

WYROK

Warszawa, dnia 17 stycznia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 stycznia 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 grudnia 2024 r. przez wykonawcę **AMSA sp. z o. o, ul. Blokowa 8, 03-641 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez: **Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie, ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa**, przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: **B.J. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowe SOS BARWIT B.J., ul. Klemensiewicza 5a/32, 01-318 Warszawa**,

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa,
2. **uwzględnia odwołanie** w zakresie zarzutu dotyczącego art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty wykonawcy B.J. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowe SOS BARWIT B.J. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 110 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
3. w pozostałym zakresie **oddala odwołanie**,
4. kosztami postępowania obciąża uczestnika wnoszącego sprzeciw w części 1/3 oraz odwołującego w części 2/3, i:
 - 4.1. 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, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika uczestnika wnoszącego sprzeciw,
 - 4.2. zasądza od uczestnika wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę 1 300 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc trzysta złotych zero groszy) stanowiącą należną część kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego.

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.

Przewodnicząca:.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie, ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa, prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Usługi kompleksowego sprzątnia i utrzymania czystości w obiektach Zarządu Dróg Miejskich zlokalizowanych przy ul. Chmielnej 120, ul. Chmielnej 120A, ul. Chmielnej 124, ul. Gołdapskiej 7, ul. Chałubińskiego 8 – Wieżowiec „Oxford Tower”(4 piętra tj. 6,7,11,24 – całość oraz powierzchnia około 224,63 m² piętra 10 i powierzchnia 491,44 m² na 18 piętrze)”, numer referencyjny: ZDM/UM/DZP/100/TP/74/24. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 15.11.2024 r., nr 2024/BZP 00598014/01.

W dniu 24.12.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy AMSA sp. z o. o, ul. Blokowa 8, 03-641 Warszawa (dalej: „Odwołujący”), w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7, art. 109 ust. 1 pkt 5 i art. 110 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Barwit z uwagi na uznanie, że wykonawca ten złożył skuteczne samooczyszczenie, podczas gdy samooczyszczenie nie zostało złożone w sposób prawidłowy, nie zostały wypełnione wszystkie przesłanki dla skutecznego zaistnienia samooczyszczenia, co powoduje, że wykonawca ten powinien podlegać wykluczeniu z art. 109 ust. 1 pkt 7 i art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, a jego oferta powinna zostać odrzucona,
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i art. 110 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Barwit z uwagi na uznanie, że wykonawca ten złożył skuteczne samooczyszczenie, podczas gdy samooczyszczenie nie zostało złożone w sposób prawidłowy, wykonawca przedstawił nieprawdziwe informacje, a

także zataił informacje, co miało wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu,

- 3) art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zwanej dalej: „uznk” poprzez zaniechanie zweryfikowania przez Zamawiającego złożonych przez wykonawcę Barwit dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa i błędną ocenę skuteczności zastrzeżenia przez Barwit, jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji o podjętych działaniach zaradczych oraz nowych stanowiskach pracy, podczas gdy Barwit nie zastrzegł skutecznie tych wyjaśnień z uwagi na to, że nie udowodnił działań podjętych w celu zachowania poufności, tym samym nie wykazał, że informacje te stanowią wartość gospodarczą,
- 4) art. 252 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą,
- 5) z ostrożności procesowej - gdyby Izba nie uznała zarzutu 1 i 2) i nie oceniała samooczyszczenia - naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7, art. 109 ust. 1 pkt 5 i 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Barwit z uwagi na uznanie, że wykonawca ten przedstawił nieprawdziwe informacje, a także zataił informacje, co miało wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu, a także z uwagi na to że zatajone informacje potwierdzają, iż wykonawca podlega wykluczeniu z art. 109 ust. 1 pkt 7 i art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W szczególności Odwołujący podniósł, co następuje.

„Należy zauważyć, że instytucja samooczyszczenia pozwala Wykonawcy na skuteczne oczyszczenie się tylko wtedy, jeśli przyzna, że popełnił delikt. Innymi słowy nie jest dopuszczalne oczyszczenie na tzw. „wszelki wypadek.” Nie jest także dopuszczalne samooczyszczenie w sytuacji, gdy Wykonawca kwestionuje popełnienie deliktu.

W zasadzie tylko jeśli chodzi o umowę realizowaną na rzecz Rzecznika Finansowego Barwit nie kwestionuje swojej odpowiedzialności.

W pozostałych przypadkach cały czas wskazuje na działania zamawiających, trudne warunki realizacji umów czy zachowania osób trzecich, które miałyby rzekomo wpłynąć na wystąpienie nieprawidłowości: (...) Brak uznania odpowiedzialności i wskazanie, że umowa jest w trudnych warunkach. (...) Barwit sugeruje, że rzekomo Zamawiający z premedytacją dążył do wykazania nieprawidłowości, brak uznania odpowiedzialności. (...) Barwit wskazuje, że w zasadzie wszystko prawidłowo wykonywał, zatem brak uznania odpowiedzialności. (...) Barwit ewidentnie wskazuje, że będzie toczył spór z Zamawiającym. Zatem, w odniesieniu do umowy realizowanej na rzecz Urzędu Dzielnicy Wola Barwit z całym czasem kwestionuje swoją odpowiedzialność, twierdząc, że Zamawiający kolokwialnie rzecz ujmując „uwziął się” na Barwit.

W odniesieniu do umowy realizowanej na rzecz Muzeum Etnograficznego Barwit również kwestionuje swoją odpowiedzialność: (...) Barwit (...) nie zgadza się z karami umownymi i wskazuje na realizację umowy w warunkach trudnych. (...) Barwit znów stosuje taką samą narrację, że kolejny Zamawiający „uwziął się na niego.” (...) Kolejne kwestionowanie odpowiedzialności. (...) W świetle zatem powyższego należy wskazać, że zabrakło podstawowej przesłanki dotyczącej skuteczności samooczyszczenia, a zatem przyznania się do popełnionego deliktu. (...)

Należy także wskazać, że również kolejna przesłanka w zakresie samooczyszczenia nie została wykazana, a mianowicie dotycząca podjęcia konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych odpowiednich dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu. Wykonawca wprawdzie szeroko wskazywał, że podjął określone działania, ale nie przedstawił na tą okoliczność żadnego dowodu. Tym samym trudno uznać, że rzekomo podjęte działania zostały w ogóle wdrożone. Wykonawca tylko opisał sposób działania, ale nie udowodnił, że to działanie funkcjonuje w jego organizacji. Tym samym nie spełnił kolejnej z przesłanki samooczyszczenia. (...)

Należy także wskazać, iż z dokumentu samooczyszczenia Wykonawcy Barwit nie wynika nawet, czy spełnił przesłankę z samooczyszczenia dotyczącą naprawienia szkody. Wprawdzie Barwit wskazuje, że kary potrącono mu przykładowo z wynagrodzenia: (...) ale konstrukcja tego zdania nie jest jasna, czy Barwit zapłacił te kary na rzecz Rzecznika Finansowego, czy też potrącono je z wynagrodzenia. Nie jest też jasne, czy wszystkie naliczone kary umowne zostały potrącone z wynagrodzenia, czy też wynagrodzenia nie starczyło na potrącenie kar umownych. Podobna sytuacja ma miejsce w przypadku dwóch pozostałych umów. Wykonawca winien udowodnić Zamawiającemu wysokość naliczonych kar umownych oraz udowodnić, że zapłacił całość kar umownych na rzecz Zamawiających w każdej z umów. Samo wskazanie, że potrącono kary umowne z wynagrodzenia nie wyczerpuje przesłanki udowodnienia naprawienia szkody. (...)

Odwołujący wskazuje także na jeszcze jeden bardzo istotny aspekt, a mianowicie, aby doszło do skutecznego samooczyszczenia Wykonawca powinien wyczerpująco wyjaśnić 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. W opinii Odwołującego nie doszło nie tylko do wyczerpującego przedstawienia faktów, a wręcz do celowego zatajenia istotnych

okoliczności, co może mieć znaczenia dla oceny zaistnienia samych podstaw wykluczenia co do art. 109 ust.1 pkt 7) i pkt 5) ustawy Pzp abstrahując już nawet od samej procedury samooczyszczenia. A mianowicie Barwił zataił istotne fakty, które mogłyby wpłynąć na ocenę jego wiarygodności, czy to przez pryzmat samooczyszczenia, czy przez pryzmat oceny tylko podstaw wykluczenia z art. 109 ust.1 pkt 7) czy też pkt 5) ustawy Prawo zamówień publicznych. (...) Wykonawca Barwił w swoim oświadczeniu w ramach procedury samooczyszczenia zataił istotne okoliczności związane z zawiadomieniem złożonym przez Rzecznika Finansowego do prokuratury o możliwości popełnienia przestępstwa, w tym fałszerstwa materialnego przez przedstawicieli tego wykonawcy. Zatajenie tej okoliczności stanowi poważne naruszenie zasad transparentności wymaganej od wykonawcy w procedurze samooczyszczenia. Informacja o prowadzeniu postępowania karnego, szczególnie w kontekście zarzutu fałszerstwa, jest kluczowa dla oceny rzetelności wykonawcy oraz skuteczności podjętych przez niego działań naprawczych. Zaniechanie ujawnienia tak istotnych faktów podważa wiarygodność przedstawionego przez Barwił oświadczenia. Fakty te wskazują na niepełność przedstawionych przez wykonawcę wyjaśnień. (...) Ponadto Rzecznik Finansowy wykluczył Barwił na podstawie art. 109 ust.1 pkt 5) ustawy Pzp, a nie jak wskazano w samooczyszczeniu na podstawie art. 109 ust.1 pkt 5) ustawy Pzp. Zatajenie tak istotnych informacji powinno skutkować nie tylko negatywną oceną samooczyszczenia, ale także uznaniem, że Wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust.1 pkt 8) ustawy Pzp.

Ponadto w odniesieniu do przedstawienia wszystkich istotnych okoliczności w sposób wyczerpujący wskazuje, że w wyjaśnieniach Barwił brak jest również pełnego opisu faktów i okoliczności związanych z nienależytym wykonaniem umów. Wskazywanie na pojedyncze błędy pracowników bez dokładnego opisanie, jakie działania lub zaniechania organizacyjne po stronie wykonawcy doprowadziły do naruszeń, nie spełnia wymogu przejrzystości i jednoznaczności. W piśmie Urzędu Dzielnicy Wola, do którego dotarł Odwołujący, wskazano, że Barwił *nie zapewnił wystarczającej liczby personelu sprząającego, co uniemożliwiało terminowe i należyte wykonanie czynności wynikających z umowy. Powtarzające się oraz długotrwałe nienależyte wykonanie istotnych zobowiązań negatywnie wpłynęło na wizerunek Urzędu jako jednostki realizującej usługi publiczne*". Dodatkowo podkreślono, że personel sprząający wykonawcy ulegał częstym zmianom, co prowadziło do dezorganizacji pracy, a w niektórych dniach obiekt pozostawał całkowicie bez serwisu sprząającego. Barwił pominął te kluczowe okoliczności w swoich wyjaśnieniach i nie odniósł się do nich w procedurze samooczyszczenia. Należy także wskazać, że Barwił nie spełnił także kolejnej przesłanki dotyczącej uznania samooczyszczenia za skuteczne, a mianowicie w żaden sposób nie udowodnił, że popełniane przez niego błędy nie powtórzą się w przyszłości. (...)

Ponadto, co zostało wskazane powyżej w piśmie Urzędu Dzielnicy Wola podniesiono okoliczności, które Barwił pominął. Skoro zatem Barwił pominął te kluczowe okoliczności podniesione w piśmie Urzędu Dzielnicy Wola w swoich wyjaśnieniach i nie odniósł się do nich w procedurze samooczyszczenia to tym samym nie wykazał, jakie środki podjął, aby zapobiec podobnym sytuacjom w przyszłości. Nie przedstawiono działań, które mogłyby zapewnić odpowiednią liczbę personelu, takich jak wdrożenie wewnętrznego systemu monitorowania obsady, wprowadzenie atrakcyjniejszych warunków zatrudnienia w celu zmniejszenia rotacji pracowników, czy stworzenie rezerwy kadrowej na wypadek nagłych absencji. Barwił nie wskazał zatem „źródła problemu”, a tym samym zaniechał ich wdrożenia. Wskazuje to na systemowe problemy organizacyjne, które Barwił nie naprawił, ani nie przedstawił dowodów, na podjęcie działań w tym kierunku. (...)

Tymczasem z informacji, do których dotarł Odwołujący, wynika, iż cyt: „*W dniu 26.06.2023 r. Państwowe Muzeum Etnograficzne złożyło do Wykonawcy Przedsiębiorstwo Usługowo SOS Barwił – B.J. oświadczenie o rozwiązaniu Umowy z zachowaniem miesięcznego okresu wypowiedzenia wskazując, że Umowa ulegnie rozwiązaniu w dniu 31.07.2024 r. Termin realizacji usługi zgodnie z zapisami umowy miał obowiązywać do 15.02.2024 r. W piśmie rozwiązującym umowę wskazano, że powodem jest wina Wykonawcy. Rozwiązanie umowy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, albowiem w znacznym stopniu nie wykonał lub nienależycie wykonywał swoje obowiązki w zakresie istotnego zobowiązania z umowy. Do tego doszło do naliczenia ww. kar umownych których część nie została jeszcze wyegzekwowana od Wykonawcy*”. Państwowe Muzeum Etnograficzne wskazuje także, że po rozwiązaniu umowy były prowadzone negocjacje z wykonawcą PU SOS Barwił. Wykonawca skierował do Muzeum wezwanie do zapłaty potrąconej należności. To wskazuje na brak ugodowego rozwiązania sporu i kontynuowanie działań wykonawcy związanych z roszczeniami finansowymi wobec zamawiającego. Muzeum potwierdziło, że złożyło sprawę do sądu przeciwko wykonawcy o zapłatę kary umownej nałożonej za rozwiązanie umowy z winy wykonawcy.

Wobec powyższego Barwił nie tylko nie przedstawił skutecznego samooczyszczenia, ale wręcz przedstawił Zamawiającemu nieprawdziwe informacje i podlega wykluczeniu z art. 109 ust.1 pkt 8) ustawy Pzp. (...)

W odniesieniu do zatajenia informacji i przedstawienia nieprawdziwych okoliczności wskazuje także, że gdyby Zamawiający chciał oceniać wykonawcę tylko przez pryzmat art. 109 ust.1 pkt 7) czy pkt 5) ustawy Prawo zamówień Publicznych to również i w tym przypadku wykonawca powinien przedstawić całość stanu faktycznego w sposób

obiektywny. Zatajenie przez Wykonawcę informacji, czy też przedstawienie nieprawdziwych informacji powoduje, że Zamawiający nie ma możliwości rzetelnej oceny takiego wykonawcy, czy to oceniając przez pryzmat samooczyszczenia, czy przez pryzmat podstaw wykluczenia z art. 109 ust.1 pkt 7) czy 5) ustawy Pzp. Wobec powyższego wykonawca powinien być także wykluczony na podstawie art. 109 ust.1 pkt 8) ustawy Pzp. (...)"

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty Barwit,
- 2) odrzucenia oferty Barwit na podstawie art. 226 ust.1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp w związku z nieudowodnieniem samooczyszczenia z uwagi na brak wypełnienia podstaw samooczyszczenia, co uzasadnia wykluczenie na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 i art.109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, a także w związku z zatajeniem informacji dotyczących okoliczności stanu faktycznego, co uzasadnia wykluczenie na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp,
- 3) odtajnienia informacji złożonych przez Barwit w szczególności w zakresie nowych stanowisk oraz podjęcia środków zaradczych i organizacyjnych,
- 4) ewentualnie - odrzucenia oferty Barwit na podstawie art. 226 ust.1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp w związku z przedstawieniem nieprawdziwych informacji i zatajeniem informacji, co uniemożliwiało Zamawiającemu obiektywną ocenę Barwit, co uzasadnia wykluczenie na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp oraz z uwagi na fakt, iż zatajone informacje w istocie potwierdzają nienależyte wykonanie umów, co uzasadnia wykluczenie także na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 i art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 27.12.2024 r. wykonawca B.J. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowe SOS BARWIT B.J.łl. Klemensiewicza 5a/32, 01-318 Warszawa (dalej: „Przystępujący”) zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

W dniu 13.01.2025 r. Zamawiający poinformował, że uwzględni odwołanie w całości. Pismem z dnia 14.01.2025 r. Przystępujący zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania i przedstawił swoją argumentację. W trakcie posiedzenia Przystępujący sprecyzował, że nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania w zakresie zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa.

Przepisy ustawy Pzp nie regulują wprost sytuacji, w której zamawiający uwzględnił zarzuty w całości, a przystępujący po jego stronie wykonawca wnosi sprzeciw jedynie co do części tych uwzględnionych zarzutów. Niemniej w drodze analogii Izba zastosowała art. 522 ust. 4 ustawy Pzp i uznała, że skoro Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości, ale Przystępujący nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania w zakresie zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa, to postępowanie odwoławcze w zakresie dotyczącym tego zarzutu (tajemnicy przedsiębiorstwa) podlega umorzeniu.

W trakcie rozprawy Strony i Przystępujący podtrzymali swoje stanowiska co do pozostałych zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Przedmiotem zamówienia są usługi kompleksowego sprzątnia i utrzymania czystości w obiektach Zarządu Dróg Miejskich zlokalizowanych przy ul. Chmielnej 120, ul. Chmielnej 120A, ul. Chmielnej 124, ul. Gołdapskiej 7, ul. Chałubińskiego 8 – Wieżowiec „Oxford Tower”.

Zamawiający przewidział możliwość wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5, 7, 8 i 10 ustawy Pzp.

Przystępujący złożył ofertę, do której dołączył m.in. oświadczenie z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, w którym wskazał, że zachodzą w stosunku do niego podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 i pkt 10 ustawy Pzp, w związku z czym na podstawie art. 110 ust. 2 ustawy Pzp podjął środki naprawcze. Ponadto Przystępujący złożył dokumenty zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa: „BARWIT samooczyszczenie”, „BARWIT utworzenie stanowiska audytu wewnętrznego”, „BARWIT zakres obowiązków specjalista ds. realizacji umów” i „BARWIT Zakres obowiązków dla Koordynatora”. W treści samooczyszczenia Przystępujący opisał okoliczności związane z rozwiązaniem umów i nałożeniem na niego kar umownych przez Rzecznika Finansowego, Państwowe Muzeum Etnograficzne w Warszawie i Urząd Dzielnicy Wola m.st. Warszawy.

Pismem z dnia 19.12.2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego.

#x200e W dniu 03.01.2025 r. Zamawiający poinformował Przystępującego o odtajnieniu w całości zastrzeżonych przez niego dokumentów: „BARWIT samooczyszczenie”, „BARWIT utworzenie stanowiska audytu wewnętrznego”, „BARWIT zakres obowiązków specjalista ds. realizacji umów” i „BARWIT Zakres obowiązków dla Koordynatora”. Przystępujący nie złożył odwołania na tę czynność Zamawiającego. Do dnia rozprawy Zamawiający nie przekazał Odwołującemu

odtajnionych dokumentów.

W dniu 09.01.2025 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień poprzez:

- 1) wskazanie, czy w zakresie umów realizowanych na rzecz Rzecznika Finansowego, Muzeum Etnograficznego w Warszawie i Urzędu Dzielnicy Wola naliczone kary zostały zapłacone/ potrącone z wynagrodzenia w całości (wykonawca mógł na poparcie powyższego przedstawić odpowiednie dokumenty),
- 2) odniesienie się do informacji zawartej w odwołaniu, że: „*Muzeum potwierdziło, że złożyło sprawę do sądu przeciwko wykonawcy o zapłatę kary umownej nałożonej za rozwiązanie umowy z winy wykonawcy*”,
- 3) podanie informacji, na jakim etapie znajduje się sprawa prowadzona przez Prokuraturę Rejonową Warszawa-Śródmieście oraz czego dotyczy fałszerstwo materialne,
- 4) podanie informacji, czy Przystępujący ma zapewnioną odpowiednią liczbę personelu, w szczególności na wypadek nagłych absencji pracowników.

Ponadto w dniu 09.01.2025 r. Zamawiający wystąpił do Rzecznika Finansowego, Urzędu Dzielnicy Wola i do Muzeum Etnograficznego z prośbą o informacje dotyczące wykonywania usług przez Przystępującego.

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

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

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

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 5, 7 i 8 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

- 5) który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów,
- 7) który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady,
- 8) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

Zgodnie z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, 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.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Odwołujący postawił zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5, 7 i 8 w zw. z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, czyli w związku z niewłaściwie dokonanym samooczyszczeniem. Odwołujący wskazał przy tym, że dokonując samooczyszczenia Przystępujący: nie przyznał się do deliktu, nie dołączył dowodów na naprawienie szkody, nie przedstawił wszystkich okoliczności sprawy i nie przedsięwziął adekwatnych do sytuacji środków naprawczych.

Odnosząc się zatem do kwestii nieprzyznania się w samooczyszczeniu do deliktu, należy w pierwszej kolejności należy przypomnieć, że Przystępujący w oświadczeniu składanym w trybie art. 125 ust. 1 w zw. z art. 266 ustawy Pzp przyznał, że zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 i 10 ustawy Pzp i oświadczył, że w związku z tym na podstawie art. 110 ust. 2 ustawy Pzp składa w osobnym pliku samooczyszczenie.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (por. wyrok KIO 3179/22 z 16.12.2022r.) dotyczącym sposobu wypełnienia JEDZ (czyli w postępowaniach o wartościach zaczynających się od progów unijnych) wskazuje się, że zawarte w JEDZ pytanie: „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?” nie jest tożsame z treścią przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, co oznacza, że wykonawca udzielając odpowiedzi na to pytanie ma wskazać jedynie, czy znalazł się w sytuacji opisanej w pytaniu (rozwiązanie umowy, odszkodowanie lub inne porównywalne sankcje), czy nie. Jeżeli wykonawca udzielił odpowiedzi „TAK” i jednocześnie uznaje, że nie spełniły się wobec niego przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, to powinien zgodnie z dalszym poleceniem w JEDZ, podać szczegółowe informacje na ten temat, czyli opisać okoliczności rozwiązania umowy lub nałożenia określonych sankcji i ew. przedstawić argumenty przemawiające za tym, że mimo tych okoliczności nie ziszczyły się wobec niego przesłanki wykluczenia. Dzięki temu wykonawca uniknie zarzutu wprowadzenia zamawiającego w błąd (art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp), a zamawiający będzie mógł na podstawie załączonych wyjaśnień (i ew. dowodów) dokonać oceny, czy wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, czy nie.

Jeżeli natomiast wykonawca udzielił odpowiedzi „TAK” i jednocześnie uznaje, że spełniły się wobec niego przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, powinien złożyć samooczyszczenie, na podstawie którego zamawiający oceni, czy w myśl art. 110 ust. 2 ustawy Pzp wykluczyć tego wykonawcę z postępowania, czy nie. Przy czym należy podkreślić, że w tym wypadku wykonawca nie może kwestionować w samooczyszczeniu zaistnienia okoliczności będących podstawą wykluczenia zgodnie z ww. przepisem, w tym swojej odpowiedzialności za niewykonanie czy nienależyte wykonanie zobowiązania, bo byłoby to sprzeczne z celem złożenia samooczyszczenia. Innymi słowy: kwestionowanie przez wykonawcę w samooczyszczeniu jego odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy, czyni to samooczyszczenie nieskutecznym. Powyższe wynika m.in. z przytoczonych przez Odwołującego orzeczeń Izby, w tym z wyroku KIO 1576/19 z dnia 27.08.2019 r. opartym na przepisach ustawy Pzp obowiązujących do 31.12.2020 r., ale zachowującym nadal swoją aktualność, w którym w ramach szerokiego opisanie instytucji samooczyszczenia m.in. stwierdzono: „W pierwszej kolejności należy zauważyć, że warunkiem *sine qua non* procedury samooczyszczenia jest przyznanie przez wykonawcę faktu, że popełnił delikt, którego ma dotyczyć samooczyszczenie. (...) Nie można zatem przeprowadzać skutecznie procedury *self-cleaningu* w sytuacji, gdy wykonawca nie przyznaje okoliczności stanowiących podstawę do podjęcia działań naprawczych”.

Wszystkie powyższe rozważania odnoszą się do sposobu wypełnienia JEDZ i dalszych czynności wykonawcy podejmowanych w postępowaniach o wartościach zaczynających się od progów unijnych. Natomiast w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z zamówieniem o wartości niższej od progów unijnych, co oznacza, że wykonawcy m.in. nie musieli wypełniać JEDZ. Mimo to czynności wykonawcy w omawianej materii powinny być podejmowane w podobny sposób, z uwzględnieniem sposobu sformułowania przez zamawiającego wzoru oświadczenia składanego w trybie art. 125 ust. 1 ustawy Pzp.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający zostawił wykonawcom we wzorze ww. oświadczenia dwie opcje do wyboru:

„(...) 2. Oświadczam, że nie podlegam wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust 1 oraz art. 109 ust. 1 pkt 4, 5, 7, 8, 10 ustawy Pzp.

3. Oświadczam, że zachodzą w stosunku do mnie podstawy wykluczenia z postępowania na podstawie art. ustawy Pzp (podać mającą zastosowanie podstawę wykluczenia spośród wymienionych w art. art. 108 ust 1 lub 109 ust. 1 pkt 4, 5, 7, 8, 10 ustawy Pzp). Jednocześnie oświadczam, że w związku z ww. okolicznością, na podstawie art. 110 ust. 2 ustawy Pzp podjąłem następujące środki naprawcze:* (...)

* niepotrzebne skreślić”

Przy takim wyborze opcji wykonawca, który uznaje, że nie podlega wykluczeniu z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp mimo

zaistniałych w jego historii biznesowej zdarzeń polegających na rozwiązaniu umowy bądź nałożeniu jakichś sankcji, powinien przekreślić punkt 3 i pozostawić jako niewykreślony punkt 2 - czyli oświadczenie że nie podlega wykluczeniu, dodatkowo sygnalizując złożenie w tym zakresie wyjaśnień np. poprzez dopisanie, że jednocześnie składa w osobnym pliku opis sytuacji związanych z rozwiązaniem umowy lub nałożeniem innych sankcji. Dołączając opis takich sytuacji wykonawca unika zarzutu wprowadzenia zamawiającego w błąd (art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp), a jednocześnie umożliwia zamawiającemu ocenę tego, czy zachodzą wobec niego przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, czy nie.

Jeżeli natomiast wykonawca uznaje, że spełniły się wobec niego przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, to w wyżej przytoczonym wzorze oświadczenia powinien przekreślić punkt 2 z wyjątkiem siódemki (jako art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp) albo dopisać w punkcie 2 np. „z wyjątkiem art. 109 ust. 1 pkt 7” i zostawić nieprzekreślony punkt 3, w którym w wy kropkowanym miejscu powinien wpisać art. 109 ust. 1 pkt 7 jako ten, którego przesłanki wykluczenia zostały wobec niego spełnione (Izba jedynie na marginesie zauważa w tym miejscu fakt, że zamawiający niefortunnie umieścił w punkcie 2 wszystkie przesłanki łącznie nie przewidując, że przecież wykonawca może chcieć oświadczyć, że nie podlega wykluczeniu tylko w związku z niektórymi z nich – akurat Przystępujący wybrał z tej sytuacji dopisując samodzielnie, które przesłanki z punktu 2 nie mają do niego zastosowania). Ponownie należy jednak podkreślić, że jeśli wykonawca zdecyduje się na przyznanie, że zachodzą wobec niego określone przesłanki wykluczenia i na złożenie samooczyszczenia, to nie może następnie w tym samooczyszczeniu kwestionować swojej odpowiedzialności za niewykonanie albo nienależyte wykonanie zamówienia, gdyż podważa to cel i sens składania samooczyszczenia i czyni je nieskutecznym.

Przechodząc zatem do stanu faktycznego niniejszej sprawy należy zauważyć, że wyżej wskazane oświadczenie z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp Przystępujący wypełnił w następujący sposób:

„(...) 2. Oświadczam, że nie podlegam wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust 1 oraz art. 109 ust. 1 pkt 4, 5, 7, 8, 10 ustawy Pzp. – nie dotyczy art. 109 ust 1 pkt 7 i 10

3. Oświadczam, że zachodzą w stosunku do mnie podstawy wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust 1 pkt 7 i 10 ustawy Pzp (podać mającą zastosowanie podstawę wykluczenia spośród wymienionych w art. 108 ust 1 lub 109 ust. 1 pkt 4, 5, 7, 8, 10 ustawy Pzp). Jednocześnie oświadczam, że w związku z ww. okolicznością, na podstawie art. 110 ust. 2 ustawy Pzp podjąłem następujące środki naprawcze: dołączono plik samooczyszczenie – dokument zastrzeżony – wyłącznie do wglądu przez zamawiającego”.

Przystępujący zatem zdecydował się na drugą z wyżej opisanych opcji, bowiem wyraźnie zaznaczył, że podlega wykluczeniu z postępowania m.in. na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, gdyż:

- dopisał w punkcie 2: „nie dotyczy art. 109 ust. 1 pkt 7 i 10”, co oznacza, że podlega wykluczeniu z tych przesłanek,
- wpisał w punkcie 3 w wy kropkowanym miejscu art. 109 ust. 1 pkt 7 i 10 ustawy Pzp, co również oznacza, że podlega wykluczeniu z tych przesłanek,
- oświadczył w punkcie 3, że w związku z ww. okolicznością, czyli w związku z podleganiem wykluczeniu, podjął środki naprawcze i składa osobny plik z samooczyszczeniem.

W tej sytuacji, jak już wyżej wskazano, aby złożone samooczyszczenie było skuteczne, Przystępujący nie może kwestionować w nim swojej odpowiedzialności za nienależyte wykonanie zamówień.

Tymczasem Przystępujący w samooczyszczeniu w zakresie umowy zawartej z Dzielnicą Wola m.st. Warszawy, nie tylko opisuje trudne warunki realizacji usługi, w tym otrzymanie od pracowników Urzędu Dzielnicy od pierwszego dnia obowiązywania umowy informacji, że umowa „na pewno nie zostanie należycie zrealizowana” i fakt przebywania tych pracowników w trakcie sprzątania, ale przede wszystkim wprost pisze o bezpodstawnym naliczeniu i potrąceniu kar umownych przez Dzielnicę Wola oraz o tym, że: „Zaistnienie takich okoliczności, jak miejscowe pobrudzenie powierzchni, brak mydła w łazienkach, wysypany papier z niszczarki w godzinach pracy Urzędu Dzielnicy Wola Miasta Stołecznego Warszawy, po uprzednim należytym wysprzątaniu powierzchni, nie nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy PU SOS Barwiń”. Podobnie w przypadku umowy zawartej z Muzeum Etnograficznym Przystępujący nie tylko opisuje w samooczyszczeniu fakt przebywania pracowników i zwiedzających w trakcie sprzątania, kontrole odbywające się przed rozpoczęciem sprzątania, czy „nieuprawnione i bezzasadne” zarzuty zawarte w mailach przesyłanych przed zakończeniem sprzątania, ale wprost też pisze o braku podstawy prawnej do potrącenia kar umownych oraz o tym, że zastrzeżenie co do czystości toalet i wind, z uwagi na korzystanie z nich przez przebywające tam osoby „po uprzednim należytym wysprzątaniu powierzchni, nie nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy PU SOS Barwiń”. Przystępujący napisał też, że złożył do właściwego sądu pozew o zapłatę przeciwko obu ww. zamawiającym, co również świadczy o tym, że nie czuje się odpowiedzialny (a przynajmniej nie w pełni) za sposób wykonania ww. usług.

Tym samym Przystępujący kwestionuje w samooczyszczeniu swoją odpowiedzialność za nienależyte wykonanie ww. umów, mimo że zaznaczył w oświadczeniu z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, że zachodzą wobec niego podstawy

wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp i mimo że właśnie dlatego zdecydował się złożyć samooczyszczenie. Tymczasem taka argumentacja zawarta w samooczyszczeniu podważa sens jego składania, bo świadczy o tym, że wykonawca nie przyjmuje do wiadomości swojego nieprawidłowego postępowania, a co za tym idzie – trudno uwierzyć, że podjął właściwe środki naprawcze, skoro w istocie kogo innego obarcza odpowiedzialnością za nienależyte wykonanie umów. Należy przy tym podkreślić, że Izba na tym etapie nie ocenia już tego, czy okoliczności wykonywania tych umów rzeczywiście wpisują się w przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, gdyż do tego sam Przystępujący już się przyznał w oświadczeniu z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp. Izba ocenia obecnie jedynie prawidłowość złożonego samooczyszczenia, do czego niezbędne jest, jak już kilkakrotnie w tym wyroku wskazywano, m.in. przyznanie się wykonawcy do deliktu. W niniejszym postępowaniu Przystępujący nie przyznał się do tego, gdyż w samooczyszczeniu kwestionował swoją odpowiedzialność za nienależyte wykonanie ww. umów, dlatego złożone przez niego samooczyszczenie nie jest prawidłowe.

Odnosząc się do kolejnej kwestii podniesionej w odwołaniu, tj. udowodnienia działań opisanych w samooczyszczeniu, należy w pierwszej kolejności przypomnieć, że zgodnie z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli „udowodni” zamawiającemu przesłanki zawarte w tym przepisie. Konieczność udowodnienia jest też podnoszona w orzecnictwie Izby, choćby w cytowanym już wyżej wyroku KIO 1576/19 z dnia 27.08.2019 r., w którym m.in. stwierdzono: *„Wskazać również należy, że ustawodawca w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp wskazał, że elementem koniecznym procedury samooczyszczenia 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 one poparte dowodami. Ponieważ uznanie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, pomimo że zaistniała ku temu przesłanka, stanowi wyjątek od reguły, przepisy w zakresie self-cleaning-u należy interpretować wąsko. Zamawiający powinien zaniechać wykluczenia dopiero wówczas, kiedy wykonawca rzeczywiście udowodnił swoją rzetelność przez wskazanie środków, o których mowa w ust. 8”*.

W niniejszej sprawie Przystępujący napisał w samooczyszczeniu, że zamawiający, na rzecz których wykonywał umowy, tj. Rzecznik Finansowy, Dzielnica Wola m.st. Warszawy i Muzeum Etnograficzne, potrącił z jego wynagrodzenia kary umowne, co wskazał jako sposób naprawienia szkody. Jednakże Przystępujący nie dołączył do samooczyszczenia żadnego dowodu potrącenia tych kar, a tym samym naprawienia szkody. Nie można się przy tym zgodzić z Przystępującym, że dołączenie takich dowodów do samooczyszczenia było niemożliwe, bo potrącenia są często dokonywane jako czynność faktyczna. Po pierwsze, nawet jeśli tak było, to Przystępujący powinien to wskazać w samooczyszczeniu i przynajmniej opisać, jaka kwota tytułem kar umownych z jakiej wysokości należnego wynagrodzenia została potrącona, a po drugie, takiemu twierdzeniu Przystępującego (o potrąceniu jako czynności faktycznej) przeczy jeden z dowodów złożonych przez Odwołującego na rozprawie. Należy bowiem zauważyć, że Odwołujący złożył jako dowód m.in. umowę z dnia 30.06.2022 r. zawartą z Rzecznikiem Finansowym wraz z pismami kierowanymi przez Rzecznika do Przystępującego dotyczącymi wypowiedzenia tej umowy i nałożenia kar umownych, w tym z pismem z dnia 17.10.2022 r., w którym Rzecznik Finansowy oświadcza, że dokonuje potrącenia z wierzytelności przysługującej Przystępującemu z tytułu kar umownych częściowo, tj. co do kwoty 8.064,40 zł. Skoro takie pisma były kierowane do Przystępującego, to powinny być złożone jako dowody dokonanych potrąceń i tym samym jako dowody naprawienia szkody w sposób wskazany przez Przystępującego w samooczyszczeniu.

Nie można się ponadto zgodzić z Przystępującym, że nałożone kary umowne nie miały charakteru odszkodowawczego, dlatego nie było potrzeby składania dowodów na ich potrącenie. Przede wszystkim należy zauważyć, że sam Przystępujący w samooczyszczeniu wskazywał fakt potrącenia tych kar jako właśnie sposób naprawienia szkody i nawet dodawał w każdym przypadku: *„Wskazuję, że konstrukcja kary umownej określona w art. 498 kodeksu cywilnego stanowi odmianę odpowiedzialności odszkodowawczej kontraktowej za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania niepieniężnego z umowy. W świetle wykładni art. 498 kodeksu cywilnego kara umowna pełni funkcję gwarancyjno-zabezpieczającą oraz odszkodowawczą (kompensacyjną, tzw. zryczałtowane odszkodowanie), które ma na celu zrekomensować wierzycielowi wszystkie uszczerbki związane z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy przez dłużnika”*.

Zatem należy stwierdzić, że Przystępujący nie udowodnił faktu potrącenia kar umownych i naprawienia w ten sposób szkody, co czyni jego samooczyszczenie nieprawidłowym w świetle art. 110 ust. 2 ustawy Pzp. Izba ograniczyła się przy tym do stwierdzenia braku dowodów w zakresie kar umownych, ponieważ tylko tego dotyczył zarzut odwołania.

Kolejną kwestią podniesioną w odwołaniu był brak wyczerpującego wyjaśnienia w samooczyszczeniu faktów i okoliczności związanych z postępowaniem Przystępującego. Odwołujący podniósł przede wszystkim, że Przystępujący nie wspomniał w samooczyszczeniu, że Rzecznik Finansowy skierował do Prokuratury zawiadomienie o podejrzeniu przestępstwa przez przedstawicieli Przystępującego. Z dowodów przedstawionych przez Zamawiającego i przez Odwołującego (tj. z pism Rzecznika Finansowego skierowanych do Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych z dnia 05.04.2024 r. oraz do Zamawiającego z dnia 13.01.2025 r.)

wynika, że postępowanie zostało przez Prokuraturę umorzone ze względu na brak znamion czynu zabronionego i wskutek przeprowadzenia dalszej procedury na obecnym etapie rozpatrywane jest zażalenie na postanowienie o umorzeniu dotyczące części zarzutów. Należy jednak zauważyć, że Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący miał w ogóle świadomość podjęcia takich kroków przez Rzecznika Finansowego i że czyn, którego dotyczyło zawiadomienie o podejrzeniu popełnienia przestępstwa był podstawą wypowiedzenia umowy oraz potrącenia kar umownych przez Rzecznika. W szczególności z ww. dowodów złożonych przez Zamawiającego i przez Odwołującego wynika, że przyczyną wypowiedzenia umowy i potrącenia kar było niedopełnienie przez Przystępującego obowiązków związanych z zatrudnieniem określonych osób i z przedłożeniem dokumentacji dotyczącej zatrudnienia. O zawiadomieniu skierowanym do Prokuratury Rzecznik Finansowy wspomina w piśmie do Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych dopiero w odpowiedzi na pytanie o ewentualne spory sądowe toczące się między stronami umowy, natomiast nie podaje ww. czynu, którego dotyczyło zawiadomienie do Prokuratury, jako przyczyny wypowiedzenia umowy i potrącenia kar umownych. W związku z tym Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący zobowiązany był napisać w samooczystczeniu o skierowaniu takiego zawiadomienia przez Rzecznika Finansowego.

Następnie Odwołujący podniósł, że Przystępujący podał nieprawdziwą informację co do podstawy prawnej wykluczenia go z postępowania prowadzonego przez Rzecznika Finansowego, gdyż w samooczystczeniu podał art. 109 ust. 1 pkt 7, podczas gdy został wykluczony z art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, co wynika z dowodów złożonych przez Odwołującego (m.in. z informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty Przystępującego z dnia 27.01.2023 r. i z pisma Rzecznika Finansowego skierowanego do Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych z dnia 23.04.2024 r.). Izba stwierdziła, że Przystępujący w samooczystczeniu zatytułował ogólnie punkt III: „Umowy, w których występują przesłanki wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 pzp” i biorąc pod uwagę, że w żadnym innym miejscu nie podawał już podstaw prawnych wykluczenia, można założyć, że w ww. tytule przeoczył inną podstawę prawną wykluczenia przez Rzecznika Finansowego, zwłaszcza że dla osoby niezajmującej się zamówieniami publicznymi od strony prawnej obie te podstawy wykluczenia mogą się wydawać podobne, bo dotyczą nienależytego wykonania umowy. Niemniej, bez względu na przyczynę podania przez Przystępującego w samooczystczeniu art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp zamiast art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, faktem pozostaje, że podstawa wykluczenia została podana błędnie. Jedynie na marginesie należy zauważyć, że pomyłkę w tym zakresie popełnił również Odwołujący, który w odwołaniu napisał: „*Ponadto Rzecznik Finansowy wykluczył Barwit na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5*) ustawy Pzp, a nie jak wskazano w samooczystczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp” [podkreślenie własne Izby].

Wreszcie Odwołujący podniósł, że Przystępujący nie wskazał w samooczystczeniu pełnego opisu przyczyn odstąpienia od umowy przez Dzielnicę Wola m.st. Warszawy. Pomijając to, że nie wiadomo, z jakiego dokumentu pochodzi cytata z ostatniego akapitu na str. 12 odwołania, to rzeczywiście ze złożonego przez Odwołującego dowodu w postaci pisma Dzielnicy Wola z dnia 19.03.2024 r. skierowanego do Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych wynika, że: „Wykonawca nie dysponował ilościowym składem osobowym personelu sprząającego, który gwarantował terminowe i należyte wykonanie wszystkich czynności zawartych w ww. umowie, do czego zobowiązał się zgodnie z jej postanowieniami. Powtarzające się oraz długotrwałe nienależyte wykonanie istotnych zobowiązań przedmiotowej umowy, negatywnie wpłynęło na wizerunek Zamawiającego jako jednostki realizującej usługi publiczne. (...) Personel sprząający Wykonawcy notorycznie ulegał zmianie, co powodowało dezorganizację pracy. Zdarzały się dni, kiedy cały obiekt (któraś z trzech siedzib Zamawiającego) pozostawał bez serwisu sprząającego”. Przystępujący na rozprawie twierdził, że Urząd Dzielnicy Wola nie zgłaszał mu problemów z brakiem kadry, jednak sam w samooczystczeniu napisał, że w trakcie realizacji tej umowy „zwiększył - ponad wymaganą liczbę etatów – liczbę pracowników skierowanych do obsługi umowy”, jak też „skierował dodatkowego kierownika w celu zwiększenia częstotliwości kontroli”, co świadczy o tym, że miał świadomość niedostatecznej ilości pracowników. Jednocześnie Przystępujący na rozprawie zaprzeczał temu, że ilość personelu realizującego zamówienie dla Dzielnicy Wola była za mała, gdyż jego zdaniem była zgodna z wymogami zawartej umowy, zatem nie musiał o tym pisać w samooczystczeniu. Przystępujący nie przedstawił jednak na rozprawie jako dowodu ani tej umowy ani dokumentów potwierdzających ilość osób skierowanych do wykonania usługi, mimo że znał zarzuty odwołania. Tym samym Przystępujący nie obalił argumentacji Odwołującego, potwierdzonej treścią ww. pisma z dnia 19.03.2024 r., zgodnie z którą powodem nienależytego wykonywania zamówienia na rzecz Dzielnicy Wola była niewystarczająca ilość personelu. Powyższe prowadzi do wniosku, że Przystępujący w samooczystczeniu nie wyjaśnił wyczerpująco faktów i okoliczności swojego nieprawidłowego postępowania, co jest wymogiem skutecznego samooczystczenia wynikającym z art. 110 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Powyższe zaniechanie wyczerpującego wyjaśnienia okoliczności wykonywania usługi dla Dzielnicy Wola ma jednak swoje dalsze konsekwencje w postaci tego, że nie można uznać, że Przystępujący podjął środki techniczne,

organizacyjne lub kadrowe odpowiednie dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu zachowaniu. Skoro bowiem przyczyną nienależytego wykonania umowy na rzecz Dzielnic Wola była za mała ilość personelu i duża jego rotacja, to aby skutecznie się samooczyć Przystępujący powinien wykazać, że podjął działania mające na celu ograniczenie rotacji i zapewnienie odpowiedniej ilości pracowników, w tym również na wypadek czyjejś nieobecności. Przykładowo mogłyby to być działania, jakie Odwołujący podaje na str. 13 odwołania, tj. „wdrożenie wewnętrznego systemu monitorowania obsady, wprowadzenie atrakcyjniejszych warunków zatrudnienia w celu zmniejszenia rotacji pracowników, czy stworzenie rezerwy kadrowej na wypadek nagłych absencji”. Przystępujący nie wykazał podjęcia takich albo innych działań mających na celu zapobieganie nienależytemu wykonywaniu usługi z powodu niewystarczającej liczby personelu. W szczególności z dołączonych do samooczystczenia opisów nowych stanowisk pracy nie wynika, aby adekwatnym w tym zakresie działaniem było stworzenie stanowiska pracownika audytu wewnętrznego, specjalisty ds. realizacji umów, czy koordynatora. O ile można uznać, że zakres obowiązków przewidzianych na ww. stanowiskach przyczyni się do lepszego wykonywania usług dla poszczególnych zamawiających, o tyle nie wynika z nich, w jaki sposób miałyby wpłynąć konkretnie na zmniejszenie rotacji i zwiększenie ilości personelu wykonującego usługę w danym obiekcie. Przystępujący nie wyjaśnił w samooczystczeniu tej kwestii, prawdopodobnie dlatego, że w ogóle nie wskazał, że przyczyną problemów w realizacji usługi dla Dzielnic Wola była niedostateczna ilość personelu. W efekcie nie wskazał też adekwatnych środków naprawczych podjętych w tym konkretnym aspekcie, tj. dużej rotacji i niewystarczającej ilości pracowników.

Reasumując, Izba uznała, że potwierdziły się zarzuty Odwołującego dotyczące: kwestionowania przez Przystępującego w dokonanym samooczystczeniu jego odpowiedzialności za nienależyte wykonanie usług dla Dzielnic Wola i Muzeum Etnograficznego, braku udowodnienia potrącenia kar umownych jako sposobu naprawienia szkody, braku wyczerpującego wyjaśnienia faktów i okoliczności nienależytego wykonania umowy na rzecz Dzielnic Wola i Rzecznika Finansowego (poza kwestią dotyczącą zawiadomienia do Prokuratury) oraz braku wykazania podjęcia odpowiednich środków naprawczych w zakresie rotacji i niewystarczającej ilości personelu. Tym samym Izba uznała, że dokonane przez Przystępującego samooczystczenie nie było prawidłowe i skuteczne i w zakresie, w jakim dotyczyło art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, powinno skutkować wykluczeniem Przystępującego z postępowania w oparciu o ww. przepis, a w efekcie odrzuceniem jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp.

Izba nie znalazła natomiast podstaw, w świetle uzasadnienia zarzutów odwołania, do wykluczenia Przystępującego w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Cała argumentacja Odwołującego opiera się na treści samooczystczenia, podczas gdy Przystępujący w ogóle nie przyznał w oświadczeniu z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, że zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp i że w związku z tym składa samooczystczenie. W takiej sytuacji, jeżeli Odwołujący chciał podnieść zarzut braku wykluczenia Przystępującego w oparciu o ww. przepis, powinien (bez odnoszenia się do samooczystczenia) uzasadnić ziszczenie się przesłanek w nim zawartych, tj. przesłanki zawnionego działania, poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, naruszenia podważającego uczciwość Przystępującego w szczególności poprzez zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo, niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia oraz wskazać stosowne dowody, na podstawie których można to wykazać. W żadnym miejscu odwołania taka argumentacja się nie pojawiła.

Nie ma przy tym znaczenia, że Przystępujący został wykluczony przez Rzecznika Finansowego w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, a w samooczystczeniu podał art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Ten błąd świadczy o niewyczerpującym wyjaśnieniu faktów i okoliczności w samooczystczeniu w zakresie usługi wykonywanej na rzecz Rzecznika Finansowego, co skutkuje obowiązkiem wykluczenia Przystępującego w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jako podstawy prawnej, której dotyczyło samooczystczenie. Nie dotyczyło ono jednak art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zatem argumentacja oparta na treści tego samooczystczenia nie uzasadnia automatycznie wykluczenia z tego przepisu. Dlatego zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp został oddalony.

Izba stwierdziła ponadto, że nie zachodzi przesłanka wykluczenia Przystępującego z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Odwołujący podnosząc ten zarzut ponownie ograniczył swoją argumentację do treści samooczystczenia, w szczególności wskazując na fakt podania jako podstawy wykluczenia Przystępującego przez Rzecznika Finansowego art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp zamiast art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz fakt skierowania przez Rzecznika Finansowego zawiadomienia do Prokuratury. W ocenie Izby, po pierwsze, nie można pominąć, że Przystępujący przyznał w oświadczeniu złożonym w trybie art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, że zachodzą wobec niego przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 i 10 ustawy Pzp i opisał okoliczności wykonywania umowy m.in. na rzecz Rzecznika Finansowego, zatem nie można twierdzić, że zataił te informacje. Po drugie, wobec braku wykazania przez Odwołującego, że Przystępujący wiedział o skierowaniu zawiadomienia do Prokuratury i że czyn, którego dotyczyło to zawiadomienie był podstawą wypowiedzenia umowy oraz potrącenia kar umownych przez Rzecznika Finansowego, Izba w ogóle nie uznała, że informacja o tym zawiadomieniu powinna być wskazana w samooczystczeniu. Po trzecie, podanie niewłaściwej podstawy prawnej wykluczenia z postępowania przez Rzecznika Finansowego mogło wprowadzić Zamawiającego w błąd, ale Odwołujący nie podjął nawet próby wykazania, że Przystępujący podał tę niewłaściwą

podstawę prawną w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. W związku z tym zarzut dotyczący art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp również został oddalony.

Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska i dowody Stron i Przystępującego przedstawione w pismach procesowych i na rozprawie.

W sytuacji zaistniałej w niniejszej sprawie, tj. uwzględnienia odwołania w całości przez zamawiającego i wniesienia sprzeciwu w części przez przystępującego, a następnie uwzględnienia przez Izbę w części pozostałych zarzutów podlegających rozpoznaniu, Izba zastosowała w drodze analogii reguły rozdzielania kosztów opisane w § 7 ust. 2 pkt 3 i ust. 4 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Izba stwierdziła, że bez względu na ilość punktów, w których w petitum odwołania Odwołujący ujął postawione zarzuty, w istocie odwołanie zawiera trzy zarzuty dotyczące: zaniechania wykluczenia Przystępującego z art. 109 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, zaniechania wykluczenia Przystępującego z art. 109 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp oraz zaniechania wykluczenia Przystępującego z art. 109 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp.

Spośród zatem ww. trzech zarzutów wskazanych w odwołaniu Izba uwzględniła jeden zarzut (dotyczący art. 109 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp) oraz dwa zarzuty oddaliła (dotyczące art. 109 ust. 1 pkt 5 i pkt 8 w zw. z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp). Oznacza to, że Przystępujący wnoszący sprzeciw odpowiada za koszty postępowania odwoławczego w części 1/3, a Odwołujący – w części 2/3.

Na koszty postępowania odwoławczego składa się wpis od odwołania w wysokości 7.500 zł, wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3.600 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Przystępującego wnoszącego sprzeciw w wysokości 3.600 zł, co razem daje kwotę 14.700 zł. Tym samym Przystępujący wnoszący sprzeciw odpowiada za koszty postępowania odwoławczego w wysokości 4.900 zł (1/3 z 14.700 zł), a Odwołujący - w wysokości 9.800 zł (2/3 z 14.700 zł).

Przystępujący wnoszący sprzeciw poniósł dotychczas koszty w wysokości 3.600 zł (wynagrodzenie pełnomocnika), a powinien ponieść je w wysokości 4.900 zł. Odwołujący poniósł dotychczas koszty w wysokości 11.100 zł (wpis od odwołania + wynagrodzenie pełnomocnika), a powinien ponieść je w wysokości 9.800 zł.

Wobec powyższego zasadny jest zwrot kosztów od Przystępującego wnoszącego sprzeciw na rzecz Odwołującego w wysokości 1.300 zł, co skutkować będzie poniesieniem kosztów przez każdego z nich w wysokości adekwatnej do wyniku postępowania odwoławczego ($11.100 - 1.300 = 9.800$, $3.600 + 1.300 = 4.900$).

Przewodnicząca