

WYROK

z dnia 17 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie **14 lipca 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **1 czerwca 2020 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Sanito sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Montaż instalacji odnawialnych źródeł energii na terenie Gmin: Nowy Targ, Miasta Nowy Targ, Czorsztyn, Łapsze Niżne, Brzesko, Alwernia, Babice, Chrzanów, Libiąż oraz Trzebinia* (nr postępowania GPI-ZPI.271.3.3.2019)

prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Nowy Targ**

również w imieniu i na rzecz zamawiających: **Gmina Miasto Nowy Targ, Gmina Czorsztyn, Gmina Łapsze Niżne, Gmina Brzesko, Gmina Alwernia, Gmina Babice, Gmina Chrzanów, Gmina Libiąż, Gmina Trzebinia**

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego:

- A. Flexi Power Group sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Pabianicach**
- B. Zakład Produkcyjno-Handlowy S. K., K.**
- C. ML SYSTEM S.A. z siedzibą w Zaczernie**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2.** zasądza od **Odwołującego** na rzecz **Zamawiających** – kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Uzasadnienie

Gmina Nowy Targ {dalej: „Zamawiający”} prowadzi również w imieniu i na rzecz Gminy Miasto Nowy Targ, Gminy Czorsztyn, Gminy Łapsze Niżne, Gminy Brzesko, Gminy Alwernia, Gminy Babice, Gminy Chrzanów, Gminy Libiąż, Gminy Trzebinia na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej również „ustawa pzp” lub „ppzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy pn. *Montaż instalacji odnawialnych źródeł energii na terenie Gmin: Nowy Targ, Miasta Nowy Targ, Czorsztyn, Łapsze Niżne, Brzesko, Alwernia, Babice, Chrzanów, Libiąż oraz Trzebinia* (nr postępowania GPI-ZPI.271.3.3.2019).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 23 października 2019 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2019/S_205 pod poz. 498832.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

22 maja 2020 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną Sanito sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Sanito”} o wykluczeniu z postępowania

1 czerwca 2020 r. Sanito wniosło w stosownej formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (z zachowaniem wymogu przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 – przez bezprawne wykluczenie Sanito z postępowania.
2. Art. 24 ust. 8 i 9 w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 oraz art. 7 ust. 1 – przez bezprawne stwierdzenie braku wykazania przez Sanito, że przedsięwzięte przez nie środki w celu samooczyszczenia są wystarczające do wykazania jego rzetelności, pomimo przedstawienia przez Sanito obszernych dowodów i wyjaśnień wykazujących rzetelność oraz zapobieżenie nieprawidłowemu postępowaniu w przyszłości.
3. Art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 8 i 9 – przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności oraz przejrzystości, w szczególności nieuwzględnienie zasady proporcjonalności przy ocenie wyjaśnień i dowodów złożonych w celu samooczyszczenia.
4. {ewentualnie} Art. 26 ust. 3-4 – przez zaniechane wezwania Sanito do złożenia dodatkowych wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów w zakresie wykazania braku

podstaw do wykluczenia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wykluczenia Sanito z postępowania.
2. Uznania wyjaśnień i dowodów złożonych przez Sanito za wystarczające w celu samooczyszczenia.
3. {ewentualnie} Wezwania Sanito do złożenia dodatkowych wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów w zakresie wykazania braku podstaw do wykluczenia.

Odwołujący ponadto sprecyzował powyższą listę zarzutów przez zbiorcze wskazanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania

Odwołujący zrelacjonował w szczególności następujące okoliczności dotyczące przebiegu postępowania:

W złożonym wraz z ofertą JEDZ z 24 stycznia 2020 r. oraz dołączonych do niego wyjaśnieniach (dalej: „Wyjaśnienia”) Sanito wskazało szczegółowo okoliczności istotne z punktu widzenia przesłanek wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 pzp:

Po pierwsze, poinformowało że 4 następujące realizowane przez nie umowy zostały rozwiązane przed czasem: (1) umowa nr OG.271.2.2018 z 10 września 2018 r. zawarta z Gminą Orla dot. zadania pn. „Budowa mikroinstalacji fotowoltaicznych i kolektorów słonecznych w gminie Orla” – Cześć III instalacje mieszane, (2) umowa nr OG.271.2.2018/2 z 10 września 2018 r. zawarta z Gminą Orla dot. zadania pn. „Budowa mikroinstalacji fotowoltaicznych i kolektorów słonecznych w gminie Orla” – Cześć II Kolektory słoneczne, (i3) umowa nr ZP.271.2.2018 Zadanie 1 z 25 września 2018 r. zawarta z Gminą Narewka dot. zadania pn. „Dostawa i montaż 44 zestawów kolektorów słonecznych na potrzeby przygotowania ciepłej wody użytkowej na budynkach prywatnych na terenie gminy Narewka”, (4) umowa nr ZP.271.2.2018 Zadanie 2 z 25 września 2018 r. zawarta z Gminą Orla dot. realizacji zadania pn. „Dostawa i montaż 49 zestawów instalacji fotowoltaicznych na potrzeby produkcji energii elektrycznej w budynkach prywatnych na terenie gminy Narewka” (dalej: „Umowy”).

Po drugie, poinformowało o wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 27 listopada 2019 r. sygn. akt: KIO 2025/19, KIO 2029/19 (dalej: „Wyrok Izby”), w którym w ramach innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Izba nakazała wykluczenie Sanito z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 pzp w związku z niezrealizowaniem ww. umów zawartych z Gminą Orla. A także o toczącym się (pod sygn. akt II Ca 286/20) postępowaniu skargowym przed Sądem Okręgowym w Krakowie na skutek skargi wniesionej przez Sanito od tego wyroku.

Po trzecie, załączyło bardzo szczegółowe wyjaśnienia oraz kilkadziesiąt dowodów {patrz załączniki do odwołania} w zakresie podjętych środków w celu wyczerpującego

wyjaśnienia stanu faktycznego oraz wykazania swojej rzetelności (samooczyszczenia), jak również opis środków kadrowych, organizacyjnych i technicznych, które zostały wdrożone w przedsiębiorstwie w reakcji na sytuacje zaistniałe na gruncie realizacji umów.

Następnie – w reakcji na wydany 16 kwietnia 2020 r. wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie sygn. akt II Ca 286/20 oddalający skargę oraz w związku z innymi zdarzeniami, które zaszły po terminie składania ofert – Sanito z własnej inicjatywy zaktualizowało treść JEDZ oraz wyjaśnień i dowodów dotyczących samooczyszczenia (dalej: „Wyjaśnienia zaktualizowane”).

W szczególności poinformowano Zamawiającego o polubownym zakończeniu postępowania sądowe z powództwa Sanito przeciwko Gminie Orła, tj. o zawarciu ugody zatwierdzonej przez Sąd Rejonowy w Bielsku Podlaskim, która *zamyka i wyczerpuje wszystkie obecne i przyszłe roszczenia Stron dotyczące umów* (§ 2 ugody), odstąpienie zostało uznane za nieważne i niebyłe, a strony uznały, że 5 grudnia 2018 r. doszło do rozwiązania umowy za porozumieniem. A także o tym, że w ugodzie wspomniano o dodatkowym geście ze strony Sanito, tj. darowiźnie instalacji fotowoltaicznej na potrzeby szkoły podstawowej w Orli (umowa z 21 lutego 2020 r.), która została w całości należycie wykonana (patrz pkt 1 Wyjaśnień zaktualizowanych wraz z załącznikami – załączono do odwołania).

Zamawiający został również poinformowany o tym, że Gmina Narewka nie zgłaszała żadnych roszczeń związanych z Umowami.

Ponadto w odniesieniu do działań podjętych w celu naprawienia ewentualnych szkód w wyjaśnieniach wskazano, że Sanito wyrażało gotowość realizacji prac (mimo że było to po terminie z uwagi na problemy podażowe na rynku instalacji solarnych i opóźnień dostaw ich zasadniczych komponentów w tamtym okresie).

Po czwarte, w ramach podjętych środków technicznych wskazano na wdrożenie dwóch systemów informatycznych, indywidualnie przystosowanych do potrzeb Sanito, w celu usprawnienia działań związanych z prowadzeniem i zarządzaniem procesem inwestycyjnym oraz realizacją umów. Systemu ERP pozwalającego na kontrolę, monitorowanie i planowanie procesu inwestycyjnego, w tym kontrolę zakupów, zużycia i stanów magazynowych, bieżącego postępu poszczególnych inwestycji (w tym generowanie raportów). Systemu elektronicznego obiegu i archiwizacji dokumentów umożliwiającego kontrolę oraz szybki dostęp do dokumentacji projektu, usprawniającego i przyspieszającego reakcję na zmieniającą się sytuację.

Po piąte, w ramach podjętych środków organizacyjnych przeprowadzono szereg istotnych zmian struktury organizacyjnej. Przede wszystkim zmieniono model zarządzania ze zdecentralizowanego na scentralizowany, pozwalający na lepszą kontrolę bazy materiałowej

oraz stanu realizacji projektów i globalne planowanie oraz zakupy centralne. Przedstawiono konkretne korzyści oraz wyeliminowane ryzyka.

W celu ustandaryzowania procesów i działań podejmowanych przez poszczególne działy szczegółowo przeanalizowano i zaktualizowano obowiązujące w spółce procedury wewnętrzne, których przestrzeganie pozwala na zapewnienie stałego monitorowania postępu realizacji prac w ramach danego kontraktu oraz ewentualne podjęcie działań korygujących (np. identyfikacji ryzyk, kontroli zapotrzebowania materiałowego, realizacji zakupów i dostaw, stałego kontaktu z zamawiającym, alokacji zasobów w zależności od potrzeb).

Po szóste, w ramach środków kadrowych w związku z zaistniałą sytuacją rozwiązano umowy z dyrektorem działu realizacji inwestycji oraz inżynierem projektu oraz utworzono dodatkowe funkcje i stanowiska, co umożliwiło dokładniejsze przypisanie zadań i odpowiedzialności, terminowe i prawidłowe wykonywanie obowiązków, a także lepszą kontrolę czynności podejmowanych na poszczególnych szczeblach.

Według Odwołującego trudno wyobrazić sobie bardziej przejrzyste postępowanie niż jego, gdyż działając w dobrej wierze jako uczciwy uczestnik postępowania zapewnił Zamawiającemu maksimum informacji co do okoliczności faktycznych, w celu umożliwienia mu samodzielnej oceny stanu faktycznego w odniesieniu do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 pzp, oraz poinformował, że ocena prawna wyrażona w Wyroku Izby jest przedmiotem toczącego się postępowania skargowego. Sanito nie tylko przekazało niezbędne informacje, ale ponadto podjęło w dobrej wierze wszelkie możliwe środki w celu zachowania uczciwości oraz zapobiegnięcia podobnym zdarzeniom, bez względu na ocenę co do stopnia zawinienia.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie zakwestionował wyczerpującego charakteru opisu stanu faktycznego związanego z realizacją Umów. Natomiast okoliczność, że ocena prawna Sanito była przed wyrokiem sądu okręgowego częściowo odmienna niż ta ostatecznie przyjęta przez Zamawiającego, nie powinna powodować niekorzystnych konsekwencji dla Sanito.

Odwołujący podniósł, że oceny przesłanek wykluczenia dokonuje się na moment dokonania czynności, a procedura samooczyszczenia może mieć charakter dynamiczny w toku postępowania (co według Odwołującego potwierdzają przykłady rozstrzygnięć, które wskazał wraz z przytoczeniem fragmentów uzasadnień – wyroki Izby wydane: 28 września 2018 r. sygn. akt KIO 1797/18, 9 lutego 2027 r. sygn. akt KIO 163/17, 27 sierpnia 2019 r. sygn. akt KIO 1576/19 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 19 stycznia 2019 r. sygn. akt XXIII Ga 1811/18).

Odwołujący stwierdził, że nie kwestionuje prawomocnego wyroku sądu okręgowego.

Ponadto od początku dostrzegał potrzebę dokonania rozliczenia w ramach swojej organizacji i podjęcia konkretnych środków w celu przeciwdziałania podobnym sytuacjom w przyszłości, co znalazło wyraz w wielu zmianach funkcjonowania jego przedsiębiorstwa, a także jeszcze przed zapadnięciem tego wyroku polubownie zakończył spór z Gmina Orla (patrz załącznik nr 7 do Wyjaśnień zaktualizowanych: ugoda zawarta przed Sądem Rejonowym w Bielsku Podlaskim 25.02.2020 r. sygn. akt I C 102/20, wyciąg z protokołu rozprawy, postanowienie z tej daty, umowa darowizny z 21.02.2020 r., referencje Gminy Orla z 15.04.2020 r.).

Odwołujący podniósł, że zasada proporcjonalności stanowi naczelną regułę zamówień publicznych, a jej poszanowanie jest wymagane na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 7 ust. 1 pzp). Także w motywie 101 dyrektywy 2014/24 podkreśla się, że *stosując fakultatywne podstawy wkluczenia, instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności*. Na zasadę proporcjonalności stricte w odniesieniu do self-cleaningu wskazuje art. 24 ust. 9 pzp, nakazujący zamawiającemu dokonanie oceny działań wykonawcy przy uwzględnieniu m.in. wagi i szczególnych okoliczności czynu wykonawcy. Powyższe oznacza, że przed dokonaniem tak ostatecznej czynności, jak wykluczenie wykonawcy z postępowania, zamawiający powinien szczegółowo przeanalizować, czy sankcja ta w kontekście podjętych przez wykonawcę aktów staranności oraz środków naprawczych jest proporcjonalna w okolicznościach danej sprawy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że w ogóle takiej analizy nie przeprowadził, w tym nie uwzględnił m.in. transparentności działania Sanito, tego, że konsekwencją jest wykluczenie z przetargów publicznych na 3 lata (art. 24 ust. 7 pkt 3 pzp), jak i faktu, że sytuacja związana z niewykonaniem Umów (w tym samym okresie czasu) nie miała charakteru nagminnego czy uporczywego.

Odwołujący zrelacjonował, że przedstawił w toku postępowania „Listę inwestycji zrealizowanych”, obejmującą szereg zrealizowanych dotychczas z sukcesem inwestycji w latach 2017-2019, o wielokrotnie większej wartości (łącznie ok. 90 projektów na kwotę powyżej 218 milionów zł oraz ponad 18 tysięcy instalacji) {załączono do odwołania} niż stanowiące 0,5% ich wartości zamówienia na rzecz Gminy Orla i Gminy Narewka (łączna liczba niewykonanych instalacji wyniosła 135 instalacji).

Odwołujący stwierdził, że choć w pełni dostrzega powagę każdego indywidualnego projektu oraz sytuacji niewykonania umowy, Zamawiający naruszył zasadę proporcjonalności, co *de facto* prowadzi do uniemożliwienia prowadzenia działalności przez okres 3 lat. Według Odwołującego kluczowe znaczenie ma okoliczność, że za wskazane błędy zapłacił już znaczną cenę (wysokie koszty reorganizacji działalności) i poniósł poważne konsekwencje (m.in. w postaci wykluczenia z postępowania, którego dotyczył Wyrok Izby)

oraz wyciągnął wnioski skutkujące usprawnieniem mechanizmów funkcjonowania przedsiębiorstwa, co eliminuje ryzyko tego typu zdarzeń w przyszłości.

Według Odwołującego jego wyjaśnienia odnośnie ugody z Gminą Orla i braku roszczeń ze strony Gminy Narewka powinny spowodować przyjęcie przez Zamawiającego, że nie istnieje jakakolwiek znana szkoda wyrządzona niezrealizowaniem Umów, która nie byłaby naprawiona przez Odwołującego.

Zdaniem Odwołującego z treści Wyjaśnień, Wyjaśnień zaktualizowanych oraz szeregu dołączonych dowodów wynika, że podszedł do sytuacji z najwyższą powagą, dokonując przeglądu sytuacji oraz w konsekwencji podejmując odpowiednie środki naprawcze oraz usprawniające w celu m.in. podwyższenia standardów oraz udoskonalenia procedur funkcjonujących w firmie, aby uniknąć w przyszłości wystąpienia naruszenia zobowiązań kontraktowych.

Podjęte rozwiązania techniczne są bezpośrednim wynikiem rozliczenia przez Odwołującego sytuacji związanych z problemami napotkanymi w związku z realizacją Umów. Według Odwołującego związek przyczynowo-skutkowy skutków rozwiązań technicznych jest oczywisty – odpowiedni monitoring projektów oraz procesów zakupowych w odniesieniu do materiałów i komponentów umożliwi odpowiednią wcześniejszą i szybszą reakcję na napotykaną ewentualnie ograniczenia na rynku lub im zapobiegnie dla terminowej realizacji zobowiązań. Wpłyne także pozytywnie na przyspieszenie reakcji i komunikację (to właśnie brak odpowiedniej reakcji w terminie na ograniczenia podażowe legły u podstaw przypisania Sanito przesłanki wykluczenia w Wyroku Izby). Lepsze mechanizmy kontrolne w połączeniu z pozostałymi środkami eliminują ryzyko takich opóźnień, jak te zidentyfikowane przy realizacji Umów (odpowiednie osoby zostałyby zaalarmowane). Stąd dla Odwołującego zaskakujące jest, że Zamawiający takiego związku nie widzi. Ponadto wykazywanie rzetelności wykonawcy może także polegać na działaniach ogólnie usprawniających i korygujących procesy zachodzące w jego przedsiębiorstwie, jeśli przyczynia się to do dochowania w przyszłości zobowiązań kontraktowych i uniknięcia podobnych zdarzeń.

Z kolei podjęte środki organizacyjne mają bezpośredni związek z sytuacją faktyczną przy realizacji Umów, wyłączając ryzyko braku odpowiednich i terminowych reakcji czy odpowiedniej komunikacji z zamawiającymi. Stąd Odwołujący nie zgodził się z Zamawiającym, który nie dostrzegł w nowych rozwiązaniach okoliczności pozytywnej z tego punktu widzenia.

Wreszcie przywołane zmiany organizacyjne – podjęte bezpośrednio w wyniku zaistniałej sytuacji dotyczącej realizacji Umów oraz w celu niepowtórzenia jej w przyszłości – miały na celu usprawnienie standaryzację procesów w celu eliminacji ryzyka nieterminowej realizacji inwestycji, monitorowania stanu zapasów materiałowych oraz dostępności

komponentów, przypisania konkretnych zadań, funkcji i odpowiedzialności, zwiększenia kadry o odpowiednich kwalifikacjach i utworzenia nowych stanowisk dla większej efektywności realizacji inwestycji, usprawnienia komunikacji wewnętrznej oraz zewnętrznej, a także szybszego i sprawniejszego reagowania na ewentualne napotymane przeszkody. Są to działania podjęte bezpośrednio w wyniku zaistniałej sytuacji dotyczącej realizacji Umów oraz w celu niepowtórzenia jej w przyszłości.

Odwołujący podkreślił, że według motywu 102. preambuły dyrektywy 2014/24/UE, do środków wykazujących rzetelność wykonawcy mogą należeć przykładowo działania personalne i organizacyjne, takie jak zerwanie wszelkich powiązań z osobami lub organizacjami odpowiedzialnymi za niewłaściwe zachowania, odpowiednie środki służące reorganizacji personelu, wdrożenie systemów sprawozdawczości i kontroli, utworzenie struktury typu audyt wewnętrzny monitorujący przestrzeganie i przyjęcie wewnętrznych zasad odpowiedzialności i odszkodowań.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu (na ok. jednej stronie uzasadnienia – patrz str. 7-8 informacji o wykluczeniu), że nie dostrzegł związku podjętych działań z sytuacją niewykonania Umów w terminie, mimo że działania te bezpośrednio są nakierowane na eliminację takich sytuacji (w tym eliminację bierności w komunikacji, w działaniach mających na celu efektywne nabycie materiałów i komponentów oraz odpowiednie reagowanie na sytuacje kryzysowe).

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 92 ust. 2a pzp informacja o wykluczeniu z postępowania musi zawierać wyjaśnienie powodów, dla których dowody przedstawione przez wykonawcę zamawiający uznał za niewystarczające. W orzecznictwie Izby także podkreśla się obowiązek szczegółowego uzasadnienia czynności wykluczenia wykonawcy w sytuacji, gdy zamawiający uznał, że przedstawione przez wykonawcę dowody na potwierdzenie self-cleaning nie są wystarczające (wyrok Izby z 4 lipca 2017 r. sygn. akt KIO 1166/17).

Niezależnie od tego Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że jeżeli ten miał jakiegokolwiek wątpliwości co do złożonych wyjaśnień i dowodów, powinien – zamiast automatycznie wykluczać Sanito z postępowania – zwrócić się o dodatkowe wyjaśnienia lub doprecyzowanie pewnych kwestii. Według Odwołującego taki obowiązek wynika zarówno z charakteru *ius cogens* art. 26 ust. 3 i 4 pzp, jak i z zasady proporcjonalności. W ocenie Odwołującego Zamawiający nie twierdzi bowiem, że podjęte środki są niewystarczające, a jedynie, że nie może wystarczająco ocenić na podstawie złożonych wyjaśnień związku pomiędzy podjętymi środkami a niewykonaniem Umów. Gdyby Zamawiający zakomunikował odpowiednio swoje wątpliwości przed wykluczeniem, Odwołujący wyjaśniłby, z których dokładnie przedstawionych informacji i dowodów wynika jednoznacznie taki związek.

Do postępowania odwoławczego w tej sprawie po stronie Zamawiającego zgłosili przystąpienia następujący wykonawcy: (1) Flexi Power Group sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Pabianicach {dalej: „Flexi Power” lub „Przystępujący”, (2) Zakład Produkcyjno-Handlowy S. K., K., (3) ML SYSTEM S.A. z siedzibą w Zaczernie {dalej: „ML System” lub „Przystępujący”}, którzy wnieśli o oddalenie odwołania.

Wobec dokonania powyższych zgłoszeń w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania jego kopii Stronom tego postępowania – a więc zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp – Izba, przy braku również opozycji, dopuściła Przystępujących do postępowania odwoławczego w tej sprawie.

Zamawiający na posiedzeniu nie uznał zarzutów odwołania.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłoszono również w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał odwołanie, a Przystępujący wnieśli o jego oddalenie.

Natomiast Zamawiający podtrzymał stanowisko zajęte w uzasadnieniu wykluczenia i podał do protokołu, co następuje.

Po pierwsze, Odwołujący przedstawił dwa różne dokumenty JEDZ prezentujące niespójne wzajemne informacje, choć zdaniem Zamawiającego już w pierwszym z nich powinien wskazać, że podlega wykluczeniu również na podstawie przesłanki z art. 24 ust 5 pkt 2 pzp, aby skutecznie dowodzić samooczyszczenia. Zamawiający wskazuje w tym kontekście wyroki Izby w sprawach o sygn. akt: KIO 991/18, KIO997/18, KIO1000/18.

Po drugie, Zamawiający negatywnie ocenił samooczyszczenie, gdyż wbrew temu, co wskazuje Odwołujący, ani w wyroku Izby, ani w wyroku sądu okręgowego nie wskazywano i nie analizowano struktury organizacyjnej Wykonawcy. Aby samooczyszczenie mogłoby być w ogóle skuteczne, powinno ono opierać się na trzech kolejnych krokach: 1) identyfikacji przyczyny, która doprowadziła do nieprawidłowości, 2) podjęcia działań dla wyeliminowania tych nieprawidłowości, 3) wykazania, że działania przyniosły oczekiwany efekt. W tym przypadku Zamawiający nie mógł zweryfikować, czy liczne przedstawione

działania były skuteczne, gdyż zabrakło pierwszego kroku i Zamawiający nie mógł w oderwaniu ocenić skuteczności podjętych działań. Zdaniem Zamawiającego Wykonawca skupił się na wykazywaniu głównie w postaci dokumentów, że podjął jakieś działania, ale pominął identyfikację przyczyn nieprawidłowości. Trudno stwierdzić bowiem, czy dwie zwolnione osoby i dlaczego miałyby być powodem niewykonania umów na rzecz dwóch gmin. Tymczasem, jak wskazano m.in. w orzeczeniach w sprawach KIO 2106/17 czy KIO 1851/17, obowiązkiem wykonawcy wynikającym z art. 24 ust 8 pzp jest wykazanie, że podjęte środki są adekwatne do nieprawidłowości, która wystąpiła. W przypadku Odwołującego nie wiadomo, co było przyczyną, że w przypadku Gminy Orla nie podjął w ogóle realizacji umowy, a w związku z tym nie można stwierdzić, że przedstawione przez niego środki i dowody zapobiegają takiej sytuacji w przypadku tego zamówienia.

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący przyjmuje nieprawidłowy punkt widzenia dla oceny proporcjonalności, gdyż w tym przypadku istotne jest, że niewykonane zamówienia są mniejsze niż przedmiotowe zamówienia, a zatem Zamawiający powinien zostać przekonany, że mimo ich niewykonania Wykonawca będzie w stanie wykonać większe zamówienia należycie, a co nie wynika z przedstawianych przez Wykonawcę działań.

W złożonym na posiedzeniu piśmie z 14 lipca 2020 r. Przystępujący ML System w szczególności następująco uargumentował swoje stanowisko.

W ocenie ML System Zamawiający nie był ani uprawniony, ani zobligowany do żądania od Sanito żadnych dodatkowych wyjaśnień czy informacji w ramach wszczętej procedury samooczyszczenia. Tym bardziej Zamawiający nie był uprawniony do samodzielnego dowodzenia, że pomimo zasinienia podstaw do wykluczenia, możliwe jest utrzymanie oferty Wykonawcy w postępowaniu. Inicjatywa w tym zakresie – jak nota bene wynika literalnie z polskiej oraz angielskiej nazwy procedury self-cleaningu”, leżała wyłącznie po stronie Sanito, które stosowne wyjaśnienia wraz z dowodami powinno przedstawić bez wezwania.

Przystępujący ML System wywiódł, że jak wskazuje się tak w orzecznictwie, decyzja o skorzystaniu z procedury samooczyszczenia musi być każdorazowo decyzją własną wykonawcy świadomego swojego „aktu nierzetelności”, nie zaś procedurą wymuszoną przez zamawiającego i przeprowadzoną na wezwanie {w piśmie przywołano fragmenty uzasadnień wyroków Izby wydanych 12 sierpnia 2019 r. sygn. akt KIO 1179/19, 28 lutego 2018 r. sygn. akt KIO 274/18 oraz 27 sierpnia 2019 r. sygn. akt KIO 1576/19}. Co istotne według Przystępującego w drugim z tych orzeczeń wskazano wprost, że *przepis ten nie przewiduje możliwości zaoferowania wykonawcy „drugiej szansy”, co należy jednoznacznie interpretować jako brak możliwości wszczynania na nowo lub korekty wadliwie*

przeprowadzonego samooczyszczenia.

Przystępujący podsumował, że żaden przepis nie obliguje zatem Zamawiającego ani do wszczęcia procedury samooczyszczenia, ani też do żądania wyjaśnień lub uzupełnień dokumentów, które Wykonawca przedłożył celem wykazania wprowadzenia odpowiednich działań naprawczych.

Z daleko idącej ostrożności Przystępujący dodatkowo podniósł, że ponieważ art. 26 ust. 4 pzp, który stanowi podstawę zarzutu, nie może być w jego ocenie stosowany do uzupełniania dokumentów czy składania wyjaśnień w procedurze self-cleaningu, również w tym zakresie zarzut jest chybiony. Co prawda art. 26 ust. 4 pzp ma charakter bezwzględnie obowiązujący, jednak jego zastosowanie ogranicza się do dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, które zostały zażądane przez zamawiającego na podstawie art.25 ust. 1 pzp, czyli w zakresie wykazania braku podstaw do wykluczenia do dokumentów wskazanych w SIWZ, enumeratywnie wymienionych w rozporządzeniu Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (tj. m.in. informacji z Krajowego Rejestru Karnego, zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego, zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego itd.) Nie dotyczy on natomiast dokumentów składanych z własnej inicjatywy w trybie art. 24 ust. 8 pzp.

Z tych samych względów według Przystępującego Zamawiający nie mógł także wezwać Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających wdrożenie odpowiednich środków naprawczych w ramach procedury samooczyszczenia. Przystępujący zastrzegł, że nawet gdyby wezwanie takie uznać hipotetycznie za dopuszczalne w toku wszczętej procedury self-cleaningu, wobec samodzielnego skorygowania dokumentów przez Sanito 20 kwietnia 2020 r., nie ma kolejnej możliwości ich uzupełnienia, gdyż w świetle przepisów ustawy pzp jest to niedopuszczalne. Samodzielne uzupełnianie dokumentów przez oferenta nie może prowadzić bowiem do *de facto* wielokrotnych uzupełnień (najpierw samodzielnie, a potem na wezwanie zamawiającego, w przypadku, gdy pierwsze uzupełnienie zostało przyjęte, ocenione i uznane za niepotwierdzające spełnienia warunków udziału w postępowaniu). Takie działanie naruszałoby bowiem zasadę jednokrotnego wzywania do uzupełnień, a w konsekwencji, zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Przystępujący zrelacjonował treść uzasadnienia wykluczenia w zakresie odnoszącym się do powodów, dla których Zamawiający nie uznał przedstawionych wyjaśnień i dowodów za wystarczające dla wykazania rzetelności Sanito, w szczególności, że przyczyną odstąpienia od umów przez tamte gminy zamawiające była *bierność Przystępującego*

w kwestii realizacji przedmiotu umowy, tj. *niepodjęcie realnych działań zmierzających do wykonania zobowiązań na rzecz Gminy*, a Zamawiający zauważył nadto, iż Sanito posiadał wszelką wiedzę zarządczą o stanie realizacji umowy z Gminami Orla i Narewka i pomimo tej wiedzy nie podjął działań w celu realizacji umowy.

Zatem zdaniem Przystępującego poprawnie zatem ustalono, że zmiana struktury organizacyjnej, zmiany kadrowe czy wdrożenia informatyczne nie będą gwarantować Zamawiającemu pewności co do rzetelnej realizacji kolejnych umów, gdyż nie mają żadnego związku z wcześniejszymi uchybieniami.

Dla Przystępującego oczywiste jest natomiast, że przy realizacji w okresie 3-letnim 90. kontraktów o wartości 218.137.982 zł netto, nie licząc nowych bieżących umów i zadań wynikających z innych tytułów (choćby z rękojmi i ze starszych kontraktów), Sanito straciło rachubę i orientację w zaciąganych zobowiązaniach, nienależycie przygotowując się do realizacji spornych zadań, nota bene tożsamy co do przedmiotu i wielkości z tym zamówieniem.

Dla zobrazowania powyższego Przystępujący wskazał, że jak wynika z zalegających w aktach spraw pisma Gminy Orla z 5 grudnia 2018 r. (znak OG.042.6.2017), dotyczącego Umowy nr OG.271.2.2018/2 (cz. II) oraz Umowy nr OG.271.2.2018 (cz. III), adresowanych do Sanito, zawiadomienie o wyborze oferty dla obu zadań otrzymało 21 sierpnia 2018 r. Umowę podpisano dopiero 10 września 2018 r., po przesunięciu terminu na wniosek Wykonawcy. Pomimo że zgodnie z ustalonym harmonogramem prace miały się rozpocząć 5 listopada 2018 r., pierwsze zamówienia zostały złożone dopiero 3 października 2018 r.

W ocenie Przystępującego treść udostępnionych mu dokumentów nie potwierdza, aby Sanito ustaliło realne (rzeczywiste) przyczyny ww. opóźnień oraz powzięło realne środki mające na celu zapobieżeniu tego rodzaju przypadkom w przyszłości. Wykonawca nie wyjaśnił w szczególności, dlaczego niemożliwe okazało się zastosowanie innych urządzeń i materiałów równoważnych, skoro pierwotnie planowane były niedostępne, dlaczego nie było możliwe przesunięcie choćby w części materiałów i urządzeń z innych robót, realizowanych w ww. okresie, dlaczego przy tak szerokiej działalności nie posiada żadnych rezerw materiałowych wobec podnoszonej przez siebie *globalnej trudnej do przewidzenia sytuacji rynkowej związanej z dostępnością części materiałów* oraz dlaczego w okresie od sierpnia do listopada 2018 r. nie podpisano umów przedwstępnych (rezerwacyjnych) na materiały zaoferowane gminie. Wreszcie Sanito nie wskazało konkretnie, w jaki sposób na dzień dzisiejszy zagwarantuje dostępność zaoferowanych przez siebie produktów przeznaczonych dla realizacji zamówienia objętego tym postępowaniem. Natomiast chronologia przedstawionych zdarzeń oraz charakter czynności podjętych przez Sanito wskazują na pozorną dokonywanych czynności naprawczych. Słusznie zatem podjęte przez

Sanito działania uznane zostały za niewystarczające dla wykazania jego rzetelności.

Dodatkowo Przystępujący zauważył, że Odwołujący bagatelizuje wagę dokonanych naruszeń, wskazując, iż liczba niewykonanych instalacji w ramach dwóch umów z Gminą Orla i dwóch umów z Gminą Narewka wyniosła, jak się wydaje z kontekstu, „zaledwie” 135 instalacji, podczas gdy Sanito może udokumentować *szereg dotychczas zrealizowanych z sukcesem inwestycji w latach 2017-2019, o wielokrotnie większej wartości, tj. łącznie ok. 90 projektów na kwotę powyżej 218 milionów złotych oraz ponad 18 tysięcy instalacji*). Przystępujący przypomniał, że przedmiotem tego postępowania dla części II zamówienia jest dostawa i montaż instalacji fotowoltaicznych dla szeregu gmin zaangażowanych w projekt, przykładowo wykonawca zobligowany będzie do dostawy 54 zestawów dla Gminy Czorsztyn, 127 zestawów dla Gminy Nowy Targ, 53 zestawów dla Gminy Babice, 51 zestawów dla Gminy Alwernia oraz 48 zestawów dla Gminy Libiąż. Bez znaczenia w tym kontekście pozostaje fakt, że w skład całego zadania wchodzi 1578 zestawów instalacji fotowoltaicznych o znacznie większej wartości, gdyż Zamawiający ma prawo oczekiwać, że każda z gmin, którą reprezentuje, otrzyma zamówienie zgodne z SIWZ i umową, bez względu na procentową wartość jej udziału w projekcie, a tym bardziej, bez względu na wartość obrotów Wykonawcy.

Z uwagi na powyższe zdaniem Przystępującego nie można uznać, aby skarżoną decyzją Zamawiający naruszył zasady proporcjonalności. Tym bardziej nie można uznać, by tego rodzaju argumentacja pozbawiała Odwołującego możliwości prowadzenia działalności przez okres 3 lat. Uchybienie Sanito, polegające na nieprzystąpieniu do realizacji czterech umów zawartych w reżimie ustawy Prawo zamówień publicznych, nie jest równoznaczne z zakazaniem Spółce prowadzenia działalności jako takiej. Sanito nie może jedynie przystępować do niektórych postępowań przetargowych, w których zastrzeżono ww. fakultatywną przesłankę wykluczenia, bez uprzedniego wdrożenia realnej i rzeczywistej procedury self-cleaningu. Przeprowadzenie procesu samooczyszczenia zależy natomiast wyłącznie od Odwołującego.

Co więcej według Przystępującego wspomniana zasada proporcjonalności nakazuje zamawiającemu prowadzenie postępowania przy pomocy środków, które byłyby właściwe do realizacji podstawowego celu zamówień publicznych, którym jest zakup najlepszego produktu za jak najniższą cenę od wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania umowy. Dla oceny respektowania zasady proporcjonalności Trybunał Konstytucyjny (wyrok z 26 marca 2007 r. sygn. akt TK 29/06, Legalis) wskazał na 3 wytyczne, które w odniesieniu do czynności przy udzielaniu zamówienia publicznego można sformułować następująco: 1) reguły postępowania ustalone przez zamawiającego są w stanie doprowadzić do zamierzonych skutków tj. zaspokojenia interesów zamawiającego (zasada przydatności);

2) są niezbędne dla ochrony interesu zamawiającego (zasada konieczności); 3) ich efekty są istotniejsze niż skutki ograniczeń nakładanych na wykonawcę [W. Dzierżanowski, *Proporcjonalność jako zasada*, s. 9].

W ocenie Przystępującego ww. wytyczne nie zostały naruszone, gdyż Zamawiający zgodnie z przepisami zastrzegł ww. fakultatywną podstawę wykluczenia, umożliwił Wykonawcy przeprowadzenie procedury self-cleaningu oraz ocenił przedstawione dowody, szukając w nich potwierdzenia, że opisywana wyżej sytuacja nie powtórzy się przy realizacji kolejnych zamówień. Odwołujący dowodów takich nie przedłożył, w związku z czym bez względu na wartość umowy, w ramach której dopuścił się uchybień, podlega wykluczeniu.

Przystępujący przytoczył brzmienie art. 24 ust. 9 pzp i zwrócił uwagę, że przepis nie uzależnia konkretnych wyników oceny dokonanego samooczyszczenia od wartości umowy netto czy od sumarycznej wartości obrotów wykonawcy, mowa jest jedynie o „wadze czynu wykonawcy” i „szczególnych okolicznościach czynu”. Waga uchybień, polegających na nieprzystąpieniu do realizacji żadnej z ww. czterech umów, jest poważna. Wykonawca nie przedstawił natomiast żadnych szczególnych okoliczności, które pozwalałyby mu na pozostanie w niniejszym postępowaniu.

Niezależnie od powyższego Przystępujący zauważył, że Sanito do procedury self-cleaningu przystąpiło dwukrotnie. Pierwszy raz przedstawiając wyjaśnienia do wadliwie wypełnionego dokumentu JEDZ z 24 stycznia 2020 r., kolejny raz 20 kwietnia 2020 r., aktualizując z własnej inicjatywy zarówno JEDZ, jak i wyjaśnienia. Jak wskazuje się natomiast w orzecznictwie, przykładowo w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 14 czerwca 2018 r. sygn. akt KIO 1102/18, w świetle art. 24 ust. 8 ustawy pzp samooczyszczenie winno być dokonane najpóźniej wraz ze złożeniem dokumentu JEDZ, czyli wraz z upływem terminu na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Późniejsze, następcze w wyniku wezwania zamawiającego czy po podjęciu przez niego decyzji o wykluczeniu, samooczyszczenie wykonawcy wypaczałoby sens tej instytucji. Argumentacja podana w treści ww. orzeczenia została zaaprobowana m.in., lecz nie wyłącznie, w późniejszych wyrokach Izby wydanych w sprawach KIO 2435/19 oraz KIO 1428/19. Identyczne wnioski można wysunąć z uzasadnienia powołanego już uprzednio wyroku Izby z 28 lutego 2018 r. sygn. akt KIO 274/18, gdzie wskazano, że omawiane w nim przepisy dotyczące procedury samooczyszczenia nie przewidują możliwości zaoferowania wykonawcy drugiej szansy.

