

WYROK

z dnia 31 lipca 2020 r. Krajowa Izba Odwoławcza - w

składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 czerwca 2020 r. przez wykonawcę: Sanito Sp. z o.o., ul. Puławska 476, 02-884 Warszawa

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Puchaczów, ul. Lubelska 22, 21-013 Puchaczów

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: Sanito Sp. z o.o., ul. Puławska 476, 02-884 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: Sanito Sp. z o.o., ul. Puławska 476, 02-884 Warszawa - tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy: Sanito Sp. z o.o., ul. Puławska 476, 02-884 Warszawa na rzecz zamawiającego: Gmina Puchaczów, ul. Lubelska 22, 21-013 Puchaczów kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, z późn. zm.) na wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Lublinie.

Przewodniczący: Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Puchaczów - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odnawialne źródła czystej energii w Gminie Puchaczów - montaż paneli fotowoltaicznych”, numer referencyjny: ZP/1/2020, na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej „ustawa Pzp”, „Pzp” lub „ustawa”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S 016-033002 w dniu 23.01.2020 r.

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Zamawiający wykluczył z udziału w postępowaniu wykonawcę Sanito Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Odwołujący) na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Pzp (pismo z 25.05.2020 r.)

Odwołujący wniósł 4 czerwca 2020 r. odwołanie, w którym wskazał:

Zarzuty

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 przez bezprawne wykluczenie Odwołującego z postępowania;
- 2) art. 24 ust. 8 i 9 w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 oraz art. 7 ust. 1 przez bezprawne uznanie, że Odwołujący nie wykazał, że przedsięwzięte przez niego środki w celu samooczyszczenia są wystarczające do wykazania jego rzetelności, pomimo przedstawienia przez Odwołującego rozległych dowodów i wyjaśnień wykazujących rzetelność Odwołującego oraz zapobieżenie nieprawidłowemu postępowaniu w przyszłości;
- 3) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 8 i 9 przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności oraz przejrzystości, w szczególności nie uwzględnienie zasady proporcjonalności przy ocenie wyjaśnień i dowodów Odwołującego złożonych w celu samooczyszczenia;
- 4) ewentualnie także art. 26 ust. 4 przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień dokumentów w

zakresie wykazania braku podstaw do wykluczenia.

Wniosek co do rozstrzygnięcia - uwzględnienie odwołania oraz nakazanie:

- 1) unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania;
- 2) uznania wyjaśnień i dowodów złożonych przez Odwołującego za wystarczające w celu samooczyszczenia;
- 3) ewentualnie do wniosku w pkt 2 powyżej, nakazanie wezwania Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień dokumentów w zakresie wykazania braku podstaw do wykluczenia. Odwołujący wskazał okoliczności na potwierdzenie spełnienia przesłanek - interesu w uzyskaniu zamówienia i poniesienia szkody z związku z naruszeniem przepisów ustawy przez Zamawiającego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, co następuje.

1. Stan faktyczny.

Zamawiający przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu m.in. zastosowanie w podstaw wykluczenia wskazanych w art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Pzp.

Odwołujący złożył ofertę, która została oceniona jako najkorzystniejsza. Zamawiający wezwał w dniu 7 kwietnia 2020 r. Odwołującego do złożenia dokumentów i oświadczeń na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp (jednocześnie żądając, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, uzupełnienia Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia - „JEDZ”). Odwołujący złożył wymagane dokumenty w dniu 20 kwietnia 2020 r. Do JEDZ dołączył także szczegółowe wyjaśnienia i szereg dokumentów na podstawie zasady transparentności oraz procedury samooczyszczenia w celu wykazania rzetelności Wykonawcy, pomimo zaistnienia przesłanek wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Pzp (dalej: „Wyjaśnienia”).

W dniu 25 maja 2020 r. Zamawiający poinformował o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Pzp.

Odwołujący zakwestionował prawidłowość czynności wykluczenia z postępowania, wywodząc, że czynność ta narusza szereg przepisów Pzp.

2. Przejrzystość działania Odwołującego w zakresie okoliczności związanych z przesłankami wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Pzp

W treści JEDZ oraz Wyjaśnień, Odwołujący - kierując się zasadą przejrzystości oraz pełnej transparentności w stosunku do Zamawiającego - wskazał szczegółowo okoliczności istotne z punktu widzenia przesłanek wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Pzp.

Poinformował, że następujące realizowane przez niego umowy zostały rozwiązane przed czasem (dalej: „Umowy”):

- (i) umowa nr OG.271.2.2018 z dnia 10 września 2018 r. zawarta pomiędzy Sanito Sp. z o.o. a Gminą Orla dotycząca realizacji zadania pn. „Budowa mikromininstalacji fotowoltaicznych i kolektorów słonecznych w gminie Orla”- Część III instalacje mieszane,
- (ii) umowa nr OG.271.2.2018/2 z dnia 10 września 2018 r. zawarta pomiędzy Sanito Sp. z o.o. a Gminą Orla dotycząca realizacji zadania pn. „Budowa mikroinstalacji fotowoltaicznych i kolektorów słonecznych w gminie Orla”- Część II Kolektory słoneczne,
- (iii) umowa nr ZP.271.2.2018 Zadanie 1 z dnia 25 września 2018 r. zawarta pomiędzy Sanito Sp. z o.o. a Gminą Narewka dotycząca realizacji zadania pn. „Dostawa i montaż 44

3

zestawów kolektorów słonecznych na potrzeby przygotowania ciepłej wody użytkowej na budynkach prywatnych na terenie gminy Narewka”,

- (iv) umowa nr ZP.271.2.2018 Zadanie 2 z dnia 25 września 2018 r. zawarta pomiędzy Sanito Sp. z o.o. a Gminą Narewka dotycząca realizacji zadania pn. „Dostawa i montaż 49 zestawów instalacji fotowoltaicznych na potrzeby produkcji energii elektrycznej w budynkach prywatnych na terenie gminy Narewka”.

Odwołujący ponadto poinformował w JEDZ o wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2025/19, KIO 2029/19 („Wyrok Izby”), w którym w ramach innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Izba nakazała wykluczenie Sanito z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp w związku z okolicznością niezrealizowania ww. Umów zawartych z gminą Orla i Narewka. W JEDZ Odwołujący poinformował także o wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 16 kwietnia 2020 r., sygn. akt II Ca 286/20 (oddalający skargę na Wyrok Izby).

Jednocześnie Odwołujący na podstawie art. 24 ust. 8 Pzp, w odniesieniu do przesłanek wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Pzp, załączył bardzo szczegółowe wyjaśnienia oraz kilkadziesiąt dowodów w zakresie podjętych środków w celu wyczerpującego wyjaśnienia stanu faktycznego oraz wykazania swojej rzetelności (samooczyszczenia), w tym opis środków kadrowych, organizacyjnych i technicznych, które zostały wdrożone w jego przedsiębiorstwie w reakcji na sytuacje zaistniałe na gruncie realizacji Umów (Wyjaśnienia wraz z dowodami - w aktach).

Odwołujący zatem, działając jako uczciwy uczestnik postępowania, zapewnił Zamawiającemu maksimum informacji co do okoliczności faktycznych w celu umożliwienia Zamawiającemu oceny stanu faktycznego w odniesieniu do przesłanego wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Pzp.

W tym kontekście Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie kwestionuje wyczerpującego charakteru opisu stanu faktycznego związanego z realizacją Umów. Odwołujący przekazał wszelkie niezbędne informacje w tym zakresie, a ponadto podjął w dobrej wierze wszelkie możliwe środki w celu zachowania uczciwości oraz zapobiegnięcia podobnych zdarzeń.

Zamawiający, po dokonaniu oceny wyjaśnień i dowodów złożonych przez Odwołującego w celu samooczyszczenia na podstawie art. 24 ust. 8 Pzp, doszedł do konkluzji, iż Odwołujący nie wykazał, że „przedsięwzięte przez niego środki o których mowa w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp są wystarczające do wykazania jego rzetelności.” Odwołujący nie zgodził się z dokonaną oceną jego samooczyszczenia i wniósł odwołanie.

3. Zasada proporcjonalności

Zasada proporcjonalności stanowi naczelną regułę zamówień publicznych, a jej

4

poszanowanie jest wymagane na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 7 ust. 1 Pzp). Także w motywie 101 dyrektywy 2014/24 podkreśla się: „stosując fakultatywne podstawy wykluczenia, instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności.”

Na tle orzecznictwa europejskiego podkreśla się, że „instytucje zamawiające powinny w trakcie całego postępowania przestrzegać zasad udzielania zamówień ustanowionych w art. 18 dyrektywy 2014/24, wśród których znajdują się, w szczególności, zasady równego traktowania i proporcjonalności (wyrok z dnia 26 września 2019 r., *Vitali*, C-63/18, EU:C:2019:787, pkt 39 i przytoczone tam orzecznictwo), oraz po drugie, że zgodnie z zasadą proporcjonalności która stanowi ogólną zasadę prawa Unii, przepisy ustanawiane przez państwa członkowskie lub instytucje zamawiające w ramach wdrażania postanowień tej dyrektywy, takie jak przepisy mające na celu ustanowienie warunków wykonania art. 57 wspomnianej dyrektywy, nie powinny wykraczać poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia celów przewidzianych przez tę dyrektywę (zob. podobnie wyroki z dnia 7 lipca 2016 r., *Ambisig*, C-46/15, EU:C:2016:530, pkt 40; z dnia 8 lutego 2018 r. *Lloyd's of London*, C-144/17, EU:C:2018:78, pkt 32 i przytoczone tam orzecznictwo) [...] „Konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności jest również odzwierciedlona w art. 57 ust. 6 akapit pierwszy dyrektywy 2014/24, na podstawie którego każdy wykonawca, który znajduje się w szczególności w sytuacji, o której mowa w art. 4 lit. a) tej dyrektywy, [...], może przedstawić dowody w celu poświadczenia, że podjęte przez niego środki wystarczają do wykazania jego wiarygodności pomimo istnienia owej podstawy wykluczenia. Artykuł 57 ust. 6 akapit pierwszy dyrektywy 2014/24 stanowi, że jeżeli takie dowody zostaną uznane za wystarczające, dany wykonawca nie powinien zostać wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia. Przepis ten wprowadza w ten sposób mechanizm środków naprawczych (*self-cleaning*), który podkreśla znaczenie przypisywane wiarygodności wykonawcy (wyrok z dnia 19 czerwca 2019 r., *Meca*, C-41/18, EU:C:2019:507, pkt 40, 41) - wyrok TSUE z 30 stycznia 2020 w sprawie C-395/18. Trybunał wskazuje także, że: „jeżeli chodzi o zasadę proporcjonalności, to należy przypomnieć, poza orzecznictwem wymienionym w pkt 45 niniejszego wyroku, że z motywu 101 akapit trzeci dyrektywy 2014/24 wynika, że przy stosowaniu fakultatywnych podstaw wykluczenia, takich jak podstawy znajdujące się w art. 57 ust 4 lit. a) tej dyrektywy, instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności, uwzględniając między innymi drobny charakter nieprawidłowości lub powtarzanie się drobnych nieprawidłowości.”

Podobnie w orzeczeniu z dnia 3 października 2019 r. w sprawie C-267/18, Trybunał podkreślił, że „(...) fakultatywna podstawa wykluczenia wymieniona w art. 57 ust. 4 lit. g) dyrektywy 2014/24 w związku z jej motywem 101 opiera się na istotnym elemencie stosunku

5

między zwycięskim oferentem a instytucją zamawiającą, a mianowicie na wiarygodności zwycięskiego oferenta, na której opiera się zaufanie, jakim obdarzyła go instytucja zamawiająca (podobnie wyrok z dnia 19 czerwca 2019 r. *Meca*, C-41/18, EU:C:2019:507, pkt 29, 30). Ustanowienie stosunku opartego na zaufaniu pomiędzy instytucją zamawiającą a wybranym oferentem zakłada zatem, że owa instytucja zamawiająca nie jest automatycznie związana oceną dokonaną w ramach wcześniejszego zamówienia publicznego przez inną instytucję zamawiającą, w szczególności w celu umożliwienia jej zwrócenia szczególnej uwagi na zasadę proporcjonalności w chwili stosowania fakultatywnych podstaw wykluczenia (zob. podobnie wyrok z dnia 19 czerwca 2019 r., *Meca*, C-41/18, EU:C:2019:507, pkt 30, 32). Zasada ta wymaga bowiem, aby instytucja zamawiająca sama zbadała i oceniła stan faktyczny.”

Na zasadę proporcjonalności wskazuje także - *stricto* w odniesieniu do *self-cleaning* - art. 24 ust. 9 Pzp, nakazujący Zamawiającemu dokonanie oceny działań wykonawcy przy uwzględnieniu m.in. wagi i szczególnych okoliczności czynu wykonawcy.

Powyższe oznacza, że Zamawiający - przed dokonaniem tak ostatecznej czynności jak wykluczenie wykonawcy z postępowania, zwłaszcza w odniesieniu do przesłanek fakultatywnych - powinien szczegółowo przeanalizować, czy sankcja ta w kontekście podjętych przez Wykonawcę środków staranności oraz naprawczych, jest proporcjonalna w okolicznościach danej sprawy. Zamawiający w ogóle takiej analizy nie przeprowadził. Nie uwzględnił m.in. transparentności działania Odwołującego, czy też

okoliczności, że mowa jest o konsekwencjach wykluczenia z przetargów publicznych na 3 lata (art. 24 ust. 7 pkt 3 Pzp), jak i faktu, iż sytuacja związana z niewykonaniem Umów (w tym samym okresie czasu) nie miała charakteru nagminnego czy uporczywego. Odwołujący przedstawił w toku postępowania Listę przedstawiającą szereg dotychczas zrealizowanych z sukcesem inwestycji w latach 2017-2019, o wielokrotnie większej wartości, tj. łącznie ok. 90 projektów na kwotę powyżej 218 milionów złotych oraz ponad 18 tysięcy instalacji) - Załącznik nr 16 do Wyjaśnień, w aktach. Odwołujący wskazał, że w pełni dostrzega powagę każdego indywidualnego projektu oraz sytuacji niewykonania umowy. W tym miejscu Odwołujący nadmienił, że w ramach umów z gminą Orla i Narewka - łączna liczba niewykonanych instalacji w ramach dwóch umów z gminą Orla i dwóch umów z gminą Narewka wyniosła 135 instalacji. Niemniej nie sposób pominąć, że Zamawiający narusza zasadę proporcjonalności, co de facto prowadzi do uniemożliwienia prowadzenia działalności przez okres 3 lat (gdyż do tego może prowadzić rozumowanie Zamawiającego powielane bez refleksji) z powodu błędów popełnionych w odniesieniu do ok. 0,5 % wartości innych projektów zrealizowanych należycie w latach 2017-2019. Kluczowe jest przy tym, że za wskazane błędy Odwołujący zapłacił już znaczną cenę, poniósł poważne konsekwencje (m.in. w postaci wykluczenia z postępowania, którego dotyczył wyrok Izby oraz

6

poniesienia wysokich kosztów reorganizacji działalności) oraz wyciągnął wnioski skutkujące usprawnieniem mechanizmów funkcjonowania przedsiębiorstwa Sanito, co eliminuje ryzyko tego typu zdarzeń w przyszłości.

Brak uwzględnienia zasady proporcjonalności stanowi w ocenie Odwołującego o nieprawidłowości decyzji Zamawiającego w postaci nieuznania samooczyszczenia Odwołującego jako skutecznego.

4. Wykazanie rzetelności przez Odwołującego.

Odwołujący przedstawił Zamawiającemu na podstawie art. 24 ust. 8 Pzp wyczerpujące wyjaśnienia wraz z wieloma dowodami w celu wykazania swojej rzetelności, pomimo wystąpienia fakultatywnych przesłanek wykluczenia. W szczególności Odwołujący przedstawił w pełni okoliczności sprawy i relewantne informacje dotyczące Umów i kwestie ich rozwiązania przed czasem (pkt 1 Wyjaśnień wraz z dołączonymi Załącznikami).

W odniesieniu do działań podjętych w celu naprawienia ewentualnych szkód, jak wskazywano w Wyjaśnieniach, Odwołujący wyrażał gotowość realizacji prac (mimo że było to po terminie z uwagi na problemy podażowe na rynku instalacji solarnych i opóźnień dostaw ich zasadniczych komponentów w tamtym okresie). Ostatecznie, w sposób polubowny zostało zakończone postępowanie sądowe z tytułu powództwa Sanito na gruncie umów zawartych z Gminą Orla, tj. w drodze ugody zatwierdzonej przez Sąd Rejonowy w Bielsku Podlaskim. Zgodnie z § 2 rzeczony ugody, "ugoda zamyka i wyczerpuje wszystkie obecne i przyszłe roszczenia Stron dotyczące umów", odstąpienie zostało uznane za nieważne i niebyłe, a Strony uznały, że w dacie 5 grudnia 2018 r. doszło do rozwiązania umowy za porozumieniem stron. Ugoda przed jej zatwierdzeniem poddana została obligatoryjnej kontroli przez właściwy sąd orzekający w sprawie w zakresie określonym w art. 183¹⁴ § 3 Kodeksu postępowania cywilnego, zgodnie z którym sąd obowiązany byłby odmówić zatwierdzenia ugody w całości lub części, jeżeli ugoda byłaby sprzeczna z prawem lub zasadami współżycia społecznego albo zmierzałaby do obejścia prawa. W ugodzie odniesiono się także do dodatkowego gestu ze strony Odwołującego, tj. darowizny instalacji fotowoltaicznej na potrzeby szkoły Podstawowej w Orlu (umowa z 21 lutego 2020 r.), która to darowizna została w całości należycie wykonana (dowody: pkt 1 Wyjaśnień wraz z dołączonymi Załącznikami). Gmina Narewka nie zgłaszała żadnych roszczeń związanych z Umowami.

W rezultacie Zamawiający powinien przyjąć, że nie istnieje jakakolwiek znana szkoda wyrządzona niezrealizowaniem Umów, która nie byłaby naprawiona przez Odwołującego.

Ponadto, Odwołujący od początku dostrzegał potrzebę rozliczenia sytuacji w ramach swojej organizacji i podjęcia konkretnych środków w celu przeciwdziałania podobnym sytuacjom w przyszłości, co znalazło wyraz w wielu zmianach na tle funkcjonowania jego przedsiębiorstwa. Odwołujący podjął w tym celu konkretne środki techniczne, organizacyjne i

7

kadrowe, które są odpowiednie dla zapobiegania w przyszłości sytuacjom podobnym jak te związane z zawartymi Umowami. Z treści Wyjaśnień oraz szeregu dołączonych dowodów wynika, że Odwołujący podszedł do sytuacji z najwyższą powagą, dokonując rewizji sytuacji związanych z realizacją i rozwiązaniem Umów oraz w konsekwencji podejmując odpowiednie środki naprawcze oraz usprawniające w celu m.in. podwyższenia standardów oraz udoskonalenia procedur funkcjonujących w firmie, aby uniknąć w przyszłości wystąpienia naruszenia zobowiązań kontraktowych.

Pkt 1 - Tajemnica przedsiębiorstwa - zgodnie z zastrzeżeniem informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Wykonawcę w Wyjaśnieniach, z uwzględnieniem pisma Zamawiającego z 21 maja 2020 r. odtajnającego częściowo informacje - w aktach.

W załączniku nr 6

Wskazane rozwiązania są bezpośrednim wynikiem rozliczenia przez Odwołującego sytuacji związanych z problemami napotkanymi w związku z realizacją Umów. Związek przyczynowo-skutkowy jest tu oczywisty - odpowiedni monitoring projektów oraz procesów zakupowych w odniesieniu do materiałów i komponentów umożliwi odpowiednią wcześniejszą i szybszą reakcję na napotymane ewentualnie ograniczenia na rynku lub im zapobiegnie, w celu terminowej realizacji zobowiązań. Wpłyne także pozytywnie na przyspieszenie reakcji i komunikację. To właśnie brak odpowiedniej reakcji w terminie na ograniczenia podaży legły u podstaw przypisania Odwołującemu przesłanki wykluczenia (wg treści Wyroku Izby). Lepsze mechanizmy kontrolne, tj. takie jak wprowadzone przez Odwołującego, w połączeniu z pozostałymi środkami eliminują ryzyko takich opóźnień jak te zidentyfikowane przy realizacji Umów (odpowiednie osoby zostałyby zaalarmowane).

Zaskakujący jest zatem fakt, iż Zamawiający takiego związku nie widzi. Dodatkowo podkreślić należy, że - jak Odwołujący podkreślał już w Wyjaśnieniach - wskazanie rzetelności wykonawcy może także polegać na działaniach ogólnie usprawniających i korygujących procesy zachodzące w przedsiębiorstwie wykonawcy, jeśli przyczynia się to do dochowania w przyszłości zobowiązań kontraktowych i uniknięcia podobnych zdarzeń.

Pkt 2 - Tajemnica przedsiębiorstwa

W załączniku nr 6

Powyższe ma bezpośredni związek z sytuacją faktyczną przy realizacji Umów, wyłączając ryzyko braku odpowiednich i terminowych reakcji czy odpowiedniej komunikacji z zamawiającymi. Nie można więc zgodzić się z Zamawiającym, który nie widzi w nowych rozwiązaniach okoliczności pozytywnej z punktu widzenia zapobiegania niewykonaniu umów w przyszłości, nieterminowym reakcjom czy nieodpowiedniej komunikacji z zamawiającymi.

Pkt 3 -Tajemnica przedsiębiorstwa

W załączniku nr 6

Dokładana analiza przedstawionych informacji i wyjaśnień nie pozostawia wątpliwości, że przywołane zmiany miały na celu usprawnienie procesów i standaryzację w celu eliminacji ryzyk nieterminowej realizacji inwestycji, monitorowania stanu zapasów materiałowych oraz dostępności komponentów, przypisania konkretnych zadań, funkcji i odpowiedzialności, zwiększenia kadry o odpowiednich kwalifikacjach i utworzenia nowych stanowisk dla większej efektywności realizacji inwestycji, usprawnienia komunikacji wewnętrznej oraz zewnętrznej, a także szybszego i sprawniejszego reagowania na ewentualne napotymane przeszkody. Są to działania podjęte bezpośrednio w wyniku zaistniałej sytuacji dotyczącej realizacji Umów oraz w celu niepowtórzenia jej w przyszłości. Działania są rzetelne, realne i adekwatne do zaistniałej sytuacji.

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

Tymczasem Zamawiający na ok. jednej stronie uzasadnienia (str. 5-6 informacji o wykluczeniu „Stanowisko zamawiającego”), pobeżnie uznał, że nie widzi związku podjętych działań z sytuacją niewykonania Umów w terminie, mimo że działania te bezpośrednio są nakierowane na eliminację takich sytuacji (w tym eliminację bierności w komunikacji, w działaniach mających na celu efektywne nabycie materiałów i komponentów i odpowiednie reagowanie na sytuacje kryzysowe) - a takie właśnie okoliczności zostały uznane za podstawę zaistnienia wobec Odwołującego przesłanek wykluczenia. Zgodnie z art. 92 ust. 1a Pzp, informacja o wykluczeniu z postępowania musi zawierać wyjaśnienie powodów, dla których dowody przedstawione przez wykonawcę, zamawiający uznał za niewystarczające. W orzecznictwie Izby także podkreśla się obowiązek szczegółowego uzasadnienia czynności wykluczenia wykonawcy, w sytuacji, gdy zamawiający uznał, iż przedstawione przez wykonawcę dowody na potwierdzenie *self-cleaning* nie są wystarczające - wyrok KIO z 4.07.2017 r., KIO 1166/17.

Ponadto, jeżeli Zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości co do złożonych wyjaśnień i dowodów, powinien zamiast automatycznie wykluczać Odwołującego z postępowania - zwrócić się do niego o dodatkowe wyjaśnienia lub doprecyzowanie pewnych kwestii (art. 26 ust. 3 lub 4 Pzp). Taki obowiązek wynikał zarówno z charakteru *ius cogens* wskazanych przepisów Pzp jak i z zasady proporcjonalności. Zamawiający bowiem nie twierdzi, że podjęte środki są niewystarczające, a jedynie, że nie może wystarczająco ocenić na podstawie

złożonych wyjaśnień związku pomiędzy podjętymi środkami a niewykonaniem Umów. W ocenie Odwołującego, wyjaśnienia przedłożone w celu samooczyszczenia są wyczerpujące i jednoznacznie wskazują ten związek. Gdyby Zamawiający zakomunikował

odpowiednio swoje wątpliwości Wykonawcy przed wykluczeniem, to Odwołujący wyjaśniłby z których dokładnie przedstawionych informacji i dowodów to wynika. Ewentualnie, doszło zatem do naruszenia art. 26 ust. 3 lub 4 Pzp.

W konsekwencji Zamawiający powinien uznać za wystarczające dowody przedstawione przez Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 8 Pzp, a wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 2 i 4 [popr. ust. 5] Pzp nastąpiło bezprawnie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Nie wystąpiły przesłanki odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wykazał uprawnienia do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie.

Strony złożyły wyjaśnienia do protokołu rozprawy, Odwołujący podtrzymując odwołanie, Zamawiający wnosząc o oddalenie odwołania.

Odwołujący złożył do akt sprawy dokumenty:

- 1) drugi egzemplarz odwołania z załącznikiem nr 6, którego treść zastrzeżona jako stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa, dotyczy wskazanych w odwołaniu czynności naprawczych oznaczonych: „Pkt 1, Pkt 2, Pkt 3 - Tajemnica przedsiębiorstwa”;
- 2) tabelaryczne zestawienie pn. „Dowody załączone do JEDZ na wykazanie rzetelności Sanito”. W 3. Kolumnach tabeli przedstawiono:
- „Działania naprawcze wskazane w Wyjaśnieniach”, - „Czemu służy działanie naprawcze - cel wskazany w Wyjaśnieniach”, - „Dowód załączony do JEDZ” (jako dowody wskazano poszczególne punkty opisów Wyjaśnień złożonych wraz z JEDZ oraz załączniki do Wyjaśnień: nr 8, 9, 10-12, 15, 13-14, 7);
- 3) pisma 4. Gmin: Poświadczenie - Gmina Sulmierzyce (4 czerwca 2020 r. - wskazano, że Odwołujący od 19 listopada 2019 r. był stroną umowy); List referencyjny - Gmina Starogard Gdański (02.06.2020 r. - wskazano, że Odwołujący od 22 października 2019 r. jest stroną oraz realizuje umowę); Protokół odbioru - Gmina Strzelce (22.06.2020 r. - wskazano, że Odwołujący był stroną umowy z 09.12.2019 r. zmienionej aneksem z 24.04.2020 r.); Referencje - Gmina Sędziszów (08.06.2020 r. - wskazano, że Odwołujący był stroną umowy z 09.11.2018 r., z odbiorem końcowym robót 30.09.2019 r.) - na potwierdzenie realizacji robót na rzecz Gmin;
- 4) opinia Banku PKO S.A. z 8 lipca 2020 r. - potwierdzająca dobrą współpracę na płaszczyźnie Bank - klient;
- 5), 6) JEDZ I, JEDZ II - oświadczenia złożone w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Nowy Targ (odwołanie na skutek wykluczenia Odwołującego z postępowania zostało oddalone - wyrok Izby z dnia 17 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1213/20);
- 7) wykaz 14 robót (13 na rzecz gmin, 1. na rzecz Stowarzyszenie Korona Sądecka) z terminem końcowym robót w 2020/2021 oraz wskazaniem okresów realizacji robót w miesiącach lub dniach;
- 8) protokół odbioru robót - końcowy Gmina Sulmierzyce z 30.03.2020 r., realizacja robót na podstawie umowy zawartej 19 listopada 2020 r.;
- 9) załącznik do protokołu rozprawy w KIO z 21 lipca 2020 r.;
- 10), 11) zawiadomienie z 06.09.2018 r. o wyborze przez Gminę Narewka oferty Odwołującego z ceną 1 214 091,78 zł oraz o wyborze przez tę Gminę w następnym postępowaniu prowadzonym po odstąpieniu przez Gminę od umowy z Odwołującym, oferty innego wykonawcy z ceną 822 787,17 zł (na potwierdzenie, że Gmina Narewka zyskała na odstąpieniu od umowy);
- 12) wydruk papierowy Wyjaśnień złożonych Zamawiającemu.

