

Sygn. akt: KIO 2594/23

WYROK
z dnia 18 września 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 września 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 września 2023 roku przez wykonawcę **Golden Line Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą**

w Rzeszowie (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Skarb Państwa, w imieniu którego postępowanie prowadzi 24 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Giżycku z siedzibą w Giżycku**

orzeka:

Jwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego, a także nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego;

kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego – Skarb Państwa, w imieniu którego postępowanie prowadzi 24 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Giżycku z siedzibą**

Giżycku, w następujący sposób:

a) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - Golden Line Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie** tytułem wpisu od odwołania,

b) zasądza od **Zamawiającego – Skarbu Państwa, w imieniu którego postępowanie prowadzi 24 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Giżycku z siedzibą**

w Giżycku na rzecz **Odwołującego - Golden Line Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenastu tysięcy stu złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem kosztów wpłaconego wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2023 r., poz. 1605 ze zmianami) 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 2594/23

UZASADNIENIE

Zamawiający: Skarb Państwa, w imieniu którego postępowanie prowadzi 24 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Giżycku z siedzibą w Giżycku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę materiałów eksploatacyjnych do drukarek faksów i innych urządzeń drukujących na rzecz 24 Wojskowego Oddziału Gospodarczego”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP w dniu 12.07.2023 r., nr ogłoszenia: 2023/BZP 00301902/01.

Dnia 4 września 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), dalej jako: „ustawa Pzp”, w prowadzonym postępowaniu odwołanie złożył wykonawca Golden Line Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie, dalej jako „Odwołujący”.

(post. Nr 39/2023), dalej jako: „Postępowanie”.

Odwołanie złożono wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego przez Zamawiającego oraz czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MULTIKOM A. P. z siedzibą w Bydgoszczy, dalej jako: „Multikom”.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i art. 110 ust. 2 i 3 ustawy PZP poprzez nieprawidłowe odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że nie zachodzą przesłanki jej odrzucenia wskazane w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp, a Zamawiający zobowiązany był do zgodnej z prawem, rzetelnej i logicznej oceny dokonanej przez Odwołującego samooczyszczenia;

2) art. 110 ust. 2 i 3 ustawy PZP poprzez wadliwą ocenę działań Odwołującego podjętych w ramach samooczyszczenia, w szczególności z pominięciem wykładni prounijnej i orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE, oraz zaniechanie uwzględnienia wszystkich przedłożonych przez niego dokumentów w trakcie trwania postępowania,

3) art. 16 pkt 3 ustawy PZP w zw. z art. 110 ust. 2 i 3 ustawy Pzp i art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp poprzez niezachowanie zasady proporcjonalności w trakcie oceny czynności dokonywanych w ramach samooczyszczenia z uwzględnieniem stanu faktycznego i okoliczności sprawy oraz odrzucenie oferty Odwołującego mimo podjęcia przez Odwołującego wszelkich działań wymaganych prawem,

ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia naruszeń (zarzut ewentualny):

4) art. 128 ust. 1, ust. 3, ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie podjęcia działań, tj. wezwania do uzupełnienia lub wezwania do wyjaśnienia w sytuacji, gdy Zamawiający powziął wątpliwości dot. prawidłowości dokumentów lub oświadczeń złożonych w ramach self-cleaning lub uznał, że są niekompletne.

Odwołujący wnosil o:

1) uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności: badania i oceny ofert, odrzucenia oferty Odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem 5-dniowego terminu wskazanego w art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp. Informacja o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz

o wyborze najkorzystniejszej oferty została przekazana 30 sierpnia 2023 r. Odwołujący uścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości, a Zamawiający otrzymał kopię odwołania.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność w zakresie objętym przedmiotem zamówienia, złożył w postępowaniu ofertę, która, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp, została odrzucona, chociaż powinna zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą (miałaby najwyższą liczbę punktów w kryteriach), a tym samym interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku i szkody w postaci utraty możliwości uzyskania zamówienia, a tym samym osiągnięcia zysku z tytułu jego wykonania.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania podano, że pismem z 30 sierpnia 2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 110 ust. 3 ustawy Pzp wskazując, że:

1)z przedłożonych przez Odwołującego wyjaśnień złożonych w ramach self-cleaningu nie wynika, aby zerwał on wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy. Zdaniem Zamawiającego o braku zerwania powiązań wskazuje informacja dotycząca zakupu aktywów podmiotu uczestniczącego w zmwowie przetargowej przez Golden Line i korzystanie z tych zakupionych aktywów.

Tym samym, zdaniem Zamawiającego, wykonawca nie wykazał okoliczności, o których mowa w art. 110 ust. 2 pkt 3 lit a ustawy Pzp;

2)treść wyjaśnień nie wskazuje, z jakimi organami Odwołujący współpracuje w celu wyjaśnienia faktów i okoliczności związanych z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym działaniem, a uzasadnienie zaniechania podania przedmiotowych informacji nie zostało poparte podstawą prawną w tym zakresie.

Zamawiający uznał, że czynności podjęte przez Odwołującego w ramach procedury samooczyszczenia nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności.

Ze stanowiskiem i oceną Zamawiającego Odwołujący się nie zgadza.

Odwołujący wyjaśnił, że stan faktyczny związany jest z wyrokiem z 16 marca 2021 r., sygn. KIO 431/21, w którym 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 Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp z 29 stycznia 2004 r. Porozumienie nastąpiło w postępowaniu 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 został utrzymany w mocy wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z 25 czerwca 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 56/21.

Odwołujący podkreślił, że okoliczność objęta opisywaną sprawą była jednostkowa i odosobniona. Odwołujący nigdy wcześniej ani nigdy później nie był stroną jakiegokolwiek porozumienia naruszającego uczciwą konkurencję.

Zgodnie z art. 111 pkt 4 ustawy Pzp wykluczenie następuje na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Ze stanu faktycznego zawartego

w wyroku KIO 431/21 wynika, że złożenie ofert w postępowaniu nastąpiło 13 stycznia 2021 r. (oferta Golden Line Sp. z o.o.) oraz 14 stycznia 2021 r. (oferta p. M. C.). Natomiast Mazowiecka Instytucja Gospodarki Budżetowej MAZOVIA (dale „MAZOVIA”) odrzuciła oferty Odwołującego oraz pana C.o 4 lutego 2021 r.

W związku z utrzymaniem decyzji zamawiającego przez KIO i Sąd Okręgowy, Odwołujący podjął szereg działań, aby wyeliminować w przyszłości ryzyko powtórzenia się sytuacji objętej wyrokiem. Zamawiający nie kwestionował skuteczności żadnego z podjętych i opisanych działań, za wyjątkiem uznania, że Odwołujący nie wykazał, że doszło do zerwania powiązań z osobą Pana Marka C. oraz że Odwołujący

w niewystarczający sposób wyjaśnił z jakim podmiotem podjął współpracę.

Z uzasadnienia czynności odrzucenia nie wynika, czy Zamawiający uwzględnił całość wyjaśnień złożonych w ramach samooczyszczenia w postępowaniu. W szczególności, czy uwzględnił dodatkowe wyjaśnienia złożone z własnej inicjatywy Odwołującego w dniu 28 sierpnia 2023 r. Odwołujący, działając z należytą starannością, przedłożył w dniu składania ofert oświadczenie, w którym przyznał się do faktu, że występuję w stosunku do niego przesłanka wykluczenia i złożył obszernie wyjaśnienia wraz z dowodami wskazującymi na realność podjętych przez niego działań w celu wykazania jego rzetelności. Dodatkowo

w dniu 28 sierpnia 2023 r. tj. jeszcze na etapie badania i oceny ofert, przed wyborem oferty najkorzystniejszej z własnej inicjatywy dostał dodatkowe wyjaśnienia i dokumenty, które jeszcze dokładniej opisywały czynności, które podjął w celu samooczyszczenia. Wszystkie złożone dowody i dokumenty referowały do działań podjętych przez Odwołującego jeszcze przed składaniem ofert oraz odnosiły się do wyjaśnień złożonych już wraz z ofertą. Celem Odwołującego było dołożenie wszelkiej staranności w celu przedłożenia Zamawiającego maksymalnie szerokiej wiedzy o faktach mających istotne znaczenie dla oceny oferty Odwołującego. Już pierwotne wyjaśnienia wykazywały wszystkie okoliczności, ale z uwagi na okoliczność, że inny zamawiający w innym postępowaniu powziął wątpliwości dotyczący niektórych okoliczności, Odwołujący z własnej inicjatywy uzupełnił dokument samooczyszczenia tak, aby sytuacje te nie pojawiły się w przyszłości.

Zgodnie z art. 110 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający ma prawo wykluczyć wykonawcę na każdym etapie postępowania. Prawem Odwołującego jest dostarczenie wyjaśnień

i dowodów w celu wykazania swojej rzetelności. Żaden przepis prawa nie wskazuje terminu, kiedy najdalej należy złożyć wszystkie środki dowodowe. Jedynie dla samego oświadczenia o podleganiu wykluczeniu i skorzystaniu z self-cleaningu można wywieść termin, bazując na terminie na złożenie dokumentu JEDZ lub oświadczenia o spełnieniu warunku. Warto jednak podkreślić, że sama konstrukcja JEDZa/oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia i jego funkcja zakłada, że są to oświadczenia własne wykonawcy mające charakter wstępny. Środki dowodowe są przedkładane na kolejnych etapach postępowania. Tym samym ostateczną granicą czasową na przeprowadzenie procedury jest decyzja zamawiającego

o wykluczeniu wykonawcy. Stanowisko, zgodnie z którym dokumentacja potwierdzająca samooczyszczenie powinna być

załączona do oferty, nie znajduje odzwierciedlenia w treści przepisów (tak wyrok KIO z dnia 27 sierpnia 2019 r., sygn. akt KIO 1576/19). Podobne stanowisko, dotyczące terminu podjęcia procedury samooczyszczenia, zajął Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 18 stycznia 2019 r. XXIII Ga 1811/18, wskazując, że nie istnieje cezura czasowa do dokonania przez wykonawcę procedury samooczyszczenia, powinna ona jednak nastąpić przed wykluczeniem wykonawcy.

Powyższe jest zgodne z aktualnym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej oraz Trybunału Sprawiedliwości, a także poglądami doktryny.

Przykładowo Izba w wyroku z dnia 31.03.2023 r. sygn. akt KIO 744/23 wskazała: „Przepis art. 110 ust. 1 Ustawy stanowi o możliwości wystąpienia przesłanki wykluczenia z postępowania na każdym etapie postępowania. Tym samym należy uznać, iż na każdym etapie postępowania może zachodzić potrzeba aktualizacji oświadczeń i dokumentów, a zatem w sytuacji gdy wykonawca „zdażył” przekazać informacje mogące mieć znaczenie przed udzieleniem zamówienia, czynności zamawiającego w postępowaniu mogły być wzruszone, na co wskazuje chociażby obecne odwołanie”. Także w wyroku z dnia z dnia 22 marca 2023 r. sygn. akt KIO 620/23 Izba uznała, że „przekazując z własnej inicjatywy informacje aktualizujące jego sytuację prawną dolożył staranności w tym, aby zapewnić dostęp do informacji o wykluczeniu go z postępowania. Procedura samooczyszczenia stanowi element weryfikacji podmiotowej wykonawcy i podlega regułom dotyczącym składania i uzupełniania dokumentów i oświadczeń. Co istotne oświadczenie w JEDZ pozostaje aktualne, co do udzielonych odpowiedzi”.

Zgodnie z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 14 stycznia 2021 r. w sprawie C-387/19, dotyczącym wykładni art. 57 ust. 6 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, tj. prawa wykonawcy do przedstawienia dowodów na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności pomimo istnienia odpowiedzialnej podstawy wykluczenia (tj. tzw. Self-cleaningu), wykonawca ma możliwość przedstawienia dowodu podjęcia środków naprawczych - z jego własnej inicjatywy, jak i z inicjatywy instytucji zamawiającej, jak też może z niej skorzystać zarówno

w chwili składania wniosku o dopuszczenie do udziału lub oferty, jak i na późniejszym etapie postępowania. W wyroku tym Trybunał wyraźnie podkreślił, że każdy wykonawca musi mieć możliwość przedstawienia dowodów podjęcia środków naprawczych, m.in. w celu zapewnienia obiektywnej oceny wykonawców i skutecznej konkurencji. Cel ten może zostać osiągnięty, jeżeli na jakimkolwiek etapie postępowania poprzedzającego wydanie decyzji

o udzieleniu zamówienia zostanie przedstawiony dowód podjęcia środków naprawczych:

„Z wykładni językowej, celowościowej i systemowej art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24, dokonanej w pkt 27-30 niniejszego wyroku, wynika, że przepis ten nie stoi na przeszkodzie temu, aby dany wykonawca z własnej inicjatywy lub na wyraźne żądanie instytucji zamawiającej przedstawił dowód podjęcia środków naprawczych, ani też temu, aby dowód ten został przedstawiony w chwili składania wniosku o dopuszczenie do udziału lub oferty lub na późniejszym etapie procedury udzielania zamówienia.” Ponadto państwa członkowskie są zobowiązane do poszanowania prawa do obrony, której integralną częścią jest prawo do bycia wysłuchanym, które - jako podstawowa zasada prawa Unii - powinna być stosowana wówczas, gdy organ administracyjny ma podjąć w stosunku do danej osoby decyzję wiążącą się z niekorzystnymi dla niej skutkami.

Na przywołany wyrok TSUE wskazała mec. Aldona Kowalczyk w publikacji „Praktyczne aspekty stosowania instytucji self-cleaningu w zamówieniach publicznych”

(PZP 2020, Nr 4, str. 138), w której szczegółowo przelanizowała treść przepisów krajowych

i unijnych oraz stwierdziła, że „przepisy nie rozstrzygają jednak, kiedy należy składać dowody na podjęte środki naprawcze i czy wykonawca ma to czynić z własnej inicjatywy, czy też czekać na wezwanie zamawiającego. Pytanie jest tym bardziej zasadne, że opis przedsięwziętych przez wykonawcę środków naprawczych, wymagany do wypełnienia w formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (dalej jako „JEDZ”), to nie jest, jak się zdaje, „dowód”, o którym mówi prawo unijne i krajowe. Artykuł 59 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE wskazuje, że formularz JEDZ składany wraz z wnioskiem

o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert obejmuje oświadczenie własne wykonawcy jako dowód wstępny zastępujące zaświadczenia wydane przez organy publiczne lub osoby trzecie na potwierdzenie, że dany wykonawca nie znajduje się w sytuacji, w której podlegałby wykluczeniu z postępowania. Zgodnie z ust. 4 tego artykułu instytucja zamawiająca może zaś na dowolnym etapie postępowania zwrócić się do oferentów

i kandydatów o przedłożenie dokumentów potwierdzających to oświadczenie. (...) Formularz JEDZ określony powołanym powyżej rozporządzeniem Komisji wymaga zresztą jedynie, aby wykonawca - który poprzez wypełnienie stosownej rubryki potwierdził, że znajduje wobec niego zastosowanie dana podstawa wykluczenia - zaznaczył w odpowiedniej rubryce, czy podjął środki naprawcze celem wykazania swej rzetelności, a jeżeli tak - aby opisał przedsięwzięte środki. Oświadczenie własne wykonawcy wraz z opisem przedsięwziętych środków naprawczych nie jest jednak jednoznaczne z przedłożeniem dowodów na ich podjęcie, zaś zgodnie z art. 59 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE instytucja zamawiająca może na dowolnym etapie postępowania zwrócić się do wykonawcy o przedłożenie dokumentów potwierdzających to oświadczenie (przy czym w stosunku do wykonawcy, któremu zdecydowano się udzielić zamówienia, uprawnienie to przekształca się w obowiązek). Jak trafnie zwrócił uwagę Rzecznik Generalny w opinii w sprawie C-387/1925, zgodnie z art 59 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE JEDZ „zawiera formalne oświadczenie, z którego wynika, że wykonawca będzie w stanie i bez zwłoki przedstawić te dokumenty potwierdzające”.

Co więcej, sama idea ustanowienia standardowego formularza JEDZ na poziomie unijnym ma na celu uproszczenie proceduralne dla zamawiających i wykonawców oraz zmniejszenie obciążeń administracyjnych w stosunku do zamawiających i wykonawców (por. motyw 1 i 3 preambuły rozporządzenia w sprawie JEDZ). Integralnym elementem formularza JEDZ jest w części VI oświadczenie końcowe wykonawcy, że jest w stanie i bez żadnej zwłoki przedstawić zaświadczenia i inne rodzaje dowodów w formie dokumentów. Polskie prawo zamówień publicznych (zarówno art. 24 ust. 8 i ust. 9 ZamPublU, jak i art. 110 ust. 2 i ust. 3 nZamPublU), przyznając wykonawcom prawo przedstawienia dowodów na podjęcie „wystarczających” środków naprawczych, nie precyzuje, w jakim momencie postępowania należy je złożyć. Nie zawiera w szczególności przepisu nakazującego przedłożenie ich wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wymóg złożenia wypełnionego formularza JEDZ zawierającego oświadczenia własne wykonawcy wraz z ewentualnym opisem środków naprawczych (w przypadku potwierdzenia określonych podstaw wykluczenia) nie jest bowiem równoznaczny z wymogiem złożenia dowodów odnoszących się do podjętych środków naprawczych.” Mimo że powyższe odnosi się do postępowań o wartości powyżej progu unijnego, to nie może budzić wątpliwości, że instytucja self-cleaningu jest wprost oparta o przepisy unijne i powinna być interpretowana zgodnie z interpretacją

prounijną. Nie powinno budzić wątpliwości, że obowiązkiem Zamawiającego była ocena wszystkich dokumentów i wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w ramach samooczyszczenia, tj. z dnia 19 lipca, jak i z dnia 28 sierpnia 2023 r.

Zgodnie z art. 110 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych 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)reorganizował 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.

Odwołujący przedstawił w ramach samooczyszczenia wyjaśnienia i dowody, które, w jego opinii, są wystarczające do wykazania jego rzetelności.

Odwołujący bardzo szczegółowo opisał okoliczności związane z wydarzeniem stanowiącym podstawę jego wykluczenia. Nie tylko w wyjaśnieniach wskazał na cel, zakres, termin porozumienia oraz osoby odpowiedzialne za jego zawarcie, ale załączył również wyroki Krajowej Izby Odwoławczej i Sądu Okręgowego wydane w postępowaniu, w którym stwierdzono porozumienie, które zawierało bardzo szczegółowy opis stanów faktycznych wraz z opisem złożonych ofert. Odwołujący szczególnie wyjaśnił wszelkie okoliczności sprawy, nie kryjąc żadnych okoliczności. Okoliczność ta nie była również kwestionowana przez Zamawiającego w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Zamawiający nie kwestionował również okoliczności, że Odwołujący deklarował gotowość naprawienia szkody o ile taka by się ujawniła w przedmiotowej sprawie.

ZERWANIE Z OSOBAMI ODPOWIEDZIALNYMI ZA NIEPRAWIDŁOWE POSTĘPOWANIE:

Wadliwości self-cleaningu Zamawiający upatrywał z faktu, że, jego zdaniem, z wyjaśnień Odwołującego i złożonych przez niego dokumentów nie wynika, aby Odwołujący zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie. O braku zerwania powiązań z osobami odpowiedzialnymi za naruszenie świadczy, zdaniem Zamawiającego, zakup w lutym 2022 r. aktywów majątkowych od Pana C..

Interpretacja taka jest oderwana od treści złożonych przez Odwołującego wyjaśnień i dokumentów oraz przepisu art. 110 ust. 2 pkt 3 lit a ustawy Pzp.

Przepis art. 110 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wskazuje na konieczność podjęcia przez wykonawcę korzystającego z samooczyszczenia konkretnych środków technicznych, kadrowych, organizacyjnych odpowiednich dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu. Przepis ten zawiera czynności, jakie wykonawca może podjąć, ale oczywiście i nie budzący w orzecznictwie i doktrynie wątpliwości jest fakt, że wykonawca powinien podjąć środki adekwatne do przesłanki objętej wykluczeniem, które pozwolą mu zapobiec powtórzeniu się sytuacji, która stała się podstawą jego wykluczenia. Jako jeden z przykładowych środków odpowiednich do zapobieżenia dalszym, tożsamym naruszeniom, ustawodawca wskazał zerwanie powiązań z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za naruszenie tak, aby zapobiec przyszłym naruszeniom.

„W ramach procedury samooczyszczenia wykonawca jest również zobowiązany do podjęcia odpowiednich środków celem zapobieżenia wystąpienia podobnych naruszeń w przyszłości. Przy tym należy zwrócić uwagę, że sam katalog środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych stanowi wyliczenie przykładowe, zatem w tym wypadku wykonawca może wykazać się inicjatywą i przedstawić inne niż wymienione w przepisie środki zapobiegające dalszym przestępstwom, wykroczeniom i nieprawidłowemu postępowaniu wdrożone w swoje firmie”: tak: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. Marzena Jaworska. Słowo „w szczególności” oznacza jednak, że wylistowane w art. 110 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp środki nie muszą wystąpić łącznie. Rolą wykonawcy jest dobór takich środków, aby zapobiec w przyszłości powtórzenia się sytuacji objętej wykluczeniem.

Odwołujący wykazał szereg konkretnych środków kadrowych, organizacyjnych i technicznych, które miały za zadanie uniemożliwić dojścia do sytuacji, w której jakkolwiek pracownik lub członek organów Odwołującego dopuścił się porozumienia ograniczającego konkurencję (Zmiany kadrowe, szkolenia, wprowadzenie regulaminów, zmiany w zarządzie, zmiany w strukturze właścicielskiej, wprowadzenie wzorców umów, wprowadzenie zakazów konkurencji, zmiana siedziby, instalacja monitoringu, regulacje dotyczące korzystania ze sprzętu komputerowego itp.). Wszystkie te środki wymagały odpowiednich nakładów finansowych i czasowych. Są konkretne i związane z charakterem naruszenia będącego podstawą wykluczenia. Dowody na podjęcie tych działań Odwołujący przedłożył już wraz

z ofertą. Zamawiający nie zakwestionował lub nie podał w wątpliwości co do skuteczności żadnego z tych działań. Nie wykazał również, że są one niewystarczające do tego, aby zapobiec zaistnieniu takiego porozumienia w przyszłości. Już sam ten fakt budzi wątpliwości co do adekwatności sankcji odrzucenia oferty Odwołującego w świetle złożonego samooczyszczenia.

Wydaje się, że Zamawiający uznał, że kluczowym środkiem zmierzającym do zaniechania porozumień w przyszłości jest zerwanie więzi z osobami odpowiedzialnymi za naruszenie, a nie wprowadzenie uniwersalnych środków zapobiegających jakimkolwiek porozumieniom ograniczającym konkurencję. Niezależnie od oceny prawidłowości takiego stanowiska, podkreślenia wymaga, że Odwołujący zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy. Odwołujący wskazywał na ten fakt tak w wyjaśnieniach załączonych do oferty, jak i w wyjaśnieniach złożonych w trakcie trwania postępowania.

Nie jest kwestionowane przez Zamawiającego, aby osobami odpowiedzialnymi za porozumienie będące podstawą wykluczenia, byli członek zarządu Odwołującego i Pan M. C., który prowadził działalność gospodarczą

polegającą na produkcji

i dostawie tonerów. Członek zarządu został odwołany ze swojej funkcji, a udziały, które posiadał, zostały wykupione. Pozbawiono go zatem jakichkolwiek powiązań z Odwołującym, co nie jest kwestionowane przez Zamawiającego.

Odwołujący również szczegółowo wyjaśnił, załączając odpowiednie dowody, że zerwał wszelkie więzi z drugą z osób odpowiedzialnych za zawarcie porozumienia, tj. z Panem M. C.. Na stronie 8 wyjaśnień z 19 lipca 2023 r. Odwołujący wyjaśnił, że przed zawarciem porozumienia współpracował z Panem C., kupując od niego i oferując swoim odbiorcom tonery marki Wirksam Drucken produkowane przez firmę Pana C..

Ze względu na wcześniejsze zobowiązania wobec podmiotów trzecich (Odwołujący musiał realizować zawarte umowy na dostawy 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. Tego typu transakcja spowodowała definitywne zerwanie relacji handlowych pomiędzy Odwołującym a Panem M. C..

Zatem środki podjęte przez Odwołującego są realne i konkretne. Odwołujący był zobowiązany szeregiem umów ze swoimi odbiorcami na dostawę tonerów marki WD Wirksam Drucken. Szukał zatem rozwiązania, które pozwoli mu wywiązać się z zawartych umów, a jednocześnie zerwać wszelkie kontakty z Panem C.. Nie ulega bowiem wątpliwości, że realizując zawarte umowy musiałby zaopatrywać się w produkty, do których prawo miał Pan C., co wymagałoby jakichś kontaktów, chociażby stricte formalnych

i handlowych. Także sam fakt zerwania umów dostaw z Panem C. mógłby spowodować trwające latami spory sądowe, które również implikowałyby kontakty z osobą odpowiedzialną za porozumienie. Odwołujący zatem podjął środek, w jego ocenie, najbardziej skuteczny, tj. zakupił prawa do marki i produktów (zorganizowaną część przedsiębiorstwa), co pozwoliło mu wyeliminować wszelkie kontakty czy związki z osobą odpowiedzialną za zawarcie porozumienia. Środek ten nie był ani łatwy do wprowadzenia, ani wygodny dla Odwołującego. Wiązał się on z istotnymi kosztami, których Odwołujący nie musiałby ponosić, gdyby nie pragnienie wykazania swojej rzetelności w ramach self-cleaningu. Także okoliczność, że do zakupu doszło dopiero w lutym 2022 r., tj. wiele miesięcy od wydania prawomocnego wyroku dotyczącego wykluczenia (czerwiec 2021 r.) oraz podjęcia współpracy z UOKIK (czerwiec 2021 r.) świadczy, że skuteczne podjęcie tego środka nie było łatwe i wymagało czasu.

Dla Odwołującego interpretacja Zamawiającego, który właśnie w „środku organizacyjnym”, podjętym przez Odwołującego w celu zerwania wszelkich związków z osobą odpowiedzialną za zawarcie porozumienia, upatruje potwierdzenia dalszych powiązań z tą osobą, jest całkowicie niezrozumiałe.

W chwili obecnej firma Golden Line jest wyłącznym producentem i właścicielem materiałów eksploatacyjnych marki Wirksam Drucken. A zatem fakt, że Odwołujący korzysta z majątku który nabył (w sposób niezależny), w żaden sposób nie może świadczyć o istnieniu dalszych „związków” z Panem C..

Przepis art. 110 ust. 2 pkt 3 lit a ustawy Pzp mówi o zerwaniu powiązań z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za naruszenie (w tym przypadku za zawarcie porozumienia), w celu zapobieżenia nieprawidłowemu postępowaniu w przyszłości. Należy odróżnić osobę Pana C., który jest osobą odpowiedzialną za zawarcie porozumienia, od marki czy też zorganizowanej części przedsiębiorstwa, które nie mają podmiotowości prawnej, a zatem nie mogą być uznane za osoby lub podmioty odpowiedzialny za zawarcie porozumienia. Żaden element majątku Pana C. nie był odpowiedzialny za zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję.

Co równie istotne, Odwołujący wskazywał i wykazał, że podjęty przez niego środek był efektywny w świetle racji legis przepisu, tj. zapewnienia, aby w przyszłości nie dochodziło do podobnych naruszeń. Odwołujący wyjaśnił, że od czasu sprzedaży aktywów r. nie ma żadnych kontaktów czy powiązań z Panem C.. O fakcie, że podjęte środki przez wykonawcę są skuteczne, świadczy chociażby to, że Odwołującemu nie jest znany żaden przypadek, w którym Pan C. startował w przetargach na dostawę materiałów eksploatacyjnych. Odwołujący nie ma wiedzy, z uwagi na brak jakichkolwiek relacji, o losach dalszej działalności Pana C.. Jednak już sam fakt, że Pan C. nie uczestniczy w rynku zamówień publicznych, świadczy, że środki podjęte przez Odwołującego były skuteczne.

Reasumując, Odwołujący uważa, że Zamawiający wadliwie interpretuje fakt zakupu marki WD jako przejaw kontynuacji współpracy z Panem C., a nie środek pozwalający na kategoryczne zakończenie wszelkich kontaktów z Panem C.

i gwarantujący brak w przyszłości podobnych inicjatyw dot. porozumień ograniczających konkurencję. Zamawiający nie przedstawia żadnych dowodów, które miałyby świadczyć

o kontynuacji powiązań z Panem C. na dzień otwarcia ofert w postępowaniu,

a jedynie wadliwie interpretuje informacje przedłożone i poparte dowodami przez samego Odwołującego.

Odwołujący rozumie, że ciężar wykazania podjęcia środków technicznych, organizacyjnych, kadrowych z art. 110 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp obciąża wykonawcę.

Nie można jednak się zgodzić, że w sytuacji, gdy wykonawca przedstawił wyczerpujące wyjaśnienia i poparł je dowodami, Zamawiający może dowolnie je interpretować, chociażby

z pominięciem wyjaśnień Odwołującego, treści umowy oraz celu, jaki przyświecał podjętym działaniom. Podejmując czynność odrzucenia, Zamawiający obowiązany jest wykazać,

że środki podjęte przez wykonawcę były niewystarczające dla celu określonego przepisem, tj. dla zapobieżenia w przyszłości podobnym porozumieniom. Celem instytucji samooczyszczenia nie jest karanie jednego czy drugiego wykonawcy, tym zajmują się odrębne służby i instytucje. Celem instytucji samooczyszczenia jest wykazanie, że wykonawca podjął odpowiednie środki, aby sytuacja objęta wcześniejszym wykluczeniem nie powtórzyła się.

Takie działania Odwołujący podjął. O ich skuteczności świadczy nie tylko fakt,

że Odwołujący wyeliminował skutecznie potrzebę kontaktów handlowych z Panem C., ale przede wszystkim to, że od stycznia 2021 r., kiedy doszło do feralnego porozumienia, taka sytuacja się nigdy nie powtórzyła. Golden Line nie był stroną jakiegokolwiek porozumienia ograniczającego czy utrudniającego konkurencję.

Z przyczyn obiektywnych nie jest możliwe, poza złożeniem oświadczeń i wyjaśnień, wykazać, że na dzień składania ofert nie ma żadnych powiązań czy kontaktów z Panem C.. Nie jest możliwe przeprowadzenie dowodu na nieistnienie określonych okoliczności. Jedynie sam Odwołujący i Pan C. mogą to zaświadczyć. Przy czym, z uwagi na konieczność zaniechania jakichkolwiek kontaktów z Panem C., Odwołujący nie starał się o pozyskanie od niego oświadczenia uznając, że jego wyjaśnienia w świetle złożonych dowodów okażą się wystarczające. Dziesiątki

Zamawiających, którym

w ciągu ostatnich kilkunastu miesięcy Odwołujący przedkładał wyjaśnienia nie miało żadnych wątpliwości co do celu i skutku podjętego przez odwołującego środka. Trudno zatem sobie wyobrazić, jakie inne dowody zaniechania współpracy z Panem C. miałby przedłożyć Odwołujący w ramach samooczyszczenia.

ORGANY Z JAKIMI ODWOŁUJĄCY PODJĄŁ WSPÓŁPRACĘ:

Zamawiający uznał, że złożone w ramach samooczyszczenia wyjaśnienia nie wykazują, z jakimi organami Odwołujący współpracuje w celu wyjaśnienia faktów

i okoliczności związanych ze swoim nieprawidłowym postępowaniem. Zdaniem Zamawiającego zaniechanie podania przedmiotowych informacji nie zostało poparte podstawą prawną w tym zakresie.

Z twierdzeniem tym Odwołujący się nie zgadza. W wyjaśnieniach z 19 lipca 2023 r. Odwołujący wskazał na aktywną współpracę z organem właściwym w tego rodzaju sprawach. Wskazał również na stronie 6 na właściwe przepisy. Niezrozumiałe jest zatem twierdzenie Zamawiającego, jakoby nie miał wiedzy o podmiocie, z którym Odwołujący współpracuje.

Dodatkowo w ramach uzupełniających wyjaśnień Odwołujący przekazał Zamawiającemu komplet dokumentów, które potwierdzają twierdzenia zawarte

w wyjaśnieniach złożonych wraz z ofertą. Z dokumentów tych wynika m.in., że Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów 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. Odwołujący w sposób niezwłoczny i wyczerpująco wyjaśnił wszelkie wątpliwości UOKiK jeszcze w lipcu 2021 r. Tym samym Wykonawca wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności sprawy, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami. Od tamtego czasu Odwołujący pozostaje w gotowości do współpracy z UOKiK, jednak Prezes UOKiK nie podjął dalszych czynności wobec Odwołującego, które byłyby Odwołującemu wiadome. W związku powyższym, a także faktem upływu ponad dwóch lat, Wykonawca uznaje, że Prezes UOKiK nie znalazł podstaw do żadnych działań wobec Odwołującego.

Odwołujący zaznaczył, że dodatkowe okoliczności zostaną wyjaśnione na rozprawie, po rozpatrzeniu przez Izbę wniosku o nieujawnianie przekazanych informacji Zamawiającemu ani uczestnikom postępowania odwoławczego na podstawie art. 545 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący podkreślił jednak, że już ze złożonych Zamawiającemu wyjaśnień i załączonych dowodów wynika, że Odwołujący podjął dodatkowe czynności niezależne od postępowania wyjaśniającego prowadzonego przez UOKiK, świadczące o aktywnej współpracy z organami. Z informacji załączonych wraz z ofertą oraz z dokumentów doślanych w ramach wyjaśnienia wynika również, że Odwołujący nie mógł przekazać szczegółów tych działań w ramach procedury self-cleaningu w związku z zakazami istniejącymi w ramach odpowiednich przepisów.

Odwołujący wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z porozumieniem oraz współpracował w celu wyjaśnienia wszelkich okoliczności nie tylko z organem wskazanym powyżej, ale również z zamawiającym. Odwołujący dwukrotnie (w wyjaśnieniach z lipca i z sierpnia) zadeklarował gotowość do pełnej współpracy z Zamawiającym w postępowaniu w celu wyjaśnienia okoliczności zaistniałego zdarzenia, gdyby jeszcze jakieś wątpliwości się pojawiły.

Odwołujący zauważył, 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 Urząd Zamówień Publicznych: *„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.”*

(„Prawo zamówień Publicznych. Komentarz”, pod red. H. Nowaka, M. Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021, s. 418). Interpretację kontekstu, w jakim w art. 110 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp użyto wymogu „współpracy odpowiednio z właściwymi organami lub zamawiającym”, zawarto w wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z 24 października 2018 r. w sprawie C-124/17.

Tym samym Odwołujący, w ramach wykazania przesłanki z art. 110 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp wyczerpująco wyjaśnił okoliczności związane z zawarciem porozumienia współpracując z właściwymi organami, ale także z Zamawiającym.

Co do naruszenia zasady proporcjonalności działania, Odwołujący zauważył, że w doktrynie i orzecznictwie podnosi się, że *„norma z art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24/UE ma charakter gwarancyjny dla uczestników postępowań przetargowych i stanowi realizację zasady proporcjonalności, a zatem państwa członkowskie są zobowiązane do jej implementacji.”* (Aleksandra Sołtysińska, *Fakultatywne podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na tle dyrektyw europejskich, Prawo zamówień publicznych nr 2, str. 33, legalis*).

Zasada proporcjonalności jest zasadą ogólną prawa unijnego, zaliczaną przez sam TSUE do „podstawowych zasad prawa Unii.

Organy krajowe związane są zasadą proporcjonalności jako zasadą ogólną i jako prawem podstawowym zawsze, gdy podejmują jakiegokolwiek działania w obszarze wchodzącym w zakres normowania prawa unijnego oraz gdy stosują bezpośrednio przepisy prawa unijnego (wyroki TSUE: z 11.04.2019 r., C-473/17, Repsol Butano, pkt 39; z 6.03.2014 r., C-206/13, Cruciano Siragusa p. Regione Siciliana - Soprintendenza Beni Culturali e Ambientali di Palermo, ECLI:EU:C:2014:126, pkt 34). Może być także stosowana w dowolnym postępowaniu administracyjnym lub sądowym (cywilnym, rejestrowym, karnym, sądownoadministracyjnym). Nie ulega wątpliwości, że zasada proporcjonalności powinna być również stosowana przez zamawiającego w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego (por np. wyrok TSUE z 7.09.2021 r. w sprawie C-927/19 ws. Klaipeđos regiono atliekų tvarkymo centras), w tym podczas oceny rzetelności wykonawcy w ramach procedury samooczyszczenia (por. wyroku z 19.06.2019 r., C-41/18, Meca Srl v. Comune di Napoli, LEX nr 2682989).

Skoro zatem procedura samooczyszczenia stanowi emanację zasady proporcjonalności, to oczywistym jest, że każdorazowo Zamawiający powinien wziąć pod uwagę, czy podejmowane przez niego decyzje odpowiadają tej zasadzie.

Zasada proporcjonalności wymaga, by nie wykraczać poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia danego celu. Aby decyzja odpowiadała zasadzie proporcjonalności, powinna uwzględniać okoliczności faktyczne sprawy oraz cel normy. Wynika to wprost z art. 110 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający, oceniając treść self-cleaningu, tj. czy podjęte przez wykonawcę czynności są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględni wagę i szczególnie okoliczności czynu wykonawcy.

Zamawiający zdaje się w ogóle nie brać pod uwagę okoliczności faktycznych sprawy oraz popełnionego czynu. Po pierwsze, zaangażowania wykonawcy w postępowaniu, który stara się przedstawić wszelkie okoliczności, nie korzystając przy tym z prawa do utajniania wyjaśnień w ramach tajemnicy przedsiębiorstwa, a tym samym umożliwiając weryfikację jego twierdzeń przez konkurencję.

Po drugie, okoliczności związanych z samym porozumieniem i jego znaczeniem, podczas gdy dla oceny zasady proporcjonalności istotne znaczenie ma fakt, że porozumienie będące podstawą wykluczenia w 2021 r. było działaniem jednostkowym, incydentalnym, wynikającym z nieprzemyślanej decyzji dwóch osób. Nie miało charakteru trwałego czy ciągłego proceduru. W aktach sprawy przedłożonych Zamawiającemu znajduje się tabela, zawierająca wykaz kilkuset postępowań, w których Golden Line sp. z o.o. brała udział

w okresie od dnia 1 stycznia 2018 roku do lipca 2021 roku. Tylko w jednym postępowaniu (dla Mazovii) brał udział pan M. C. i Golden Line sp. z o.o. Przez ten okres nie zarzucono Golden Line sp. z o.o. również zawarcia żadnego porozumienia niekonkurencyjnego. Także po tej dacie nie doszło do żadnych porozumień, których stroną byłby Odwołujący. Był to zatem jednorazowy, nierozsądny epizod w działalności spółki Odwołującego, podjęty w postępowaniu o niewielkiej wartości przez osoby nieposiadające odpowiedniej wiedzy prawnej o skutkach swych działań, nie mające doświadczenia, rozpoczynające swoje działania biznesowe. Wszystkie przyczyny zaistnienia tej sytuacji, tak poprzez zaprzestanie współpracy z osobami, które były odpowiedzialne za naruszenie, jak i wdrożenie szeregu innych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych (szkolenia, wzmocnienie kadrowe, uszczelnienie regulacji wew. itp.) w celu zapobieżenia pojawienia się takiej sytuacji w przyszłości, zostały wyeliminowane.

Tym samym, w świetle okoliczności towarzyszących samemu wykluczeniu, jak i okoliczności ponad dwuletniej, wzorowej działalności Odwołującego na rynku zamówień publicznych, powinny być uwzględnione w procesie oceny rzetelności wykonawcy.

Za nieproporcjonalne należy uznać stawianie wymagań, które Zamawiający nakładałby na duże korporacje, które z porozumień niekonkurencyjnych uczyniły sobie stałe źródło zysku lub popadły w „recydywę”. W świetle okoliczności faktycznych, tak popełnionego czynu, jak i następczej prawidłowej działalności Odwołującego, Wykonawca uważa, że podjęte przez niego środki naprawcze są więcej niż wystarczające.

W ocenie Odwołującego Zamawiający pomija w sprawie zasadę proporcjonalności i formuluje żądania nadmiarowe, pomimo niedochowania minimalnej zasady współdziałania czy współpracy w celu umożliwienia wykonawcy skorzystania z przysługującym mu prawa do wykazania swojej rzetelności.

Przepis art. 110 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp wymaga wykazania współpracy („aktywnie współpracując z zamawiającym”). Także w powyżej cytowanym orzeczeniu C-124/17 Trybunał posługuje się określeniem „współpraca”. Według Słownika języka polskiego () „współpraca” to „działalność prowadzona wspólnie przez jakieś osoby, instytucje lub państwa”. Jako że współpraca 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.

W tej sprawie brak współpracy w celu wyjaśnienia okoliczności związanych z samooczyszczeniem jest, zdaniem Odwołującego, rażący. Zamawiający, jako jeden z powodów braku uwzględnienia skuteczności samooczyszczenia, wskazuje, że wykonawca nie wskazał podstawy prawnej, która uniemożliwiła mu podanie mu w pierwszych wyjaśnieniach szczegółów dot. współpracy z organami właściwymi do rozpoznania tego typu spraw. Abstrahując od faktu, że taka podstawa znajduje się w wyjaśnieniach, to nawet gdyby uznać, że Zamawiający miał problem z jej ustaleniem lub zrozumieniem wyводу Odwołującego, to nie tylko był uprawniony, ale, w okolicznościach danej sprawy, zobowiązany do wyjaśnień tej okoliczności. Odrzucenie oferty jest bowiem najdalej idącą sankcją dla wykonawcy. Skoro wykonawca dochował należytej staranności i przedstawił szerokie wyjaśnienia i dowody na wykazanie swej rzetelności, to dopytanie o okoliczności, które budzą wątpliwości zamawiającego lub wezwanie do uzupełnień w zakresie dowodów na potwierdzenie okoliczności wskazanych w wyjaśnieniach, stanowi wyraz realnego umożliwienia wykonawcy skorzystania z instytucji self-cleaningu.

Ustawodawca dał wykonawcom prawo do swobodnego ukształtowania wyjaśnień w ramach self-cleaning, formując jedynie ogólne ramy. Każdorazowo wykonawca powinien mieć pewność, że podnosząc okoliczności i środki uznawane przez kilkunastu innych zamawiających zostanie wykluczony z postępowania jedynie z uwagi na drobne braki lub wady. Nie można również się zgodzić, że działanie polegające na odrzuceniu oferty wykonawcy z uwagi na drobne braki lub nieścisłości w treści self-cleaningu, które mogłyby być wyeliminowane w ramach wyjaśnień, jest zgodne z zasadą proporcjonalności i uczciwej konkurencji.

Na ten fakt zwróciła uwagę Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 24 maja 2021 sygn. KIO 1006/21, w którym stwierdziła: „Przyjęcie, iż od subiektywnej decyzji zamawiającego miałyby zależeć uznanie, czy wykonawca skutecznie dokonał samooczyszczenia nie jest możliwe do pogodzenia z zasadą przejrzystości, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (...). Proces ten [self-cleaningu - przyp. Odwołujący] 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 zamianej 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”.

Trybunał Sprawiedliwości UE w wyroku z 16.09.1999 r., *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Królestwu Hiszpanii* (C-414/97), sformułował postulat tzw. testu proporcjonalności. Test ten pozwala na weryfikację, czy działania zamawiającego są, po pierwsze, adekwatne, a po drugie - konieczne do osiągnięcia wybranego przez niego celu. Natomiast w wyroku z 10.12.2002 r. w sprawie *The Queen p. Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco* (C491/01) Trybunał wskazał, że poszanowanie zasady proporcjonalności wymaga odpowiedzi na pytania, czy

przyjmowany środek jest właściwy dla osiągnięcia zakładanego celu (udzielenia zamówienia rzetelnemu wykonawcy - przypis własny Odwołującego) i nadaje się do jego realizacji oraz czy środek nie wykracza poza to, co niezbędne, a tym samym czy nie jest nadmierny, a także czy inne środki nie są wystarczające do osiągnięcia planowanego celu. Pozytywna odpowiedź na powyższe pytania oznacza, że warunek proporcjonalności został zachowany.

Patrząc przez pryzmat tak rozumianej zasady proporcjonalności oczywistym wydaje się, że w przypadku, gdyby Zamawiającemu brakowało pewnych informacji, dokumentów lub wyjaśnień, które pozwalają przesądzić o rzetelności wykonawcy, powinien w pierwszej kolejności skorzystać z instytucji wezwania do wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów,

a nie sięgać od razu po sankcje odrzucenia oferty i wybór drugiej, droższej oferty.

Podkreślenia wymaga, że wyjaśnianie lub uzupełnienie wyjaśnień składanych w ramach samooczyszczenia i dowodów składanych na ich poparcie jest w pełni zgodne z przepisami ustawy Pzp, analogicznie jak w przypadku każdego innego dokumentu składanego na wykazanie sytuacji podmiotowej wykonawcy. 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 nast. ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wyraźnie wskazuje na to również TSUE w wyroku z 14 stycznia 2021 r. w sprawie C-387/19, w którym stwierdził: „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 tym 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, taką jak decyzja o wykluczeniu wydana w ramach postępowania o udzielenie zamówienia.

Tym bardziej dotyczy to sytuacji, w której wykonawca przedstawił 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.

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. Potrzeba podkreślenia tej okoliczności wynika z faktu, że w dniu 16 sierpnia 2023r. Krajowa Izba Odwoławcza uznała wyjaśnienia złożone przez Odwołującego w innym postępowaniu za niewystarczające (sygn. akt KIO 2230/23). Należy jednak podkreślić, że w tamtym postępowaniu zostały złożone wyjaśnienia w innej treści, tj. nieuwzględniające wyjaśnień i dowodów, które zostały przekazane Zamawiającemu w tym postępowaniu z własnej inicjatywy wykonawcy.

Na chwilę obecną Odwołujący nie dysponuje uzasadnieniem przywołanego wyroku. Wyrok ten nie jest również prawomocny.

W związku z powyższym w ocenie Odwołującego zarzuty odwołania należy uznać za zasadne, a Odwołujący wnosil jak na wstępie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem, który złożył ofertę

w postępowaniu i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Wybór oferty innego wykonawcy oraz odrzucenie oferty Odwołującego godzi w interesy ekonomiczne Odwołującego i naraża go na szkodę w postaci utraty zamówienia i możliwości osiągnięcia zysku z realizacji przedmiotu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpienia po żadnej ze Stron.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosil o jego oddalenie w całości. Zamawiający powtórzył argumentację przedstawioną w Informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący w odwołaniu wiernie przytoczył treść złożonych w postępowaniu wyjaśnień odnośnie do wystąpienia przesłanek wykluczenia z postępowania, nie zachodziła potrzeba ich powtarzania.

Zamawiający w piśmie *Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty* poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) w zw. z art. 110 ust 3 Pzp.

W uzasadnieniu określił, że Wykonawca w oświadczeniu składanym na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy Pzp oświadczył, iż zachodzą w stosunku do niego podstawy wykluczenia z postępowania określone w art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp. Jednocześnie, korzystając z uprawnienia przysługującego mu na podstawie art. 110 ust. 2 PZP Wykonawca złożył wyjaśnienia w celu samooczyszczenia.

Zgodnie z dyspozycją art. 110 ust. 2 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 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 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.

W ocenie Zamawiającego z przedłożonych wyjaśnień nie wynika, iż Wykonawca zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy, o czym mowa w art. 110 ust. 2 pkt 3 lit. a), na co wskazuje informacja dotycząca przejęcia zorganizowanej części przedsiębiorstwa podmiotu uczestniczącego w zmoście przetargowej przez Wykonawcę Golden Line sp. z o.o.

Co więcej, Wykonawca Golden Line sp. z o.o. korzysta nadal z zasobów przedsiębiorstwa podmiotu, z którym dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji.

Oceniając złożone wyjaśnienia Zamawiający nie uznał także spełnienia przez Wykonawcę przesłanki wynikającej z art. 110 ust. 2 pkt 2 Pzp. Treść wyjaśnień w tym zakresie nie wskazuje, z jakimi organami Wykonawca współpracuje w celu wyjaśnienia faktów i okoliczności związanych z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami. Uzasadnienie zaniechania podania przedmiotowych informacji nie zostało poparte podstawą prawną w tym zakresie.

Mając na uwadze wagę i okoliczności popełnionego czynu Zamawiający stwierdził, iż podjęte przez Wykonawcę czynności w ramach procedury samooczyszczenia nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności oraz dokonał czynności wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp. Jednocześnie zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) Zamawiający odrzucił ofertę, jeżeli została złożona przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania

Biorąc poczynione ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w całości.

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.

W ocenie Izby podkreślenia wymaga, iż Odwołujący złożył obszernie i wyczerpujące wyjaśnienia w zakresie wszystkich przesłanek określonych w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp. Wykonawca klarownie przedstawił fakty związane z nieprawidłowym postępowaniem, wskazał w jaki sposób odczytywać należy przesłankę naprawienia szkody. Opisano również obszernie jakie środki Wykonawca podjął celem zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu. W opozycji do tak zaprezentowanego stanowiska Zamawiający jedynie symbolicznie wskazał w *Zawiadomieniu o odrzuceniu oferty*, iż uważa, że Wykonawca nie udowodnił współpracy z właściwymi organami oraz nie wykazał, że doszło do zerwania powiązań między osobami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy. Zamawiający ani w *Zawiadomieniu o odrzuceniu oferty*, ani w odpowiedzi na odwołanie nie rozbudował stanowiska, ograniczając się do powtarzania treści przepisów ustawy Pzp.

Zamawiający enigmatycznie zaznaczał, że przejęcie zorganizowanej części przedsiębiorstwa podmiotu uczestniczącego w zmoście przetargowej przez Wykonawcę w jego ocenie nie świadczy o zerwaniu kontaktów.

Izba zapatrywać Zamawiającego nie podziela. W ocenie składu orzekającego Izby Zamawiający nie dokonał analizy złożonych mu przez Odwołującego wyjaśnień

i dodatkowych materiałów bądź też ocena tych materiałów ma wysoce wybiórczy charakter. Zamawiający całkowicie pomija opisane w wyjaśnieniach okoliczności takie, jak odwołanie

z funkcji prezesa w firmie Odwołującego osoby, która uczestniczyła w zawarciu porozumienia, zaprzestanie sprzedaży produktów na rzecz drugiej z firm będącej uczestnikiem porozumienia. Zamawiający skupił się na zakupie od Pana M.C. prawa do używania nazwy marki WD, know-how Zamawiający jednak całkowicie pomija wyjaśnienie przedstawione przez Odwołującego, który podnosił, że powodem wyboru takiego rozwiązania biznesowego było zabezpieczenie zobowiązań umownych z innymi zamawiającymi na dostawy określonych produktów. Wykonawca jako podmiot prowadzący działalność gospodarczą nastawioną na zysk ma prawo wyboru takiego rozwiązania, które gwarantuje mu możliwość wywiązania się z zawartych umów na dostarczenie określonych towarów, w tym także umów zawartych w reżimie ustawy Pzp. Dodatkowo wybór określonego rozwiązania naprawczego nie powinien narażać (jeżeli to możliwe) Wykonawcy na szkodę, choćby w postaci konieczności zapłaty kar umownych, czy rozwiązania umowy, co końcowo mogłoby doprowadzić do nienależytego wykonania lub niewykonania zobowiązań, a samego wykonawcę narażać na zyskanie opinii nierzetelnego. Tymczasem zakup linii produkcyjnej, znaku towarowego i know-how doprowadził właśnie do przerwania łańcucha relacji biznesowych między firmą Odwołującego a Panem M.C. Izba nie rozumie,

a tym bardziej nie podziela argumentacji Zamawiającego przedstawionej w odpowiedzi na odwołanie, że zawarcie umowy sprzedaży świadczy o dalszym wspieraniu się wykonawców. Na czym owo „wspieranie” miałyby polegać, Zamawiający nie wyjaśnił. Trudno doszukiwać się powiązań biznesowych, kiedy podmiot zbywający majątek przestaje

prowadzić działalność gospodarczą, a jego udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego miał charakter jednostkowy, o czym Odwołujący wyczerpująco informował w wyjaśnieniach. Jak wynika z przedstawionej Zamawiającemu kopii umowy, podpisali ją wszyscy trzej członkowie zarządu, mimo dwuosobowej reprezentacji i powołaniu się na uchwałę zarządu Spółki, zezwalającą na nabycie, co w ocenie Izby także świadczy o ostrożności Wykonawcy w kontaktach z Panem M.C.

Zamawiający innych dowodów na istnienie jakiegokolwiek rodzaju powiązań nie przedstawił. Odwołujący celnie podkreślił natomiast, że odróżnić należy odrębną podmiotowość Golden Line jako spółki, tj. podmiotu mającego osobowość prawną, od spraw osobistych i rodzinnych jej wspólników i członków zarządu.

Dalej zauważyć należy, iż Odwołujący kontakty z Panem M.C. prowadził przez pełnomocników, co także w ocenie Izby świadczy o krytycznym podejściu podmiotu składającego wyjaśnienia do zaistniałej sytuacji i chęci przerwania powiązań gospodarczych. Za zupełnie niezrozumiałe Izba uznała twierdzenia Zamawiającego z rozprawy, że Pan M.C. nie działał przez pełnomocnika, co miałyby świadczyć o niezerwaniu więzi. Po pierwsze dostrzeżenia wymaga, iż Zamawiający ocenił ma działania Wykonawcy, w tym przypadku Odwołującego, a nie drugiej strony, będącej niezależnym od Wykonawcy podmiotem.

To w jaki sposób zachowuje się druga strona niedozwolonego porozumienia jest irrelevantne. Ocenie podlega, czy to wykonawca składający samooczyszczenie dołożył należytej staranności, by zerwać powiązania z podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie. Odwołujący nie może odpowiadać za działania i zaniechania innego, odrębnego podmiotu gospodarczego. Obowiązkiem Zamawiającego było ocenić, czy to Wykonawca, który złożył w prowadzonym postępowaniu ofertę, podjął takie kroki,

by zależności przerwać. Oczywiście także dla Izby jest, że aby zakończyć współpracę gospodarczą, konieczne jest uregulowanie spraw handlowych i majątkowych, co może wiązać się z koniecznością kontaktów. Istotne jest jednak, że kontakty te mają ograniczony zakres i koncentrują się na zaprzestaniu współpracy a nie jej kontynuacji. Umowa sprzedaży została zawarta przed notariuszem, sprzedający przeniósł własność rzeczy i wydał rzeczy kupującemu, natomiast kupujący odebrał rzecz i uścił sprzedającemu umówioną cenę.

Takie czynności wyczerpywały umowę sprzedaży i nie prowadziły do dalszego powiązania firm ale właśnie do rozwiązania ich współpracy. Poza tym ani Zamawiający, ani żaden inny wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie przedstawił dowodów na istnienie powiązań gospodarczych pomiędzy Odwołującym a Panem M.C.

Zamawiający nie umiał udzielić odpowiedzi na pytanie Izby, jakie środki zaradcze można byłoby uznać za bardziej skuteczne w zakresie kwestionowanej przesłanki. Izba wyraża przekonanie, że Wykonawca podjął środki adekwatne do sytuacji, biorąc pod uwagę okoliczności związane z prowadzeniem działalności gospodarczej i obowiązkiem realizacji zobowiązań umownych. Zdaniem składu orzekającego Izby przedstawione przez Odwołującego materiały w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego były wystarczające do oceny, czy Wykonawca wywiązał się z zaprzestania kontaktów, tym samym Izba pominęła przy wyrokowaniu dokumenty złożone wraz z pismem procesowym z dnia 18 września 2023 roku. Na marginesie jedynie dostrzec należy, dokumenty te świadczą o tym, że Odwołujący dokłada wszelkich starań, by udowodnić, że nie istnieją powiązania pomiędzy jego firmą a Panem M.C.

Co do oceny przesłanki aktywnej współpracy z właściwymi organami, to stanowisko Zamawiającego jest dla Izby zupełnie niezrozumiałe. W tym elemencie samooczyszczenia Odwołujący przedstawił, jakie były kolejne podejmowane przez niego kroki, złożył wezwanie, które otrzymał od UOKiK oraz udzieloną organowi odpowiedź. Przy czym podkreślenia wymaga, iż postępowanie odrębnego organu toczyło się w sprawie, a nie przeciwko Odwołującemu, zaś zakres zapytań skierowanych do wykonawcy przez organ, był szerszy niż dotyczący sytuacji podmiotu w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Dodatkowo Odwołujący podkreślił w samooczyszczeniu, dlaczego przedstawia informacje przekazane właściwemu organowi na pewnym poziomie ogólności. Wskazano wprost, że Wykonawca skorzystał z procedury, o której mowa w art. 113a i n. uokik. - w takim wypadku, zgodnie z art. 113a ust. 5 pkt 4, nie może ujawniać faktu złożenia wniosku do Prezesa UOKiK. Zamawiający w *Zawiadomieniu o odrzuceniu oferty* w żaden sposób nie odniósł się do tak zaprezentowanego stanowiska. Stanowisko Zamawiającego, że Wykonawca zaniechał podania podstawy prawnej przedstawienia określony sposób zasobu informacji o współpracy z danym organem, nie polega na prawdzie. Odwołujący dołączył bowiem do wyjaśnień pisma otrzymane od Prezesa UOKiK oraz udzielone odpowiedzi. To raczej Zamawiający nie dokonał analizy otrzymanych dokumentów, po prostu tylko czytając wyjaśnienia i dowody.

Izba podziela rozważania Odwołującego, że pojęcia aktywnej współpracy z organami nie należy utożsamiać z koniecznością inicjacji takich kontaktów przez Wykonawcę. Przesłankę tę oceniać należy adekwatnie do zaistniałej sytuacji i poddać analizie w jaki sposób dany podmiot reaguje na żądanie wyjaśnień od odpowiednich organów, czy nie pozostaje bierny w tych kontaktach, czy składa wyjaśnienia, deklaruje chęć współpracy, przedstawienia dodatkowych stanowisk. Przy czym nie można także pomijać okoliczności, że danemu wykonawcy w ramach takich kontaktów przysługuje korzystanie z prawa do obrony. Nie można także zapominać, że istnieje szereg sytuacji, w których określonego rodzaju postępowanie wszczynane jest z urzędu, a więc nie sposób wymagać od wykonawców niejako „czynnego udziału” w rozpoczęciu kontaktów. Poza tym żaden przepis nie nakłada na podmiot obowiązku tzw. „samodonusu”.

Ponadto Zamawiający nie przedstawił w *Zawiadomieniu o odrzuceniu oferty* swoich wątpliwości, w jaki sposób jego zdaniem należy odczytywać brak aktywnej współpracy. Argumentację przedstawioną na rozprawie przez Zamawiającego, jakby o braku współpracy Odwołującego z organem miał stanowić fakt niezawarcia umowy w sprawie, Izba pominie jako zupełnie nieprzystającą do stanu faktycznego sprawy. Izbie nie jest wiadomym w jaki sposób wykonawca miałby zawrzeć umowę z organem, skoro w jego sprawie ostatecznie nie wszczęto postępowania antymonopolowego. Izbie trudno wyobrazić sobie jak miałyby brzmieć postanowienia takiej umowy i co przede wszystkim miałyby być jej przedmiotem. Przykładów innych aktywnych zachowań podmiotu do organu Zamawiającego nie podał.

Tym samym w ocenie Izby Wykonawca w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego składając samooczyszczenie wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności sprawy w jaki sposób aktywnie współpracuje z właściwymi organami.

Odwołujący celnie podkreślił naruszenie przez Zamawiającego zasady proporcjonalności, polegające na pominięciu okoliczności towarzyszących zdarzeniu oraz okoliczności, które dany wykonawca przedstawia w ramach samooczyszczenia.

Zgodnie z przywołaną zasadą Zamawiający winien ocenić, czy przedstawione w ramach samooczyszczenia wykonawcy środki są adekwatne dla sytuacji, która doprowadziła do konieczności rozpoczęcia procedury samooczyszczenia. W

przedmiotowej sprawie Zamawiający całkowicie pominął, zdaniem Izby, okoliczności, fakty i dowody przedstawione przez Odwołującego.

Końcowo, dostrzeżenia wymaga, iż Izba nie znalazła podstaw do konieczności zastosowania w stosunku do Odwołującego art. 128 ustawy Pzp. Złożone przez Odwołującego materiały miały charakter kompleksowy i pozwalały ocenić, czy Wykonawca podjął skuteczne działania, aby zapobiec powtórzeniu się sytuacji w przyszłości.

Reasumując, Izba uważa, że przywołanych przez Zamawiającego w *Zawiadomieniu o odrzuceniu oferty*, kilku zdań nie sposób uznać za wyrażenie wątpliwości co do skuteczności procedury samooczyszczenia. Owszem, jak słusznie podkreślił w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, Wykonawca powołujący się na instytucję samooczyszczenia musi wykazać, że zastosował odpowiednie środki zapobiegające powtórzeniu się zaistniałych nieprawidłowości. Zamawiający zapomina jednak, że jego obowiązkiem jest ocenić adekwatność przedstawionych środków i w przypadku braku takiej adekwatności, podjąć określone działania, w ramach których nie jest choćby wykluczone uzyskanie od wykonawcy dodatkowych wyjaśnień. Skoro Zamawiający uznał, że przedstawione przez Odwołującego wyjaśnienia nie są wystarczające dla wykazania przesłanki adekwatności, to winien był wyartykułować dlaczego takie stanowisko prezentuje, zwłaszcza podejmując decyzję o eliminacji oferty z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tymczasem Zamawiający ograniczył się do lakonicznego podania, że zaistniały przesłanki skutkujące koniecznością odrzucenia oferty.

Izba uznała również, iż Zamawiający naruszył zasady prowadzenia postępowania wynikające z art. 16 i 17 ustawy Pzp.

W świetle powyższych ustaleń Izba uznała za zasadne zarzuty odwołania i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, a także nakazała powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 557 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 6 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami Zamawiającego, przyznając Odwołującemu koszty wpisu oraz koszty zastępstwa procesowego w maksymalnej wysokości dopuszczalnej Rozporządzeniem o kosztach.

Przewodniczący:

.....