Co więcej, na ww. cenzurę czasową wszczęcia procedury samooczyszczenia wskazuje także powołany przez samego Odwołującego wyrok Izby z 27 sierpnia 2019 r. sygn. akt KIO 1576/19 (k. 5 odwołania), gdzie dalsza część wyводу (po zacytowanym stwierdzeniu, że samooczyszczenie może nastąpić w trakcie trwania postępowania

o udzielenie zamówienia) brzmi następująco: *Ostateczną granicą czasową na przeprowadzenie procedury jest decyzja zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy. Możliwe jest bowiem wystąpienie okoliczności faktycznych uniemożliwiających dołączenie dowodów przed upływem terminu składania ofert. Stanowisko, zgodnie z którym dokumentacja potwierdzająca samooczyszczenie powinna być załączona do oferty, nie znajduje odzwierciedlenia w treści przepisów, Gdyby taka była intencja ustawodawcy, to z pewnością znalazłoby to wyraz w art. 24 ZamPublU. Jednakże zastosowanie procedury samooczyszczenia ma pewne granice i powinno być rozpatrywane oddzielenie każdej sprawy, z uwzględnieniem zasady proporcjonalności i równego traktowania wykonawców. Jeżeli więc zamawiający może obiektywnie stwierdzić, iż wykonawca mógł dokonać procedury samooczyszczenia przed złożeniem oferty, a zaniechał jej przeprowadzenia licząc na uniknięcie negatywnych konsekwencji, to przeprowadzenie procedury samooczyszczenia po złożeniu oferty, po wykryciu nieprawidłowości przez zamawiającego, uznać należy za spóźnione. Jeżeli jednak można obiektywnie stwierdzić, iż wykonawca powziął wiedzę o nieprawidłowościach w informacjach przekazanych zamawiającemu dopiero po złożeniu oferty, to wówczas przeprowadzenie procedury samooczyszczenia na etapie oceny oferty uznać należałoby za dopuszczalną.*

W konsekwencji w świetle ww. orzeczeń tylko i wyłącznie pierwsze wyjaśnienia i pierwsze dowody mogłyby podlegać ocenie przez Zamawiającego, a w ramach kontroli, przez Krajową Izbę Odwoławczą. Już bowiem w dacie składania pierwszego formularza JEDZ Wykonawca dysponował wiedzą o podstawach do wykluczenia. Drugie zdecydowanie należy uznać za spóźnione.

W ocenie Przystępującego jednak, w świetle kwestionowania przez Odwołującego faktu zaistnienia przesłanek do wykluczenia, pierwsze ze złożonych wyjaśnień uznać należy za niewiarygodne. Nie można bowiem jednocześnie wszczynać procedury self-cleaningu i kwestionować jej podstawy. Jak podkreślano bowiem w licznych orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej, przykładowo w wyroku z 27 marca 2018 r. sygn. akt KIO 444/18 instytucja self-cleaningu służy temu, że nawet w przypadku stwierdzenia określonych naruszeń zamawiający nie będzie uprawniony do wykluczenia wykonawcy, jeżeli ten ostatni udowodni, iż podjął środki zaradcze w celu wyeliminowania powstania takich naruszeń w przyszłości, jak też w celu naprawienia szkody. Aby skorzystać z self-cleaningu wykonawca musi przyznać się do deliktu. Jeśli temu zaprzecza, to jego oświadczenie o samooczyszczeniu jest niewiarygodne. Taki pogląd został zaprezentowany również w orzeczeniu z 3 lutego 2017 r. sygn. akt 139/17. Powyższe potwierdza, że żaden z dokumentów przedstawionych przez Odwołującego nie może świadczyć o skutecznym wdrożeniu działań naprawczych.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem uczestników sporu (Stron i Przystępujących), uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył ofertę. Jednocześnie Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż wykluczenie go z postępowania uniemożliwia mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła jako istotne dla rozstrzygnięcia następujące okoliczności:

Wobec zarysowania się w toku postępowania odwoławczego różnic interpretacyjnych co do rozumienia niektórych aspektów uzasadnienia zawartego w piśmie Zamawiającego z 22 maja 2020 r., co rzutuje na zakres kognicji Izby w rozumieniu art. 192 ust. 7 pzp, w pierwszym rzędzie konieczne stało się odniesienie do tej kwestii. Zgodnie z tym ostatnim przepisem Izba nie może bowiem orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Ponieważ w tej sprawie odwołanie dotyczy wykluczenia Odwołującego przez Zamawiającego, oczywistym jest, że w takim przypadku postawione zarzuty obiektywnie nie mogą wykroczyć poza czynność Zamawiającego, którą konstytuuje nie tylko podane uzasadnienie prawne, ale również (a nawet przede wszystkim) uzasadnienie faktyczne. Z tego względu w rozpatrywanej sprawie poza granicami sporu podlegającego kognicji Izby znajdują się inne niż podane w powyższym piśmie okoliczności uzasadniające wykluczenie Sanito. W konsekwencji również złożone na rozprawie dowody dla wykazania istnienia tych okoliczności podlegają pominięciu jako bez znaczenia dla rozpatrywanej sprawy. Co prawda z art. 190 ust. 2 pzp wynika, że dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej można przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, ale może to się odnosić do okoliczności, które zostały wprowadzone do postępowania odwoławczego w zgodzie z art. 192 ust. 7 pzp.

W tym kontekście Izba stwierdziła, że na podstawie treści uzasadnienia sformułowanego jako opis stanu faktycznego {w pkt 1.-5. na str. 1.-4. pisma} oraz w pkt 1. uzasadnienia prawnego wykluczenia w zestawieniu z pkt. 2. nie wynika jednoznacznie,

że podstawą faktyczną wykluczenia była również samoistna zmiana treści JEDZ przez Sanito. Zamawiający co prawda nie tylko zrelacjonował wprowadzone zmiany (sprowadzające się przede wszystkim do uwzględnienia w drugiej wersji podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 2 pzp), ale i wywód, że ponieważ treść JEDZ wyznacza sposób oceny braku podstaw wykluczenia wykonawcy, treść tego dokumentu {w domyśle w tym przypadku ta pierwotna} ma kluczowe znaczenie dla losów wykonawcy w danym postępowaniu, a następnie skonstatował, że Sanito złożyło dwa JEDZ w sposób odmienny informujące o podstawach jego wykluczenia, pomimo tego, że w momencie składania pierwszego miało pełną świadomość zaistnienia względem niego również tej podstawy wykluczenia, jednak nie znalazło to żadnego przełożenia na ocenę podjętych środków dla wykazania rzetelności, skoro ostatecznie Zamawiający rozważył okoliczności zaprezentowane przez Sanito łącznie w obu wersjach JEDZ.

Natomiast w zakresie okoliczności dotyczących tej oceny, Izba stwierdziła, co następuje.

Po pierwsze, poza wszelkim sporem jest okoliczność, że Zamawiający spośród tzw. fakultatywnych podstaw wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wprowadził do tego postępowania podstawy wykluczenia zarówno z art. 24 ust. 5 pkt 2 pzp, jak i z art. 24 ust. 5 pkt 4 pzp.

Po drugie, za bezsporne w sprawie uznać również należy, że wobec Sanito zaktualizowały się powyższe podstawy wykluczenia, skoro ostatecznie zostało to wprost przyznane przez Sanito w treści zaktualizowanego formularza JEDZ, a ponownie w treści odwołania (str. 6). Innymi słowy nie budził tej w sprawie wątpliwości, że Sanito, po pierwsze – w sposób zawiniony poważnie naruszyło obowiązki zawodowe, co podważyło jego uczciwość, gdyż w wyniku rażącego niedbalstwa nie wykonało zamówień na rzecz Gminy Orla i Gminy Narewka, po drugie – z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonało w istotnym stopniu tych wcześniejszych umów w sprawie zamówień publicznych, co doprowadziło do ich rozwiązania przez każdego z tych zamawiających.

Po trzecie, co istotne {a zostało zdawkowo potraktowane w odwołaniu} kluczowa część uzasadnienia wykluczenia Sanito, po omówieniu argumentów Wykonawcy z wyjaśnień dotyczących samooczyszczenia, została przez Zamawiającego {w pkt 2., w którym Zamawiający wprost stwierdził, że Wykonawca nie wykazał, że przedsięwzięte przez niego środki, o których mowa w art. 24 ust. 8 ustawy pzp są wystarczające dla wykazania jego rzetelności} sformułowana następująco:

Wykonawca w obu wersjach JEDZ przedstawił łącznie następujące argumenty w celu tzw. samooczyszczenia (art. 24 ust. 8 ustawy) tj. wykazania, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności.

Argument wykonawcy Nr 1

Wykonawca w dodatkowych wyjaśnieniach do drugiej wersji JEDZ podnosi, że na chwilę obecną wszelkie spory dotyczące niewykonania umów zawartych z Gminą Orla (stanowiących podstawę wykluczenia), pomiędzy Inwestorem i Wykonawcą zostały prawomocnie zakończone, co zostało poddane sądowej ocenie i znalazło wyraz w postaci Ugody zawartej przed Sądem Rejonowym w Bielsku Podlaskim w dniu 25.02.2020 r. pomiędzy Wykonawcą a Gminą Orla (Sygn. akt I C 102/20) oraz Umowy darowizny z dnia 21.02.2020 r. Odnośnie do Umów III oraz IV zawartych z Gminą Narewka, Wykonawca wskazuje, iż na ten moment Gmina Narewka nie zgłaszała żadnych roszczeń związanych z odstąpieniem, natomiast Wykonawca pozostaje otwarty na polubowne rozwiązanie wszelkich ewentualnych sporów w tym zakresie.

Argument wykonawcy Nr 2

W celu usprawnienia działań związanych z prowadzeniem i zarządzaniem procesem inwestycyjnym oraz realizacją umów wykonawca wdrożył:

- systemy informatyczne pozwalające na całościową kontrolę inwestycji od etapu oferty (wycena z wyszczególnionymi ilościami i cenami poszczególnych materiałów i urządzeń) poprzez realizację inwestycji, procesy zakupowe, kontrolę zużycia, kontrolę stanów magazynowych zużycia, które są na bieżąco wprowadzane do systemu, fakturowanie, końcowe rozliczenia inwestycji, aż do etapu kontrolowania i prowadzenia prac związanych z przeglądami okresowymi i serwisem wszystkich typów wykonanych instalacji. Co istotne, oprogramowanie pozwala na bieżące kontrolowanie postępu poszczególnych inwestycji (w tym generowanie raportów), monitorowanie zapotrzebowania finansowego na poszczególnych inwestycjach w określonym czasie oraz planowanie i monitorowanie zasobów własnych firmy jak również zasobów podwykonawców.

- elektroniczne systemy obiegu dokumentów dzięki którym wszystkie dokumenty gromadzone i przechowywane są w jednym programie dostępnym dla wszystkich użytkowników. Powyższe pozwoliło na znaczące ograniczenie obiegu dokumentów w formie papierowej, przy jednoczesnym prowadzeniu i dostępie do pełnej dokumentacji dotyczącej danej inwestycji w jednym dedykowanym folderze. Wdrożone oprogramowanie pozwoliło na usprawnienie obiegu dokumentów, procesu wyszukiwania i dostępu do dokumentacji i podniesienie jakości komunikacji, w tym w szczególności wymianę informacji pomiędzy poszczególnymi osobami zaangażowanymi w dany projekt. Powyższe, w konsekwencji przekłada się do usprawnienia procesów decyzyjnych oraz szybsze reagowanie na potrzeby klientów oraz zmieniającą się sytuację rynkową.

Argument wykonawcy Nr 3

Wykonawca zmodyfikował swoją strukturę i zdecentralizowany model zarządzania w sposób

opisany szczegółowo w złożonych wyjaśnieniach.

Argument wykonawcy Nr 4

Wykonawca rozwiązał umowę z dwiema osobami oraz dokonał istotnych zmian w strukturze organizacyjnej firmy, w celu usprawnienia zarządzania poszczególnymi procesami, a w ramach nowej struktury 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.

Stanowisko zamawiającego.

W ocenie zamawiającego wykonawca nie wykazał, że: a) wdrożenie systemów elektronicznych wskazanych w wyjaśnieniach wykonawcy; b) zmiana systemu zarządzania procesami; c) zmiany kadrowe i organizacyjne; eliminują przyczyny niewykonania umów z gminą Orla i Narewka. Złożone przez wykonawcę dowody nie pozwalają zamawiającemu na potraktowanie opisanego w nich zachowania wykonawcy jako zespołu działań, które w przyszłości mają zapewnić rzetelność wykonawcy podczas realizacji podobnych umów. Zebrana w sprawie dokumentacja nie wskazuje, aby podstawą niewykonania umów z gminą Orla i Narewka były okoliczności związane z nieprawidłowym obiegiem dokumentów czy też brakiem informacji zarządczej lub z niewłaściwą strukturą organizacyjną. W wyroku KIO 2025/19 i 2029/19 podkreślono, że przyczyną odstąpienia przez Gminę Orla od umów zawartych z Sanito sp. z o.o. była cyt. „bierność Przystępującego w kwestii realizacji przedmiotu umów, tj. niepodjęcie realnych działań zmierzających do wykonania zobowiązań na rzecz Gminy”. Z akt sprawy wynika, że wykonawca posiadał wiedzę zarządczą o stanie realizacji umowy z gminami Orla i Narewka i pomimo jej posiadania nie podjął działań w celu realizacji umowy. W tej sytuacji zmiany polegające na wdrożeniu systemów informatycznych do elektronicznego obiegu dokumentów i zarządzania danymi oraz zmiany struktury organizacyjnej w połączeniu ze zmianą organizacji oraz zwolnieniem dwóch osób nie mogą być traktowane jako argumenty pozwalające na stwierdzenie zapewnienia rzetelności wykonawcy w przyszłości. Zamawiający nie uznaje wyjaśnień wykonawcy za wystraszające przede wszystkim z tego powodu, że wykonawca nie przedstawił jakichkolwiek argumentów pozwalających na ocenę tego w jaki sposób dotychczasowy kształt struktury organizacyjnej, obiegu dokumentów oraz działalności zwolnionych osób przyczynił się (i czy w ogóle się przyczynił) do niewykonania umów na rzecz gminy Orla i Narewka. Brak tych informacji nie pozwala zamawiającemu na ocenę tego, czy wdrożone rozwiązania będą miały jakikolwiek wpływ na realizację przyszłych umów wykonawcy. W wyjaśnieniach do JEDZ wykonawca wskazuje, że przeprowadził audyt wykazujący powody niezrealizowania umów z gminami Orla i Narewka, jednak nie wskazał w ramach przedłożonych dowodów wyników tego audytu

wskazujących bezpośrednio przyczyny nierzetelności wykonawcy. Ww. luka w argumentacji wykonawcy stanowi zatem kluczowy element nie pozwalający na uznanie wyjaśnień wykonawcy jako spełniających przesłanki do uznania skuteczności samooczyszczenia wykonawcy. Zamawiający uznaje zatem za nieskuteczną podjętą przez wykonawcę procedurę tzw. self-cleaning. Przedstawione przez wykonawcę środki podjęte w ramach tej procedury nie są wystarczające do wykazania, że zapobiegają dalszym nieprawidłowym postępowaniom wykonawcy. Ponadto nie można uznać, że podjęte środki są wystarczające do stwierdzenia, że popełniony czyn lub zaniechanie z dużym prawdopodobieństwem nie będzie miało miejsca w przyszłości. Stosownie do treści art. 24 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych nie wystarczy, aby wykonawca podjął jakiekolwiek środki techniczne, organizacyjne i kadrowe muszą one być odpowiednie, aby przeciwdziałać na przyszłość powstaniu podobnych uchybień. W ocenie zamawiającego przedstawione przez wykonawcę wyjaśnienia cechuje duża ogólnikowość, co nie pozwala uznać, że zmiana opisanych obszarów funkcjonowania przedsiębiorstwa zapewni prawidłowość przyszłego postępowania wykonawcy.

Izba stwierdziła, że w powyżej przytoczonej części uzasadnienia wykluczenia Zamawiający nie tylko adekwatnie zrelacjonował treść wyjaśnień Sanito {co potwierdza dodatkowo relacja zawarta w odwołaniu}, ale przede wszystkim poczynił w oparciu o nie prawidłowe ustalenia na potrzeby podejmowanej w prowadzonym postępowaniu czynności. Wbrew temu, co zasugerowano w odwołaniu, Zamawiający trafnie zidentyfikował, że pomimo formalnej obszerności wyjaśnień i liczby załączonych dowodów nie tworzą one wyczerpującego wyjaśnienia stanu faktycznego co do rzeczywistej przyczyny niewykonania w ogóle umów z Gminą Orla i Gminą Narewka, co w oczywisty sposób uniemożliwia ocenę, czy deklarowane zmiany techniczne, organizacyjne i kadrowe są wystarczające dla uniknięcia wystąpienia takiej sytuacji w przyszłości.

Z nieznanymi powodami Sanito, również w toku postępowania odwoławczego {patrz złożone na rozprawie pismo pt. „Zestawienie materiału dowodowego przedstawionego Zamawiającemu na wykazanie rzetelności Sanito”, będące swoistym spisem treści wyjaśnień i dowodów złożonych Zamawiającym, które *de facto* wyszczególnia wyłącznie działania naprawcze}, konsekwentnie unika wyjaśnienia rzeczywistego powodu niewykonania w całości akurat tych czterech spośród kilkudziesięciu podobnych zamówień.

Wobec konsekwentnej odmowy przedstawienia dokumentów z audytu, którego przeprowadzenie, wobec braku przedstawienia w tym zakresie jakiegokolwiek dowodów, pozostało w sferze deklaracji, można jedynie spekulować, że adekwatnie do wyników tego audytu Wykonawca nie bez powodu tak zdecydował. W szczególności, gdyby okazało się, że świadomie podjął biznesową decyzję o niewykonaniu akurat tych umów, których zerwanie

w najmniejszym stopniu groziło mu niekorzystnymi konsekwencjami finansowymi, w sytuacji gdy podjął się realizacji zbyt wielu zamówień w stosunku do posiadanych „mocy produkcyjnych” {powszechnie znana jest okoliczność, że np. taka sytuacja wystąpiła kilka lat temu w przypadku wiodącego na rynku zamówień publicznych producenta pojazdów szynowych}.

Zamiast tego Sanito, nawet w uzupełnionych samoistnie po utrzymaniu wyrokiem Sądu Okręgowego z 16 kwietnia 2020 r. sygn. akt II Ca 286/20 w mocy niekorzystnego dla niego wyroku Izby z 27 listopada 2019 r. sygn. akt: KIO 2025/19, KIO 2029/19, powtarza te same okoliczności i stwierdzenia, które zostały w dwóch instancjach zweryfikowane negatywnie.

W szczególności Sanito wyjaśnia w piśmie przesłanym Zamawiającemu 20 kwietnia 2020 r., że: *W kontekście koniecznej do przeprowadzenia przez Zamawiającego oceny przedsięwziętych przez Wykonawcę środków w celu samooczyszczenia, mających na celu dokonanie oceny czy podjęte przez Wykonawcę środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, Wykonawca wskazuje, iż w przypadku obu zamawiających Wykonawca wyrażał gotowość realizacji prac i zwracał się z wnioskami o umożliwienie dokończenia realizacji Umów, zgromadził finalnie 100% materiałów, a niemożliwość przystąpienia do montażu instalacji w terminie wynikała z trudności podażowych na rynku instalacji solarnych i opóźnień dostaw ich zasadniczych komponentów w tamtym okresie {i załącza na tę okoliczność dowody w postaci oświadczeń dostawcy Hewalex}.*

Tymczasem Izba w uzasadnieniu wskazanego powyżej wyroku z 27 listopada 2019 r. ustaliła, co następuje: *W ocenie Izby nie potwierdziło się podstawowe stanowisko Przystępującego Sanito, mające dowodzić braku słuszności Zarzutu nr 1 odwołania, wskazujące na obiektywną, niezależną od Przystępującego okoliczność, tj. kryzys w dostępności na rynku odpowiednich paneli fotowoltaicznych, niezbędnych do realizacji zamówień na rzecz Gminy Orla. Wszystkie dowody złożone przez Przystępującego na potwierdzenie tej okoliczności w ocenie Izby nie były wiarygodne. Zdarzenie tak doniosłe dla całej branży związanej z realizacją instalacji fotowoltaicznych, a zatem branży, która obecnie cieszy się dużą popularnością i nie stanowi niszy na rynku zamówień publicznych, nie przeszłoby bez echa w prasie branżowej i innych mediach specjalistycznych. Tak istotny brak paneli fotowoltaicznych, jak wskazywał Przystępujący Sanito, mający wpływ na realizację zadań nie tylko przez Sanito, ale również wielu innych wykonawców dałoby się łatwo potwierdzić prezentując na przykład odpowiednie artykuły prasowe czy wydruki artykułów publikowanych w Internecie. Przystępujący jednak oparł swoje twierdzenia na dowodach, z których większość stanowiły oświadczenia złożone przez podmioty, co do których nie ma wątpliwości, że utrzymują z Przystępującym kontakty handlowe. Nie można*

ich zatem uznać za obiektywne źródło informacji.

Izba uznała za prawidłowe stanowisko Odwołującego, że Przystępujący, wobec kryzysu dostępności paneli fotowoltaicznych na terenie Polski miał możliwość pozyskania ich z innych krajów Unii Europejskiej. Przystępujący Sanito nie ustosunkował się do wskazanej przez Odwołującego powyższej możliwości, nie zajął również stanowiska wobec wskazania innych podmiotów oferujących panele Jinko na terenie Polski. Okresowe wahania w dostępności materiałów na rynku związanym z realizacją robót budowlanych nie są okolicznością niezwykłą i wyjątkową. Każdy profesjonalny wykonawca powinien liczyć się z ich wystąpieniem i być gotowy na przeciwdziałanie ich skutkom. Jest to istotny element należytej staranności wykonawcy. Zamawiający po to ustanawiają w ramach warunków udziału w postępowaniu wymogi dotyczące odpowiedniego doświadczenia wykonawców, by mieć pewność, że wybrany do realizacji zadania podmiot będzie w stanie wykonać je zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego, nawet w sytuacji wystąpienia nieprzewidzianych lub nieprzewidywalnych trudności.

Przystępujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, a w trakcie postępowania odwoławczego udowodnił, że realizuje wiele zadań podobnych do tych, które były przedmiotami umów zawartych przez Sanito z Gminą Orla. Nie sposób w tej sytuacji uznać, że wystąpienie trudności w dostępności paneli fotowoltaicznych doprowadziłoby wykonawcę do zaniechania podjęcia prób uniknięcia ich skutków. Wiarygodność argumentacji Przystępującego Sanito w ww. zakresie podważał dodatkowo fakt, że brak jest informacji wskazujących, że Sanito w jakikolwiek sposób informował Gminę Orla o niedostępności paneli fotowoltaicznych na rynku, szczególnie że brak ten miał wystąpić już przed okresem realizacji spornych umów. Gdyby obiektywne trudności w zakupie i dostawach paneli faktycznie wystąpiły, to naturalnym działaniem wykonawcy dążącego do prawidłowej realizacji zadań byłoby – po pierwsze – należyte poinformowanie zamawiającego o nich, a po drugie – dążenie do odpowiedniego wydłużenia, bądź przesunięcia, okresu realizacji zadań do momentu ustania przeszkody. Przystępujący Sanito niczego takiego nie zrobił.

Skład orzekający nie dał również wiary Przystępującemu Sanito co do zaistnienia na rynkach światowych kryzysu dostępności surowców do produkcji paneli fotowoltaicznych, m. in. stali i miedzi. Kryzys taki miałby wpływ nie tylko na produkcję paneli, ale na całą gospodarkę światową i trudno przyjąć, że przeszedłby on niezauważony, wywierając skutki jedynie na branżę fotowoltaiki.

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. Ponadto, w ocenie składu orzekającego fakt zgłoszenia przez Przystępującego gotowości do realizacji umów na rzecz Gminy Orla jeden dzień po odstąpieniu od nich przez Gminę nie może zostać uznany za działanie zmierzające do faktycznego wypełnienia zobowiązania – była to jedynie reakcja na działanie zamawiającego i próba skłonienia go do wycofania się z decyzji o odstąpieniu od umów z Sanito. Działanie to nie zmniejszało jednak stopnia zawinienia wykonawcy, nie można też uznać tego działania za skutecznie niweczące skutki zaniechania należytej realizacji umów na rzecz Gminy Orla.

Z kolei Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu powyżej wskazanego wyroku z 16 kwietnia 2020 r. stwierdził w szczególności, co następuje: Całokształt zebranego w sprawie materiału dowodowego i wszystkie jej okoliczności nie pozwalają na podzielenie stanowiska skarżącego, że przyczyną niewykonania umowy z Gminą Orla były niezależne od skarżącego zawirowania czy kryzys (jak to utrzymywano w toku postępowania przed KIO) na rynku surowców, co skarżący starał się wykazywać w toku niniejszego postępowania, Przedstawione przez skarżącego dowody w postaci oświadczeń i wydruków – jako w gruncie rzeczy dokumenty prywatne – mogą stanowić jedynie dowód na to, że podpisane w nich osoby złożyły zawarte tam oświadczenia. Nic dowodzą one natomiast wskazywanej przez skarżącego tezy, tym bardziej, że nie sposób zakwestionować stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej wskazującego na to, tak istotny kryzys na rynku surowców byłby kryzysem powszechnie odczuwalnym i zauważonym. Dokumentom tym zresztą przeczą przedstawione przez przeciwnika Skargi dokumenty prywatne, a to uniemożliwia czynienie niewadliwych ustaleń faktycznych na podstawie tak zaoferowanych dowodów. Waler dowodowy złożony na tę okoliczność dokumentów obrazują choćby oświadczenia kontrahenta skarżącego Hewalex sp. z o.o. sp. k., gdzie ta sama osoba, w przeciągu kilku dni, składa sprzeczne ze sobą oświadczenia w zależności od tego, do jakiego podmiotu są one kierowane i jaki jest cel ich złożenia, Tego typu dowody trudno przyjmować za miarodajne z punktu widzenia tak istotnej okoliczności.

Sąd Okręgowy nie kwestionuje przy tym tego, że na rynku krajowym istniało wzmożone zapotrzebowanie na komponenty konieczne do realizacji umów z Gminą Orla ale od profesjonalisty, który podejmuje się określonego zobowiązania należy oczekiwać, że swoje potrzeby w tym względzie w sposób należyty zabezpieczy, zwłaszcza jeżeli decyduje się na zawarcie umowy i zobowiązuje przestrzegania jej warunków, w tym także terminu wykonania. W ramach przystąpienia do przetargu organizowanego przez Gminę Orla skarżący skierował w czerwcu i lipcu 2018 roku wystąpienie do Hewalex (miał dostarczać kolektory solarne) oraz Corab (miał dostarczać panele) w celu przygotowanie oferty. Z informacji obu tych kontrahentów skarżącego wynikało, że posiadają oni konieczne komponenty, z tym że

z pisma Hewalex z 2 lipca 2018 roku wynika, że w celu zachowania ważności oferty cenowej wymagane jest potwierdzenie materiałowe otrzymane minimum 2 tygodnie przed terminem dostaw. Na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą skarżący przyznał, że Hewalex realizuje zamówienie dopiero po podpisaniu umowy. Poza sporem jest jednak, że umowa z Hewalex została podpisana dopiero 5 grudnia 2018 roku, a zatem już po upływie terminu realizacji umów z Gminą Orla, który upłynął 23 listopada 2018 roku. Co prawda z dowodów przedstawionych przez skarżącego wynika, że jeszcze 5 września 2018 roku skierowano do Hewalex prośbę o przygotowanie umowy oraz że po raz pierwszy przesłano mailowo harmonogram. W dniu 16 września 2018 roku, to jednak zebrany w sprawie materiał dowodowy nie daje podstaw do przyjmowania, by pomiędzy 16 września 2018 roku a 22 października 2018 roku przesłanie harmonogramu) podjęto jakiegokolwiek kroki w celu realizacji zamówienia, przy świadomości skarżącego eo do tego, że dla realizacji zamówienia konieczne jest zawarcie umowy z tym podmiotem, Trudno zatem nie podzielić stanowiska Izby co do tego, że skarżący w tym zakresie wykazał się biernością, Sam zaś skarżący pomimo twierdzeń w tym względzie nie pokazuje żadnych czynności, które w tym czasie przedsięwziął, aby zabezpieczyć realizację zamówienia, co do którego sam przyznaje, że było niewielkie, zwłaszcza, że powołuje się na trudności w dostępie do określonych komponentów. które jeżeli faktycznie występowały, to nakazywały podjęcie w tym celu środków, pozwalających na realizację umowy i dopiero wówczas, gdyby one okazały się nieskuteczne skarżący mógłby powoływać się na swoje niezawinione działanie, Tymczasem jakichkolwiek dowodów na podejmowanie tych czynności brak, co nie pozwala zakwestionować stanowiska Izby co do bierności skarżącego.

Zebrany w sprawie materiał dowodowy nie daje również podstaw do czynienia ustaleń, by w kontaktach z Corab tj. drugim kontrahentem mającym dostarczyć skarżącemu materiałów (paneli fotowoltaicznych) pomiędzy lipcem (przygotowanie oferty do przetargu) a 19 listopada 2018 roku podejmowane były jakiegokolwiek czynności mające na celu zabezpieczenie realizacji inwestycji. Skarżący przedłożył stany magazynowe Corab z lipca i września 2018 roku i z wydruków tych wynika, ilość modeli Modułu PV Jinko w magazynach oscylowała raczej w dolnych granicach dostępności, Mimo to dopiero 19 listopada 2018 roku (mail wysłany przez M. T.), czyli na kilka dni przed planowanym terminem zakończenia prac skarżący skierował zapytanie o ofertę do Corab, uzyskując odpowiedź o będących w magazynie 20 sztukach. Dopiero ta odpowiedź spowodowała, że skarżący podjął próbę pozyskania paneli od Bruk-Bet, co miało miejsce jednak dopiero w dniu 26 listopada 2018 roku, czyli już po tym, jak upłynął termin realizacji umowy z Gminą Orla.

Za nieprzekonywujące uznać należy stanowisko skarżącego, który usiłuje swoją bezczynność w zamówieniu paneli wiązać ze sposobem wykonania inwestycji

i koniecznością jednoczesnego montowania kolektorów solarnych, których miał mu dostarczać Hewalex. Nawet jeśli tak jest, to ukazuje to postawę skarżącego, który zwlekał do samego końca z zabezpieczeniem zamówienia paneli, przez co doprowadził do sytuacji, w której nie było już wystarczającej ich ilości, aby zrealizować zamówienie. Jest to o tyle istotne, że sam skarżący wskazując na wysoki popyt na materiały a nawet kryzys, a mimo to ich zamówienie zostawił na ostatnią chwilę, co miało ten skutek, że nie był w stanie wykonać zamówienia.

Reasumując, Odwołujący oczywiście błędnie uznaje szczegółową relację etapów dochodzenia przez siebie do uznania faktu zaistnienia względem niego przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 2 pzp, za wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego, o którym mowa w art. 24 ust. 8 pzp, podczas gdy w rzeczywistości dotychczas nie wyjaśnił przekonująco, na czym polegał problem z zamówieniami, których niewykonanie spowodowało ziszczenie się podstaw wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 pzp, a bez tego nie sposób pozytywnie zweryfikować, czy podjęte przez niego działania, niezależnie od ich zakresu, są wystarczające dla usunięcia tego problemu.

W tych okolicznościach odwołanie podlegało oddaleniu jako niezasadne.

{rozstrzygnięcie zarzutu z pkt 1.-3. listy zarzutów}

Dla porządku Izba wskazuje, że z art. 24 ust. 5 pkt 2 w zw. z ust. 6 i 7 pkt 3 pzp wynika, że wykluczeniu z postępowania podlega wykonawca, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, jeżeli zamawiający przewidział taką podstawę wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji i nie upłynęły 3 lata od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Z kolei według art. 24 ust. 5 pkt 4 w zw. z ust. 6 i 7 pkt 3 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, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania, jeżeli zamawiający przewidział taką podstawę wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji, a nie upłynęły 3 lata od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Natomiast istotne znaczenie dla tej sprawy mają art. 24 ust. 8 i 9. Zgodnie z pierwszym z tych przepisów wykonawca, który podlega wykluczeniu m.in. na powyżej przywołanych podstawach, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania jego dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu {tzw. samooczyszczenie}. Z kolei drugi z tych przepisów stanowi, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8.

W pierwszej kolejności powtórzyć należy za Przystępującym ML System, że w powyżej ustalonych okolicznościach sprawy z formalnego punktu widzenia jedynym zarzutem, jaki może wysunąć Sanito względem Zamawiającego, może być naruszenie art. 24 ust. 8 i 9 pzp w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 pzp (ewentualnie w zw. z art. 7 ust. 1 pzp), czyli 2. i 3. z listy zarzutów na wstępie odwołania, a nie samoistne naruszenie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 pzp. Odwołujący nie wskazał zresztą w treści wspólnego dla całej listy zarzutów uzasadnienia, na czym miałyby polegać błędy Zamawiającego stanowiące o samodzielnym naruszeniu ww. przepisu.

W świetle powyżej ustalonych jako istotne okoliczności Zamawiający nie naruszył art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 w zw. z art. 24 ust. 8 i 9 ustawy pzp, gdyż prawidłowo ocenił w rozumieniu ostatniego z tych przepisów, że Sanito, w stosunku do którego ziściły się określone w tych dwóch pierwszych przepisach przesłanki wykluczenia, nie wykazało mu za pomocą środków przykładowo wyliczonych w trzecim przepisie, że mimo to może być uznane za wykonawcę rzetelnego.

Odwołujący bezpodstawnie przy tym zarzuca Zamawiającemu naruszenie wyrażonej w art. 7 ust. 1 pzp zasady proporcjonalności, której emanacją jest wynikający z art. 24 ust. 9 pzp nakaz uwzględnienia przy ocenie skuteczności samooczyszczenia wagi i szczególnych okoliczności czynu wykonawcy, gdyż przez brak z jego strony transparentności i wyczerpującego wyjaśnienia okoliczności związanych niewykonanymi umowami, pozbawił się możliwości skorzystania z dobrodziejstwa instytucji samooczyszczenia.

Bezprzedmiotowe jest przy tym zestawianie przez Sanito wartości i zakresu rzeczowego tych 4 niezrealizowanych umów i listy pięćdziesięciu należycie zrealizowanych umów w okresie 2017-2019 dla wykazania, że niewykonywanie przez niego zamówień nie ma charakteru nagminnego czy uporczywego. Okoliczność ta była już badana przez Izbę i Sąd Okręgowy w Krakowie, które we wskazanych powyżej wyrokach nie uznały jej za stojącą na przeszkodzie do wykluczenia Sanito na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 pzp.

Istotne znaczenia ma natomiast to, że wobec wadliwie przeprowadzonego samooczyszczenia Zamawiający w tym konkretnym postępowaniu nie został przekonany, że sytuacja z niewykonaniem umów nie może się powtórzyć w przypadku tego zamówienia, które w istocie jest agregacją szeregu mniejszych zamówień odpowiadających swoją skalą zamówieniom z nieznanymi powodów niezrealizowanych przez Sanito.

{rozstrzygnięcie zarzutu z pkt 4. listy zarzutów}

Zgodnie z art. 26 ust. 3 pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 pzp, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Z kolei według art. 26 ust. 4 pzp zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp.

Zarzut naruszenia powyższych przepisów należy uznać za oczywiście bezzasadny już z tego powodu, że przedmiotem oceny przez Zamawiającego były dokumenty i załączone dowody w wersji uzupełnionej samoistnie przez Sanito po terminie złożenia ofert. Jak trafnie zauważył Przystępujący w doktrynie i orzecznictwie na tle stosowania art. 26 ust. 3 pzp nie budzi wątpliwości, że samodzielne uzupełnianie dokumentów przez oferenta nie może prowadzić *de facto* do wielokrotnych uzupełnień, gdyż naruszałoby to wyprowadzoną z zasady zapewnienia równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji pomiędzy nimi reguły, że tylko raz można uzupełniać ten sam brak. Skoro Sanito samo zidentyfikowało, że złożony wraz z ofertą JEDZ i wyjaśnienia dotyczące samooczyszczenia są niepełne i wymagają uzupełnienia, należy uznać, że ostatecznie złożyło je w takim kształcie, jaki uznało za odpowiedni.

Nie ma również pola do skorzystania przez Zamawiającego z uprawnienia do żądania wyjaśnień, gdyż istotą procedury samooczyszczenia jest właśnie 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.

{rozstrzygnięcie pozostałych zarzutów}

Ponieważ do ewentualnego naruszenia art. 7 ust. 3 pzp mogłoby dojść wyłącznie w przypadku, gdyby poprzednie zarzuty okazały się zasadne, zarzut ten jest bezprzedmiotowy.

Z kolei wobec wyczerpującej treści uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o wykluczeniu Sanito za oczywiście bezzasadny należy uznać wynikający z uzasadnienia odwołania zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 92 ust. 1a pzp. O tym, że Zamawiający wyjaśnił powody, dla których uznał przedstawione przez Sanito informacje i dowody za niewystraszające, najlepiej świadczy fakt, że Odwołujący nie miał żadnych trudności w polemizowaniu z treścią otrzymanego uzasadnienia decyzji o wykluczeniu.

Z tych względów Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono w pkt 2. sentencji stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, których poniesienie zostało udokumentowane do zamknięcia rozprawy stosownym rachunkiem.