Odwołujący nie złożył wraz z ofertą oświadczenia w postaci formularza JEDZ. Na wezwanie Zamawiającego z 7 kwietnia 2020 r., na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, złożył JEDZ 20.04.2020 r. zamieszczając oświadczenie:

„Wykonawca wskazuje, że następujące realizowane przez niego umowy zostały rozwiązane przed czasem, co w świetle wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 listopada 2019 r. sygn. akt KIO 2025/19, KIO 2029/19 oraz wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 16 kwietnia 2020 r. sygn. akt II Ca 286/20, należy uznać za poważne wykroczenie zawodowe w rozumieniu przepisów PZP: (i) umowa nr OG.271.2.2018 z dnia 10 września 2018 r. zawarta pomiędzy Sanito Sp. z o.o. a Gminą Orla dotycząca realizacji zadania pn. „Budowa mikroinstalacji fotowoltaicznych i kolektorów słonecznych w gminie Orla” - Część III instalacje mieszane, (ii) umowa nr

OG.271.2.2018/2 z dnia 10 września 2018 r. zawarta pomiędzy Sanito Sp. z o.o. a Gminą Orla dotycząca realizacji zadania pn. „Budowa mikroinstalacji fotowoltaicznych i kolektorów słonecznych w gminie Orla”- Część II Kolektory słoneczne, (iii) umowa nr ZP.271.2.2018 Zadanie 1 z dnia 25 września 2018 r. zawarta pomiędzy Sanito Sp. z o.o. a Gminą Narewka dotycząca realizacji zadania pn. „Dostawa i montaż 44 zestawów kolektorów słonecznych na potrzeby przygotowania ciepłej wody użytkowej na budynkach

11

prywatnych na terenie gminy Narewka”, (iv) umowa nr ZP.271.2.2018 Zadanie 2 z dnia 25 września 2018 r. zawarta pomiędzy Sanito Sp. z o.o. a Gminą Narewka dotycząca realizacji zadania pn. „Dostawa i montaż 49 zestawów instalacji fotowoltaicznych na potrzeby produkcji energii elektrycznej w budynkach prywatnych na terenie gminy Narewka”.

[Jeżeli tak, czy wykonawca przedsięwziął środki w celu samooczyszczenia? ☒ Tak ☐ Nie] [Jeżeli tak, proszę opisać przedsięwzięte środki:] Wykonawca załącza szczegółowe wyjaśnienia w zakresie podjętych środków w celu samooczyszczenia. Opis wraz z dokumentacją zawarty jest z załączniku pod nazwą „Wyjaśnienia JEDZ + Self-cleaning”.

W wyjaśnieniach z załącznikami objętych zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia, Odwołujący przedstawił część opisową (11 stron) wskazując działania naprawcze oraz uzasadnienie zastrzeżenia (9 stron), pozostałą treść stanowią załączniki - 18.

Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Pzp, wskazując w piśmie z 25.05.2020 r.;

-Odwołujący wskazał, że występują przesłanki wykluczenia na wyżej wskazanej podstawie prawnej,

-okoliczności stanowiące podstawę wykluczenia zostały potwierdzone w wyrokach: Izby z dnia 27 listopada 2029 r., sygn. akt KIO 2025/19, KIO 2029/19; Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 16 kwietnia 2020 r., sygn. akt II Ca 286/20 oddalającym skargę na wyrok KIO.

Po dokonaniu oceny wyjaśnień z załącznikami, Zamawiający stwierdził, że dokumenty nie są wystarczające do uznania wykazania rzetelności wykonawcy, a tym samym nie występuje podstawa do wyłączenia zastosowania przepisów obligujących Zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Stanowisko w tej sprawie Zamawiający przedstawił w formie 4. argumentów dotyczących wyjaśnień, zestawiając je ze swoim stanowiskiem:

„Argument wykonawcy Nr 1

Wykonawca w dodatkowych wyjaśnieniach do drugiej wersji JEDZ [w rozpoznawanym postępowaniu Odwołujący złożył jedną wersję JEDZ, wskazanie drugiej wersji jako omyłkowe nie ma wpływu na rozstrzygnięcie Izby] podnosi, że na chwilę obecną wszelkie spory dotyczące niewykonania umów zawartych z Gminą Orla (stanowiących podstawę wykluczenia), pomiędzy Inwestorem i Wykonawcą zostały prawomocnie zakończone, co zostało poddane sądowej ocenie i znalazło wyraz w postaci Ugody zawartej przed Sądem Rejonowym w Bielsku Podlaskim w dniu 25.02.2020 r. pomiędzy Wykonawcą a Gminą Orla (Sygn. akt IC 102/20) oraz Umowy darowizny z dnia 21.02.2020 r. Odnosnie do Umów III oraz

12

IV zawartych z Gminą Narewka, Wykonawca wskazuje, iż na ten moment Gmina Narewka nie zgłaszała żadnych roszczeń związanych z odstąpieniem, natomiast Wykonawca pozostaje otwarty na polubowne rozwiązanie wszelkich ewentualnych sporów w tym zakresie.

Argument wykonawcy Nr 2

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

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

-elektroniczne systemy obiegu dokumentów dzięki którym wszystkie dokumenty gromadzone i przechowywane są w jednym programie dostępnym dla wszystkich użytkowników. Powyższe pozwoliło na znaczące ograniczenie obiegu dokumentów w formie papierowej, przy jednoczesnym prowadzeniu i dostępie do pełnej dokumentacji dotyczącej danej inwestycji w jednym dedykowanym folderze. Wdrożone

oprogramowanie pozwoliło na usprawnienie obiegu dokumentów, procesu wyszukiwania i dostępu do dokumentacji i podniesienie jakości komunikacji, w tym w szczególności wymianę informacji pomiędzy poszczególnymi osobami zaangażowanymi w dany projekt. Powyższe, w konsekwencji przekłada się do usprawnienia procesów decyzyjnych oraz szybsze reagowanie na potrzeby klientów oraz zmieniającą się sytuację rynkową.

Argument wykonawcy Nr 3

Wykonawca zmodyfikował swoją strukturę i zdecentralizowany model zarządzania w sposób opisany szczegółowo w złożonych wyjaśnieniach.

Argument wykonawcy Nr 4

Wykonawca rozwiązał umowę z dwiema osobami oraz dokonał istotnych zmian w strukturze organizacyjnej firmy, w celu usprawnienia zarządzania poszczególnymi procesami, a w ramach nowej struktury utworzono dodatkowe stanowiska i funkcje, co pozwoliło na uporządkowanie procesów decyzyjnych oraz umożliwiło dokładniejsze przypisanie zadań i odpowiedzialności, w lepszą kontrolę czynności podejmowanych na poszczególnych szczeblach w ramach nowej struktury. ”

„Stanowisko zamawiającego.

W ocenie zamawiającego wykonawca nie wykazał, że:

a)wdrożenie systemów elektronicznych wskazanych w wyjaśnieniach wykonawcy;

b)zmiana systemu zarządzania procesami;

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

W wyjaśnieniach do JEDZ wykonawca wskazuje, że przeprowadził audyt wykazujący powody niezrealizowania umów z gminami Orla i Narewka, jednak nie wskazał w ramach przedłożonych dowodów wyników tego audytu wskazujących bezpośrednie przyczyny nierzetelności wykonawcy. Ww luka w argumentacji wykonawcy stanowi zatem kluczowy element nie pozwalający na uznanie wyjaśnień wykonawcy jako spełniających przesłanki do uznania skuteczności samooczyszczenia wykonawcy. Zamawiający uznaje zatem za nieskuteczną podjętą przez wykonawcę procedurę tzw. self-cleaning. Przedstawione przez wykonawcę środki podjęte w ramach tej procedury nie są wystarczające do wykazania, że zapobiegają dalszym nieprawidłowym postępowaniom wykonawcy. Ponadto nie można

14

uznać, że podjęte środki są wystarczające do stwierdzenia, że popełniony czyn lub zaniechanie z dużym prawdopodobieństwem nie będzie miało miejsca w przyszłości. Stosownie do treści art. 24 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych nie wystarczy, aby wykonawca podjął jakiekolwiek środki techniczne, organizacyjne i kadrowe muszą one być odpowiednie, aby przeciwdziałać na przyszłość powstaniu podobnych uchybień. W ocenie zamawiającego przedstawione przez wykonawcę wyjaśnienia cechuje duża ogólnikowość, co nie pozwala uznać, że zmiana opisanych obszarów funkcjonowania przedsiębiorstwa zapewni prawidłowość przyszłego postępowania wykonawcy.”

Izba zważyła, co następuje.

Zgodnie z art. 24 ust. 5 ustawy Pzp - „Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: 2) który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w

wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych; 4) 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. ”

Okoliczności faktyczne dotyczące umów z Gminami Orla i Narewka zostały ustalone i prawomocnie potwierdzone wyrokami Izby z 27 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2025/19, KIO 2029/19 i Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 16 kwietnia 2020 r., sygn. akt II Ca 286/20.

Przepisy art. 24 ust. 8 ustawy Pzp stanowią, że „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. Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się, jeżeli wobec wykonawcy, będącego podmiotem zbiorowym, orzeczono prawomocnym wyrokiem sądu zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz nie upłynął określony w tym wyroku okres obowiązywania tego zakazu. ”

Z przepisu wynika, że wykonawca zagrożony wykluczeniem z postępowania może podjąć czynności samooczyszczenia, *self-cleaning* - wywodzącego się z art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24/UE.

W orzecznictwie i piśmiennictwie wskazuje się, że informacje na temat samooczyszczenia wykonawca powinien przedstawić, co do zasady, w oświadczeniu własnym składanym wraz z ofertą albo wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, np. w jednolitym europejskim dokumencie zamówienia (JEDZ).

Aby skorzystać z *self-cleaning* wykonawca musi przyznać się do deliktu, a jeśli temu zaprzecza, to jego oświadczenie o samooczyszczeniu jest niewiarygodne (wyrok z dnia 3 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 139/17).

Wykonawca 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.

Środki zaradcze podjęte przez wykonawcę mogą dotyczyć budowy lub zmiany w budowie określonych struktur organizacyjnych, wprowadzania przejrzystego trybu podejmowania decyzji czy sposobu zarządzania kontraktami, wprowadzania systemów nadzoru i kontroli czy wprowadzania i egzekwowania wewnętrznej odpowiedzialności za podejmowane działania.

Za środki organizacyjne i kadrowe, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy, uznaje się np. wyciągnięcie konsekwencji dyscyplinarnych wobec osób winnych popełnienia wykroczenia w postaci rozwiązania umowy o pracę, zatrudnienie dodatkowych specjalistów.

Do możliwych środków zaradczych odnosi się motyw 102 preambuły dyrektywy 2014/24/UE, stanowiący, że mogą do nich należeć w szczególności (a zatem nie wyłącznie) działania personalne i organizacyjne, takie jak zerwanie wszelkich powiązań z osobami lub organizacjami odpowiedzialnymi za niewłaściwe zachowania, odpowiednie środki służące reorganizacji personelu, wdrożenie systemów sprawozdawczości i kontroli, utworzenie struktury typu audyt wewnętrzny monitorujący przestrzeganie i przyjęcie wewnętrznych zasad odpowiedzialności i odszkodowań. Jednym z możliwych środków pozwalających stwierdzić, że wykonawca podjął działania zaradcze, jest zapłata odszkodowania.

Wykonawca może wykazać podjęcie środków mających świadczyć o jego rzetelności, np. poprzez złożenie pisemnego oświadczenia pokrzywdzonego o zrekompensowaniu

16

szkody, dowodu uiszczenia grzywny, zapłaty zadośćuczynienia pieniężnego, dokonania przelewów wraz z notami obciążeniowymi na kwoty odpowiadające karom umownym lub złożenie oświadczenia inwestora o treści potwierdzającej, że szkoda została w całości naprawiona.

Zasadniczy wymóg: podjęte środki muszą być uznane za wystarczające do stwierdzenia, że popełniony czyn lub zaniechanie z dużym prawdopodobieństwem nie będzie miał miejsca w przyszłości.

Zamawiający, stosownie do treści art. 24 ust. 9 Pzp, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy,

indywidualnie ocenia dowody wykazane przez wykonawcę. Jeżeli uzna je za wystarczające, wykonawca nie podlega wykluczeniu.

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

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

Na rozprawie Zamawiający podkreślił, że „samooczyszczanie jest wyjątkiem od zasady przewidzianej w Pzp i obwarowane jest rygorem dowodowym, a więc wykonawca zgodnie z art. 24 ust. 8 powinien przedstawić wystarczającą argumentację i dowody. W szczególności zobowiązany jest do przedstawienia przyczyn nierzetelności w wykonywaniu umów (Gminy: Orla i Narewka), przedstawić działania naprawcze oraz osiągnięty skutek w wyniku działań naprawczych. Z tej grupy 3 przesłanek Odwołujący wykonał tylko drugą, przeprowadził działania naprawcze, nie podjął żadnych czynności związanych z identyfikacją przyczyn. ”

Skuteczna czynność self-cleaning powoduje, że Zamawiający uznaje przedstawione dowody za wystarczające i wykonawca nie podlega wykluczeniu. Jest to w istocie kwestia zaufania na płaszczyźnie zamawiający - wykonawca, w kontekście wcześniejszego deliktu wykonawcy.

Na fakt ten zwraca uwagę też cytowane w odwołaniu stanowisko w przedmiocie proporcjonalności:

„Podobnie w orzeczeniu z dnia 3 października 2019 r. w sprawie C-267/18, Trybunał

18

podkreślił, że „(...) fakultatywna podstawa wykluczenia wymieniona w art. 57 ust. 4 lit. g) dyrektywy 2014/24 w związku z jej motywem 101 opiera się na istotnym elemencie stosunku między zwycięskim oferentem a instytucją zamawiającą, a mianowicie na wiarygodności zwycięskiego oferenta, na której opiera się zaufanie, jakim obdarzyła go instytucja zamawiająca (podobnie wyrok z dnia 19 czerwca

2019 r., Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, pkt 29, 30). Ustanowienie stosunku opartego na zaufaniu pomiędzy instytucją zamawiającą a wybranym oferentem zakłada zatem, że owa instytucja zamawiająca nie jest automatycznie związana oceną dokonaną w ramach wcześniejszego zamówienia publicznego przez inną instytucję zamawiającą, w szczególności w celu umożliwienia jej zwrócenia szczególnej uwagi na zasadę proporcjonalności w chwili stosowania fakultatywnych podstaw wykluczenia (zob. podobnie wyrok z dnia 19 czerwca 2019 r., Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, pkt 30, 32). Zasada ta wymaga bowiem, aby instytucja zamawiająca sama zbadała i oceniła stan faktyczny."

Kwestia identyfikacji przyczyn niewykonania umów oraz budowania wzajemnego zaufania wynika też z wyroku z dnia 17 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1213/20:

„Zamawiający trafnie zidentyfikował, że pomimo formalnej obszerności wyjaśnień i liczby załączonych dowodów nie tworzą one wyczerpującego wyjaśnienia stanu faktycznego co do rzeczywistej przyczyny niewykonania w ogóle umów z Gminą Orla i Gminą Narewka, co w oczywisty sposób uniemożliwia ocenę, czy deklarowane zmiany techniczne, organizacyjne i kadrowe są wystarczające dla uniknięcia wystąpienia takiej sytuacji w przyszłości.

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

Wobec konsekwentnej odmowy przedstawienia dokumentów z audytu, którego przeprowadzenie, wobec braku przedstawienia w tym zakresie jakichkolwiek dowodów pozostało w sferze deklaracji, można jedynie spekulować, że adekwatnie do wyników tego audytu Wykonawca nie bez powodu tak zdecydował. W szczególności, gdyby okazało się, że świadomie podjął biznesową decyzję o niewykonaniu akurat tych umów których zerwanie w najmniejszym stopniu groziło mu niekorzystnymi konsekwencjami finansowymi, w sytuacji gdy podjął się realizacji zbyt wielu zamówień w stosunku do posiadanych „mocy produkcyjnych” (powszechnie znana jest okoliczność, że np. taka sytuacja wystąpiła kilka lat temu w przypadku wiodącego na rynku zamówień publicznych producenta pojazdów szynowych).”

Z powyższego wynika, że Zamawiający nie znajdując w wyjaśnieniach: -czynności związanych z identyfikacją przyczyn nierzetelności w wykonywaniu umów na rzecz Gmin: Orla i Narewka oraz -skutku działań naprawczych, ocenił na podstawie art. 24 ust. 9 ustawy Pzp złożone wyjaśnienia z załącznikami, wskazujące: -wyłącznie czynności naprawcze -jako niewystarczające dla uznania rzetelności Odwołującego.

Nie nastąpiło w tym przypadku „Ustanowienie stosunku opartego na zaufaniu pomiędzy instytucją zamawiającą a wybranym oferentem”.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała - na podstawie oceny materiału dowodowego -że nie nastąpiło naruszenie przepisów art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4, ust. 8 i 9 i w ich kontekście art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Przepis art. 26 ust. 4 Pzp stanowi, że zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp.

Zarzut naruszenia przepisu nie może być uznany za zasadny, gdyż przedmiotem oceny Zamawiającego były dokumenty i dowody złożone samoistnie przez Odwołującego po upływie terminu składania ofert. Ponadto istotą procedury samooczyszczenia jest to, że ciężar wykazania jego skuteczności spoczywa na wykonawcy, który co do zasady, z własnej inicjatywy i według własnego uznania składa w tym celu wyjaśnienia i dowody, a rola zamawiającego sprowadza się do oceny na ich podstawie, czy wykonawcę można uznać za rzetelnego.

Reasumując powyższe Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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).

Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego wpis uiszczony przez Odwołującego w kwocie 15 000 zł (§ 3 pkt 1 lit. a rozporządzenia) oraz zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego w kwocie 3 600 zł z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy (§ 3 pkt 2 lit. b w zw. z § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia).

Przewodniczący: