Sygn. akt: KIO 2388/20

WYROK
z dnia 2 listopada 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Katarzyna Prowadzisz
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 października 2020 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu w dniu 21 września 2020 roku
przez wykonawcę Aspello spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Państwową Agencję Atomistyki
przy udziale wykonawcy S & T Services Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego
o sygn. akt KIO 2388/20 po stronie Zamawiającego

orzeka:

*1.*Umarza postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 2288/20 wywołane
w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego *na stworzenie i wdrożenie systemu informatycznego składającego się z bazy danych monitoringu radiacyjnego oraz narzędzi do analizy i raportowania na potrzeby Komputerowego Centrum Analizy Danych Centrum ds. Zdarzeń Radiacyjnych (System KCAD), zgodnego*
ze Szczegółowym opisem przedmiotu umowy stanowiącym załącznik nr 1 do umowy spełniającego założenia zawarte w Projekcie technicznym Systemu KCAD stanowiącym załącznik nr 2 do umowy oraz zapewnienie serwisu gwarancyjnego
i świadczenie asysty technicznej w okresie gwarancji w zakresie wszystkich zarzutów podniesionych w odwołaniu w odniesieniu do wykonawcy Centrum Informatyki „ZETO" spółka akcyjna z siedzibą w Białymstoku z uwagi wycofanie zarzutów odwołania przez Odwołującego.

2.Uwzględnia odwołanie.
Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 10 września 2020 roku
t j . *Zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, o Wykonawcach wykluczonych oraz o ofertach odrzuconych,* w tym poinformowania Odwołującego o wykluczeniu
z postępowania o udzielnie zamówienia publicznego *na stworzenie i wdrożenie systemu informatycznego składającego się z bazy danych monitoringu radiacyjnego oraz narzędzi do analizy i raportowania na potrzeby Komputerowego Centrum Analizy Danych Centrum ds. Zdarzeń Radiacyjnych (System KCAD), zgodnego ze Szczegółowym opisem przedmiotu umowy stanowiącym załącznik nr 1 do umowy spełniającego założenia zawarte w Projekcie technicznym Systemu KCAD stanowiącym załącznik nr 2 do umowy oraz zapewnienie serwisu gwarancyjnego i świadczenie asysty technicznej w okresie gwarancji*.
Nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności poinformowania Odwołującego
o podjętej czynności w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego względem Odwołującego z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego zgodnie z regulacją art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy.
Pozostałe zarzuty odwołania uznaje za niezasadne.

3.Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Państwową Agencję Atomistyki i:
3.1zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Aspello spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu tytułem wpisu od odwołania,
3.2zasądza od Zamawiającego Państwowej Agencji Atomistyki na rzecz wykonawcy wykonawcę Aspello spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, 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 Warszawie.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 2388/20

U Z A S A D N I E N I E

Zamawiający – Państwowa Agencja Atomistyki – prowadzi postępowanie
o udzielenie zamówienia publicznego *na stworzenie i wdrożenie systemu informatycznego składającego się z bazy danych monitoringu radiacyjnego oraz narzędzi do analizy*
i raportowania na potrzeby Komputerowego Centrum Analizy Danych Centrum ds. Zdarzeń Radiacyjnych (System KCAD), zgodnego ze Szczegółowym opisem przedmiotu umowy stanowiącym załącznik nr 1 do umowy spełniającego założenia zawarte w Projekcie technicznym Systemu KCAD stanowiącym załącznik nr 2 do umowy oraz zapewnienie serwisu gwarancyjnego i świadczenie asysty technicznej w okresie gwarancji.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiejw dniu 15 czerwca 2020 roku pod numerem 2019/S 114-276704.

21 września 2020 roku działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.; dalej: „Pzp" lub „ustawa") Odwołujący wniósł odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

–wykluczeniu Odwołującego z Postępowania z naruszeniem art. 24 ust 5 pkt 4 Pzp
a w konsekwencji art. 89 ust 1 pkt 5 Pzp,
–naruszeniu art. 92 ust 1 pkt 3 Pzp w zakresie braku pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności wykluczenia,
–naruszeniu art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust 1 Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej,
–z ostrożności - również na zaniechaniu odrzucenia z postępowania oferty wykonawcy Centrum Informatyki „ZETO" S.A przy zaistnieniu wobec tej oferty dodatkowej i niepodniesionej przez Zamawiającego w decyzji o rozstrzygnięciu postępowania przesłanki niezgodności treści oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący wniósł o unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego

z postępowania a także odrzucenia jej jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik Postępowania, a w konsekwencji, powtórzenia czynności badania oraz oceny ofert
z uwzględnieniem Odwołującego i jego oferty złożonej w Postępowaniu oraz odrzucenia oferty Centrum Informatyki „ZETO" S.A na podstawie dodatkowej przesłanki odrzucenia
(w przypadku gdyby wykonawca ten wniósł własne odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty z dnia 10.09.br.).

Odwołujący podniósł, że posiada interes we wniesieniu odwołania ponieważ jego oferta, przy uwzględnieniu danych z czynności publicznego otwarcia ofert z dnia 17 lipca br., a także mając na uwadze fakt, że decyzją Zamawiającego z dnia 10 września 2020 roku doszło do odrzucenia z postępowania ofert poprzedzających Odwołującego w rankingu
(NET PC Sp. z o.o., ABAKUS Systemy Teleinformatyczne Sp. z o.o., BI Insight S.A., Centrum Informatyki „ZETO" S.A przy uwzględnieniu odwołania będzie ofertą najkorzystniejszą w świetle przyjętych w Postępowaniu kryteriów oceny ofert, a jednocześnie mieszczącą się w kwocie jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć
na sfinansowanie zamówienia. W konsekwencji interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia w tym Postępowaniu doznał więc uszczerbku, bowiem gdyby nie zaskarżone czynności i zaniechania Zamawiającego, to Odwołujący uzyskałby zamówienie, tym samym Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraconych zysków z realizacji umowy zawartej z Zamawiającym.
W zakresie odnoszącym się do zarzutów dotyczących wykonawcy Centrum Informatyki „ZETO" S.A. Odwołujący wskazuje, że odwołanie jest wnoszone z ostrożności, gdyby pomimo odrzucenia oferty decyzją Zamawiającego z dnia 10 września 2020 roku, wykonawca ten wobec decyzji wnosił własne odwołanie do Izby, uwzględniając fakt, że w rankingu ofert „ZETO" jest przed Odwołującym.
Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) - Przedmiot zamówienia obejmuje stworzenie i wdrożenie systemu informatycznego, składającego się z bazy danych monitoringu radiacyjnego oraz narzędzi do analizy i raportowania na potrzeby Centrum Analizy Danych Centrum ds. Zdarzeń Radiacyjnych (System KCAD], zgodnego ze Szczegółowym opisem przedmiotu umowy stanowiącym załączniknr 1 do umowy, spełniającego założenia zawarte w Projekcie technicznym Systemu KCAD stanowiącym załącznik nr 2 do umowy oraz zapewnienie serwisu gwarancyjnego i świadczenie asysty technicznej w okresie gwarancji. Wymagania przedmiotowe zostały określone we wzorze umowy.
Odwołujący wskazał na informacje wynikające z przebiegu postępowania w zakresie dotyczącym podstaw wykluczenia z postępowania podając:
Zamawiający przewidział w postępowaniu w treści SIWZ stosowanie fakultatywnej podstawy wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 24 ust 5 pkt 4 Pzp - zgodnie z Rozdziałem III. Pkt 5 SIWZ. Odwołujący podał, że SIWZ nie wskazuje, które konkretnie przesłanki fakultatywne wykluczenia mają zastosowanie, jednak powołanie ust 5 art. 2 4 ustawy bez precyzowania konkretnych jego punktów Odwołujący uznaje za stosowanie wszystkich podstaw wykluczenia wymienionych w tym przepisie.
Zamawiający nie udostępnił wykonawcom JEDZ wstępnie wypełnionego w narzędziu https://espd.uzp.gov.pl/. Powyższe skutkowało koniecznością samodzielnego wypełnienia formularza przez wykonawców. Odwołujący składając ofertę nie złożył wraz z nią oświadczenia JEDZ, a w konsekwencji Zamawiający czynnością z dnia 4 sierpnia 2020 roku wezwał Odwołującego do uzupełnienia JEDZ wyznaczając termin. Odwołujący
w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie oraz formie uzupełnił oświadczenie JEDZ.
Treść JEDZ uzupełnionego przez Odwołującego w postępowaniu w zakresie Sekcji, z którą związane jest wykluczenie z postępowania została przez Odwołującego wypełniona
w następujący sposób:
rozwiązanie umowy przed czasem, odszkodowania lub inne porównywalne sankcje
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?
Proszę podać odpowiedź
•Tak
O Nie
Proszę je opisać
Szczegółowe informacje znajdują się w załączniku do JEDZ. Na osobnych kartach Wykonawca przedstawia stan prawny i faktyczny w zakresie okoliczności rozwiązania umowy. Całość dokumentacji przedłożona wraz z JEDZ w zakresie w/w pytania objęta jest tajemnicą przedsiębiorstwa wykonawcy.
Czy przedsięwzięto środki w celu wykazania Państwa rzetelności („samooczyszczenie")?
OTak
•Nie
Proszę je opisać
Odwołujący podał, że zgodnie z adnotacją zawartą w powołanej powyżej sekcji JEDZ złożył wraz z uzupełnionym JEDZ także pełną dokumentację odnoszącą się do umowy, której dotyczyła kwestia rozwiązania. W szczególności Odwołujący złożył szczegółową informację własną w zakresie okoliczności towarzyszących realizacji wskazanej umowy (plik : JEDZ - załącznik nr 1-sig.pdf). Stanowisko własne prezentuje okoliczności związane z realizacją umowy oraz skutecznym, w ocenie Odwołującego, wykazaniem, że wskutek wyłącznych zaniechań poprzedniego Zamawiającego w zakresie odbiorów wykonanych etapów i braku współpracy przez Zamawiającego z Wykonawcą, konieczne stało się odstąpienie od umowy, ale nie przez Zamawiającego, ale przez Wykonawcę. Przedłożone wyjaśnienia wraz z dokumentami potwierdzają, że Zamawiający w sposób nieuprawniony naliczył kary umowne Wykonawcy, a do rozwiązania umowy przed czasem doszło wyłącznie z winy poprzedniego Zamawiającego. Tym samym w ocenie Odwołującego nie zaistniały wobec Wykonawcy przesłanki dotyczące wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy, a więc niezasadnym byłoby skorzystanie przez niego z instytucji samooczyszczenia. Poza obszernym wyjaśnieniem Odwołujący przedłożył wraz z pismem 15 odrębnych załączników (dokumentów źródłowych na które powołuje się w piśmie).
Odwołujący podał, że aktualne orzecznictwo Izby potwierdza obowiązki informacyjne wykonawców w odniesieniu do poprzednich zamówień skutkujących rozwiązaniem umowy – tak wyrok sygn. akt KIO 706/20. Odwołujący podał, że w postępowaniu nie zataił Zamawiającemu powyższych okoliczności, a ponadto złożył wyczerpujące wyjaśnienia
i dokumenty źródłowe dotyczące realizacji spornej umowy.

Dokumentacja ta została przez Wykonawcę zastrzeżona jako zawierająca tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy. Poza zastrzeżeniem Odwołujący złożył wraz z dokumentami także odrębne obszerne uzasadnienie prawne i faktyczne oraz dowody uzasadniające przyczynę ochrony informacji. Zamawiający tajemnicy tej w trakcie postępowania nie uchylił, co oznacza, że była ona od złożenia dokumentów oraz na dzień wnoszenia odwołania pozostaje w pełni aktualna i skuteczna. Żaden z pozostałych wykonawców nie kwestionował skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa tych dokumentów i nie wnosił o ich odtajnienie. Dodatkowo Odwołujący wskazał, że gdyby pozostali wykonawcy kwestionowali skuteczność zastrzeżenia powyższych informacji jako stanowiących tajemnicę, przysługiwało im prawo do zakwestionowania powyższego zastrzeżenia oraz decyzji Zamawiającego
na drodze środków ochrony prawnej, czego jednak nie uczynili. Zawity charakter terminów dla wnoszenia przez wykonawców odwołań powoduje, że ewentualne przystąpienie
do postępowania odwoławczego nie jest właściwym czasem dla kwestionowania powyższych czynności, bowiem powyższe winno być, o ile taka byłaby ocena konkurencyjnych wykonawców, przedmiotem samodzielnego odwołania wnoszonego
z terminem liczonym od daty rozstrzygnięcia postępowania [od tego czasu zgodnie z art. 96 ust 3 Pzp załączniki do protokołu postępowania a do takich należą także przedmiotowe wyjaśnienia w trybie art. 26 ust 4 Pzp z załącznikami stają się jawne). Powyższe potwierdza aktualność ochrony informacji w tym zakresie także w trakcie postępowania odwoławczego. Także Zamawiający nie dokonując w trakcie postępowania czynności zmierzających
do odtajnienia dokumentów Odwołującego na aktualnym etapie postępowania nie jest
do tego uprawniony, bowiem w zakresie takiego zamiaru, także Odwołującemu, przysługiwałoby odrębne prawo do wniesienia odwołania. Uwzględniając fakt,
że Zamawiający na wezwanie Izby ma obowiązek udostępnienia pełnej dokumentacji postępowania, w tym w szczególności stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wyjaśnień wraz z załącznikami, odwołanie jest sporządzone w sposób, który poufnych informacji
nie zawiera, zaś Izba orzekając w sprawie posiadać będzie dokumenty stanowiące tajemnicę na które Odwołujący powołuje się w odwołaniu.
Wezwanie do udzielenia wyjaśnień JEDZ.
Zamawiający pismem z dnia 10 sierpnia 2020 roku wezwał Odwołującego w przedmiocie powyższego oświadczenia zawartego w JEDZ do udzielenia dodatkowych wyjaśnień wskazując:
W związku z uzupełnieniem przez Wykonawcę oświadczenia JEDZ oraz skorzystaniem
z procedury samooczyszczenia, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp", Zamawiający wnosi o udzielenie szczegółowych wyjaśnień, jakie konkretne środki naprawcze podjął Wykonawca, aby przeciwdziałać niewykonaniu w terminie (w tym miejscu wykreślenie) *Zamawiający wnosi o przedłożenie dowolnych środków dowodowych*
w powyższej sprawie.
Jak wynika z treści wezwania, na co wskazuje Odwołujący, Zamawiający powołując się na przepis art. 26 ust 4 Pzp oczekiwał od Odwołującego szczegółowych wyjaśnień w zakresie złożonego JEDZ jednocześnie wskazał jakoby wykonawca skorzystał z procedury samooczyszczenia - co jednak nie było zgodne z treścią oświadczenia JEDZ.
Odwołujący w JEDZ w sposób jednoznaczny i nieobarczony żadną wadą oświadczenia woli wskazał, że nie przedsięwziął środków w celu wykazania rzetelności („samooczyszczenia"). Tymczasem treść wezwania wskazywała na oczekiwanie Zamawiającego aby jednak przedstawił samooczyszczenie mimo, że Wykonawca wyraźnie w JEDZ oświadczył, że środków takich nie stosował:
Pzp", Zamawiający wnosi o udzielnie szczegółowych wyjaśnień, jakie konkretnie środki naprawcze podjął Wykonawca, aby przeciwdziałać niewykonaniu w terminie (w tym miejscu wykreślenie).
Wyjaśnienia Odwołującego.
Odwołujący w piśmie z dnia 12 sierpnia 2020 roku przedstawił szczegółowe wyjaśnienia, m.in. w zakresie odnoszącym się do podstawy prawnej wykluczenia z art. 24 ust 5 pkt 4 Pzp oraz procedury self cleaning w relacji do treści złożonego JEDZ oraz okoliczności faktycznych dotyczących realizacji powołanej umowy.
Odwołujący szczegółowo prezentował stanowisko, zgodnie z którym kształt formularza JEDZ oznacza, że oświadczenie w powołanej części JEDZ potwierdzające fakt rozwiązania uprzedniej umowy lub nałożenie odszkodowania bądź innych porównywalnych sankcji nie stanowi automatycznego przyznania przez wykonawcy, że zaistniała wobec niego krajowa podstawa wykluczenia z postępowania, co z kolei obligowałoby wykonawcę także automatycznie do przedstawiania i opisania przedsięwziętych środków w celu samooczyszczenia aby uniknąć wykluczenia. Powyższe znajduje odzwierciedlenie
w orzecznictwie Izby – sygn. akt KIO 80/19, co zostało podtrzymane przez Sąd Okręgowy
w Warszawie w orzeczeniu Sygn. akt XXIII Ga 469/19 z dnia 23 sierpnia 2019.
W zakresie dotyczącym procedury samooczyszczenia Odwołujący prezentował stanowisko, które podtrzymał w odwołaniu, że procedura samooczyszczenia nie może dotyczyć przypadku gdy przyczyną, i to wyłączną, niewykonania przez wykonawcę uprzedniego zamówienia publicznego były okoliczności za które odpowiada poprzedni zamawiający. Celem procedury self-cleaning, zgodne z intencją ustawodawcy tak europejskiego
jak i krajowego, jest wykazanie przez danego wykonawcę, że pomimo zaistnienia okoliczności uzasadniającej wykluczenie go z postępowania, jest on wykonawcą rzetelnym
i dającym rękojmię należytego wykonania umowy. Sytuacja ta dotyczy zatem jedynie przypadku, gdy wykonawca przyznaje, że zaistniała wobec niego podstawa wykluczenia.
Nie dotyczy zatem sytuacji, gdy przesłanka wykluczenia obiektywnie wobec wykonawcy
nie występuje, jak w przedmiotowej sprawie. Na czym bowiem miałaby ona polegać, skoro kontrahent-zamawiający nie przestrzega zawartej umowy i rości wobec wykonawcy realizacji zamówienia na wskazanym etapie w sposób niezgodny z dokumentacją przetargową oraz ofertą wykonawcy. Odwołujący podał, że stanowisko jego znajduje odzwierciedlenie
w orzecznictwie Izby dotyczącym procedury samooczyszczenia – sygn. akt KIO 2400/18; sygn. akt KIO 1797/18, sygn. akt KIO 1102/18, sygn. akt KIO 596/18. Odwołujący uzasadniał, że mając na uwadzejednolite stanowisko wyrażone w powołanych orzeczeniach Izby, podstawa do samooczyszczenia to przyznanie się wykonawcy do istnienia wobec niego podstawy do wykluczenia. Skoro zatem w przedmiotowej sprawie wykonawca potwierdza,
że nie istnieją wobec niego przesłanki wykluczenia, dokonywanie samooczyszczenia byłoby nieuzasadnione.

Treść JEDZ złożonego przez Odwołującego jest jednoznaczna i nie budząca wątpliwości interpretacyjnych - potwierdza on fakt, że do czynności rozwiązania umowy doszło (zaprzeczenie wiązałoby się z ryzykiem podstawy wykluczenia o której mowa w art. 24 ust 1 pkt 16 Pzp z samego tytułu podania oświadczenia odnoszącego się do odmiennych faktów w JEDZ) ale jednocześnie nie potwierdza zastosowania procedury samooczyszczenia, która odnosi się wyłącznie do sytuacji przyznania się do wystąpienia podstawy wykluczenia
z postępowania, co w sprawie nie ma miejsca.
Naruszające art. 24 ust 5 pkt 4 Pzp wykluczenie Odwołującego. Deficyt uzasadnienia decyzji o wykluczeniu.
Zamawiający czynnością z dnia 10 września 2020 dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wykluczenia z postępowania Odwołującego. Uzasadnienie decyzji o wykluczeniu jest lakoniczne i nie zawiera praktycznie żadnego konkretnego uzasadnienia i sprowadza się
do powielenia brzmienia przepisu ustawy Pzp. Zgodnie z treścią decyzji Zamawiającego:*ASPELLO Sp. z o.o. z siedzibą: ul. Technologiczna 2, 45-839 Opole - Wykonawca został wykluczony z prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*
na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, z uwagi na to, iż Wykonawca z przyczyn leżących po jego stronie nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę
w sprawie zamówienia publicznego, zawartą z Zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4 ustawy Pzp. co doprowadziło do rozwiązania umowy oraz naliczenia kary umownej.
Odwołujący podniósł, że ciężar wykazania zaistnienia podstaw wykluczenia wykonawcy
z postępowania spoczywa, zgodnie z art. 6 KC, w całości na Zamawiającym, który podejmuje decyzję o wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu. Powyższe jest szczególnie istotne właśnie w odniesieniu do podstawy wykluczenia z art. 24 ust 5 pkt 4 ustawy - zwłaszcza w sytuacji, gdy w trakcie postępowania Odwołujący przedstawił Zamawiającemu zarówno pełne uzasadnienie faktyczne jak i prawne związane z realizacją spornej umowy, a dodatkowo poza stanowiskiem własnym złożył dokumenty źródłowe, których lektura winna pozwolić Zamawiającemu na ocenę stanowiska Odwołującego. Nawet w sytuacji gdyby Zamawiający doszedł do odmiennych wniosków zgodnie z Pzp miał obowiązek zakomunikować to stanowisko Odwołującemu w sposób konkretny
i jednoznaczny. Odwołujący wskazał na orzeczenia Izby – sygn. akt KIO 988/19, sygn. akt KIO 454/18.
Zdaniem Odwołującego uzasadnienie faktyczne podstawy wykluczenia sprowadza się w istocie do przepisania przez Zamawiającego brzmienia art. 24 ust 5 pkt 4 Pzp i jednozdaniowego komentarza.
podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, z uwagi na to, iż Wykonawca z przyczyn leżących po jego stronie nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego, zawartą z Zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4 ustawy Pzp co doprowadziło do rozwiązania umowy oraz naliczenia kary umownej.
Jak wynika z powyższego Zamawiający w sposób arbitralny uznał, że Odwołujący z przyczyn leżących po jego stronie nienależycie wykonał w istotnym stopniu wskazaną umowę.
W ocenie Zamawiającego poza rozwiązaniem umowy podstawą do wykluczenia
z postępowania ma być także fakt naliczenia kary umownej. W odniesieniu do obszernych wyjaśnień wraz z dowodami jakie zostały złożone wraz z JEDZ przez Odwołującego, Zamawiający ogranicza się do ogólnikowego stwierdzenia:
W przesłanych wyjaśnieniach Wykonawca neguje, jakoby doszło do rozwiązania umowy i naliczenia kary umownej z jego winy, co jest sprzeczne z dostarczonymi wraz z JEDZ dowodami. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 27 marca 2018r. (sygn. Akt: KIO…
Przesłanka wykluczenia wykonawców z postępowania o zamówienie publiczne o której mowa w art. 24 ust 5 pkt 4 Pzp ma swoje źródło w art. 57 ust. 4 lit. g Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. Zgodnie z przepisem art. 24 ust. 5 ustawy Pzp, z postępowania wyklucza się wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.
Dla zaistnienia tej przesłanki niezbędne jest wykazanie przez Zamawiającego, że zachodzą łącznie następujące okoliczności:
- wykonawca z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał albo nienależycie wykonał wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji (w okresie 3 lat),
- niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy dotyczyło "istotnego stopnia" tej umowy,
- niewykonanie lub nienależyte wykonanie doprowadziło do rozwiązania tej umowy albo zasądzenia odszkodowania.
Jak wynika z przedłożonych w postępowaniu Zamawiającemu wyjaśnień oraz dokumentów, to wskutek wyłącznych zaniechań w zakresie odbiorów wykonanych etapów prac i braku współpracy przez poprzedniego Zamawiającego, konieczne stało się odstąpienie od umowy ale nie przez Zamawiającego ale przez Wykonawcę. Nie ulega wątpliwości, że brzmienie przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust 5 pkt 4 Pzp referują do przypadku, gdy rozwiązanie umowy o zamówienie publiczne nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, który nie wykonał albo nienależycie wykonał wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego, które to niewykonanie lub nienależyte wykonanie doprowadziło do rozwiązania tej umowy albo zasądzenia odszkodowania. Bez wątpienia zatem nie jest przez Pzp sankcjonowane wykluczeniem z postępowań niewykonanie zamówienia publicznego wskutek odstąpienia od tej umowy przez wykonawcę z przyczyn obciążających wyłącznie zamawiającego, jak ma to miejsce w przedmiotowej sprawie.
Wykonawca wskazuje, iż, co wynika ze złożonych wyjaśnień oraz dowodów, powodem rozwiązania umowy przed czasem były: (-) brak współdziałania Zamawiającego
z Wykonawcą podczas wykonywania umowy, (-) brak odbioru przez Zamawiającego Etapu 3 Umowy pomimo jego należytego wykonania przez Wykonawcę i niezgłoszenia przez Zamawiającego uwag do niego w terminie określonym w umowie, (-) brak zapłaty przez Zamawiającemu całości wynagrodzenia Wykonawcy za wykonane prace. Ponadto pomiędzy wykonawcą a Zamawiającym doszło do sporu dotyczącego realizacji Etapu 3 umowy, który to spór spowodował, że Zamawiający złożył oświadczenie o rozwiązaniu umowy z powodu naliczenia kar umownych. W ocenie Wykonawcy oświadczenie to nie wywołało żadnych skutków prawnych, gdyż było prawnie bezskuteczne, a naliczone kary umowne - bezpodstawne. W następstwie zaistniałego sporu to Wykonawca zmuszony był odstąpić skutecznie od umowy z wyłącznej winy Zamawiającego. Okoliczności faktyczne odstąpienia zostały opisane szczegółowo w wyjaśnieniach złożonych wraz z JEDZ. Jak wynika
z powyższych dowodów w sprawie zasadnicze znaczenie miała kwestia sposobu rozumienia przez strony Opisu przedmiotu zamówienia w zakresie Etapu 3. W ocenie Wykonawcy realizacja przez niego zamówienia w zakresie Etapu 3 była w pełni zgodna z SIWZ, OPZ, ofertą, umową oraz harmonogramem. To wskutek rozszerzającej i niezgodnej z

rzeczywistym zakresem rzeczowym OPZ i oferty interpretacji przez poprzedniego Zamawiającego doszło do stwierdzonego przez Zamawiającego jednostronnie opóźnienia, co stało się bezpośrednią podstawą naliczenia kar umownych. Jak potwierdza udostępniona korespondencja jak również harmonogram realizacji zamówienia, na żadnym etapie realizacji umowy ani Etap kolejny 4 ani też ostateczny termin wykonania zamówienia nie był zagrożony. Wykonawca, co potwierdza załączona korespondencja na każdym etapie wykonania umowy podkreślał, że Zamawiający nie był uprawniony do rozwiązania umowy bowiem żadna z występującej w niej przesłanek nie została spełniona. Wykonawca podkreślał każdorazowo, że Zamawiający nie był uprawniony do egzekwowania
od Wykonawcy wykonania poleceń niezgodnych z treścią Umowy lub Opisu Przedmiotu Zamówienia lub też takich, które nie mieszczą się w treści umowy lub też w Opisie Przedmiotu Zamówienia i stanowią dodatkowe obowiązki dla Wykonawcy, które nie są objęte wynagrodzeniem umownym. Wykonawca kwestionował wielokrotnie brak podstaw
do naliczenia kary umownej. Wykonawca kwestionował, co potwierdza załączona korespondencja w sprawie z Zamawiającym, i nadal kwestionuje, podstawę zarówno
do naliczania w tej sytuacji kar umownych jak i rozwiązania umowy, do których to czynności w jego ocenie, doszło z naruszeniem umowy. Wykonawca uznaje, że czynność zarówno naliczenia kar umownych z tytułu opóźnienia jak również czynność Zamawiającego polegająca na rozwiązaniu umowy zostały dokonane z oczywistym naruszeniem postanowień zawartej umowy i jako takie nie wywołują skutków prawnych. Wykonawca,
co potwierdza, jego ocenę rozwiązania umowy przez Zamawiającego jako czynności niewywołującej skutków prawnych, zrealizował i przekazał Zamawiającemu także Etap 4 Umowy. Wobec powyższych okoliczności, to Wykonawca, odstąpił od umowy ze skutkiem
ex nunc tj. w części niewykonanej, z wyłącznej winy Zamawiającego i ta ostatnia czynność była czynnością zgodną z umową wobec bierności Zamawiającego i niedokonywania odbioru zrealizowanych przez wykonawcę etapów.
Odwołujący potwierdzał w odwołaniu, że do rozwiązania umowy z poprzednim zamawiającym doszło z wyłącznej winy Zamawiającego a zatem w stosunku do Wykonawcy nie zachodzi podstawa do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy w konsekwencji powyższego nie znajduje zastosowania w sprawie także procedura self cleaning. Odwołujący wskazał na orzeczenie Izby sygn. akt KIO 454/18.
W odniesieniu do kwestii elementu przesłanki wykluczenia z art. 24 ust 5 pkt 4 ustawy
w postaci zasądzenia odszkodowania w sprawie okoliczność taka nie nastąpiła. To Odwołujący jest na etapie powództwa cywilnego w powyższym zakresie przeciwko poprzedniemu Zamawiającemu o zwrot nienależnie zatrzymanych kar umownych oraz bezpodstawne zakończenie umowy, co skutkowało nie uzyskaniem przez Odwołującego przewidzianych umową korzyści.
Odwołujący podał, że jako podmiot profesjonalnie zajmujący się realizacją analogicznych projektów informatycznych potwierdza, że to brak kompetencji po stronie poprzedniego zleceniodawcy stał się faktyczną przeszkodą w realizacji przedmiotu zamówienia określonego w dokumentacji przetargowej a jednocześnie poprzedni Zamawiający usiłował przerzucić w nieuprawniony sposób odpowiedzialność na stronę wykonawcy. Sam projekt jako taki nie był ani projektem innowacyjnym ani szczególnie skomplikowanym zadaniem ani też wysokowartościowym. Odwołujący jako strona Umowy, która jest przedmiotem zastrzeżeń aktualnego Zamawiającego, posiada zarówno dostęp do kompletnej dokumentacji z przebiegu realizacji zamówienia, wiedzę nt. sposobu jego wykonania przez strony, jak również jako przedsiębiorca z branży IT posiada kwalifikacje i kompetencje
w zakresie realizacji takich projektów informatycznych. W ocenie Odwołującego okoliczności związane z rozwiązaniem wskazanej umowy pozostają poza podstawą wykluczenia
z postępowań o zamówienie publiczne o której mowa w art. 24 ust 5 pkt 4 Pzp.
Odwołujący składał analogiczne dokumenty oraz oświadczenia w wielu postępowaniach
o zamówienie publiczne i w żadnym z przypadków Zamawiający po zapoznaniu się z ich treścią nie uznawali aby zachodziła podstawa wykluczenia Odwołującego z postępowań.
Co więcej w aktualnym postępowaniu także inny wykonawca Comarch SA w analogiczny sposób wypełnił JEDZ, a Zamawiający nie dokonał wykluczenia tego wykonawcy z postępowania. Jak wynika z JEDZ Comarch SA:
rozwiązanie umowy przed czasem, odszkodowania lub inne porównywalne sankcje
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?
Proszę podać odpowiedź
- *•Tak*
- *ONie*

Proszę je opisać
Informacje znajdują się w zał. 1 do JEDZ Comarch S.A. Na osobnych kartach wykonawca przedstawia stan prawny i faktyczny w zakresie okoliczności rozwiązania wszystkich w/w umów. Całość dokumentacji przedłożona wraz z JEDZ w zakresie w/w pytania objęta jest tajemnicą przedsiębiorstwa wykonawcy - z uzasadnieniem na osobnej karcie. Tajemnicą nie są objęte wyłącznie dokumenty wyraźnie oznaczone jako jawne w spisie dokumentów.
Czy przedsięwzięto środki w celu wykazania Państwa rzetelności („samooczyszczenie")?
- *OTak*
- *•Nie*

Proszę je opisać
W zakresie odnoszącym się do procedury self cleaning w uzasadnieniu wykluczenia, gdzie Zamawiający podnosi, że:
dowodami. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z unia 27 marca 2018r. (sygn. Akt: KIO 444/18) wskazuje, iż warunkiem koniecznym do prawidłowego przeprowadzenia self- cleaningu jest przyznanie się do winy.
W ramach wszczętej przez Zamawiającego procedury self-cleaningu Wykonawca nie złożył wyjaśnień i nie przedstawił odpowiednich dowodów wskazujących na podjęte działania, które zapobiegałyby dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu, a więc nie wskazał na takie działania, które eliminowałby przyczyny niewłaściwego zachowania Wykonawcy w przyszłości.
Odwołujący przywołał orzecznictwo Izby podane wcześniej, które wskazuje na proces samooczyszczenia jedynie w sytuacji, gdy materializuje się wobec wykonawcy podstawa
do wykluczenia z postępowania. Skoro, jak wynika ze złożonych przez wykonawcę w trakcie postępowania wyjaśnień, Odwołujący potwierdza, że nie zachodzi wobec niego przesłanka wykluczenia zgodnie z art. 24 ust 5 pkt 4 ustawy, oczekiwanie przeprowadzenia procesu samooczyszczenia jest nieuprawnione. Odwołujący odwołał się do orzecznictwa Izby – sygn. akt KIO 1248/20.

Odnosząc się do uzasadnienia faktycznego decyzji o wykluczeniu Odwołujący podał,
ze wydaje się, że w istocie została ona dokonana z powodu nie złożenia przez wykonawcę dowodów na samooczyszczenie. Powyższe wynika prawdopodobniej z przekonania Zamawiającego, że oświadczenie zawarte w JEDZ informujące o fakcie rozwiązania poprzedniej umowy o zamówienie publiczne automatycznie rodzi po stronie wykonawcy obowiązek przeprowadzenia procedury samooczyszczenia tymczasem tak w istocie nie jest. Obowiązek przeprowadzenia samooczyszczenia związany jest wyłącznie z wystąpieniem wobec wykonawcy przesłanki wykluczenia z postępowania. Odwołujący odwołał się do orzecznictwa Izby – sygn. akt KIO 2336/19.
Deficyt uzasadnienia faktycznego wykluczenia.
W zakresie odnoszącym się do treści uzasadnienia decyzji o wykluczeniu z postępowania
w ocenie Odwołującego brak konkretnego i wyczerpującego uzasadnienia decyzji
o wykluczeniu odwołującego stanowi naruszenie art. 92 ust 1 pkt 3 Pzp, co faktycznie jeśli nie uniemożliwia to co najmniej utrudnia kwestionowanie decyzji Zamawiającego. Wykonawca odnosi się w treści odwołania wyłącznie do tych podstaw wykluczenia i tego uzasadnienia które powołał Zamawiający w decyzji. Jak wskazuje orzecznictwo Izby - podkreślenia wymaga, że zamawiający powinien już w uzasadnieniu przekazywanej informacji zawrzeć wszelkie podstawy podjętej przez niego czynności (np. wykluczenia albo odrzucenia), gdyż nie jest dopuszczalne podnoszenie w ramach postępowania odwoławczego nowych podstaw niewyrażonych uprzednio – sygn. akt KIO 1346/16,
też sygn. akt KIO 1794/15, sygn. akt KIO 1858/17, sygn. akt KIO 163/17.
Odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust 1 pkt 5 Pzp.
Zamawiający decyzją z dnia 10 września 2020 roku dokonał w związku z wykluczeniem Odwołującego na podstawie art. 24 ust 5 pkt 4 Pzp odrębnej czynności odrzucenia jej na podstawie art. 89 ust 1 pkt 5 ustawy. Odwołujący wskazuje, że czynność ta jest wadliwa, bowiem przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy nie stanowi równoległej odrębnej podstawy prawnej odrzucenia oferty wykonawcy, który został wykluczony z postępowania ale odnosi się do trybów dwuetapowych i sytuacji złożenia w postępowaniu na drugim etapie oferty przez wykonawcę który na etapie kwalifikacji podmiotowej został wykluczony z postępowania – Odwołujący wskazał na orzeczenia Izby sygn. akt KIO 2075/16, sygn. akt KIO 2154/16 oraz sygn. akt KIO 268/16 i KIO 270/16. Uwzględniając tryb w jakim prowadzone jest przedmiotowe postępowanie, czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp jest dokonana w sposób nieprawidłowy. Oczywistym przy tym jest, że uwzględnienie zarzutu dotyczącego podstawy wykluczenia z postępowania w sposób automatyczny ubezskuteczni czynność odrzucenia, niemniej z ostrożności Odwołujący kwestionował także tą odrębną podstawę odrzucenia oferty.
Dodatkowa podstawa odrzucenia oferty wykonawcy „ZETO”
W zakresie dotyczącym dodatkowej podstawy odrzucenia oferty wykonawcy „ZETO” na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp Odwołujący wskazał, że zgodnie z wymaganiami SIWZ obowiązkiem wykonawców było przedstawić w ofercie następujący koszt szkoleń: szkolenie systemowe na poziomie podstawowym dla 3 administratorów, szkolenie systemowe na poziomie zaawansowanym dla 3 administratorów,
szkolenie bazodanowe na poziomie podstawowym dla 3 administratorów, szkolenie bazodanowe na poziomie zaawansowanym dla 3 administratorów - łącznie 12 szkoleń.
Wykonawca „ZETO" w złożonej w postępowaniu ofercie jako koszt sumaryczny autoryzowanych wskazał kwotę 22 140,00 zł, co znajduje potwierdzenie w ofercie. Zamawiający wymagał w SIWZ przedstawienia potwierdzenia kosztu autoryzowanych szkoleń. Wykonawca „ZETO" złożył wraz z ofertą załącznik zawierający koszt szkoleń wskazując wśród nich: szkolenie systemowe (załącznik "Szkolenie autoryzowane Microsoft") gdzie cena za jedną osobę wynosi 3 600,00 zł netto, szkolenie bazodanowe (załącznik "Oświadczenie producenta oprogramowania bazodanowego dot. szkoleń") gdzie cena za 1 osobę wynosi 2 952,00 zł. Podsumowując to cena została wyliczona następująco: szkolenia systemowe - 3 użytkowników x 3 600 = 10 800,00 + 23% VAT = 13 284,00 zł brutto, szkolenia bazodanowe - 3 użytkowników x 2 952 = 8 856,00 zł brutto Łącznie - 22 140,00 zł brutto. Powyższe ustalenia z treści oferty tego wykonawcy dowodzą że „ZETO" przedstawił ofertę na tylko jeden poziom szkoleń przy wymaganych dwóch. Potwierdza to nawet wydruk dostarczony z szkoleniem o nr MS-20740. Uwzględniając powyższe czynność odrzucenia oferty wykonawcy „ZETO” na podstawie dodatkowej i bezwzględnej podstawy odrzucenia jest konieczna.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń
i stanowisk Stron i uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi
art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 21 września 2020 roku (poniedziałek) od czynności Zamawiającego z dnia 10 września 2020 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu
z ich udziałem.

II.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy– *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

III.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, biorąc pod uwagę stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie oraz w pismach procesowych stwierdziła, że odwołanie jest zasadne.

IV.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy *wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania*. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony*
i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody

do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada
na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.
Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.
Mając na uwadze, że stosunki z zakresu prawa zamówień publicznych mają charakter cywilnoprawny, powołując w tym miejscu na regulację art. 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, zgodnie z którym kodeks reguluje stosunki cywilnoprawne między osobami fizycznymi i osobami prawnymi, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; e*i incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza)*.
Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania
o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego
to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert
i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi *Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (…)*
V.
Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej,
w skład których zgodnie z par. 8 ust. 1 rozporządzenia z Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku *w sprawie regulaminu postępowania przy r*ozpoznawaniu *odwołań* (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092 ze zm.) wchodzą odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub dokumentacja postępowania w postaci elektronicznej, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem.
Izba uwzględniła stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.
Izba uwzględniła stanowisko Zamawiającego zawarte w piśmie procesowym z dnia
9 czerwca 2020 roku *Odpowiedź na odwołanie*. Pismo to zostało złożone do Izby w trakcie posiedzenia z udziałem Stron i uczestnika postępowania odwoławczego w egzemplarzu zawierającym pełną argumentację, w tym argumentację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa, jak również w egzemplarzu nie zawierającą treści stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.
Izba uwzględniła stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego złożone w sprawie
w piśmie *Pismo przystępującego* z dnia 29 października 2020 roku.
Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone przez Odwołującego w trakcie rozprawy:

- dowód nr 1 – pismo (3 karty) – dokument objęty tajemnicą przedsiębiorstwa oraz zawiadomienie z dnia 10 kwietnia 2020 roku o rozstrzygnięciu (wyniku) postępowania o udzielnie zamówienia publicznego prowadzanego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie i wdrożenie zintegrowanego systemu informatycznego dla zarządzania działalnością opiniodawczą Instytutu Ekspertyz Sądowych im. prof. dr J. S. w Krakowie (dokument jawny),
- dowód nr 2 – Opinia w sprawie prawidłowości wykonania oprogramowania (opinia prywatna) – dokument objęty tajemnicą przedsiębiorstwa (15 kart),
- dowód nr 3 – Oświadczenie radcy prawnego dr P. Ł. z dnia 30 września 2019 roku.

VI.
<u>Izba ustaliła:</u>
Izba ustaliła, że pismem z dnia 10 września 2020 roku Zamawiający powiadomił Odwołującego – Aspello spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku (dalej: Aspello lub Odwołujący) o wykluczeniu z prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wskazując następujące uzasadnienie czynności: *na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, z uwagi na to, iż Wykonawca z przyczyn leżących po jego stronie nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego, zawartą z Zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4 ustawy Pzp, co doprowadziło do rozwiązania umowy oraz naliczenia kary umownej.*
W przesłanych wyjaśnieniach Wykonawca neguje, jakoby doszło do rozwiązania umowy
i naliczenia kary umownej z jego winy, co jest sprzeczne z dostarczonymi wraz z JEDZ dowodami. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 27 marca 2018r. (sygn. Akt: KIO 444/18) wskazuje, iż warunkiem koniecznym do prawidłowego przeprowadzenia selfcleaningu jest przyznanie się do winy.
W ramach wszczętej przez Zamawiającego procedury self-cleaningu Wykonawca nie złożył wyjaśnień i nie przedstawił odpowiednich dowodów wskazujących na podjęte działania, które zapobiegałyby dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu, a więc nie wskazał na takie działania, które eliminowałby przyczyny niewłaściwego zachowania Wykonawcy w przyszłości.
Oferta Wykonawcy została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jako oferta złożona przez Wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu.
<u>VII</u>
<u>W zakresie zarzutów odwołania Izba zważyła:</u>
W zakresie zarzutu naruszenia art. 92 ust 1 pkt 3 ustawy w zakresie braku pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności wykluczenia – <u>Izba uznała zarzut za zasadny.</u>
Izba wskazuje, że zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o (2) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni,
(3) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty,

a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności – podając uzasadnienie faktyczne i prawne.
Ustawodawca w art. 92 ustawy ukształtował obowiązek Zamawiającego
do niezwłocznego poinformowania wykonawców o ich wykluczeniu z postępowania
o udzielnie zamówienia publicznego jak również odrzucenia oferty wykonawcy
z postępowania. Oznacza to, że w okolicznościach, w których w ocenie Zamawiającego zaistniały podstawy do dokonania ww. czynności Zamawiający obowiązany jest do podania wykonawcy uzasadnienia faktycznego i prawnego podjętej czynności.

Izba wskazuje, że zasadność czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania oraz odrzucenia oferty podlega ocenie Izby w kontekście okoliczności faktycznych
i prawnych przedstawionych przez Zamawiającego w uzasadnieniu tej czynności. Przywołany na wstępie przepis, stanowiący realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak przejrzystość postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy) oraz jawność postępowania (art. 8 ust. 1 ustawy) nakłada na Zamawiającego obowiązek zakomunikowania wykonawcom, dlaczego uznał, że dany wykonawca podlega wykluczeniu i oferta podlega odrzuceniu, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn jego wykluczenia z postępowania lub odrzucenia oferty.
Wymaga podkreślenia w tym miejscu, że to na podstawie informacji przekazanej zgodnie
z ustawy wykonawca po pierwsze, podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie - jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem Zamawiającego. Kluczowym do skorzystania
z uprawnień przypisanych wykonawcy jest uzasadnienie faktyczne przedstawione przez Zamawiającego w zakresie zawiadomienia o wykluczeniu wykonawcy lub odrzuceniu oferty.
Uzasadnienie czynności Zamawiającego powinno, musi wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji Zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy dokonanej przez Zamawiającego oceny nie podziela, mógł się do wskazanej przez Zamawiającego argumentacji ustosunkować.
Powyższe prowadzi do wniosku, że zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność wykluczenia wykonawcy i odrzucenia oferty może być oceniana wyłącznie
w zakresie tych okoliczności, które zostały przez Zamawiającego przedstawione jako uzasadniające wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielnie zamówienia publicznego i odrzucenie oferty. Tym samym ocena dokonywana przez Izbę w tym zakresie nie może wykraczać poza uzasadnienie przedstawione przez Zamawiającego i polegać na badaniu istnienia podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielnie zamówienia publicznego i odrzucenia oferty w szerszym aspekcie.

W ocenie Izby w rozpoznawanej sprawie Zamawiający w uzasadnieniu czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielnie zamówienia publicznego z dnia 10 września 2020 roku podał podstawę prawną tj. art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, jednakże nie przedstawił faktycznego uzasadnienia podjętej czynności. Nie sposób uznać za wyczerpujące i dając wykonawcy możliwość kwestionowania czynności przytoczenie przez Zamawiającego w uzasadnieniu wykluczenia treści przepisu oraz stanu faktycznego.
Wskazanie przez Zamawiającego, że w *przesłanych wyjaśnieniach Wykonawca neguje, jakoby doszło do rozwiązania umowy i naliczenia kary umownej z jego winy, co jest sprzeczne z dostarczonymi wraz z JEDZ dowodami*nie stanowi uzasadnienia w świetle przesłanek jakie określa podana przez Zamawiającego podstawa prawna. Brak
w uzasadnieniu niewątpliwie argumentacji odnoszącej się do tego, jak i dlaczego ustalony przez Zamawiającego stan faktyczny doprowadził do uznania przez Zamawiającego,
że wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Nie sposób uznać za uzasadnienie faktyczne czynności Zamawiającego polegającej na przytaczaniu treści przepisów czy stanowiska wykonawcy lub podejmowanych w postępowaniu czynności, bowiem te elementy stanowią wskazanie podstawy faktycznej oraz elementy ustalenia stanu faktycznego.
Uzasadnieniem faktycznym czynności Zamawiającego byłyby wnioski jakie Zamawiający wyprowadził na podstawie dokumentacji zgromadzonej w postępowaniu, które mogłyby również stanowić o kształtowaniu zarzutów odwołania. Trudno polemizować z ustaleniami dokonanymi przez Zamawiającego w piśmie, gdy Odwołujący nie zna – poza ogólnym stwierdzeniem, że ten stan stanowił podstawę wykluczenia wykonawcy i odrzucenia jego oferty – przesłanek jakie stanowiły podstawę wykluczenia, a które Zamawiający wywiódł w oparciu o ten stan faktyczny. Zamawiający mając na uwadze przesłanki z art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy w prezentowanym uzasadnieniu powinien wykazać, że wykonawca z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał albo nienależycie wykonał wcześniejszą umowę
w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji (w okresie 3 lat), oraz
że niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy dotyczyło "istotnego stopnia" tej umowy, a także, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie doprowadziło do rozwiązania tej umowy albo zasądzenia odszkodowania. Co istotne powyższe okoliczności dla skuteczności zaistnienia podstawy wykluczenia z ww. przepisu muszą zaistnieć kumulatywnie co również powinien wykazać Zamawiający.
Wymaga również odnotowania w tym miejscu, że w trakcie rozprawy Zamawiający starał się budować argumentację faktyczną stanowiącą uzasadnienie przesłanek wykluczenia Odwołującego z postępowania w oparciu o podaną podstawę prawną – Izba nie oceniała tej argumentacji faktycznej jak i stanowiska zawartego w odpowiedzi na odwołanie – co pozwala stwierdzić, że Zamawiający zdawał sobie sprawę oraz miał świadomości konieczności budowania uzasadnienia faktycznego znajdującego się u podłoża jego czynności. Natomiast przedstawianie tej argumentacji na rozprawie, gdy nie została ona zawarta w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z postępowania, w żaden sposób
nie konwaliduje czynności Zamawiającego z dnia 10 wrześnie 2020 roku.
Izba uwzględniając powyżej przedstawioną argumentację uznała, że Zamawiający naruszył postanowienia art. 92 ust.1 pkt 2 ustawy, bowiem nie podał uzasadnienia faktycznego wykluczenia wykonawcy z postępowania do czego był obowiązany.
W odniesieniu do wskazanego w zarzucie naruszenia art. 92 ust.1 pkt 3 Izba wskazuje,
że podana przez Odwołującego podstawa prawna nie koreluje z czynnością wykluczenia, aczkolwiek subsumcja podstawy prawnej do stanu faktycznego należy do Izby,
a zidentyfikowane naruszenia co do braku uzasadnienia wykluczenia z postępowania
i faktyczne jego uzasadnienie stanowi istotę rozpoznania zarzutu. Wskazana podstawa prawna koreluje z odrzuceniem oferty jakie podał Zamawiający w swoim uzasadnieniu czynności z dnia 10 września 2020 roku. Izba wskazuje w tym miejscu, że zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy ofertę wykonawcy wytłuczonego uznaje się za odrzuconą – wskazany

w ustawie skutek powstaje z mocy prawa i nie wymaga uzasadnienia przez Zamawiającego. W zakresie naruszenia art. 89 ust.1 pkt 5 ustawy Izba zaznacza, że ta regulacja prawna
nie ma zastosowania w tym stanie faktycznym (bowiem ma ona zastosowanie
do postępowań dwuetapowych).
W ocenie Izby brak podania uzasadnienia faktycznego wykluczenia wykonawcy
z postępowania o udzielnie zamówienia publicznego powoduje, że nie może on skutecznie wnieść odwołania od tej czynność, co oznacza w ocenie Izby, że niezbędne było unieważnienie czynności z dnia 10 września 2020 roku tj. *Zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, o Wykonawcach wykluczonych oraz o ofertach odrzuconych,* w tym poinformowania Odwołującego o wykluczeniu z przedmiotowego postępowania o udzielnie zamówienia publicznego. Tym samym Izba nakazała unieważnienie ww. czynności
oraz powtórzenie czynności poinformowania Odwołującego o podjętej czynności
w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego względem Odwołującego z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego zgodnie z regulacją art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Izba zaznacza, że uwzględnienie odwołania nie oznacza, że Izba dokonała jakichkolwiek czynności w zakresie oceny podstaw wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielnie zamówienia publicznego, wręcz przeciwnie Izba nie dokonywała oceny czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania dokonanej przez Zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy, a uznała jedynie, że brak było uzasadnienia dokonania tej czynności w piśmie z dnia 10 września 2020 roku.
Mając na uwadze powyższe, Izba uznała nieprzydatność dowodów złożonych przez Odwołującego w trakcie rozprawy i uczestnika postępowania odwoławczego przy piśmie
z dnia 29 października 2020 roku dla rozstrzygnięcia zarzutu odwołania.
W zakresie zarzutu wykluczenia Odwołującego z postępowania z naruszeniem art. 24 ust 5 pkt 4 ustawy, a w konsekwencji art. 89 ust 1 pkt 5 ustawy oraz naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy w zw. z art. 7 ust 1 ustawy przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej Izba uznała zarzuty za niezasadne z uwagi na uwzględnienie ww. przedstawionego zarzutu. Niezasadność zarzutu w okolicznościach tej sprawy Izba upatruje w przedwczesności przedstawienia zarzutów z powodu braku uzasadnienia faktycznego czynności Zamawiającego z dnia 10 września 2020 roku. Tym samym wykonawca, w zależności
od czynności jakie podejmie Zamawiający, będzie mógł o ile takie będą okoliczności i jego decyzja podnosić ten zarzut.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 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. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: ……