

Sygn. akt: KIO 3672/21

WYROK

z dnia 3 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 grudnia 2021 r. przez wykonawcę

Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych ATK Recykling T. K., ul. Traugutta 20a, 26-600 Radom,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Jastrzębia, Jastrzębia 110, 26-631 Jastrzębia

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności wykluczenia wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych ATK Recykling T. K. i odrzucenia jego oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty ww. wykonawcy,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Gminę Jastrzębia, Jastrzębia 110, 26-631 Jastrzębia, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych ATK Recykling T. K., ul. Traugutta 20a, 26-600 Radom, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego: Gminy Jastrzębia, Jastrzębia 110, 26-631 Jastrzębia, na rzecz odwołującego: Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych ATK Recykling T. K., ul. Traugutta 20a, 26-600 Radom, kwotę 11 100 zł 00 gr (jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów uiszczonych wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 3672/21

UZASADNIENIE

Zamawiający - Gmina Jastrzębia, Jastrzębia 110, 26-631 Jastrzębia, prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji, postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z terenu gminy Jastrzębia oraz z Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych”, numer referencyjny: RI.271.2.17.2021. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 03.11.2021 r., nr 2021/BZP 00255069/01.

Pismem z dnia 13.12.2021 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych ATK Recykling T.K., ul. Traugutta 20a, 26-600 Radom (dalej: „odwołujący”).

W dniu 20.12.2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania z uwagi na zawinione poważne naruszenie obowiązków zawodowych, podważające jego uczciwość, w szczególności polegające na niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu zamówienia w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, podczas gdy odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania w okolicznościach określonych w art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, bowiem nie dopuścił się poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, zaś zamawiający nie wykazał przesłanek uzasadniających wykluczenie odwołującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp,

2) art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania z uwagi na niewykonanie lub nienależyte wykonanie w znacznym stopniu lub zakresie albo długotrwałe nienależyte wykonywanie istotnego zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, z przyczyn leżących po jego stronie, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady, podczas gdy odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania w okolicznościach określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, bowiem nie dopuścił się niewykonania ani nienależytego wykonania w znacznym stopniu lub zakresie ani długotrwałego nienależytego wykonywania istotnego zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy o zamówienie, zaś zamawiający nie wykazał przesłanek uzasadniających wykluczenie odwołującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp,

3) art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez sporządzenie informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz wykluczeniu odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty bez podania uzasadnienia faktycznego do zastosowanych podstaw wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp, podczas gdy informacja o wyniku postępowania w przypadku wykonawców, których oferty zostały odrzucone obejmuje uzasadnienie faktyczne i prawne,

4) art. 109 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 110 ust. 2 w zw. z art. 110 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania z uwagi na zawinione poważne naruszenie obowiązków zawodowych, podważające jego uczciwość, w szczególności polegające na niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu zamówienia w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, podczas gdy odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania w okolicznościach określonych w art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, bowiem w ramach procedury samooczyszczenia udowodnił, że podjął czynności wystarczające do wykazania jego rzetelności, zaś zamawiający zaniechał merytorycznej oceny podjętych czynności,

5) art. 109 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 110 ust. 2 w zw. z art. 110 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania z uwagi na niewykonanie lub nienależyte wykonanie w znacznym stopniu lub zakresie albo długotrwałe nienależyte wykonywanie istotnego zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, z przyczyn leżących po jego stronie, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady, podczas gdy odwołujący nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, bowiem w ramach procedury samooczyszczenia udowodnił, że podjął czynności wystarczające do wykazania jego rzetelności, zaś zamawiający zaniechał merytorycznej oceny podjętych czynności,

6) art. 111 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez uznanie, że odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 oraz 7 ustawy Pzp, podczas gdy odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania w okolicznościach określonych w art. 109 ust. 1 pkt 5 ani 7 ustawy Pzp,

7) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp (oznaczony jako „art. 226 ust. 1 pkt 1 ppkt a Pzp” w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty i wykluczeniu oraz odrzuceniu oferty), poprzez odrzucenie oferty odwołującego jako oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania, podczas gdy odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania,

8) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe EKO-JAS jako najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy to oferta odwołującego, spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, jest ofertą najkorzystniejszą w świetle ustanowionych w postępowaniu kryteriów oceny ofert.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje.

„4) Odwołujący jest doświadczonym podmiotem świadczącym profesjonalnie od około 1993 r. usługi w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów. (...) W ramach działalności Odwołującego zdarzyło się jednak, że jeden z Zamawiających — Gmina Wieniawa (...) — wypowiedział umowę o zamówienie nr 6.2021 z dnia 21.01.2021 r. na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Wieniawa oraz naliczył kary umowne.

W ocenie Odwołującego rzeczywistym powodem wypowiedzenia umowy było

nieprawidłowe oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia przez Gminę Wieniawa, co skutkowało brakiem środków na jego sfinansowanie. Natomiast okoliczności przytaczane przez Gminę Wieniawa — w uzasadnieniu do czynności odstąpienia od umowy oraz naliczenia kar umownych były jedynie pretekstem. Czynności te podjęte zostały w celu wycofania się przez Gminę Wieniawa z umowy nr 6.2021 w związku z niedoszacowaniem przedmiotu zamówienia, przy czym Gmina Wieniawa usiłowała przerzucić odpowiedzialność za rozwiązanie umowy na Odwołującego. W szczególności należy wskazać, że okoliczności uzasadniające odstąpienie od umowy oraz naliczenia kar umownych - dotyczyły łącznie 3 różnych zdarzeń — trwających kilka godzin — a maksymalnie 1 dzień — przywołanych po kilku miesiącach przez Gminę Wieniawa po nieudanych rozmowach z Odwołującym. Obecnie trwa postępowanie sądowe — z powództwa Odwołującego przeciwko Gminie Wieniawa.

5) Uwzględniając fakt wypowiedzenia umowy — w toku niniejszego postępowania Odwołujący złożył oświadczenie, że zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia z postępowania. Wraz z ww. oświadczeniem Odwołujący przedstawił — w ramach procedury samooczyszczenia — opis sytuacji w jakiej znalazł się w związku z realizacją w przeszłości umowy o zamówienie, gdzie doszło do odstąpienia przez zamawiającego oraz naliczenia kar umownych, jak również opis czynności zmierzających do wykazania rzetelności Odwołującego (...). Podjęte przez Odwołującego czynności nawiązywały do przyczyn odstąpienia od umowy i naliczenia kar umownych przez gminę Wieniawa.

W ramach procedury samooczyszczenia Odwołujący przedstawił szereg dowodów potwierdzający wdrożenie przez niego czynności zmierzających do wykazania swojej rzetelności:

- zarządzenie nr 1/2021 o utworzeniu stanowisku koordynatora ds. monitoringu ładowności pojazdów,
- zarządzenie nr 2/2021 dotyczące utworzenia stanowiska specjalisty ds. nadzoru na systemem monitoringu pojazdów,
- zarządzenie nr 3/2021 dotyczące obowiązków pracowników odpowiedzialnych bezpośrednio za odbiór odpadów oraz dostarczanie worków,
- zarządzenie nr 4/2021 dotyczące obowiązków pracowników wyznaczonych do kontaktów z zamawiającym oraz
- zarządzenie nr 5/2021 dotyczące utworzenia stanowiska konsultanta ds. segregacji odpadów.

6) Dnia 13.12.2021 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty, wykluczeniu Odwołującego z postępowania oraz odrzuceniu jego oferty. Jako podstawę czynności Zamawiający wskazał art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 w zw. z art. 110 ust. 3 i art. 111 pkt 4 Pzp (w zakresie wykluczenia z postępowania) oraz art. 226 ust. 1 pkt 1 ppkt a Pzp (jako podstawę odrzucenia oferty).

W ramach uzasadnienia faktycznego Zamawiający wskazał, że w świetle art. 110 ust. 2 Pzp wykonawca powinien wykazać podjęcie środków mających na celu wykazanie jego rzetelności, podczas gdy Odwołujący takiemu warunkowi nie sprostął. Zamawiający wskazał, że w ramach procedury samooczyszczenia Odwołujący ograniczył się do twierdzeń nieopartych dowodami. Wskazał, że same twierdzenia Odwołującego nie stanowią dowodu. Natomiast w odniesieniu do dowodów wskazał, że zostały one „sygnowane nazwiskiem T. K.” a nie podpisane i z tego względu nie mogą stanowić dowodu. Zamawiający nie przedstawił uzasadnienia faktycznego dla zastosowanych podstaw wykluczenia z postępowania (art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Pzp). Jednocześnie z treści uzasadnienia nie wynika, że Zamawiający dokonał merytorycznej oceny środków przedsięwziętych przez Odwołującego w celu wykazania swojej rzetelności.

Przechodząc następnie do uzasadnienia poszczególnych zarzutów — należy wskazać co następuje:

- 1) (...) w ramach uzasadnienia do czynności wykluczenia z postępowania oraz odrzucenia oferty Zamawiający w ogóle nie przedstawił uzasadnienia faktycznego w odniesieniu do przesłanek: poważnego naruszenia obowiązków zawodowych (art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp) oraz niewykonania lub nienależytego wykonania istotnego zobowiązania w znacznym stopniu (art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp).
- 2) (...) Odnosząc powyższe do okoliczności niniejszego postępowania należy wskazać, że:
 - Zamawiający automatycznie, w sposób całkowicie bezrefleksyjny przyjął, iż rozwiązanie umowy o zamówienie przez Gminę Wieniawa oraz naliczenie kar umownych przesądza, że

Odwołujący dopuścił się poważnego naruszenia obowiązków zawodowych oraz naruszenia istotnego zobowiązania w znacznym stopniu;

- Zamawiający w ramach uzasadnienia do czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania nie podjął nawet próby wykazania, że rozwiązanie umowy o zamówienie z Gminą Wieniawa nastąpiło w związku z poważnym naruszeniem obowiązków zawodowych oraz niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy w istotnym stopniu z przyczyn leżących po stronie Odwołującego. Zamawiający nie przedstawił w tym zakresie uzasadnienia faktycznego.

3) Tymczasem w ramach samooczyszczenia w niniejszym postępowaniu Odwołujący przedstawił Zamawiającemu szczegółowy opis okoliczności towarzyszących realizacji przez siebie umowy na rzecz Gminy Wieniawa. W tym zakresie Odwołujący wskazał jednocześnie, że w istocie - przy realizacji zamówienia publicznego na rzecz Gminy Wieniawa - nie doszło do poważnego naruszenia obowiązków zawodowych ani niewykonania lub nienależytego wykonania istotnego zobowiązania w znacznym stopniu. W konsekwencji Odwołujący wskazał, że nie zaszyły w jego przypadku okoliczności uzasadniające wykluczenie go z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 czy 7 Pzp.

4) Podnieść należy, że czynności odstąpienia od umowy oraz naliczenia kar umownych przez Gminę Wieniawa - były całkowicie nieuzasadnione w okolicznościach towarzyszących realizowaniu umowy nr 6.2021. Ponadto czynności Gminy Wieniawa zostały dokonane w oderwaniu od przepisów prawa oraz postanowień umownych, w których określono przesłanki skorzystania przez Gminę Wieniawa z prawa do odstąpienia od umowy nr 6.2021. Znajduje to uzasadnienie w następujących okolicznościach: (...)

6) (...) Wykluczenie Odwołującego z postępowania w takich okolicznościach — stanowi naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Pzp. Natomiast sporządzenie informacji o wyniku postępowania bez podania uzasadnienia faktycznego, w którym Zamawiający wykazałby zmaterializowanie się przesłanek ww. podstaw wykluczenia z postępowania wobec Odwołującego — stanowi naruszenie przepisu art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp. (...)

1) Odwołujący w ramach samooczyszczenia przedstawił opis czynności, jakie podjął w celu wykazania swojej rzetelności oraz w celu wyeliminowania na przyszłość ryzyka zaistnienia sytuacji poważnego naruszenia obowiązków zawodowych czy niewykonania lub nienależytego wykonania istotnego zobowiązania w znacznym stopniu. Odwołujący poddał analizie przyczyny, dla których Gmina Wieniawa odstąpiła od umowy oraz naliczyła kary umowne. Podjęte czynności zostały zatem powiązane z okolicznościami, którymi zamawiający gmina Wieniawa uzasadnił odstąpienie od umowy nr 6.2021 oraz naliczenie kar umownych. Odwołujący podjął zatem działania nieprzypadkowe, które realnie miały zapobiec w przyszłości poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych czy niewykonaniu istotnego zobowiązania.

2) W tym miejscu podnieść należy, iż w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że zamawiający zobowiązany jest dokonać merytorycznej oceny wyjaśnień oraz dowodów przedstawionych przez wykonawcę w ramach samooczyszczenia. Jednocześnie wskazuje się, że taka ocena nie może być dowolna. Ponadto podnosi się tam, iż w przepisach ustaw nie określono jakie dowody mają zostać przedstawione przez wykonawcę w celu wykazania rzetelności oraz że mają one być adekwatne do okoliczności podważających rzetelność: (...)

3) W ramach procedury samooczyszczenia Odwołujący przedstawił szereg dowodów potwierdzający wdrożenie przez niego czynności zmierzających do wykazania swojej rzetelności:

- zarządzenie nr 1/2021 o utworzeniu stanowisku koordynatora ds. monitoringu ładowności pojazdów,
- zarządzenie nr 2/2021 dotyczące utworzenia stanowiska specjalisty ds. nadzoru na systemem monitoringu pojazdów,
- zarządzenie nr 3/2021 dotyczące obowiązków pracowników odpowiedzialnych bezpośrednio za odbiór odpadów oraz dostarczanie worków,
- zarządzenie nr 4/2021 dotyczące obowiązków pracowników wyznaczonych do kontaktów z zamawiającym oraz
- zarządzenie nr 5/2021 dotyczące utworzenia stanowiska konsultanta ds. segregacji

odpadów.

Zamawiający bezzasadnie odmówił oceny dowodów przedstawionych przez Odwołującego. Zamiast merytorycznej oceny dowodów przedłożonych przez Odwołującego Zamawiający pominął je z uwagi na formę w jakich dowody te zostały złożone. Wskazał, że dowody te nie stanowią dokumentu, bowiem zostały „sygnowane podpisem T. K. a nie podpisane ani podpisem ręcznym ani elektronicznym”.

4) W odniesieniu do postępowania Zamawiającego należy wskazać, że przedmiotowe dowody zostały sporządzone w formie dokumentowej, o której mowa w art. 77²-77³ Kodeksu cywilnego. Stanowiły ono oświadczenie woli Odwołującego złożone w postaci dokumentu w taki sposób, że było możliwe ustalenie osoby składającej oświadczenia (T. K.) oraz jednocześnie na dokumencie, który umożliwiał zapoznanie się z jego treścią.

W tym miejscu podnieść należy, że forma dokumentowa ma zastosowanie na gruncie zamówień publicznych, a w szczególności ma ona zastosowanie w przypadku podmiotowych środków dowodowych. Zgodnie z art 8 ust. 1 Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego oraz wykonawców stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Jednocześnie zgodnie z § 15 rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23.12.2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415) - podmiotowe środki dowodowe oraz inne dokumenty lub oświadczenia, o których mowa w rozporządzeniu, składa się w formie elektronicznej, w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, w formie pisemnej lub w formie dokumentowej, w zakresie i w sposób określony w przepisach wydanych na podstawie art. 70 ustawy.

Niezależnie od powyższego podnieść należy, że w przypadku dowodów złożonych przez Odwołującego - kwestia sposobu ich podpisania nie miała znaczenia. Dokumenty te nie były skierowane do Zamawiającego, lecz do pracowników Odwołującego. Były to dokumenty o charakterze wewnętrznym i z tego względu nie miała znaczenia ich forma. Natomiast Zamawiającemu dokumenty te zostały przedstawione do wglądu — na potwierdzenie twierdzeń Odwołującego zawartych w samooczyszczeniu. W konsekwencji Zamawiający bezzasadnie pominął dowody przedłożone w ramach samooczyszczenia sporządzone w formie dokumentowej. Zamawiający winien był je ocenić merytorycznie, tj. dokonać oceny czy są one wystarczające do wykazania rzetelności Odwołującego.

5) Odnosząc się natomiast do środków podjętych przez Odwołującego w celu wykazania jego rzetelności - wskazać należy, że Gmina Wieniawa odstąpiła od umowy wskazując, że Odwołujący opóźnił zbiórkę w stosunku do harmonogramu 3 razy, przy czym opóźnienie wynosiło więcej niż 1 dzień z przyczyn leżących po stronie Odwołującego. Opóźnienia miały dotyczyć:

- odbioru opon w dniu 8.03.2021 r. (z uwagi na okoliczność, że niektóre odpady nie zmieściły się do pojazdu zbierającego odpady),
- odbioru odpadów szklanych w dniu 15.06.2021 r. w części miejscowości Brudnów oraz w całej miejscowości Głogów, Konary oraz Kaleń (z uwagi na okoliczność, że uszkodzeniu uległ system monitoringu pojazdów oparty na pozycjonowaniu satelitarnym),
- odbioru odpadów szklanych w dniu 15.06.2021 r. w miejscowościach Sokolniki Mokre, Skrzywno, Wydrzyn oraz części miejscowości Żuków (z uwagi na okoliczność, że niektóre odpady nie zmieściły się do pojazdu zbierającego odpady).

Mając na względzie powyższe — Odwołujący podjął w ramach swojego przedsiębiorstwa następujące działania w celu wyeliminowania ryzyka niedostosowania ładowności pojazdów do ilości odpadów oraz zmarginalizowania ryzyka wystąpienia awarii systemu monitoringu pojazdów oraz negatywnych konsekwencji tej awarii:

- Odwołujący przekazał polecenia pracownikom mające na celu analizę stanu załadowania pojazdów,
- Odwołujący wprowadził zarządzenie nr 1/2021 (załącznik nr 2 do wyjaśnień) na mocy którego utworzono stanowisko koordynatora odpowiedzialnego za monitoring stanu załadowania pojazdów na odpady (Koordynator ds. monitoringu ładowności pojazdów),

Do zadań koordynatora należy weryfikacja nominalnej ładowności pojazdów dostępnych w ramach naszego przedsiębiorstwa w kontekście ilości odpadów jaka pozostaje do zebrania przez dany pojazd w danym dniu. Koordynator zobowiązany jest przekazać wyniki tej weryfikacji do dyspozytora pojazdów na odpady. Koordynator odpowiedzialny jest również za tworzenie — nie rzadziej niż w 2 tygodniowych odstępach - analizy miejscowej, w ramach

której określa realną ilość odpadów odbieranych z danego terenu. Ponadto w ramach obowiązków koordynatora ds. monitoringu ładowności pojazdów leży również stały kontakt z kierowcami pojazdów na odpady celem ustalenia stanu załadowania pojazdów. W razie ustalenia, że istnieje ryzyko nieodebrania w terminie wszystkich odpadów z uwagi na wysoki stopień załadowania pojazdu, koordynator zobowiązany jest przekazać do dyspozytora pojazdów na odpady informację o konieczności wysłania dodatkowego pojazdu tego samego dnia.

- Odwołujący jednocześnie dokonał zmodernizowania dostępnej mu bazy pojazdów na odpady. Wykonawca dysponuje liczbą 27 pojazdów. Ta liczba pojazdów oraz ich ładowność pozostają adekwatne do realizowanych przez Wykonawcę zadań, w tym do realizacji umowy nr 6/2021. Jednak z uwagi na okoliczności zaistniałe w związku z realizacją umowy nr 6/2021 Wykonawca dokonał — we własnym warsztacie zmodernizowania 2 pojazdów na odpady poprzez zwiększenie ich pojemności ładunkowej. Dokonano dostosowania pojazdów do zbiórki odpadów wielkogabarytowych, szkła oraz opon. Dzięki temu zabiegowi uzyskano łatwiejszy i szybszy załadunek ww. odpadów.

- Ponadto Odwołujący w ramach zarządzenia nr 2/2021 (załącznik nr 3 do wyjaśnień) wprowadził stanowisko Specjalisty ds. nadzoru nad systemem monitoringu pojazdów. Specjalista ten ta odpowiedzialny jest za bieżącą weryfikację sprawności, szybkości oraz przejrzystości działania systemu monitoringu pojazdów oparty na pozycjonowaniu satelitarnym. W razie awarii ww. systemu specjalista zobowiązany jest do niezwłocznego zawiadomienia o problemie dostawcy systemu oraz zawiadomienia przedstawiciela klienta (zamawiającego) o zaistnieniu awarii oraz przewidywanym czasie jej usunięcia.

Na podjęcie powyższych czynności Odwołujący przedstawił szereg dowodów potwierdzający wdrożenie przez niego opisanych powyżej czynności zmierzających do wykazania rzetelności Odwołującego.

6) Zatem wykluczenie Odwołującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 w zw. z art. 110 ust. 3 Pzp, podczas gdy Zamawiający w ogóle zaniechał merytorycznej oceny wyjaśnień oraz dowodów przedstawionych przez Odwołującego w ramach samooczyszczenia oraz nie wykazał, że przez Odwołującego działania były niewystarczające do udowodnienia jego rzetelności — stanowi naruszenie ww. przepisów ustawy. Wykluczenie Odwołującego z postępowania w takich okolicznościach pozostaje całkowicie bezzasadne.

VI. Zamawiający zastosował przepis art. 111 pkt 4 Pzp uznając, że Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 oraz 7 Pzp. Tymczasem — jak wykazano w ramach uzasadnienia do zarzutów I-V odwołania — Odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 oraz 7 Pzp, zaś czynność wykluczenia go z postępowania została dokonana z naruszeniem przepisów ustawy. (...)

VII. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego jako ofertę wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania. Tymczasem — jak wykazano w ramach uzasadnienia do zarzutów I-V odwołania — Odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 oraz 7 Pzp, zaś czynność wykluczenia go z postępowania została dokonana z naruszeniem przepisów ustawy. (...)

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, odrzucenia oferty odwołującego oraz wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 13.12.2021 r.,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
- 3) dokonania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w wyniku ponownego badania i oceny ofert.

Pismem z dnia 31.12.2021 r. odwołujący przedstawił dodatkową argumentację w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z terenu gminy Jastrzębia oraz z Punktu

Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych.

W pkt 8.2. swz zamawiający przewidział wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 11.11.2021 r. odwołujący złożył wyjaśnienia dotyczące realizacji przez niego usługi na rzecz Gminy Wieniawa i odstąpienia od umowy przez ww. Gminę, a także wyjaśnienia i dowody w ramach samooczyszczenia. Treść wyjaśnień i dowodów została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 13.12.2021 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe EKO-JAS, a także o wykluczeniu odwołującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 w zw. z art. 110 ust. 3 i art. 111 pkt. 4 ustawy Pzp oraz o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp. W uzasadnieniu zamawiający wskazał:

„Wykonawca wraz z ofertą nie przedłożył oświadczenia o braku podstaw wykluczenia. Oświadczenie Wykonawca złożył na wezwanie Zamawiającego wskazując, iż zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia gdyż w roku 2021 znalazł się w sytuacji w której doszło do odstąpienia od umowy (według opisu przedstawionego przez Wykonawcę — umowa nr. 6.2021 z dnia 21.01.2021 roku zawarta pomiędzy Wykonawcą a Gminą Wieniawa) i jednocześnie poinformował Zamawiającego że podjął czynności naprawcze przedstawiając dokument o nazwie: „Wyjaśnienie wykonawcy w przedmiocie podstaw wykluczenia z postępowania dotyczących poważnego naruszenia obowiązków zawodowych oraz niewykonania istotnego zobowiązania”. Realizując zapis art. 110 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oferent powinien wykazać, że naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne. Powinien udowodnić, że wyczerpująco wyjaśnił zamawiającemu fakty i okoliczności związane ze swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania lub zamawiającym. Tego elementu zabrakło w przedłożonym przez oferenta piśmie. Twierdzenia to nie dowód. Wobec nieudowodnienia zaistnienia przesłanki z art. 110 ust. 2 pkt 2 p.z.p. nie jest możliwe dokonanie przez Zamawiającego oceny, czy podjęte przez wykonawcę czynności naprawcze są wystarczające do wykazania jego rzetelności, a temu przecież służy instytucja self-cleaning. Należy również zauważyć, że załączone do pisma zarządzenia na potwierdzenie działań naprawczych, sygnowane nazwiskiem Pana T.K. nie stanowią dokumentu gdyż nie zostały podpisane ani podpisem ręcznym ani elektronicznym. Z tej też przyczyny Zamawiający wyklucza Wykonawcę na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia i odrzuca jego ofertę w przedmiotowym postępowaniu.”

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Uzasadnienie faktyczne powinno przy tym odnosić się do wszystkich przesłanek zawartych w przepisach stanowiących podstawę odrzucenia oferty wykonawcy (w tym przepisach dotyczących wykluczenia, jeżeli oferta jest odrzucona w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp), z podaniem okoliczności faktycznych i oceny tych okoliczności przez zamawiającego, tak by wykonawca wiedział, co spowodowało jego wykluczenie lub odrzucenie jego oferty i by zostały zachowane zasady, o których mowa w art. 16 ustawy Pzp, w szczególności zasada przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wykonawca nie może bowiem zadbać o swoje interesy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli nie ma dostępu do wiedzy, z jakich konkretnie powodów zamawiający wykluczył go z postępowania lub odrzucił jego

ofertę. W konsekwencji, jeżeli wykonawca nie ma dostępu do takiej wiedzy, nie są realizowane ww. podstawowe zasady udzielania zamówień, o których mowa w art. 16 ustawy Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp z powodu jego wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp, jednakże w ogóle nie wskazał w uzasadnieniu faktycznym pisma z dnia 13.12.2021 r., które przesłanki zawarte w ww. przepisach i dlaczego, ziściły się jego zdaniem, wobec odwołującego. W szczególności zamawiający nie wskazał, co świadczy o tym, że naruszenie, którego dopuścił się odwołujący jest poważne, że naruszenie to jest wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, że zobowiązanie zostało niewykonane w znacznym stopniu albo że było długotrwałe nienależycie wykonywane. Powyższe skutkuje koniecznością stwierdzenia, że uzasadnienie faktyczne zawarte w piśmie z dnia 13.12.2021 r. jest zdecydowanie niewystarczające, co stanowi naruszenie przez zamawiającego zarówno art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jak i art. 16 ustawy Pzp. Już tylko to naruszenie stanowi samodzielną podstawę uwzględnienia odwołania, niezależnie od innych naruszeń, omówionych poniżej.

Przechodząc do kwestii wykluczenia odwołującego z postępowania, w pierwszej kolejności należy przytoczyć właściwe przepisy. Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

5) 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 dowodów,

7) który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwałe nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Wszystkie określone w ww. przepisach przesłanki muszą wystąpić łącznie, aby dopuszczalne było wykluczenie wykonawcy z postępowania.

Przepisy te stanowią implementację do porządku krajowego art. 57 ust. 4 lit. c) i lit. g) Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, zwanej dalej: „dyrektywą klasyczną”. W art. 57 ust. 4 lit. c) i lit. g) dyrektywy klasycznej ustawodawca unijny wskazał, że instytucja zamawiająca może wykluczyć wykonawcę:

c) jeżeli instytucja zamawiająca może wykazać za pomocą stosownych środków, że wykonawca jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, które podaje w wątpliwość jego uczciwość,

g) jeżeli wykonawca wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym lub wcześniejszą umową w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej wcześniejszej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji.

Również w przypadku ww. przepisów dyrektywy klasycznej, wykluczenie wykonawcy może nastąpić jedynie w sytuacji zaistnienia wszystkich przesłanek łącznie.

Należy także zwrócić uwagę, że w motywie 101 preambuły do dyrektywy klasycznej ustawodawca unijny zawarł wskazówki dotyczące stosowania ww. podstaw wykluczenia. W preambule wskazano, że instytucje zamawiające „powinny także mieć możliwość wykluczenia kandydatów lub oferentów, którzy przy wykonywaniu wcześniejszych zamówień publicznych wykazali poważne braki w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów; było to np. niedostarczenie produktu lub niewykonanie zamówienia, znaczące wady dostarczonego produktu lub świadczonej usługi, które spowodowały ich niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem, lub niewłaściwe zachowanie poddające w poważną wątpliwość wiarygodność wykonawcy. Przepisy krajowe powinny określać maksymalny czas trwania takich wykluczeń. Stosując fakultatywne podstawy wykluczenia, instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności. Drobne nieprawidłowości powinny zwracać uwagę w wyjątkowych okolicznościach prowadzić do wykluczenia wykonawcy. Powtarzające się przypadki drobnych nieprawidłowości mogą jednak wzbudzić wątpliwości co do wiarygodności wykonawcy, co może uzasadniać jego wykluczenie”.

Z przytoczonych powyżej przepisów wynika, że wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp jest dopuszczalne jedynie w przypadku zajścia wszystkich określonych w tym przepisie przesłanek łącznie, a ponadto przesłanki te nie mogą być rozumiane dowolnie. Wykluczając wykonawcę zamawiający nie może zatem opierać się wyłącznie na fakcie, że doszło do rozwiązania wcześniejszej umowy zawartej z wykonawcą. Zamawiający musi także wykazać m.in., że do rozwiązania umowy doszło z powodu poważnego naruszenia obowiązków zawodowych wynikającego z zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa (art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp) oraz że wykonawca nie wykonał lub nienależycie wykonywał zamówienie w znacznym stopniu lub zakresie albo długotrwale (art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp). Brak wystąpienia którejkolwiek przesłanki określonej w art. 109 ust. 1 pkt 5 lub 7 ustawy Pzp, powoduje, że wykluczenie wykonawcy jest niedopuszczalne.

W przedmiotowej sprawie zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania z powodu okoliczności, które sam odwołujący wskazał w wyjaśnieniach z dnia 11.11.2021 r., tj. okoliczności dotyczących realizacji zamówienia na rzecz Gminy Wieniawa. Jak wynika z ww. wyjaśnień i treści odwołania, Gmina Wieniawa odstąpiła od umowy nr 6.2021 zawartej z odwołującym, ponieważ odwołujący trzykrotnie opóźnił zbiorke odpadów w stosunku do obowiązującego harmonogramu, przy czym opóźnienie dotyczyło:

- odbioru opon w dniu 08.03.2021 r. (z uwagi na okoliczność, że niektóre odpady nie zmieściły się do pojazdu zbierającego odpady),
- odbioru odpadów szklanych w dniu 15.06.2021 r. w części miejscowości Brudnów oraz w całej miejscowości Głogów, Konary oraz Kaleń (z uwagi na okoliczność, że uszkodzeniu uległ system monitoringu pojazdów oparty na pozycjonowaniu satelitarnym),
- odbioru odpadów szklanych w dniu 15.06.2021 r. w miejscowościach Sokolniki Mokre, Skrzywno, Wydrzyn oraz części miejscowości Żuków (z uwagi na okoliczność, że niektóre odpady nie zmieściły się do pojazdu zbierającego odpady).

Dodatkowo Gmina Wieniawa naliczyła kary umowne m.in. za ww. opóźnienia zbiórki odpadów, opóźnienia w dostarczeniu worków na odpady komunalne do jednej nieruchomości oraz mieszanie odpadów szklanych z odpadami zmieszanymi (przy czym odwołujący wskazał w wyjaśnieniach objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, dlaczego ocena Gminy Wieniawa co do mieszania tych odpadów była błędna).

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że okoliczność naliczenia kar umownych sama w sobie nie jest automatycznie podstawą ziszczenia się przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (patrz: wyrok z dnia 16.08.2016 r. o sygn. akt KIO 1383/16 dotyczący postępowania prowadzonego na poprzednio obowiązujących przepisach ustawy Pzp, ale zachowujący aktualność co do sposobu rozumienia pojęcia „zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa”).

Odnosząc się natomiast do okoliczności odstąpienia przez Gminę Wieniawa od umowy nr 6.2021, należy zauważyć, że odstąpienie to było oparte na opóźnieniu w zbiórce odpadów spowodowanym przepełnieniem samochodu przeznaczanego do odbioru tych odpadów oraz uszkodzeniem systemu monitoringu pojazdów opartego na pozycjonowaniu satelitarnym. Należy przy tym podkreślić, że usługi objęte tą umową były wykonywane przez odwołującego przez okres ok. 6 miesięcy, natomiast opóźnienie zbiórki odpadów miało miejsce przez dwa dni (08.03.2021 r. i 15.06.2021 r.). Biorąc zatem pod uwagę ww. naruszenia, jakich dopuścił się odwołujący wykonując umowę 6.2021, przede wszystkim nie można stwierdzić, aby doszło do poważnego naruszenia obowiązków zawodowych zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, a także by doszło do nienależytego wykonania zobowiązań długotrwale albo w znacznym stopniu lub zakresie, o czym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Naruszenia, których dopuścił się odwołujący, nie mogą być bowiem uznane za poważne, długotrwale lub znaczne, skoro trwały zaledwie przez dwa dni w ciągu sześciu miesięcy realizowania umowy i skoro stanowiły jedynie opóźnienia, gdyż ostatecznie zbiórki ww. odpadów zostały wykonane, tyle że w późniejszym terminie. Dodatkowo nie można uznać, że wskazane naruszenia wynikały z zamierzonego działania lub niedbalstwa w stopniu rażącym, skoro powodem jednego z opóźnień było uszkodzenie systemu monitoringu, a powodem pozostałych było przepełnienie samochodów przeznaczonych do odbioru odpadów, co może wynikać nie tylko z braku przewidywalności wykonawcy, ale też z większego niż zwykle wystawienia np. opon przez mieszkańców.

Raz jeszcze należy podkreślić, że poważne naruszenie obowiązków zawodowych, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, nie może być utożsamiane z jakąkolwiek

nieprawidłowością w wykonaniu zamówienia, za którą odpowiada wykonawca i która spowodowała rozwiązanie wcześniejszej umowy. Jak wskazał ustawodawca unijny w motywie 101 dyrektywy klasycznej, chodzi bowiem o niewykonanie zamówienia, znaczące wady świadczonej usługi, które spowodowały jej nieprzydatność lub niewłaściwe zachowanie wykonawcy poddające w poważną wątpliwość jego wiarygodność. Drobne uchybienia w wykonaniu umowy, nie powtarzające się wielokrotnie, trwające przez krótki czas, nie powinny być uznawane za naruszenie o charakterze poważnym i nie powinny być automatycznie traktowane jako podważające uczciwość wykonawcy. Podobnie należy ocenić przesłankę niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań w znacznym stopniu lub zakresie, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Również w tym przypadku nie chodzi o jakiegokolwiek uchybienie wykonawcy w wykonaniu umowy, ale stosownie do wskazówek zawartych w motywie 101 dyrektywy klasycznej - o znaczące wady świadczonej usługi. Nie można także nie wspomnieć o obowiązującej zasadzie proporcjonalności, na którą słusznie zwrócił uwagę odwołujący, a także ustawodawca unijny w motywie 101 dyrektywy klasycznej. W świetle ww. zasady, nie jest zasadne wykluczenie wykonawcy z powodu drobnych, krótkotrwałych, nie powtarzających się wielokrotnie uchybień.

Jak wskazano już wyżej, w opóźnieniu zbiórki odpadów przez dwa dni w ciągu ok. 6 miesięcy, Izba nie dopatrzyła się ani poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, ani długotrwałego nienależytego wykonania zamówienia w znaczącym stopniu lub zakresie, ani zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Podobnie brak dostarczenia worków do jednego gospodarstwa domowego spośród co najmniej setek, nie stanowi, w ocenie Izby, poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, ani nienależytego wykonania zamówienia w znaczącym stopniu lub zakresie.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że zamawiający naruszył art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp wykluczając odwołującego z postępowania, jak też naruszył art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp odrzucając jego ofertę. W konsekwencji, w świetle okoliczności omawianych w niniejszej sprawie, nie zachodzi wobec odwołującego podstawa wykluczenia z postępowania w okresie 3 lat w oparciu o art. 111 pkt 4 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego, jedynie na marginesie Izba odniesie się też do kwestii samooczyszczenia dokonanego przez odwołującego w niniejszym postępowaniu. Należy podkreślić, że instytucja samooczyszczenia ma zastosowanie wtedy, gdy wobec wykonawcy zachodzi podstawa wykluczenia, ale wykonawca zamierza wykazać, że mimo to jest podmiotem rzetelnym i wiarygodnym. Instytucja ta natomiast nie ma zastosowania w sytuacji, gdy wobec wykonawcy w ogóle nie zachodzi podstawa wykluczenia. W przedmiotowej sprawie, jak wskazano już wyżej, wobec odwołującego nie zachodzą podstawy wykluczenia z postępowania, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp, w zakresie dotyczącym realizacji umowy 6.2021 zawartej z Gminą Wieniawa, zatem nie ma też wobec niego zastosowania instytucja samooczyszczenia w tym zakresie.

Niemniej jednak, wobec podjętych przez zamawiającego w tym zakresie czynności, Izba zwraca uwagę, że środki naprawcze określone w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, muszą być wykazane łącznie, ale jednak adekwatnie do naruszeń, jakich dopuścił się wykonawca. Tym samym ich spełnienie przez wykonawcę musi być każdorazowo oceniane w świetle konkretnych okoliczności faktycznych, tj. w zależności od tego, czy przykładowo: wykonawca działał w zorganizowanej grupie przestępczej (art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp), czy skazano jego członka zarządu za finansowanie przestępstwa o charakterze terrorystycznym (art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp), czy naruszył obowiązki w dziedzinie ochrony środowiska (art. 109 ust. 1 pkt 2 ustawy Pp), czy poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość (art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp), czy wprowadził zamawiającego w błąd (art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp). Ze względu bowiem na różnorodność okoliczności faktycznych, jakie kryją się w podstawach wykluczenia wymienionych w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, podjęte przez wykonawcę w ramach samooczyszczenia środki zaradcze siłą rzeczy również będą musiały mieć różny charakter. Rolą zamawiającego jest zaś dokonanie oceny ich skuteczności w świetle konkretnych okoliczności faktycznych dotyczących danej podstawy wykluczenia.

W niniejszej sprawie zamawiający w piśmie z dnia 13.12.2021 r. wytknął odwołującemu brak wykazania zadośćuczynienia pieniężnego i brak aktywnej współpracy z zamawiającym oraz niewłaściwą formę załączonych dowodów, natomiast nie dokonał oceny wyjaśnień odwołującego zawartych w piśmie z dnia 11.11.2021 r. i dotyczących podjętych przez niego działań organizacyjnych i kadrowych mających na celu zapobieganie sytuacjom, jakie wystąpiły podczas realizacji umowy na rzecz Gminy Wieniawa, które to działania, w ocenie Izby miały istotne znaczenie w tych konkretnych okolicznościach faktycznych. Brak dokonania oceny ww. działań stanowi naruszenie art. 110 ust. 3 ustawy Pzp. Niemniej jednak, jak wskazano już wyżej, odwołujący nie podlega wykluczeniu na

podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp, zatem nie zachodzi wobec niego konieczność dokonywania samooczyszczenia.

Izba postanowiła zatem jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Uznając przede wszystkim wykluczenie odwołującego z postępowania i odrzucenie jego oferty za niezasadne, Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący

KIO 3672/21

18