

Sygn. akt: KIO 1009/21

WYROK
z dnia 27 maja 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Członkowie: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Agata Mikołajczyk

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 25 maja 2021 roku, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 marca 2021 roku przez wykonawcę **Sanito Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Gminę Tworóg w Tworogu**

przy udziale:

A. wykonawcy **FlexiPower Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Pabianicach**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**,

B. wykonawcy **Pro-Eco Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdyni**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**,

C. wykonawcy **Eco-Team Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Częstochowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Gminie Tworóg w Tworogu** – unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy **Sanito Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** oraz dokonanie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty wykonawcy **Sanito Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**;
2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Tworóg w Tworogu** 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 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Gminy Tworóg w Tworogu** na rzecz wykonawcy **Sanito Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., 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

Zamawiający – Gmina Tworóg w Tworogu – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Odnawialne źródła energii na terenie Gminy Tworóg”.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 31 marca 2021 roku wykonawca Sanito Sp. z o.o. w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności wykluczenia go z postępowania, zarzucając 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 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;

ewentualnie

3. art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy P.z.p. 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.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania;
2. nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;
3. uznania wyjaśnień i dowodów złożonych przez odwołującego na podstawie art. 24 ust. 8 ustawy P.z.p. za wystarczające do wykazania samooczyszczenia ewentualnie nakazanie wezwania do ich uzupełnienia lub wyjaśnienia.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 22 kwietnia 2021 roku zamawiający wniósł o:

1. oddalenie w całości odwołania jako bezzasadnego;
2. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego od odwołującego na rzecz zamawiającego.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili wykonawcy: FlexiPower Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Pabianicach, Pro-Eco Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdyni, Eco-Team Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Częstochowie.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu przewidział fakultatywną przesłankę wykluczenia, określoną w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy P.z.p., zgodnie z którym 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.

Izba ustaliła, że w ofercie odwołujący złożył oświadczenie (załącznik nr 1G do specyfikacji istotnych warunków zamówienia – s.i.w.z.) o treści: *Oświadczam, że nie*

podlegam wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1 i 8 ustawy Pzp.(...) Oświadczam, że zachodzą w stosunku do mnie podstawy wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Pzp (...). Jednocześnie oświadczam, że w związku z ww. okolicznością, na podstawie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp podjąłem następujące środki naprawcze (procedura sanacyjna – samooczyszczenie). Szczegółowe wyjaśnienia w zakresie podjętych środków w celu samooczyszczenia tj. opis wraz z dokumentacją zawarty jest w załączniku pod nazwą „Sanito self-cleaning”.

Odwołujący wraz z ofertą złożył pismo z dnia 23 lutego 2021 roku, do którego zostały załączone 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. Dokumenty te w części objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 26 marca 2021 roku zamawiający poinformował odwołującego o wykluczeniu go z postępowania pismem następującej treści:

Zamawiający działając na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 1a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku — Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), zwana dalej "Pzp" w zw. z art. 90 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020), oraz w związku z postanowieniami zawartymi w Rozdziale III "Kwalifikacja podmiotowa — warunki udziału w postępowaniu i podstawy wykluczenia. Klauzula zastrzeżona" Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej "SIWZ", w szczególności w ust. 1 w zw. z ust. 2 pkt 2b oraz ust. 4 pkt 2b, a także w zw. z ust. 5 w zw. z ust. 7 SIWZ, informuje, że ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pod numerem Grp.I.271.5.2020 na zadanie pn.: "Odnawialne źródła energii na terenie Gminy Tworód", realizowanego w ramach projektu: „Odnawialne źródła energii poprawą jakości środowiska naturalnego na terenie Gmin Partnerskich: Tarnowskie Góry, Gaszowice, Jejkowice, Lyski, Krupski Młyn, Kuźnia Raciborska, Nędza, Lelów, Psary, Sośnicowice, Tworóg", realizowanego w formule „Roboty budowlane — zaprojektuj i wybuduj", część 1, zgodnie z treścią art. 24 ust. 5 pkt 4 w zw. z ust. 9, a także w zw. z ust. 12 ustawy Pzp wykluczono z przedmiotowego postępowania Wykonawcę: Sanito Sp. z o.o. ul. Puławska 476, 02-884 Warszawa NIP: 525 249 53 86 REGON: 142721710, toteż w związku z powyższym na zasadzie art. 24 ust. 4 Pzp ofertę Wykonawcy Sanito SD. z o.o. uznaje się za odrzuconą. Poniżej zgodnie z art. 92 ust 1 pkt 2 i 3 w zw. z ust. 1a Pzp przedstawiono uzasadnienie prawne i faktyczne.

Bowiem w świetle ww. przepisów Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich Wykonawców o Wykonawcach, którzy zostali wykluczeni oraz Wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty - podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Mając zaś na uwadze treść przepisu art. 92 ust. 1a Pzp, w przypadkach, o których mowa w art. 24 ust. 8, tj. w przypadku podjęcia przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu procedury self-cleaningu, informacja o wykluczeniu Wykonawcy zawiera wyjaśnienie powodów, dla których dowody przedstawione przez Wykonawcę, Zamawiający uznał za niewystarczające.

Uzasadnienie prawne

Zgodnie z treścią przepisu 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.

Na mocy przepisu art. 24 ust. 4 ustawy Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Przepis art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, że wykluczenie wykonawcy następuje w przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 18 i 20 lub ust. 5 pkt 2 i 4, jeżeli nie upłynęły 3 lata od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Zgodnie z dyspozycją normy art. 24 ust. 8 ustawy Pzp wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy.

Zgodnie z treścią przepisu art. 24 ust. 9 ustawy Pzp Wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli Zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp.

Wyjaśnić należy, że w świetle art. 24 ust. 12 Pzp, Zamawiający może wykluczyć Wykonawcę na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia.

Dodatkowo Zamawiający wyjaśnia, że przedmiotowe wykluczenie nastąpiło, przy całkowitym uwzględnieniu postanowień zawartych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w

szczegółności postanowień Rozdziału III "Kwalifikacja podmiotowa — warunki udziału w postępowaniu i podstawy wykluczenia. Klauzula zastrzeżona".

W świetle powyższego zgodnie z ust. 1 Rozdziału III, o udzielenie zamówienia publicznego może ubiegać się Wykonawca, który nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów — Zamawiający nie opisuje, nie wyznacza szczegółowego warunku w tym zakresie, sytuacji finansowej lub ekonomicznej Zamawiający nie opisuje, nie wyznacza szczegółowego warunku w tym zakresie, a także zdolności technicznej i zawodowej — zgodnie z warunkiem opisanym w rozdz. III ust. 2 pkt 1) lit. a) - lit. e) SIWZ dla Części 1.

Przy tym jednak w świetle ust. 2 pkt 2b ww. Rozdziału Zamawiający oceni, czy udostępniane Wykonawcy przez inne podmioty zdolności zawodowe, pozwalają na wykazanie przez Wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniach, o których mowa w ust. 2 pkt 1 odpowiednio dla części: Część 1: lit. a)- lit. e); powyżej oraz zbada czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5 pkt 1), 4) i 8) ustawy PZP.

Natomiast zgodnie z ust. 4 pkt 2b Rozdziału III Fakultatywne podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 1, 4 i 8 ustawy PZP. Zamawiający wykluczy również 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 PZP, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

Istotne jest także postanowienie określone w ust. 5 Rozdziału III SIWZ, w którym Zamawiający wskazuje, że Wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16—20 lub ust. 5 ustawy PZP, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się, jeżeli wobec wykonawcy, będącego podmiotem zbiorowym, orzeczono prawomocnym wyrokiem sądu zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz nie upłynął określony w tym wyroku okres obowiązywania tego zakazu (instytucja samooczyszczenia).

A także ust. 7 Rozdziału III SIWZ według którego Zamawiający na podstawie dokumentów i oświadczeń wymaganych w przedmiotowym postępowaniu oceni, czy Wykonawca spełnia

warunki udziału w postępowaniu wymienione w ust. 2 pkt 1 odpowiednio dla części: Część 1: lit. a) - lit. e); oraz czy brak jest podstaw do wykluczenia Wykonawcy z postępowania, o których mowa w ust. 4.

W związku z w. przytoczonymi przepisami stanowiącymi uzasadnienie prawne wykluczenia Wykonawcy, podstawę odrzucenia oferty stanowi przepis art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, na mocy którego ofertę Wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Uzasadnienie faktyczne

Podstawą wykluczenia jest niespełnienie przez Wykonawcę przesłanki zawartej w art. 24 ust. 9 Pzp, tj. Zamawiający przy uwzględnieniu wagi i szczególnych okoliczności czynu Wykonawcy, uznaje za niewystarczające wszelkie wyjaśnienia i dowody przedstawione w podjętej przez Wykonawcę procedurze self-cleaningu.

W związku z powyższym Zamawiający, stosownie do art. 92 ust. 1a Pzp przywołuje następujące wyjaśnienia.

Zamawiający wyjaśnia, że zgodnie z obowiązującym orzecznictwem, 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. Istotnym więc jest rozróżnienie, iż w procedurze samooczyszczenia ciężar wykazania skuteczności spoczywa na Wykonawcy, toteż Zamawiający nie jest w żaden sposób zobligowany do wezwania Wykonawcy celem udowodnienia jakichkolwiek wątpliwych okoliczności w niniejszym zakresie.

Niniejsze potwierdza stanowisko wyrażone w wyroku KIO z dn. 31 lipca 2020 r. (KIO 1248/20), zgodnie z którym obowiązek dowodowy leży wyłącznie po stronie Wykonawcy, ponieważ "istotą procedury samooczyszczenia jest to, że ciężar wykazania jego skuteczności spoczywa na wykonawcy, który co do zasady, z własnej inicjatywy i według własnego uznania składa w tym celu wyjaśnienia i dowody, a rola zamawiającego sprowadza się do oceny na ich podstawie, czy wykonawcę można uznać za rzetelnego" oraz "samooczyszczenie jest wyjątkiem od zasady przewidzianej w PZP i obwarowane jest rygorem dowodowym, a więc wykonawca zgodnie z art. 24 ust. 8 powinien przedstawić wystarczającą argumentację i dowody".

W związku z powyższym, Zamawiający nie wezwał Wykonawcy do złożenia dodatkowych wyjaśnień, co do przedstawionych przez Wykonawcę dowodów w zakresie self-cleaningu.

Zamawiający w ww. postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zastosował art. 24aa Pzp. Przy tym Zamawiający wyjaśnia, że w Rozdziale I "Postanowienia ogólne" ust. 2 pkt 4 przewidziane zostało prowadzenie przedmiotowego postępowania w oparciu o art. 24aa. Zamawiający zastrzegł, że najpierw dokona oceny ofert, a następnie zbada, czy Wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu (art. 24 ust. 1 pkt 12-23 oraz wybrane podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 5

ustawy Pzp, wskazane przez Zamawiającego w rozdziale III i IV SIWZ) oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu (określone przez Zamawiającego w rozdziale III i IV SIWZ).

Zatem w rozdziale III ust. 4 pkt 2a SIWZ zostały wyliczone fakultatywne podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 1, 4 i 8 ustawy PZP, tj. w szczególności w świetle których Zamawiający wykluczy również 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 PZP, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

Tymczasem Wykonawca Sanito sp. z o.o. w ofercie złożył oświadczenie, że nie podlega wykluczeniu z postępowania jedynie na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1 i 8 Pzp. Natomiast, że zachodzą w stosunku do niego podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4.

Wykonawca 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"

Wykonawca w przedstawionych Zamawiającemu dokumentach wskazał, że był 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., wyjaśniając 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 wezwania Zamawiającego.

Wykonawca poinformował Zamawiającego, że w związku z ww. okolicznością nieprawidłowego postępowania Wykonawcy został wydany wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 27 listopada 2019 r. (KIO 2025/19, KIO 2029/19), utrzymany wyrokiem Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 16 kwietnia 2020 r., sygn. akt II Ca 286/20, w którym orzeczono, iż Wykonawca w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe przy realizacji w. nadmienionych umów, dlatego też podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp.

W ww. wyroku KIO wskazała, że „w ocenie Izby niewątpliwym jest, że przyczyną odstąpienia przez Gminę Orla od umów zawartych z Przystępującym Sanito była bierność

Przystępującego w kwestii realizacji przedmiotu umów, tj. niepodjęcie realnych działań zmierzających do wykonania zobowiązań na rzecz Gminy”

Na marginesie, Zamawiający zwraca uwagę, że zgodnie z art. 24 ust. 7 pkt 3 Pzp nie upłynęły 3 lata od dnia zaistnienia wskazanych zdarzeń.

Istotny w przedmiotowej sprawie jest więc przepis art. 24 ust. 8 Pzp w świetle którego Wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie 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. A także ust. 9 ww. przepisu, w którym ustawodawca zaznacza, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające przedstawione dowody.

Zatem, aby prawidłowo skorzystać z art. 24 ust. 8 Pzp. nie wystarczy, by Wykonawca podjął jakiegokolwiek środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, muszą one być odpowiednie, aby przeciwdziałać na przyszłość powstaniu podobnych naruszeń. Bowiernie orzecznictwo wprost wskazuje, że "Skuteczna czynność self-cleaning powoduje, że Zamawiający uznaje przedstawione dowody za wystarczające i wykonawca nie podlega wykluczeniu. Jest to w istocie kwestia zaufania na płaszczyźnie zamawiający - wykonawca, w kontekście wcześniejszego deliktu wykonawcy" (wyrok KIO z dn. 31 lipca 2020 r. (KIO 1248/20)).

W ocenie Zamawiającego, aby procedura samooczyszczenia mogła być skuteczna, powinna opierać się na trzech kolejnych krokach:

- 1) identyfikacji przyczyny, która doprowadziła do nieprawidłowości,*
- 2) podjęcia działań niezbędnych dla wyeliminowania tych nieprawidłowości, 3) wykazania, że działania te przyniosły oczekiwany efekt.*

W przedmiotowym przypadku Zamawiający nie mógł zweryfikować, czy przedstawione przez Wykonawcę działania były skuteczne, gdyż Wykonawca w bardzo ogólny sposób wskazał przyczyny powstałych nieprawidłowości.

Analiza i weryfikacja dokumentacji prowadzi do wniosków, że mimo formalnej obszerności wyjaśnień i dowodów złożonych i przedstawionych Zamawiającemu przez Wykonawcę, Zamawiający nie może uznać ich za wystarczające w zakresie dokonanych naruszeń oraz środków naprawczych podjętych przez Wykonawcę. Ponadto, nie zasługują także na przyznanie im wartości dowodów poświadczających rzetelność Wykonawcy, a wreszcie w żaden sposób w ocenie Zamawiającego - nie przyświecają perspektywie, że w przyszłości

Wykonawca nie dopuści się ponownie podobnym naruszeniom. Tymczasem wykazanie niniejszego, jak się zdaje jest elementem wprost nierozłącznym w przyszłym stosunku stron zaufania.

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 a instytucją zamawiającą, a mianowicie na wiarygodności zwycięskiego oferenta, na której opiera się zaufanie, jakim obdarzyła go instytucja zamawiająca”.

W ocenie Zamawiającego Wykonawca stosuje mechanizm pobieżnego, ogólnikowego wskazania okoliczności stanu faktycznego, co z kolei prowadzi do przekonania - zdaje się całkowicie uzasadnionego - Zamawiającego, że okoliczności w zakresie self-cleaningu przez Wykonawcę przedstawione posiadają mają wartość merytoryczną.

O stosowaniu niniejszego zabiegu świadczy co najmniej fakt, że Wykonawca w zawartych wyjaśnieniach i dokumentach zwraca uwagę, iż w wyrokach (KIO 1213/20 i 1248/20) KIO stwierdzono, że niemożliwa jest ocena, czy deklarowane przez niniejszego Wykonawcę zmiany techniczne, organizacyjne i kadrowe są wystarczające dla uniknięcia naruszeń w przyszłości. Przy tym jednocześnie Wykonawca wyjaśnia, że niniejsze orzeczenia nie powinny być odnoszone i wprost przedkładane na ocenę informacji i dokumentów składanych przez Wykonawcę, bowiem "zostały one doprecyzowane, uzupełnione i wzbogacone o nowe informacje i dowody w stosunku do wyjaśnień i dokumentów składanych zamawiającym."

Następnie jednak Wykonawca wskazuje wyrok (KIO 3540/20), w którym KIO uznała, że środki w ramach procedury samooczyszczenia i przedstawione na to dowody są wystarczające do wykazania rzetelności Wykonawcy. W tym wypadku Wykonawca podkreśla, że informacje i dokumenty w ramach self-cleaningu, do których wyrok się odnosi są tożsame z informacjami i dokumentami w tym zakresie złożonymi i przedstawionymi Zamawiającemu.

Jedynie na marginesie Zamawiający, kierując się obiektywnymi kryteriami, posiadaną wiedzą i doświadczeniem życiowym wskazuje, że skoro Wykonawca jak sam podkreśla w wyjaśnieniach składa "wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego" to powinien załączyć treść wszystkich wyroków, jak również wprost możliwie w jak największym stopniu wykazać tożsamość oraz brak tożsamości dokumentacji przedkładanej Zamawiającemu z dokumentacją przedłożoną uprzednim Zamawiającym, o której rzekomo mowa we wskazanych przez Wykonawcę wyrokach. Toteż trudno dać wiarę i przyjąć zgodnie z wyjaśnieniami Wykonawcy, że okoliczności przez niego wskazane mają charakter wyczerpujący.

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.

Bowiem, mimo że Wykonawca przedstawia rzekomy opis środków podjętych w ramach naprawienia szkody wyrządzonej nieprawidłowym postępowaniem Wykonawcy i wymienia środki jakoby adekwatne do zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu Wykonawcy o charakterze technicznym, organizacyjnym, kadrowym w żadnym względzie nie można uznać, że podjęte działania są wystarczające i stanowią gwarancję, że naruszenia tego typu nie powstaną ponownie w przyszłości.

W szczególności, podkreślić należy że Wykonawca nie wskazuje 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. Wykonawca zatem 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.

Wykonawca wyjaśnia również, że przedsiębiorstwo Wykonawcy otrzymało certyfikat zarządzania jakością ISO 9001:2015 potwierdzający, że sposób działalności przedsiębiorstwa odpowiada najwyższym światowym standardom w tym zakresie, co ma rzekomo potwierdzać skuteczność wprowadzonych przez Wykonawcę działań naprawczych. Mając jednak na względzie, że Wykonawca nie wykazał związku pomiędzy wprowadzonymi zmianami i wszelkimi innymi czynnościami w tym zakresie a wcześniejszymi naruszeniami samą okoliczność posiadania przez Wykonawcę ww. certyfikatu należało uznać za niewystarczającą i nieistotną.

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, w 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.

Po trzecie, 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)).

Przy tym Zamawiający zaznacza, że co prawda, nie można uznać za w jakikolwiek sposób przesądzającą okoliczność ogólnikowego przedstawiania okoliczności, jednak jednocześnie wskazać należy, że przyczynia się ona i powoduje skutek odwrotny do zamierzonego w całej procedurze self-cleaningu, tj. nie przekonuje Zamawiającego do rzetelności Wykonawcy, a w konsekwencji niniejszego przedstawionych dowodów nie można uznać za wystarczające.

Tym samym nie wystąpiła podstawa do wyłączenia zastosowania przepisów obligujących Zamawiającego do wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Jak wskazano wyżej, to w interesie Wykonawcy jest dostarczenie Zamawiającemu wszelkich dowodów i argumentów umożliwiających zastosowanie wyjątku od zasady wyrażonej w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp i na jej podstawie odstąpienie od wykluczenia Wykonawcy z postępowania. Mając jednak na uwadze ww. okoliczności, należało stwierdzić, że Wykonawca nie zdołał w sposób rzeczywiście wystarczający wykazać okoliczności w zakresie self-cleaningu, toteż należało przyjąć jak w meritum.

Uzasadnienie faktyczne odrzucenia:

Mając na uwadze treść ww. uzasadnienia faktycznego wykluczenia, a zgodnie z przepisem art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, należało przyjąć za całkowicie zasadne odrzucenie oferty w przedmiotowym postępowaniu Wykonawcy Sanito Sp. z o.o.

Wskazany wyżej stan faktyczny Izba ustaliła na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty odwołującego wraz z pismem z dnia 23 lutego 2021 roku z załącznikami, a także pisma zamawiającego z dnia 26 marca 2021 roku.

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 P.z.p. 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.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 nowej ustawy P.z.p. 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 P.z.p. 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 P.z.p. instytucji „samooczyszczenia”.

Zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy P.z.p., 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.:

- wystąpienie przyczyn leżących po stronie wykonawcy,
- niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w istotnej części,
- 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 P.z.p., ustawodawca w art. 24 ust. 8 ustawy P.z.p. 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 P.z.p., 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:

- 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;

- 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;
- 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;
- 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;
- istnieje wątpliwość, czy przyznanie się odwołującego do winy, niezbędne dla prawidłowego przeprowadzenia self-cleaningu, nie jest wyłącznie pozorne.

Odnosząc wskazane wyżej stwierdzenia zamawiającego do wyjaśnień i dowodów złożonych przez odwołującego w ramach procedury samooczyszczenia, 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 P.z.p., pozostawiona jest uznaniu zamawiającego. Co prawda, ustawa P.z.p. 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 dobrowolna.

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.*

Tymczasem przekazane przez zamawiającego informacje co do oceny dowodów w procedurze samooczyszczenia są bardzo ogólne, gołosłowne i niepoparte żadną szczegółową analizą. Stanowisko zamawiającego ogranicza się do generalnego stwierdzenia, że odwołujący nie wykazał prawdziwych przyczyn odstąpienia, zasadności podjętych środków naprawczych oraz związku pomiędzy nimi. Brak jest natomiast jakichkolwiek informacji, na jakiej podstawie zamawiający doszedł do takich wniosków i dlaczego uznał dowody za niewystarczające. Z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że „Tylko czytelnie zaprezentowana czynność, wskazująca okoliczności, które zamawiający wziął pod uwagę, postanowienia dokumentacji postępowania, które przyświecały określonej ocenie dokumentów i oświadczeń składających się na ofertę, daje wykonawcy szansę na zrozumienie działań zamawiającego. Chodzi tu więc nie tylko o poinformowanie wykonawcy o losach jego oferty, ale wytlumaczenie przyczyn takiej a nie innej jej oceny” (tak w wyroku KIO z dnia 17 czerwca 2015 r. sygn. akt 1117/15; podobnie w wyrokach KIO z dnia 11 maja 2015 r. sygn. akt: KIO 885/15, z dnia 10 lipca 2014 r. sygn. akt:

KIO 1316/14, z dnia 9 września 2014 r. sygn. akt: KIO 1745/14, z dnia 17 października 2014 r. sygn. akt KIO 2028/14, wyrok KIO z dnia 17 października 2014r.).

Wobec braku przekonywujących 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.

Odnosząc się do jednego konkretnego argumentu zamawiającego, że złożone przez odwołującego umowy o pracę nowych pracowników zostały zawarte na czas określony i okres próbny i okres obowiązywania tychże umów już upłynął, Izba wskazuje, że zgodnie z art. 24 ust. 8 ustawy P.z.p. 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. W tym zakresie Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 maja 2021 roku sygn. akt KIO 982/21, zgodnie z którym: *Żaden przepis nie nakłada na wykonawcę konieczności „odświeżania” czynności podjętych w ramach samooczyszczenia i wytwarzania na przestrzeni lat (art. 24 ust. 7 pkt 3) nowych dokumentów. Faktem jest, że wykonawca zawsze może własne oświadczenia dotyczące samooczyszczenia poprawiać i ulepszać – tak jak miało to miejsce w odniesieniu do tego Odwołującego, a co wskazując na poszczególne zdarzenia na osi czasu wykazał na podstawie dowodu nr 1 – jednakże, nie ma obowiązku wykazywania podejmowanych czynności następczych do tych podjętych w ramach samooczyszczenia.*

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.

Izba, na podstawie art. 541 nP.z.p., odmówiła przeprowadzenia dowodów wnioskowanych przez przystępującego FlexiPower Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Pabianicach w postaci korespondencji mailowej dotyczącej wykonywania umów dla gmin Wiśniowa i Frysztak, a także pisma Gminy Chełm z dnia 21 maja 2021 roku, z dnia 22 listopada 2018 roku, pisma odwołującego z dnia 18 października 2018 roku oraz noty księgowej z dnia 18 października 2019 roku, dotyczących realizacji przez odwołującego umowy na dostawę i montaż instalacji kolektorów słonecznych na budynkach mieszkalnych na terenie Gminy Chełm. Izba wskazuje, że przedmiotem rozpoznania była czynność zamawiającego polegająca na wykluczeniu odwołującego z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania umów zawartych z gminami Orla i Narewka. Podnoszenie wobec odwołującego innych zarzutów niż zostały wskazane w zawiadomieniu o jego wykluczeniu z postępowania nie może być skuteczne, zaś wskazywane w tym zakresie dowody Izba uznała za powołane jedynie dla zwłoki.

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:

.....

.....