem ocenić, czy podjęte środki zaradcze będą miały wpływ na sposób realizacji przyszłych umów, a tym samym nie nabył zaufania do tego Wykonawcy.

Na rozprawie Odwołujący przedłożył nowe dowody, w tym wyniki audytu zleconego w celu oceny dokumentów, przygotowany na jego zlecenie przez KPMG (stanowi ona tajemnicę przedsiębiorstwa i została przekazana na rozprawie Zamawiającemu w całości, a uczestnikowi w części). 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).

Wykonawca 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).

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili dwaj wykonawcy: PRO-EKO Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni, FlexiPower Group Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Kudrowicach.

Na rozprawie Przystępujący FlexiPower Group Sp. z o.o. sp. k. przedłożył nowe dowody dotyczące umów realizowanych na rzecz Gminy Wiśniowa i Gminę Frysztak (noty księgowe dot. naliczonych kar umownych wraz z korespondencją).

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, iż odwołanie było zasadne.

Rozpoznaniu podlegały zarzuty odwołania, które opisane zostały w odniesieniu do czynności polegającej na ocenie skuteczności podjętej przez Wykonawcę procedury self-cleaningu, jako naruszającej przepisy Ustawy, tj. art. 24 ust. 5 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 8 i 9 oraz art. 7 ust. 1. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu bezpodstawne wykluczenie go z postępowania w oparciu o przesłankę fakultatywną z art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy, której zastosowanie zostało przewidziane w postępowaniu. Bezprawność czynności Zamawiającego wynikać ma z przyjęcia, iż Odwołujący nie wykazał, że przedsięwzięte przez niego środki w celu samooczyszczenia są wystarczające do wykazania jego rzetelności, jak również naruszenia zasady proporcjonalności przy ocenie wyjaśnień i dowodów złożonych Zamawiającemu. Zarzut ewentualny dotyczy zaniechania wezwania Odwołującego do dodatkowych wyjaśnień lub uzupełnienia dowodów złożonych celem wykazania, iż przedsięwzięte przez niego środki w celu samooczyszczenia są wystarczające do wykazania jego rzetelności.

W sprawie nie było spornym ustalenie, czy Wykonawca w oświadczeniu złożonym w ofercie przyznał, iż zachodzą wobec niego przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy, jak również, czy wskazane okoliczności związane z odstąpieniem od umów przez Zamawiających obciążały Wykonawcę. Nie było spornym zatem ustalenie, że przyczyny odstąpienia od umów leżały po stronie Wykonawcy, co zostało już przesądzone wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z

dnia 27.11.2019 r., sygn. akt KIO 2025/19 i KIO 2029/19). Zamawiający oceniał skuteczność procedury samooczyszczenia, co było wynikiem analizy wyjaśnień i złożonych dowodów związanych zarówno z podstawą odstąpienia od umów (pisma Gmin Orla i Narewka), jak i środkami zaradczymi podejmowanymi w różnym czasie, począwszy od zwolnienia pracowników, co miało miejsce bezpośrednio po odstąpieniu od umów, jak i po tym jak sytuacja prawna Wykonawcy w procedurze przetargowej została przesądzona wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27.11.2019 r., sygn. akt KIO 2025/19 i KIO 2029/19, jako wykonawcy wobec którego zachodzi podstawa do wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy.

Na wstępie należy odnieść się do stwierdzenia Zamawiającego, iż o skuteczności procedury samooczyszczenia decydować miałyby subiektywne odczucie Zamawiającego i jego przekonanie co do możliwości zaufania Wykonawcy, który wcześniej nie podołał obowiązkom umownym. Instytucja samooczyszczenia stanowi obecnie element procedury o udzielenie zamówienia i podlega tym samym zasadom, co pozostałe instytucje służące do weryfikacji podmiotowej wykonawców. Należy bowiem zauważyć, iż stanowi mechanizm pozwalający uznać wykonawcę za wiarygodnego, chociaż podlegałby on wykluczeniu z postępowania w sytuacji, gdy zamawiający zdecydował się na zastosowanie w postępowaniu fakultatywnej przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy. Ponieważ pozwala na udział w postępowaniu wykonawcy, który podlegałby wykluczeniu, należy zapewnić przejrzystość oceny zamawiającego, tak wobec samego wykonawcy, jak i pozostałych uczestników postępowania. Przyjęcie, iż od subiektywnej decyzji zamawiającego miałyby zależeć uznanie, czy wykonawca skutecznie dokonał samooczyszczenia nie jest możliwe do pogodzenia z zasadą przejrzystości, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Tym samym tylko obiektywne podstawy pozwalające uznać, niezależnie od tego kto dokonywałby tej oceny, iż wykonawca podjął działania zmierzające do uzdrowienia sytuacji, która doprowadziła do braku wykonania innych umów, powinny decydować o tym, czy wykonawca może być uznany za wiarygodnego partnera kontraktowego. Przyjęcie stanowiska Zamawiającego obrazuje niemożliwą do zaakceptowania sytuację, w której jeden podmiot oceniając te same dokumenty uzna je za wystarczające, a inny odmówi skuteczności podjętym działaniom. W sytuacji gdy nie zachodzi szczególna sytuacja, która uzasadniałaby odmienną ocenę podjętych środków, sytuacja prawna wykonawcy powinna być stabilna. Jej wyznacznikiem nie może być wyłącznie subiektywne przekonanie co do braku możliwości zaufania wykonawcy, ale obiektywne podstawy odnoszące się do środków zaradczych podjętych celem wykazania rzetelności.

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 opisu przyczyn odstąpienia od umów, co uniemożliwiało ocenę skuteczności podjętych mechanizmów zaradczych i naprawczych.

W ocenie Izby stanowisko to nie miało podstaw uwzględniając szczegółowość i realność środków zaradczych, które mają na celu usprawnić organizację Wykonawcy tak aby uniknąć w przyszłości sytuacji, które doprowadziły do braku wykonania umów. Jak wskazał Zamawiający procedura samooczyszczenia ma umożliwić ubieganie się o zamówienie wykonawcy, który dopuścił się poważnego naruszenia zawodowego, co wymaga wykazania przez tego wykonawcę podjęcia środków zaradczych, pozwalających obiektywnie uznać, iż pozwolą one przyjąć, że wykonawca wykona w sposób należyty zamówienie. Mechanizm wdrożony w przepisach Ustawy nie jest również gwarancją uzyskania zamówienia, gdyż o tym decydować może jedynie uznanie złożonej przez tego wykonawcę oferty za najkorzystniejszą. Otwiera natomiast drogę do ubiegania się o zamówienie, co wymaga od wykonawcy podjęcia dodatkowych kroków w celu wykazania swojej rzetelności. Należy również odróżnić badanie skuteczności podjętych środków od oceny przygotowania zawodowego wykonawcy do realizacji zamówienia.

Odwołujący od momentu stwierdzenia wyrokiem Izby z dnia 27.11.2019 r., sygn. akt KIO 2025/19 i KIO 2029/19, iż sytuacja jaka miała miejsce w związku z realizacją umów na rzecz Gmin Narewka i Orla wypełnia przesłanki poważnego naruszenia zawodowego, podejmował działania mające na celu wdrożenie procedury samooczyszczenia. Na skutek ubiegania się o kolejne zamówienia dokumentacja, jak i mechanizmy mające wykazać rzetelność, ulegały rozbudowaniu osiągając aktualnie stan opisany na ponad 350 stronach dokumentacji składanej zamawiającemu w celu skorzystania z dobrodziejstwa instytucji samooczyszczenia. Pomimo zmian wdrożonych w samej organizacji pracy, kontroli i zarządzania realizacją projektów, obiegiem dokumentów, komunikacji, jak również podjętych decyzji personalnych wobec winnych naruszenia obowiązków pracowniczych (ich zwolnienia i zwiększenia zatrudnienia), Zamawiający uznał, iż nie mógł ocenić, czy te środki stanowią właściwą reakcję na przyczyny, które doprowadzić miały do braku wykonania umów. Miało to być spowodowane niedostatecznym opisem okoliczności w jakich doszło do odstąpienia od umów i brakiem wykazania, iż to udział zwolnionych pracowników w kontraktach z Gminami

Narewka i Orla był bezpośrednią przyczyną niewykonania umów, co uniemożliwiało ocenę skuteczności podjętych mechanizmów zaradczych i naprawczych. Zamawiający wskazywał, iż Wykonawca 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.

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 wypowiedziach 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.

Opinia KPMG złożona na rozprawie nie była elementem dokumentacji postępowania i została przedstawiona celem wykazania adekwatności wdrożonych środków. Nie miała ona wpływu na rodzaj i zakres informacji, jakie mógł ocenić Zamawiający w postępowaniu. Nie miała zatem zasadniczego wpływu na rozstrzygnięcie, chociaż prezentuje opinię niezależnego audytora, która pozwala obiektywnie spojrzeć na relacje pomiędzy przyczynami nieprawidłowości i wdrożonymi rekomendacjami zespołu roboczego.

Co do samej oceny należy zauważyć, iż uzasadnienie decyzji Zamawiającego stanowi wierną kopię uzasadnienia decyzji innego zamawiającego (Gmina Sońnicowice), a z wypowiedzi Odwołującego wynika, iż również inni zamawiający korzystali z tego samego szablonu uzasadnienia wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4

Ustawy. Powyższe podważa twierdzenie Zamawiającego, iż oceniając podjęte środki naprawcze kierował się subiektywnym przekonaniem o niedostatecznym zakresie wyjaśnień, co miało czynić ocenę uprawnioną i uzasadnioną subiektywnym przekonaniem o braku możliwości uznania Wykonawcy za rzetelnego.

Można pokusić się o stwierdzenie, iż niezależnie od tego ilu jeszcze informacji można byłoby oczekiwać, okoliczności faktyczne dotyczące niewykonanych umów są dostatecznie omówione. Dalsze rozbudowywanie tej dokumentacji może prowadzić jedynie do gromadzenia kolejnych dokumentów wywołanych wątpliwościami kolejnych zamawiających, którzy nadal mogą owe wyjaśnienia podważać, wskazując na pozorność podejmowanych działań. Proces ten może nigdy nie zakończyć się, gdyż kolejni zamawiający mogą doszukać się innych powodów, które miałyby czynić wyjaśnienia niedostatecznymi. Taki stan nie sprzyja stosowaniu przepisu, którego celem jest umożliwienie udzielenia zamówienia wykonawcy, który podlegałby wykluczeniu. Ocena podmiotowa zarówno pozytywna, jak i negatywna musi bronić się jako obiektywnie uzasadniona. Ustawodawca przewidział cezurę czasową dla skutku w postaci wykluczenia wykonawcy wskazując w art. 24 ust. 7 pkt 3 Ustawy, iż w przypadku o którym mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy wykluczenie wykonawcy może nastąpić jeżeli nie upłynęły 3 lata od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Przez cały czas, od momentu przesądzenia wyrokiem KIO z listopada 2019 r., iż zachowanie na kontraktach z Gminą Orla i Gminą Narewka wypełnia znamiona poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, prowadzącego do wykluczenia z postępowania, Wykonawca podejmuje starania celem wykazania skuteczności samooczyszczenia. Przy takim podejściu, gdzie zamawiający mogliby bez żadnych ograniczeń mnożyć wątpliwości bez obiektywnie uzasadnionych powodów, doszłoby do naruszenia zasady proporcjonalności, rozumianej jako adekwatność decyzji do naruszeń jakich miał dopuścić się wykonawca i starań stanowiących reakcję na uchybienia obowiązkowi zawodowemu. Poszukiwanie dalszych wyjaśnień, które musiałyby odnosić się do sfery empirycznej, trudnej lub niemożliwej do wykazania dowodami, w ocenie Izby nie było już potrzebne dla oceny wiarygodności wykonawcy.

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.

Izba pominęła okoliczności dotyczące innych umów, które jak wskazywał sam Przystępujący nie mogły stanowić podstawy do stwierdzenia, iż zachodziłaby przesłanka z art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy, a tym samym nie mogły one rzutować na ocenę skuteczności samooczyszczenia i stanowić dodatkowego argumentu przeciwko działaniom podejmowanym po tym jak doszło do niewykonania umów z Gminą Orla i Gminą Narewka.

W świetle powyższego Izba doszła do przekonania, iż nie zachodzi wobec Wykonawcy przesłanka z art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy i uwzględniła odwołanie i nakazała unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania i powtórzenie czynności w postępowaniu z udziałem Odwołującego.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie przepisów § 8 ust. 2 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. poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w wysokości 10.000,00 zł. oraz koszty poniesione przez Odwołującego w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika w wysokości 3.600,00 zł i obciążyła nimi Zamawiającego.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....