Sygn. akt: KIO 2002/18

WYROK
z dnia 18 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:
Przewodniczący: **Jan Kuzawiński**
Beata Konik
Anna Kuszel – Kowalczyk
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 października 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 października 2018 r. przez wykonawcę **Data Techno Park Sp. z o.o. w restrukturyzacji, ul. Borowska 283b, 50-556 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Wojewódzki Szpital Zespolony w Elblągu, ul. Królewiecka 146, 82-300 Elbląg**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego **- Data Techno Park Sp. z o.o. w restrukturyzacji, ul. Borowska 283b, 50-556 Wrocław**, i:
   2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Data Techno Park Sp. z o.o. w restrukturyzacji, ul. Borowska 283b, 50-556 Wrocław**, tytułem wpisu od odwołania;
   2.2 zasądza od Odwołującego - **Data Techno Park Sp. z o.o. w restrukturyzacji, ul. Borowska 283b, 50-556 Wrocław**, na rzecz Zamawiającego - **Wojewódzki Szpital Zespolony w Elblągu, ul. Królewiecka 146, 82-300 Elbląg**, kwotę 3 600,00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów reprezentacji przed Izbą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. 2017 poz. 1579 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 Elblągu.**

Przewodniczący: **……**

……

……

Sygn. akt KIO 2002/18

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający - Wojewódzki Szpital Zespolony w Elblągu, ul. Królewiecka 146, 82-300 Elbląg, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługę polegającą na pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu wraz z kompleksowym nadzorem inwestorskim pn.*: „Kompleksowa informatyzacja Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Elblągu - dostosowanie do ogólnopolskiego systemu informacji medycznej do platformy P1 i P2".*
Wartość postępowania nie przenosi kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Prowadzone przez Zamawiającego postępowanie zostało wszczęte przez zamieszczenie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 571100-N-2018 z dnia 13.06.2018 r., a więc do postępowania mają zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych zmienionej z dniem 28.07.2016 r. na mocy przepisów ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.

U. z 2016 r., poz. 1020).

W dniu 26 września 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawcę Data Techno Park Sp. z o.o. w restrukturyzacji, ul. Borowska 283b, 50-556 Wrocław (dalej również jako
Odwołujący) o wykluczeniu wykonawcy z postępowania i w konsekwencji uznaniu jego oferty za odrzuconą.

Od tej czynności Odwołujący wniósł odwołanie w dniu 1.10.2018 r., w którym zarzucił
Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 24 ust. 5 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4, 8 i 9 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu, mimo niewykazania przez Zamawiającego, że zachodzą okoliczności, o których mowa w art.
   24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp i z całkowitym pominięciem treści złożonych przez Odwołującego wyjaśnień na podstawie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp (self-cleaning), a w
   konsekwencji uznanie złożonej oferty za odrzuconą;
2. naruszenie art 92 ust. 1a ustawy Pzp przez zaniechanie podania jakichkolwiek powodów nieuznania przedłożonych przez Odwołującego w ramach procedury self cleaning dowodów, o których mowa w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp.

W oparciu o powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia złożonej przez Odwołującego oferty, a w konsekwencji również czynności unieważnienia postępowania oraz powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Podstawy faktyczne i uzasadnienie odwołania.

Odwołujący informuje, że Zamawiający pismem z dnia 26.09.2018 r., powiadomił go o wykluczeniu z udziału w postepowaniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, uznaniu złożonej oferty za odrzuconą i unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego, owe czynności naruszają przepisy ustawy Pzp. Odwołujący podnosi, że dla wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 5 pkt 4
koniecznym jest wykazanie, że z przyczyn leżących po stronie tego wykonawcy nie wykonał on albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, czego skutkiem było rozwiązanie umowy lub zasadzenie odszkodowania. Podnosi, że w okolicznościach niniejszej sprawy nie budzi wątpliwości, że odszkodowanie nie zostało zasądzone - sprawa potrąconych przez ZUS automatycznie na podstawie mechanizmu umownego kar jest przedmiotem sporu pomiędzy Odwołującym a ZUS. Wskazuje, że nie doszło do rozwiązania umowy w literalnym sensie, bowiem Zamawiający ZUS odstąpił od umowy, a jeżeliby nawet przyjąć szeroko dyspozycję art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, to sporna jest zasadność ww. odstąpienia od umowy i będzie ona rozstrzygana przez Sąd w ramach toczącego się procesu sądowego. Podnosi, że Zamawiający był świadom spornych okoliczności odstąpienia przez ZUS od umowyz Odwołującym oraz treści wyjaśnień Odwołującego w tym zakresie. Wskazuje, że wykluczając Odwołującego z udziału w postępowaniu pominął okoliczności, które mogą być podstawą wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Podnosi, że powodem odstąpienia ZUS od umowy był „brak wykonania w sposób wolny od wad i kompletny" trzech dokumentów sporządzanych w ramach realizacji przedmiotu zamówienia oraz niedostarczenie polisy OC. Odwołujący podnosi, że Zamawiający całkowicie bezpodstawnie wywiódł, że wady wykonania umowy z ZUS stanowiły nienależyte wykonanie zamówienia w istotnym stopniu oraz, że powyższe nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Odwołującego i jest bezsporne.

Odwołujący wywodzi, że powodem sporu pomiędzy Odwołującym a ZUS były okoliczności leżące po stronie ZUS, w szczególności niedostarczenie niezbędnych dla potrzeb realizacji zamówienia przez Wykonawcę danych kluczowych m.in. dla sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia. Kody źródłowe, które powinny być udostępnione zamawiającemu ZUS przez wykonawcę funkcjonującego już rozwiązania, które miało być modyfikowane i modernizowane w ramach realizowanego projektu - nie zostały dostarczone Odwołującemu przez zamawiającego, zaś Odwołujący, którego z poprzednim wykonawcą nie wiązał żaden stosunek prawny, nie miał podstaw, by żądać ich udostępnienia bezpośrednio od w/w podmiotu (byłoby to też niezgodne z prawem - kody źródłowe, będące elementem praw autorskich niemajątkowych do oprogramowania przekazanego ZUS wraz z prawami autorskimi majątkowymi zostałyby przekazane podmiotowi, który w ogóle praw autorskich do tego oprogramowania nie posiada - w żadnym zakresie). Podnosi, że ZUS żądał w związku z powyższym od Odwołującego pozyskania danych poprzez dekompilację kodów źródłowych, który to obowiązek nie wynikał z umowy, w sposób znaczący zwiększał ilość prac programistycznych, a jednocześnie nie dawał

możliwości pozyskania wszystkich informacji niezbędnych do prawidłowej realizacji zamówienia. Z tego wywodzi, że powodem zarzucanych Odwołującemu wad był brak współdziałania ZUS niezbędnego do prawidłowej realizacji zamówienia, do którego to współdziałania ZUS był zobowiązany na podstawie art. 354 §2 k.c., w myśl którego wierzyciel jest obowiązany do współdziałania przy wykonywaniu zamówienia zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje - także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. Odwołujący wskazuje, że owe „wady", na które powołał się ZUS wynikały z przyczyn nieleżących po stronie Wykonawcy, zaś Zamawiający, wykluczając Odwołującego z udziału w niniejszym postępowaniu całkowicie element ten pominął.

Odwołujący podnosi, że Zamawiający w żaden sposób nie zweryfikował informacji uzyskanych od ZUS, pomimo że wiedział o sporze sądowym pomiędzy ZUS i Odwołującym. W ocenie Odwołującego Zamawiający nie skorzystał z przewidzianych prawem możliwości wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia wraz z wyjaśnieniami self cleaning. Wskazuje, że kwestie te mają kluczowe znaczenie dla oceny podstaw do wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, bowiem przesłanka ta dotyczy sytuacji, w których niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, a jednocześnie miało charakter istotny. Zamawiający nie zweryfikował ani zasadności zarzutów ZUS, ani tego czy zarzucane wady miały istotny charakter, ani tego czy do nienależytego wykonania zobowiązań doszło z przyczyn leżących po stronie Odwołującego. Zdaniem odwołującego, biorąc pod uwagę okoliczności faktyczne leżące u podstaw sporu z ZUS - w świetle uwarunkowań cywilnoprawnych - w sytuacji w której wykonanie zobowiązania w danym zakresie jest niemożliwe z uwagi na brak współdziałania drugiej strony (nieprzekazanie danych) - jest bardzo prawdopodobne, że w sporze cywilnym Sąd ustali, że do nienależytego wykonania zobowiązania w ogóle nie doszło, ponieważ z uwagi na niemożność spełnienia świadczenia przez wykonawcę (Odwołującego) - zobowiązanie wygasło (a zatem nie mogło dojść do jego nienależytego wykonania). Z powyższego Odwołujący wywodzi, że Zamawiający nie dołożył należytej staranności przy ocenie zachodzenia przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, w sposób rażący naruszając tego przepisu. Podnosi, że Zamawiający w sposób arbitralny i nieuzasadniony uznał za bezsporne okoliczności związane z winą Odwołującego za zarzucane mu przez ZUS uchybienia oraz fakt, że uchybienia te prowadziły do niewykonania zobowiązań umownych w istotnym zakresie.

Odwołujący podnosi także, że Zamawiający w sposób rażący naruszył art. 92 ust 1a ustawy Pzp, zgodnie z którym 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. Odwołujący wskazuje, że korzystając z przysługujących mu uprawnień wraz z ofertą złożył oświadczenie, w którym skorzystał z procedury self cleaning, składając wyjaśnienia co do okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp związanych ze sporem z ZUS. Podnosi, że Zamawiający ani we wcześniejszej korespondencji, ani w zawiadomieniu o wykluczeniu Odwołującego w żaden sposób nie ustosunkował się do treści ww. wyjaśnień. Wywodzi, że przepis art. 92 ust. 1a ustawy Pzp nakłada natomiast na Zamawiającego jednoznacznie obowiązek przedstawienia w informacji o wykluczeniu wykonawcy powodów, dla których uznał on wyjaśnienia przedłożone w ramach procedury self-cleaning za niewystarczające. Powołuje się na orzeczenia KIO w których Izba zwraca uwagę na konieczność przedstawienia przez Zamawiającego uzasadnienia w tym zakresie, jak również wyroki KIO wskazujące, że naruszenie art. 92 ust. 1a ustawy Pzp może stanowić samodzielną podstawę uwzględnienia odwołania.

Dalej Odwołujący przytacza całość treści wyjaśnień złożonych wraz z ofertą w oświadczeniu o braku podstaw do wykluczenia. Podnosi, że Zamawiający nie poddał ww. wyjaśnień ocenie i nie przedstawił informacji o której mowa w art. 92 ust. 1a ustawy Pzp.

Odwołujący wywodzi, że Zamawiający całkowicie bezpodstawnie wykluczył go z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, mimo braku podstaw do takiego rozstrzygnięcia i jednocześnie - mimo złożenia przez Odwołującego wyjaśnień w ramach procedury self cleaning - Zamawiający nie dokonał ich oceny i nie przedstawił informacji, o której mowa w art. 92 ust. 1a ustawy Pzp. Podnosi, że wobec wadliwości wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty również unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp staje się bezpodstawne.

W toku rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 15.10.2018 r. Odwołujący podtrzymał stanowisko zawarte w odwołaniu.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezpodstawnego.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie

zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał interes w złożeniu środka ochrony prawnej - odwołania, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Odwołujący – Data Techno Park Sp. z o.o. w restrukturyzacji wraz z ofertą w postępowaniu na usługę polegającą na pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu wraz z kompleksowym nadzorem inwestorskim pn. „Kompleksowa informatyzacja Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Elblągu – dostosowanie do ogólnopolskiego systemu informacji medycznej do platformy P1 i P2", złożył załącznik nr 5 do SIWZ, zawierający oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z postępowania. W treści oświadczenia wskazał, że nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12-23 ustawy Pzp oraz, że zachodzą w stosunku do niego podstawy wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 i 8 ustawy Pzp.

Jednocześnie oświadczył, że w związku z ww. okolicznością podjął następujące środki naprawcze. W odniesieniu do przesłanki wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp wskazał, że zamawiający Zakład Ubezpieczeń Społecznych odstąpił od zawartej z nim umowy o zamówienie publiczne, powodem czego był spór pomiędzy wykonawcą a zamawiającym co do treści wykonanego studium wykonalności projektu sporządzonego przez Wykonawcę w odniesieniu do którego ZUS zgłaszał uwagi. Zamawiający domagał się zwrotu wynagrodzenia zapłaconego wykonawcy do czasu odstąpienia od umowy oraz zapłaty kary umownej. Podniósł, że się nie zgadza ze stanowiskiem ZUS i odmówił zaspokojenia roszczenia ZUS. Odwołujący poinformował, że obecnie roszczenie ZUS jest przedmiotem sporu sądowego. Wskazuje, że odszkodowanie nie zostało zasądzone. Odwołujący oświadczył, że zasadność odstąpienia od umowy i naliczenia kar umownych jest przedmiotem sporu. Podniósł, że aby zaszła przesłanka wykluczenia o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp koniecznym jest wykazanie, że wykonawca nie wykonał lub nienależycie wykonał umowę z przyczyn leżących po jego stronie. Zdaniem Odwołującego w okolicznościach sporu z ZUS w żaden sposób nie wykazano, że doszło do nienależytego wykonania umowy, które miałoby wynikać z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Podnosi, że nie została wykazana wadliwość studium wykonalności i pozostałych dokumentów. Wywodził, że wykonawca współpracował z Zamawiającym, natomiast ostateczną przyczyną podjęcia decyzji o odstąpieniu od umowy było nieprzedstawienie przez wykonawcę wymaganych dokumentów potwierdzających kontynuację ubezpieczenia OC, które to uchybienie było następstwem trudnej sytuacji finansowej spółki, która uległa znacznej poprawie w wyniku otwarcia postępowania sanacyjnego.

Wykonawca w omawianym oświadczeniu podnosi, że nie wystąpiła omawiana przesłanka wykluczenia z udziału w postępowaniu, bowiem nie wykazano, że wykonawca z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał lub nienależycie wykonał umowę w sprawie zamówienia publicznego co miało stać się podstawą rozwiązania umowy z zamawiającym.

Wykonawca wskazał, że środkiem naprawczym zmierzającym do uniknięcia w przyszłości utraty płynności finansowej, jest samo otwarcie postępowania sanacyjnego. Wskazał także, że podjął działania organizacyjne, prawne i kadrowe celem zapobieżenia nieprawidłowościom w zakresie płatności zobowiązań w ww. zakresie.

Zamawiający pismem z dnia 26.10.2018 r. zawiadomił Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania i uznaniu jego oferty za odrzuconą. Jako podstawę wykluczenia Odwołującego wskazał art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Podając uzasadnienie decyzji poinformował, że ZUS odstąpił od umowy zawartej z Odwołującym z powodu nie wykonania jej postanowień tj. braku wykonania w sposób wolny od wad i kompletny Studium Wykonalności, opisu przedmiotu zamówienia, wniosku o dofinansowanie projektu oraz braku dostarczenia kopii polisy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, a także odpowiedzialności z tytułu gwarancji i rękojmi. Wskazał, że przed Sądem Okręgowym w Warszawie toczy się postępowanie z powództwa ZUS o zapłatę (zwrot wynagrodzenia oraz kary umowne) wraz z wnioskiem o udzielenie zabezpieczenia. Podał, że SO w Warszawie wydał postanowienie o udzieleniu zabezpieczenia, co w jego ocenie uprawdopodabnia zasadność i wiarygodność roszczenia ZUS. Zamawiający, mając na uwadze powyższe uznał że spełnione zostały dwie konieczne przesłanki pozwalające na wykluczenie Wykonawcy, tj. rozwiązanie wcześniejszej umowy zawartej w sprawie zamówienia

publicznego oraz niewykonanie umowy lub nienależyte jej wykonanie w stopniu istotnym.

Zamawiający poinformował również o unieważnieniu postępowania, wobec okoliczności, że niepodlegająca odrzuceniu oferta z najniższą ceną przekracza możliwości finansowe Zamawiającego, które zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę o prawie 50% niższą niż cena ww. oferty.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

1. Odwołujący sformułował zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 5 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4, 8 i 9 ustawy Pzp, mającego polegać na bezpodstawnym wykluczeniu Odwołującego z postępowania i uznaniu jego oferty za odrzuconą, pomimo niewykazania przez Zamawiającego, że zachodzą okoliczności o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy

Pzpi z pominięciem wyjaśnień Odwołującego złożonych w ramach procedury samooczyszczenia.

Odwołujący w pierwszej kolejności podnosił, iż Zamawiający bezpodstawnie uznał, że zaszła przesłanka wykluczenia o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, albowiem przyczyny odstąpienia ZUS od umowy są okolicznością sporną i nie można stwierdzić, że nastąpiło nienależyte wykonanie umowy w stopniu istotnym, z przyczyn leżących po stronie Odwołującego. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający okoliczności tych nie zweryfikował.

Argumentacja Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. Należy zauważyć, że Zamawiający zwrócił się do ZUS w trybie dostępu do informacji publicznej o udostępnienie informacji dotyczących okoliczności odstąpienia ZUS od rzeczonej umowy. W odpowiedzi, uzyskał wzór tej umowy, pismo o odstąpieniu od niej, pozew przeciwko Odwołującemu oraz postanowienie sądu o udzieleniu zabezpieczenia. Na podstawie tych dokumentów Zamawiający stwierdził, że Odwołujący nie wykonał należycie ww. umowy w stopniu istotnym, zamawiający ZUS od umowy tej odstąpił, a wobec powyższych okoliczności uznał, że zaszła przesłanka wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Należy przy tym zauważyć, iż wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie sposób stwierdzić, że główną przyczyną odstąpienia było nieprzedłożenie polisy ubezpieczeniowej – pismo ZUSzawierające oświadczenie o odstąpieniu od umowy wprost wymienia dwie przesłanki – przekroczenie terminu na przekazanie produktów wolnych od wad oraz terminu na przedstawienie kontynuacji polisy, w żaden sposób nie dokonując ważenia żadnej z nich. Z ustaleniem tym koresponduje również treść wniesionego przez ZUS pozwu przeciwko Odwołującemu. Należy zaznaczyć także, że zgodnie z uzyskanym przez Zamawiającego wzorem umowy, jaka miała wiązać ZUS z Odwołującym, sporządzenie wszystkich trzech ww. dokumentów stanowiło główną treść zamówienia, nie zaś jak twierdził w toku rozprawy Odwołujący – zamówienia dodatkowego. Wobec powyższego, nie może budzić wątpliwości, że stopień nienależytego wykonania był istotny. A zatem, Zamawiający powziął wiedzę, że inny zamawiający – ZUS - odstąpił od umowy z Odwołującym oraz uznaje go za odpowiedzialnego za nienależyte wykonanie umowy, dochodzi swych roszczeń przed sądem powszechnym oraz uzyskał ich zabezpieczenie. Należy uznać, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy, Zamawiający miał podstawy dla uznania, że zachodzi przesłanka wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp i podejmując decyzję w tym zakresie, działał w sposób uprawniony.

W tej sytuacji, Odwołujący winien był wykazać, że okoliczności sprawy nie pozwalają na przyjęcie, że podlega on wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Jednakże Odwołujący zarówno w toku postępowania o udzielenie zamówienia, jak i w toku postępowania przed Izbą poprzestał jedynie na złożeniu wyjaśnień. Mając na uwadze kontradyktoryjny charakter postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą oraz wynikający z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp obowiązek dowodowy, Odwołujący obowiązany był do przedstawienia dowodów dla poparcia swoich twierdzeń w zakresie braku zaistnienia przesłanki wykluczenia z udziału w postępowaniu. Odwołujący zaniechał przedłożenia jakichkolwiek dowodów, zarówno w toku postępowania o udzielenie zamówienia, jak i w toku postępowania przed Izbą. Co więcej, podczas rozprawy oświadczył, iż być może w toku postępowania sądowego uda się wykazać, że ZUS nie dysponował informacjami niezbędnymi dla wykonania zamówienia. Zapytany o posiadanie dowodów potwierdzających brak należytej współpracy ze strony ZUS w toku realizacji zamówienia, nie był w stanie jednoznacznie zadeklarować, że takie dowody istnieją. Co za tym idzie, Izba nie miała podstaw dla uznania twierdzeń Odwołującego za udowodnione, stąd też bezcelowe w ocenie Izby było nakazanie Zamawiającemu kontynuowania procedury selfcleaningu. Podnoszona przez Odwołującego okoliczność, że sprawa pomiędzy Odwołującym a ZUS toczy się w sądzie, a zatem istnieje spór co do zasadności roszczeń, nie powoduje niemożności uznania, że zachodzi przesłanka wykluczenia z postępowania, ani tym bardziej nie zwalnia Odwołującego z obowiązku przedstawienia dowodów na tę okoliczność. Raz jeszcze podkreślić należy, że Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń o niezasadności roszczeń, a nawet na okoliczność negowania ich zasadności w postępowaniu sądowym (np. w odpowiedzi na pozew). Dowody na

okoliczności przeciwne natomiast Zamawiający uzyskał od ZUS. Nie można również zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że Zamawiający nie ocenił wyjaśnień w zakresie omawianych okoliczności złożonych wraz z ofertą. Zamawiający właśnie z nich dowiedział się o odstąpieniu ZUS od umowy i celem ich oceny zwrócił się do ZUS o udostępnienie dokumentów w odpowiednim zakresie.

W ocenie Izby Zamawiający omawianej oceny zaistnienia przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp dokonał w sposób prawidłowy, zasadnie przyjmując, że w niniejszej sprawie przesłanka ta zaszła.

W tym miejscu należy zauważyć, że Odwołujący dwutorowo argumentuje brak podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, zarówno w piśmie stanowiącym załącznik do oferty, jak i w postępowaniu przed KIO. W odniesieniu do nienależytego wykonania umowy (sporządzenie studium wykonalności, opisu przedmiotu zamówienia i wniosku o dofinansowanie) podnosi, jak opisano powyżej, że przyczyny niewykonania nie leżą po jego stronie, zaś jego zakres nie ma charakteru istotnego. Zatem Odwołujący zaprzecza, ażeby w ogóle przesłanka wykluczenia z ww. przepisu zachodziła. Z kolei w odniesieniu do braku przedłożenia kopii polisy ubezpieczeniowej podnosi, że podjął środki zaradcze mające zapobiec takiej sytuacji w przyszłości i mające zapewnić prawidłową realizację zamówień – tj. otwarcie postępowania sanacyjnego, zmiany organizacyjne i kadrowe. Z powyższego wynika, że w odniesieniu do kwestii nienależytego wykonania umowy w zakresie przygotowania ww. dokumentów Odwołujący nie poddawał się procedurze samooczyszczenia, procedura ta bowiem opiera się na przyznaniu, że zachodzi przesłanka wykluczenia, ale wykonawca wykazuje, że podjął środki pozwalające na przyjęcie, że pomimo to będzie zdolny do należytego wykonania zamówienia (por. np. wyrok KIO z dnia 2.05.2018 r., KIO 596/18, z dnia 27.03.2018 r., KIO 444/18). Tymczasem, co opisano powyżej, Odwołujący przeczy, by w ogóle przesłanka o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp zachodziła w tym postępowaniu.

Dalej, w zakresie oceny Zamawiającego przeprowadzonej przez Odwołującego procedury „samooczyszczenia" należy zważyć, że zgodnie z treścią art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, wykonawca może złożyć dla samooczyszczenia dowody, do oceny dowodów odnosi się również art. 24 ust. 9 ustawy Pzp. Ustawodawca w treści ustawy Pzp wyraźnie rozróżnia instytucję wyjaśnień i dowodów, co wyraźnie wybrzmiewa np. w art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Ustawodawca w art. 24 ust. 8 i 9 nie posłużył się również terminem „wykazania" – jak np. w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, które może polegać na szczegółowym wyjaśnieniu, ale nie zawsze musi być poparte dowodami (por. np. wyrok KIO z dnia 12.06.2017 r., KIO 1015/17). Powyższe pozwala na stwierdzenie, że art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp, jednoznacznie dla przeprowadzenia skutecznego samooczyszczenia, wymagają złożenia dowodów, nie zaś jedynie wyjaśnień. Stanowisko Izby w tym zakresie zbieżne jest także z poglądem doktryny – *„Co istotne, zgodnie z komentowanym przepisem, konieczne jest przedstawienie dowodów, że podjęte przez wykonawcę środki są wystarczające do stwierdzenia rzetelności wykonawcy. Zamawiający nie będzie mógł zatem uwzględnić nawet obszernych wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, jeśli nie będą poparte dowodami. Wykonawca powinien bowiem przedstawić dowody na potwierdzenie, że przedsięwziął stosowne środki. Ponieważ uznanie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, pomimo że zaistniała ku temu przesłanka, stanowi wyjątek od reguły, przepisy w zakresie self-cleaning należy interpretować wąsko. Zamawiający powinien zaniechać wykluczenia dopiero wówczas, kiedy wykonawca rzeczywiście udowodnił swoją rzetelność przez wskazanie środków, o których mowa w ust. 8"* (J. Jarnicka, Komentarz do art. 24 ustawy Pzp pod red. M. Jaworskiej, 2018 r., Legalis.) Okoliczności będące przesłankami wykluczenia z postępowania były znane Odwołującemu przed terminem składania ofert, co za tym idzie – stosowne dowody powinny być złożone wraz z ofertą i wyjaśnieniami.

Mając na uwadze okoliczności niniejszej sprawy, Izba uznała, że nie ma podstaw do czynienia Zamawiającemu zarzutu, że odstąpił od umożliwienia wykonawcy złożenia dodatkowych wyjaśnień i dowodów na samooczyszczenie w zakresie nienależytej realizacji umowy z ZUS. Odwołujący w treści rzeczonych wyjaśnień ograniczył się jedynie do wskazania, że zaistniały między stronami tej umowy zostanie rozstrzygnięty przez Sąd i wobec tego poczuł się zwolniony z przeprowadzenia procedury samooczyszczenia w tym zakresie. Odwołujący nie opisywał środków podjętych w celu lepszego radzenia sobie w sytuacjach podobnych jak ta, która miała miejsce podczas realizacji umowy z ZUS. Odwołujący opisał jedynie środki, jakie podjął dla zapobieżenia sytuacji, z której wynikł brak przedłożenia polisy ubezpieczeniowej. Konsekwentnie, również w postępowaniu odwoławczym Odwołujący nie przedstawił dowodów w ramach self-cleaning i w nawet zanegował zachodzenie ww. przesłanki, tłumacząc że wskazał ją z daleko posuniętej ostrożności.

Mając powyższe na uwadze, wobec ustalenia, że Zamawiający zasadnie uznał, że zachodzi przesłanka wykluczenia Odwołującego z postępowania określona w art. 24 ust. 5 pkt

4 ustawy Pzp – nienależyte, nieterminowe przygotowanie zamówionych dokumentów, a Odwołujący nie wykazał podjęcia żadnych środków w ramach samooczyszczenia w tym zakresie, Zamawiający był zobligowany do wykluczenia go z

postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą. Tym samym, zarzut naruszenia art. 24 ust. 4, 5 pkt. 4 i ust. 8 i 9 ustawy
Pzp nie znalazł potwierdzenia w okolicznościach niniejszej sprawy.

2. Drugi z zarzutów odwołania dotyczył naruszenia art. 92 ust. 1a ustawy Pzp, mającego polegać na zaniechaniu podania powodów nieuznania przedłożonych przez Odwołującego w ramach procedury self-cleaning dowodów, o których mowa w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp. W ocenie Izby również ten zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Art. 92 ust. 1a ustawy Pzp stanowi, że zamawiający, informując o wykonawcach którzy zostali wykluczeni, obowiązany jest podać wyjaśnienie powodów, dla których przedstawione przez wykonawcę w ramach procedury określonej w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp (samooczyszczenie) dowody uznał za niewystarczające.
Jak ustalono powyżej, Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów odnoszących się do okoliczności o których mowa w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, jak również w zakresie negowania zaistnienia przesłanki wykluczenia z postępowania określonej w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. W tej sytuacji nie zaktualizował się obowiązek Zamawiającego do poinformowania wykonawcy o przyczynach uznania dowodów za niewystarczające, bowiem Odwołujący żadnych dowodów nie składał. Należy zaznaczyć, że nie ma podstaw by uznać, że art. 92 ust. 1a ustawy Pzp odnosi się także do wyjaśnień nie popartych dowodami, jest to bowiem przepis ściśle związany z art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp – które, jak wyjaśniono powyżej – odnoszą się do dowodów, a nie jedynie wyjaśnień.
Reasumując, brak jest podstaw dla uznania, że Zamawiający naruszył obowiązek informacyjny określony w art. 92 ust. 1a ustawy Pzp, bowiem Odwołujący nie złożył dowodów, do których obowiązek ten się odnosi. Wobec powyższego, przedmiotowy zarzut należało uznać za bezzasadny.

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

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 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).
O zasądzeniu kosztów zastępstwa przed Izbą na rzecz Odwołującego Izba orzekła na podstawie przedłożonej faktury, zgodnie z § 3 ust. 2 pkt b rozporządzenia.

Przewodniczący: ……..

……..

……..