

Sygn. akt: KIO 1348/24

## WYROK

Warszawa, dnia 9.05.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: **Agata Mikołajczyk**

Protokolant: **Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 maja 2024 r. w Warszawie z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 kwietnia 2024 r. przez Odwołującego: **FASTER Sp. z o.o. Sp. k. z/s w Olsztynie** (ul. Marii Konopnickiej 7/4, 10168 Olsztyn) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Gmina Ryn** (Ratuszowa 2 11520 Ryn),  
- uczestnik po stronie zamawiającego: **Przewozy Krajowe i Zagraniczne Osób C. z/s w Przasnyszu Spółka komandytowa** (ul. Makowska 108, 06-300 Przasnysz),

### orzeka:

Oddala odwołanie;

Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego: **FASTER Sp. z o.o. Sp. k. z/s w Olsztynie** (ul. Marii Konopnickiej 7/4, 10168 Olsztyn) i:

zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 4.230 zł 87 gr (słownie: cztery tysiące dwieście trzydzieści złotych osiemdziesiąt siedem groszy) tytułem kosztów poniesionych przez Zamawiającego;  
zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego: **Gmina Ryn** (Ratuszowa 2 11520 Ryn) kwotę 4.230 zł 87 gr (słownie: cztery tysiące dwieście trzydzieści złotych osiemdziesiąt siedem groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600 zł oraz tytułem jego kosztów dojazdu w kwocie 630 zł 87 gr.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

.....

Sygn. akt: 1348/24

### Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 kwietnia 2024r. przez wykonawcę: **FASTER Sp. z o.o. Sp. k. ul. z/s w Olsztynie** (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023r. poz. 1605 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez Zamawiającego: **Gmina Ryn**. Przedmiotem zamówienia publicznego jest „Dowóz uczniów do szkół w Rynie na podstawie biletów miesięcznych”. Numer postępowania: ZP.277.70.2024”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 27 marca 2024 r. (2024/BZP 00262661/01).

Odwołujący podał:

(...)

Zaskarżam czynności Zamawiającego w postaci niezgodnego z przepisami prawa: - zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez **Przewozy krajowe i zagraniczne osób C. Spółka komandytowa** (ul. Makowska 108, 06-300 Przasnysz—dalej „C. Sp.k.”) przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy w zw. z art. 111 pkt 4 pzp, wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez C. Sp. k. podczas gdy oferta powinna zostać odrzucona jako złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 i art. 111 pkt 4 pzp.

Zamawiającemu zarzucam naruszenie:

- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy C. sp. k. podlegającego wykluczeniu, podczas gdy wykonawca w oświadczeniu składanym na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy oświadczył, że podlega wykluczeniu, art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 pzp oraz art. 111 pkt 4 i art. 16 pkt 1 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę (C. Sp. k.) podlegającego wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 pzp, w sytuacji, gdy wykonawca został prawomocnie wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 i nie minął od tego momentu trzyletni okres wynikający z art. 111 pkt 4 pzp. W związku z powyższym wnoszę o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez C. Spółka komandytowa na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 pzp”.

W uzasadnieniu stanowiska podał w szczególności:

I. Informacje wstępne.

1. Termin na wniesienie odwołania.

Pismem z dnia 15 kwietnia 2024 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu wyborze oferty najkorzystniejszej. W postępowaniach o wartości nieprzekraczającej progu unijnego termin na złożenie odwołania wynosi 5 dni. Zgodnie z art. 509 ust. 2 pzp jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy. W związku z czym termin na wniesienie przedmiotowego odwołania upływa 22 kwietnia 2024 r.

2. Przesłanie kopii Zamawiającemu.

Kopia niniejszego odwołania została przesłana Zamawiającemu z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 514 ust. 2 ustawy za pośrednictwem poczty elektronicznej na adres e-mail wskazany w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (potwierdzenie w załączeniu).

3. Interes we wniesieniu odwołania.

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania. W przypadku odrzucenia oferty złożonej C. spółka komandytowa oferta złożona przez Odwołującego będzie najkorzystniejsza. Odwołujący ponosi szkodę w postaci braku realizacji przedmiotowego zamówienia.

II. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 pzp oraz art. 111 pkt 4 i art. 16 pkt 1 ustawy.

1. Informacje wstępne — czyn rozstawienia ofert.

Zamawiający pismem z dnia 14 kwietnia 2024 r. poinformował o wyborze oferty złożonej przez C. spółka komandytowa. W ocenie odwołującego oferta winna zostać odrzucona jako złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 pzp.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, iż wykonawca C. sp. k. w oświadczeniu składanym na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy oświadczył, że podlega wykluczeniu, co winno spowodować odrzucenie jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) ustawy.

Ponadto, zgodnie z brzmieniem art. 108 ust. 1 pkt 5 pzp wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie.

Na podstawie art. 111 pkt 4 ustawy wykluczenie wykonawcy następuje w przypadkach, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5, art. 109 ust. 1 pkt 4, 5, 7 i 9, na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Wyrokiem z dnia 20 września 2023 r. sygn. akt: 2512/23 (w załączeniu) Krajowa Izba Odwoławcza nakazała odrzucenie ofert złożonych przez wykonawców: - C. spółka komandytowa, PKS Siedlce Sp. z o.o., jako złożonych w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 pzp. W ww. wyroku Krajowa Izba Odwoławcza potwierdziła zarzuty odwołującego, iż działania wykonawców C. spółka komandytowa oraz PKS Siedlce to książkowy przykład niedozwolonego porozumienia mający na cel naruszenie zasad uczciwej konkurencji poprzez czyn rozstawienia ofert. Od ww. wyroku nie została wniesiona skarga do Sądu. Mając na uwadze regulacje z art. 111 pkt 4 pzp wykonawcy wykluczeni na podstawie art. 108 ust. 1 pkt pzp podlegają wykluczeniu z postępowań przez okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia.

Nie ulega zatem wątpliwości, iż w przedmiotowym postępowaniu oferta wykonawcy C. Sp. k. winna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 i art. 111 pkt 4.

**Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie** (pismo z dnia 6/05/2024) wniósł o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu stanowiska podał w szczególności: (...)

W odwołaniu wskazano, że wykonawca winien być wykluczonym ze względu na oświadczenie składane w trybie art. 125 ust 1 prawa zamówień publicznych oraz na podstawie art. 108 ust. 1 pkt. 5 pzp wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania, jeżeli zamawiający może stwierdzić, że na podstawie wiarygodnych przesłanek, wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji.

W ocenie zamawiającego wskazane naruszenia nie wystąpiły w przetargu będącym przedmiotem niniejszego postępowania. Przewozy krajowe i zagraniczne osób C. spółka komandytowa przed złożeniem oferty i wraz z nią przedłożyły zamawiającemu dokument *self-cleaning* zawierające oświadczenia, co do faktów - na czym polegało przewinienie wykonawcy (wraz z kopią wyroku w sprawie) i jakie w związku z tym wykonawca wdrożył środki zaradcze, aby uniknąć przewinienia na przyszłość.

W wyroku z dnia 7 września 2023 r., sygn. akt: KIO 2512/23 Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że wykonawca stosował tzw. czyny nieuczciwej konkurencji – znowę przetargową polegającą między innymi na rozstawianiu i wycofywaniu ofert. KIO wskazywało, że czyn polega na tym, że jeżeli po otwarciu ofert i upublicznieniu informacji o

wysoki cen ofert złożonych w postępowaniu okazywało się, że oferty członków porozumienia znajdują się na dwóch pierwszych miejscach, wykonawca z pierwszą ofertą nie składał, bądź nie uzupełniał przedmiotowych środków dowodowych, kwestionując poprawienie innej omyłki itd. W wyniku czego jego oferta zostawała odrzucona, a szanse uzyskiwał drugi wykonawca z ofertą zawierającą wyższą cenę, a zatem korzystniejszą dla zamawiającego. Czyn wykonawcy miał więc polegać na składaniu w porozumieniu z innymi wykonawcami ofert oraz nieracjonalnym i nieuzasadnionym regularnym odstępowaniu od złożonych środków dowodowych przez wykonawcę z niższą ceną.

W przetargu będącym przedmiotem niniejszego postępowania oferty złożyło trzech wykonawców: FASTER sp. z o.o., Olsztyński Bus sp. z o.o. oraz Przewozy krajowej zagraniczne osób C. spółka komandytowa. Przewozy krajowe i zagraniczne osób C. sp. k. wygrał przetarg zdobywając łącznie 100 punktów, kolejnym na liście był FASTER sp. z o.o. sp. k., który zdobył 92,78 punktów.

KIO poszła jeszcze dalej w wyroku z dnia 21 marca 2018 r., sygn. KIO 422/18, stwierdzając, że rolą zamawiającego jest zebranie dowodów świadczących o wystąpieniu wszystkich określonych w przepisie przesłanek uzasadniających wykluczenie z postępowania wykonawcy, który nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego. Wykonawca składając ofertę – przed jej złożeniem, jak i wraz z jej złożeniem dołączył dokument *self-cleaning* wraz z dokumentami stanowiącymi dowody na fakty określone w piśmie. Kluczowe jest więc, aby fakty określone w *self-cleaning* były przekonujące dla zamawiającego, który jest ich adresatem oraz gospodarzem postępowania.

Dokonując szczegółowej analizy oferty i związków C. sp. k. z innymi oferentami zamawiający nie dostrzegł żadnych naruszeń uczciwej konkurencji – wszystkie trzy oferty zostały złożone wraz z kompletem dokumentów i żaden z wykonawców nie wycofał oferty po ich upublicznieniu, co mogłoby doprowadzić do wycofania oferty przez jednego z oferentów i doprowadzenia do konieczności wybrania droższej oferty. Brak również faktów na zawarcie porozumienia C. sp. k. z pozostałymi oferentami, jak to było w przypadku wyroku z dnia 7 września 2023 r. Nie ma tu więc mowy o żadnym rozstawianiu czy wycofywaniu ofert. Zamawiający nie dostrzegł także żadnych innych związków C. sp. k. z innymi oferentami. W ocenie zamawiającego w przedmiotowym przetargu nie doszło do zawarcia przez wykonawcę niedozwolonego porozumienia i składania ofert w warunkach nieuczciwej konkurencji.”

**Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego** przystąpienie (pismo z dnia 25/04/24) zgłosił wykonawca: Przewozy Krajowe i Zagraniczne Osób C. Spółka komandytowa z/s w Przasnyszu wnosząc o oddalenie odwołania. W piśmie procesowym z dnia 2 maja 2024 r. podał: (...) Ofertę w Postępowaniu złożyło trzech wykonawców, w tym Odwołujący oraz Przystępujący; oferta Przystępującego została wybrana jako oferta najkorzystniejsza w Postępowaniu. Od decyzji Zamawiającego, w dniu 18 kwietnia 2024 r. odwołanie wniósł Faster Sp. z o.o. Sp. k. (wykonawca drugi na liście rankingowej wykonawców udzielających się o udzielenie zamówienia). Zarzuty odwołania skonstruowane zostały w sposób następujący:

„Zamawiającemu zarzucam:

1)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy C. sp. k. podlegającego wykluczeniu, podczas gdy wykonawca w oświadczeniu składanym na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy oświadczył, że podlega wykluczeniu;

2)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 pzp oraz art. 111 pkt 4 i art. 16 pkt 1 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę (C. Sp. k.) podlegającego wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 pzp, w sytuacji, gdy wykonawca został prawomocnie wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 i nie minął od tego momentu trzyletni okres wynikający z art. 111 pkt 4 pzp.

Z samej treści zacytowanych wyżej zarzutów, a nadto – ze sporządzonego uzasadnienia wprost wynika, że w ocenie Odwołującego Zamawiający winien odrzucić ofertę Przystępującego wyłącznie ze względu na fakt zmaterializowania się wobec Przystępującego przesłanki wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp). Poniżej fragment wniesionego odwołania:

„*W pierwszej kolejności należy podkreślić, iż wykonawca C. sp. k. w oświadczeniu składanym na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy oświadczył, że podlega wykluczeniu, co winno spowodować odrzucenie jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) ustawy.*”

Przystępujący pragnie podkreślić, że sam fakt złożenia oświadczenia o treści w pełni zgodnej z załącznikiem nr 3 do SWZ, tj:

„*Oświadczam, że nie podlegam wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt. 1-6 oraz nie podlegam wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 1,4 ustawy Pzp oraz spełniam warunki udziału w postępowaniu, określone przez Zamawiającego w rozdziale VI Specyfikacji Warunków Zamówienia.*”

nie stanowi samoistnej podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (i odrzucenia jego oferty) w obliczu treści art. 110 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Jednocześnie jednak, Odwołujący w całej treści wniesionego odwołania (zarówno w treści zarzutów, jak i w treści

uzasadnienia) całkowicie pomija fakt, że załącznikiem nr 4 do Formularza ofertowego złożonego w Postępowaniu przez C. Sp. k. jest dokument o nazwie Self Cleaning. Poniżej prezentuję rzeczony fragment formularza ofertowego Przystępującego:

(...)

Odwolujący jednakże, w sposób konsekwentny pomija fakt złożenia przez Przystępującego self cleaningu i w samym fakcie zmaterializowania się wobec C. Sp. k. jednej z przesłanek wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia upatruje obowiązku Zamawiającego w zakresie wykluczenia danego wykonawcy i odrzucenia złożonej przez tegoż wykonawcę oferty. Pomija przy tym całkowicie dyspozycję art. 110 ust. 2 i 3 ustawy Pzp o treści:

*2. „Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10, 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 odpowiednio z 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 przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów,*

*e) wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.*

*3. Zamawiający ocenia, czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. Jeżeli podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zamawiający wyklucza wykonawcę.”*

Zatem – analiza treści niniejszego przepisu winna prowadzić do bezspornej konkluzji, iż ustawodawca dopuścił złożenie self cleaningu w przypadku zmaterializowania się przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, a która to przesłanka zmaterializowała się wobec Przystępującego. Co istotne – Odwołujący nie kwestionuje poprawności oceny self cleaningu dokonanej przez Zamawiającego, a po prostu kompletnie pomija fakt jego złożenia. Jednocześnie w tym aspekcie podkreślić należy, że o ile same wyjaśnienia związane z samooczyszczeniem wykonawcy (Przystępującego) objęte zostały tajemnicą przedsiębiorstwa, o tyle sam fakt tego, że wykonawca składa self cleaning zostały w sposób bezpośredni ujawnione w formularzu ofertowym, na co wskazywano powyżej. Możliwość zastosowania procedury self cleaning wobec wykonawcy, którego dotyczy przesłanka wykluczenia stypizowana w art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp dopuszcza bezpośrednio sam ustawodawca w treści przepisu. Jednakże kwestia ta była poddawana również analizie doktryny oraz w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. W piśmiennictwie i judykaturze panuje wyjątkowo zgodna opinia, zgodnie z którą niemożliwe jest dokonanie samooczyszczenia wyłącznie w postępowaniu, w którym doszło do zawiązania porozumienia. Nie ma zaś żadnych przeszkód do zastosowania tej instytucji w każdym z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w okresie o którym mowa w art. 111 pkt 4) ustawy Pzp.

Tak np. M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 110: „Jeżeli okoliczności wskazane w przywołanych przepisach wystąpią, wykonawca podlega wykluczeniu. Jednocześnie trudno mówić o możliwości jakiegokolwiek wykazania rzetelności przez wykonawcę, który w danym postępowaniu dopuszcza się tak określonego negatywnego zachowania, np. przez wyjaśnienie sprawy czy naprawienie szkody. Jednocześnie jednak trzeba pamiętać, że zaistnienie takich okoliczności w jednym postępowaniu o udzielenie zamówienia może przesądzać o wykluczeniu w kolejnych postępowaniach w okresach wskazanych dla każdej z przesłanek wymienionych w art. 111 p.z.p. Należy więc przyjąć, że nie jest logicznie dopuszczalne przeprowadzenie samooczyszczenia w postępowaniu, w którym dane okoliczności wystąpiły – wykonawca podlega wykluczeniu, bo nie może wykazać, że podjął czynności określone w art. 110 ust. 2 pkt 1–3 p.z.p. Możliwe jest natomiast wykazanie, że wykonawca podjął działania i odzyskał reputację rzetelnego wykonawcy w kolejnych postępowaniach następujących później.”

Oraz – wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 marca 2022 r., KIO 506/22: *Przepis art. 108 ust. 1 pkt 5 p.z.p. nie daje możliwości skorzystania z procedury samooczyszczenia, gdyż nie ma możliwości wykazania w jakikolwiek sposób*

*rzetelności wykonawcy, który w tym konkretnym postępowaniu dopuścił się określonego naruszenia (naruszenia zasady konkurencji). Jeżeli bowiem wystąpią okoliczności wskazane w tym przepisie, to wykonawca obligatoryjnie podlega wykluczeniu, a dopuszczalność samooczyszczenia możliwa będzie dopiero w kolejnym postępowaniu. Wykonawca musi więc przedsięwziąć niezbędne środki zmierzające do usunięcia skutków zdarzenia stanowiącego podstawę wykluczenia w tym postępowaniu oraz wdrożyć środki zapobiegające wystąpieniu takich zdarzeń w przyszłości i wykazać ich podjęcie w kolejnym postępowaniu."*

Co równie istotne – zgodnie z treścią art. 110 ust. 3 ustawy Pzp – to na Zamawiającym spoczywa ciężar oceny czy wykonawca składający self cleaning sprostął postawionemu przed nim przez ustawodawcę zadaniu. Tak np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 czerwca 2022 r., KIO 1504/22: *„Stosownie do treści przepisu art. 110 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, za dokonanie oceny, czy podjęte przez wykonawcę środki należy uznać za wystarczające dla wykazania rzetelności, odpowiedzialny jest zamawiający. Oceny tej dokonuje na podstawie analizy przedstawionych dokumentów i to one są kluczowe dla stwierdzenia, czy zaistniała w danych okolicznościach podstawa do uznania, że dany wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania, czy też takie przesłanki nie zaistniały."*

W stanie faktycznym niniejszej sprawy Zamawiający uznał, że wyjaśnienia self cleaning złożone przez Przystępującego są w pełni wystarczające aby wykazać jego rzetelność w prowadzonym przez niego postępowaniu. W złożonym zaś odwołaniu brak jest zarzutów związanych z dokonaną przez Zamawiającego oceną, bądź też ewentualnie – z możliwością złożenia self cleaningu przez Przystępującego. Tj. brak zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 110 ust. 2 bądź też art. 110 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołanie skupia się wyłącznie na treści oświadczenia złożonego przez Przystępującego, które to oświadczenie było w pełni zgodne z prawdą, a sporządzone zostało w oparciu o treść oświadczenia przygotowanego przez Zamawiającego. Przy czym Odwołujący zakłada swoisty automatyzm Zamawiającego w analizie niniejszego oświadczenia, jednocześnie pomijając kompletnie treść art. 110 ustawy Pzp i możliwość skorzystania przez wykonawcę z instytucji samooczyszczenia.

Dlatego też, w ocenie Przystępującego niniejsze odwołanie jest nieadekwatne do stanu faktycznego sprawy, wobec czego winno zostać oddalone.

Jedynie z daleko posuniętej ostrożności procesowej, Przystępujący pragnie podkreślić, że Krajowa Izba Odwoławcza jest związana zarzutami podniesionymi w odwołaniu i niedopuszczalne jest ich rozszerzanie na etapie postępowania odwoławczego – tak np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lutego 2022 r., KIO 207/22: *„Zakres rozstrzygnięcia Izby, zgodnie z art. 555 p.z.p. wyznacza treść odwołania - kwestionowana w nim czynność, oraz przede wszystkim podniesione zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zatem zarzuty odwołania muszą być skonkretyzowane, a Izba nie może wyznaczać ich granic w zastępstwie Odwołującego. Niewystarczające jest określenie w odwołaniu czynności lub zaniechania Zamawiającego i wskazanie kwalifikacji prawnej, treść i zakres zarzutu wyznaczają bowiem okoliczności faktyczne, w których Odwołujący upatruje niezgodności z przepisami ustawy."*

**Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie nie podlega uwzględnieniu.

Odwołujący FASTER Sp. z o.o. Sp. k. z/s w Olsztynie (wykonawca FASTER lub Odwołujący) w odwołaniu (str 2) podał:

*„Zaskarżam czynności Zamawiającego w postaci niezgodnego z przepisami prawa:*

- zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Przewozy krajowe i zagraniczne osób C. Spółka komandytowa (ul. Makowska 108, 06-300 Przasnysz— dalej „C. Sp.k.") przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy w zw. z art. 111 pkt 4 pzp,*
- wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez C. Sp. k. podczas gdy oferta powinna zostać odrzucona jako złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 i art. 111 pkt 4 pzp".*

Dalej podał:

*„Zamawiającemu zarzucam:*

- 1)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy C. sp. k. podlegającego wykluczeniu, podczas gdy wykonawca w oświadczeniu składanym na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy oświadczył, że podlega wykluczeniu;*
- 2)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 pzp oraz art. 111 pkt 4 i art. 16 pkt 1 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę (C. Sp. k.) podlegającego wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 pzp, w sytuacji, gdy wykonawca został prawomocnie wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 i nie minął od tego momentu trzyletni okres wynikający z art. 111 pkt 4 pzp".*

Izba zatem rozpoznając odwołanie – w związku z art. 555 ustawy Pzp - miała na uwadze tylko tak sformułowane w odwołaniu zarzuty. Z ich treści jak również z uzasadnienia (str 3) – co podkreślali Zamawiający: Gmina Ryn i

Uczestnik: Przewozy Krajowe i Zagraniczne Osób C. z/s w Przasnyszu Spółka komandytowa w ich stanowiskach pisemnych i na rozprawie – bezspornie wynika, że kluczowy zarzut zaniechania odrzucenia oferty Uczestnika z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) jest związany z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, a powołanie tego przepisu związane jest z okolicznościami ustalonymi w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 września 2023 r. sygn. akt: KIO 2512/23 załączonym do odwołania.

Niewątpliwie uwzględniając dyrektywę z art. 555 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza jest związana zarzutami podniesionymi w odwołaniu i niedopuszczalne jest ich rozszerzanie na etapie postępowania odwoławczego. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. W odwołaniu bowiem nie jest wystarczające wskazanie czynności lub zaniechania zamawiającego, ale także wskazanie kwalifikacji prawnej, a treść i zakres zarzutu wyznaczają okoliczności faktyczne, w których Odwołujący upatruje niezgodności z przepisami ustawy.

W tej sprawie, podnosząc okoliczności związane z nie zastosowaniem art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz art. 111 pkt 4 i art. 16 pkt 1 ustawy Pzp i w konsekwencji zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Uczestnika (C. Sp. k.), Odwołujący oparł na twierdzeniu, że Uczestnik został prawomocnie wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp na podstawie powołanego wyroku KIO i nie minął od tego momentu trzyletni okres wynikający z art. 111 pkt 4 Pzp.

Tym samym Izba, pomimo złożenia przez Uczestnika wraz z ofertą (zał. 3) oświadczenia o treści, że wykonawca „*podlega wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt. 1-6*” nie mogła rozpoznając odwołanie rozszerzyć tego zarzutu na przesłanki, o których mowa w punktach 1, 2, 3, 4 i 6, ale rozstrzygnięcie ograniczyć tylko do punktu 5 tego artykułu.

Izba zatem, rozpoznając zarzut związany z nie zastosowaniem pkt 5 Pzp w art. 108 ust. 1 Pzp w związku z art. 111 pkt 4 i art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w tym stanie faktycznym sprawy, stwierdziła, że wykonawca Faster podnosząc ten zarzut pominął, że Uczestnik - Przewozy krajowe i zagraniczne osób C. spółka komandytowa wraz z ofertą (pkt 11.4 formularza) przedłożyły temu Zamawiającemu w tym postępowaniu dokument *Self-cleaning* zawierający – jak podał Zamawiający - „*oświadczenia, co do faktów - na czym polegało przewinienie wykonawcy (wraz z kopią wyroku w sprawie) i jakie w związku z tym wykonawca wdrożył środki zaradcze, aby uniknąć przewinienia na przyszłość*”.

W istocie ten dokument z klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa jako i uzasadnienie jego zastrzeżenia nie został Odwołującemu udostępniony. Jednakże po wyborze oferty w dniu 15.04.2024 r. wykonawca Faster – mając wiedzę o tym dokumencie, którą mógł powziąć z Formularza ofertowego - nie zgłosił żądania jego udostępnienia. Izba podkreśla, że taki dokument bezspornie został wymieniony w punkcie 11.4 Formularza ofertowego i złożony wraz z oferty (dokumentacja CD przesłana do akt sprawy).

Wszelkie zatem zarzuty i argumenty co do nieudostępnienia tego dokumentu Odwołującemu zgłaszane na rozprawie nie mogły być uwzględnione przez Izbę z uwagi na upływ ustawowych terminów do ich podnoszenia w trybie odwoławczym.

Izba nie dokonywała także analizy tego dokumentu w kontekście art. 110 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z jego treścią – co podnoszone jest w orzecznictwie - za dokonanie oceny, czy podjęte przez wykonawcę środki należy uznać za wystarczające dla wykazania rzetelności, w pierwszej odpowiedzialny jest zamawiający. Oceny tej zamawiający dokonuje na podstawie analizy przedstawionych dokumentów i to one są kluczowe dla stwierdzenia, czy zaistniała w danych okolicznościach podstawa do uznania, że dany wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania, czy też takie przesłanki nie zaistniały. Ta ocena może być kwestionowana w trybie odwoławczym. W stanie faktycznym tej sprawy ocena Zamawiającego, co do przedłożonego dokumentu *Self-cleaning* przez Uczestnika nie była kwestionowana. W odwołaniu brak jest zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 110 ust. 2 Pzp czy art. 110 ust. 3 ustawy Pzp związanych z dokonaną przez tego Zamawiającego oceną, bądź z brakiem możliwości złożenia w tym postępowaniu *Self-cleaningu* przez wykonawcę C. Sp. k. Wykonawca Faster niewątpliwie – jak podnosiła strona zamawiająca (Zamawiający i Uczestnik) w odwołaniu skupił się wyłącznie na treści oświadczenia złożonego w ofercie (zał. 3) przez wykonawcę C. Sp. k. odnosząc argumenty do punktu 5 art. 108 ust. 1 Pzp w związku z wyrokiem KIO z dnia 20.09.2023 r. Niewątpliwie te argumenty odnośnie podnoszonych w odwołaniu zarzutów nie są adekwatne do stanu faktycznego tej sprawy.

Wobec powyższych ustaleń podnoszone w odwołaniu zarzuty naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów Izba uznała w stanie faktycznym tej sprawy za niezasadne.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów

postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

.....