

WYROK
z dnia 20 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 20 września 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 września 2023 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: HOLDING HUNTERS sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim, GREE HUNTERS sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie, HUNTERS24 sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim, HUMAN HUNTERS sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie, HUNTERS OCHRONA PLUS sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Uniwersytet Przyrodniczy w Poznaniu z siedzibą w Poznaniu**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Makropol sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, Makropol TP sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, Basma Security sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Cerber Ochrona sp. z o.o. z siedzibą w Liwie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: HOLDING HUNTERS sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim, GREEN HUNTERS sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie, HUNTERS24 sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim, HUMAN HUNTERS sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie, HUNTERS OCHRONA PLUS sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Zarzut ewentualny odwołania pozostawia bez rozpoznania.

3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Uniwersytet Przyrodniczy w Poznaniu z siedzibą w Poznaniu i

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: HOLDING HUNTERS sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim, GREE HUNTERS sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie, HUNTERS24 sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim, HUMAN HUNTERS sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie, HUNTERS OCHRONA PLUS sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od zamawiającego Uniwersytetu Przyrodniczego w Poznaniu z siedzibą w Poznaniu na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: HOLDING HUNTERS sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim, GREEN HUNTERS sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie, HUNTERS24 sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim, HUMAN HUNTERS sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie, HUNTERS OCHRONA PLUS sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 2633/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Uniwersytet Przyrodniczy w Poznaniu z siedzibą w Poznaniu - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi społeczne w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2023 r., poz. 1605 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. „Świadczenie usługi całodobowej ochrony osób i mienia Uniwersytetu Przyrodniczego w Poznaniu (II)”, nr postępowania: 937A/AZ/262/2023. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 czerwca 2023 r., za numerem 2023/S 124-391298.

W dniu 7 września 2023 r. odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: HOLDING HUNTERS sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim, GREEN HUNTERS sp.

o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie, HUNTERS24 sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim, HUMAN HUNTERS sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie, HUNTERS OCHRONA PLUS sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec:

- 1) odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania,
- 2) wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Makropol sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, Makropol TP sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, Basma Security sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Cerber Ochrona sp. z o.o. z siedzibą w Liwie – dalej Przystępujący.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp oraz art. 110 ust. 3 ustawy pzp poprzez:

- 1) odrzucenie oferty Odwołującego przedwcześnie, pomimo faktu, że Odwołujący pozostawał w terminie na złożenie podmiotowych środków dowodowych, w tym dokumentów związanych z procedurą samooczystczenia,
- 2) odrzucenie oferty Odwołującego wyłącznie w oparciu o aspekt formalny nie wymagany przez ustawę pzp, tj. brak załączenia do wyjaśnień złożonych w ramach procedury samooczystczenia dowodów na okoliczności podniesione w przedmiotowych wyjaśnieniach,
- 3) zaniechanie oceny merytorycznej wyjaśnień w ramach samooczystczenia Odwołującego przekazanych wraz z podmiotowymi środkami dowodowymi w dniu 31 lipca 2023 r.
- 4) całkowite pominięcie i zaniechanie oceny merytorycznej dowodów w zakresie samooczystczenia złożonych przez Odwołującego w dniu 3 sierpnia 2023 r., pomimo tego, że Zamawiający wyznaczył w tym zakresie termin na 7 sierpnia 2023 r.

2. art. 16 pkt 1 ustawy pzp w zw. z art. 110 ust. 3 ustawy pzp poprzez przyjęcie arbitralnych, pozwalających na wypaczenie wyniku przetargu zasad ustalania cezury czasowej dla realizacji przez wykonawcę procedury samooczystczenia, co stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu,

3. art. 16 pkt 2 ustawy pzp w zw. z art. 110 ust. 3 ustawy pzp poprzez zaniechanie niezwłocznego poinformowania Odwołującego o decyzji o odrzuceniu oferty,

Zarzut ewentualny:

4. art. 128 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 110 ust. 3 ustawy pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia środków dowodowych w zakresie samooczystczenia,

5. art. 239 ust. 2 ustawy pzp poprzez niezasadny wybór oferty konsorcjum Makropol jako najkorzystniejszej.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania,
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że sedno zarzutów koncentruje się na wadliwości działań Zamawiającego w zakresie kwalifikacji podmiotowej Odwołującego, a konkretnie błędnej, niepełnej ocenie podmiotowych środków dowodowych, która to doprowadziła niesłusznie do wykluczenia Odwołującego z przetargu i odrzucenia jego oferty - pomimo faktu, że Odwołujący wykazał brak podstaw wykluczenia w zakresie badanym przez Zamawiającego w postępowaniu. Zamawiający prowadził przetarg na świadczenie usług całodobowej ochrony osób i mienia Uniwersytetu Przyrodniczego w Poznaniu, w którym to przewidział m.in. podstawę wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp (poważne, zawinione naruszenie obowiązków zawodowych podważających uczciwość wykonawcy). Postępowanie uwzględniało zastosowanie tzw. procedury odwróconej, o której mowa w art. 139 ustawy pzp, z uwzględnieniem żądania JEDZ od wykonawcy sklasyfikowanego na pierwszym miejscu wstępnego rankingu oferentów. Oferta Odwołującego, będąca jedną z siedmiu złożonych ofert, uplasowała się na pierwszym miejscu we wstępnym rankingu, co sprawiło, że Zamawiający podjął zgodnie z SWZ kolejne kroki proceduralne zmierzające do weryfikacji statusu podmiotowego Odwołującego w kontekście wymogów postępowania. W dniu 28 lipca 2023 r. Odwołujący został pisemnie wezwany na podstawie art. 126 ustawy pzp do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych, łącznie z Jednolitym Europejskim Dokumentem Zamówienia. Termin na dokonanie tej czynności Zamawiający wyznaczył na dzień 7 sierpnia 2023 r. W

dnia 31 lipca 2023 r. Odwołujący przesłał Zamawiającemu wszystkie wymagane środki dowodowe, łącznie z dokumentem JEDZ, w którym - zgodnie z zapisami SWZ zaznaczono, że Wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp. W ślad za przedmiotową informacją Wykonawca wyczerpująco - zgodnie z dyspozycją kolejnego punktu JEDZ złożył wyjaśnienia w zakresie samooczyszczenia opisując m.in. okoliczności przedterminowego wypowiedzenia umowy na ochronę sądu w Toruniu oraz podjętych przez niego działań naprawczych mających zapobiegać podobnym scenariuszom w przyszłości. Komplet ww. dokumentów został wysłany Zamawiającemu. Następnie, w dniu 3 sierpnia 2023 r. (czyli wciąż w terminie pierwotnego wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych) Odwołujący z własnej inicjatywy samodzielnie dostał Zamawiającemu dodatkowe dowody skuteczności przeprowadzonego samooczyszczenia. W dniu 28 sierpnia 2023 r. Zamawiający przesłał do Odwołującego informację, wraz z uzasadnieniem, o rozstrzygnięciu przetargu zawierającą również informacje na temat odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający motywował podjęte rozstrzygnięcie faktem rzekomo spóźnionego przesłania przez Odwołującego dowodów na skuteczność samooczyszczenia. Z uzasadnienia wspomnianego pisma wynika przekonanie Zamawiającego, jakoby samooczyszczenie wykonawcy każdorazowo wymagało jednoczesnego załączenia do wyjaśnień dowodów na stawiane w nich tezy i już sam fakt braku owych dowodów dyskwalifikuje skuteczny self-cleaning. Zamawiający w żadnym stopniu nie odniósł się do aspektów merytorycznych wyjaśnień poprzestając wyłącznie na argumentacji natury formalnej. Ponadto, powołując się na nieaktualne już orzecznictwo KIO, Zamawiający wskazał, że samooczyszczenie powinno być dokonane najpóźniej wraz ze złożeniem JEDZ. Co prawda w dalszej części pisma Uniwersytet zdaje się łagodzić to stanowisko, jednakże wskazał, że nie mógł poddać analizie dowodów przedłożonych przez Odwołującego w dn. 3 sierpnia 2023 r., gdyż dzień wcześniej zapadła już wewnętrznie decyzja o odrzuceniu oferty konsorcjum Hunters. O owej decyzji Odwołujący został powiadomiony dopiero w piśmie informującym o wyborze najkorzystniejszej oferty 28 sierpnia 2023 r.

Odwołujący wskazał dalej, że kluczowe zarzuty prawne formułowane względem działań i zaniechań Zamawiającego w niniejszej sprawie koncentrują się na błędach popełnionych w toku procedury samooczyszczenia Odwołującego. Podstawowym celem procedury samooczyszczenia, zwanej też self-cleaningiem (art. 110 ustawy pzp) jest wykazanie zamawiającemu faktu aktualnej rzetelności wykonawcy pomimo tego, że w nieodległej przeszłości doszło do zdarzeń wpisujących się w daną podstawę wykluczenia badaną w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W ramach inicjowanego przez oferenta samooczyszczania wykonawca potwierdza zamawiającemu fakt wpisywania się w przesłankę wykluczenia, czemu towarzyszą działania informacyjne mające przybliżyć zamawiającemu okoliczności wykluczenia i zrealizowane działania naprawcze pozwalające przyjąć rzetelność wykonawcy na dzień składania ofert. Zgodnie z utrwaloną w doktrynie i orzecznictwie praktyką (przepisy prawa nie odnoszą się do tego wprost) samooczyszczenie obejmuje co najmniej wyjaśnienia spełniające szczegółowe wymogi art. 110 ust. 2 ustawy pzp, z reguły towarzyszą im dowody potwierdzające tezy stawiane w wyjaśnieniach, a cezurą czasową dla działań z zakresu self-cleaningu jest decyzja o wykluczeniu z postępowania. Mając na uwadze ww. wymogi prawne, należy uznać, że Odwołujący terminowo i rzetelnie realizował swoje czynności składając wymagane przez Zamawiającego podmiotowe środki dowodowe, JEDZ oraz dokonując we właściwy sposób samooczyszczenia dotyczącego art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp. W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał na datę, którą Zamawiający wyznaczył Odwołującemu celem przedłożenia wszelkich wymaganych środków dowodowych i JEDZ. Był to dzień 7 sierpnia 2023 r. Odwołujący uczynił zadość wezwaniu Zamawiającego przesyłając dokumentację w dwóch turach: 31 lipca 2023 r. oraz 3 sierpnia 2023 r. Zasadnicza część dokumentów, w tym wyjaśnienia z zakresu self-cleaningu trafiła do Zamawiającego już na koniec lipca. W drugiej turze dosłane zostały dodatkowe materiały na dowód skuteczności samooczyszczenia. Oczywiście, Odwołujący mógł całość dokumentacji przesłać w jednej korespondencji, jednakże ustawa pzp nie stawia takiego wymogu. Z uwagi na obszerność składanej dokumentacji i zakładaną czasochłonność jej oceny Odwołujący nie zwlekał z przesłaniem Zamawiającemu podmiotowych środków dowodowych, które następnie uzupełnił dodatkowymi dowodami dotyczącymi wątku wykluczenia za poważne wykroczenie zawodowe. Co znamienne i kluczowe dla oceny sprawy, obie aktywności Odwołującego podjęte zostały w krótkim horyzoncie czasowym i obie dokonane zostały na 4 dni przed terminem zakreślonym do ich wykonania przez Zamawiającego. W przedmiotowych okolicznościach, wiedząc, że termin mija dopiero 7 sierpnia 2023 r. Odwołujący miał pełne prawo podejmować działania, o których mowa w wezwaniu z dn. 28 lipca 2023 r. do samego końca wyznaczonego terminu, zaś Zamawiający powinien wszelkie działania w tym terminie podjęte honorować i brać pod uwagę w kontekście podejmowanych następnie decyzji przetargowych. Odwołujący - w świetle ww. okoliczności - pozostawał w uzasadnionym przekonaniu co do tego, że działa w terminie i nie sposób wyciągać w stosunku do niego negatywnych konsekwencji. Zwłaszcza, że nie miał on żadnej wiedzy na temat rzekomego podjęcia w dniu 2 sierpnia 2023 r. decyzji o wykluczeniu go z postępowania. Pominięcie przez Zamawiającego w całości materiałów dosłanych w terminie 3 sierpnia 2023 r. (a więc cztery dni przed wyznaczonym terminem) jest całkowicie niezrozumiałe z prawnego punktu widzenia. Z niezrozumiałych przyczyn Zamawiający założył,

że wyjaśnieniom z zakresu self-cleaningu zawsze i bezwarunkowo towarzyszyć powinny dowody (dosłane przecież i tak dnia 3 sierpnia 2023 r.). Tymczasem, nawet jeśli hipotetycznie założyć konieczność ich przedłożenia, brak dowodów nie zwalania Zamawiającego z merytorycznej oceny wyjaśnień oferenta przedłożonych wraz z JEDZ. Tymczasem, Zamawiający w ogóle owych wyjaśnień nie przanalizował, w żaden sposób się do nich nie odniósł w uzasadnieniu odrzucenia oferty opierając się wyłącznie o wspomniany rzekomy brak formalny (brak dowodów), co nie znajduje oparcia w przepisach prawa. Obowiązkiem Zamawiającego była wnikliwa ocena czy przedstawione okoliczności sprawy (w tym wypadku powody rozwiązania umowy Odwołującego na ochronę sądu w Toruniu) faktycznie powinny skutkować wykluczeniem z przetargu. Fakt wspomnienia o tym w JEDZ przez wykonawcę nie skutkuje domniemaniem, że przedmiotowe okoliczności aktualizują przesłankę z art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp. Zamawiający nie jest zwolniony z oceny opisanych w JEDZ okoliczności. Teoretycznie, nawet w związku ze zbyt ogólnym samooczyszczeniem może dojść do wniosku, że zachowanie wykonawcy nie wpisuje się w przesłankę wykluczenia z uwagi na swój charakter. W analizowanej sprawie Zamawiający całkowicie zaniechał działań w tym zakresie. Odwołujący zauważył, że podobna sytuacja była już przedmiotem orzekania przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku KIO z dn. 22 października 2021 r., sygn. akt: KIO 2916/21.

W ocenie Odwołującego decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego zapadła przedwcześnie, z bezzasadnym pominięciem kluczowych dla sprawy dokumentów oraz bez analizy merytorycznej okoliczności, o których mowa w samooczyszczeniu.

Odwołujący zarzucił dalej naruszenie zasady uczciwej konkurencji - arbitralność i brak przejrzystości w zasadach oceny dokumentów podmiotowych wskazując, że opisana powyżej sytuacja, a zwłaszcza argument Zamawiającego o niedopuszczalności oceny dokumentów złożonych w dn. 3 sierpnia 2023 r. w związku z rzekomą decyzją o odrzuceniu oferty Odwołującego dzień wcześniej nakazuje uznać, że działania Uniwersytetu naruszają w podstawowe zasady na których opiera się system zamówień publicznych, tj. przejrzystość działań i uczciwą konkurencję. Zauważył, że Odwołujący nie został jakkolwiek poinformowany przez Zamawiającego o fakcie wykluczenia go decyzją z dnia 2 sierpnia 2023 r. Nie otrzymał na bieżąco żadnej informacji, że mimo pozostawiania w terminie na złożenie dokumentów podmiotowych Zamawiający uznał, że etap kwalifikacji podmiotowej w stosunku do Odwołującego jednak się zakończył. O losach oferty przesądzić tym samym miała podjęta wewnątrz organizacji Zamawiającego, nigdzie niezakomunikowana decyzja, że konsorcjum Hunters zostaje wykluczone dn. 2 sierpnia 2023 r. i żadne działania podjęte przez Odwołującego po tej dacie nie mogą już być skuteczne. Przyjęcie, że powyższy scenariusz jest zgodny z ustawą pzp tworzy oczywiste pole do nadużyć i arbitralnego wypaczania wyników postępowań przez zamawiających, którzy chcą wybrać konkretnego wykonawcę, a nie tego, który faktycznie złożył najkorzystniejszą ofertę. O losach oferty decydują bowiem w tych okolicznościach nie fakty, a nieweryfikowalna deklaracja zamawiającego co do daty podjęcia decyzji o wykluczeniu oferenta. Dla przykładu, hipotetycznie — jeżeli dany wykonawca trafia w gusta zamawiającego, organizator przetargu może poddać ocenie dokumenty z zakresu samooczyszczenia i dać im wiarę. Jeśli jednak nie trafia, zamawiający może odmówić oceny dodatkowo złożonych w terminie dokumentów twierdząc, że jednak chwilę wcześniej przed ich złożeniem zapadła 'zakulisowo' decyzja o wykluczeniu wykonawcy, co czyni złożenie dokumentów spóźnionym (pomimo zachowania przez wykonawcę pierwotnego terminu). Wynik oceny podmiotowej zależy tym samym wyłącznie od tego czy zamawiający zechce czy jednak nie zechce poddać ocenie złożone dokumenty. Taka sytuacja nie może zostać uznana za akceptowalną w świetle art. 16 ustawy pzp. O zachowaniu terminu na dokonanie przez wykonawcę czynności decydować powinny względy obiektywne, tj. kalendarz, a nie subiektywne, możliwe do elastycznego kształtowania preferencje i opinie zamawiających.

W zakresie zarzutu ewentualnego Odwołujący wskazał, że Zamawiający powinien w świetle wymogów ustawy pzp poddać analizie w kontekście wykluczenia również dokumenty złożone dnia 3 sierpnia 2023 r. Zauważył, że nawet jeśli stanowisko o spóźnionym ich złożeniu uznać za trafne (czemu Odwołujący przeczy), to i tak decyzję o wykluczeniu Odwołującego należałoby uznać za przedwczesną. Jeżeli istotnie dnia 2 sierpnia 2023 r. Zamawiający uznałby, że materiały złożone przez Odwołującego w ramach self-cleaningu są niekompletne, właściwą reakcją organizatora przetargu byłoby wezwanie do ich uzupełnienia na podstawie art. 128 ust. 1 w zw. z art. 110 ust. 3 ustawy pzp, nie zaś wykluczenie wykonawcy. W orzecznictwie KIO podkreśla się, że ciężar dowodu i inicjatywa w zakresie samooczyszczenia obarcza wykonawcę. Odwołujący ma tego pełną świadomość i nie polemizuje z takim podejściem. Nie oznacza to jednak, że w obliczu stwierdzenia przez zamawiającego jakichkolwiek rzekomych braków / niedociągnięć w zakresie samooczyszczenia zamawiający powinien automatycznie wykluczać wykonawcę. Stałoby to bowiem w sprzeczności z celem art. 128 ust. 1 ustawy pzp, którym jest umożliwienie „uratowania” oferty w obliczu ewentualnych braków po stronie oferenta. Dla przykładu — oczywiste błędy w JEDZ (np. omyłkowe przyznanie przez wykonawcę, że podlega wykluczeniu i zaniechanie samooczyszczenia) skutkuje w świetle orzecznictwa koniecznością wezwania do poprawienia JEDZ. Dlaczego zatem w okolicznościach niekompletnego self-cleaningu wykonawca miałby nie dostawać

przysłowiowej „drugiej szansy” wynikającej z art. 128 ust. 1 ustawy pzp? Zdaniem Odwołującego, nie ma ku temu racjonalnego uzasadnienia. Jeśli przyjąć za akceptowalny wspomniany dualizm w podejściu do braków dokumentacyjnych wykonawców, okazuje się, że oferent całkowicie bagatelizujący swoje obowiązki traktowany jest bardziej preferencyjnie niż ten, który ich nie bagatelizuje, lecz wykonuje je po prostu niedostatecznie dobrze. Pierwszy zyskuje szanse na poprawę, drugi natychmiastowo traci szanse na pozyskanie zamówienia. Odwołujący wskazał, że i w orzecznictwie KIO podkreśla się konieczność umożliwienia wykonawcy uzupełnienia dokumentów w ramach samooczyszczenia: wyrok KIO z dn. 26 sierpnia 2021 r., sygn. akt: KIO 2348/21.

Odwołujący podniósł, że uznanie działań Zamawiającego w niniejszej sprawie za prawidłowe stanowiłoby triumf nadmiernego, nieuzasadnionego niczym formalizmu proceduralnego nad kluczowymi wartościami przepisów ustawy pzp, w szczególności efektywnością wydatkowania środków publicznych, która z pewnością w tym miejscu nie istnieje — cena oferty uznanej za najkorzystniejszą jest o blisko 90 000 zł wyższa od oferty Odwołującego.

W dniu 15 września 2023 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

W dniu 15 września 2023 r. Przystępujący złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonym piśmie oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosili skuteczne przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Makropol sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, Makropol TP sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, Basma Security sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Cerber Ochrona sp. z o.o. z siedzibą w Liwie.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenie przystąpienia wraz z załącznikami, pismo procesowe Przystępującego oraz dowód złożony przez Odwołującego na rozprawie: notatkę służbową ze spotkania Wykonawców z Zamawiającym w dniu 3 sierpnia 2023 r.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z SWZ:

- „ROZDZIAŁ 8. PODSTAWY WYKLUCZENIA, 1. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się Wykonawcę w stosunku do których zachodzi którakolwiek z okoliczności wskazanych w art. 108 ust. 1 ustawy Pzp i art. 109 ust. 1 pkt 1, 4, 5 i 8-10. (...) B. Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 1, 4, 5 i 8-10 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający wykluczy Wykonawcę: (...) pkt 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;”

- „ROZDZIAŁ 16. WYKAZ DOKUMENTÓW SKŁADANYCH WRAZ Z OFERTĄ (...) 2. Na podstawie art. 126 i 127 ustawy Pzp Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych tj.: (...) d) Aktualne na dzień składania oferty oświadczenie stanowiące wstępne potwierdzenie, że

Wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Oświadczenie Wykonawca jest zobowiązany złożyć w oryginale w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ), stanowiącego Załącznik nr 15 do SWZ, w formie dokumentu elektronicznego, opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Na podstawie art. 139 ust 2 ustawy Pzp Zamawiający żąda tego oświadczenia wyłącznie od Wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona. Wypełniając JEDZ Wykonawca powinien uzupełnić także część III – podstawy wykluczenia, w sekcji D – Inne podstawy wykluczenia, które mogą być przewidziane w przepisach krajowych państwa członkowskiego instytucji zamawiającej lub podmiotu zamawiającego w zakresie przesłanek wykluczenia z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego wymienionych w Rozdziale 8 ust. 2 SWZ. Zamawiający dopuszcza, aby Wykonawca wypełniając JEDZ ograniczył się do wypełnienia w części IV: „Kryteria kwalifikacji” jedynie punktu a: „Ogólne oświadczenie dotyczące wszystkich kryteriów kwalifikacji” i nie musi wypełniać sekcji A, B, C, D w części IV.”

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 28 lipca 2023 r. wezwał Odwołującego do: „Na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wzywa Państwa, jako Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych tj.: (...) 2. w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu: (...) d) Aktualne na dzień składania oferty oświadczenie stanowiące wstępne potwierdzenie, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Oświadczenie Wykonawca jest zobowiązany złożyć w oryginale w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ), stanowiącego Załącznik nr 15 do SWZ, w formie dokumentu elektronicznego, opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Wypełniając JEDZ Wykonawca powinien uzupełnić także część III — podstawy wykluczenia, w sekcji D — Inne podstawy wykluczenia, które mogą być przewidziane w przepisach krajowych państwa członkowskiego instytucji zamawiającej lub podmiotu zamawiającego w zakresie przesłanek wykluczenia z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego wymienionych w Rozdziale 8 ust. 2 SWZ. Zamawiający dopuszcza, aby Wykonawca wypełniając JEDZ ograniczył się do wypełnienia w części IV: „Kryteria kwalifikacji” jedynie punktu a: „Ogólne oświadczenie dotyczące wszystkich kryteriów kwalifikacji” i nie musi wypełniać sekcji A, B, C, D w części IV. W przypadku oferty składanej przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie Zamówienia, wymóg złożenia Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia dotyczy każdego z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. JEDZ dotyczący każdego z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie Zamówienia musi zostać złożony w formie dokumentu elektronicznego, opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym Wykonawcy, którego dotyczy. (...) Proszę o złożenie ww. dokumentów za pośrednictwem Platformy Przetargowej znajdującej się pod adresem <https://platformazakupowa.pl/pn/up.poznan> lub na adres e-mail magdalena.wegrzynowicz@up.poznan.pl w terminie do dnia 07.08.2023 roku.”

Odwołujący w dniu 31 lipca 2023 r. uzupełnił ww. dokumenty, w tym w JEDZ Green HUNTERS sp. z o.o. sp.k., HUNTERS24 sp. z o.o. sp.k., Holding HUNTERS sp. z o.o. sp.k., HUNTERS Ochrona Plus sp. z o.o., Human HUNTERS sp. z o.o. sp.k. i na pytanie: „Czy wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego? W stosownych przypadkach zob. definicje w prawie krajowym, stosownym ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia.” Odwołujący odpowiedział: „TAK” zaznaczając, że załącza dokument dotyczący „samooczyszczenia”, w którym wskazano: „Informacja o dokonaniu samooczyszczenia Dotyczy następujących podmiotów z Organizacji HUNTERS:

1. Holding HUNTERS sp. z o.o. sp.k. — Lider Konsorcjum NIP 9950254487 KRS 0000783444 Ul. Bukowska 114, 62-065 Grodzisk Wielkopolski
2. HUNTERS24 sp. z o.o. sp.k. NIP 7773225667 KRS 0000421140 Ul. Bukowska 114, 62-065 Grodzisk Wielkopolski
3. Green HUNTERS sp. z o.o. sp.k. NIP 9950225741 KRS 0000425139 Al. Jerozolimskie 151/4U, 02326 Warszawa
4. Human HUNTERS sp. z o.o. sp.k. NIP 9950225712 KRS 0000425259 Al. Jerozolimskie 151/4U, 02326 Warszawa
5. Blue HUNTERS sp. z o.o. sp.k. NIP 9950227154 KRS 0000512949 Al. Jerozolimskie 151/4U, 02326 Warszawa
6. HUNTERS Ochrona Plus sp. z o.o. NIP 8291534560 KRS 0000150768 Ul. Sulejowska 45, 97-300 Piotrków Trybunalski

Pismem z dnia 10 stycznia 2023 r. Dyrektor Sądu Okręgowego w Toruniu wypowiedział umowę nr 74 / 2022 zawartą w dniu 22 listopada 2022 r. z Holding Hunters sp. z o.o. sp. k. - Liderem Konsorcjum wybranym w ramach postępowania przetargowego nr G-351-12/ 22 na świadczenie usługi stałej ochrony fizycznej osób i mienia wraz ze wsparciem grupy interwencyjnej na terenie obiektów Sądu Okręgowego w Toruniu, Sądu Rejonowego w Chełmnie, Sądu Rejonowego w Golubiu-Dobrzyniu oraz Sądu Rejonowego w Wąbrzeźnie. Wypowiedzenie dotyczyło wyłącznie obiektu Sądu Okręgowego

w Toruniu. W pozostałych lokalizacjach wskazanego postępowania tj. w Sądach Rejonowych w Chełmnie, Golubiu Dobrzyńskim oraz Wąbrzeźnie usługa realizowana jest nadal, bez zastrzeżeń i uwag Zamawiającego. Jako przyczynę wypowiedzenia Zamawiający wskazał uchybienia Wykonawcy jakich dopuścił się na etapie realizacji zamówienia (między innymi zapewnienie niepełnej obsady osobowej, nie wystarczająca znajomość regulaminów wewnętrznych obowiązujących na terenie Sądu czy nienależyte prowadzenie książki służby). Niezwłocznie po zapoznaniu się z wypowiedzeniem, to jest 12 stycznia 2023 r. Prezes Zarządu Spółek w Organizacji HUNTERS zarządzeniem nr 1/2023 powołał Komisję ds. wyjaśnienia przyczyn i okoliczności dotyczących wypowiedzenia Umowy przez Zamawiającego w części dotyczącej Sądu Okręgowego w Toruniu. Wyjaśnienia przyczyn i okoliczności wypowiedzenia umowy w części dotyczącej Sądu Okręgowego w Toruniu Komisja zakończyła dnia 06 lutego 2023 r. przekazując sprawozdanie i protokół ze swoich prac Zarządowi. W toku przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego Komisja potwierdziła wystąpienie uchybień wskazanych przez Dyrektora Sądu Okręgowego w Toruniu. Uchybienia te, w ocenie Komisji, były wynikiem błędów i niedostatecznej staranności osób nadzorujących realizację kontraktu (niedostateczna ocena uwarunkowań lokalnych na etapie składania ofert, oddelegowanie niewłaściwych osób wdrażających umowę, trudności kadrowe w trakcie realizacji usługi). Zarząd po zapoznaniu się z wnioskami Komisji wydał Zarządzenie nr 2/2023 na mocy którego podjęte zostały działania, wyczerpujące przesłanki zawarte w art. 110 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych tj.:

1. Wywiązał się z wszelkich roszczeń finansowych Zamawiającego w związku z nienależytym wykonaniem umowy.

2. Aktywnie współpracował, na etapie postępowania wyjaśniającego okoliczności wypowiedzenia, z Zamawiającym w celu uzyskania wyczerpujących informacji na temat działań podlegających: poprawie, naprawie, eliminacji.

3. Podjął następujące czynności techniczne, organizacyjne i kadrowe tj.:

a. reorganizacja personelu, w tym wyciągnięcie konsekwencji służbowych wobec osób odpowiedzialnych za nadzór nad realizacją umowy,

b. aktualizacja istniejących procedur i procesów związanych z wdrażaniem nowych umów,

c. aktualizacja procedur i procesów związanych z rekrutacją,

d. powołanie grupy niezależnych audytorów kontrolujących i nadzorujących procesy wdrażania nowych kontraktów, w tym składających sprawozdania z ich realizacji bezpośrednio do osób zarządzających przedsiębiorstwem wykonawcy,

e. powołanie mobilnych grup wsparcia do reakcji w sytuacjach wystąpienia kryzysów kadrowych.

Każdego roku Organizacja HUNTERS na terenie całego kraju pozyskuje i realizuje około 100 kontraktów przetargowych. Przypadek obiektu Sądu Okręgowego w Toruniu jest pierwszym takim przypadkiem w 30-letniej działalności Organizacji HUNTERS należy zatem uznać go jako incydentalny, a samego wykonawcę jako rzetelnego oraz godnego zaufania."

Zgodnie z PROTOKOŁEM Z POSIEDZENIA KOMISJI PRZETARGOWEJ z dnia 2 sierpnia 2023 r. w dniu 02 sierpnia 2023 roku odbyło się posiedzenie Komisji Przetargowej powołanej na podstawie Decyzji kierownika Zamawiającego z dnia 21 marca 2023 roku. 2. Celem spotkania była weryfikacja podmiotowych środków dowodowych złożonych w dniu 31.07.2023 r. przez Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona w rankingu ofert (...). 3. Komisja rozpoczęła prace od weryfikacji czy Wykonawca konsorcjum Holding Hunters — nie podlega wykluczeniu z postępowania. O Zamawiający wymagał od Wykonawców wykazania braku wykluczenia na podstawie art. 108 ust. 1 ustawy PZP i art. 109 ust. 1 pkt 1, 4, 5 i 8-10 ustawy Pzp. Wykonawca Konsorcjum Holding Hunters wskazał w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia (JEDZ), że spełnia przesłankę stanowiącą podstawę wykluczenia Wykonawcy z art. 109 ust. 1 pkt 5, tj. Wykonawca 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 nienależyście wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów. W związku z tym dołączył do podmiotowych środków dowodowych dokument z wyjaśnieniami Self-cleaning. W ramach procedury samooczyszczenia Wykonawca oprócz wskazania, iż spełnia przesłankę wykluczenia musi także wykazać (udowodnić) Zamawiającemu, że podjął łącznie działania wymienione w art. 110 ust. 2 pkt 1—3 ustawy Pzp. 4. W oparciu o opinię radcy prawnego świadczącego usługi na rzecz Zamawiającego: W przedmiotowej sprawie Wykonawca Hunters złożył Państwu w ramach samooczyszczenia jedynie wyjaśnienia, w których wskazał, że podjął określone czynności naprawcze i zaradcze. Wykonawca nie dołączył do danych wyjaśnień żadnych dowodów na potwierdzenie swoich twierdzeń. Z kolei dowody w procedurze samooczyszczenia mają kluczowe znaczenie — Wykonawca nie ma bowiem wyjaśnić Zamawiającemu, dlaczego nie ma zostać wykluczony z postępowania, lecz ma udowodnić, że zostały spełnione wszystkie przesłanki jego samooczyszczenia z art. 110 PZP. Uznać zatem należy, że same wyjaśnienia złożone w sprawie nie są wystarczające do przyjęcia, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu w postępowaniu." oraz „na

podstawie złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień (bez poparcia ich dowodami), Zamawiający nie jest w stanie ocenić czy Wykonawca faktycznie podjął czynności, o których mowa w art. 110 ust. 2 PZP oraz czy czynności te są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu Wykonawcy. Tym samym, Wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania bez dalszych wezwań.” Komisja Przetargowa podjęła decyzję o wykluczeniu Wykonawcy — konsorcjum Holding Hunters z udziału w przedmiotowym postępowaniu. 5. W związku z powyższym, w celu dalszego procedowania Komisja Przetargowa wezwała do złożenia podmiotowych środków dowodowych Wykonawcę, który złożył ofertę kolejną w rankingu ofert (...).”

W dniu 2 sierpnia 2023 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

W dniu 3 sierpnia 2023 r. Odwołujący złożył dodatkowo pismo i dowody dotyczące samooczyszczenia: „Środki dowodowe w zakresie procedury SAMOOCZYSZCZENIA W ramach uzupełnienia informacji o samooczyszczeniu dołączamy następujące dokumenty: 1. Nota obciążeniowa wystawiona przez Sąd Okręgowy w Toruniu oraz potwierdzenie jej uiszczenia 2. Zarządzenie Zarządu nr 1 powołujące Komisję ds. wyjaśnienia okoliczności wypowiedzenia umowy przez Sąd Okręgowy w Toruniu 3. Potwierdzenia zakończenia współpracy z osobami odpowiedzialnymi odpowiednio za nadzór i realizację kontraktu na rzecz Sądu Okręgowego w Toruniu tj. - Dyrektorem Regionu, odpowiedzialnym za nadzór nad realizacją usługi - Kierownikiem Ochrony, odpowiedzialnym za prawidłową realizację usługi 4. Zarządzenie Zarządu nr 2 w sprawie działań naprawczych.”

W dniu 28 sierpnia 2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Przystępującego oraz, że oferta Odwołującego: „podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. „a” w związku z art. 109 ust. 1 pkt 5 oraz art. 110 ust. 3 ustawy Pzp: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania w związku z: Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, 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 oraz: Zamawiający ocenia, czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. Jeżeli podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zamawiający wyklucza wykonawcę. W postępowaniu (Rozdział 8 ust. 1 SWZ) Zamawiający wymagał od Wykonawców wykazania braku wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, tj. Wykonawca 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. Konsorcjum HUNTERS w dniu 31.07.2023 r. złożyło podmiotowe środki dowodowe. W Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia (JEDZ) przyznało, że spełniają ww. przesłankę wykluczenia oraz dołączyło dokument z wyjaśnieniami Self-cleaning. Zgodnie z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp: (...) W ramach procedury samooczyszczenia Wykonawca oprócz wskazania, iż spełnia przesłankę wykluczenia musi także wykazać (udowodnić) Zamawiającemu, że podjął łącznie działania wymienione w art. 110 ust. 2 pkt 1-3 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 110 ust. 3 ustawy PZP Zamawiający ocenia, czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. W pierwszej kolejności Zamawiający ocenia, czy Wykonawca udowodnił środki podjęte w celu wykazania jego rzetelności. Zamawiający musi zatem ocenić wiarygodność i moc dowodów oraz ustalić fakty. W komentarzu UZP do przepisu art. 110 ustawy Pzp wskazano, iż: „Samo podjęcie działań naprawczych i zapobiegawczych określonych w art. 110 ust. 2 pkt 1—3 Pzp nie jest wystarczające. Z brzmienia art. 110 ust. 2 PZP wynika, że wykonawca musi udowodnić te działania zamawiającemu. Ciężar udowodnienia samooczyszczenia spoczywa zatem na wykonawcy. Zamawiający nie bada z urzędu, czy wykonawca, wobec którego zachodzą podstawy wykluczenia określone w art. 108 i art. 109 ust. 1 Pzp, podjął działania w celu samooczyszczenia, które są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Wykonawca musi przedstawić dowody z własnej inicjatywy. Potwierdza to treść motywu 102 preambuły dyrektywy klasycznej, zgodnie z którym wykonawcy powinni mieć możliwość zwracania się o zbadanie środków dostosowawczych podjętych w celu ewentualnego dopuszczenia do postępowania o udzielenie zamówienia” W przedmiotowej sprawie konsorcjum HUNTERS złożyło w ramach samooczyszczenia jedynie wyjaśnienia, w których wskazało, że podjęło określone czynności naprawcze i zaradcze. Nie dołączyło do danych wyjaśnień żadnych dowodów na potwierdzenie swoich twierdzeń. Z kolei dowody w procedurze samooczyszczenia mają kluczowe znaczenie — Wykonawca nie ma bowiem wyjaśnić Zamawiającemu, dlaczego nie ma zostać wykluczony z postępowania, lecz ma udowodnić, że zostały spełnione wszystkie przesłanki jego samooczyszczenia z art. 110 ustawy Pzp. Uznać zatem należy, że same wyjaśnienia złożone w sprawie nie są wystarczające do przyjęcia, że konsorcjum HUNTERS nie podlega wykluczeniu w postępowaniu. W wyroku KIO z dnia 27 sierpnia 2019 r. (KIO 1576/19) wskazano: „Ustawodawca w art. 24 ust. 8 ZamPublU [aktualnie art. 110 ust. 2] 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 [aktualne ust. 2]. Zatem dowody rzetelności przedstawiane przez wykonawcę podlegają zawsze ocenie zamawiającego, do którego należy ostateczne przesądzenie, czy można uznać je za wystarczające." Analogiczny stan faktyczny był przedmiotem oceny KIO w wyroku z dnia 23 października 2017 r. (KIO 2106/17): „Wykonawca załączył do oferty oświadczenie, w którym wskazał, że podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ZamPublU [aktualnie art. 109 ust. 1 pkt 7], ale nie dołączył dokumentów mających potwierdzać fakt prawidłowego wdrożenia procedury samooczyszczania. Oferta Odwołującego zawierała jedynie wyjaśnienia przyczyn rozwiązania Umowy (...) z 22 sierpnia 2016 r., informację o zapłaceniu kary umownej na rzecz Zamawiającego oraz opis działań o charakterze organizacyjnym i kadrowym, podjętych dla uniknięcia w przyszłości kolejnego niepowodzenia w realizacji umowy. Nie można jednak stwierdzić, by dokument ten dawał Zamawiającemu wystarczającego oparcie do analizy wiarygodności Odwołującego. Była to wyłącznie deklaracja, niepoparta żadnymi konkretnymi dowodami. W interesie wykonawcy jest wykazanie Zamawiającemu, że jest podmiotem na tyle wiarygodnym, by wynikający z art. 24 ust. 7 pkt 3 ZamPublU [aktualnie art. 111 pkt 4] nakaz wykluczania go z postępowań o udzielanie zamówień publicznych przez kolejne trzy lata od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia był sankcją niewspółmierną, a przez to nie znajdującą zastosowania. Biorąc pod uwagę spoczywający na wykonawcy ciężar dowodu, Zamawiający nie miał obowiązku wzywania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie niepodlegania wykluczeniu na podst. art. 24 ust. 5 pkt 4 ZamPublU [aktualnie art. 109 ust. 1 pkt 7]” Jak wskazano w ww. orzeczeniu, Zamawiający nie ma obowiązku wzywania Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających skuteczne przeprowadzenie procedury samooczyszczania. Potwierdza to także wyrok KIO z dnia z dnia 27 sierpnia 2019 r. (KIO 1576/19): „Istotne z punktu widzenia art. 24 ust. 8 [aktualnie art. 110 ust. 2] ustawy - Prawo zamówień publicznych jest to, że samą procedurę samooczyszczania ma przeprowadzić wykonawca. Nie jest zaś obowiązkiem zamawiającego poszukiwanie czy domaganie się dowodów na potwierdzenie przeprowadzenia procedury samooczyszczania przez wykonawcę. O ile zamawiający może zainicjować taką procedurę, to już wykonawca samodzielnie musi zdecydować, czy chce z niej skorzystać, jakie czynności podejmie i dowody przedstawi zamawiającemu”. Co więcej w wyroku KIO z dnia 22 września 2017 r. (KIO 1851/17) wyjaśniono: „Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że w ramach procedury samooczyszczania Zamawiający ma prawny obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na zasadzie art. 26 ust. 2fZamPublU [aktualnie art. 126 ust. 21] stanowiącego, że jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, a jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio oświadczenia lub dokumenty nie są już aktualne, do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów. Zdaniem Izby powyższy przepis ma charakter fakultatywny, a w stosunku do przepisu art. 24 ust. 8 ZamPublU [aktualnie art. 110 ust. 21] nie ma on w ogóle zastosowania z tego powodu, że przepisu art. 24 ust. 8 ZamPublU [aktualnie art. 110 ust. 21] ma charakter przepisu szczególnego obejmującego swoją dyspozycją wolę wykonawcy do samooczyszczania. Przy czym wola ta musi przejawiać się w aktywności wykonawcy w postaci konieczności przedstawienia Zamawiającemu dowodów dostatecznie potwierdzających samooczyszczanie. Należy również podkreślić, że oceny samooczyszczania Zamawiający dokonuje na podstawie dostarczonych przez wykonawcę dowodów. Zgodnie z art. 110 ust. 3 ustawy Pzp: „Zamawiający ocenia, czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. Jeżeli podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zamawiający wyklucza wykonawcę.” Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego, Zamawiający uznaje, że na podstawie złożonych przez konsorcjum HUNTERS wyjaśnień (bez poparcia ich dowodami), nie jest w stanie ocenić czy Wykonawca ten faktycznie podjął czynności, o których mowa w art. 110 ust. 2 ustawy PZP oraz czy czynności te są wystarczające do wykazania rzetelności tego Wykonawcy, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu. Tym samym, Zamawiający w dniu 02.08.2023 r. podjął decyzję o wykluczeniu konsorcjum HUNTERS z postępowania bez dalszych wezwań. W związku z tym oferta konsorcjum HUNTERS została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. „a” w związku z art. 109 ust. 1 pkt 5 oraz art. 110 ust. 3 ustawy Pzp. W dniu 02.08.2023 r. Zamawiający wezwał do złożenia podmiotowych środków dowodowych Wykonawcę, który złożył ofertę kolejną w rankingu ofert. Konsorcjum HUNTERS w dniu 03.08.2023 r. z własnej inicjatywy złożyło dowody na potwierdzenie dokonania skutecznego samooczyszczania. Zgodnie z orzecznictwem KIO i sądów, jeżeli Wykonawca ma wiedzę co do swoich podstaw wykluczenia na etapie składania oferty, co do zasady powinien złożyć wszystkie wymagane do procedury

samooczyszczenia dokumenty już wraz z ofertą. Dopuszcza się jednak wyjątkowo możliwość późniejszego (po terminie składania ofert) złożenia uzupełnienia dokumentów przez Wykonawcę w ramach procedury samooczyszczenia, przy czym nie później niż do podjęcia decyzji przez Zamawiającego o wykluczeniu Wykonawcy z postępowania. Taki pogląd wyrażono m.in. w wyroku KIO z dnia 27 sierpnia 2019 r. (KIO 1576/19): „W ocenie Izby podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia może podjąć działania w celu samooczyszczenia także po złożeniu oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tj. w zasadzie w każdym momencie w czasie trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ostateczną granicą czasową na przeprowadzenie procedury jest decyzja zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy”. Potwierdza to także wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 stycznia 2019 r. (sygn. akt XXIII Ga 1811/18). Zamawiający może wykluczyć Wykonawcę na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu konsorcjum HUNTERS z udziału w postępowaniu w dniu 02.08.2023 r. Skutkiem tego było skierowanie do oferenta drugiego w kolejności oceny ofert, wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Konsorcjum HUNTERS uzupełniło dowody podjęcia środków naprawczych i zaradczych w dniu 03.08.2023 r. Zamawiający uznaje zatem, że konsorcjum HUNTERS podjęło działania w celu swojego samooczyszczenia (uzupełniło dokumenty) już po podjęciu przez Zamawiającego decyzji o jego wykluczeniu z postępowania.”

Zgodnie z art. 7 pkt 17 ustawy pzp przez podmiotowe środki dowodowe należy rozumieć: „środki służące potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, z wyjątkiem oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1”

Artykuł 16 pkt 1 – 3 ustawy pzp stanowi: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.”

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp: „1. 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.”

W myśl art. 110 ustawy pzp: „1. Wykonawca może zostać wykluczony przez zamawiającego na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia. 2. Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2–5 i 7–10, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie następujące przesłanki: 1) naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne; 2) wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym; 3) podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności: a) zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy, b) zreorganizował personel, c) wdrożył system sprawozdawczości i kontroli, d) utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów, e) wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów. 3. Zamawiający ocenia, czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. Jeżeli podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zamawiający wyklucza wykonawcę.”

Oddział 4 Podmiotowe środki dowodowe: „art. 125. 1. Do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty wykonawca dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego. 2. Oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, składa się na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, sporządzonym zgodnie ze wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającym standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz. Urz. UE L 3 z 06.01.2016, str. 16), zwanego dalej „jednolitym dokumentem”. 3. Oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, odpowiednio na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe. 4. W przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez wykonawców, oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, składa każdy z wykonawców. Oświadczenia te potwierdzają brak podstaw wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji w zakresie, w jakim każdy z wykonawców wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.”

W myśl art. 126 ust. 1 ustawy pzp: „1. Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.”

Zgodnie z art. 139 ustawy pzp: „1. Zamawiający może najpierw dokonać badania i oceny ofert, a następnie dokonać kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w SWZ lub w ogłoszeniu o zamówieniu. 2. W przypadku, o którym mowa w ust. 1, wykonawca nie jest obowiązany do złożenia wraz z ofertą oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, jeżeli zamawiający przewidział w SWZ możliwość żądania tego oświadczenia wyłącznie od wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona. 3. Jeżeli wobec wykonawcy, o którym mowa w ust. 1, zachodzą podstawy wykluczenia, wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, nie składa podmiotowych środków dowodowych lub oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, zamawiający dokonuje ponownego badania i oceny ofert pozostałych wykonawców, a następnie dokonuje kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu.”

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy pzp: „1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 2) została złożona przez wykonawcę a) podlegającego wykluczeniu z postępowania.”

W myśl art. 239 ust. 1 ustawy pzp: „Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.”

Przedmiotem sporu w niniejszej sprawie była ocena prawidłowości odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o podstawy prawne i faktyczne wskazane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 28 sierpnia 2023 r., a dotyczące wypełnienia się wobec Odwołującego przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp w zw. z art. 110 ust. 3 ustawy pzp i uznania przez Zamawiającego, że wyjaśnienia złożone przez Odwołującego w ramach procedury samooczyszczenia nie pozwalają na ocenę czy czynności naprawcze są wystarczające do wykazania rzetelności Wykonawcy, a dowody dotyczące samooczyszczenia złożone przez Odwołującego w dniu 3 sierpnia 2023 r. są spóźnione. Analiza dokumentacji postępowania doprowadziła Izbę do przekonania, że czynność Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego była niezasadna z kilku powodów.

Na wstępie wskazania wymaga, że Izba ocenia prawidłowość dokonanych przez Zamawiającego czynności w oparciu o uzasadnienie faktyczne i prawne tych czynności, a więc w przedmiotowej sprawie poprzez analizę treści pisma informującego o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 28 sierpnia 2023 r. Podkreślić należy także, że nie było sporne w sprawie, że wobec Odwołującego może zachodzić przesłanka wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, co Odwołujący przyznał w JEDZ złożonym w dniu 31 lipca 2023 r. wraz uruchomieniem procedury self-cleaningu. Kluczową kwestią dla rozstrzygnięcia sporu było natomiast ustalenie w jakim terminie Wykonawca był zobowiązany przeprowadzić procedurę samooczyszczenia, a konkretnie, kiedy upłynął termin na złożenie dokumentów w ramach ww. procedury.

Nie ulega wątpliwości, że w myśl art. 110 ust. 1 ustawy pzp wykonawca może zostać wykluczony przez zamawiającego na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Rozpatrując moment, kiedy wykonawca powinien wystąpić z procedurą samooczyszczenia, to podkreślenia wymaga, że przepisy ustawy pzp nie regulują tego zagadnienia. Niemniej jednak doktryna i orzecznictwo akcentują, że co do zasady powinna zostać ona podjęta z inicjatywy samego wykonawcy, poprzez wskazanie w oświadczeniu wstępnym, że znajduje się w sytuacji uzasadniającej wykluczenie. W procedurze powyżej progów unijnych informacje o podjęciu działań naprawczych powinny więc znaleźć się już w oświadczeniu JEDZ (tak też: wyrok KIO z dnia 9 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 531/18). W doktrynie podkreśla się, że wykonawca powinien przedstawić zamawiającemu informacje o podjętych środkach naprawczych na jak najwcześniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - w ofercie wykonawcy (M. Sieradzka (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2022). Stanowisko takie znajduje potwierdzenie w orzecznictwie sądowym. W postanowieniu Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 25 lipca 2016 r. (V Ga 135/16, niepubl.) sąd potwierdził, że podjęcie działań samooczyszczających musi mieć miejsce na etapie przed składaniem ofert. Jak wskazała Izba w wyroku z dnia 14 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 1102/18, późniejsze, następcze w wyniku wezwania Zamawiającego czy po podjęciu przez niego decyzji o wykluczeniu samooczyszczenie wykonawcy wypaczałoby sens tej instytucji. Stanowiska wyrażające odmienny pogląd i wskazujące, iż ostateczną granicą czasową na przeprowadzenie procedury jest decyzja zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy (wyrok KIO z dnia 27 sierpnia 2019 r., sygn. akt KIO 1576/19, orzeczenie

Sądu Okręgowego w Warszawie, sygn. akt XXIII Ga 1811/18), wyprowadzają powyższe tezy z braku regulacji ustawowej określającej termin końcowy do przeprowadzenia procedury samooczyszczenia, a możliwość jej dokonania po terminie składania ofert determinują wystąpieniem nowych okoliczności faktycznych związanych z wypełnieniem się przesłanki wykluczenia. Zauważenia wymaga, że przepis art. 110 ust. 2 ustawy pzp znajduje zastosowanie do kilku podstaw wykluczenia, z których każda wymaga zaistnienia skonkretyzowanych przesłanek. Powyższe przekłada się na różnorodność stanów faktycznych, w których może mieć zastosowanie procedura self – cleaningu i nie jest wykluczone, że wykonawca z uwagi na wystąpienie określonych okoliczności będzie uprawniony przedstawić podjęcie środków naprawczych również po terminie składania ofert.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy, zauważyć należy na wstępie, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zastosował procedurę „odwróconą”, o której mowa w art. 139 ust. 2 ustawy pzp. Konsekwencją powyższego było żądanie dokumentu JEDZ nie wraz z ofertą, a wyłącznie od Wykonawcy najwyżej ocenionego – Odwołującego. Okoliczność ta ma niewątpliwie wpływ na ustalenie najwcześniejszego momentu, kiedy Wykonawca powinien był wystąpić z procedurą „samooczyszczenia”. W ocenie Izby i co w zasadzie Zamawiający przyznał na rozprawie, za moment ten nie można uznać upływu terminu składania ofert, gdyż dopiero w dokumencie JEDZ Wykonawca odpowiadał na pytania dotyczące wystąpienia wobec niego przesłanki wykluczenia i uzyskał możliwość opisanie przedsięwziętych środków w celu wykazania rzetelności. Niewątpliwie zatem w przedmiotowym postępowaniu, z uwagi na zastosowanie procedury „odwróconej” najwcześniejszym momentem na wystąpienie z „samooczyszczeniem” było złożenie dokumentu JEDZ wraz dokumentami dotyczącymi self-cleaningu w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego skierowanego do Wykonawcy na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy pzp z dnia 28 lipca 2023 r.

Idąc dalej, celem rozstrzygnięcia sporu, koniecznym było ustalenie granicznego terminu, po upływie którego dokumenty na wykazanie rzetelności Wykonawcy należało uznać za spóźnione. Zdaniem Izby, termin ten został określony przez Zamawiającego niewłaściwie, z naruszeniem zasady przejrzystości postępowania, co doprowadziło do niezasadnego wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty. Zamawiający argumentował, że skoro w dniu 31 lipca 2023 r. na wezwanie z art. 126 ust. 1 ustawy pzp Odwołujący złożył dokument JEDZ wraz z wyjaśnieniami w ramach „samooczyszczenia” to po tym terminie Zamawiający był uprawniony ocenić wdrożone środki naprawcze, wykluczyć Odwołującego, wezwać kolejnego w rankingu Wykonawcę do złożenia podmiotowych środków dowodowych i uznać za spóźnione dowody na podjęcie czynności naprawczych przekazane przez Odwołującego w dniu 3 sierpnia 2023 r. Zamawiający podnosił, że termin 10-dniowy wyznaczony w wezwaniu skierowanym na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy pzp nie dotyczył dokumentów samooczyszczenia, a podmiotowych środków dowodowych. Ze stanowiskiem Zamawiającego nie sposób się zgodzić.

Izba zauważa, że co prawda ustawa pzp nie reguluje wprost charakteru dokumentów self-cleaningu, niemniej jednak niewątpliwie są to dokumenty składane celem wykazania, że pomimo wystąpienia wobec wykonawcy przesłanki wykluczenia jest wykonawcą rzetelnym. W przypadku uznania przez zamawiającego, że podjęte środki naprawcze są wystarczające wykonawca nie podlega wykluczeniu. Podkreślić dalej należy, że Zamawiający mając na względzie procedurę „odwróconą” nie wezwał Wykonawcy wyłącznie do złożenia podmiotowych środków dowodowych, ale również do przedłożenia dokumentu JEDZ, którego częścią niewątpliwie są dokumenty dotyczące samooczyszczenia. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że art. 7 pkt 17 ustawy pzp wyłącza z podmiotowych środków dowodowych oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy pzp. Niemniej jednak, zgodnie z art. 125 ust. 3 ustawy pzp oświadczenie składane na formularzu JEDZ tymczasowo zastępuje wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe, co oznacza, że dokument ten wstępnie potwierdza brak podstaw wykluczenia i spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Z uwagi na procedurę „odwróconą” cezurą czasową na jego złożenie (wraz z ewentualnymi dokumentami dotyczącymi samooczyszczenia) nie będzie jednak upływ terminu składania ofert, a upływ terminu 10-dniowego wyznaczonego w wezwaniu skierowanym na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy pzp. Konsekwencją powyższych rozważań jest uznanie, że Odwołujący do upływu ww. terminu, a więc do dnia 7 sierpnia 2023 r. był uprawniony i zobowiązany złożyć dokument JEDZ wraz z dokumentami dotyczącymi self-cleaningu. Dopiero po tym terminie Zamawiający mógł uznać, że dysponuje kompletem dokumentów podlegających badaniu i dopiero po tym terminie Zamawiający był uprawniony dokonywać dalszych czynności w postępowaniu. Zamawiający zaniechał powyższego i w ocenie Izby niezasadnie uznał za spóźnione dowody złożone przez Odwołującego w dniu 3 sierpnia 2023 r. Zdaniem Izby irrelevantna jest okoliczność, że Odwołujący składał dokumenty w dwóch turach: 31 lipca 2023 r. oraz 3 sierpnia 2023 r. Ustawa pzp nie wprowadziła zasady jednokrotnego przekazania dokumentów, a jedynie reguluje termin w jakim dokumenty Zamawiający powinien otrzymać i w przedmiotowej sprawie był to termin 10-dniowy. Nie jest więc tak jak podnosił Zamawiający, że nie mógł mieć świadomości, że Odwołujący prześle jeszcze jakieś dokumenty i że przyjęcie argumentacji Odwołującego powodowałoby nadmierne przedłużenie procedury. W procedurze nie będącej

procedurą „odwroconą” termin na złożenie JEDZ wraz z dokumentami dotyczącymi self-cleaningu upływa wraz z upływem terminu składania ofert. Analogicznie należy więc uznać, że termin graniczny na uruchomienie procedury samooczyszczenia w procedurze „odwróconej” upływa w dniu wyznaczonym wezwaniem z art. 126 ust. 1 ustawy pzp, a więc w niniejszej sprawie w dniu 7 sierpnia 2023 r. Dlatego też Odwołujący zasadnie działał w zaufaniu i przekonaniu, że dokumenty przekazane do tego terminu będą honorowane przez Zamawiającego. Warto w tym miejscu przytoczyć rozważania Sądu Okręgowego w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z dnia 14 czerwca 2022 r. w sprawie o sygn. akt: XXIII Zs 46/22;„(...) zamawiający nieprawidłowo zastosował przepisy proceduralne. W dniu 29 listopada 2021 r. zamawiający zgodnie z art. 126 ust. 1 ustawy p.z.p. skierował do Odwołującego wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w którym wyznaczył wykonawcy termin do dnia 10 grudnia 2021 r. [S. sp. o.o.], w terminie pomiędzy 29 listopada 2021 r., a 10 grudnia 2021 r. przedłożyła zamawiającemu wszystkie wymagane dokumenty, w tym zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego złożeniem. W ocenie Sądu Okręgowego, brak jest jakichkolwiek podstaw do odrzucenia jego oferty, w sytuacji, gdy nie upłynął jeszcze wyznaczony termin do złożenia dokumentów. Stwierdzić należy, iż w określonym przepisami prawa zamówień publicznych terminie, przedłożono prawidłowo wszystkie wymagane dokumenty. W konsekwencji, [M.B.] nie było uprawnione do skierowania w dniu 2 grudnia 2021 r. wezwania wykonawcy do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego w postaci zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy p.z.p., w sytuacji, gdy dopiero w dniu 10 grudnia 2021 r. dla odwołującego upływał termin na złożenie wszystkich dokumentów.”

Mając na względzie powyższe, Izba uznała, że Zamawiający niezasadnie dokonał w dniu 2 sierpnia 2023 r. wykluczenia Odwołującego z postępowania. W ocenie Izby, Zamawiający swoim działaniem naruszył zasadę przejrzystości postępowania, szczególnie że Odwołujący nie mógł otrzymać informacji o wykluczeniu go z postępowania i wezwaniu kolejnego Wykonawcy do złożenia podmiotowych środków dowodowych przed przekazaniem informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Izba zwraca uwagę, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego powinno być prowadzone jako uporządkowany ciąg czynności. Oznacza to, że zamawiający dopiero po zakończeniu jednej czynności może rozpocząć następną. Ma to istotne znaczenie i w sytuacji, kiedy wykonawcy nie są informowani na bieżąco o losach swojej oferty, pozwala na zachowanie pewności co do czynności podejmowanych kolejno przez zamawiającego. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający naruszył tą zasadę, gdyż przed upływem wyznaczonego terminu na złożenie dokumentu JEDZ wykluczył Odwołującego z postępowania. Co prawda, ustawa pzp stanowi, że zamawiający może wykluczyć wykonawcę na każdym etapie postępowania, niemniej jednak regulacja ta nie uprawnia zamawiającego do wykluczenia wykonawcy w dowolnym momencie, a jedynie „na każdym etapie postępowania”. Przepis zatem nie stoi w sprzeczności z obowiązkiem prowadzenia postępowania jako uporządkowanego ciągu czynności, gdyż zamawiający może wykluczyć wykonawcę, ale po zakończeniu badania prowadzonego w stosunku do danego wykonawcy. W przedmiotowej sprawie badanie to mogło zakończyć się dopiero po upływie terminu wyznaczonego w wezwaniu z dnia 28 lipca 2023 r. i po tym terminie następował etap postępowania, kiedy Zamawiający mógł podejmować dalsze czynności. Przyjęcie odmiennego stanowiska powodowałoby niepewność co do możliwych działań zamawiającego i zaburzałoby ciąg czynności w postępowaniu.

W konsekwencji uznać należy, że ocena działań Wykonawcy w ramach procedury samooczyszczenia nie została przeprowadzona w sposób pełny, gdyż jak wynika to z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający pominął dowody złożone w dniu 3 sierpnia 2023 r. przez Odwołującego. Izba podziela przy tym stanowisko Odwołującego, że Zamawiający zaniechał merytorycznej oceny wyjaśnień, gdyż z uzasadnienia odrzucenia oferty wynika, że Zamawiający nie ocenił opisanych środków naprawczych, nie odniósł się do ich skuteczności, a jedynie wielokrotnie podnosił brak dowodów dotyczących samooczyszczenia. Próba merytorycznej oceny pojawiła się dopiero w odpowiedzi na odwołanie, gdzie Zamawiający wskazuje: „w oparciu o przedłożoną Informację dot. samooczyszczenia, Zamawiający nie mógł ustalić czy Wykonawca faktycznie wywiązał się z roszczeń finansowych wobec poprzedniego Zamawiającego i jakie były to zobowiązania, w jaki sposób Odwołujący aktywnie współpracował z poprzednim Zamawiającym i czy faktycznie tak było, w jaki sposób Odwołujący dokonał reorganizacji personelu i aktualizacji istniejących procedur i czy faktycznie tak było, czy faktycznie powołał grupy wsparcia, dodatkowych audytorów i nadzorujących itd. Na podstawie danego dokumentu, Zamawiający nie był także w stanie ustalić czy do podjęcia przez Odwołującego przytaczanych działań dot. samooczyszczenia doszło w okresie poprzedzającym termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu.”

Konkludując Izba uznała, że Zamawiający naruszył wskazane w zarzutach odwołania przepisy ustawy pzp, poprzez niedokonanie pełnej oceny złożonych przez Odwołującego w wyznaczonym terminie dokumentów dotyczących samooczyszczenia, co doprowadziło do niezasadnego wykluczenia Odwołującego. Wpływ naruszeń podnoszonych przez Odwołującego na wynik postępowania jest więc oczywisty. Czynność oceny wszystkich złożonych dokumentów samooczyszczenia nie została przez Zamawiającego przeprowadzona, a więc Izba nie mogła odnieść się merytorycznie

do skuteczności złożonego przez Odwołującego samooczyszczenia, dlatego też Izba nakazała unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Dodać należy, że Izba za nieprzydatny dla rozstrzygnięcia uznała dowód złożony przez Odwołującego – notatkę służbową ze spotkania Wykonawców z Zamawiającym w dniu 3 sierpnia 2023 r., a tezy stawiane przez Zamawiającego na rozprawie, w kontekście powyższego spotkania, jako pozostające w sferze przypuszczeń Zamawiającego, za irrelewantne.

Z uwagi na uwzględnienie zarzutów głównych odwołania Izba pozostawiła zarzut ewentualny bez rozpoznania. Odwołujący złożył bowiem w terminie dowody dotyczące samooczyszczenia, które Zamawiający powinien zbadać.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w wysokości 15 000,00 zł i wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Odwołującego na rozprawie.

Przewodniczący: