

Sygn. akt: KIO 2230/23

WYROK

z dnia 16 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Członkowie: Aneta Młacka

Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

Po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 14 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 lipca 2023 r. przez wykonawcę Golden Line Sp. z o.o., ul. Krakowska 150, 35-506 Rzeszów w postępowaniu prowadzonym przez 34 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Rzeszowie, ul. Krakowska 11B, 35-111 Rzeszów

przy udziale:

- A. wykonawcy JM Data Sp. z o.o. Sp.k., ul. Zwoleńska 65a, 04-761 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
- B. wykonawcy Netprint s.c. J. W., B. S., ul. Unii Europejskiej 10, 32-600 Oświęcim zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża Golden Line Sp. z o.o., ul. Krakowska 150, 35-506 Rzeszów i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do 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 2230/23

Uzasadnienie

Zamawiający: Skarb Państwa - 34 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Rzeszowie prowadzi Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę materiałów eksploatacyjnych do drukarek faksów i innych urządzeń drukujących” (nr referencyjny: ZP/24/2023). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 5 kwietnia 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 068-202155. Adres strony internetowej prowadzonego postępowania:

Odwołujący: Golden Line Spółka z o.o. w Rzeszowie wniósł odwołanie wobec odrzucenia przez Zamawiającego oferty Odwołującego oraz wyboru jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu na dostawę materiałów eksploatacyjnych do drukarek faksów i innych urządzeń drukujących oferty wykonawcy Netprint s.c. J. W., B. S.

1 ZARZUTY i ŻĄDANIA

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i art. 110 ust. 2 i 3 ustawy Pzp przez nieprawidłowe odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że nie zachodzą przesłanki jej odrzucenia wskazane w art. 226 ust. 1 pkt 2a ustawy Pzp, a Zamawiający zobowiązany był do zgodnej z prawem, rzetelnej i logicznej oceny dokonanego przez Odwołującego samooczystczenia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności: badania i oceny ofert, odrzucenia oferty Odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej z 21 lipca 2023 r. oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Odwołujący złożył w postępowaniu ofertę, która w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy pzp, została odrzucona, chociaż powinna zostać uznana za najkorzystniejszą.

UZASADNIENIE

W informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 110 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający wskazał następujące uzasadnienie:

Wykonawca złożył ofertę wraz z nią korzystając z dyspozycji art. 110 ust. 2 ustawy Pzp tzw. samooczyszczenie (self-cleaning). Zgodnie z art. 110 ust. 2 wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2, 5 i 6 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-10, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił wymienione tam przesłanki łącznie. Przepis wprost mówi o udowodnieniu, co szeroko akcentowane jest także w orzecznictwie KIO. Np. w wyroku KIO 444/20 zaprezentowano rygorystyczne podejście, negujące skuteczność procedury bez przedstawienia dowodów, pomimo nawet obszernych wyjaśnień.

Dla przeprowadzenia skutecznego samooczyszczenia przepisy ustawy Pzp wymagają złożenia dowodów, nie zaś jedynie wyjaśnień. Podobne stanowisko zostało wyrażone w doktrynie: Co istotne, zgodnie z komentowanym przepisem, konieczne jest przedstawienie dowodów, że podjęte przez wykonawcę środki są wystarczające do stwierdzenia rzetelności wykonawcy. Zamawiający nie będzie mógł zatem uwzględnić nawet obszernych wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, jeśli nie będą poparte dowodami. Wykonawca powinien bowiem przedstawić dowody na potwierdzenie, że przedsięwziął stosowne środki. Ponieważ uznanie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, pomimo że zaistniała ku temu przesłanka, stanowi wyjątek od reguły, przepisy w zakresie self-cleaning należy interpretować wąsko. Zamawiający powinien zaniechać wykluczenia dopiero wówczas, kiedy wykonawca rzeczywiście udowodnił swoją rzetelność.

Zamawiający zapoznał się z treścią przedłożonych wyjaśnień oraz dowodów. Z ich treści nie wynika, aby Wykonawca naprawił szkodę wyrządzoną przestępstwem (tj. jego obowiązki winny sprowadzać się do pokrycia straty, którą poszkodowany poniósł oraz zwrotu korzyści, które mógłby osiągnąć, gdyby mu szkody nie wyrządzono). Wykonawca powinien w szczególności wykazać, że uiścił zasądzone kary. Jeżeli zaś przesłanka wykluczenia związana jest z innymi niż przestępstwo, wykroczenie lub decyzja administracyjna okolicznościami, to wykonawca powinien wykazać, że naprawił szkodę wyrządzoną własnym zachowaniem. Działania rekompensujące skutki negatywnych zdarzeń bez wątpienia należy traktować jako pozwalające na przywrócenie wiarygodności wykonawcy.

Zamawiający zwraca uwagę również, iż zgodnie z art. 110 ust. 3a wykonawca winien zerwać wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowania wykonawcy. Zgodnie z wyjaśnieniami spółki GOLDEN LINE Sp. z o.o. trudno przyjąć, aby w przedmiotowym przypadku doszło do zerwania więzi z przedsiębiorcą pozostającym w zmwowie. Zamawiający odbiera wrażenia, że raczej doszło do jej wzmocnienia. Golden Line Sp. z o.o. nie przedłożyła również do wyjaśnień żadnych dokumentów, z których wynikałoby, w jaki sposób i na jakich warunkach doszło do przejęcia części przedsiębiorstwa uczestniczącego w zmwowie przetargowej i nie wykazała zerwania więzi z tym kontrahentem, czym nie wypełniła dyspozycji art. 110 ust. 2 pkt 3 pkt a ustawy Pzp. Powyższe czyni treść oferty jako nie spełniającej wymogów, o których mowa w art. 110 ust. 2 pkt 1 i pkt.3 lit. a ustawy Pzp, co obliguje Zamawiającego do odrzucenia oferty zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 110 ust. 3.

Stanowisko Zamawiającego wyrażone w powyższym uzasadnieniu jest błędne, niezgodne z przepisami prawa oraz z poglądami orzecznictwa.

Na wstępie należy zwrócić uwagę na dużą zbieżność stanowiska przedstawionego przez Zamawiającego w ww. uzasadnieniu z pismem wykonawcy Netprint s.c. J. W., B. S. „Wniosek o wykluczenie z postępowania Golden Line Sp. z o.o.” z 6 czerwca 2023 r. W aktach znajduje

się także opinia prawna radcy prawnego Zamawiającego z 20 czerwca 2023 r. dotycząca oceny self-cleaningu Odwołującego.

Stan faktyczny sprawy - związany jest on z tym, że wyrokiem z 16 marca 2021 r., sygn. KIO 431/21 Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że Odwołujący zawarł niedozwolone porozumienie z innym wykonawcą (M. C. prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą MCSupplies M. C.) polegające na wspólnym ustaleniu warunków składanych ofert, jak i wspólnym przygotowaniu ofert, którego celem było nieuczciwe zwiększenie szans na wybór oferty członka porozumienia, przez co doszło do złożenia ofert stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji poprzez utrudnianie dostępu do zamówienia innym wykonawcom, co narusza dyspozycję art. 3 ust. 1 i 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W związku z powyższym oferta Wykonawcy została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp z 29 stycznia 2004 r. Porozumienie nastąpiło w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Mazowiecką Instytucję Gospodarki Budżetowej MAZOVIA pod nazwą: „Sukcesywna dostawa tonerów, tuszów, bębnow, pasów transmisyjnych, zbiorników na zużyte tonery i taśm barwiących do drukarek i urządzeń wielofunkcyjnych oraz odbiór zużytych materiałów eksploatacyjnych z miejsc wskazanych przez Mazowiecką Instytucję Gospodarki Budżetowej MAZOVIA”.

Wyrok KIO utrzymał w mocy Sąd Okręgowy w Warszawie 25 czerwca 2021 r., sygn. akt XXIII zs 56/21.

Wskazano na art. 111 pkt 4 pzp ustalający trzyletni okres wykluczenia.

Korzystając z uprawnień wynikających z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, Odwołujący przedstawił w ramach samooczyszczenia wyjaśnienia i dowody, które, w jego opinii, są wystarczające do wykazania jego rzetelności.

Co do kwestii przedstawienia przez Odwołującego wyjaśnień i braku dowodów - należy zauważyć, że Zamawiający na wstępie postawił taką tezę, jednak jej nie rozwinął wskazując, jakich to konkretnie dowodów oczekuje, jakich mu brakuje i na jaką okoliczność zwłaszcza, że sam stan faktyczny sprawy dotyczącej postępowania prowadzonego przez MAZOVIA

nie jest skomplikowany.

Zamawiający ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że „konieczne jest przedstawienie dowodów, że podjęte przez wykonawcę środki są wystarczające do stwierdzenia rzetelności wykonawcy. Zamawiający nie będzie mógł zatem uwzględnić nawet obszernych wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, jeśli nie będą poparte dowodami. Wykonawca powinien bowiem przedstawić dowody na potwierdzenie, że przedsięwziął stosowne środki.” Zamawiający natomiast już nie wyjaśnił, jakich to dowodów Odwołujący jakoby nie przedstawił. Należy zauważyć, że Odwołujący do własnego pisma dotyczącego samooczystczenia załączył szereg innych dokumentów oznaczonych jako „dowody” i wymienionych na ostatniej stronie „samooczystczenia”.

Zamawiający nie wyjaśnił, co w ogóle ma na myśli wskazując na „dowody” - należy podkreślić, że wyjaśnienia osoby, której dana sprawa dotyczy (pisemne lub ustne) również stanowią dowód. I jest tak nie tylko w stosunku do wykonawców w ramach ustawy Prawo zamówień publicznych, ale powszechnie w systemie prawa. Np. w art. 538 ustawy Pzp wskazano, że dowodami są w szczególności dokumenty, zeznania świadków, opinie biegłych oraz przesłuchanie stron.

Przy czym „dokument” oznacza nie tylko np. zaświadczenie urzędowe, ale także wszelkie dokumenty prywatne, w tym oświadczenia. Samo określenie „wyjaśnienia” oznacza tylko cel dokumentu, zgodnie natomiast z jego kwalifikacją prawną, stanowią one oświadczenie wiedzy lub woli wykonawcy - w zależności od konkretnej treści.

Zgodnie z art. 531 ustawy Pzp przedmiotem dowodu są fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie. Podobnie wskazano w art. 227 Kpc, z szerszym opisem dowodów, m.in. dowód z dokumentu prywatnego (art. 245 Kpc), dowód z przesłuchania stron..

Podobna regulacja znajduje się w art. 86 Kodeksu postępowania administracyjnego.

W Kodeksie postępowania karnego wyjaśnienia oskarżonego zostały opisane jako pierwszy z możliwych dowodów (por. struktura działu V Kpk).

Tak więc rozróżnienie pojęć pomiędzy „wyjaśnieniami” a „dowodami” jest umowne i wyjaśnienia wykonawcy same w sobie również stanowią dowód. Dowodami nazywa się także załączone do wyjaśnień dokumenty. Nie zmienia to faktu, że ocenie podlega to, jak w danej sytuacji złożone dokumenty (czy to same wyjaśnienia, czy wyjaśnienia z załącznikami) realizują dyspozycję przepisu.

Relacja pomiędzy wymaganymi przez przepisy „wyjaśnieniami” a „dowodami” była już wielokrotnie przedmiotem rozważań KIO, zwłaszcza w odniesieniu do wyjaśnień ceny rażąco niskiej. Jednak we wszystkich przypadkach, kiedy ustawa Pzp odnosi się do wyjaśnień i dowodów czy też oświadczeń i dowodów, zasada jest ta sama.

I tak na przykład w wyroku KIO 1806/18 (utrzymanym przez Sąd Okręgowy w Warszawie, sygn. akt XXIII Ga 1909/18) Izba stwierdziła: „Podnieść należy, że ocena ceny wykonawcy wezwanego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp pod kątem jej rażąco niskiego charakteru może być dokonana wyłącznie na podstawie tychże wyjaśnień, które z kolei winny stanowić adekwatną do oczekiwań zamawiającego, wyartykułowanych w treści wezwania, odpowiedź. (...) Zaprezentowana przez odwołującego argumentacja nie podważyła wyjaśnień, które zostały złożone przez przystępującego w trakcie czynności badania i oceny ofert na wezwanie zamawiającego. Biorąc zatem pod uwagę zasadę wynikającą z art. 190 ust. 1a ustawy Pzp Izba uznała, że złożone przez przystępującego wyjaśnienia stanowią wystarczający dowód potwierdzający, że oferta tego wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny.”

Zamawiający zarzucił Odwołującemu także, że z treści self-cleaningu nie wynika, aby Wykonawca naprawił szkodę wyrządzoną przestępstwem (tj. jego obowiązki winny sprowadzać się do pokrycia straty, którą poszkodowany poniósł oraz zwrotu korzyści, które mógłby osiągnąć, gdyby mu szkody nie wyrządzono). Wykonawca powinien w szczególności wykazać, że uiszczył zasądzone kary.

Zamawiający jednak kompletnie pominął fakt, że Odwołujący nie zapłacił żadnej kary ze względu na to, że kara nie została na niego nałożona. Żaden podmiot nie wystąpił do niego o naprawienie szkody.

Co do kwestii naprawienia szkody - jak wynika ze stanu faktycznego sprawy (opisanego w wyroku KIO 431/21), w przedmiotowym postępowaniu dla MAZOVI zostały złożone jedynie trzy oferty: Odwołującego (z najniższą ceną), podmiotu, który został uznany za podmiot biorący udział w porozumieniu (p. C.) oraz Firmy Handlowej KOMAX9 Sp. z o.o., to oferta najdroższa ze złożonych. Zamawiający na wstępie odrzucił obie oferty wykonawców obwinionych o porozumienie oraz dokonał wyboru oferty spółki Firma Handlowa KOMAX9.

W konsekwencji nie doszło do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego przez żadnego z wykonawców uznanych za biorących udział w porozumieniu ani nie zaistniały dalsze konsekwencje działania Odwołującego i p. C..

Tym samym wskazane porozumienie spowodowało szkodę jedynie po stronie Odwołującego, który utracił szansę osiągnięcia zysku w wyniku realizacji zamówienia dla MAZOVI, natomiast nie spowodowało szkody u innego wykonawcy biorącego udział w postępowaniu, a F.H. KOMAX9 Sp. z o.o. nawet stała się beneficjentem całej sytuacji uzyskując zamówienie. Zamawiający samodzielnie podejmował decyzje zarówno o odrzuceniu obu ofert, jak i o wyborze oferty najkorzystniejszej i ewentualnym zawarciu umowy z F.H. KOMAX9 Sp. z o.o. Tym samym nadużyciem jest twierdzenie, że z tego powodu odniósł jakąkolwiek szkodę.

Tym bardziej wykraczające poza logiczną domniemaną szkodę jest twierdzenie z opinii radcy prawnego z 20 czerwca 2023 r., o szkodzie Zamawiającego w związku z wynagrodzeniem dla pracowników zaangażowanych w rozstrzygnięcie

przetargu (ostatecznie stanowiło to zakres ich obowiązków jako członków komisji i brak jakichkolwiek dowodów, by w zależności od losów przetargu otrzymywali dodatkowe wynagrodzenie), jak też o kosztach poniesionych w związku z wniesieniem środków ochrony prawnej - zwłaszcza że zarówno Izba, jak i sąd okręgowy zasądziła na rzecz MAZOVII osobne koszty postępowania odwoławczego i skargowego (3.600 i 5.400 zł). Co prawda w informacji o odrzuceniu Zamawiający nie powieścił tych argumentów - być może sam uznając je za zbyt daleko idące.

W drugiej kolejności należy wskazać, że jak wynika z art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24, przy określaniu warunków stosowania tego art. 57 państwa członkowskie są zobowiązane do poszanowania prawa Unii. W szczególności muszą one przestrzegać nie tylko zasad udzielania zamówień określonych w art. 18 dyrektyw 2014/24, wśród których znajdują się w

szczególności zasady równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności, lecz również zasady poszanowania prawa do obrony, która jako podstawowa zasada prawa Unii, której integralną częścią jest prawo do bycia wysłuchanym, powinna być stosowana wówczas, gdy organ administracyjny ma podjąć w stosunku do danej osoby decyzję wiążącą się z niekorzystnymi dla niej skutkami, taką jak decyzja o wykluczeniu wydana w ramach postępowania o udzielenie zamówienia (wyrok z 20 grudnia 2017 r., Prequ' Italia, C-276/16, EU:C:2017:1010, pkt 45, 46, tam orzecznictwo), TSUE wyrok C-387/19 z 14.01.23 r.

Ustawodawca w art. 110 ust. 2 ustawy pzp przewidział, że wykonawca powinien naprawić lub zobowiązać się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne. Jednak dotyczy to sytuacji, w której takie działanie wykonawcy jest adekwatne do sytuacji i możliwe, tj. po pierwsze, gdy szkoda zostanie wyrządzona, a fakt jej zaistnienia, rozmiar oraz sposób naprawienia zostanie ustalony przez potencjalnego poszkodowanego, a wykonawca o powyższym poinformowany, aby mógł podjąć kroki w celu jej naprawienia. W niniejszym stanie faktycznym ani Instytucja Gospodarki Budżetowej MAZOVIA, ani inny podmiot nie zgłosił Wykonawcy ani faktu wyrządzenia szkody, ani roszczenia o jej naprawienie. Ma to swoje uzasadnienie w stanie faktycznym sprawy, gdyż powzięte przez Instytucję MAZOVIA podejrzenie zawarcia takiego porozumienia już na wstępie skutkowało odrzuceniem ofert obu wykonawców, nie zdążyło więc wejść w fazę realizacji (np. poprzez zawarcie umowy), a tym samym wyrzucić żadnych skutków finansowych.

Tym samym należy uznać, że w przedmiotowej sprawie nie nastąpiła szkoda, którą Wykonawca mógłby naprawić. Niemniej jednak Odwołujący zawsze był gotów do naprawienia ewentualnej szkody, nikt nigdy jednak o takie naprawienie nie wystąpił. Zgodnie z komentarzem: Przepis wymaga naprawienia szkody lub zobowiązania się do naprawienia szkody. Obydwa przypadki są równoważne. („Prawo zamówień Publicznych. Komentarz”, red. H. Nowaka M. Winiarz, UZP, Warszawa 2021, s. 415).

Należy też podkreślić, że regulacja w art. 110 ust. 2 pzp dotyczy różnych możliwych nieprawidłowych zachowań wykonawców, mających różny przebieg i skutki, dlatego również działania wskazane w tym przepisie nie zawsze będą miały jednakowy przebieg i wagę, dlatego powinny zostać dostosowane do zaistniałego stanu faktycznego dotyczącego owego nieprawidłowego zachowania. Art. 110 ustawy pzp, w tym jego ust. 2, należy więc uznać za przepis o charakterze ogólnym, który należy dostosować do okoliczności konkretnej sytuacji.

Ponieważ zakres potencjalnych przypadków zastosowania samooczyszczania jest bardzo szeroki, a liczba możliwych stanów faktycznych jest właściwie nieograniczona, ocena prawidłowości wdrożenia przez wykonawcę self-cleaning przysparza wielu trudności zamawiającym. Brak jest bowiem możliwości wskazania wspólnego mianownika dla

prawidłowo zastosowanej procedury samooczyszczania. Każdy przypadek musi zostać oceniony indywidualnie. („Prawo zamówień publicznych. Komentarz” pod red. Marzeny Jaworskiej, wyd. 2022, Legalis, komentarz do art. 110).

Kwestia naprawienia przez wykonawców szkody obecna jest w orzecznictwie - i pojmowana jednolicie - na gruncie kolejnych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r. i z 2019 r., które odnosiły się do pojęcia szkody i obowiązku jej naprawienia przez wykonawców. Reprezentatywne dla ustalonych poglądów dotyczących naprawienia szkody stanowiska przedstawiono m.in. w przywołanych poniżej orzeczeniach.

KIO 697/20 - wskazano, że: wykonawca, który skutecznie wprowadzi niezbędne środki naprawcze, może przywrócić swoją wiarygodność w postępowaniu. Przy tym katalog tych środków jest katalogiem otwartym, przepis wskazuje przykładowe działania, które może podjąć wykonawca, a które pozwalają na odzyskanie zdolności do wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego, tj.: naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego, współpraca z organami ścigania, czy podjęcie innych środków technicznych, organizacyjnych, bądź kadrowych. Katalog ten nie jest wyczerpujący - nie obejmuje też wszystkich działań dopasowanych do rodzaju okoliczności będących podstawą wykluczenia. Racjonalny ustawodawca, mając na względzie wielość możliwych stanów faktycznych, które zaistnieją w postępowaniu oraz konieczność zachowania elastyczności stosowania omawianych norm, pozostawił dobór adekwatnych środków zaradczych wykonawcom. Zatem, aby wykonawca w sposób skuteczny uzyskał uprawnienie do dalszego uczestnictwa w przetargu, powinien dowieść zamawiającemu, że podjął czynności, gwarantujące wyeliminowanie na przyszłość działań stanowiących przesłankę jego wykluczenia z postępowania. Środki te powinny być więc ściśle skorelowane z podstawą wykluczenia, której wykonawca podlega - czyli stosowne i miarodajne dla wykazania, że pomimo wystąpienia danej przesłanki wykluczenia, podjęte środki zaradcze świadczą o wiarygodności przedsiębiorcy i dają wystarczającą gwarancję, że wykonawca nie powinien być nadal wykluczany ze wspomnianych względów. Powoduje to, że każdy przypadek będzie oceniany indywidualnie, w zależności od sytuacji podmiotowej przedsiębiorcy, na kanwie konkretnego stanu faktycznego, jaki zaistnieje w postępowaniu.

Trudno także podzielić pogląd odwołującego o braku prawidłowego samooczyszczenia wykonawcy Foxmet, ponieważ pan G.C. nie zadośćuczynił pokrzywdzonym, w sytuacji, kiedy przyznano na rozprawie, że nie podjęto żadnych kroków prawnych, aby jakiegokolwiek zadośćuczynienie otrzymać. Nie wskazano także w odwołaniu na jakiej podstawie rzeczowe zadośćuczynienie miałyby się opierać i ile wynosić, czy jakichkolwiek okoliczności, które pozwoliłyby Izbie ocenić zasadność takiego stwierdzenia.

KIO 758/15: Jeśli bowiem wykonawca chce podjąć starania, by nie zostać wykluczonym, obowiązany jest wykazać, że podjął odpowiednie środki techniczne, organizacyjne lub kadrowe mające przeciwdziałać tego rodzaju sytuacjom a dodatkowo naprawić szkodę lub zobowiązać się do jej naprawienia. Jeśli więc stwierdzeniu niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia towarzyszy ustalenie wystąpienia szkody - wykonawca, dla wyłączenia wynikającej z powołanego przepisu podstawy wykluczenia obowiązany jest dokonać restytucji skutków niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia. Jeśli natomiast taka szkoda nie wystąpiła, albo nie została ona ustalona w sposób bezsporny, skutkiem tego jest nie niemożność wykluczenia wykonawcy, ale złagodzony, łatwiejszy warunek dla niewykluczenia wykonawcy, to jest nie obejmujący naprawienia lub zobowiązania się do naprawienia szkody. Innymi słowy, jeśli w konkretnych okolicznościach nie ustalono szkody, jej wysokości, odpowiedzialności wykonawcy za jej naprawienie, to nie skutkuje to brakiem możliwości zastosowania przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 2a ustawy, a jedynie tym, że wykonawca co do którego taka przesłanka zachodzi, dla wyłączenia skutku w postaci wykluczenia musi wykazać jedynie, że podjął odpowiednie środki techniczne, organizacyjne lub kadrowe, mające zapobiec zawinieniu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości. Skutkiem zaś nieprzesądzonej kwestii w odniesieniu do owej szkody jest nie brak możliwości wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy, ale brak obowiązku naprawienia [lub zobowiązania się do naprawienia] tego, czego wobec wykonawcy nie stwierdzono.

Podobnie w wyroku z 31 stycznia 2008 r., KIO/UZP 124/08: Oświadczenie dowódcy jednostki oraz dwie czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp złożone na rozprawie nie stanowiły wystarczających argumentów potwierdzających istnienie nienaprawionej szkody po stronie zamawiającego. Podkreślić należy, że brak jakiegokolwiek próby wyjaśnienia charakteru i wysokości szkody ze strony dowódcy JW 1946 stanowił, w ocenie Izby, istotny brak dowodowy po stronie odwołującej, który uniemożliwił stwierdzenie istnienia szkody. Wskazać należy, że szkoda w niniejszej sytuacji musi mieć charakter majątkowy. Powoduje to, że powinna ona być określona - w mniej lub bardziej dokładny sposób - poprzez podanie wartości lub choćby granic w przypadku określenia w przybliżeniu. W przedmiotowej sytuacji nie podjęto próby oszacowania wartości szkody -wobec czego jej istnienie opiera się jedynie na oświadczeniu i ewentualnych domniemaniach faktycznych wynikających z twierdzeń dowódcy jednostki JW 1946. Istotne znaczenie ma fakt niemożności dobrowolnego naprawienia szkody przez wykonawcę Arpol. Z całokształtu dokumentacji sprawy i twierdzeń stron wynikało, że jednostka wojskowa 1946 w pewnym momencie wypowiedziała umowę i naliczyła kary umowne. Nie doszło do próby wezwania do naprawienia szkody, pomimo że Arpol wykazywał inicjatywę ugodowego załatwienia sprawy. Z literalnego brzmienia art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp wynika, że wykonawca, który poprzez nienależyte wykonanie zamówienia publicznego wyrządził szkodę - powinien mieć możliwość

dobrowolnego naprawienia szkody do momentu wszczęcia postępowania, o które będzie się następnie ubiegał. Bardzo istotne jest równe traktowanie podmiotów występujących w systemie zamówień publicznych - w przypadku uznania, że szkoda, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp może nastąpić, pomimo braku wezwania do jej naprawienia - znaczącemu osłabieniu uległaby pozycja przedsiębiorców w stosunku do zamawiających, gdyż nie mieliby szans na uregulowanie powstałych szkód. W konsekwencji - w skrajnych przypadkach każda sytuacja polegająca na naliczaniu kar umownych mogłaby być utożsamiana z powstaniem szkody, a tym samym z późniejszym wykluczeniem takich wykonawców z postępowania co w wielu przypadkach kończyłoby się koniecznością likwidacji lub przekształcenia danego podmiotu. Ratio legis art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp jest wykluczenie z postępowań takich podmiotów, które poprzez niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia wyrządzają szkodę majątkową, której wartość jest możliwa do wycięcia i następnie odmawiają dobrowolnego naprawienia takich szkód. W przedmiotowej sytuacji Odwołujący nie udowodnił tego, że Arpol w odniesieniu do sytuacji wynikającej z nienależytego wykonania umowy nr 284/04 z JW 1946 był takim podmiotem. Należy również przytoczyć wyrok Zespołu Arbitrów UZP/ZO/0-475/05, gdzie słusznie wskazano, iż samo przeświadczenie zamawiającego o istnieniu przesłanek skutkujących wykluczeniem z postępowania nie jest wystarczające, aby wykluczyć tego wykonawcę. (...) W dniu 27.11.2008 r. dowódca jednostki wojskowej 1906 zwrócił się do dowódcy jednostki wojskowej 1946 ze szczegółowymi pytaniami dotyczącymi szkody, jaką poniosła JW 1946 w wyniku współpracy z Arpol, wskazał, że oczekuje odpowiedzi, która nie pozostawi wątpliwości co do faktu nastąpienia szkody bądź nie. (...) Podkreślić należy, że w całej korespondencji nie odniesiono się w żaden sposób do istnienia szkody, jej wysokości oraz próby dochodzenia naprawienia szkody, a tym bardziej do wezwania do dobrowolnego naprawienia szkody. Zamawiający dysponując takimi informacjami nie miał podstaw do wykluczenia Arpol na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp i tego nie uczynił. Izba uznała działanie Zamawiającego w niniejszej sprawie za prawidłowe - rozstrzygnięcie protestu nastąpiło po dokonaniu postępowania wyjaśniającego, z którego nie wynikało wystąpienie szkody ani próba oszacowania jej wysokości.

W ten sam sposób kwestię tę wyjaśniono w wydanym przez UZP komentarzu do ustawy Prawo zamówień publicznych: Wykonawca, wobec którego zachodzą odpowiednie podstawy wykluczenia, nie podlega takiemu wykluczeniu, jeżeli udowodni zamawiającemu, że podjął łącznie działania wymienione w art. 110 ust. 2 pkt 1-3 Pzp. (...)

Jednocześnie szczegółowa analiza katalogu tych działań wskazuje, że powinny być one dostosowane do konkretnego naruszenia. Jeżeli przykładowo z nieprawidłowego postępowania wykonawcy nie wynikała żadna szkoda, działania nie będą obejmowały naprawienia szkody zgodnie z art. 110 ust. 2 pkt 1 Pzp. Z kolei jeśli fakty i okoliczności związane z nieprawidłowym postępowaniem wykonawcy są oczywiste, niepotrzebne będzie ich

wyjaśnianie zgodnie z art. 110 ust. 2 pkt 2 Pzp. Nasuwa się na tym tle wniosek, że działania wymienione w art. 110 ust. 2 pkt 1-3 Pzp muszą być podjęte łącznie, pod warunkiem że w danym przypadku określone działanie nie jest

bezzprzedmiotowe. Działania wymienione w art. 110 ust. 2 pkt 1-3 Pzp są konieczne, a zarazem wystarczające do wykazania rzetelności wykonawcy. Wykonawca nie musi podejmować innych działań. (tak w: Prawo zamówień Publicznych. Komentarz, pod red. H. Nowaka, M. Winiarza, UZP, 2021, s. 414).

Przepisy PZP nie określają w jaki sposób należy rozumieć naprawienie szkody, o którym mowa w komentowanym przepisie. W interpretacji art. 110 ust. 2 pkt 1 PZP należy zatem sięgnąć do regulacji KC. Zgodnie z art 363 § 1 KC naprawienie szkody powinno nastąpić, według wyboru poszkodowanego, bądź przez przywrócenie stanu poprzedniego, bądź przez zapłatę odpowiedniej sumy pieniężnej. Jednakże gdyby przywrócenie stanu poprzedniego było niemożliwe albo gdyby pociągało za sobą dla zobowiązanego nadmierne trudności lub koszty, roszczenie poszkodowanego ogranicza się do świadczenia w pieniądzu. („Prawo zamówień publicznych. Komentarz” red. Marzeny Jaworskiej, wyd. 2022, Legalis, do art. 110).

Tym samym szkoda, o której mowa w aspekcie wykluczenia wykonawcy i możliwości jego samooczyszczenia, musi być istniejącą, realną, konkretną i stwierdzoną szkodą o charakterze materialnym, gdyż tylko o takiej szkodzie można mówić w kontekście gospodarczym i w odniesieniu do możliwości jej naprawienia przez wykonawcę. Natomiast w stanie faktycznym dotyczącym Wykonawcy podmioty potencjalnie poszkodowane działaniem Wykonawcy (które należy uznać za podmioty o charakterze instytucjonalnym i profesjonalnym) nie wskazały na wystąpienie jakiegokolwiek szkody. Tym samym inne podmioty nie mogą, w ich imieniu, doszukiwać się potencjalnych, możliwych do zaistnienia szkód.

Wykonawca wypełnił również przesłanki poprawności self-cleaningu wynikające z art.110 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych

W ramach wyjaśnienia faktów i okoliczności związanych ze zdarzeniem będącym podstawą wykluczenia Wykonawca ustalił oraz wyjaśnił, że przedmiotowe porozumienie trwało od 12 stycznia 2021 r., tj. od dnia sporządzenia ofert spółki Golden Line oraz pana C. i wywarło skutki 13 i 14 stycznia 2021 r., kiedy oferty te zostały złożone. Zakończyło się natomiast najpóźniej 4 lutego 2021 r., tj. w dniu, w którym Zamawiający odrzucił oferty Wykonawcy oraz pana C. z uwagi na uznanie, że złożenie tych ofert stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Udział w porozumieniu wzięli prezes zarządu spółki Golden Line P. D. oraz pan M.C. Nie stwierdzono udziału w porozumieniu żadnej innej osoby.

W literaturze wskazuje się, że właściwymi organami, o których mowa w art. 110 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp są organy, które są powołane do wyjaśnienia zarzucanego wykonawcy przestępstwa, wykroczenia lub innego nieprawidłowego postępowania, a zatem odpowiednio do okoliczności konkretnego przypadku prokuratura, Policja, Żandarmeria Wojskowa, CBA, ABW, Straż Graniczna, Służba Celno-Skarbowa, NIK, PIP, Inspekcja Ochrony Środowiska,

ZUS, UOKiK oraz wszelkie pozostałe organy, które z urzędu są odpowiedzialne za przeprowadzenie dochodzenia związanego z przestępstwem, wykroczeniem lub nieprawidłowym postępowaniem wykonawcy (tak Komentarz”, red. H. Nowaka...).

Co do aktywnej współpracy z właściwymi organami lub zamawiającym Wykonawca wyjaśnia, iż, zgodnie z jego wiedzą Prezes UOKiK wszczął postępowanie wyjaśniające, o którym mowa w art. 48 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, mające na celu wstępne ustalenie, czy w związku z działaniami przedsiębiorców mogło dojść do naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, uzasadniającego wszczęcie postępowania antymonopolowego, w tym ustalenie, czy sprawa ma charakter antymonopolowy. W postępowaniu wyjaśniającym nie występują strony i nie jest ono skierowane przeciwko żadnemu przedsiębiorcy. UOKiK nie podjął dalszych czynności wobec Odwołującemu, które byłyby wiadome. W związku powyższym oraz upływem ponad 2 lat Wykonawca uznaje, że Prezes UOKiK nie znalazł podstaw do żadnych działań wobec Odwołującego.

Natomiast żadne inne organy nie kontaktowały się z Odwołującym w związku ze sprawą.

Tym samym Wykonawca również wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności sprawy aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami.

Jak wskazała KIO w wyroku z 13 kwietnia 2021 r., KIO 535/21: nie ulega wątpliwości, że instytucja samooczyszczenia dla swej skuteczności wymaga uznania przez wykonawcę faktu, iż po jego stronie leżą przyczyny, z powodu których nastąpiło niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w istotnej części. Ustalenie, czy takie uznanie miało miejsce, winno być dokonywane na podstawie analizy złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, z uwzględnieniem wszystkich okoliczności sprawy. Jeżeli z treści wyjaśnień wynika, iż wykonawca

potwierdza wystąpienie okoliczności, o których mowa w art 24 ust. 5 pkt 4, powinno to zostać ocenione jako spełnienie warunku skutecznego samooczyszczenia.

Wykonawca przyznał się do faktu wzięcia udziału w porozumieniu w trakcie postępowania prowadzonego przez Mazowiecką Instytucję Gospodarki Budżetowej MAZOVIA, jak również wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane ze swoim nieprawidłowym działaniem w ramach kolejnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w których brał udział, poprzez składanie dokumentów dotyczących samooczyszczenia. Jednocześnie wykonawca deklaruje gotowość do pełnej współpracy z Zamawiającym w niniejszym postępowaniu w celu wyjaśnienia okoliczności zaistniałego zdarzenia.

Należy tu zauważyć, że „zamawiający”, o którym mowa w art. 110 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, nie jest równoznaczny z zamawiającym z postępowania, w którym wystąpiły dane okoliczności, ale jest zamawiającym, przed którym wykonawca dokonuje self-cleaningu.

Jak wskazano w komentarzu wydanym przez UZP: Udowodnienie samooczyszczenia jest elementem aktywnej współpracy wykonawcy z zamawiającym, która zgodnie z art. 110 ust. 2 pkt 2 Pzp stanowi warunek samooczyszczenia. Wykonawca, chcąc wykazać swą rzetelność

pomimo istnienia odpowiedniej podstawy wykluczenia, powinien w pełni wyjaśnić fakty i okoliczności związane z popełnionym przestępstwem lub wykroczeniem, aktywnie współpracując nie tylko z organem prowadzącym dochodzenie, ale również z zamawiającym, w zakresie właściwym dla jego roli, by dowieść mu przywrócenia swojej rzetelności, pod warunkiem że ta współpraca będzie ograniczona do środków ściśle niezbędnych do tej oceny. Ta aktywna współpraca powinna polegać na tym, że wykonawca bez wezwania złoży kompletne dowody, wystarczające do wykazania jego rzetelności. (...) Współpraca z zamawiającym obejmuje również wyjaśnienie, czy istnieje podstawa wykluczenia. Oznacza to, że w celu samooczyszczenia wykonawca musi z własnej inicjatywy i bez wezwania podać w oświadczeniu o niepodleganiu wykluczeniu, o którym mowa w art 125 ust. 1 Pzp, informację, że zachodzi wobec niego odpowiednia podstawa wykluczenia oraz wskazać opis środków naprawczych i zapobiegawczych. (. Komentarz", red. H. Nowak /.../, W-wa 2021, s. 418).

Interpretację kontekstu, w jakim w art. 110 ust. 2 pkt 2 ustawy użyto wymogu „współpracy odpowiednio z właściwymi organami lub zamawiającym” zawarto w wyroku TSUE z 24 października 2018 r. w sprawie C-124/17, w którym Trybunał przeprowadził szerokie rozważania dotyczące roli zamawiającego w instytucji samooczyszczenia: W celu sprawdzenia istnienia pewnych podstaw wykluczenia instytucje zamawiające mogą, w określonych okolicznościach, być zmuszone do przeprowadzania badań i kontroli. Jednak w sytuacji takiej jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym, gdzie istnieje szczególna procedura ścigania określonych naruszeń uregulowana w prawie Unii lub w prawie krajowym, a konkretne instytucje są odpowiedzialne za prowadzenie dochodzeń w tym zakresie, instytucja zamawiająca powinna, w ramach oceny dostarczonych dowodów, zasadniczo opierać się na wyniku takiego postępowania. W tym kontekście należy uwzględnić odpowiednie funkcje instytucji zamawiających oraz organów odpowiedzialnych za prowadzenie dochodzenia. Podczas gdy zadanie tych ostatnich polega na ustaleniu odpowiedzialności określonych podmiotów za popełnienie naruszenia normy prawnej poprzez wykazanie w sposób bezstronny prawdziwości okoliczności, które mogą stanowić takie naruszenie, a także na ukaraniu przeszłych naruszeń, instytucje zamawiające powinny ocenić ryzyko, jakie stałoby się ich udziałem, gdyby udzieliły zamówienia oferentowi, którego uczciwość i rzetelność są wątpliwe. Wynika z tego, jak wskazała Komisja Europejska, że wyjaśnienie faktów i okoliczności przez organy prowadzące dochodzenie w rozumieniu art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24 nie ma na celu tego samego co ocena rzetelności wykonawcy, który podjął określone w tym przepisie środki i musi przedstawić instytucji zamawiającej dowody pozwalające udowodnić, że są one wystarczające dla celów dopuszczenia go do postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym, o ile wymagają tego odpowiednie role instytucji zamawiającej i organów odpowiedzialnych za prowadzenie dochodzenia i w takim też zakresie, wykonawca, który chce wykazać swą rzetelność pomimo istnienia któregoś z

odpowiednich podstaw wykluczenia, powinien współpracować w skuteczny sposób z organami, którym powierzono te funkcje, niezależnie od tego, czy będzie to instytucja zamawiająca, czy organ prowadzący dochodzenie. Jednak taka współpraca z instytucją zamawiającą musi ograniczać się do środków absolutnie niezbędnych do skutecznej realizacji celu oceny rzetelności wykonawcy, o którym mowa w art. 57 ust 6 dyrektywy 2014/24 (...) Ponadto należy zaznaczyć, że co do zasady przekazanie instytucji zamawiającej decyzji stwierdzającej popełnienie przez wykonawcę naruszenia reguł konkurencji, lecz z zastosowaniem zasady łagodzenia kar ze względu na to, że wykonawca ten współpracował z organem ds. ochrony konkurencji, powinno wystarczyć do udowodnienia instytucji zamawiającej, że wykonawca w pełni wyjaśnił fakty i okoliczności dzięki współpracy z organem ds. konkurencji (...) art. 80 dyrektyw 2014/25 w związku z art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że nie stoi on na przeszkodzie obowiązywaniu przepisu prawa krajowego, który wymaga, aby wykonawca (...) wyjaśnił fakty i okoliczności związane z popełnionym przestępstwem lub wykroczeniem, aktywnie współpracując nie tylko z organem prowadzącym dochodzenie, ale również z instytucją zamawiającą, w zakresie właściwym dla jej roli, by dowieść jej przywrócenia swojej rzetelności, pod warunkiem że ta współpraca będzie ograniczona do środków ściśle niezbędnych do tej oceny.

W powyższym orzeczeniu C-124/17 Trybunał posługuje się określeniem „współpraca”. To samo określenie znalazło się także w art. 110 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp („aktywnie współpracując z zamawiającym”). Według Słownika języka polskiego „współpraca” to „działalność prowadzona wspólnie przez jakieś osoby, instytucje lub państwa”. Oznacza dwustronne działanie, użycie tego określenia nakłada obowiązki także na samego zamawiającego co do przedstawianego samooczyszczenia, w tym ewentualnego przeprowadzenia w tym zakresie stosownych wyjaśnień, jeśli informacje udzielone przez Wykonawcę budziłyby jakieś wątpliwości danego zamawiającego. Należy podkreślić słuszne stanowisko wyrażone m.in. w wyroku z 24 maja 2021 r., KIO 1006/21: Proces ten [self-cleaningu - przyp. Wykonawcy] może nigdy nie zakończyć się, gdyż kolejni zamawiający mogą doszukać się innych powodów, które miałyby czynić wyjaśnienia niedostatecznymi. Taki stan nie sprzyja stosowaniu przepisu, którego celem jest umożliwienie udzielenia zamówienia wykonawcy, który podlegałby wykluczeniu. Przy takim podejściu, gdzie zamawiający mogliby bez żadnych ograniczeń mnożyć wątpliwości bez obiektywnie uzasadnionych powodów, doszłoby do naruszenia zasady proporcjonalności...

W orzeczeniu C-124/17 TSUE wskazał także wprost, iż to, że wykonawca ten współpracował z organem ds. ochrony konkurencji, powinno wystarczyć do udowodnienia instytucji zamawiającej, że wykonawca w pełni wyjaśnił fakty i okoliczności dzięki współpracy z organem ds. konkurencji.

Dodatkowo trzeba wskazać, że wynikający z art. 110 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązek współpracy z właściwymi organami i zamawiającym nie może być utożsamiany z pozbawieniem wykonawców obwinionych o nieprawidłowe działanie, czy nawet wykroczenie lub przestępstwo, prawa do obrony, które to prawo stanowi jedną z wolności i praw osobistych zagwarantowanych w Konstytucji RP (art. 42). Podobnie jak prawo do korzystania ze środków ochrony prawnej jest zagwarantowane ustawą Pzp i dyrektywą odwoławczą.

Co jest też oczywiste, ocenie w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podlega sytuacja i działania wykonawcy podjęte w tym postępowaniu. Oznacza to, że każdy zamawiający musi dokonać własnej, samodzielnej oceny złożonych przez wykonawcę w ramach zastosowanego self-cleaningu wyjaśnień i dowodów.

Powyższe wyrażono m.in. w wyroku KIO 1006/21: Zamawiający uznał, iż nie mógł ocenić, czy te środki stanowią właściwą reakcję na przyczyny, które doprowadzić miały do braku wykonania umów. Miało to być spowodowane niedostatecznym opisem okoliczności w jakich doszło do odstąpienia od umów i brakiem wykazania, iż to udział zwolnionych pracowników w kontraktach z Gminami Narewka i Orla był bezpośrednią przyczyną niewykonania umów, co uniemożliwiało ocenę skuteczności podjętych mechanizmów zaradczych i naprawczych. (...) Obowiązkiem Zamawiającego była ocena stanu faktycznego, który na tym etapie nie był sporny, gdyż Wykonawca przyznał jednoznacznie, iż przyczyna leżała po stronie jego i jego pracowników, co zostało omówione przez wskazanie zidentyfikowanych przyczyn i błędów, które doprowadziły do tej sytuacji. Podjęte działania naprawcze dotyczyły obu sfer, tj. pracowniczej, jak i organizacyjno-zarządczej. (...) Co do samej oceny należy zauważyć, iż uzasadnienie decyzji Zamawiającego stanowi wierną kopię uzasadnienia decyzji innego zamawiającego (Gmina Sośnicowice), a z wypowiedzi Odwołującego wynika, iż również inni zamawiający korzystali z tego samego szablonu uzasadnienia wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy. Powyższe podważa twierdzenie Zamawiającego, iż oceniając podjęte środki naprawcze kierował się subiektywnym przekonaniem o niedostatecznym zakresie wyjaśnień, co miało czynić ocenę uprawnioną i uzasadnioną subiektywnym przekonaniem o braku możliwości uznania Wykonawcy za rzetelnego. Można pokusić się o stwierdzenie, iż niezależnie od tego ile jeszcze informacji można byłoby oczekiwać, okoliczności faktyczne dotyczące niewykonanych umów są dostatecznie omówione. Dalsze rozbudowywanie tej dokumentacji może prowadzić jedynie do gromadzenia kolejnych dokumentów wywołanych wątpliwościami kolejnych zamawiających, którzy nadal mogą owe wyjaśnienia podważać, wskazując na pozorność podejmowanych działań. Proces ten może nigdy nie zakończyć się, gdyż kolejni zamawiający mogą doszukać się innych powodów, które miałyby czynić wyjaśnienia niedostatecznymi. Taki stan nie sprzyja stosowaniu przepisu, którego celem jest umożliwienie udzielenia zamówienia wykonawcy,

który podlegałby Wkluczeniu. Ocena podmiotowa zarówno pozytywna, jak i negatywna musi bronić się jako obiektywnie uzasadniona. (...) Przy takim podejściu, gdzie zamawiający mogliby bez żadnych ograniczeń mnożyć wątpliwości bez obiektywnie uzasadnionych powodów, doszłoby do naruszenia zasady proporcjonalności, rozumianej jako adekwatność decyzji do naruszeń jakich miał dopuścić się wykonawca i starań stanowiących reakcję na uchybienia obowiązkom zawodowym. Poszukiwanie dalszych wyjaśnień, które musiałyby odnosić się do sfery empirycznej, trudnej lub niemożliwej do wykazania dowodami, w ocenie Izby nie było już potrzebne dla oceny wiarygodności wykonawcy. Nie może budzić wątpliwości, iż wykonawca podjął faktyczne działania, których celem było poprawienie organizacji przedsiębiorstwa, w tym poddał się ocenie podmiotu akredytującego i uzyskał certyfikat ISO (...) W ocenie Izby nie można zaprzeczać działaniom wykonawcy wskazując wyłącznie na obawy, których podłoże tkwi w samym stwierdzeniu możliwości powtórzenia w przyszłości sytuacji, która uniemożliwi wykonanie umowy. Przy takim podejściu w zasadzie nigdy nie uda się wykonawcy przekonać zamawiającego o tym, iż jest podmiotem, któremu można zaufać. Co do zarzucanego przez Zamawiającego braku zerwania więzi z panem M. C. w ramach prowadzonej przez niego działalności gospodarczej pod firmą MC Supplies M. C., czy też, jak wskazał Zamawiający - wręcz jej wzmocnienia - należy wskazać, że Zamawiający nieprawidłowo interpretuje wymogi art. 110 ust. 2 ustawy Pzp w zakresie zerwania powiązań z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy. Przede wszystkim za nieprawidłowe działanie spółki Golden Line odpowiedzialny był jej członek zarządu, który takie decyzje i działania podjął, nie zaś podmiot trzeci. Członek ten został odwołany ze swojej funkcji, jak też zbył udział w spółce.

Po drugie - spółkę Golden Line i MC Supplies M. C. już znacznie wcześniej (przed wydarzeniami związanymi z MAZOVI) łączyły stosunki handlowe w zakresie produkcji i sprzedaży produktów, w tym marki Wirksam Drucken. Właścicielem tej marki był pan C. Ze względu na wcześniejsze zobowiązania wobec podmiotów trzecich (Odwołujący musiał realizować zawarte umowy na dostawę tonerów), rozwiązanie współpracy z firmą MC Supplies M. C. następowało etapami - w pierwszym etapie Wykonawca podjął czynności, które mógł wykonać natychmiastowo, tj. zaprzestał bieżącej sprzedaży na rzecz pana C. produktów marki Golden Line i Novo, których jest producentem. Następnie spółka Golden Line sfinalizowała transakcję wykupu od pana C. prawa do nazwy marki Wirksam Drucken i know-how dotyczące produkcji tej marki oraz zapasów magazynowych komponentów do ich produkcji i sprzedaży, np. opakowań. Tego typu transakcja spowodowała definitywne zerwanie relacji handlowych pomiędzy Golden Line a MC Supplies M. C.. 7 lutego 2022 r.

zorganizowana część przedsiębiorstwa prowadzonego pod firmą MC Supplies M. C. została sprzedana spółce Golden Line. W chwili obecnej firma Golden Line jest wyłącznym producentem i właścicielem materiałów eksploatacyjnych marki Wirksam Drucken. Trzeba tu

podkreślić, że wskazana powyżej współpraca pomiędzy Wykonawcą a panem C. była standardową współpracą, nie miała nic wspólnego z sytuacją zaistniałą w postępowaniu MAZOVI i musiała zostać rozwiązana zgodnie z przepisami prawa (w tym w kwestiach majątkowych) oraz stosownie do istniejących okoliczności faktycznych. Również należy odróżnić osobę przedsiębiorcy działającego jako osoba fizyczna lub osoby reprezentujące przedsiębiorcę i przedsiębiorstwo, np. członków zarządu spółki od majątku tego przedsiębiorcy, tj. przedsiębiorstwa.

Przedsiębiorstwo, zdefiniowane jest w art. 55 1 Kc „Przedsiębiorstwo w tym znaczeniu - jako majątek, nie miało żadnych powiązań z działaniami osobistymi panów C. i P. D.. Aby rozwiązać współpracę pomiędzy spółką Golden Line a panem C., należało rozwiązać (uregulować) jej sprawy majątkowe.

Należy podkreślić, że kwestia spraw majątkowych rozstrzygana jest nawet w przypadku zwykłego rozvodu pomiędzy małżonkami i nie oznacza ona braku skutków rozvodu.

Niezależnie zresztą od przebiegu rozliczeń handlowych pomiędzy Odwołującym a przedsiębiorstwem MC Supplies M. C. - w chwili złożenia oferty w niniejszym postępowaniu, sprawy majątkowe pomiędzy oboma przedsiębiorcami zostały zakończono. Tym samym Zamawiający nie oceniał stanu faktycznego adekwatnego dla niniejszego postępowania.

W ocenie Odwołującego przedłożone wyjaśnienia oraz dokumenty w ramach samooczyszczenia są w pełni wyczerpujące i potwierdzają rzetelność Odwołującego jako wykonawcy mogącego ubiegać się o zamówienia publiczne. Odwołujący jest także gotów do złożenia dalszych wyjaśnień w sytuacji, gdy Zamawiający uzna taką potrzebę.

W literaturze podnosi się, że dokumenty złożone w ramach samooczyszczenia podlegają uzupełnieniom i wyjaśnieniom, o których mowa w art. 128 ustawy Pzp, jako dokumenty potwierdzające brak podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 124 i n. ustawy Pzp.

Jednak gdyby Zamawiający uznał, że niezbędne są mu jakieś konkretne dowody dotyczące konkretnej kwestii, to powinien być się o to do Odwołującego zwrócić.

Wyraźnie wskazuje na to TSUE w wyroku z 14 stycznia 2021 r. w sprawie C-387/19, w którym rozpatruje instytucję self-cleaningu jako prawo wykonawców wywodzące się bezpośrednio z przepisów unijnych i bezpośrednio stosowane (niezależnie od implementacji przez państwo członkowskie): o ile na wykonawcy spoczywa obowiązek poinformowania instytucji zamawiającej w chwili składania wniosku o dopuszczenie do udziału lub oferty o rozwiązaniu wcześniejszej umowy o udzielenie zamówienia z powodu poważnego wykroczenia, o tyle jednak w sytuacji, gdy instytucja ta stwierdzi istnienie podstawy wykluczenia związanej z rozwiązaniem takiej umowy lub zatajenie informacji dotyczących takiego rozwiązania, musi ona pozostawić danemu wykonawcy możliwość przedstawienia dowodu podjęcia środków naprawczych. W wyroku Trybunał wskazał także na zasadę poszanowania prawa do obrony jako podstawową zasadę prawa Unii, której integralną częścią jest prawo do bycia

wysłuchanym, a która powinna być stosowana wówczas, gdy organ administracyjny ma podjąć w stosunku do danej osoby decyzję wiążącą się z niekorzystnymi dla niej skutkami, takich jak decyzja o wykluczeniu wydana w ramach postępowania o udzielenie zamówienia.

Tym bardziej dotyczy to sytuacji, w której wykonawca przedstawi opis podjętych środków naprawczych, lecz instytucja zamawiająca uzna, że w pewnych elementach jest on dla niej zbyt mało szczegółowy. Przy czym wymagania danego zamawiającego co do owych informacji nie powinny przekraczać granic zdrowego rozsądku oraz celu instytucji samooczyszczenia, czyli wykazania rzetelności wykonawcy.

W związku z powyższym niniejsze odwołanie należy uznać za zasadne.

Zamawiający, Skarbu Państwa 34. Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Rzeszowie w odpowiedzi na odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu przez oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. art. 110 ust 3 PZP oraz wyboru jako oferty najkorzystniejszej wykonawcy Netprint s.c. J. W., B. S., wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego z powodów, o których poniżej. Sąd Okręgowy w Warszawie prawomocnym wyrokiem z dnia 25 czerwca 2021 r. orzekł, że Golden Line sp. z o.o. brała udział w zмовie mającej na celu zakłócenie procedury przetargowej, tym samym utrzymał w mocy wyrok KIO z dnia 16 marca 2021 r. w wydanym w sprawie KIO 431/21. Z ustaleń Sądu wynika, iż Porozumienie nastąpiło w postępowaniu udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego — Mazowiecką Instytucję Gospodarki Budżetowej MAZOVIA pod nazwą „Sukcesywna dostawa tonerów, tuszów, bębnow, pasów transmisyjnych, zbiorników na zużyte tonery i taśm barwiących do drukarek i urządzeń wielofunkcyjnych oraz odbiór zużytych materiałów eksploatacyjnych z miejsc wskazanych przez Mazowiecką Instytucję Gospodarki Budżetowej MAZOVIA”.

W dniu 5 kwietnia 2023 r. Zamawiający ogłosił przetarg dla zamówienia pn. Dostawa materiałów eksploatacyjnych do drukarek faksów i innych urządzeń drukujących”.

Golden Line sp. z o.o. złożyła ofertę, a także wyjaśnienia w trybie art. 110 ust 2 PZP, wnosząc o uznanie dokonanej przez spółkę procedury samooczyszczenia za skuteczną, a w konsekwencji dopuszczenie do udziału w przetargu.

Golden Line sp. z o.o. oświadczyła m. in. że celem porozumienia zawartego pomiędzy spółką a MC Supplies M. C. było ograniczenie konkurencji polegające na wspólnym uzgodnieniu treści składanych ofert w postępowaniu, wspólnym przygotowaniu ofert, a w szczególności uzgodnieniu warunków cenowych dla asortymentu wymaganego w postępowaniu prowadzonym przez Mazowiecką Instytucję Gospodarki Budżetowej MAZOVIA. Osobami biorącymi udział w porozumieniu byli P. D. oraz M. C., którzy wspólnie ustalili zasady i warunki udziału w postępowaniu, w szczególności warunki cenowe na oferowany asortyment, celem

było pozyskanie zamówienia przez jednego z dwóch wykonawców biorących udział w porozumieniu od instytucji Zamawiającego.

Spółka oświadczyła, iż jej udział w porozumieniu mającym na celu zakłócić konkurencję w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie doprowadził do powstania szkody, w związku z czym odstąpiła od wykazania działań wymienionych w art., 110 ust. 2 pkt 1 ze względu na ich bezprzedmiotowość.

Ponadto, Golden Line sp. z o.o. oświadczyła, że nie uzyskała „zgody instytucji prowadzącej postępowanie wyjaśniające w zakresie zawartego przez Wykonawcę porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji na ujawnianie

informacji odnośnie przedmiotowego postępowania".

W zakresie podjętych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, odpowiednich dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom i nieprawidłowemu postępowaniu spółka wyraziła stanowisko, iż podjęła konkretne środki w postaci zaprzestania sporządzenia wyceny ofert dla pomiotów trzecich, a także podjęła środki zaradcze mające zapobiec ponownemu naruszeniu zasad uczciwej konkurencji takich jak podjęcie uchwały w przedmiocie odwołania P. D. z funkcji Prezesa zarządu spółki, ponadto P. D. dokonał sprzedaży całości udziałów posiadanych w spółce Golden Line sp. z o.o. Dodatkowo spółka podniosła, że zerwała współpracę z firmą MC Supplies M. C., natomiast w zakresie zawartych umów na dostawy tonerów marki WD (Wirksam Drucken) dla aktualnych kontrahentów spółka sfinalizowała transakcję wykupu części przedsiębiorstwa prowadzonego przez M. C., celem nabycia praw do bycia wyłącznym producentem i właścicielem materiałów eksploatacyjnych marki WD Wirksam Drucken.

Golden Line Sp. z o.o. jako załącznik do wyjaśnień przedłożyła dokumenty, stanowiące zdaniem spółki potwierdzenie skutecznego przeprowadzenia procedury samooczyszczenia: 1) wyrok KIO z dnia 16 mara 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 431/21,

2) wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy i Zamówień Publicznych z dnia 25 czerwca 2021 r. w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 56/21

3) potwierdzenia doręczenia wyroku SO w Warszawie spółce w dniu 17 sierpnia 2021 r.

4) Uchwałę Zarządu Golden Line Sp. z o.o. z dnia 22 września 2021 r. dotyczącą

odwołania p. P. D. z funkcji Prezesa Zarządu,

5) Regulamin udziału Golden Line Sp. z o.o. w postępowaniach o udzielenie zamówienia

publicznego wraz z załącznikiem,

6) Wypełnione oświadczenie- załącznik nr 1 regulaminu udziału Golden Line Sp. z o.o. w

postępowaniu

7) udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez 34 WOG ZP/24/2023

8) Aneks do umowy p. R. W. przeszeregowujący na Kierownika działu Zamówień

Publicznych,

9) Decyzję dotyczące wdrożenia regulaminu,

10) Umowę z dnia 16.09.2021 r. której przedmiotem jest przeprowadzenie szkolenia,

11) Program szkolenia,

12) Zaświadczenie z przeprowadzonego szkolenia z dnia 07.10.2021 r.

13) Regulamin kontroli wewnętrznej Golden Line Sp. z o.o.

14) Procedury kwalifikacji dokumentów w Golden Line Sp. z o.o. (z załącznikami nr 1, nr 2) 15) Instrukcja Systemu Sprawozdawczości Zarządczej (z załącznikiem nr 2)

16) Regulamin pracy pracowników Golden Line sp. z o.o.

17) Decyzję dotyczące wdrożenia Procedury klasyfikacji dokumentów, wdrożenia regulaminu kontroli wewnętrznej, wdrożenia regulaminu pracy, wdrożenia Instrukcji Sprawozdawczości Zarządczej ,

18) Umowa o zachowaniu poufności informacji w trakcie oraz po ustaniu umowy o pracę, 19) Umowa o zakazie konkurencji w czasie trwania umowy o pracę,

20) Umowa o zakazie konkurencji po ustaniu umowy o pracę,

21) Informacja o wyborze Golden Line sp. z o.o. w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego

22) Umowa sprzedaży zorganizowanej części przedsiębiorstwa

Zamawiający po zapoznaniu się treścią wyjaśnień Golden Line sp. z o.o. w zakresie procedury samooczyszczenia uznał, iż wykonawca nie spełnił warunków, o których mowa w art. 110 ust. 2 PZP, tym samym samooczyszczenie wykonawcy zostało uznane za nieskuteczne, a w konsekwencji skutkowało odrzuceniem oferty. Zamawiający swoje stanowisko uzasadnił treścią art. 110 ust. 2 PZP, zgodnie z którym Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt. 1, 2 i 5 i 6 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-10 PZP, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie następujące przesłanki:

- 1) naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne,
- 2) wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując z odpowiednimi właściwymi organami, w tym organami ścigania lub zamawiającym,
- 3) podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności:
 - a) zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy, b) zreorganizował personel,
 - c) wdrożył system sprawozdawczości i kontroli,
 - d) utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przepisów wewnętrznych regulacji lub standardów,
 - e) wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.

Zamawiający uznał, iż dla skutecznego przeprowadzenia procedury samooczyszczenia niezbędne jest przedłożenie dowodów, nie zaś jedynie wyjaśnień. Ponadto, konieczne jest przedstawienie dowodów, że podjęte środki są wystarczające do stwierdzenia rzetelności wykonawcy. Zamawiający nie będzie mógł przyjąć, zatem nawet obszernych wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, jeżeli nie będą poparte dowodami. Zamawiający powinien zaniechać wykluczenia dopiero wówczas, kiedy wykonawca rzeczywiście udowodni swoją rzetelność. Zamawiający po zapoznaniu się z treścią złożonych wyjaśnień i dowodów, stwierdził, iż z ich treści nie wynika aby Wykonawca naprawił szkodę wyrządzoną przestępstwem (t.j. jego obowiązki winny sprowadzać się do pokrycia straty, którą poszkodowany poniósł oraz zwrotu korzyści, które mógł osiągnąć gdyby mu szkody nie wyrządzono. Wykonawca powinien, w szczególności, wykazać, że uiszczył zasądzone kary. Jeżeli przesłanka wykluczenia związana jest z innymi niż przestępstwo, wykroczenie lub decyzją administracyjną okolicznościami, to wykonawca powinien wykazać, że naprawił szkodę wyrządzoną własnym zachowaniem.

Zamawiający nie dał wiary w zerwanie przez Wykonawcę wszelkich powiązań z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy. Po zapoznaniu się z wyjaśnieniami spółki Golden Line sp. z o.o., trudno dać wiarę aby w tym wypadku doszło do zerwania więzi z przedsiębiorcą z którym spółka była w zmoście. Zdaniem Zamawiającego, można odebrać wrażenie, iż doszło do wzmocnienia więzi łączących przedsiębiorców.

Z rozstrzygnięciem, nie zgodziła się Golden Sp. z o.o. która, złożyła odwołanie.

Jako zarzut Odwołujący podniósł naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2a i art. 110 ust. 2 i 3 ustawy pzp skutkujące zdaniem Odwołującego nieprawidłowym odrzuceniem oferty pomimo, iż nie zachodzą przesłanki odrzucenia z art. 226 ust. 1 pkt 2a PZP.

Odwołujący Golden Line sp. z o.o. w treści pismennego odwołania, zawarł następujące zarzuty względem stanowiska Zamawiającego:

1. niewyjaśnienie przez Zamawiającego po mimo sformułowania tezy jakich konkretnie dowodów oczekuje, jakich brakuje i na jakie okoliczności powinny być przedstawione w ramach procedury samooczyszczenia,
2. pominięcie przy badaniu wyjaśnień złożonych w związku z procedurą samooczyszczenia Golden Line sp. z o.o. przez Zamawiającego stanu faktycznego sprawy a mianowicie faktu, że Odwołujący nie zapłacił nigdy żadnej kary ze względu na to, że żadna kara nie została na niego nałożona. Jak także to, że żaden podmiot nie wystąpił do niego o naprawienie szkody.
3. nieuznaniu przez Zamawiającego wyjaśnienie w zakresie zerwania więzi z panem M. C. w ramach prowadzonej działalności gospodarczej pod firmą MC Supplies M. C.

Odp. ad 1. Zarzut niewyjaśnienia przez Zamawiającego pomimo sformułowania tezy, jakich konkretnie dowodów oczekuje, jakich brakuje i na jakie okoliczności powinny być przedstawione w ramach procedury samooczyszczenia

Instytucja „self-cleaning” wynikająca z normy przepisu art. 110 ust. 2 PZP jest procedurą pozwalającą wykonawcy na

udział w postępowaniu, mimo występowania wobec niego niektórych przesłanek wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Instytucja samooczystczenia może być zastosowana w przypadku wystąpienia obligatoryjnych przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 108 ust 1 pkt. 1, 2 i 5 i 6 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-10 PZP (fakultatywnych przesłanek wykluczenia).

Samooczystczenie jest procedurą, w której Wykonawca podlegający wykluczeniu może wykazać zamawiającemu, że jest on zdolny do wykonania zamówienia, pomimo że zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia postępowania. Wykonawca powołujący się na instytucję samooczystczenia musi wykazać, iż zastosował odpowiednie środki, zapobiegające powtórzeniu się zaistniałych nieprawidłowości, w realizowaniu przez niego zamówienia w przyszłości. Tym samym, udowadnia, iż daje rękojmię rzetelnego wykonywania udzielonego zamówienia, gdyż zauważył istnienie problemu oraz podjął odpowiednie środki, które zapobiegają nieprawidłowościom w przyszłości. (patrz: M. Stachowiak w Dzierżanowski Włodzimierz i in. Prawo zamówień publicznych. Komentarz WPK 2021, Lex).

Inicjatywa w zakresie procedury samooczystczenia co do zasady należy do wykonawcy. Zamawiając bezpośrednio od wykonawcy powinien dowiedzieć się o podstawach oraz okolicznościach wykluczenia oraz o podjętych przez wykonawcę działaniach, których skutkiem ma być uniknięcie wykluczenia w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe oznacza, iż ciężar dowodu w zakresie udowodnienia, iż wykonawca skutecznie przeprowadził procedurę samooczystczenia (a nie w sposób dorozumiany) spoczywa na wykonawcy. Przeprowadzona przez wykonawcę procedura samooczystczenia, następnie oceniana przez Zamawiającego nie powinna budzić jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności jej przeprowadzania. Tym samym, należy stwierdzić, iż procedura samooczystczenia nie powinna być pozorna tylko rzeczywista.

Stanowisko Zamawiającego, iż „zamawiający nie będzie mógł uwzględnić nawet obszernych wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, jeśli nie będą poparte dowodami” nie jest samodzielnym stanowiskiem Zamawiającego, tylko wbrew twierdzeniom Odwołującego m na poparcie w doktrynie i orzecznictwie. J. Jarnicka w red. Jaworska Prawo Zamówień Publicznych Komentarz 2022 wyd. 4 Legalis) twierdzi, iż wykonawca powinien przedstawić

dowodu na potwierdzenie, że przedsięwziął stosowne środki. Ponieważ uznanie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, pomimo że zaistniała ku temu przesłanka, stanowi wyjątek od reguły, przepisy w zakresie samooczystczenia należy interpretować wąsko. Zamawiający powinien zaniechać wykluczenia dopiero gdy, wykonawca rzeczywiście udowodnił swoją rzetelność przez wykazanie rzeczywistego podjęcia środków samooczystczenia. KIO wskazała, że „Najważniejszym krokiem w procedurze samooczystczenia jest przedstawienie dowodów, które potwierdzają przyjęte przez wykonawcę działania w celu oczyszczenia się z zarzutów wykluczenia”. (wyrok KIO z 15.04.2021r. KIO 627/21, KIO 630/21, KIO 657/21, K10658/21)

Zamawiający nie jest inicjatorem ani „wykonawcą” procedury samooczystczenia tym samym nie jest uprawniony do wskazania wykonawcy, który korzysta z tej procedury, jakich konkretnie dowodów oczekuje, jakich brakuje i na jakie okoliczności. Jedynie przedstawienie wyczerpujących wyjaśnień popartych dowodami, ale takim dowodami jakie wykonawca uzna w okoliczności danej sprawy, za odpowiednie może spowodować uznanie przez Zamawiającego, procedury samooczystczenia względem wykonawcy za skuteczną. Potwierdza to również stanowisko doktryny wskazują, iż „Zamawiający nie jest zobowiązany do poszukiwania informacji czy domagania się dowodów na potwierdzenie przeprowadzenia procedury samooczystczenia przez wykonawcę. (Gawrońska -Baran Andrzej i in. Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany Lex/el. 2023r r.). Wnioskowanie przez Zamawiającego dowodów lub wskazywanie okoliczności, które miałyby być nimi udowodnione zdaniem Zamawiającego, naruszałoby wynikającą z art. 110 ust. 2 PZP zasadę, ciężaru dowodu, który spoczywa na wykonawcy korzystającemu z procedury samooczystczenia, a nie Zamawiającym.

Odp. ad.2. Zarzut pominięcia przy badaniu wyjaśnień złożonych w związku z procedurą samooczystczenia Golden Line p. z o.o. przez Zamawiającego stanu faktycznego sprawy a mianowicie faktu, że Odwołujący nie zapłacił nigdy żadnej kary ze względu na to, że żadna kara nie została na niego nałożona, jak także to, że żaden podmiot nie wystąpił do niego o naprawienie szkody.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu pominięcie przy badaniu wyjaśnień złożonych w związku z procedurą samooczystczenia wykonawcy stanu faktycznego sprawy, a mianowicie faktu, że Odwołujący nie zapłacił nigdy żadnej kary ze względu na to, że żadna kara nie została na niego nałożona. Jak również, że żaden podmiot nie wystąpił do niego o naprawienie szkody. Stanowisko Odwołującego zawarte w odwołaniu nie jest tożsame, ze stanowiskiem przedstawionym przez tegoż wykonawcę na etapie złożenia wyjaśnień w ramach procedury samooczystczenia.

Golden Line sp. z. o.o. w ramach złożonych wyjaśnień pismem z dnia 12 maja 2023 r. w zakresie spełnienia przez spółkę przesłanki wynikającej z art. 110 ust. 2 pkt 1 PZP tj.

naprawienia lub zobowiązania się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne oświadczył, że jego udział w porozumieniu mającym na celu zakłócić naruszenie konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego-Mazowiecką Instytucję Gospodarki Budżetowej MAZOVIA nie doprowadził do powstania szkody. W związku z powyższym Wykonawca odstępuje od wykazania działań wymienionych w art. 110 ust. 2 pkt 1 ze względu na ich bezprzedmiotowość, tym samym wykonawca de facto odstąpił od wykazania przedmiotowej przesłanki samooczystczenia.

Z wyjaśnień zdaniem Zamawiającego, nie jest możliwe ustalenie takich elementów stanu faktycznego jak okoliczność, ponoszona na etapie odwołania tj. że Odwołujący nie zapłacił nigdy żadnej kary ze względu na to, że żadna kara nie

została na niego nałożona. Jak również, że żaden podmiot nie wystąpił do niego o naprawienie szkody.

W związku powyższym ww. zarzuty ponoszone względem Zamawiającego są nieprawdzie i nie mają uzasadnienia w zgromadzonej dokumentacji przetargowej.

Zamawiający zwraca uwagę, iż zgodnie z art. 110 ust. 2 pkt 1 PZP, wykonawca powołujący się na procedurę samooczyszczenia powinien wykazać naprawienie lub zobowiązanie się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne. Golden Line Sp. z o.o. na etapie złożenia wyjaśnień w zakresie procedury samooczyszczenia nie podjęła próby udowodnienia, iż zgodnej z jej oświadczeniem szkoda faktycznie nie powstała, jak również wykazania, iż Zamawiający w postępowaniu którego doszło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji nie dochodzi od niego naprawienia szkody lub zadośćuczynienia.

Złożone przez Wykonawcę oświadczenia na etapie pisemnego odwołania do KIO w zakresie nie zapłacenia przez Golden Line sp. z o. o. żadnej kary ze względu na to, że żadna kara nie została na niego nałożona. Jak również, oświadczenia że żaden podmiot nie wystąpił do Odwołującego o naprawienie szkody oraz oświadczenia o gotowości Odwołującego do naprawienia ewentualnej szkody należy uznać na etapie odwołania za spóźnione.

Golden Line jako wykonawca stosujący procedurę samooczyszczenia zobowiązany był wykazania spełnienia wszystkich przesłanek składających się na procedurę samooczyszczenia na etapie złożenia wyjaśnień w tym zakresie Zamawiającemu.

Ponadto, należy zauważyć, iż zachodzi sprzeczność pomiędzy stanowiskiem Odwołującego, w zakresie konieczności wykazania działań wymienionych w art. 110 ust. 2 pkt. 1 PZP na etapie złożenia wyjaśnień w ramach procedury samooczyszczenia, a aktualnym prezentowanym stanowiskiem zawartym w pisemnym odwołaniu.

Ad. 3 Zarzut nieuznania przez Zamawiającego wyjaśnień w zakresie zerwania więzi z M. C. w ramach prowadzonej działalności gospodarczej pod firmą MC Supplies M. C.

Zgodnie z art. 110 ust. 3a PZP wykonawca powinien zerwać wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy.

Sąd Okręgowy w Warszawie prawomocnym wyrokiem z 25 czerwca 2021 r. orzekł, że Golden Line sp. z o.o. brała udział w zмовie z a MC Supplies M. C. mającej na celu zakłócenie procedury przetargowej, czym utrzymał w mocy wyrok KIO z dnia 16 marca 2021r. KIO 431/21. Z ustaleń Sądu wynika, iż Porozumienie wykonawców stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji i polegało na wspólnym uzgodnieniu treści składanych ofert, wspólnym przygotowaniu ofert, a w szczególności uzgodnieniu warunków cenowych dla asortymentu wymaganego. W tym miejscu należy podkreślić, iż przesłanka wykluczenia z wykonawcy z powodu czynu nieuczciwej konkurencji, godzi bezpośrednio w jego rzetelność w związku z powyższym badanie spełnienia przesłanek samooczyszczenia powinno być wnikliwe w szczególności w zakresie udowodnienia przez wykonawcę zerwania wszelkich powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy. Z treści złożonych wyjaśnień wynika, iż wykonawcy biorący udział w porozumieniu byli partnerami handlowymi na długi okres przed przystąpieniem do porozumienia co może wskazywać na szeroki zakres powiązań gospodarczych między wykonawcami, nie tylko w zakresie zawartej zмовы handlowej. Golden Line sp. z o.o. oświadczyła, iż zawarła z MC Supplies M. C. umowę na podstawie, której nabyła zorganizowaną część przedsiębiorstwa MC Supplies M. C. w postaci wszelkich praw i środków produkcji do marki Wirksam Drucken. Zdaniem Odwołującego zawarcie przedmiotowej umowy stanowi dowód zerwania współpracy między wykonawcami, a tym samym wypełnienia przesłanki z art. 110 ust. 3a PZP. Odnosząc twierdzenia Odwołującego do ustalonego zakresu zмовы stanowiącej czy nieuczciwej konkurencji należy wskazać, iż zawarcie przedmiotowej umowy między wykonawcami nie stanowi dowodu zerwania wszelkich powiązań pomiędzy przedsiębiorcami.

Odnosząc się kwestii zbycia wyodrębnionej części przedsiębiorstwa należy wykazać, iż mamy do czynienia z szeregiem szereg sukcesji singularnych. Oznacza to przyjęcie osobno każdego z praw składających się na przedsiębiorstwo(Uchwała SN III CZP 45/08). W przypadku sukcesji wywołuje ona skutek jedynie między stronami umowy i wymaga konieczności uwzględnienia przepisów kc o zmianie wierzyciela lub dłużnika (art. 509 i następne).

Zdaniem Zamawiającego, zawarcie ww. umowy, nastąpiło w celu zabezpieczenia realizacji wcześniejszych zobowiązań Golden Line sp. z o.o. co stanowi przejaw dalszego wspierania się wykonawców, w sytuacji gdy celem ww. przepisu jest wykazanie przez podmiot uczestniczący w zмовie trwałego zerwania wszelkich powiązań z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy.

W związku z powyższym Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania Golden Linie sp. z o.o. w całości.

Zdaniem Zamawiającego wykonawca Golden Line p. z o.o. na podstawie o art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i art. 110 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r., 1710 ze zm.) zwana dalej „PZP” skutkujące zdaniem Odwołującego

nieprawidłowym odrzuceniem oferty pomimo, iż nie zachodzą przesłanki odrzucenia, o których mowa w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a PZP.

W trakcie rozprawy strony i obecny przystępujący po stronie zamawiającego, przedstawili stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania przedstawione w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, stwierdziła, iż odwołanie w zakresie przedstawionych przez odwołującego zarzutów, nie zasługuje na uwzględnienie.

Niesporne jest, iż możliwość uwolnienia się z sankcji wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wymaga udowodnienia przez wykonawcę zamawiającemu, iż w stosunku do wykonawcy – tu odwołującego, zachodzą trzy, spełnione łącznie, przesłanki przewidziane w art. 110 ust. 2 pkt 1-3 ustawy pzp, w tym w pkt 3 ustępu drugiego, dodatkowo wyspecyfikowane w punktach od a) do d).

Słusznie zauważa odwołujący, że regulacja w art. 110 ust. 2 pzp ma charakter generalny i może dotyczyć różnych stanów faktycznych wynikających z wielorakich możliwych nieprawidłowych zachowań wykonawców, mających różny przebieg i skutki, dlatego również działania wskazane w tym przepisie nie zawsze będą miały jednakowy przebieg i wagę, zatem powinny być dostosowane do konkretnego zindywidualizowanego stanu faktycznego dotyczącego analizowanego zachowania. To indywidualne podejście wskazuje na potrzebę prowadzenia przez zamawiającego postępowania z uwzględnieniem wszystkich okoliczności istotnych dla oceny, czy wykonawca skutecznie dokonał tzw. samooczyszczenia swoimi działaniami, a działania i ich skutki przedstawił zamawiającemu.

Przy tym można zauważyć, że zamawiający ocenia czynności wykonawcy w celu uznania, czy są one wystarczające do wykazania jego rzetelności, co wynika z art. 110 ust. 1 ustawy pzp. W konsekwencji zindywidualizowanego postępowania w sprawie, nie ma też znaczenia okoliczność przedstawiona przez odwołującego, że w szeregu innych postępowań z jego udziałem, zamawiający uznawali za skuteczne działania podjęte w celu samooczyszczenia. Przypominając, że przywołany parokrotnie powyżej przepis wymaga od wykonawcy udowodnienia swojego stanowiska, Izba podziela pogląd przedstawiony przez odwołującego,

że dowodami mogą być nie tylko dokumenty pochodzące od podmiotów trzecich, w tym np. stanowiska urzędowe i dokumenty prywatne, opinie biegłych, lecz w ich poczet można również zaliczać wyjaśnienia własne wykonawcy, oczywiście w wyniku pozytywnej oceny ich wiarygodności. Wszak także w postępowaniu odwoławczym (art. 538 pzp), jak i procedurze porównywalnej, tj. w kodeksie postępowania cywilnego uznaje się za dowody przesłuchanie stron (art. 299 kpc).

W zakresie pierwszej przesłanki wymaganej dla oczyszczenia wykonawcy tj. naprawienia lub zobowiązania się przez niego do naprawienia szkody wyrządzonej jego nieprawidłowym postępowaniem, skład orzekający podziela stanowisko odwołującego co do faktu, że z ustalonego stanu faktycznego nie wynika, by instytucja zamawiająca - Mazowiecka Instytucja Gospodarki Budżetowej MAZOVIA poniosła szkodę w wyniku zмовы z udziałem odwołującego. Wiarygodne w tym zakresie, przy braku odmiennych dowodów, są wyjaśnienia wykonawcy, iż od lutego 2021 r. do chwili obecnej, zamawiający ten nie poniósł szkody w następstwie niespornych, a niepożądanych zachowań wykonawców. Doświadczenie obrotu gospodarczego wskazuje, że w razie zaistnienia szkody, w tym np. zaistnienie przesłanek zapłaty kar umownych, podmiot taki, jako zamawiający w zakresie zamówień publicznych, nie rezygnuje wspaniałomyślnie ze swoich roszczeń, co więcej, jest zobligowany do ich dochodzenia pod rygorem odpowiedzialności z przepisów o dyscyplinie finansów publicznych. Zatem przy oczywistej implikacji: „jeżeli wystąpiła szkoda, to należy ją naprawić”, a w stanie faktycznym sprawy szkoda nie wystąpiła, to nie ma podstaw do jej naprawienia; następnik takiego zdania logicznego o treści „należy ją naprawić” byłby naturalnie fałszywy.

W konsekwencji także rozważania co do naprawienia szkody lub pieniężnym zadośćuczynieniu, stają się bezprzedmiotowe. Brak szkody w rozpoznawanej sprawie oznacza w konsekwencji, iż przesłanka egzoneracyjną z art. 110 ust. 2 pkt 1) musi być uznana za spełnioną i korzystną dla wykonawcy.

W odniesieniu do kolejnej przesłanki tj. wyczerpującego wyjaśnienia faktów i okoliczności nieprawidłowego postępowania przy aktywnej współpracy z odpowiednimi organami lub zamawiającym wypada przypomnieć, że zgodnie z wyrokiem ETS C-387/19 wskazany został minimalny zakres okoliczności, które muszą zostać udowodnione stosownie do art. 57 ust. 6 dyrektywy i odpowiednio w art. 110 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący w rzeczywistości nie wykazał, iż podejmował taką współpracę przed i w związku z ubieganiem się o udzielenie zamówienia w ramach procedury samooczyszczenia, która wymaga jego inicjatywy. Skład orzekający ocenia zatem dokumenty przedstawione zamawiającemu w postępowaniu, natomiast dodatkowe dowody złożone na rozprawie – dokumenty od i do UOKiK pozostają bez wpływu na ocenę decyzji zamawiającego, w tym znaczeniu, że nie mogą uzupełniać procedury i prowadzić faktycznie do podważenia oceny zamawiającego w oparciu o dowody,

których ten nie mógł ocenić przed podjęciem decyzji o wykluczeniu z postępowania. Trudno przy tym bronić twierdzenia o aktywnej współpracy, rozumianej jako aktywność wykonawcy, w sytuacji, gdy w sprawie tej inicjatorem ustalenia czynu nieuczciwej konkurencji był Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, a jakkolwiek forma deklarowanej własnej współpracy z tą instytucją po ustaleniu KIO i Sądu Okręgowego nie była inicjowana przez odwołującego. Izba nie odnosi się do twierdzenia o potrzebie uzupełnienia tych dowodów, jako że wykraczałoby to poza zakres zarzutów, którymi jest związana. Nie można uznać, iż Odwołujący przedstawił w sposób wyczerpujący okoliczności w jakich miało dojść do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, w szczególności dość okrojone są informacje co do czasu, w jakim miało dojść do zмовы.

Zatem, w ocenie składu orzekającego, odwołujący nie wykazał należytego spełnienia przesłanki „uwalniającej” z art. 110 ust. 2 pkt 2) ustawy pzp.

Odnosnie trzeciej przesłanki, Izba nie kwestionuje przedsięwzięć wykonawcy przewidzianych w art. 110 ust. 2 pkt 3 litery b, c oraz d, uznając okoliczności za wykazane.

Znaczącą wątpliwość budzi natomiast sprawa wyjaśnień w zakresie zerwania więzi z M. C. w ramach prowadzonej działalności gospodarczej pod firmą MC Supplies M. C., tj. stwierdzenia, czy odwołujący wypełnił przesłankę zerwania wszelkich powiązań z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie.

Jakkolwiek można przyjąć za logiczne wnioski o potrzebie zabezpieczenia już zawartych umów, co miało uzasadniać wykupienie praw do produktu, brak jest przekonującego dowodu, czy rzeczywiście doszło ostatecznie zaprzestania współpracy z uczestnikiem zмовы. Tu deklaracja o takiej sytuacji jest niewystarczająca, w odróżnieniu od chociażby wcześniej wspomnianego zobowiązania do naprawienia szkody.

Skoro zatem dwie spośród trzech przesłanek pozwalających na uznanie, iż doszło do skutecznego samooczyszczenia przez odwołującego, nie zostały wykazane, a w istocie, udowodnione, zamawiający zasadnie uznał, że wykonawca Golden Line p. z o.o. na podstawie o art. 226 ust. 1 pkt 2a i art. 110 ust. 2 i 3 ustawy pzp złożył ofertę, która podlega odrzuceniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r, poz. 1710 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich

rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: