

Sygn. akt: KIO 1748/19

WYROK

z dnia 24 września 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 września 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 września 2019 r. przez wykonawcę Decsoft S.A., ul. Aleje Jerozolimskie 179, lok. poziom +2, 02-222 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Komendę Główną Policji, ul. Puławska 148/150, 02-642 Warszawa

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Komendzie Głównej Policji unieważnienie czynności wezwania z dnia 30 sierpnia 2019 r. wykonawcy Decsoft S.A. do poprawienia lub uzupełnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych,

2. kosztami postępowania obciąża Komendę Główną Policji, ul. Puławska 148/150, 02-642 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Decsoft S.A., ul. Aleje Jerozolimskie 179, lok. poziom +2, 02-222 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Komendy Głównej Policji, ul. Puławska 148/150, 02-642 Warszawa na rzecz wykonawcy Decsoft S.A., ul. Aleje Jerozolimskie 179, lok. poziom +2, 02-222 Warszawa kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) poniesioną tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 poz. 1986 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 Warszawie.

Przewodniczący :

Sygn. akt: KIO 1748/19

Uzasadnienie

Komenda Główna Policji (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu

nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Modernizacja systemu PKiD Centralnego Punktu Systemu Powiadamiania Ratunkowego”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 6 czerwca 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2019/S 108-262579.

W dniu 9 września 2019 r. wykonawca Decsoft S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 10b ustawy Pzp w zw. z art. 61 § 2 kc poprzez uznanie, że wezwanie do uzupełnienia lub poprawienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z dnia 30 sierpnia 2019 r. przesłane przez Zamawiającego za pomocą platformy zakupowej na adres nie wskazany w JEDZ jako adres właściwy do korespondencji z Odwołującym, zostało złożone i doręczone w sposób skuteczny Odwołującemu w dniu 30 sierpnia 2019 r.,

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości w związku z brakiem przywrócenia terminu do złożenia dokumentów oraz zmiany lub uzupełnienia dokumentu w związku z wezwaniem z dnia 30 sierpnia 2019 r. skutecznie doręczonym do Odwołującego po terminie wyznaczonym na udzielenie odpowiedzi na wezwanie,

- art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wezwanie do poprawienia lub uzupełnienia dokumentu określonego w Rozdziale VII ust. 1 SIWZ w części rozdziału III sekcja C, bez wystarczającego określenia zakresu żądanego poprawienia dokumentu oraz podstawy faktycznej do takiego wezwania,

- art. 24 ust. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez wszczęcie procedury selfcleaning względem Odwołującego bez stwierdzenia, że Odwołujący jest podmiotem podlegającym wykluczeniu z udziału w postępowaniu i bez wykazania zaistnienia do tego przesłanek faktycznych i prawnych,

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, przez brak wyjaśnienia w wezwaniu z dnia 30 sierpnia 2019 r. przyczyn, jakie spowodowały, iż Zamawiający uznał, że informacje przedstawiane przez poprzedniego zamawiającego są informacjami skutkującymi koniecznością wszczęcia procedury selfcleaning z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp.

- z ostrożności procesowej - art. 24 ust. 5 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp poprzez uznanie, że zachodzą względem Odwołującego przesłanki wykluczenia określone w tym przepisie, to jest że Odwołujący jest wykonawcą, który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania, i w konsekwencji wszczęcie procedury selfcleaning, podczas gdy Zamawiający nie wskazał w wezwaniu z dnia 30 sierpnia 2019 r. na jakiej podstawie takie ustalenie zostało dokonane.

Odwołujący podał, że w dniu 30 sierpnia 2019 r. Zamawiający zamieścił na platformie, poprzez którą prowadził korespondencję z wykonawcami, skierowane do Odwołującego wezwanie do „poprawienia lub uzupełnienia dokumentu określonego w Rozdziale VII ust. 1 SIWZ tj. Oświadczenia stanowiącego wstępne potwierdzenie, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ).” Jako podstawę prawną wezwania Zamawiający wskazał art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Z treści ww. wezwania wynika, jak wskazał Odwołujący, że wobec wskazania przez Odwołującego w części III sekcja C JEDZ odpowiedzi twierdzącej na pytanie „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?”,

w kontekście złożonych w dalszej części tego dokumentu wyjaśnień Odwołującego, a także oświadczenia Odwołującego, że nie zachodzą względem niego przesłanki do wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, Zamawiający wystąpił do wcześniejszego zamawiającego, z którym rozwiązana została umowa w sprawie zamówienia publicznego, o przekazanie informacji dotyczących odstąpienia od umowy. Biorąc pod uwagę oświadczenia Odwołującego oraz informacje od wcześniejszego zamawiającego, Zamawiający „podjął decyzję o wezwaniu Wykonawcy do poprawienia lub uzupełnienia oświadczenia JEDZ oraz przedstawienia w ramach procedury samooczyszczenia dowodów na podjęcie takich środków, które gwarantują jego rzetelność.”. Odwołujący stwierdził, że z treści wezwania nie wynika, ani w sposób pośredni, ani bezpośredni, że Zamawiający uznał, że Odwołujący podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust 5 pkt 4 ustawy Pzp. Wezwanie nie jest również oparte o przepis art. 24 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że ww. wezwanie zostało przesłane za pośrednictwem platformy do elektronicznego porozumiewania się pomiędzy Zamawiającym i wykonawcami. Wezwanie zostało przesłane wyłącznie na adres elektronicznej skrzynki pocztowej d..w.@decsoft.com.pl, mimo iż w dokumencie JEDZ Odwołujący wskazał jako właściwy dla korespondencji w ramach postępowania adres ogólny, tj. . Osoba, na adres mailowy której przesłane zostało wezwanie, w dniach od 26 sierpnia 2019 r. do 4 września 2019 r. (włącznie) przebywała na wcześniej zaplanowanym urlopie wypoczynkowym, a na jej skrzynce mailowej ustawiony był autoresponder wskazujący adres mailowy oraz telefon osoby zastępującej ją w tym terminie, do której należy kierować wszelką korespondencję. Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający, który po pierwsze powinien był przesłać wezwanie na adres ogólny wskazany przez Odwołującego w JEDZ, a także mógł uzyskać informację o nieobecności osoby, do której skierowano wezwanie, nie dokonał żadnych czynności, by wezwanie doręczyć w sposób taki, by Odwołujący mógł na nie odpowiedzieć w wyznaczonym terminie, to jest do dnia 4 września 2019 r.

Odwołujący podał, że w dniu 5 września 2019 r., w chwili, gdy powziął informację o wezwaniu i upływie terminu do złożenia wyjaśnień, wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o przywrócenie terminu do złożenia wyjaśnień, przedstawiając również dowody na okoliczność obiektywnego braku możliwości ich złożenia w wyznaczonym pierwotnie terminie. Zamawiający mimo to nie zajął stanowiska w sprawie i nie wyznaczył Odwołującemu nowego terminu na poprawienie lub uzupełnienie dokumentu JEDZ.

W ocenie Odwołującego, uznać należy, że Odwołujący, jako profesjonalista działający na rynku zamówień publicznych, podjął odpowiednie działania zapewniające możliwość niezakłóconego urlopami pracowników kontaktu z Zamawiającym. Przede wszystkim, w JEDZ wskazany był w co najmniej dwóch miejscach jako adres mailowy Odwołującego, adres ogólny, do którego dostęp mają wszystkie osoby w organizacji, które zajmują się obsługą ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, a nie tylko jedna osoba wyznaczona do kontaktów i wskazana z imienia i nazwiska w JEDZ. Ponadto, ogólny adres mailowy: widnieje również w danych dostawcy (Wykonawcy), jako adres do korespondencji, zapisany na platformie internetowej, na której prowadzone jest postępowanie. Dodatkowo, osoba wyznaczona do kontaktów, stosując przyjęte standardowe zachowanie w przypadku urlopu, uaktywniła na swojej skrzynce e-mail odpowiedni komunikat zwrotny, wskazujący na jej nieobecność, ale także wskazujący osobę ją zastępującą. Ponieważ osoba wskazana do kontaktów w JEDZ nie była pełnomocnikiem Odwołującego, a jedynie osobą do kontaktu, takie działanie wydaje się, w opinii Odwołującego, wystarczające i nie wymagało innych dodatkowych działań ze strony Odwołującego. Tym bardziej, że wskazany w JEDZ ogólny adres , a nie adres osoby wskazanej do kontaktów, zapewniał dotarcie i otrzymanie przez osoby uprawnione lub upoważnione przez Odwołującego odpowiednich informacji dotyczących postępowania. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie przesłał wezwania w formie pisemnej, a jedynie w formie elektronicznej.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z treścią art. 61 § 2 kc w zw. z art. 14 ustawy Pzp, oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią. Zgodnie z ogólną regułą art. 6 kc, na składającym oświadczenie woli (nadawcy) spoczywa ciężar dowodu, że jego oświadczenie woli doszło do adresata w taki sposób, że adresat mógł się z nim zapoznać w normalnym toku czynności. W przypadkach komunikacji elektronicznej podstawę do ustalenia chwili złożenia oświadczenia przyjęto wprowadzenie tej informacji „do środka komunikacji elektronicznej”. Jednakże, jak zauważył Odwołujący, nie jest to jeszcze moment uznany za złożenie oświadczenia woli. Aby go ustalić, należy jeszcze wziąć pod uwagę, że powinno to nastąpić w taki sposób, żeby adresat mógł zapoznać się z treścią oświadczenia. Taki stan rzeczy

może się więc ziszczyć później niż w momencie wprowadzenia informacji do środka komunikacji adresata. Przede wszystkim, zdarza się, że adresat komunikatu elektronicznego korzysta z kilku adresów mailowych, a tylko jeden lub niektóre z nich zastrzega dla składania oświadczeń woli. Odwołujący zwrócił uwagę, że w takim przypadku należy przyjąć, że oświadczenie woli skierowane na inny adres nie jest skuteczne, ponieważ nie zostało złożone w sposób oczekiwany przez adresata. „Systemy komunikacji elektronicznej działają nieprzerwanie w ciągu całej doby - także w dni wolne od pracy. Nie można jednak wymagać od odbiorcy, aby nieustannie czuwał przy swoim komputerze w oczekiwaniu na sygnał, że do jego „skrzynki” elektronicznej dotarło oświadczenie nadawcy. Dlatego na ogół przyjmuje się, że posiadacz „skrzynki” e-mailowej powinien co najmniej raz dziennie „zaglądać” do niej. Jednakże jest to reguła tylko orientacyjna. Wymaga ona korekt ze względu na różne szczególne sytuacje. W szczególności w odniesieniu do przedsiębiorców należy przyjąć, że nie można wymagać od nich, aby odczytywali dane przesłane pocztą elektroniczną, które nadeszły w dniach wolnych od pracy albo poza godzinami pracy. Tym bardziej nie można wymagać tego od osób fizycznych, w odniesieniu do których należy uwzględnić także specyfikę świąt czy urlopów. Są wszakże przedsiębiorstwa, które, działając nieprzerwanie, automatycznie reagują na przesyłane im zamówienia w postaci elektronicznej. Wówczas należy stosować inną miarę dla oceny, w jakiej chwili oświadczenie zostało złożone. Uznaje się bowiem, że „mógł zapoznać się z treścią oświadczenia” ten, kto wobec nieotrzymania owego oświadczenia czy nawet informacji o nim („zgubienie się” maila czy załączonego do niego pliku) nie mógł się z nim zapoznać. Ryzyko niesprawnego funkcjonowania systemu elektronicznego należy więc uznać za jedno z wielu ryzyk procesu komunikowania się, nieróżniące się w istocie niczym np. od ryzyka niesprawnego działania operatora pocztowego. Adresat oświadczenia nie może być tym ryzykiem obciążony, z zastrzeżeniem oczywiście możliwości ustanowienia przez ustawodawcę wyjątków w przepisach szczególnych albo odmiennych postanowień w umowie stron” (tak System Prawa Prywatnego, Tom 2 red. Radwański 2019, wyd. 3). Odwołujący podał, że z takim stanowiskiem literatury zgodne jest również stanowisko judykatury, chociażby orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 6 kwietnia 2018 r. w sprawie o sygn. akt V Aga 259/18, zgodnie z którym „jak wynika z treści art. 61 § 2 KC, ustalenie chwili doręczenia oświadczenia w formie elektronicznej także odbywa się przy uwzględnieniu zasady doręczenia. Dla uznania, że doręczenie faktycznie miało miejsce, nie jest jednak wystarczające wyłącznie wprowadzenie oświadczenia do systemu komunikacji elektronicznej, ponieważ stan taki nie stwarza pewności co do tego, czy rzeczywiście trafiło ono do operatora usług telekomunikacyjnych, a następnie stało się dostępne dla adresata tak, aby ten miał możliwość zapoznania się z jego treścią.”. Należy wziąć pod uwagę również orzeczenie SN Izby Pracy z dnia 8 marca 2017 r. w sprawie o sygn. akt II PK 26/16, w którym to jednoznacznie stwierdzono, że pracownik przebywający na urlopie wypoczynkowym nie ma obowiązku kontrolowania poczty elektronicznej. Odwołujący podkreślił, że zapewnił możliwość komunikacji z Zamawiającym, która zapewniłaby skuteczne doręczenie wezwania w terminie 30 sierpnia 2019 r. i jego realizację w wyznaczonym terminie, gdyby tylko Zamawiający bądź to wysłał wezwanie na adres wskazany w JEDZ, jak również podany w danych wykonawcy na platformie, bądź to odpowiednio zareagował na automatyczną odpowiedź ze skrzynki pani D. W., informującą o braku możliwości zapoznania się z przesłaną korespondencją z uwagi na urlop i brak dostępu do poczty elektronicznej we wskazanym okresie.

Odwołujący uznał, że uzasadnione jest domaganie się przez Odwołującego wyznaczenia przez Zamawiającego nowego terminu na dokonanie przez Zamawiającego wezwania do uzupełniania lub poprawiania dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz nie stosowanie konsekwencji wynikających z obowiązujących przepisów ustawy Pzp, tj. wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, jak również utraty wadium.

Odwołujący podniósł ponadto, że wezwanie dokonane przez Zamawiającego jest obarczone błędem i niejasne dla Odwołującego w świetle obowiązujących przepisów ustawy Pzp. Jak zauważył Odwołujący, w treści wezwania Zamawiający wskazał, że wzywa Odwołującego do poprawiania lub uzupełnienia dokumentu JEDZ na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, podczas gdy w dalszej treści wezwania wskazał, że oczekuje od Odwołującego również przedstawienia w ramach procedury samooczyszczenia dowodów na podjęcie takich środków, które gwarantują jego rzetelność. Niemniej jednak, wskazaną podstawą prawną wezwania nie jest przepis art. 24 ust. 8 ustawy Pzp. Dla Odwołującego nie jest zatem jasne, czy podjęta przez Zamawiającego procedura jest procedurą wyłącznie wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentu JEDZ, czy też procedurą selfcleaningu, która nie polega na wyjaśnieniu lub uzupełnieniu JEDZ, a na złożeniu w postępowaniu przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu odpowiednich dowodów dowodzących jego rzetelności, a nie umiejętności czy kompetencji do realizacji zamówienia.

Odwołujący stwierdził, że zgodnie z literalnym brzmieniem art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, proces samooczyszczenia Zamawiający stosuje wyłącznie w stosunku do wykonawcy

podlegającego wykluczeniu. Powyższe potwierdza, jak wskazał Odwołujący, orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w tym np. wyrok z dnia 29 czerwca 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1101/17, oraz wyrok z dnia 8 czerwca 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1034/17. Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający w żaden sposób nie stwierdził w wezwaniu, że Odwołujący jest wykonawcą podlegającym wykluczeniu na którejkolwiek z podstaw na wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16-20 lub ust. 5 ustawy Pzp, ani też nie wskazał ewentualnej podstawy do uznania tego wykluczenia. Zdaniem Odwołującego, jeżeli uznać pismo z dnia 30 sierpnia 2019 r. jako wezwanie do złożenia dowodów w ramach procedury selfcleaning, to wskazać należy, że nie zaszyły przesłanki ustawowe do jej przeprowadzenia. Odwołujący zaznaczył, że nie wiadomo na jakiej podstawie została podjęta przez Zamawiającego decyzja o jej przeprowadzeniu i jaką przesłankę wykluczenia względem Odwołującego Zamawiający stwierdził - czy jest to art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, czy też może art. 24 ust. 1 pkt. 16 lub 17 ustawy Pzp, czy może jeszcze jakaś inna.

Co istotne, w ocenie Odwołującego, wezwanie z art. 26 ust. 3 i wezwanie z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp nie są wezwaniami wzajemnie się zastępującymi. Zdaniem Odwołującego, skoro Zamawiający wezwał do poprawienia lub uzupełnienia dokumentu JEDZ w zakresie informacji w części III sekcja C, to nadal, literalnie odczytując treść wezwania, nie jest oczywiste, jak powinien się zachować Odwołujący. Według stanowiska i wiedzy Odwołującego, poprzedzonego analizami prawnymi, nie jest on wykonawcą podlegającym wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. W związku z powyższym, nie prowadził on wewnątrz organizacji żadnych działań, które mogłyby być oceniane jako odpowiadające dowodom w ramach procedury selfcleaningu. Odwołujący zadeklarował, że przeprowadzi takie czynności, jeżeli obiektywnie zostanie stwierdzone, na przykład wyrokiem sądowym, że wcześniejsze rozwiązanie umowy z wcześniejszym zamawiającym nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Odwołującego. Odwołujący zaznaczył jednak, że na tym etapie sprawy brak jest jakichkolwiek okoliczności czy dowodów w zgromadzonym materiale dowodowym, który nakazywałby Odwołującemu branie na siebie wyłącznej winy rozwiązania przed czasem umowy z wcześniejszym zamawiającym. Jak zauważył Odwołujący, przesłanki wykluczenia nie mogą być interpretowane w taki sposób, że każdy wykonawca i zawsze w przypadku wcześniejszego rozwiązania umowy bez względu na rzeczywiste okoliczności, ponosiłby sankcję w postaci braku możliwości brania udziału w zamówieniach publicznych lub poddawania się uznaniowo ocenianej przez każdego zamawiającego procedurze selfcleaningu. Odwołujący stwierdził, że wykluczenie wykonawcy powinno następować jedynie, gdy zaistnienie przesłanki jest bezsporne, a w szczególności, gdy sam wykonawca przyjmuje i oświadcza w dokumentach postępowania, że przesłanka wykluczenia względem niego zachodzi. Odwołujący zaznaczył, że w obecnym postępowaniu wykonawca jasno wskazał w treści JEDZ, że przesłanka wykluczenia nie zachodzi, co w samym wezwaniu zacytował również Zamawiający.

Odwołujący oświadczył, że nie kwestionuje możliwości przeprowadzenia przez Zamawiającego badania wskazanej przez Odwołującego w dokumencie JEDZ okoliczności rozwiązania umowy z innym zamawiającym, bezpośrednią stroną tej umowy. Odwołujący zwrócił uwagę, że jak wynika z przedstawionych przez ten podmiot informacji, okoliczności przedstawione przez Odwołującego związane z rozwiązaniem umowy nie są sporne, natomiast sporna jest ich ocena prawna. Odwołujący, w związku z twierdzeniem Zamawiającego o braku w treści JEDZ informacji o aktualnym stanie prawnym sporu, zauważył, że poprzedni zamawiający w przekazanych informacjach potwierdził analogiczny stan, jaki wskazał w treści wyjaśnień JEDZ wykonawca. Zarówno z treści wyjaśnień zawartych w JEDZ, jak i informacji od poprzedniego zamawiającego wynika, że umowa 282/08/2017 zawarta z Konsorcjum, którego członkiem był Odwołujący została rozwiązana przed czasem oraz naliczone zostały kary umowne, których zapłaty Konsorcjum odmówiło nie uznając swojej winy, a obie strony sporu przygotowują się do dochodzenia dalszych roszczeń na drodze sądowej. Oczywistym jest, jak stwierdził Odwołujący, że w zaistniałej sytuacji, przed wszczęciem postępowania sądowego, do którego szykuje się każda ze stron, zarówno Odwołujący, jaki i poprzedni zamawiający, prezentują stanowiska, które dalekie będą od uznawania argumentów prawnych drugiej strony, co ewentualnie mogłoby wpłynąć na ich sytuację procesową. Odwołujący podkreślił jednak, że Zamawiający nie jest uprawniony w żaden sposób do arbitralnego uznawania wyższości jednego stanowiska nad drugim, a tak zdaje się Zamawiający ocenił złożone wyjaśnienia Odwołującego i informacje od wcześniejszego zamawiającego, nie zawierając w wezwaniu jednakże żadnego, chociażby częściowego uzasadnienia, dlaczego przyznaje wyższość twierdzeniom wcześniejszego zamawiającego, mimo że sprawa sądowa ani nie została wszczęta, ani też nie została przez sąd zbadana i zakończona prawomocnym wyrokiem. Wydaje się, jak stwierdził Odwołujący, że Zamawiający uznał w tym miejscu subiektywne informacje otrzymane od wcześniejszego zamawiającego jako podstawę do żądania od wykonawcy poddania się procedurze selfcleaning. Odwołujący założył, że Zamawiający nie posiada również dostępu do pełnych akt sprawy i poza zapoznaniem się ze stanowiskiem poprzedniego zamawiającego, nie przeprowadził własnej analizy prawnej zaistniałej sytuacji.

Art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp wymaga natomiast od Zamawiającego wykazania, że zachodzą przesłanki do wykluczenia wykonawcy. Odwołujący przywołał orzeczenie Izby z dnia 26 marca 2018 r., sygn. akt KIO 454/18, w którym Izba orzekła: „Wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust 5 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) jest dopuszczalne jedynie w przypadku kumulatywnego spełnienia wszystkich określonych w tym przepisie przesłanek, o przesłanki te nie mogą być rozumiane dowolnie. Wykluczając wykonawcę zamawiający nie może zatem opierać się wyłącznie na fakcie, że doszło do rozwiązania wcześniejszej umowy zawartej z wykonawcą. Zamawiający musi ponadto wykazać, że do rozwiązania umowy (zasądzenia odszkodowania) doszło z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę, a zatem musi wykazać, czego konkretnie wykonawca nie zrobił lub jakiego obowiązku wynikającego z wcześniejszej umowy nie wykonał. Ponadto zobowiązany jest wykazać, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie miało miejsce w istotnym stopniu, co oznacza, że zamawiający zobligowany jest wykazać, iż wykonawca albo nie wykonał umowy w ogóle albo wykonał ją nienależycie w stopniu znaczącym lub nienależyte wykonywanie miało charakter uporczywy, nawet jeśli niedociągnięcia nie były znaczące. Chodzi tu nie tylko o istotny wartościowo lub rzeczowo zakres nienależytego lub niewykonania świadczenia wykonawcy w stosunku do zakresu przewidzianego umową, ale również o niespełnienie przez wykonawcę świadczenia, w sposób odpowiadający istotnym dla zamawiającego wymogom wynikającym z tej umowy.”. Odwołujący zwrócił uwagę na to, że ponieważ procedurę selfcleaningu przeprowadza się względem wykonawcy podlegającego wykluczeniu, to już na etapie wszczynania tej procedury takie uzasadnienie Zamawiający powinien przedstawić, czego w przedmiotowym postępowaniu nie uczynił.

Odwołujący stwierdził, że pomiędzy złożonym oświadczeniem o braku zachodzenia

względem niego przesłanek wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, a odpowiedzią zaznaczoną w części III sekcji C JEDZ nie ma sprzeczności. Odwołujący potwierdził, że nie znajduje się w sytuacji, w której z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4 Pzp, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania, co wykazał również w wyjaśnieniach złożonych w JEDZ. Odwołujący zwrócił jednak uwagę, że pytanie wskazane w części III sekcji C JEDZ, chociaż koresponduje z treścią polskiej ustawy Pzp w zakresie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, to nie dotyczy identycznej sytuacji. Pytanie wskazane w JEDZ brzmi bowiem: „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?”. Odwołujący wskazał, że pytanie to nie odnosi się do przyczyn rozwiązania umowy, ani też wskazania czy stroną odpowiedzialną za wcześniejsze rozwiązanie umowy był wykonawca czy zamawiający. Pytanie to jest na tyle ogólne, że pozytywnie należałoby na nie odpowiedzieć również w sytuacji, gdyby zamawiający odstąpił od umowy z przyczyn wskazanych w art. 145 ust. 1 ustawy Pzp. Zatem sama pozytywna odpowiedź na tak zadane pytanie w przypadku Odwołującego powinna brzmieć „TAK”, jednak nie skutkuje to, i nie powinno skutkować uznaniem, że pomiędzy tym oświadczeniem, a stwierdzeniem w oświadczeniu o braku zaistnienia okoliczności do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp jest sprzeczność. Odwołujący zauważył, że jak wynika z samej treści wezwania, Zamawiający takiej sprzeczności nie widzi. Co więcej, niezaznaczenie w części III sekcji C JEDZ w przypadku, w jakim znajduje się Odwołujący, odpowiedzi pozytywnej, mogłoby narazić go na stwierdzenie przez Zamawiającego podstaw do wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp. Odwołujący zaznaczył, że nie zataja żadnych informacji, tym samym wykazuje wystarczającą rzetelność dla udziału w postępowaniu i realizacji zamówienia.

Reasumując, Odwołujący stwierdził, że wezwanie z dnia 30 sierpnia 2019 r. jest merytorycznie i formalnie nieuzasadnione. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie ma prawa w postępowaniu przymuszać wykonawców do składania oświadczeń woli określonej treści, jeżeli nie znajdują one pokrycia w stanie faktycznym i prawnym. Jednocześnie, zdaniem Odwołującego, brak jest podstaw do jednoznacznego stwierdzenia przez Zamawiającego, że Odwołujący jest wykonawcą podlegającym wykluczeniu i Zamawiający takiej okoliczności w żaden sposób nie wykazał. Wobec powyższego, jak uznał Odwołujący, wezwanie do przedstawienia dowodów w ramach procedury selfcleaning jest względem

Odwołującego, jako wykonawcy nie podlegającego wykluczeniu lub względem którego nie wykazano zaistnienia przesłanek do wykluczenia, nieuzasadnione i niezgodne z literalnym brzmieniem art. 24 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i unieważnienie czynności wezwania do uzupełnienia lub poprawienia oświadczenia lub dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz przedłożenia dowodów w zakresie procedury selfcleaningu, a także uznanie, że wobec Odwołującego nie zachodzą okoliczności umożliwiające stwierdzenie, że jest on wykonawcą polegającym wykluczeniu i prowadzenia procedury selfcleaningu, mimo zaznaczenia w części III sekcji C JEDZ odpowiedzi twierdzącej.

Izba ustaliła, że Odwołujący w oświadczeniu złożonym w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ) odpowiadając na pytanie o treści: „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?” udzielił odpowiedzi twierdzącej. Jednocześnie, odpowiadając na pytanie „Czy przedsięwzięto środki w celu wykazania Państwa rzetelności („samooczyszczenie”)?” Odwołujący udzielił odpowiedzi negatywnej. Odwołujący wyjaśnił, że odpowiedź twierdząca na pierwsze z ww. pytań została zaznaczona z daleko idącej ostrożności i dotyczy jedynie zaistnienia faktu rozwiązania przed czasem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący oświadczył, że nie zachodzą względem Odwołującego podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Odwołujący podał, że fakt rozwiązania umowy dotyczy umowy nr 282/08/2017 zawartej w dniu 21 sierpnia 2017 r. pomiędzy Skarbem Państwa - Prokuraturą Krajową a konsorcjum Sygnity S.A. (lider) i Decsoft S.A. (członek konsorcjum) na zaprojektowanie, przygotowanie i wdrożenie rozbudowy Systemu Digitalizacji Akt Postępowania Przygotowawczych (iSDA). Odwołujący dokonał ponadto opisu stanu faktycznego obejmującego okoliczności, na podstawie których doszło do rozwiązania umowy oraz załączył do JEDZ pisma Sygnity S.A. kierowane do Prokuratury Krajowej w dniach 23 lipca 2018 r., 30 lipca 2018 r., 16 sierpnia 2018 r., 27 września 2018 r. oraz 8 października 2018 r.

Izba ustaliła także, że w dniu 30 sierpnia 2019 r. Zamawiający zamieścił na platformie, na której prowadzi postępowanie, skierowane do Odwołującego wezwanie do poprawienia lub uzupełnienia JEDZ. Zamawiający przypomniał Odwołującemu treść złożonego przez Odwołującego oświadczenia JEDZ w zakresie części III sekcja C. Zamawiający stwierdził, że opisując okoliczności rozwiązania umowy nr 282/08/2017 zawartej w dniu 21 sierpnia 2017 r. pomiędzy Skarbem Państwa - Prokuraturą Krajową a konsorcjum Sygnity S.A. (lider) i Decsoft S.A. (członek konsorcjum) na zaprojektowanie, przygotowanie i wdrożenie rozbudowy Systemu Digitalizacji Akt Postępowania Przygotowawczych (iSDA) Odwołujący przedstawił je wyłącznie z punktu widzenia wykonawcy, nie informując o aktualnym stanie prawnym zaistniałego sporu. Zamawiający podał, że zwrócił się do Prokuratury Krajowej z prośbą o przekazanie informacji dotyczących odstąpienia od realizacji ww. umowy. Jak poinformował Zamawiający, Prokuratura Krajowa w piśmie z dnia 6 sierpnia 2019 r. przekazała Zamawiającemu informację na temat okoliczności odstąpienia od umowy nr 282/08/2017 oraz aktualnego stanu prawnego zaistniałego sporu. Zamawiający wskazał, że Prokuratura Krajowa odstąpiła od ww. umowy po otrzymaniu przez konsorcjum oświadczenia o braku możliwości wykonania umowy w terminie określonym w umowie ze względu na brak przekazania przez zamawiającego

informacji istotnych do wykonania umowy. Z uwagi na fakt realizacji umowy w ramach

projektu finansowanego ze środków Programu Operacyjnego Polska Cyfrowa nie było możliwości wydłużenia okresu realizacji umowy, gdyż skutkowałoby to brakiem zakończenia projektu w terminie określonym w porozumieniu o dofinansowanie projektu, na co nie wyraziła zgody Instytucja Pośrednicząca PO PC. W związku z powyższym, Prokuratura Krajowa uznała, że konsorcjum, nie wykonało umowy. Prokuratura Krajowa stwierdziła, że uchybieniem konsorcjum było zaniechanie zwrócenia się do zamawiającego o udzielenie informacji, które zdaniem konsorcjum były niezbędne do wykonania umowy. Tym samym, konsorcjum doprowadziło do sytuacji, w której zgodnie z treścią przekazanego oświadczenia, nie było możliwości wykonania umowy w terminie. Prokuratura Krajowa uznała wskazane zaniechanie za przyczynę leżącą po stronie konsorcjum. Prokuratura Krajowa poinformowała ponadto, że z tytułu niewykonania umowy została naliczona kara umowna. Na poczet kar umownych została zajęta kwota gwarancji należytego wykonania umowy. W pozostałym zakresie kara umowna nie została zapłacona przez konsorcjum, które odmówiło jej zapłaty wskazując, że umowa została rozwiązana z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Jednocześnie konsorcjum nie skierowało sprawy o zwrot zajętych środków z tytułu zajęcia gwarancji należytego wykonania umowy. Prokuratura Krajowa oświadczyła, że zamierza skierować sprawę do sądu o zapłatę nie uiszczonych części kar umownych i przygotowuje dokumenty niezbędne do złożenia powództwa w tej sprawie. Biorąc pod uwagę wyjaśnienia Odwołującego złożone wraz z ofertą oraz stanowisko Prokuratury Krajowej w sprawie niewykonania i odstąpienia od umowy nr 282/08/2017 Zamawiający podjął decyzję

o wezwaniu Odwołującego do poprawienia lub uzupełnienia oświadczenia JEDZ oraz przedstawienia w ramach procedury samooczyszczenia, dowodów na podjęcie takich środków, które gwarantują jego rzetelność. Zamawiający zobowiązał Odwołującego do złożenia ww. dokumentów do dnia 4 września 2019 r. za pośrednictwem platformy zakupowej, zgodnie z wymaganiami określonymi w Rozdziale VII ust. 7 SIWZ.

Ww. wezwanie zostało przesłane za pośrednictwem platformy do elektronicznego porozumiewania się pomiędzy Zamawiającym i wykonawcami. Informacja o zamieszczonym na platformie wezwaniu skierowanym do Odwołującego została przesłana na adres

elektronicznej skrzynki pocztowej d..w.k@decsoft.com.pl.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy wymieniony w treści uzasadnienia, jak również stanowiska stron postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że zaistniały podstawy do jego uwzględnienia.

Izba stwierdziła, że wezwanie z dnia 30 sierpnia 2019 r. nie zostało skutecznie doręczone Odwołującemu. Bezsporna w sprawie jest okoliczność, że w dniu 30 sierpnia

2019 r. Zamawiający zamieścił na platformie, na której prowadzi postępowanie, skierowane do Odwołującego wezwanie do poprawienia lub uzupełnienia JEDZ oraz przedstawienia w ramach procedury samooczyszczenia dowodów na podjęcie takich środków, które

gwarantują jego rzetelność. Zamawiający zobowiązał Odwołującego do złożenia ww. dokumentów do dnia 4 września 2019 r. za pośrednictwem platformy zakupowej, zgodnie

z wymaganiami określonymi w Rozdziale VII ust. 7 SIWZ. Odwołujący podnosił, że informacja o zamieszczonym na platformie wezwaniu skierowanym do Odwołującego została

przesłana wyłącznie na adres elektronicznej skrzynki pocztowej d..w.@decsoft.com.pl, mimo że w JEDZ Odwołujący wskazał jako właściwy do korespondencji adres ogólny, tj.

. Z tego powodu, ze względu na urlop D. W. w okresie 26 sierpnia 2019 r. - 4 września 2019 r., Odwołujący nie mógł zapoznać się z treścią wezwania przed terminem na udzielenie na nie odpowiedzi.

Za wykazaną przez Odwołującego Izba uznała okoliczność, że wiedzę o ww. wezwaniu Odwołujący powziął w dniu 5 września 2019 r. Na powyższe wskazują złożone przez Odwołującego: wyciąg listy obecności dla D. W. w okresie od 1 sierpnia 2019 r. do 19 sierpnia 2019 r., wydruk z platformy, na której prowadzone jest postępowanie wskazujący na adres, jaki został wskazany do korespondencji z wykonawcą, wyciąg logów z bramkami bezpieczeństwa poczty elektronicznej Odwołującego z okresu 26 sierpnia 2019 r. do 17 września 2019 r., z którego wynika, że w dniu 30 sierpnia 2019 r. informacja o korespondencji od Zamawiającego została przekazana wyłącznie na adres poczty elektronicznej pani D. W., jak też korespondencja z podmiotem prowadzącym platformę Marketplanet złożona zarówno przez Odwołującego, jak i Zamawiającego, z której wynika, że przesłane przez Zamawiającego wezwanie z dnia 30 sierpnia 2019 r. zostało odczytane przez użytkownika D. W. w dniu 5 września 2019 r. i było to pierwsze wejście w szczegóły wskazanej korespondencji.

Rozpoznając przedmiotowy zarzut Izba wzięła także pod uwagę oświadczenia Stron w zakresie sposobu działania platformy, na której prowadzone jest postępowanie. Strony

były zgodne co do tego, że o aktywnościach podejmowanych na platformie wykonawca otrzymuje powiadomienie na wskazane przez siebie w toku rejestracji adresy mailowe. Odwołujący wykazał, składając wydruk z platformy, że jako adres do korespondencji z wykonawcą wskazany został decsoft@decsoft.com.pl. Odwołujący składając wykaz logów z bramki bezpieczeństwa poczty elektronicznej wykazał także, że powiadomienia o innych aktywnościach na platformie przekazywane były zarówno na adres użytkownika, jak i adres ogólny decsoft@decsoft.com.pl. Przedmiotowy wykaz logów potwierdza ponadto, że powiadomienie o korespondencji Zamawiającego z dnia 30 sierpnia 2019 r. dotarło wyłącznie na adres poczty pani D. W. . Zamawiający wyjaśnił, że zamieszczając korespondencję na platformie wskazuje jedynie nazwę użytkownika, w tym przypadku Decsoft S.A. Zamawiający oświadczył, że nie otrzymał informacji, i z uwagi na sposób działania platformy, nie mógł otrzymać informacji, że powiadomienie o korespondencji zamieszczonej na platformie nie zostało odczytane lub też że użytkownik jest nieobecny w pracy.

Biorąc pod uwagę opisane powyżej okoliczności Izba uznała, że brak jest podstaw do stwierdzenia, że nieskuteczne doręczenie nastąpiło z przyczyn leżących po którejkolwiek ze Stron. Co istotne, w ocenie Izby, wykazane zostało, że wykonawca nie przyczynił się do braku możliwości zapoznania się z treścią wezwania wystosowanego przez Zamawiającego. Izba nie przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, który stwierdził, że wykonawca powinien monitorować tok postępowania logując się na platformę bez względu na otrzymywane powiadomienia lub ich brak. Izba uznała, biorąc pod uwagę sposób działania platformy, tj. system wysyłania powiadomień na podane przez wykonawcę adresy poczty elektronicznej, że nie można wyciągać wobec wykonawcy konsekwencji z tytułu zaniechania poszukiwania aktywności Zamawiającego na platformie w sytuacji, gdy wykonawca nie otrzymał powiadomień o takiej aktywności. Należy zauważyć, że system powiadomień został utworzony właśnie po to, aby nie było konieczne nieustanne monitorowanie czy na platformie pojawiła się jakakolwiek korespondencja.

Izba stwierdziła, mając na uwadze opisane powyżej okoliczności, że wykonawca nie może ponosić konsekwencji z tytułu braku odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, z którym nie mógł zapoznać się w określonym przez Zamawiającego terminie na udzielenie odpowiedzi. Z uwagi na stwierdzony brak skuteczności wezwania z dnia 30 sierpnia 2019 r., Izba uznała, że zaistniały podstawy do unieważnienia przedmiotowego wezwania. Na skutek powyższego, za zasadny Izba uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 10b ustawy Pzp w zw. z art. 61§2 KC.

Izba stwierdziła ponadto, że treść wezwania z dnia 30 sierpnia 2019 r. skierowanego do Odwołującego nie wskazywała w sposób wystarczający zakresu, w jakim Zamawiający żądał poprawienia lub uzupełnienia złożonego przez Odwołującego oświadczenia oraz podstawy faktycznej do takiego wezwania, czym Zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Treść przedmiotowego wezwania pozwala domyślać się, że zakres poprawy bądź uzupełnienia oświadczenia Odwołującego obejmuje deklarację co do tego czy przedsięwzięto środki w celu wykazania rzetelności wykonawcy („samooczyszczenie”). Nie zostało to jednak przez Zamawiającego jednoznacznie wskazane w treści wezwania. Tymczasem, z uwagi na możliwe konsekwencje braku odpowiedzi wykonawcy na wezwanie wystosowane przez zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający zobowiązany jest w sposób nie budzący wątpliwości wykonawcy określić, w jakim zakresie oczekuje poprawienia bądź uzupełnienia dokumentu.

Ponadto, Izba stoi na stanowisku, że wystosowane przez Zamawiającego w dniu 30 sierpnia 2019 r. wezwanie do poprawienia lub uzupełnienia oświadczenia oraz zastosowania procedury samooczyszczenia było przedwczesne. Izba przychyliła się do utrwalonego w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej stanowiska, że aby wezwać wykonawcę do samooczyszczenia, zamawiający powinien zbadać zaistnienie wszystkich przesłanek do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Należy bowiem podkreślić, że instytucja samooczyszczenia ma zastosowanie wtedy, gdy wobec wykonawcy zachodzi podstawa wykluczenia, ale wykonawca zamierza wykazać, że mimo to jest podmiotem rzetelnym i wiarygodnym. Instytucja ta nie ma natomiast zastosowania w sytuacji, gdy wobec wykonawcy ww. podstawa wykluczenia nie zachodzi. Na powyższe wskazuje dyspozycja art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp, zgodnie z którą wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16-20 lub ust. 5, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych

i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8. Rolą zamawiającego jest zatem zebranie dowodów świadczących o wystąpieniu wszystkich, określonych w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, przesłanek łącznie i uzasadnienie zaistnienia każdej z nich. Jest to istotne dla zachowania zasady proporcjonalności i przejrzystości postępowania oraz zachowania uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp), a także dla możliwości skorzystania przez wykonawcę z procedury samooczyszczenia, o której mowa w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, lub skorzystania przez niego ze środków ochrony prawnej. Podkreślić należy, że jedynie w przypadku wykazania istnienia wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, zasadne jest skorzystanie przez wykonawcę z uprawnienia do przedstawienia dowodów na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do uznania jego rzetelności.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający wzywając Odwołującego do poprawienia lub uzupełnienia oświadczenia, a także do przedstawienia dowodów w ramach procedury samooczyszczenia, nie wykazał zaistnienia przesłanek do wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający przytoczył jedynie stanowiska stron umowy nr 282/08/2017, nie przedstawiając argumentacji co do ziszczenia się ww. podstawy wykluczenia Odwołującego. Z uwagi na powyższe, za zasadny Izba uznała także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe przemawia za zasadnością unieważnienia czynności wezwania wystosowanego do Odwołującego w dniu 30 sierpnia 2019 r.

Izba nie rozpoznała zarzutu naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp. Zarzut ten podniesiony został jedynie z ostrożności. Izba miała na względzie, że Zamawiający nie stwierdził, że zaistniały podstawy do wykluczenia Odwołującego z postępowania na ww. podstawie.

Z uwagi na powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 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 (Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący :