

WYROK
z dnia 19 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 19 września 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 września 2023 r. przez: **Golden Line spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie, ul. Krakowska 150** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Uniwersytet Śląski w Katowicach, ul. Bankowa 12**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 1 września 2023 r., unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Golden Line spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie i powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty wykonawcy Golden Line spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Uniwersytet Śląski w Katowicach, ul. Bankowa 12 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Golden Line spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie, ul. Krakowska 150 tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego Uniwersytet Śląski w Katowicach, ul. Bankowa 12 na rzecz Golden Line spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie, ul. Krakowska 150 kwotę 11 100 zł. 00 gr (słownie: jedenaście sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wydatków pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t. j. 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:.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym bez negocjacji na dostawę materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 22 czerwca 2023 r. pod numerem 00271843.

W dniu 1 września 2023 r. zamawiający poinformował o wyniku postępowania.

W dniu 6 września 2023 r. wykonawca Golden Line spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 5 września 2023 r. udzielonego przez członka zarządu. Do odwołania dołączono dowód przekazania odwołania zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i art. 110 ust. 2 i 3 ustawy przez nieprawidłowe odrzucenie oferty odwołującego, pomimo że nie zachodzą przesłanki jej odrzucenia wskazane w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy, a zamawiający zobowiązany był do samodzielnej, zgodnej z prawem, rzetelnej i logicznej oceny dokonanej przez odwołującego samooczystczenia;

2) art. 110 ust. 2 i 3 ustawy przez wadliwą ocenę działań odwołującego podjętych w ramach samooczystczenia, w szczególności z pominięciem treści ww. przepisów, wykładni pronunijnej i orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE,

3) art. 16 ustawy w zw. z art. 110 ust. 2 i 3 ustawy i art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy przez niezachowanie zasady uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności w trakcie oceny czynności dokonywanych w ramach samooczystczenia z uwzględnieniem stanu faktycznego i okoliczności sprawy oraz odrzucenie oferty odwołującego mimo podjęcia przez odwołującego wszelkich działań wymaganych prawem, ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia ww. zarzutów (zarzut ewentualny):

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

Wniósł o:

1)uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności: badania i oceny ofert, odrzucenia oferty odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej z 1 września 2023 r. oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, w tym ewentualnie wezwania do uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentów złożonych w ramach self-cleaningu,

2)zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego i kosztów zastępstwa.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność w zakresie objętym przedmiotem zamówienia, złożył w postępowaniu ofertę, która została uznana za najkorzystniejszą, a następnie, w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, została odrzucona, chociaż powinna pozostać ofertą najkorzystniejszą, 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.

Pismem z 1 września 2023 r. „Informacja o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz informacja o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty” zamawiający poinformował odwołującego o unieważnieniu czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oraz o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert zmierzającej do wyboru oferty najkorzystniejszej. Decyzję o powtórzeniu dokonanych czynności zamawiający podjął uznając, że wybór najkorzystniejszej oferty może być obarczony wadą, w związku z informacją otrzymaną po rozstrzygnięciu postępowania od wykonawcy F.H. Komax 9 Sp. z o.o. W wyniku ponownego badania i oceny ofert zamawiający za najkorzystniejszą uznał ofertę złożoną przez Firmę Handlową KOMAX 9 Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie oraz odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. art. 266 w zw. z art. 110 ust. 3 ustawy, ponieważ została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania, w związku z zaistnieniem okoliczności, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy. Wykonawca wraz z ofertą złożył oświadczenie nr IB do SWZ (JEDZ) wskazując, że zachodzą w stosunku do niego podstawy wykluczenia z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy. Jednocześnie wskazując, że podjęto środki naprawcze na podstawie art. 110 ust. 2 ustawy. W złożonym samooczyszczeniu (self-cleaning) wykonawca wyjaśniał, że brał udział w porozumieniu mającym na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co zostało potwierdzone wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 16 marca 2021 r., sygn. akt KIO 431/21, który to wyrok został utrzymany w mocy wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z 25 czerwca 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 56/21. Jednocześnie oświadczył, że w związku z ww. okolicznością, na podstawie art. 110 ust 2 ustawy, podjął środki naprawcze, które wskazuje w swoich wyjaśnieniach. Zamawiający, na etapie badania i oceny ofert uznał wyjaśnienia wykonawcy w zakresie samooczyszczenia dokonując wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej 18 sierpnia 2023 r. 23 sierpnia 2023 r. uczestnik postępowania poinformował zamawiającego, że oferta Golden Line Sp. z o.o. została odrzucona w postępowaniu prowadzonym przez 34 Wojskowy Oddział Gospodarczy, a w przedmiotowej sprawie zostało wniesione odwołanie sygn. akt KIO 2230/23. Zamawiający otrzymał informację od Krajowej Izby Odwoławczej, że Izba oddaliła odwołanie. Wobec powyższego faktu stało się konieczne unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem powyższego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej. Wykonawca, w zakresie art. 110 ust. 2 pkt 2, oświadczył w ofercie, że nie uzyskał zgody instytucji prowadzącej postępowanie wyjaśniające w zakresie zawartego przez wykonawcę porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji na ujawnienie informacji odnośnie przedmiotowego postępowania. Instytucja, która prowadzi z udziałem wykonawcy postępowanie wyjaśniające, poinformowała wykonawcę pisemnie, że wykonawca nie może ujawniać informacji o współpracy z tym organem, zaś zachowanie w tym zakresie tajemnicy przez wykonawcę wymagane jest treścią bezwzględnie obowiązującego przepisu prawa. Wykonawca nie jest uprawniony do ujawnienia jakiejkolwiek informacji w tym zakresie, bowiem wskazanie informacji o charakterze postępowania wyjaśniającego, jak również wskazanie podstawy prawnej wymogu zachowania w tajemnicy informacji o toczącym się postępowaniu doprowadzi do ujawnienia danych o tym postępowaniu. Wykonawca twierdził, że nie ma możliwości ujawniania informacji, które tej współpracy dotyczą. Przesłanką wykluczenia w postępowaniu, którego efektem było uznanie wykonawcy za uczestnika zмовы cenowej, nie było nieprawidłowe postępowanie wykonawcy (np. niewłaściwe wykonanie umowy), a czyn nieuczciwej konkurencji, tj. działanie sprzeczne z prawem, mogące świadczyć o popełnieniu przestępstwa lub wykroczenia. W zależności od przesłanki wykluczenia, związanych z przestępstwem, wykroczeniem lub też nieprawidłowym postępowaniem, wykonawca obowiązany jest do wyjaśnienia wszelkich okoliczności sprawy przez współpracę z właściwymi organami, w tym organami ścigania lub organami administracji, lub też - w wypadku wykluczenia związanego z nienależytym wykonaniem poprzednio zawartej umowy - z zamawiającym (D.W. i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, opublikowano: WKP 2021, stan prawny: 1 maja 2021 r., autor fragmentu: S.M.). Wskazanie w przepisie właściwych organów wskazuje na wyjaśnienia składane w toku postępowań karnych lub administracyjnych toczących się przed wzięciem przez wykonawcę udziału w niniejszym postępowaniu. Wykonawca nie wskazał w swoim wyjaśnieniu, z jakimi właściwym organem współpracuje, co ta współpraca może

wnieść do sprawy. Zamawiający rozumiał, że pewne wyjaśnienia i okoliczności muszą pozostać objęte tajemnicą, jednakże z wyjaśnień przedstawionych przez wykonawcę Golden Lin Sp. z o.o. nie wynika fakt aktywnej współpracy z właściwymi organami. Wykonawca nie złożył także żadnych dowodów potwierdzających realizację obowiązku wynikającego z pkt 2 ww. przepisu (jak w wyroku KIO 444/20). Zgodnie z art. 110 ust. 2 pkt 3 lit. a ustawy, wykonawca winien zerwać wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy. Wykonawca nie przedstawił również do wyjaśnień żadnych dowodów, z których wynikałoby, w jaki sposób i na jakich warunkach doszło do przejęcia części przedsiębiorstwa uczestniczącego w zmwie przetargowej i nie wykazał zerwania więzi z tym kontrahentem. Do zastosowania instytucji z art. 110 ust. 1 ustawy konieczne jest łączne spełnienie przesłanek z art. 110 ust. 2 ustawy, co nie zostało spełnione. Biorąc pod uwagę powyższe Wykonawca Golden Line Sp. z o.o. został wykluczony z postępowania w związku z zaistnieniem okoliczności wskazanych w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy. Jednocześnie zgodnie z art. 111 pkt 4 ustawy wykluczenie wykonawcy, w przypadku, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy, następuje na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Ze stanowiskiem i oceną zamawiającego odwołujący się nie zgodził.

Podstawy "kluczenia odwołującego związane są z tym, że wyrokiem z 16 marca 2021 r., sygn. KIO 431/21 Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że odwołujący zawarł niedozwolone porozumienie z innym wykonawcą (M.C. prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą MCSupplies M.C.), polegające na wspólnym ustaleniu warunków składanych ofert, jak i wspólnym przygotowaniu ofert, którego celem było nieuczciwe zwiększenie szans na wybór oferty członka porozumienia, przez co doszło do złożenia ofert stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji przez 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 Prawo zamówień publicznych z 29 stycznia 2004 r. Przedmiotowe porozumienie nastąpiło w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Mazowiecką Instytucję Gospodarki Budżetowej MAZOVIA pod nazwą: „Sukcesywna dostawa tonerów, tuszów, bębnow, pasów transmisyjnych, zbiorników na zużyte tonery i taśm barwiących do drukarek i urządzeń wielofunkcyjnych oraz odbiór zużytych materiałów eksploatacyjnych z miejsc wskazanych przez Mazowiecką Instytucję Gospodarki Budżetowej MAZOVIA”.

Wyrok KIO 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 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 (dalej „MAZOVIA”) odrzuciła oferty odwołującego oraz pana C. 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.

Przed wyborem oferty odwołującego z 18 sierpnia 2023 r. zamawiający nie kwestionował rzeczowości ani skuteczności żadnego z podjętych i opisanych w self-cleaningu działań. Natomiast, jak wynika wprost z uzasadnienia odrzucenia oferty z 1 września 2023 r., jej podstawą była wyłącznie informacja uzyskana od konkurenta - F.H. Komax 9 Sp. z o.o. oraz z Krajowej Izby Odwoławczej o oddaleniu odwołania KIO 2230/23. Jak wskazał Zamawiający: „na etapie badania i oceny ofert uznał wyjaśnienia Wykonawcy w zakresie samooczyszczania dokonując wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej 18 sierpnia 2023 r.”, jednak „Wobec powyższego faktu [wyroku KIO 2230/23 - przyp. odwołującego] stało się konieczne unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem powyższego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej.”

Odwołujący zauważył, że zamawiający oparł swoją ocenę wyłącznie na „powiadomieniu” od konkurenta oraz na okolicznościach związanych z wydaniem danego wyroku, których nie zna. I których nie zna także F.H. Komax 9 Sp. z o.o., która to spółka nie była stroną ani uczestnikiem postępowania KIO 2230/23.

Podkreślił, że postępowanie odwoławcze kieruje się własnymi zasadami proceduralnymi, które niekoniecznie odzwierciedlają słuszność zarzutów, takimi jak zakres orzekania (art. 555 ustawy), swobodna ocena dowodów, czy wpływ na wynik postępowania (art. 554 ust. 1 ustawy), a nawet zwykłe sformułowania językowe, o których oparte są zarzuty czy uzasadnienie odwołania.

Zamawiający nie jest w posiadaniu wyroku KIO 2230/23 i nie zna przyczyn odrzucenia odwołania odwołującego. Nie zna ich nawet odwołujący, gdyż do tej pory nie otrzymał odpisu wyroku wraz z uzasadnieniem, a wygłoszone podczas ogłoszenia orzeczenia ustne motywy rozstrzygnięcia w żaden sposób nie przybliżyły podstawy rozstrzygnięcia, o której

mowa w art. 559 ust. 2 ustawy, tj.: wskazania podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, w tym ustalenia faktów, które Izba uznała za udowodnione, dowodów, na których się oparła, i przyczyn, dla których innym dowodom odmówiła wiarygodności i mocy dowodowej, oraz wskazania podstawy prawnej orzeczenia z przytoczeniem przepisów prawa.

Jedyne, co jednoznacznie można było wywieść z ustnych motywów to to, że Izba uznała, że - skoro MAZOVIA przez ponad dwa lata nie zgłosiła odwołującemu powstania szkody - to znaczy, że można uznać, że jej nie poniosła, a wyjaśnienia odwołującego złożone w ramach self-cleaningu stanowią dowód w ramach „udowodnienia” zamawiającemu, o którym mowa w art. 110 ust. 2 ustawy. Przewodniczący składu wskazał również, że skład orzekający nie podjął decyzji co do kwestii „zerwania powiązań”, ale nie uznał tego za konieczne (być może inne stwierdzenie znajdzie się w uzasadnieniu pisemnym) oraz podkreślił, że przedmiotowy wyrok dotyczy wyłącznie tej sprawy i każdy zamawiający powinien dokonać samodzielnej oceny self-cleaningu. Co do kwestii wskazanej w art. 110 ust. 2 pkt 2 ustawy — Przewodniczący nie wskazał, jakie były konkretne podstawy uznania Izby w tym zakresie, w tym w szczególności w kwestii uzupełnienia informacji, które 34 WOG uznał za brakujące.

Z tego powodu, aby w jakiegokolwiek mierze kierować się powyższym wyrokiem, konieczne jest zapoznanie się z jego uzasadnieniem pisemnym.

Poza tym odwołującemu na powyższy wyrok przysługuje skarga do sądu, a decyzję w tej kwestii będzie mógł podjąć dopiero po zapoznaniu się z jego uzasadnieniem.

Powyższe działanie zamawiającego, oprócz powyżej wskazanego nieprawidłowego oparcia na wyroku, który zamawiającemu nie jest znany i „powiadomieniu” konkurenta, obarczone jest także innymi wadami powodującymi naruszenie zasady uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania.

Otóż, po pierwsze, zamawiający swoją decyzję oparł na informacjach od konkurenta odwołującego, który w sposób oczywisty był zainteresowany odrzuceniem oferty odwołującego, gdyż tylko w ten sposób mógł uzyskać przedmiotowe zamówienie - co potwierdza informacja o wyborze oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej, po odrzuceniu oferty odwołującego. Wszystkie te działania odbyły się „za plecami” odwołującego, który, jako jedyny, nie został poproszony o wyjaśnienia w tym zakresie, uzupełnienie dokumentów ani jakiegokolwiek przedstawienie swojego stanowiska.

W ocenie odwołującego narusza to zarówno zasadę uczciwej konkurencji, jak i przejrzystości postępowania, które to dwie zasady są podstawowymi zasadami prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wątpliwe co najmniej bowiem w punktu widzenia uczciwej konkurencji jest opieranie decyzji zamawiającego co do poszczególnych wykonawców na „doradztwie” ich konkurentów, zaś z punktu widzenia przejrzystości postępowania i uczciwej konkurencji - podejmowanie tego typu decyzji bez wezwania zainteresowanego wykonawcy do wyjaśnień i przedstawienia swojego stanowiska.

Powoduje to naruszenie ról poszczególnych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które zostały im przypisane przez ustawę oraz rodzi wątpliwości co do bezstronności i obiektywizmu zamawiającego.

Po drugie, uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego wskazuje, że zamawiający jedynie przed pierwszym wyborem oferty z 18 sierpnia 2023 r. kierował się samodzielną oceną działań odwołującego, natomiast decyzja z 1 września 2023 r. nie została oparta na jego ocenie odnoszącej się do self-cleaningu, tylko na niekompletnej informacji o wyroku KIO 2230/23. Tymczasem ustawa Prawo zamówień publicznych wymaga samodzielnej oceny działań wykonawcy dokonującego self-cleaningu przez danego zamawiającego. Wynika to wyraźnie z treści z art. 110 ust. 3 ustawy („Zamawiający ocenia, czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, są wystarczające do wykazania jego rzetelności”).

Powyższe zostało wyrażone m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 24 maja 2021 r., sygn. KIO 1006/21: „Zamawiający uznał, że nie mógł ocenić, czy te środki stanowią właściwą reakcję na przyczyny, które doprowadzić miały do braku wykonania umów. Miało to być spowodowane niedostatecznym opisem okoliczności w jakich doszło do odstąpienia od umów i brakiem wykazania, że to udział zwolnionych pracowników w kontraktach z Gminami Narewka i Orla był bezpośrednią przyczyną niewykonania umów, co uniemożliwiało ocenę skuteczności podjętych mechanizmów zaradczych i naprawczych. (...) Obowiązkiem zamawiającego była ocena stanu faktycznego, który na tym etapie nie był sporny, gdyż wykonawca przyznał jednoznacznie, że przyczyna leżała po stronie jego i jego pracowników, co zostało omówione przez wskazanie zidentyfikowanych przyczyn i błędów, które doprowadziły do tej sytuacji. Podjęte działania naprawcze dotyczyły obu sfer, tj. pracowniczej, jak i organizacyjno-zarządczej. (...) Co do samej oceny należy zauważyć, że uzasadnienie decyzji zamawiającego stanowi wierną kopię uzasadnienia decyzji innego zamawiającego (Gmina Sośnicowice), a z wypowiedzi odwołującego wynika, że również inni zamawiający korzystali z tego samego szablonu uzasadnienia wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy. Powyższe podważa twierdzenie zamawiającego, że oceniając podjęte środki naprawcze kierował się subiektywnym przekonaniem o niedostatecznym zakresie wyjaśnień, co miało czynić ocenę uprawnioną i uzasadnioną subiektywnym przekonaniem o braku możliwości uznania wykonawcy za rzetelnego. Można pokusić się o stwierdzenie, że niezależnie od tego ilu jeszcze informacji można byłoby oczekiwać, okoliczności faktyczne dotyczące niewykonanych umów są dostatecznie

omówione. Dalsze rozbudowywanie tej dokumentacji może prowadzić jedynie do gromadzenia kolejnych dokumentów wywołanych wątpliwościami kolejnych zamawiających, którzy nadal mogą owe wyjaśnienia podważać, wskazując na pozorną podejmowanych działań. Proces ten może nigdy nie zakończyć się, gdyż kolejni zamawiający mogą doszukać się innych powodów, które miałyby czynić wyjaśnienia niedostatecznymi. Taki stan nie sprzyja stosowaniu przepisu, którego celem jest umożliwienie udzielenia zamówienia wykonawcy, który podlegałby wykluczeniu. Ocena podmiotowa zarówno pozytywna, jak i negatywna musi bronić się jako obiektywnie uzasadniona. (...) Przy takim podejściu, gdzie zamawiający mogliby bez żadnych ograniczeń mnożyć wątpliwości bez obiektywnie uzasadnionych powodów, doszłoby do naruszenia zasady proporcjonalności, rozumianej jako adekwatność decyzji do naruszeń jakich miał dopuścić się wykonawca i starań stanowiących reakcję na uchybienia obowiązkom zawodowym. Poszukiwanie dalszych wyjaśnień, które musiałyby odnosić się do sfery empirycznej, trudnej lub niemożliwej do wykazania dowodami, w ocenie Izby nie było już potrzebne dla oceny wiarygodności wykonawcy. Nie może budzić wątpliwości, że wykonawca podjął faktyczne działania, których celem było poprawienie organizacji przedsiębiorstwa (...) Przy takim podejściu w zasadzie nigdy nie uda się wykonawcy przekonać zamawiającego o tym, że jest podmiotem, któremu można zaufać." Obowiązek samodzielnej oceny wynika także z ustnych motywów uzasadnienia wyroku KIO 2230/23.

Jedynym wyjątkiem w tym zakresie jest obowiązek uznania przez zamawiającego ustaleń organu ścigania lub kontrolnego (a i to raczej w ramach zakazu kwestionowania ich wyników na korzyść wykonawcy), który to obowiązek został wskazany w wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z 24 października 2018 r. w sprawie C-124/17, w którym Trybunał przeprowadził szerokie rozważania dotyczące roli zamawiającego w instytucji samooczyszczania: „W celu sprawdzenia istnienia pewnych podstaw wykluczenia instytucje zamawiające mogą, w określonych okolicznościach, być zmuszone do przeprowadzania badań i kontroli. (...) Jednak w sytuacji takiej jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym, gdzie istnieje szczególna procedura ścigania określonych naruszeń uregulowana w prawie Unii lub w prawie krajowym, a konkretne instytucje są odpowiedzialne za prowadzenie dochodzeń w tym zakresie, instytucja zamawiająca powinna, w ramach oceny dostarczonych dowodów, zasadniczo opierać się na wyniku takiego postępowania. W tym kontekście należy uwzględnić odpowiednie funkcje instytucji zamawiających oraz organów odpowiedzialnych za prowadzenie dochodzenia. Podczas gdy zadanie tych ostatnich polega na ustaleniu odpowiedzialności określonych podmiotów za popełnienie naruszenia normy prawnej przez wykazanie w sposób bezstronny prawdziwości okoliczności, które mogą stanowić takie naruszenie, a także na ukaraniu przeszłych naruszeń, instytucje zamawiające powinny ocenić ryzyko, jakie stałoby się ich udziałem, gdyby udzieliły zamówienia oferentowi, którego uczciwość i rzetelność są wątpliwe. Wynika z tego, jak wskazała Komisja Europejska, że wyjaśnienie faktów i okoliczności przez organy prowadzące dochodzenie w rozumieniu art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24 nie ma na celu tego samego co ocena rzetelności wykonawcy, który podjął określone w tym przepisie środki i musi przedstawić instytucji zamawiającej dowody pozwalające udowodnić, że są one wystarczające dla celów dopuszczenia go do postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym, o ile wymagają tego odpowiednie role instytucji zamawiającej i organów odpowiedzialnych za prowadzenie dochodzenia i w takim też zakresie, wykonawca, który chce wykazać swą rzetelność pomimo istnienia którejś z odpowiednich podstaw wykluczenia, powinien współpracować w skuteczny sposób z organami, którym powierzono te funkcje, niezależnie od tego, czy będzie to instytucja zamawiająca, czy organ prowadzący dochodzenie. Jednak taka współpraca z instytucją zamawiającą musi ograniczać się do środków absolutnie niezbędnych do skutecznej realizacji celu oceny rzetelności wykonawcy, o którym mowa w art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24 (...) Ponadto należy zaznaczyć, że co do zasady przekazanie instytucji zamawiającej decyzji stwierdzającej popełnienie przez wykonawcę naruszenia reguł konkurencji, lecz z zastosowaniem zasady łagodzenia kar ze względu na to, że wykonawca ten współpracował z organem ds. ochrony konkurencji, powinno "starczyć do udowodnienia instytucji zamawiającej, że wykonawca w pełni wyjaśnił fakty i okoliczności dzięki współpracy z organem ds. konkurencji (...) art. 80 dyrektywy 2014/25 w związku z art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że nie stoi on na przeszkodzie obowiązywaniu przepisu prawa krajowego, który wymaga, aby wykonawca (...) wyjaśnił fakty i okoliczności związane z popełnionym przestępstwem lub wykroczeniem, aktywnie współpracując nie tylko z organem prowadzącym dochodzenie, ale również z instytucją zamawiającą, w zakresie właściwym dla jej roli, by dowieść jej przywrócenia swojej rzetelności, pod warunkiem że ta współpraca będzie ograniczona do środków ściśle niezbędnych do tej oceny.”

Odwołujący aktywnie współpracował z zamawiającym, przedstawiając mu w ramach self-cleaningu obszerne wyjaśnienia dowody na ich poparcie. Aktywnie współpracował także z Urzędem Ochrony Konkurencji i Konsumentów w ramach postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w art. 48 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, mającym 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. Pismem z 22 czerwca 2021 r. Prezes UOKiK wezwał odwołującego do przedstawienia wskazanych informacji i dokumentów w celu wyjaśnienia okoliczności sprawy. Jak wyjaśnił Prezes UOKiK, w postępowaniu wyjaśniającym nie występują strony i nie jest ono skierowane przeciwko żadnemu

przedsiębiorcy. Pismem z 12 lipca 2021 r. odwołujący udzielił wyczerpujących odpowiedzi na zapytania Prezesa UOKiK. Prezes UOKiK nie podjął dalszych czynności wobec odwołującego, które byłyby odwołującemu wiadome. W związku powyższym oraz upływem ponad 2 lat od otrzymania od odwołującego wyjaśnień, odwołujący uznaje, że udzielone odpowiedzi zostały przez UOKiK ocenione pozytywnie, tj. UOKiK nie znalazł podstaw do stwierdzenia po stronie odwołującego naruszeń ani dalszych działań wobec odwołującego. Jednak pismem z 2 sierpnia 2023 r. odwołujący wystąpił do Prezesa UOKiK o udzielenie informacji publicznej o dalszym przebiegu postępowania wyjaśniającego. Do chwili obecnej nie otrzymał jednak odpowiedzi.

Odwołujący zauważył, że wyjaśnienia złożone Prezesowi UOKiK jedynie częściowo dotyczyły sprawy związanej z postępowaniem MAZOVII, a obejmowały szerokie spektrum działalności odwołującego, m.in. jaki sposób odwołujący wybiera postępowania, w których następnie składa oferty. Zakres tych pytań i odpowiedzi obejmował więc informacje dla przedsiębiorcy wrażliwe (czego świadomość wynikała wprost z pisma Prezesa UOKiK wskazującego na ich możliwą klasyfikację jako tajemnicę przedsiębiorstwa). Dodatkowo informacje te były dla zamawiających zbędne w celu oceny rzetelności wykonawcy w ramach self-cleaningu. Jak wskazał zaś TSUE w przywołanym wyroku C-124/17 „współpraca z instytucją zamawiającą musi ograniczać się do środków absolutnie niezbędnych do skutecznej realizacji celu oceny rzetelności wykonawcy, o którym mowa w art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24”.

Jeśli chodzi o informacje, których odwołujący nie może bez zgody Prezesa UOKiK przekazywać, której to zgody nie uzyskał, to obowiązek nieudzielania informacji w tym zakresie jest niezależny od woli odwołującego, gdyż został nałożony przepisami prawa, a zamawiający w ramach zamówień publicznych nie zostali z tego obowiązku wyłączeni. Odniesienie do owego obowiązku zachowania poufności znajduje się w pierwotnej wersji dokumentu samooczyszczenia. Dotyczą one jednak wniosku odwołującego do Prezesa UOKiK i również są zbędne do oceny rzetelności odwołującego.

Natomiast żadne inne organy niż UOKiK nie kontaktowały się z odwołującym w związku z przedmiotową sprawą. Tym samym z upływem czasu okazało się, że przywołane w przedstawionym zamawiającemu self-cleaningu informacje dotyczące poszczególnych postępowań okazały się nadmiarowe. Jednak są one obiektywnie prawdziwe, gdyż takie przepisy rzeczywiście istnieją, jednak zostały powołane jako wiedza ogólna, którą w tym przypadku można uznać co najwyżej za rozważania teoretyczne, ale nie wpływające na samą poprawność procesu self-cleaningu.

Na odwołującego nie zostały też nałożone żadne kary.

Przede wszystkim jednak podstawa odrzucenia oferty odwołującego nie znajduje oparcia w brzmieniu art. 110 ust 2 pkt 2 i art. 110 ust. 3 ustawy.

Dyspozycja art. 110 ust. 2 pkt 2 ustawy wskazuje bowiem wprost, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli 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.

Zgodnie natomiast z art. 110 ust. 3 zd. 1 ustawy 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. Tym samym w art. 110 ust. 2 pkt 2 ustawy wskazano na dwie okoliczności:

- 1) wyczerpujące wyjaśnienie faktów i okoliczności związanych z nieprawidłowym postępowaniem wykonawcy oraz
- 2) aktywną współpracę odpowiednio z właściwymi organami lub zamawiającym.

Zatem owo wyczerpujące wyjaśnienie faktów i okoliczności ma dotyczyć faktów i okoliczności związanych z nieprawidłowym postępowaniem wykonawcy (czyli z wydarzeniami związanymi z postępowaniem MAZOVII), a nie faktów i okoliczności związanych ze współpracą z organami kontrolnymi czy organami ścigania (albo innymi zdarzeniami).

Nie ulega wątpliwości, że 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 zawierały bardzo szczegółowy opis stanu faktycznego wraz z opisem złożonych ofert. Niewątpliwie zatem odwołujący szczegółowo wyjaśnił wszelkie okoliczności sprawy, nie kryjąc żadnych okoliczności. Okoliczność ta nie była również kwestionowana przez zamawiającego w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego.

Jeśli chodzi o owe właściwe organy, to art. 110 ust. 2 pkt 2 ustawy wymaga współpracy z nimi, a nie opisywania tego w ramach self-cleaningu jako przesłanki koniecznej do wypełnienia wymogów art. 110 ust. 2.

Dodatkowo art. 110 ust. 2 pkt 2 wskazuje alternatywnie na współpracę z organami lub zamawiającym - przy czym wskazanie „lub” oznacza, że może to zrobić tylko z jednym z tych podmiotów.

Zatem wszelkie inne wymagania wobec odwołującego - w tym co do treści self-cleaningu narzucające mu zakres działania szerszy niż wynika to wprost z przepisu, są nieuprawnione i z tym przepisem niezgodne. Zwłaszcza w przypadku, gdy powyższe wiążą z tak daleko idącymi skutkami jak wykluczenie z postępowania oraz odrzucenie jego oferty.

Podobnie zresztą stanowi w art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24/UE: „W tym celu wykonawca musi udowodnić, że zrekompensował wszelkie szkody spowodowane przestępstwem lub wykroczeniem lub zobowiązał się do ich rekompensaty, wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności, aktywnie współpracując z organami śledczymi, i podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub nieprawidłowemu postępowaniu.”

Odwolujący, działając z należytą starannością, przedłożył w dniu składania ofert oświadczenie, w którym przyznał się do faktu, że występuje w stosunku do niego przesłanka wykluczenia i złożył obszerne wyjaśnienia dotyczące faktów i okoliczności związanych z nieprawidłowym postępowaniem (czyli z wydarzeniami związanymi z postępowaniem MAZOVII) wraz z dowodami. Celem odwołującego było dołożenie wszelkiej staranności w celu przedłożenia zamawiającego maksymalnie szerokiej wiedzy o faktach mających istotne znaczenie dla oceny odwołującego. Natomiast uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego w dużej mierze bazuje na wiedzy o faktach, które dla tej oceny są ambiwalentne lub wręcz zbędne.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty nie wskazał także, do czego konkretnie w ramach oceny rzetelności odwołującego miałaby mu ta wiedza posłużyć.

Odwolujący zauważył, że zgodnie z art. 110 ust. 3 ustawy „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”. Tym samym to ocena działań wykonawcy powinna być podstawą oceny podlegania wykluczeniu, nie zaś ewentualne wymyślane „mankamenty” samej treści dokumentu self-cleaningu. Zamawiający natomiast ten aspekt pominął w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego. Przy czym, jak już wskazywano, TSUE w wyroku C-124/17 wyraźnie podkreślił, że „współpraca z instytucją zamawiającą musi ograniczać się do środków absolutnie niezbędnych do skutecznej realizacji celu oceny rzetelności wykonawcy”, nie może zaś stanowić podstawy ciągłe eskalujących żądań poszczególnych zamawiających co do zakresu self-cleaningu.

Jeżeli zaś zamawiający uznałby, że do dokonania pozytywnej oceny brak mu jakichkolwiek informacji, to jego obowiązkiem przed odrzuceniem oferty było wezwanie odwołującego do wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentu self-cleaningu.

W ocenie odwołującego przedłożone wyjaśnienia oraz dokumenty w ramach samooczyszczenia są w pełni wyczerpujące i potwierdzają rzetelność odwołującego jako wykonawcy mogącego ubiegać się o zamówienia publiczne. Odwołujący jest jednak gotów do złożenia dalszych wyjaśnień w sytuacji, gdy zamawiający uzna taką potrzebę w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Gdyby więc zamawiający uznał, że niezbędne są mu jakieś konkretne informacje lub dowody dotyczące konkretnej kwestii, to powinien był się o to do odwołującego zwrócić.

Dokumenty i oświadczenia złożone w ramach samooczyszczenia podlegają obowiązkowemu uzupełnieniu i wyjaśnieniom, o których mowa w art. 128 ustawy, jako dokumenty potwierdzające brak podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 124 i nast. ustawy (oddział ustawy pn. „Podmiotowe środki dowodowe”). Podlegają zaś one uzupełnieniu na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy, jeżeli nie zostały złożone, są niekompletne lub zawierają błędy - w takim wypadku zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia dokumentu. Jest to obowiązek zamawiającego nałożony przez ustawę, a nie przedmiot jego własnego uznania.

Alternatywnie zamawiający może też zażądać wyjaśnień dotyczących złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu, o których mowa w art. 128 ust. 4 ustawy.

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

Wykonawca starał się przedłożyć wyjaśnienia oraz dokumenty w ramach samooczyszczenia jak najbardziej

wyczerpujące i wyjaśniające przedmiotową sprawę, lecz nie jest w stanie z góry przewidzieć, jakich konkretnych innych dokumentów i wyjaśnień mógłby zażądać dany zamawiający. Jednak jest gotów do złożenia dalszych wyjaśnień w sytuacji, gdy zamawiający uzna taką potrzebę w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym, gdyby zamawiający uznał, że niezbędne są mu jakieś konkretne dowody dotyczące konkretnej kwestii, to powinien się o to do wykonawcy zwrócić.

Odwołujący zauważył, że art. 110 ust. 2 ustawy w punkcie 2. wskazuje na współpracę z zamawiającym. „Zamawiający”, o którym mowa w art. 110 ust. 2 pkt 2 ustawy, jest zamawiającym, przed którym wykonawca dokonuje self-cleaningu.

Według Słownika języka polskiego (<https://sjp.pwn.pl/slowniki/wsp%C3%B3%C5%82praca.html>)

„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 samooczcyszczenia, w tym ewentualnego przeprowadzenia w tym zakresie stosownych wyjaśnień, jeśli informacje udzielone przez wykonawcę budziłyby jakieś wątpliwości danego zamawiającego.

Powyższe wskazuje więc co najmniej na konieczność realizacji wskazanego powyżej obowiązku żądania uzupełnienia lub wyjaśnienia self-cleaningu o dokumenty lub informacje, wynikającego i tak z art. 128 ust. 1 i 4 ustawy.

Zgodnie z 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 „Każdy wykonawca znajdujący się w jednej z sytuacji, o których mowa w ust. 1 i 4, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności pomimo istnienia odpowiedniej podstawy wykluczenia. Jeżeli takie dowody zostaną uznane za wystarczające, dany wykonawca nie zostanie wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia.

W tym celu wykonawca musi udowodnić, że zrekompensował wszelkie szkody spowodowane przestępstwem lub wykroczeniem lub zobowiązał się do ich rekompensaty, wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności, aktywnie współpracując z organami śledczymi, i podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub nieprawidłowemu postępowaniu.

Środki podjęte przez wykonawców są oceniane z uwzględnieniem wagi” szczególnych okoliczności przestępstwa lub wykroczenia. Jeżeli środki zostaną uznane za niewystarczające, wykonawca otrzymuje uzasadnienie takiej decyzji.

Wykonawca, który został prawomocnym wyrokiem wykluczony z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub w postępowaniu o udzielenie koncesji, nie jest uprawniony do skorzystania z możliwości przewidzianej w tym ustępie w okresie wykluczenia wynikającym z tego wyroku w państwach członkowskich, w których taki wyrok jest obowiązujący.”

Z wyroku TSUE w sprawie C-387/19, dotyczącym konkretnie instytucji self-cleaningu, Trybunał wskazuje na prawo wykonawców do wykazania swojej rzetelności jako prawo wykonawców wywodzące się bezpośrednio z przepisów unijnych i bezpośrednio stosowane (niezależnie od implementacji przez państwo członkowskie, czy też jego prawidłowej implementacji). Tym samym implementacja, która czyni owo uprawnienie wykonawcy bezprzedmiotowym i realnie nieskutecznym, jest niezgodna z prawem unijnym i nie może mieć zastosowania.

Art. 57 ust. 6 dyrektywy wyraźnie wskazuje na środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub nieprawidłowemu postępowaniu, czyli mają odniesienie do danej sytuacji. Natomiast nadużyciem ze strony ustawodawcy krajowego jest żądanie spełnienia „łącznie” przesłanek wymienionych w całym art. 110 ust. 2 ustawy - niezależnie od tego, czy mają one jakiegokolwiek zastosowanie w danej sytuacji, czy też nie. Przeczy to bowiem wymaganemu przez prawo unijne użyciu środków odpowiednich do zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu.

Wśród działań wymaganych art. 57 ust. 6 dyrektywy („zrekompensował wszelkie szkody spowodowane przestępstwem lub wykroczeniem lub zobowiązał się do ich rekompensaty, wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności, aktywnie współpracując z organami śledczymi, i podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe”) nie ma też środka określonego jako „zerwanie wszelkich powiązań z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy”. Która to zresztą przesłanka może dotyczyć raczej przestępstw, do których również odnosi się art. 110 i art. 108 ustawy, nie zaś legalnych kontaktów handlowych.

Tym samym, oprócz nieprawidłowej implementacji przepisu art. 57 ust. 6 dyrektywy do art. 110 ust. 2 ustawy, w tym zakresie miejsce ma również nieprawidłowa interpretacja samego art. 110 ust. 2 pkt 3 lit. a ustawy.

Niezależnie jednak od powyższego, dokonywana w niniejszej sprawie interpretacja art. 110 ust. 2 pkt 3 lit. a ustawy jest oderwana od treści złożonych przez odwołującego wyjaśnień i dokumentów oraz samego przepisu art. 110 ust. 2 pkt 3 lit. a ustawy. Odwołujący zwrócił uwagę, że, niezależnie od kwestionowanej wcześniej treści art. 110 ust. 2 ustawy w zakresie wymogu „łącznie”, co do zasady przyjmuje się zdroworozsądkową jego interpretację, czyli m.in. podjęcia środków „odpowiednich” do danej sytuacji. Wynika to także wprost w treści punktu 3. tego przepisu („podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu”). Wskazuje się więc, że punkt 3. zawiera otwarty i przykładowy katalog czynności, jakie

wykonawca może podjąć, przy czym oczywisty 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. Rolą wykonawcy jest dobór takich środków, aby zapobiec w przyszłości powtórzeniu się sytuacji objętej wykluczeniem.

W okolicznościach tej sprawy odwołujący wykazał szereg konkretnych środków kadrowych, organizacyjnych i technicznych (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.), które miały za zadanie uniemożliwić dojście do sytuacji, w której jakkolwiek pracownik lub członek organów odwołującego dopuściłby się porozumienia ograniczającego konkurencję. 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 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 samoocyszczenia.

Natomiast w zupełnie nieuprawniony sposób podnosi się w stosunku do odwołującego, że kluczowym środkiem zmierzającym do zaniechania porozumień w przyszłości jest zerwanie więzi z osobami odpowiedzialnymi za naruszenie, a nie wprowadzenie uniwersalnych środków zapobiegających jakimkolwiek porozumieniu ograniczającemu 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 już w wyjaśnieniach załączonych do oferty.

Nie ulega wątpliwości, że osobami, które weszły w porozumienie będące podstawą wykluczenia, byli członek zarządu odwołującego i p.M., który prowadził własną, jednoosobową działalność gospodarczą. 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. Jednak osobą odpowiedzialną za działania odwołującego był członek zarządu, a nie p.C..

Co do kwestii powiązań z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie odwołującego należy podkreślić też odrębną podmiotowość Golden Line jako spółki, tj. podmiotu mającego osobowość prawną, od spraw osobistych jej wspólników i członków zarządu. Wykonawcą w postępowaniu zaś jest sama spółka.

Nie budzi też wątpliwości, że nieprawidłowe działanie odwołującego wynikało z osobistego działania pana P.D., nie można zaś za nie obarczać innych osób, łącznie z panem C..

Odwołujący również szczegółowo wyjaśnił, załączając odpowiednie dowody, że zerwał wszelkie powiązania z panem C.. Wyjaśnił też przebieg owego procesu, czyli, przede wszystkim dokonał czynności, które mógł wykonać natychmiastowo, tj. zaprzestał bieżącej sprzedaży na rzecz pana C. produktów marki Golden Line i Novo, których jest producentem. A następnie wykupił od pana C. prawa do nazwy marki Wirksam Drucken i know-how dotyczące produkcji tej marki. Transakcja ta została dokonana właśnie w celu zerwania relacji handlowych pomiędzy odwołującym a panem C..

Odwołujący podkreślił, że okoliczności niniejszej sprawy dowodzą, że 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 p.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 (nazwane w self-cleaningu zorganizowaną częścią przedsiębiorstwa, chociaż z prawnego punktu widzenia należałoby to zakwalifikować raczej jako zakup rzeczy i praw majątkowych), co pozwoliło mu wyeliminować wszelkie kontakty z panem C.. Środek ten nie był ani łatwy do wprowadzenia i wiązał się z istotnymi kosztami, których odwołujący nie musiałby ponosić, gdyby nie pragnienie wykazania swojej rzetelności w ramach self-cleaningu.

Przy tym odwołujący zwrócił uwagę, że szczegóły transakcji tego typu są co do zasady kwalifikowane jako tajemnica przedsiębiorstwa, a przy tym jest zupełnie niezrozumiałe, w jaki sposób miałyby służyć zamawiającemu do oceny rzetelności odwołującego i jakie kwalifikacje ma zamawiający, by oceniać ekonomiczne (?), prawne (?) czy jakiegokolwiek inne aspekty tej transakcji. Po raz kolejny podkreślił wskazanie TSUE z wyroku C-214/17 na niezbędną informację, które ma przedstawić wykonawca zamawiającemu.

Obecna interpretacja, który właśnie w środku podjętym przez odwołującego w celu zerwania wszelkich związków z osobą odpowiedzialną za zawarcie porozumienia, upatruje potwierdzenia dalszych powiązań z tą osobą, jest całkowicie

niezrozumiała. W chwili obecnej firma Golden Line jest wyłącznym producentem i właścicielem 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..

Odwołujący podkreślił, że przepis art. 110 ust. 2 pkt 3 lit a ustawy 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. jako przedsiębiorcy od marki czy też jego przedsiębiorstwa jako majątku lub prawa majątkowego, które nie mogą być uznane za podmioty odpowiedzialne 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 racio legis przepisu, tj. zapewnienia, aby w przyszłości nie dochodziło do podobnych naruszeń. Odwołujący wyjaśniał, że od czasu sprzedaży aktywów nie ma żadnych kontaktów czy powiązań z panem C.. odwołującemu nie przedstawiono też żadnych dowodów, które miałyby świadczyć o kontynuacji powiązań z panem C. na dzień otwarcia ofert w postępowaniu, a jedynie insynuacje i wadliwie interpretacje wyjaśnień odwołującego.

Odwołujący rozumie, że ciężar wykazania podjęcia działań z art. 110 ust. 2 pkt 3 ustawy obciąża wykonawcę. Nie można jednak się zgodzić, że w sytuacji, gdy odwołujący 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. Należy również pamiętać, że 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. Jeszcze raz odwołujący podkreślił, że celem instytucji samooczystczenia nie jest karanie jednego czy drugiego wykonawcy - tym zajmują się odrębne służb i instytucje. Celem instytucji samooczystczenia jest wykazanie, że wykonawca podjął odpowiednie środki, aby sytuacja objęta wcześniejszym wykluczeniem nie powtórzyła się (przywoływany powyżej wyrok C-124/17). Takie działania odwołujący podjął. O ich skuteczności świadczy fakt, że od stycznia 2021 r. taka sytuacja się nigdy nie powtórzyła, a odwołujący nie był stroną jakiegokolwiek porozumienia ograniczającego czy utrudniającego konkurencję.

Należy również pamiętać, że z przyczyn obiektywnych nie jest możliwe, poza złożeniem oświadczeń i wyjaśnień, by wykazać, że na dzień składania ofert nie ma żadnych powiązań czy kontaktów z panem C.. Nie jest możliwe przeprowadzenie dowodu na nieistnienie określonych okoliczności, w tym przypadku na nieistnienie jakichkolwiek kontaktów czy powiązań. Jedynie sam odwołujący i p.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. Trudno zatem sobie wyobrazić, jakie inne dowody zaniechania współpracy z panem C. miałyby przedłożyć odwołujący w ramach samooczystczenia.

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.”

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 (wyrok TSUE z 11 kwietnia 2019 r. w sprawie C-473/17, z 6 marca 2014 r. w sprawie C-206/13. 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), w tym podczas oceny rzetelności wykonawcy w ramach procedury samooczystczenia (wyrok z 19 czerwca 2019 r. w sprawie C-41/18).

Skoro zatem ocena samooczystczenia musi uwzględniać zasadę 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, który stanowi, że zamawiający, oceniając treść selfcleaningu, tj. czy podjęte przez wykonawcę czynności są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględnia wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. Co więcej, ocena ta musi być dokonywana przez pryzmat wykazania jego rzetelności przez podjęte środki (art. 57 ust. 6 dyrektywy), a nie „łapania za słówka” w samym dokumencie self-cleaningu i wymyślania, jakie jeszcze informacje odwołujący mógłby przedstawić albo mógłby przedstawić inaczej - któremu zresztą towarzyszy brak wskazania, jakiemu konkretnemu celowi owe informacje miałyby służyć.

Zamawiający zdaje się w ogóle nie brać pod uwagę okoliczności faktycznych tej sprawy oraz popełnionego czynu, w tym zaangażowania odwołującego w przedstawienie wszelkich okoliczności, choć wiele z nich ma de facto charakter tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zamawiający nie bierze też pod uwagę okoliczności związanych z samym porozumieniem i jego znaczeniem, podczas gdy dla oceny zasady proporcjonalności istotne znaczenie ma fakt, że porozumienie z 2021 r. było działaniem jednostkowym, incydentalnym, wynikającym z nieprzemyślanej decyzji dwóch osób. Nie miało charakteru trwałego czy ciągłego procederu. Przez okres od 2021 r. nie zarzucono odwołującemu 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 odwołującego, podjęty w postępowaniu o niewielkiej wartości, przez osoby nieposiadające odpowiedniej wiedzy prawnej o skutkach swych działań, nie mających doświadczenia, rozpoczynających swoje działania biznesowe. Wszystkie przyczyny zaistnienia tej sytuacji zostały wyeliminowane.

Tym samym, w świetle okoliczności towarzyszących samemu zdarzeniu, jak i okoliczności ponad dwuletniej, wzorowej działalności odwołującego na rynku zamówień publicznych, powinny być uwzględnione w procesie oceny rzetelności wykonawcy. Za nieproporcjonalne należy według odwołującego 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 następcej prawidłowej działalności odwołującego, należy uznać, że podjęte przez niego środki naprawcze są więcej niż wystarczające.

TSUE w wyroku z 16 września 1999 r. w sprawie 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 grudnia 2002 r. w sprawie C-491/01 Trybunał wskazał, że poszanowanie zasady proporcjonalności wymaga odpowiedzi na pytania, czy przyjmowany środek jest właściwy dla osiągnięcia zakładanego celu [tj. 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 sankcję odrzucenia oferty i wybór drugiej, droższej oferty.

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.

W dniu 19 września 2023 r. odwołujący złożył dodatkowe stanowisko procesowe w związku z otrzymaniem 11 września 2023 r. odpisu wyroku z 16 sierpnia 2023 r., sygn. KIO 2230/23 – ze względu na to, że wyrok ten był w rzeczywistości jedyną przyczyną odrzucenia oferty Odwołującego – przedstawiam dodatkowe stanowisko Odwołującego.

Poinformował, że 18 września 2023 r. został wydany wyrok o sygn. KIO 2594/23, w którym Izba uwzględniła odwołanie spółki Golden Line dotyczące analogicznej sytuacji.

Powyższy wyrok jest wyrazem tego, co zostało wskazane w motywach ustnych podczas ogłoszenia wyroku KIO 2230/23 – że wyrok ten dotyczy jedynie sprawy rozpatrywanej w ramach odwołania KIO 2230/23, a ocena stanu faktycznego w danym postępowaniu należy do danego zamawiającego, który je prowadzi. Co jest oczywiste na gruncie polskiego stanu prawnego, w którym stan rzeczy osądzonej istnieje jedynie w konkretnej sprawie, której wyrok dotyczy.

Z uzasadnienia przywołanego wyroku KIO 2230/23 wynika, że Izba następująco opisała podstawy swojego rozstrzygnięcia:

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

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

że zamawiający ocenia czynności wykonawcy w celu uznania, czy są one wystarczające do wykazania jego rzetelności, co wynika z art. 110 ust. ustawy pzp. W konsekwencji zindywidualizowanego postępowania w sprawie, nie ma też znaczenia okoliczność przedstawiona przez odwołującego, że w szeregu innych postępowań z jego udziałem, zamawiający uznawali za skuteczne działania podjęte w celu samooczyszczenia. Przypominając, że przywołany parokrotnie powyżej przepis wymaga od wykonawcy udowodnienia swojego stanowiska, Izba podziela pogląd przedstawiony przez odwołującego, że dowodami mogą być nie tylko dokumenty pochodzące od podmiotów trzecich, w tym np. stanowiska urzędowe i dokumenty prywatne, opinie biegłych, lecz w ich poczet można również zaliczać wyjaśnienia własne wykonawcy, oczywiście w wyniku pozytywnej oceny ich wiarygodności. Wszak także w postępowaniu odwoławczym (art. 538 pzp), jak i procedurze porównywalnej, tj. w kodeksie postępowania cywilnego uznaje się za dowody przesłuchanie stron (art. 299 kpc).

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

W konsekwencji także rozważania co do naprawienia szkody lub pieniężnym zadośćuczynieniu, stają się bezprzedmiotowe. Brak szkody w rozpoznawanej sprawie oznacza w konsekwencji, iż przesłanka egzoneracyjna z art. 110 ust. 2 pkt 1) musi być uznana za spełnioną i korzystną dla wykonawcy. W odniesieniu do kolejnej przesłanki tj. wyczerpującego wyjaśnienia faktów i okoliczności nieprawidłowego postępowania przy aktywnej współpracy z odpowiednimi organami lub zamawiającym wypada przypomnieć, że zgodnie z wyrokiem ETS C-387/19 wskazany został minimalny zakres okoliczności, które muszą zostać udowodnione stosownie do art. 57 ust. 6 dyrektywy i odpowiednio w art. 110 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący w rzeczywistości nie wykazał, iż podejmował taką współpracę przed i w związku z ubieganiem się o udzielenie zamówienia w ramach procedury samooczyszczenia, która wymaga jego inicjatywy. Skład orzekający ocenia zatem dokumenty przedstawione zamawiającemu w postępowaniu, natomiast dodatkowe dowody złożone na rozprawie – dokumenty od i do UOKiK pozostają bez wpływu na ocenę decyzji zamawiającego, w tym znaczeniu, że nie mogą uzupełniać procedury i prowadzić faktycznie do podważenia oceny zamawiającego w oparciu o dowody, których ten nie mógł ocenić przed podjęciem decyzji o wykluczeniu z postępowania. Trudno przy tym bronić twierdzenia o aktywnej współpracy, rozumianej jako aktywność wykonawcy, w sytuacji, gdy w sprawie tej inicjatorem ustalenia czynu nieuczciwej konkurencji był Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, a jakakolwiek forma deklarowanej własnej współpracy z tą instytucją po ustaleniach KIO i Sądu Okręgowego nie była inicjowana przez odwołującego. Izba nie odnosi się do twierdzenia o potrzebie uzupełnienia tych dowodów, jako że wykraczałoby to poza zakres zarzutów, którymi jest związana. Nie można uznać, iż Odwołujący przedstawił w sposób wyczerpujący okoliczności w jakich miało dojść do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, w szczególności dość okrojone są informacje co do czasu, w jakim miało dojść do zмовы.

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

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

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

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

Wyrok ten nie jest prawomocny (odpis wyroku został doręczony pełnomocnikom Odwołującego dopiero 11 września 2023 r.), a po zapoznaniu się z jego pisemnym uzasadnieniem Odwołujący podjął decyzję o jego zaskarżeniu do Sądu Okręgowego ze względu na to, że podjęte rozstrzygnięcie jest niezgodne z przepisami prawa oraz stanem faktycznym

wynikającym z przedstawionych w postępowaniu przetargowym i postępowaniu odwoławczym dokumentami, a przy tym podstawy podjętych przez Izbę ustaleń nie zostały w uzasadnieniu wskazane.

Z przyczyny, które w wyroku KIO 2230/23 Izba uznała za uzasadniające odrzucenie oferty odwołującego, to:

Po pierwsze, w odniesieniu do przesłanki wyczerpującego wyjaśnienia faktów i okoliczności nieprawidłowego postępowania przy aktywnej współpracy z odpowiednimi organami lub zamawiającym – odwołujący w rzeczywistości nie wykazał, iż podejmował taką współpracę przed i w związku z ubieganiem się o udzielenie zamówienia w ramach procedury samooczyszczenia, która wymaga jego inicjatywy.

Powyższa konkluzja jest niezgodna z brzmieniem art. 110 ust. 2 pkt 2 ustawy, który brzmi: 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. Przepis ten mówi więc o dwóch alternatywnych sytuacjach: współpracy z organami lub zamawiającym. Z których, dla spełnienia wymogu art. 110 ust. 2 ustawy, wystarczająca jest jedna, a współpraca taka każdorazowo powinna być stosowna do sytuacji.

Przy czym „zamawiającym” w rozumieniu tego przepisu jest w tym wypadku Uniwersytet Śląski, a ową „współpracą” – czynności nazywane skrótowo „self-cleaningiem”.

Analizując, jakie czynności w związku z powyższym powinien podjąć odwołujący, a jakie podjął, odwołujący wskazał przede wszystkim, że w wyroku KIO 2230/23 – z przyczyn, których nie podano uzasadnieniu wyroku – skład orzekający pominął kompletnie współpracę z zamawiającym w postaci złożonych dokumentów self-cleaningu, odnosząc się jedynie do kwestii współpracy z UOKiK.

Tymczasem są to dwie odrębne procedury, mające na celu ustalenie innych okoliczności – przy czym tak naprawdę istotne dla obecnego postępowania przetargowego jest ustalenie, czy podjęte przez odwołującego środki zapobiegawcze (odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu) są wystarczające do wykazania jego rzetelności jako wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia.

Przy czym – na co wyraźnie wskazał TSUE w wyroku C-124/17 współpraca z instytucją zamawiającą musi ograniczać się do środków absolutnie niezbędnych do skutecznej realizacji celu oceny rzetelności wykonawcy.

W wyroku tym TSUE zwrócił też uwagę na inne role organów ścigania czy kontrolnych oraz instytucji zamawiających: W tym kontekście należy uwzględnić odpowiednie funkcje instytucji zamawiających oraz organów odpowiedzialnych za prowadzenie dochodzenia. Podczas gdy zadanie tych ostatnich polega na ustaleniu odpowiedzialności określonych podmiotów za popełnienie naruszenia normy prawnej przez wykazanie w sposób bezstronny prawdziwości okoliczności, które mogą stanowić takie naruszenie, a także na ukaraniu przeszłych naruszeń, instytucje zamawiające powinny ocenić ryzyko, jakie stałoby się ich udziałem, gdyby udzieliły zamówienia oferentowi, którego uczciwość i rzetelność są wątpliwe. (...) Tym samym, o ile wymagają tego odpowiednie role instytucji zamawiającej i organów odpowiedzialnych za prowadzenie dochodzenia i w takim też zakresie, wykonawca, który chce wykazać swą rzetelność pomimo istnienia którejs z odpowiednich podstaw wykluczenia, powinien współpracować w skuteczny sposób z organami, którym powierzono te funkcje, niezależnie od tego, czy będzie to instytucja zamawiająca, czy organ prowadzący dochodzenie.

I taka też inna rola UOKiK od roli poszczególnych zamawiających przejawia się w niniejszym postępowaniu przetargowym i odwoławczym.

Wskazywane bowiem w wyroku KIO 2230/23 postępowanie prowadzone przez UOKiK, tj. postępowanie wyjaśniające wszczęte na podstawie art. 48 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2023 r. poz. 1689 z późn. zm.), nie jest de facto postępowaniem kontrolnym w stosunku do odwołującego w takim znaczeniu, w jakim powszechnie rozumie się kontrolę, lecz postępowaniem wyjaśniającym mającym na celu ustalenie, czy w związku z działaniami przedsiębiorców przystępujących do postępowań przetargowych dotyczących dostawy materiałów eksploatacyjnych do drukarek, urządzeń wielofunkcyjnych lub innych urządzeń biurowych, mogło dojść do naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, uzasadniającego wszczęcie postępowania antymonopolowego, w tym ustalenie, czy sprawa ma charakter antymonopolowy. UOKiK wskazał też wprost, iż postępowania wyjaśniające prowadzone są przez Prezesa UOKiK z urzędu i w interesie publicznym, w postępowaniach tych nie występują strony (oba cytaty pochodzą z pisma UOKiK z 8 września 2023 r., będącego odpowiedzią na prośbę odwołującego o informację z 2 sierpnia 2023 r., o której była mowa w odwołaniu). Takie samo wskazanie występuje także w piśmie UOKiK z 22 czerwca 2021 r.: informuję, że Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK) prowadzi, na podstawie art. 48 ustawy (...) postępowanie wyjaśniające mające na celu wstępne ustalenie, czy w związku z działaniami przedsiębiorców przystępujących do postępowań przetargowych dotyczących dostawy materiałów eksploatacyjnych do drukarek, urządzeń wielofunkcyjnych lub innych urządzeń biurowych, mogło dojść do naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, uzasadniającego wszczęcie postępowania antymonopolowego, w tym ustalenie, czy sprawa ma charakter antymonopolowy. (...) w związku z powyższym (...) Prezes UOKiK wzywa do przedstawienia informacji i dokumentów (...) Wskazuję jednocześnie, że w postępowaniu

wyjaśniającym prowadzonym przez Prezesa UOKiK nie występują strony i nie jest ono skierowane przeciwko żadnemu przedsiębiorcy.

Przy czym istotny jest zakres owych informacji i dokumentów żądanych od odwołującego, wskazanych w tym piśmie – a mianowicie wskazanie:

- zasadniczego przedmiotu wykonywanej działalności gospodarczej,
- wszystkich postępowań o udzielenie zamówienia publicznego dot. analogicznego przedmiotu, w których składał ofertę w okresie od 1 stycznia 2018 r., z podaniem szczegółowych informacji dotyczących tych postępowań (część dla której złożył ofertę w przypadku podziału na części, cenę złożonej oferty, sposób kalkulacji tej ceny, czy oferta została złożona samodzielnie czy w ramach konsorcjum, datę złożenia oferty, czy oferta została wybrana w postępowaniu jako najkorzystniejsza, dane dotyczące zawartej umowy, czy umowa była wykonywana z udziałem podwykonawców z ich wskazaniem),
- wszelkich powiązań osobistych, zawodowych lub kapitałowych z innymi uczestnikami postępowania MAZOVII, tj. M.C. i Firmą Handlową Komax 9 Sp. z o.o.,
- sposobu kalkulacji ceny oferty złożonej w postępowaniu MAZOVII,
- zwyczajowego sposobu kalkulacji cen ofert składanych w postępowaniach dot. analogicznego przedmiotu,
- czy przy sporządzaniu i doręczaniu dokumentacji korzysta z pomocy innych podmiotów, czy sporządza je samodzielnie i czy wykonuje tego typu usługi na rzecz innych podmiotów;
- sposobu, w jaki pozyskał lub zamierza pozyskać produkty stanowiące przedmiot ww. (wszystkich) postępowań przetargowych, czy w ramach wykonywanej działalności gospodarczej produkuje tego typu produkty, czy też dokonuje ich zakupu od innych podmiotów,
- sposobu, w jaki zamierzał wykonać zamówienie MAZOVII (np. poprzez wyprodukowanie przedmiotu zamówienia w ramach prowadzonej działalności gospodarczej, czy też dokonanie zakupu od innych podmiotów),
- czy zamierzał samodzielnie wykonać zamówienie dla MAZOVII, czy też powierzyć jego wykonanie podwykonawcom,
- czynników, od których uzależnia start w postępowaniach dotyczących dot. analogicznego przedmiotu,
- warunków, na jakich udostępnia jako producent swoje produkty w postępowaniach dot. analogicznego przedmiotu oraz czy posługuje się przy tym wzorem umowy.

Z powyższego według odwołującego wynika w sposób oczywisty i jednoznaczny, że powyższe postępowanie wyjaśniające znacząco wykraczało poza zakres opisany w art. 110 ust. 2 pkt 2 ustawy i nie było postępowaniem o charakterze kontrolnym skierowanym przeciwko żadnemu przedsiębiorcy, w tym odwołującemu.

Potwierdza to T. Skoczny (red.), Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz., Legalis (komentarz do art. 47): W pierwszej kolejności postępowanie wyjaśniające wyróżnia inny od pozostałych postępowań cel. Nie jest nim stwierdzenie naruszenia przepisów prawa materialnego (jak w postępowaniu antymonopolowym w sprawach praktyk ograniczających konkurencję i w postępowaniu w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów), czy potwierdzenie zgodności określonego działania z prawem (postępowanie antymonopolowe w sprawie koncentracji), ale analiza określonych zjawisk rynkowych (zob. uw. do art. 47, Nb 8, i uw. Do art. 48, Nb 22). Postępowanie to służy zbieraniu informacji, co zbliża je w gruncie rzeczy "do działań kontrolnych podejmowanych w ramach postępowania antymonopolowego" (R. Janusz, M. Sachajko, T. Skoczny, Nowa ustawa s. 202). Postępowanie wyjaśniające ma charakter "wewnątrzadministracyjny", nie jest prowadzone przeciwko określonemu przedsiębiorcy (nie ma w nim stron), nie wpływa bezpośrednio na sferę praw i obowiązków konkretnych podmiotów (por. uchw. SN z 8.4.2010 r., III SZP 1/10, BSN 2010, Nr 4; zob. uw. Do art. 48, Nb 2). Postępowanie wyjaśniające kończy się postanowieniem, a nie merytoryczną decyzją (jak w przypadku innych postępowań).

W informacji o odrzuceniu oferty odwołującego z 1 września 2023 r. zamawiający stwierdził, że wykonawca nie wskazał w swoim wyjaśnieniu, z jakimi właściwym organem współpracuje, co ta współpraca może wnieść do sprawy. Powyższe zdanie zamawiającego można uznać wręcz za podsumowanie całej kwestii opisanej w punkcie I, gdyż współpraca z UOKiK w ramach postępowania wyjaśniającego w rzeczywistości nie wnosi żadnych konkretnych wartości do tej sprawy i poprawności self-cleaningu. Zwłaszcza wobec braku, jak dotychczas, jakichkolwiek konkluzji ze strony UOKiK.

Po drugie Izba wskazała: Trudno przy tym bronić twierdzenia o aktywnej współpracy, rozumianej jako aktywność wykonawcy, w sytuacji, gdy w sprawie tej inicjatorem ustalenia czynu nieuczciwej konkurencji był Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, a jakakolwiek forma deklarowanej własnej współpracy z tą instytucją po ustaleniach KIO i Sądu Okręgowego nie była inicjowana przez odwołującego.

W odniesieniu do powyższego należy jeszcze raz przywołać argumentację z punktu I, a mianowicie alternatywę owej aktywności w odniesieniu do zamawiającego, którą jest złożenie dokumentów w ramach self-cleaningu.

Poza tym w wyroku tym nieprawidłowo zinterpretowano kwestię „aktywnej” współpracy. Aktywna współpraca nie oznacza bowiem w żadnej mierze obowiązku samodonosu czy wniosku o wszczęcie kontroli przez UOKiK, której to instytucji zresztą ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie przewiduje. Postępowanie wyjaśniające i inne postępowania

prowadzone przez Prezesa UOKiK (poza jednym wyjątkiem) wszczynane są z urzędu, co wynika wprost z przepisów art. 48 i 49 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów:

-art. 48 ust. 1: Prezes Urzędu może wszcząć z urzędu, w drodze postanowienia, postępowanie wyjaśniające...

-art. 49: 1. Postępowanie antymonopolowe w sprawach praktyk ograniczających konkurencję, postępowanie w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, postępowanie w sprawach o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone oraz w sprawach nakładania kar pieniężnych wszczyna się z urzędu.

2. Postępowanie antymonopolowe w sprawach koncentracji wszczyna się na wniosek lub z urzędu. Przy czym i w tym jedynym przypadku ww. wniosek o wszczęcie postępowania nie stanowi żadnej formy samodonosu, lecz przewidzianą przepisami procedurę uzyskania zgody na koncentrację.

Postępowanie antymonopolowe w sprawach koncentracji jest jedynym rodzajem postępowania przed Prezesem UOKiK, które może być na gruncie UOKiKu wszczynane na wniosek lub z urzędu (art. 49 ust. 2). Dwa sposoby wszczęcia postępowania nie mają jednak charakteru alternatywnego – każdy z nich jest charakterystyczny dla innego typu postępowania antymonopolowego w sprawach koncentracji i wykorzystywany w innych okolicznościach. De facto różne sposoby wszczęcia postępowania stanowią kryterium wyodrębnienia dwóch typów postępowania w sprawach koncentracji (postępowanie wszczynane na wniosek i postępowanie wszczynane z urzędu). Tryb wnioskowy stanowi podstawowy tryb wszczynania postępowań antymonopolowych w sprawach koncentracji, co wynika z prewencyjnego charakteru kontroli koncentracji. Zgłoszenie zamiaru koncentracji dokonywane przez przedsiębiorców jest równoznaczne ze złożeniem wniosku o wszczęcie postępowania antymonopolowego w sprawach koncentracji. [T. Skoczny (red.), Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz., Legalis (komentarz do art. 490)].

Zresztą o wszczynaniu postępowania wyjaśniającego z urzędu mowa również w piśmie UOKiK.

Tym samym jakiekolwiek wymaganie od odwołującego, by żądał od jakiegokolwiek organu, w tym UOKiK, kontroli lub śledztwa, jest niezgodne z jakimikolwiek przepisami prawa czy zasadami współżycia społecznego. W wyroku nie wskazano zaś ani podstawy prawnej, ani innych źródeł takiego obowiązku dla wykonawców.

Aktywna współpraca, w przypadku współpracy z organami, nie oznacza zaś bynajmniej jej inicjowania przez wykonawców (gdyż organy nie działają w ten sposób), lecz udzielania tym organom wymaganych wyjaśnień – o czym akurat jest dokładna regulacja w przepisach:

Przedsiębiorcy są obowiązani do przekazywania wszelkich koniecznych informacji i dokumentów na żądanie Prezesa Urzędu (art. 50 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów). Odwołujący zaś wyczerpująco odpowiedział na pytania Prezesa UOKiK.

Z powyższego przywołania zagadnień podniesionych w piśmie UOKiK z 22 czerwca 2021 r. wynika w sposób oczywisty i jednoznaczny, że powyższe postępowanie wyjaśniające znacząco wykraczało poza zakres opisany w art. 110 ust. 2 pkt 2 ustawy. Odwołujący natomiast, pismem z 12 lipca 2021 r., na wszystkie pytania wyczerpująco odpowiedział i przekazał wszelkie wymagane informacje, mimo że dotyczyły one szeroko pojętej działalności odwołującego, a ich przygotowanie było bardzo pracołonne.

Nie można zatem stwierdzać, że odwołujący nie współpracował aktywnie z organem, czyli uchylał się od takiej współpracy.

Niezależnie od powyższego odwołujący wskazał, że choć przepisy nie przewidują możliwości złożenia do UOKiK wniosku o kontrolę, to przewidują inną instytucję, na którą odwołujący wskazał w wyjaśnieniach złożonych zamawiającemu w ramach self-cleaningu wraz z ofertą, stwierdzając m.in.: Wykonawca jest uprawniony do skorzystania z procedury, o której mowa w art. 113a i n. uokik. Przy czym wyjaśnił, że nie może podawać szczegółów sprawy, gdyż instytucja, która prowadzi z udziałem wykonawcy postępowanie wyjaśniające poinformowała wykonawcę pisemnie, że wykonawca nie może ujawniać informacji o współpracy z tym organem, zaś zachowanie w tym zakresie tajemnicy przez wykonawcę wymagane jest treścią bezwzględnie obowiązującego przepisu prawa.

Zgodnie z przywołanym przepisem art. 113a ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przedsiębiorca, który zawarł porozumienie, o którym mowa w art. 6 ust. 1 ustawy lub art. 101 TFUE, może złożyć do Prezesa Urzędu wniosek o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej za naruszenie zakazu określonego w art. 6 ust. 1 ustawy. Przy czym w art. 113a ust. 8 pkt 5 wyraźnie wskazano na zakaz ujawniania informacji o fakcie złożenia takiego wniosku bez zgody Prezesa UOKiK (takiej zgody, mimo wystąpienia, odwołujący nie otrzymał). Jako jedyne wyjątki art. 113a ust. 6 pkt 2 przewiduje jedynie Komisję Europejską i organy ochrony konkurencji innych państw, które jednak same pełnią funkcję organów kontrolnych.

Tym samym odwołujący nie mógł informować żadnych organów, w tym zamawiającego, o tym fakcie. Odwołujący próbował w granicach prawa zasygnalizować to zamawiającemu w wyjaśnieniach złożonych wraz z ofertą.

Po złożeniu odwołania w tym postępowaniu odwołujący powziął wiadomość, że wniosek został rozstrzygnięty przez jego nieuwzględnienie. Nie jest już zatem związany prawnymi konsekwencjami ww. zakazu i może złożyć jako dowód komplet dokumentów. Podkreślić jednak należy, że dowody te jedynie dodatkowo wykazują na okoliczności, które w

sposób wystarczający były już wykazywane wyjaśnieniach składanych w ramach self-cleaningu.

W ocenie odwołującego podjęte przez niego czynności dowodzą jego rzetelności i w pełni wypełniają przesłankę samooczyszczenia określoną w art. 110 ust. 2 pkt 2 ustawy. Odwołujący złożył wyjaśnienia i dowody tak szczegółowe, jak tylko mógł w okolicznościach sprawy. Gdyby informacje zawarte w wyjaśnieniach lub dokumentach były dla zamawiającego niejasne, powinien był wezwać odwołującego do złożenia wyjaśnień w miejsce stosowania najdalej idącej sankcji odrzucenia oferty. Nie ulega wątpliwości, że w okolicznościach tej sprawy działanie zamawiającego było nieproporcjonalne do celu, jakiemu służą przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych i instytucje tam uregulowane, w tym prowadzą do faktycznej niemożności skorzystania z instytucji self-cleaningu, która – jak podkreślał TSUE w wyroku C-387/19 – jest uprawnieniem wykonawcy nadanym mu przez art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24/UE.

I podobnie jak niedozwolona jest implementacja tego przepisu w sposób naruszający owo uprawnienie wykonawcy, tak (tym bardziej) niedozwolone jest takie jego stosowanie, które tę implementację uniemożliwia.

Kolejną wskazaną w uzasadnieniu wyroku KIO 2230/23 kwestią jest to, że Izba nie odnosi się do twierdzenia o potrzebie uzupełnienia tych dowodów, jako że wykraczałoby to poza zakres zarzutów, którymi jest związana.

Z powyższym również odwołujący nie zgodził się, ponieważ kwestia uzupełnienia dokumentów, których braki wskazano jako podstawę podlegania przez odwołującego wykluczeniu z postępowania, a więc i odrzucenia oferty, wchodzi w zakres podstaw tego wykluczenia i odrzucenia. Uzupełnienie na gruncie art. 128 ust. 1 ustawy jest obowiązkowe (jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie). Tym samym, badając prawidłowość działań ówczesnego zamawiającego Izba powinna zbadać wypełnienie przez niego wszystkich obowiązkowych czynności, do których podjęcia zobowiązany był zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Trudno zarzucać odwołującemu, że przedstawił podczas rozprawy pewne dokumenty, które odnosiły się do wskazanych w informacji o odrzuceniu jego oferty podstaw. Wiedzę o tym, że takie dokumenty lub dodatkowe informacje będą potrzebne, odwołujący uzyskał bowiem dopiero z informacji o odrzuceniu oferty – gdyby zamawiający zwrócił się o nie wcześniej w ramach uzupełnienia lub wyjaśnienia self-cleaningu, to by je uzyskał.

Niemniej jednak z proceduralnego punktu widzenia (w ramach procedury odwoławczej) powyższe stwierdzenie nie ma globalnego znaczenia, gdyż dotyczy stanu faktycznego wyłącznie dla postępowania KIO 2230/23.

Zupełnie zaś niezrozumiałe jest kolejne stwierdzenie wyroku, tj.: Nie można uznać, iż odwołujący przedstawił w sposób wyczerpujący okoliczności w jakich miało dojść do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, w szczególności dość okrojone są informacje co do czasu, w jakim miało dojść do zмовы.

Odwołujący bowiem wyjaśnił powyższe w self-cleaningu, zaś do wyjaśnień zostały załączone wyroki KIO oraz sądu okręgowego, w których szczegółowo opisano stan faktyczny sprawy, włącznie z datami (który to stan faktyczny nie należy do szczególnie skomplikowanych). Trudno więc powiedzieć, o jakich konkretnych brakach w informacjach mowa w uzasadnieniu wyroku.

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

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

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

Art. 110 ust. 2 pkt 3 ustawy określa przykładowy katalog czynności, jakie wykonawca może podjąć, aby zapobiec powtórzeniu się sytuacji, która stała się podstawą jego wykluczenia. Odwołujący postanowił zrealizować jak największy zakres tych czynności – nawet w sposób nadmiarowy. Nie tylko oświadczył i opisał to w wyjaśnieniach, ale również przedłożył dowód w postaci umowy z panem C..

Kwestionowanie powyższego opisu i twierdzeń jest de facto negowaniem prawdziwości oświadczeń i przedstawionych dokumentów, opierając się – nawet nie jedynie na własnych tezach i twierdzeniach – gdyż owych brak, a jedynie na prostej negacji bez uzasadnienia.

A dokładniej to nawet nie na negacji, ale na nieokreślonych „wątpliwościach”.

Jak już wskazano w odwołaniu – w polskim i europejskim systemie prawa mamy system odpowiedzialności indywidualnej i oznaczonej. W tym określono, kto odpowiada za działania spółki. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością jest też osobą prawną, odrębną od jej wspólników i zarządu.

Zatem już jakiegokolwiek odnoszenie się do odpowiedzialności pana C. za działania spółki jest nadmiarowe, a wszelkie czynności w tym zakresie zostały podjęte z ostrożności. Zresztą również na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów brak jest wskazań o konieczności zaprzestania współpracy handlowej pomiędzy przedsiębiorcami, a jedynie zaprzestania niedozwolonego porozumienia lub porozumień. Zatem również z tego punktu widzenia są to działania ostrożnościowe odwołującego.

Przed sprawą MAZOVII spółka Golden Line i p.C. utrzymywali kontakty handlowe, w ramach których oba podmioty sprzedawały produkowane przez drugi z nich tonery. Po sprawie MAZOVII relacje te zostały zakończone – na długo przed złożeniem przez odwołującego oferty w tym postępowaniu.

Odwołujący złożył w tym zakresie oświadczenie, które samo w sobie jest dowodem. Skutecznie je zanegować można jedynie poprzez wykazanie, że jest ono nieprawdziwe. A żeby uznać je za niewiarygodne lub nieprawdziwe, to podmiot, który tak twierdzi, powinien złożyć dowód na ową nieprawdziwość. Ma tu bowiem zastosowanie zasad art. 6 Kodeksu cywilnego: Ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

Zatem jeśli zamawiający lub inny podmiot twierdzi, że jest inaczej, niż wskazano w self-cleaningu, to on powinien to dowieść. W tej sprawie natomiast nie pojawił się jakiegokolwiek dowód przeciwny, z którego wynikałby chociaż cień podejrzenia, że istnieją nadal powiązania pomiędzy panem C. a odwołującym. Niezrozumiałe jest zatem, dlaczego neguje się dokumenty i oświadczenia składane w ramach procedury self-cleaningu.

Jak się wskazuje w orzecznictwie i piśmiennictwie dotyczącym niedozwolonych porozumień, co do zasady brak jest możliwości pozyskania bezpośrednich dowodów na istnienie lub nieistnienie powiązań, które doprowadziły do zawarcia porozumienia naruszającego prawo. Potwierdzić to mogą bowiem jedynie strony owego porozumienia.

Odwołujący uznał, że jego oświadczenie w tym przypadku jest wystarczające, a ewentualne oświadczenie pana C. może być uznane za równie wiarygodne (czy też niewiarygodne), jak oświadczenie odwołującego – skoro się je kwestionuje, a dodatkowo może być źródłem kolejnych insynuacji o istnieniu powiązań czy braku zerwania kontaktów.

Co do kwestii proporcjonalności i prawidłowości decyzji o podleganiu przez odwołującego wykluczeniu i odrzuceniu jego oferty – stanowisko zamawiającego jest wprost sprzeczne z art. 110 ust. 3 ustawy, który stanowi, że 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. Zamawiający był zatem zobowiązany zważyć okoliczności popełnienia czynu.

Warto również zwrócić uwagę na brzmienie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy i będącego jego pierwowzorem art. 57 ust. 4 lit. d dyrektywy 2014/24/UE, które wskazują na wielość wykonawców (co najmniej trzech) i wiele porozumień (dyrektywa) jako podstawę wykluczenia. W tym przypadku mamy natomiast jeden przypadek i porozumienie na minimalną skalę, które dodatkowo nie wywołało żadnych skutków na gruncie konkurencyjności, a odwołujący podjął wszelkie dostępne mu kroki, aby wykazać swoją rzetelność i zapobiec przyszłym naruszeniom prawa i, co istotne, uczynił to skutecznie.

Sytuacja dotycząca postępowania dla MAZOVII miała jedynie incydentalny charakter. Nigdy wcześniej ani później nie stwierdzono zawarcia przez odwołującego jakiegokolwiek innego porozumienia naruszającego konkurencję. Dobitnie świadczy to o tym, że wszystkie przyczyny zaistnienia tej sytuacji, jak i podjęcie szeregu środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych w celu zapobieżenia pojawienia się takiej sytuacji w przyszłości, zostały wyeliminowane. Prawie trzyletni okres od zajścia zdarzenia, przez który odwołujący, mimo udziału w wielu postępowaniach, nie naraził się na zarzut zawarcia jakiegokolwiek porozumienia z innym wykonawcą, świadczy o tym, że środki podjęte w ramach samooczyszczenia są środkami skutecznymi. Zrealizowały bowiem cel, w jakim były podejmowane – zapobiegają powtórzeniu się sytuacji skutkującej wykluczeniem w przyszłości.

Odwołujący nie korzystał z prawa do utajnienia wyjaśnień i dokumentów składanych w ramach samooczyszczenia. Konkurencyjni wykonawcy każdorazowo weryfikują teś wyjaśnień dotyczących self-cleaningu i składają różnego rodzaju donosy (tak było i w tym przypadku). Nie ulega wątpliwości, że gdyby odwołujący zawarł w ostatnich latach jakieś nowe porozumienie lub popełnił inny delikt, to konkurenci na pewno by te informacje przekazali zamawiającemu. Już sam fakt, że żaden z konkurentów nigdy takich okoliczności nie podniósł, świadczyć powinno o braku ich występowania.

Pomimo że odrzucenie oferty odwołującego z 1 września 2023 r. było skutkiem „zawiadomień” przesłanych przez konkurenta, do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden z wykonawców, w szczególności spółka Komax9, która złożyła ww. zawiadomienia i której oferta w konsekwencji została wybrana jako najkorzystniejsza. W tej sytuacji zaś przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego powinno być oczywistą czynnością podjętą przez tego wykonawcę, aby bronić wyboru zamawiającego. Natomiast fakt nieprzystąpienia należy, w ocenie odwołującego, interpretować jak potwierdzeniem, że wykonawca ten nie jest w stanie przedstawić żadnych merytorycznych argumentów, a tym bardziej dowodów, na postawione w swoich pismach zarzuty. Ponadto brak przystąpienia wykonawcy Komax9 świadczy o tym, iż złożone odwołanie jest zasadne, a argumenty w nim podniesione mają odzwierciedlenie w rzeczywistości, zaś wykonawca Komax9 utracił możliwość przedstawienia swoich twierdzeń przed kolejnymi instytucjami.

Reasumując, w procesie oceny dokonanego samoocyszczenia zamawiający powinien był uwzględnić następujące okoliczności:

- jednorazowy, incydentalny charakter,

- brak „recydywy”, który świadczy o braku praktyki w spółce odwołującego tego typu działań i jednostkowej decyzji osoby, która następnie została odsunięta od kierowania sprawami spółki, - ponad dwuletnią wzorową działalność odwołującego świadczącą o skuteczności podjętych środków dla osiągnięcia celu określonego w normie, czyli zapobiegania przyszłym podobnym zachowaniom.

Nie ulega wątpliwości, że celem postępowania jest wybór wykonawcy, który jest w stanie wykonać zamówienie i jest rzetelny. Odwołujący podejmuje szereg działań, aby tę rzetelność wykazać. Nie można zatem aprobować sytuacji, w której jakakolwiek potencjalna wątpliwość czy domniemany brak albo wręcz insynuacje konkurentów prowadziły do odrzucenia jego oferty, zwłaszcza w przypadku, gdy ewentualne wątpliwości mogą być wyeliminowane przez dostępne zamawiającemu instytucje, jak wezwanie do wyjaśnień lub uzupełnienia.

Niewątpliwie bowiem w takim wypadku wezwanie do wyjaśnień lub uzupełnienia jest emanacją nie tylko realizacji obowiązków wprost wyrażonych w ustawie Prawo zamówień publicznych, ale też zasady proporcjonalności działań zamawiającego, w miejsce najdalej idącej sankcji, jaką jest odrzucenie oferty.

Istotnym faktem w tej sprawie jest to, iż odwołujący nie miał świadomości o ponownym badaniu ofert, w związku z czym nie miał możliwości złożenia dodatkowych wyjaśnień, czy też uzupełnienia dokumentu samoocyszczenia. Ze względu na złożone zapytania do UOKiK o etap postępowania (wniosek o udzielenie informacji publicznej oraz informacji dotyczących postępowania w sprawie złożonego wniosku), odwołujący nie był w stanie złożyć dodatkowych wyjaśnień ze względu na brak – w tamtym czasie – odpowiedzi z UOKiK.

W dniu 18 września 2023 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Z argumentacją odwołującego nie sposób się zgodzić. Zamawiający w kolejnych punktach wykaże bezzasadność zarzutów odwoławczych oraz wadliwość wnioskowania odwołującego.

Ad. 1. Podstawy odrzucenia oferty odwołującego.

Jak słusznie zasygnalizowano w treści odwołania, zamawiający decyzję o wyborze najkorzystniejszej oferty - Firmy Handlowej KOMAX 9 Sp. z o.o. oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez Wykonawcę Golden Line Sp. z o.o. podjął w ramach powtórzonej czynności badania i oceny ofert. Odwołujący uznaje przy tym za kontrowersyjny fakt, iż na etapie badania i oceny ofert (pierwotnym), zamawiający przyjął wyjaśnienia wykonawcy Golden Line Sp. z o.o. nie kwestionując ich rzetelności ani skuteczności (choć w tym zakresie odwołujący nie dysponuje żadną wiedzą na temat tego jak wyglądał sam proces decyzyjny w obrębie działającej w postępowaniu komisji przetargowej), dokonując wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Zamawiający przypomina w tym momencie, że zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej, działanie zamawiającego polegające na poprawianiu z własnej inicjatywy (w tym również w następstwie informacji przekazanych przez uczestników postępowania) stwierdzonych błędów, popełnionych w trakcie procedury, choć nie zostało wymienione *expressis verbis* w ustawie, należy uznać za poprawne i uzasadnione, a nawet konieczne. Jeżeli bowiem – w myśl podstawowej zasady postępowania wynikającej z art. 17 ust. 2 ustawy – zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami, oznacza to, że zamawiający musi udzielić zamówienia temu wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę. Jeżeli więc zamówienia można udzielić wyłącznie „wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy”, to zamawiający musi poprawnie przeprowadzić procedurę wyboru oferty najkorzystniejszej, aby rzeczywiście ofertę najkorzystniejszą wybrać. Izba wskazała przy tym, że nie można udzielić zamówienia wykonawcy, który powinien być wykluczony (a nie został), ani wybrać oferty, która powinna być odrzucona (a nie została) lub która nie byłaby pierwsza w rankingu.

Jeżeli więc zamawiający przed zawarciem umowy dojdzie do wniosku, że nieprawidłowo wybrał ofertę, nie może również zawrzeć umowy, gdyż byłaby to umowa potencjalnie nieważna. W sytuacji wystąpienia w postępowaniu wady, która jest możliwa do usunięcia, np. w drodze czynności zamawiającego, zamawiający nie ma innego wyboru, jak powstałą wadę usunąć. Oddalając odwołanie w wyroku z 20 sierpnia 2020 r. (sygn. akt KIO 1542/20), Izba wskazała, że zamawiający ma zawsze prawo weryfikowania i ewentualnego korygowania swoich czynności. Żaden przepis ustawy nie stoi bowiem na przeszkodzie temu, aby gospodarz postępowania, kiedy powźmie wątpliwości co do prawidłowości swoich wcześniejszych działań, unieważnił dokonaną czynność i ponownie przeanalizował, czy była ona prawidłowa. Biorąc pod uwagę, że celem postępowania przetargowego jest dokonanie zgodnego z przepisami wyboru oferty i udzielenia zamówienia, to w sytuacji, gdy ujawniają się przesłanki, które budzą jakąkolwiek wątpliwość, autoweryfikacja czynności zamawiającego jest nie tylko dopuszczalna, ale i uzasadniona. Przy czym rodzaj bodźca, czy źródło pochodzenia informacji, które w konsekwencji wpływa na rewizję poglądów zamawiającego w przedmiocie jego uprzedniej oceny złożonych w postępowaniu ofert, ma irrelevantne znaczenie z punktu widzenia przestrzegania nadrzędnej zasady jaką jest udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Jak słusznie zauważył odwołujący: „Zamawiający otrzymał informację od Krajowej Izby Odwoławczej, że Izba oddaliła

odwołanie (w sprawie o sygn. akt KIO 2230/23). Wobec powyższego faktu stało się konieczne unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem powyższego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej". Zamierzeniem zamawiającego po unieważnieniu czynności pierwotnego wyboru najkorzystniejszej oferty nie była li tylko mechaniczna korekta wcześniejszego rozstrzygnięcia i przywołanie głównych motywów innego wyroku KIO, którego uczestnikiem był Golden Line Sp. z o.o., ale ponowna ocena złożonych ofert ze szczególnym uwzględnieniem oferty ww. wykonawcy przez pryzmat argumentacji, która legła u podstaw wydania orzeczeń na kanwie identycznych stanów faktycznych z udziałem odwołującego właśnie (w tym przywołanego powyżej wyroku). Niezależnie od okoliczności, w jakich doszło do ustalenia decyzji w przedmiocie odrzucenia oferty odwołującego, w ostatecznym rozrachunku poprawność owej czynności zamawiającego i tak może być weryfikowana przede wszystkim z perspektywy treści sporządzonego przez niego uzasadnienia faktycznego i prawnego w ślad za brzmieniem przepisu art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy. U podstaw decyzji zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego w ramach powtórzonej czynności badania i oceny ofert legły następujące fakty:

1)z treści oświadczenia wstępnego złożonego przez Wykonawcę Golden Line Sp. z o.o. wynikało, iż brał on w przeszłości w porozumieniu mającym na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w rozumieniu art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy (zmowa przetargowa o charakterze horyzontalnym);

2)udział w porozumieniu, o którym mowa w pkt 1 został potwierdzony wyrokiem KIO z 16 marca 2021 r., sygn. akt KIO 431/21, który to wyrok został utrzymany w mocy wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z 25 czerwca 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 56/21;

3)w myśl art. 111 pkt 4 ustawy wykluczenie w przypadku opisanym w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp następuje na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia (złożenie ofert w postępowaniu, w którym stwierdzono wystąpienie zmowy przetargowej z udziałem odwołującego miało miejsce 13 stycznia 2021 r.), a więc okres ten w stosunku do przedmiotowego postępowania jeszcze nie upłynął;

4)Odwołujący, w ślad za dyspozycją przepisu art. 110 ust. 2 ustawy złożył wyjaśnienia w ramach instytucji samooczyszczenia, w których wymienił środki naprawcze podjęte w celu wykazania jego rzetelności;

5)ustawa w art. 110 ust. 2 wskazuje na trzy warunki, które powinny zająć kumulatywnie (w tym zakresie wykładnia literalna normy nie pozostawia żadnych wątpliwości), aby samooczyszczenie było skuteczne:

a)naprawienie szkody lub zobowiązanie się do jej naprawienia;

b)wyjaśnienie faktów i okoliczności związanych z sankcjonowanym zachowaniem;

c)podjęcie działań zaradczych w celu unikania wystąpienia takich zachowań w przyszłości;

6)w toku powtórzonego badania i oceny ofert, zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 110 ust. 3 ustawy wobec stwierdzenia, iż nie spełnił on dwóch z trzech przesłanek, które wymienia przepis art. 110 ust. 2 ustawy, a które niezbędne są do wykazania rzetelności wykonawcy, pomimo naruszeń, których dopuścił się w przeszłości, z uwzględnieniem wagi i szczególnych okoliczności jego czynu;

7)Zamawiający w ostatecznej ocenie, negatywnie zweryfikował wyjaśnienia dotyczące aspektów, które wymienia art. 110 ust. 2 pkt 2 oraz pkt 3 lit. a ustawy, w szczególności zamawiający odmówił wiary wyjaśnieniom odwołującego w zakresie jego współpracy z „właściwym organem” zmierzającej do wyjaśnienia okoliczności sprawy i wdrożenia odpowiednich środków naprawczych, albowiem w tym aspekcie oświadczenia odwołującego jawią się jako gołosłowne, nie przenoszące żadnych konkretów dotyczących procedury, trybu, mechanizmów tej współpracy, organu prowadzącego postępowanie i w tym sensie nie wnoszą niczego do analizowanej sprawy. Trudno również mówić tu również o współpracy inicjowanej przez odwołującego. Dodatkowo wyjaśnienia nie zostały poparte żadnymi dowodami. Po wtóre, wykonawca Golden Line Sp. z o.o. nie wyjaśnił dostatecznie wątku zerwania wszelkich powiązań z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie ww. wykonawcy, a także nie przedstawił żadnych dowodów, w jaki sposób i na jakich warunkach doszło do przejęcia części przedsięwzięcia uczestniczącego w zlocie przetargowej i nie wykazał w żaden sposób zerwania więzi z tym kontrahentem.

W ust. 1 Uzasadnienia, odwołujący przypomina, iż „nie uzyskał zgody instytucji prowadzącej postępowanie wyjaśniające w zakresie zawartego porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji na ujawnienie informacji odnośnie przedmiotowego postępowania. Wedle stanowiska odwołującego, instytucja, która prowadzi z udziałem wykonawcy postępowanie wyjaśniające, poinformowała odwołującego pisemnie, że wykonawca ten nie może ujawniać informacji o współpracy z tym organem, zaś zachowanie w tym zakresie tajemnicy przez wykonawcę wymagane jest treścią bezwzględnie obowiązującego przepisu prawa". Zastanawiającym jest fakt, że odwołujący na etapie selfcleaning w tym zakresie oświadcza, iż nie jest uprawniony do podania chociażby podstawy prawnej prowadzonego postępowania wyjaśniającego, wskazania charakteru tego postępowania, organu prowadzącego, podstawy prawnej dotyczącej obowiązku zachowania w tajemnicy okoliczności związanych z prowadzonym postępowaniem, nie jest również w stanie przedstawić (nawet w zanonimizowanej postaci) pisma organu, z którego wynika obowiązek zachowania rzeczowej tajemnicy. Biorąc pod uwagę czas, który upłynął od zdarzenia, liczbę podmiotów biorących udział w porozumieniu, fakt,

że uczestnicy porozumienia doskonale znali się nawzajem i świetnie orientowali się w stosowanym przez siebie mechanizmie, brak konkretnych ustaleń i rozstrzygnięć w toku tego „utajnionego postępowania” po dzień dzisiejszy, pozwala na powzięcie poważnych wątpliwości co do charakteru owej współpracy z właściwym organem.

Ad. 2 Stan faktyczny sprawy związanej z porozumieniem.

Stanowisko odwołującego, w którym oświadcza on, że okoliczność opisywana sprawą była jednostkową i odosobnioną oraz, że odwołujący nigdy wcześniej i nigdy później nie był stroną jakiegokolwiek porozumienia naruszającego uczciwą konkurencję może mieć w zacytowanej postaci walor li tylko deklaracyjny. Równie dobrze można by stwierdzić, że nigdy wcześniej ani nigdy później taki proceder z jego udziałem nie został wykryty. Z pewnością łatwiej weryfikowalne byłoby twierdzenie, z którego wynikałoby, iż odwołujący nie był nigdy wcześniej ani nigdy później nie był stroną postępowania, którego przedmiotem był jego udział w niedozwolonym porozumieniu naruszającym konkurencję (w żaden sposób nie umniejszając w tym miejscu fundamentalnej zasadzie in dubio pro reo).

Ad. 3 Kwestia wyroku KIO 2230/23 jako podstawy odrzucenia oferty odwołującego.

Nie sposób zgodzić się z tezą odwołującego, wedle której z uzasadnienia odrzucenia oferty z dnia 1 września 2023 r. wynika, iż „jej podstawą była wyłącznie informacja uzyskana od konkurenta – F.H. Komax 9 Sp. z o.o. oraz z Krajowej Izby Odwoławczej o oddaleniu odwołania KIO 2230/23”. Owoż wynika z niego ni mniej, ni więcej niż tylko to, co cytuje odwołujący w zdaniu kolejnym: „wobec powyższego faktu stało się konieczne unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem powyższego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej”. Orzeczenie Izby, które cytuje odwołujący dało jedynie asumpt do dokonania ponownej analizy treści jego oferty oraz rzuciło nowe światło na wyjaśnienia złożone w procesie samooczyszczenia wykonawcy Golden Line Sp. z o.o. Oczywiście zamawiający zdaje sobie sprawę, że nie funkcjonujemy w systemie common law i orzeczenia sądów, a tym bardziej sądów czy organów arbitrażowych nie mają charakteru precedensów, natomiast warto zwrócić uwagę na kilka podstawowych faktów, które miał przed oczyma zamawiający podejmując decyzję o powtórzeniu oceny ofert:

1) do poczynienia własnych ustaleń w oparciu o rozstrzygnięcie zapadłe w postępowaniu o sygn. akt KIO 2230/23, zamawiający nie potrzebował jego uzasadnienia, albowiem:

a) argumentując chociażby w ślad za poglądami judykatury w sprawach cywilnych, moc wiążąca prawomocnego orzeczenia dotyczy związania treścią sentencji, a nie uzasadnienia zawierającego prezentację przeprowadzonych dowodów i ocenę ich wiarygodności,

b) wyrok zapadły w sprawie o sygn. akt KIO 2230/23 dotyczył w zasadzie równolegle prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym stroną był odwołujący,

c) orzeczenie dotyczyło analogicznej kwestii związanej z podmiotem Wykonawcy – Golden Line Sp. z o.o., a więc z umowy przetargowej - zdarzenia, które miało miejsce w roku 2021 r. i nie miało związku z osobą czy zachowaniem zamawiającego aktualnie udzielającego zamówienia;

2) Odwołujący w jednej części wywodu podkreśla, że każde postępowanie odwoławcze kieruje się własnymi zasadami proceduralnymi, które niekoniecznie odzwierciedlają słuszność zarzutów, takimi jak zakres orzekania, swobodna ocena dowodów, wpływ na wynik postępowania, a nawet sformułowania językowe, na których oparte są zarzuty odwołania, kwestionując przydatność uzasadnienia skonstruowanego na innej podstawie faktycznej czy prawnej, z drugiej strony stwierdza, że aby w jakiegokolwiek mierze kierować się ww. wyrokiem, konieczne jest zapoznanie się z jego uzasadnieniem pisemnym, co świadczy o wewnętrznej sprzeczności wywodu zawartego w uzasadnieniu odwołania;

3) na korzyść trafności ostatecznej oceny ofert zamawiającego w ramach powtórzonego wyboru przemawia fakt, że pomimo braku dysponowania pełnym uzasadnieniem orzeczenia sygn. akt KIO 2230/23, wskazał i umotywował te same powody odrzucenia oferty odwołującego jak w rzeczonym wyroku (co potwierdza jego uzasadnienie otrzymane z KIO już po złożeniu przedmiotowego odwołania);

4) wykonawca Golden Line Sp. z o.o. nie przedstawił zamawiającemu żadnych nowych, przełomowych okoliczności czy dowodów w stosunku do postępowania, które stało się przedmiotem odwołania o sygn. akt KIO 2230/23.

Ad. 4 Zaniechanie wyjaśnienia sytuacji z odwołującym.

Odwołujący stwierdza, iż czynność zamawiającego w ramach powtórzonego wyboru obarczona jest wadą, ponieważ informację na temat toczącego się równolegle postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, którego stroną jest Wykonawca Golden Line Sp. z o.o., zamawiający otrzymał od innego z uczestników – konkurenta odwołującego, zainteresowanego uzyskaniem zamówienia. Wszystkie te działania, a więc przekazanie sygnatury sprawy i innych informacji, odwołujący określa mianem „działań dokonanych za jego plecami”. W ocenie odwołującego narusza to zarówno zasadę uczciwej konkurencji, jak i przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wg odwołującego wątpliwe co najmniej z punktu widzenia uczciwej konkurencji jest opieranie decyzji zamawiającego co do poszczególnych wykonawców na „doradztwie” ich konkurentów, zaś z punktu widzenia przejrzystości postępowania i uczciwej konkurencji – podejmowanie tego typu decyzji bez wezwania zainteresowanego wykonawcy do wyjaśnień i przedstawienia swojego stanowiska. Zdaniem odwołującego powoduje to naruszenie ról poszczególnych uczestników

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przypisanych im przez ustawę. Wobec tak sformułowanych zarzutów, zamawiający wyjaśnia:

1)każdy z uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma prawo na każdym jego etapie powiadomić zamawiającego o ewentualnej, niezgodnej jego zdaniem z przepisami ustawy - czynności zamawiającego, nawet pomimo braku w nowej ustawie normatywnego odpowiednika przepisu art. 181 ust. 1 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, możliwość tego rodzaju stanowi emanację zasady jawności postępowania, uczciwej konkurencji i równego dostępu do zamówienia;

2)Zamawiający przy dokonywaniu badania i oceny ofert nie kierował się „doradztwem” (jak to definiuje odwołujący) innych uczestników postępowania. Gdyby taką samą miarą mierzyć powiadomienie zamawiającego o toczącym się postępowaniu przed KIO i określać go mianem „doradztwa”, to równie dobrze reakcję odwołującego na zawiadomienie innego uczestnika postępowania można by skwitować jako nerwową próbę „zatajenia” informacji na swój temat;

3)czynności w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonywała komisja przetargowa złożona z osób wybranych decyzją z-cy Kanclerza, które to osoby gwarantują bezstronność i obiektywizm. Żaden z członków komisji przetargowej nie posiada jakichkolwiek powiązań z żadnym z wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu. Każdy z członków komisji złożył na tę okoliczność m. in. odpowiednie oświadczenia o braku konfliktu interesów w rozumieniu art. 56 ust. 2 ustawy Pzp;

4)można zastanowić się czy odwołujący szczęśliwie powołuje się na argument w postaci „naruszenia ról poszczególnych uczestników postępowania” w sytuacji kiedy sam jednocześnie autorytatywnie stwierdza, że tylko wybór jego oferty (w ramach pierwotnej czynności) był prawidłowy, natomiast wybór powtórzony był wadliwy, kiedy odmawia prawa innym wykonawcom do składania informacji o ewentualnych czynnościach zamawiającego niezgodnych z ustawą, kiedy stara się przemilczeć niekorzystne dla siebie rozstrzygnięcie przed Krajową Izbą Odwoławczą, które dotyczy zawartej przez niego w przeszłości zмовы przetargowej.

Ad. 5 Obowiązek samodzielnej oceny self-cleaningu przez zamawiającego.

Zgodnie z przepisem art. 110 ust. 3 ustawy zamawiający ocenia, czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w art. 110 ust. 2 ustawy, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy.

Zamawiający dokonał na nowo oceny wyjaśnień złożonych przez odwołującego w ramach powtórnego wyboru przez przyzmat rozstrzygnięcia zapadłego w równoległym toczonym postępowaniu odwoławczym, którego stroną był wykonawca Golden Line Sp. z o.o. Należy w tym miejscu wyraźnie odróżnić pojęcie samodzielnej oceny pewnych faktów, od mniejszej lub większej samodzielności w sporządzeniu uzasadnienia odrzucenia oferty z wykorzystaniem sformułowań, które w nieodległej przeszłości zostały zdefiniowane jako prawidłowe przez Krajową Izbę Odwoławczą. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które zapoczątkowało procedurę odwoławczą o sygn. akt KIO 2230/23, zamawiający dokonując odrzucenia oferty wykonawcy Golden Line Sp. z o.o., przywołał łącznie trzy przesłanki, którym jego zdaniem odwołujący w swoich wyjaśnieniach nie sprostął. Były to warunki zwalniające opisane w art. 110 ust. 2 pkt 1, 2 i 3a ustawy, dotyczące odpowiednio: kwestii naprawienia lub zobowiązania do naprawienia szkody, kwestii aktywnej współpracy w wyjaśnieniu okoliczności popełnienia czynu, oraz kwestii zerwania wszelkich powiązań z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy.

Jak zapewne wiadomo odwołującemu, w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty, zamawiający nie przywoływał pierwszej z wymienionych przesłanek jako powodu, dla którego odmówił wiarygodności jego wyjaśnieniom. Nawet jeżeli zamawiający dysponował treścią odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 2230/23 oraz zaledwie głównymi motywami jej rozstrzygnięcia, to na potrzeby przeprowadzanego przez siebie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonywał po raz kolejny (tak jak za pierwszym razem) samodzielnej oceny (rozumianej zgodnie ze Słownikiem Języka Polskiego jako „opinia o czymś lub o kimś dokonana w wyniku analizy”) wyjaśnień w ramach self-cleaningu. W drodze owej właśnie analizy zamawiający odmówił zasadności powoływania warunku opisanego w art. 110 ust. 2 pkt 1 ustawy dotyczącego kwestii naprawienia szkody, uznając, że nie powinien on stanowić podstawy zakwestionowania wyjaśnień odwołującego w procesie samooczyszczenia, a w konsekwencji odrzucenia jego oferty. Już chociażby sama selektywność w procesie ustalenia ewentualnych przesłanek dotyczących zakwestionowania wyjaśnień odwołującego wskazuje, iż powtórna ocena jego oferty była poprzedzona samodzielną analizą, niezależnie od sformułowań i zwrotów, które zaczerpnął zamawiający z orzeczenia KIO w analogicznej sprawie. Zamawiający sygnalizuje, że bez mała 70% uzasadnień wyroków sądów w Polsce opiera się na treści uzasadnień innych orzeczeń. Poza tym w ślad za normą opisaną w art. 505 ust. 1 ustawy postępowanie odwoławcze służy eliminowaniu z obrotu czynności zamawiających naruszających przepisy ustawy, a nie badaniu ich samodzielności w zakresie konstruowania uzasadnień swoich pism (nawiasem mówiąc, w dyspozycji przepisu art. 110 ust. 3 ustawy zwrot „samodzielnie” nie występuje w ogóle). Orzeczenie TSUE z 24 października 2018 r. w sprawie C-124/17, które cytuje odwołujący wskazuje, iż „przekazanie instytucji zamawiającej decyzji stwierdzającej popełnienie przez wykonawcę naruszenia reguł konkurencji, lecz z zastosowaniem zasady

łagodzenia kar ze względu na to, że wykonawca ten współpracował z organem ds. ochrony konkurencji, powinno wystarczyć do udowodnienia instytucji zamawiającej, że wykonawca w pełni wyjaśnił fakty i okoliczności dzięki współpracy z organem ds. konkurencji". Z oświadczenia odwołującego wynika, iż jedyna współpraca jaką podjął z Urzędem Ochrony Konkurencji i Konsumentów to wyłącznie postępowanie wyjaśniające w rozumieniu art. 48 UOKiK a nie chociażby postępowanie w programie łagodzenia kar z wniosku leniency, o którym mowa w art. 70 UOKiK, które jest definiowane przez TSUE we wspomnianym wyroku C-124/17 jako dostateczne potwierdzenie rzetelności wykonawcy w takich okolicznościach.

Odwołujący w treści swojego oświadczenia self-cleaning na stronie 5 pisze:

„Do chwili obecnej Wykonawca nie uzyskał zgody instytucji prowadzącej postępowanie wyjaśniające w zakresie zawartego przez Wykonawcę porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji na ujawnienie informacji odnośnie przedmiotowego postępowania. Instytucja, która prowadzi z udziałem Wykonawcy postępowanie wyjaśniające poinformowała Wykonawcę pisemnie, że Wykonawca nie może ujawniać informacji o współpracy z tym organem, zaś zachowanie w tym zakresie tajemnicy przez Wykonawcę wymagane jest treścią bezwzględnie obowiązującego przepisu prawa. Wykonawca nie jest uprawniony do ujawnienia jakiejkolwiek informacji w tym zakresie bowiem wskazanie informacji o charakterze postępowania wyjaśniającego jak również wskazanie podstawy prawnej wymogu zachowania w tajemnicy informacji o toczącym się postępowaniu doprowadzi do ujawnienia danych o tym postępowaniu.

I dalej:

„Wykonawca wskazuje, że do ujawnienia pisma właściwego organu dotyczącego zakazu ujawniania przez Wykonawcę informacji o toczącym się postępowaniu wyjaśniającym może dojść w przypadku ewentualnego wszczęcia postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą w trybie art. 545 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, że Izba na wniosek lub z urzędu może w niezbędnym zakresie ograniczyć stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego prawo wglądu do materiału dowodowego załączonego do akt sprawy, jeżeli udostępnienie tego groziłoby ujawnieniem informacji stanowiącej tajemnicę chronioną na podstawie odrębnych przepisów, inną niż informacja niejawna.”

W tym miejscu rodzi się wobec tego pytanie, jaką wartość dla odwołującego ma owa pilnie strzeżona tajemnica na temat jego współpracy z organem, którego nazwy nie jest w stanie wymienić w treści swojego samooczyszczenia, a którą następnie żywo opisuje w pierwszym piśmie procesowym nie dając nawet możliwości Izbie, aby ewentualnie zdecydowała z urzędu czy w zakresie takowych informacji, ograniczyć do nich dostęp stronom (o wniosku samego odwołującego nie wspominając)? Jaką wartość ma owa tajemnica selfcleaning, o której każdy zainteresowany może się później dowiedzieć z uzasadnienia innego orzeczenia KIO? Ponadto należy wspomnieć, że przepis art. 545 ust. 3 ustawy traktuje o „materiale dowodowym załączonym do akt sprawy” a nie treści pisma inicjującego procedurę odwoławczą. Odwołujący będąc zobowiązanym przez „właściwy organ” do zachowania w tajemnicy szczegółów postępowania, którego jest uczestnikiem powinien wykazywać się chyba większą ostrożnością. Odmienne zachowanie mogłoby wskazywać bowiem na iluzoryczność owego obowiązku.

Zgodnie z komentarzem do przepisu art. 545 ust. 3 ustawy: „decyzja

o ograniczeniu jawności podejmowana jest przez Krajową Izbę Odwoławczą z urzędu lub na wniosek strony. Zważywszy na fakt, że przedmiotem ochrony są tutaj informacje stanowiące wartość dla strony, to ona powinna zadbać o złożenie odpowiedniego wniosku w tym przedmiocie. Przede wszystkim należy oczekiwać, że jeżeli wykonawca dokonał zastrzeżenia informacji w trybie art. 18 ust. 3 ustawy, to powinien także złożyć stosowny wniosek przed Krajową Izbą Odwoławczą, tak by kontynuować ochronę tych informacji. Zdanie się w tym zakresie wyłącznie na podjęcie przez Krajową Izbę Odwoławczą decyzji z urzędu stanowi przejaw braku należytej dbałości o ochronę tajemnicy” (Gawrońska-Baran Andrzeja i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany 2023). Tego rodzaju rozważanie na temat sposobu „zastrzeżenia” owej pilnie strzeżonej tajemnicy ma o tyle znaczenie, że oświadczenia, które przedkłada na obecnym etapie wykonawca Golden Line Sp. z o.o. z punktu widzenia jego procedury samooczyszczenia należy uznać za spóźnione. Ocena skutecznego przeprowadzenia przez wykonawcę samooczyszczenia winna być dokonana na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie zaś na etapie postępowania odwoławczego przez Izbę (tak chociażby wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 grudnia 2017 r. sygn. akt KIO 2443/17, KIO 2445/17). A zatem należy powiedzieć, że odwołujący nie wykazał na etapie procedury self-cleaning, iż podejmował aktywną współpracę z odpowiednimi organami, która wskazywałaby na podjęcie przez niego inicjatywy w tym zakresie. Wszelkie wyjaśnienia i dokumenty przedkładane na obecnym etapie, nie mogą uzupełniać procedury samooczyszczenia. Nie stanowi aktywnej współpracy odwołującego działanie, którego inicjatorem od samego początku był Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Żadna z form deklarowanej przez odwołującego współpracy po wydaniu prawomocnego wyroku SO w jego sprawie nie była inicjowana przez odwołującego.

Ad. 6 Nieprawidłowa interpretacja przesłanek art. 110 ust. 2 pkt 2 i ust. 3 ustawy.

Odwołujący przedstawia tezę jakoby „podstawa odrzucenia ofert Odwołującego nie znajduje oparcia w brzmieniu art. 110 ust. 2 pkt 2 i art. 110 ust. 3 ustawy” nie bardzo wiedząc na czym ten brak oparcia miałby polegać. Odwołujący podejmuje

próbę rozbioru logicznego normy wyłożonej w art. 110 ust. 2 pkt ustawy pisząc:

„Dyspozycja art. 110 ust. 2 pkt 2 ustawy wskazuje bowiem wprost, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli 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. Zgodnie natomiast z art. 110 ust. 3 zd. 1 ustawy 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.” Dalej kontynuuje odwołujący: „Tym samym w art. 110 ust. 2 pkt 2 ustawy wskazano na dwie okoliczności:

- 1) wyczerpujące wyjaśnienie faktów i okoliczności związanych z nieprawidłowym postępowaniem wykonawcy oraz
- 2) aktywną współpracę odpowiednio z właściwymi organami lub zamawiającym.”

Na tej podstawie odwołujący konstatuje: „zatem owo wyczerpujące wyjaśnienie faktów i okoliczności ma dotyczyć faktów i okoliczności związanych z nieprawidłowym postępowaniem wykonawcy (czyli wydarzeniami związanymi z postępowaniem MAZO VII)” oraz nie ukrywa zaskoczenia z faktu odrzucenia jego oferty pomimo wyczerpującego wyjaśnienia okoliczności sprawy zamawiającemu. Twierdzi ponadto, że „jeśli chodzi o owe właściwe organy to art. 110 ust. 2 pkt 2 ustawy wymaga współpracy z nimi, a nie opisywania tego w ramach selfcleaningu jako przesłanki koniecznej do wypełnienia wymogów z art. 110 ust. 2 ustawy. Na koniec odwołujący przekonuje, że „art. 110 ust. 2 pkt 2 ustawy wskazuje alternatywnie na współpracę z organami lub zamawiającym – przy czym wskazanie „lub” oznacza, że może to zrobić tylko z jednym z tych podmiotów”.

W odpowiedzi na tak postawione tezy, zamawiający wyjaśnia:

1) błędnie interpretuje normę wysłowioną w art. 110 ust. 2 pkt 2 ustawy odwołujący twierdząc, że mamy w niej do czynienia z „dwoma odrębnymi okolicznościami” dopuszczając się w ten sposób nieuprawnionej wykładni lege non distinguente. Ustawodawca posługuje się w tym wypadku dwoma zdaniami współrzędnie złożonymi, które spaja i uwspólnia czasowo stosując w zdaniu drugim konstrukcję imiesłowową w formie imiesłowu przysłówkowego współczesnego (zakończoną na „-ąc”), który to imiesłów zgodnie z zasadami języka polskiego pochodzi od czasownika w formie niedokonanej i informuje nas o czynności wykonywanej jednocześnie z inną czynnością, która jest wyrażona czasownikiem, (np. wyczerpująco wyjaśniam fakty związane ze swoim przestępstwem, aktywnie współpracując z organami ścigania);

2) niepotrzebnie wyklada odwołujący rzekomą kwestię, iż wyczerpujące wyjaśnienie faktów i okoliczności ma w istocie dotyczyć faktów i okoliczności związanych z nieprawidłowym postępowaniem wykonawcy (akurat ten argument pozostaje poza sporem, w żadnym momencie nie był przez zamawiającego kontestowany i nie wnosi niczego do sprawy),

3) wykorzystując wykładnię o której mowa w pkt 1 oraz tezę z pkt 2 Odwołujący stara się odwieść zarówno zamawiającego jak i na obecnym etapie Izbę od zamiaru odczytania normy wyłożonej w pkt 2 zgodnie z rzeczywistym celem ustawodawcy. Odwołujący stara się przy tym przemilczeć obecność w tym przepisie sformułowania „odpowiednio”, który w języku polskim oznacza tyle co „adekwatnie” lub „stosowanie” a w judykaturze (choćby w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 23 sierpnia 2006 r., III CZP 56/06) oznacza:

- a) bądź stosowanie odnośnych przepisów bez żadnych zmian do innego zakresu odniesienia,
- b) bądź stosowanie ich z pewnymi zmianami,
- c) bądź też niestosowanie tych przepisów do innego zakresu odniesienia.

4) zastosowanie przez ustawodawcę zwrotu „odpowiednio” w art. 110 ust. 2 pkt 2 ustawy oznacza dokładnie tyle co konieczność wykazania przez wykonawcę w ramach procedury samooczyszczenia, że podjął się on aktywnie wyjaśnienia okoliczności w jakich doszło do popełnienia przez niego określonego naruszenia (przestępstwa, wykroczenia, deliktu itp.) przed adekwatnym do tego podmiotem lub organem;

5) błędnym jest podejście odwołującego, z którego wynika, iż wyczerpanie procedury wyjaśnień okoliczności popełnienia czynu przed którymkolwiek z wymienionych w przepisie kategorii podmiotów wypełnia dyspozycję normy z art. 110 ust. 2 pkt 2 ustawy. Założeniem ustawodawcy zarówno krajowego jak i unijnego było to, że okoliczności naruszenia powinny być wyczerpująco wyjaśnione przed stosownym do wagi i rodzaju naruszenia podmiotem np. okoliczności popełnienia przestępstwa przed Policją lub prokuratorem, okoliczności zawarcia umowy przetargowej przed Prezesem UOKiK, okoliczności rozwiązania umowy przed czasem - przed zamawiającym. W tym zasadza się sens wykładni pojęcia „odpowiednio” w ślad za orzeczeniem SN. Wcześniejszego rozwiązania umowy z innym zamawiającym, odwołujący co do zasady nie musi wyjaśniać przed prokuratorem, ale z drugiej strony wyjaśnienie okoliczności popełnienia przestępstwa nie będzie możliwe tylko przed zamawiającym (podobnie rzecz się ma ze umową przetargową),

6) wbrew temu co twierdzi odwołujący i niezależnie jak bardzo zaklina rzeczywistość, nie podjął się on wyczerpującego wyjaśnienia faktów i okoliczności swojego czynu aktywnie współpracując ze stworzonym do tego organem a więc Prezesem UOKiK, po pierwsze dlatego, że postępowanie wyjaśniające, o którym mowa w art. 48 UOKiK nie jest

postępowaniem, które zostało wszczęte z jego inicjatywy odwołującego (nie był on w tym zakresie stroną inicjatywną), po drugie właściwym postępowaniem, które jest w podobnych okolicznościach uznawane (szczególnie przez orzecznictwo TSUE na tle chętnie cytowanego przez odwołującego art. 57 ust. 6 dyrektywy klasycznej) za dostatecznie potwierdzające wolę aktywnego wyjaśnienia sprawy, jest postępowanie w programie łagodzenia kar z wniosku leniency, o którym mowa w art. 70 UOKiK;

7) wreszcie błędnie interpretuje odwołujący przepis art. 110 ust. 2 pkt 2 ustawy twierdząc, że wskazuje on alternatywnie na współpracę z organami lub zamawiającym – przy czym wskazanie „lub” oznacza, że może to zrobić tylko z jednym z tych podmiotów. Otóż ustawodawca posługuje się w tym wypadku spójnikiem alternatywy nierozłącznej. Alternatywą (negacją binegacji) nazywamy zdanie złożone, którego głównym funktorem jest „lub” (v), gdzie alternatywa zdań p i q (p v q) jest fałszywa wtedy i tylko wtedy, gdy oba zdania p i q są fałszywe. Równoważnie: alternatywa p v q jest prawdziwa wtedy i tylko wtedy, gdy przynajmniej jedno ze zdań p i q jest prawdziwe (mogą to być również oba zdania). W swoim wywodzie odwołujący fałszywie przypisuje cechy funktora alternatywy rozłącznej (gdzie tylko jedno ze zdań może być prawdziwe) „albo” - spójnikowi „lub”. A zatem nieprawdziwym jest zdanie w sensie logicznym i prawnym, w którym odwołujący twierdzi: „że wykonawca może podjąć współpracę tylko z jednym z wymienionych w przepisie organów. Może tego dokonać przed właściwym, stosownym do okoliczności i adekwatnym do rodzaju oraz wagi naruszenia organem, podmiotem (również więcej niż jednym).

Według odwołującego uzasadnienie odrzucenia oferty bazuje na wiedzy o faktach, które dla tej oceny są ambiwalentne lub wręcz zbędne nie wskazując o jakie fakty chodzi. Pisze o „wymyślanych mankamentach” samej treści dokumentu self-cleaningu również nie precyzując co ma w tym wypadku na myśli. Trudno w takich warunkach o polemikę, skoro nie wiadomo, które elementy uzasadnienia odwołujący kwestionuje. Tymczasem zgodnie z podstawową zasadą prawa cywilnego, ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Podobnie zresztą rzecz ma się z rozkładem ciężaru dowodu (onus probandi) w samej procedurze self-cleaningu, który zgodnie z treścią ustawy oraz utrwalonym orzecznictwem spoczywa na wykonawcy.

Ad. 7. Brak wezwania do wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentu self-cleaningu.

Według odwołującego: „dokumenty i oświadczenia złożone w ramach samooczyszczenia podlegają obowiązkowemu uzupełnieniu i wyjaśnieniom, o których mowa w art. 128 ustawy jako dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia”. Zgodnie z utrwalonymi poglądami judykatury i doktryny, inicjatywa w zakresie wszczęcia procedury samooczyszczenia należy co do zasady do wykonawcy. To podlegający wykluczeniu wykonawca ma być stroną aktywną procedury self-cleaning, od niego bezpośrednio zamawiający powinien dowiedzieć się o podjętych przez wykonawcę działaniach, które mają jednoznacznie zmierzać do uniknięcia wykluczenia z postępowania. W dotychczasowym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej zdarzały się przypadki, gdy uznawano, że inicjatorem procedury samooczyszczenia może być zarówno zamawiający, jako podmiot posiadający wiedzę o zamiarze wykluczenia danego wykonawcy, jak i sam wykonawca. Nie zmienia to jednak faktu, że samą procedurę samooczyszczenia ma przeprowadzić wykonawca i nie jest obowiązkiem zamawiającego poszukiwanie czy domaganie się dowodów w tym zakresie.

W myśl sentencji wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 28 maja 2021 r. sygn. akt KIO 1007/21 (wydanym zresztą przez jednego z pełnomocników odwołującego), „w procedurze samooczyszczenia ciężar wykazania skuteczności spoczywa na wykonawcy, toteż zamawiający nie jest zobligowany do wezwania wykonawcy celem udowodnienia jakichkolwiek wątpliwych okoliczności w niniejszym zakresie. Istotą procedury samooczyszczenia jest to, że ciężar wykazania jego skuteczności spoczywa na wykonawcy, który, co do zasady, z własnej inicjatywy i według własnego uznania składa w tym celu wyjaśnienia i dowody, a rola zamawiającego sprowadza się do oceny na ich podstawie, czy wykonawcę można uznać za rzetelnego. Samooczyszczanie jest wyjątkiem od zasady przewidzianej w ustawie i obwarowane jest rygorem dowodowym, a więc wykonawca powinien przedstawić wystarczającą argumentację i dowody. W związku z powyższym Zamawiający nie wezwał wykonawcy do złożenia dodatkowych wyjaśnień co do przedstawionych dowodów w zakresie self-cleaningu.” Można zadać sobie pytanie w jaki sposób odwołujący byłby w stanie, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, złożyć dodatkowe dokumenty lub wyjaśnienia np. w zakresie przesłanki dotyczącej współpracy z właściwym organem, skoro z góry zastrzegł, że nie przekaze na ten temat żadnych informacji, łącznie z nazwą organu, trybem, procedurą w ramach tej współpracy itp.? Wezwanie do złożenia dodatkowych wyjaśnień lub dokumentów, w podobnych okolicznościach jest prawem a nie obowiązkiem zamawiającego. To wykonawca powinien wykazywać się odpowiednią aktywnością i starannością, aby przedłożone zamawiającemu wyjaśnienia i dowody, dostatecznie potwierdzały, że jest wykonawcą rzetelnym oraz dającym rękojmię należytego wykonania umowy. Zamawiający w tym wypadku dysponował wystarczającym materiałem, który pozwolił mu (wprawdzie po rewizji wcześniejszego stanowiska) na stwierdzenie, że odwołujący temu zadaniu sprostał.

Ad. 8 Nieprawidłowa implementacja art. 57 ust. 6 Dyrektywy 2014/24/UE do art. 110 ust. 2 ustawy.

W pierwszej kolejności należy powiedzieć, że proeuropejska wykładnia prawa powinna mieć miejsce wyłącznie

wówczas, gdy wykładnia językowa nie prowadzi do odpowiedzi w przedmiocie treści przepisów prawa polskiego. W szczególności znajdzie zastosowanie, gdy przepisy prawa UE nie zostały w pełni włączone do polskiego porządku prawnego. Wykładnia proeuropejska prawa nie powinna mieć miejsca wtedy, gdy będzie to prowadziło do rezultatów sprzecznych z efektami wykładni językowej, mogłoby to bowiem doprowadzić do niedopuszczalnej wykładni *contra legem*. Pogląd taki odnajdujemy w orzecznictwie ETS, jak np. w wyroku z dnia 14 lipca 1994 r. w sprawie Paola Faccini Dori v Recreb Srl. (C-91/92), z którego wynika, że wykonując obowiązek dokonywania wykładni prawa wewnętrznego w świetle brzmienia i celu dyrektywy, organ krajowy nie może wykraczać poza wyraźne brzmienie przepisu prawa wewnętrznego.

Po drugie zamawiający przypomina, iż Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (dyrektywa klasyczna), zgodnie z jej art. 1, ustanawia przepisy dotyczące procedur udzielania zamówień przez instytucje zamawiające w odniesieniu do zamówień publicznych oraz konkursów, których wartość szacunkowa jest nie mniejsza niż kwoty progowe określone w art. 4 tejże dyrektywy. Aktualnie dyrektywa w stosunku do zamawiających klasycznych ma zastosowanie do zamówień, których wartość bez podatku od wartości dodanej (VAT), oszacowano na poziomie lub powyżej 215 000 €. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego odwołujący jest uczestnikiem dotyczy zamówienia o wartości poniżej progu unijnego, a więc jest prowadzone wg procedury krajowej, która nie jest związana reżimem dyrektywy klasycznej i która pozostawiona została regulacji Ustawodawcy krajowego.

Ad. 9 Nieprawidłowa implementacja art. 110 ust. 2 pkt 3 lit. a ustawy w stosunku do sytuacji odwołującego.

Zdaniem odwołującego, dokonywana w tej sprawie interpretacja art. 110 ust. 2 pkt 3 lit. a ustawy „jest oderwana od treści złożonych przez Odwołującego wyjaśnień i dokumentów oraz samego przepisu art. 110 ust. 2 pkt 3 lit. a ustawy”.

W miejsce nieznaney nauce prawa wykładni „zdroworozsądkowej”, którą proponuje odwołujący, zamawiający rekomenduje odczytanie normy wysłowionej w art. 110 ustawy wg powszechnie przyjętych w prawoznawstwie reguł wykładni norm prawnych.

W pierwszej kolejności przepis należałoby odczytać wg jego znaczenia językowego. W ślad za wykładnią literalną, która nie ma charakteru absolutnego, ale ma pierwszeństwo przed pozostałymi rodzajami wykładni, interpretowanym zwrotem należy przypisywać takie znaczenie, jakie posiadają one w języku potocznym, chyba że istnieją uzasadnione przyczyny do przypisania im innego znaczenia. Nie wolno interpretować tekstów prawnych w taki sposób, aby ich pewne fragmenty okazały się zbędne (zakaz wykładni *per non est*). Tam gdzie rozróżnień nie wprowadza sam prawodawca, tam nie wolno ich wprowadzać interpretatorowi (*lege non distinguente*). Norma wyłożona w art. 110 ust. 2 ustawy ma postać enumeracji czyli stanowi zestawienie w jednym przepisie co najmniej dwóch elementów połączonych współrzędnie i przyjmuje postać wyliczenia kolumnowego (złożonego). W wyliczeniu kolumnowym wyróżniamy wprowadzenie do wyliczenia i elementy wyliczenia. Wprowadzenie do wyliczenia może kończyć się dwukropkiem, który w wyraźny sposób oddziela je od elementów wyliczenia. Prawodawca rzadko jednak z tej możliwości korzysta (podobnie i tym razem). Poszczególne elementy wyliczenia oddzielone są od siebie przecinkami lub średnikami, przy czym przed ostatnim elementem wyliczenia częstokroć nie stosuje przecinka lecz spójnik (i, oraz, lub, albo itp.). W teorii legislacji przyjmuje się, że spójnik ten determinuje znaczenie poprzedzających go przecinków.

Wyliczenie kolumnowe w art. 110 ust. 2 ustawy zbudowane zostało na dwóch poziomach o czym świadczą zastosowane w nim jednostki redakcyjne. W pierwszym poziomie składa się z trzech punktów, które zostały rozdzielone średnikami oraz poprzedzone wprowadzeniem do wyliczenia wskazującym na konieczność kumulatywnego spełnienia elementów wchodzących w skład enumeracji (zwrot: „spełni łącznie następujące przesłanki”). Trzeci w kolejności element enumeracji poziomu pierwszego stanowi równocześnie wprowadzenie do wyliczenia dla katalogu otwartego na poziomie drugim, oznaczonym jednostkami redakcyjnymi w postaci liter. Samo przykładowe wyliczenie nie formułuje definicji i jest dopuszczalne w myśl § 153 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz. U. z 2016 r. poz. 283), który stanowi, że jeśli nie jest możliwe sformułowanie definicji, to można objaśnić znaczenie danego określenia poprzez przykładowe wyliczenie jego zakresu, wyraźnie wskazując przykładowy charakter wyliczenia przez posłużenie się zwrotami „w szczególności” albo „zwłaszcza”. Oznacza to że pkt 3 enumeracji poziomu pierwszego zawiera w sobie niewyczerpujący zbiór elementów definiujących w sposób zakresowy przesłankę dotyczącą podjęcia konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, odpowiednich dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu. Jak zaznaczono wcześniej na poziomie pierwszym enumeracji katalog składa się z trzech punktów, wyliczenie ma charakter taksatywny, przyjmuje postać koniunkcji o czym świadczy zastosowanie średników pomiędzy punktami oraz nakazu kumulatywnego odczytania elementów katalogu, który odnajdziemy we wprowadzeniu do wyliczenia. Reasumując: art. 110 ust. 2 ustawy zawiera w sobie trzy przesłanki, które ustawodawca nakazuje spełnić kumulatywnie:

1) naprawienie lub zobowiązanie do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne;

2)wyczerpujące wyjaśnienie faktów i okoliczności związanych z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywna współpraca odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym;

3)podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, odpowiednich dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, które to środki zostały dodatkowo zdefiniowane zakresowo w katalogu otwartym.

Odwołujący tymczasem podejmuje nieuprawnioną próbę nadania enumeracji poziomemu pierwszemu charakter wyliczenia przykładowego, posługując się do tego celu katalogiem otwartym właściwym wyłącznie dla wyliczenia w pkt 3. Zabieg ten ma zapewne na celu eliminację ze zbioru elementów połączonych koniunkcją tych najbardziej newralgicznych i kłopotliwych w dowodzeniu dla odwołującego. W podobny sposób stosuje wykładnię rozszerzającą wykorzystując sformułowanie „odpowiednio” obecne w dwóch z trzech punktów dla ich całkowitego pominięcia. Tymczasem wolą ustawodawcy było podjęcie każdego z trzech wymienionych środków zaradczych w zakresie i formie dostosowanej do rodzaju i wagi popełnionego czynu (wszak np. mało prawdopodobnym jest, że ktoś popełnia jednocześnie przestępstwo i wykroczenie).

Odwołujący stwierdza, że w okolicznościach niniejszej sprawy wykazany został szereg konkretnych środków kadrowych, organizacyjnych i technicznych (zmiany kadrowe, szkolenia, wprowadzenie regulaminów, zmiany w zarządzie, zmiany w strukturze właścicielskiej, wprowadzenie wzorców umów dotyczących korzystania ze sprzętu komputerowego itp.). Zamawiający istotnie nie zakwestionował żadnego z nich dlatego w uzasadnieniu odrzucenia oferty takie przesłanki opisane w art. 110 ust. 2 lit. b – e ustawy nie znalazły miejsca. W ślad za twierdzeniem odwołującego: „w zupełnie nieuprawniony sposób podnosi się w stosunku do odwołującego, że kluczowym środkiem zmierzającym do zaniechania porozumień w przyszłości jest zerwanie więzi z osobami odpowiedzialnymi za naruszenie, a nie wprowadzenie uniwersalnych środków zapobiegających jakimkolwiek porozumieniu ograniczającemu konkurencję.” Otóż tak, w przypadku tego rodzaju naruszeń jak zmowy przetargowe, zamawiający uznaje środek zaradczy w postaci zerwania wszelkich powiązań z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy, nie tylko za odpowiedni ale wręcz za nieodzowny i zasadniczy, przy którym pozostałe – jak je nazywa odwołujący: „uniwersalne środki” zdają się sprawiać wrażenie akcesoryjnych.

Odwołujący twierdzi, iż podjął środek, w jego ocenie najbardziej skuteczny, tj. zakupił prawa do marki i produktów (nazwane w self-cleaningu) zorganizowaną częścią przedsiębiorstwa, chociaż z prawnego punktu widzenia należałoby to zakwalifikować raczej jako zakup rzeczy i praw majątkowych), co pozwoliło mu wyeliminować wszelkie kontakty z Panem C. – uczestnikiem zmowy przetargowej. Środek ten, zdaniem odwołującego, nie był ani łatwy do wprowadzenia i wiązał się z istotnymi kosztami, których odwołujący nie musiałby ponosić, gdyby nie pragnienie wykazania swojej rzetelności w ramach self-cleaningu. Odwołujący oświadcza również, że szczegóły transakcji tego typu są kwalifikowane jako tajemnica przedsiębiorstwa, a przy tym zupełnie niezrozumiałe, w jaki sposób miałyby służyć zamawiającemu do oceny rzetelności odwołującego i jakie kwalifikacje ma zamawiający by oceniać ekonomiczne (?), prawne (?) czy jakiegokolwiek inne aspekty tej transakcji. Otóż wystarczyło przedłożyć dowód w postaci kopii takiej umowy przynajmniej w celu wykazania, że w ogóle do takiej transakcji doszło. Zamawiający nie musi badać atrakcyjności ekonomicznej czy prawnej takiego przedsięwzięcia dla przedsiębiorcy. Chodziło o uwiarygodnienie siły rzeczzonego „pragnienia wykazania swojej rzetelności”, o którym wspomina odwołujący. Ponadto, zamawiający przypomina, iż przepisy ustawy pozwalają na bezpieczne dla wykonawcy przedkładanie dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), które w ślad za art. 18 ust. 3 ustawy (złożone w odrębnym pakiecie), nie mogą zostać ujawnione, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Ad. 10. Naruszenie zasady proporcjonalności.

Nie ulega wątpliwości, że zasada proporcjonalności jest ogólną zasadą prawa unijnego zaliczaną przez TSUE do podstawowych zasad prawa Unii Europejskiej. Zdaniem odwołującego 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. Biorąc pod uwagę, że mamy do czynienia z postępowaniem „biuletynowym” akurat żaden z tych czynników nie ma krytycznego znaczenia dla sprawy. Trafniejsze na gruncie analizowanego postępowania byłoby odwołanie się do przepisu art. 16 pkt 3 ustawy. Zdaniem odwołującego: „skoro zatem ocena samoocyszczenia musi uwzględniać zasadę proporcjonalności, to oczywistym jest, że każdorazowo zamawiający powinien wziąć pod uwagę, czy podejmowane przez niego decyzje odpowiadają tej zasadzie (...). Wynika to wprost z art. 110 ust. 3 ustawy, który stanowi, że zamawiający oceniając treść self-cleaningu, tj. czy podjęte przez wykonawcę czynności są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględnia wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. Co więcej, ocena ta musi być

dokonywana przez pryzmat wykazania jego rzetelności poprzez podjęte środki, a nie „łapania za słówka” w samym dokumencie self-cleaningu i wymyślania, jakie jeszcze informacje odwołujący mógłby przedstawić albo mógłby przedstawić inaczej – któremu zresztą towarzyszy brak wskazania, jakiemu konkretnemu celowi owe informacje miałyby służyć”.

Otóż zamawiający uznał, że z punktu widzenia wagi naruszenia, którego dopuścił się wykonawca w przeszłości, kryteriów takich jak współpraca z właściwymi organami w celu wyjaśnienia sprawy oraz zerwanie powiązań z osobami czy podmiotami, które brały udział w podobnym procederze ma kluczowe znaczenie dla oceny rzetelności wykonawcy (w zestawieniu z proponowanymi środkami zaradczymi takimi jak np. instalacja monitoringu, wprowadzenie wzorców umownych czy instrukcji korzystania ze sprzętu komputerowego). W zakresie tych dwóch podstawowych czynników, wyjaśnienia odwołującego zdają się być mgliste i gołosłowne. Za każdym razem kiedy w ich przypadku przychodzi do przedstawienia dowodów, zaczynają się mnożyć się ze strony odwołującego różnorakie nieprzewidywalne przeszkody:

- 1) ściśle chroniona tajemnica, do której zobowiązuje odwołującego Prezes UOKiK, a która to tajemnica przestaje mieć znaczenie wraz ze złożeniem pierwszego pisma procesowego przed KIO i do której później może mieć dostęp każdy postronny obserwator,
- 2) umowy i dokumenty, które podlegają tajemnicy przedsiębiorstwa, które nie mogą zostać przedstawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (nawet w oddzielnym pakiecie, z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 18 ust. 3 ustawy),
- 3) z góry założony brak kompetencji zamawiającego do analizowania umów odwołującego pod kątem prawnym i ekonomicznym;
- 4) deprecjonowanie znaczenia przywołanych czynników jako nieprzydatnych dla wykazania rzetelności wykonawcy,
- 5) naprzemienne pozbawianie podmiotowości Pana M.C. albo spółki Golden Line Sp. z o.o.

Wszystkie te, oraz podobne zabiegi odwołującego w zakresie podstawowych czynników, które mogłyby wskazywać, że wykonawca zerwał z praktyką tworzenia zmów przetargowych (która w branży takiej jak zamówienia publiczne należy do kategorii najcięższych przewinień) nie pozwalają zamawiającemu na wyzbycie się wątpliwości co do rzetelności wykonawcy Golden Line Sp. z o.o. W tym kontekście zamawiający nie uważa, aby jego działania poddane testowi proporcjonalności były nieadekwatne do wagi przeszłego naruszenia, istotnych działań, które powinny w pierwszej kolejności zostać podjęte przez Wykonawcę na drodze do odzyskania swojej wiarygodności oraz sposobu eksponowania i dowodzenia środków zaradczych, które miał podjąć odwołujący. Z podobnym zapatrywaniem można spotkać się w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 16 sierpnia 2023 r. sygn. akt KIO 2230/23, którego uzasadnienie zamawiający otrzymał przed kilkoma dniami w trybie dostępu do informacji publicznej.

Mając na uwadze powyższy wywód, należało przyjąć, iż wykonawca Golden Line Sp. z o.o. nie wykazał należyście dwóch przesłanek uwalniających opisanych w art. 110 ust. 2 pkt 2 oraz pkt 3 lit. a ustawy, w ramach procedury samooczyszczenia, a zatem odrzucenie jego oferty na etapie powtórzonego wyboru stało się konieczne i zasadne.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. SWZ, oświadczenia odwołującego o braku postaw wykluczenia, samooczyszczenia i załączonych do niego dowodów, informacji Komax 9 z dnia 5 lipca 2023 r. i uzupełnienia tej informacji z dnia 5 lipca 2023 r., udostępnionych informacji w trybie dostępu do informacji publicznej przez 34 WOG w Rzeszowie, informacji o odrzuceniu oferty odwołującego, uzasadnienia wyroku sygn. akt KIO 2230/23.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

W SWZ zamawiający postawił następujące wymagania:

Kwalifikacja podmiotowa – podstawy wykluczenia.

Obligatoryjne podstawy wykluczenia.

O udzielenie zamówienia może ubiegać się wyłącznie wykonawca, który nie podlega wykluczeniu z postępowania ze względu na okoliczności wymienione w art. 108 ust. 1 ustawy Pzp (obligatoryjne podstawy wykluczenia). Obligatoryjne przesłanki wykluczenia zostały wymienione w załączniku nr 1B do SWZ – wzorze formularza oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z postępowania.

Fakultatywne podstawy wykluczenia.

Zamawiający nie przewiduje fakultatywnych przesłanek wykluczenia, w oparciu o przepis art. 109 ust. 1 ustawy Pzp.

Self – cleaning.

Wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania w zakresie przesłanek obligatoryjnych z art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 ustawy Pzp, jeżeli udowodni Zamawiającemu, że spełnił łącznie przesłanki wymienione w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp (self – cleaning). Przesłanki zostały szczegółowo opisane w załączniku 1B do SWZ.

Zasady dotyczące oceny podstaw wykluczenia przez Zamawiającego.

Zamawiający oceni, czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 3, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. Jeżeli podjęte przez wykonawcę

czynności, o których mowa w ust. 3, nie będą wystarczające do wykazania jego rzetelności, Zamawiający wykluczy wykonawcę;

- w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a także podmiotów udostępniających swoje zasoby wykonawcy (jeżeli dotyczy), spełnienie wymogu dotyczącego braku podstaw do wykluczenia, powinno zostać wykazane przez każdy z tych podmiotów. Zamawiający nie będzie weryfikował czy zachodzą podstawy do wykluczenia z postępowania dotyczące podwykonawców niebędących podmiotami udostępniającymi zasoby na zasadach określonych w art. 118 ustawy Pzp;

W ślad za dyspozycją przepisu art. 273 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Zamawiający oceni czy wypełnione zostały przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania wyłącznie na podstawie oświadczenia wstępnego, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający nie będzie wymagał złożenia podmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia.

W związku z wejściem w życie ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (Dz. U. z 2022 r. poz. 835), która weszła w życie 16 kwietnia 2022 r., na podstawie przepisu art. 7 ust. 1 ww. ustawy Zamawiający wykluczy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:

- wykonawcę oraz uczestnika konkursu wymienionego w wykazach określonych w rozporządzeniu Rady (WE) nr 765/2006 z dnia 18 maja 2006 r. dotyczącego środków ograniczających w związku z sytuacją na Białorusi i udziałem Białorusi w agresji Rosji wobec Ukrainy (Dz. Urz. UE L 134 z 20.05.2006, str. 1, z późn. zm.) - „rozporządzenie 765/2006” i rozporządzeniu Rady (UE) nr 269/2014 z dnia 17 marca 2014 r. w sprawie środków ograniczających w odniesieniu do działań podważających integralność terytorialną, suwerenność i nie-zależność Ukrainy lub im zagrażających (Dz. Urz. UE L 78 z 17.03.2014, str. 6, z późn. zm.) – „rozporządzenie 269/2014” albo wpisanego na listę na podstawie decyzji w sprawie wpisu na listę rozstrzygającej o zastosowaniu środka, o którym mowa w art. 1 pkt 3 Ustawy;

- wykonawcę oraz uczestnika konkursu, którego beneficjentem rzeczywistym w rozumieniu ustawy z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (Dz. U. z 2022 r. poz. 593 i 655) jest osoba wymieniona w wykazach określonych w rozporządzeniu 765/2006 i rozporządzeniu 269/2014 albo wpisana na listę lub będąca takim beneficjentem rzeczywistym od dnia 24 lutego 2022 r., o ile została wpisana na listę na podstawie decyzji w sprawie wpisu na listę rozstrzygającej o zastosowaniu środka, o którym mowa w art. 1 pkt 3 Ustawy;

- wykonawcę oraz uczestnika konkursu, którego jednostką dominującą w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 37 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz. U. z 2021 r. poz. 217, 2105 i 2106) jest podmiot wymieniony w wykazach określonych w rozporządzeniu 765/2006 i rozporządzeniu 269/2014 albo wpisany na listę lub będący taką jednostką dominującą od dnia 24 lutego 2022 r., o ile został wpisany na listę na podstawie decyzji w sprawie wpisu na listę rozstrzygającej o zastosowaniu środka, o którym mowa w art. 1 pkt 3 ww. ustawy.

Wykluczenie na podstawie przesłanek z art. 7 ust. 1 ustawy, o której mowa w ust. 5 następuje na okres trwania okoliczności określonych w tymże artykule. W przypadku wykonawcy wykluczonego na podstawie przesłanek, o których mowa w ust. 5, zamawiający odrzuca ofertę takiego wykonawcy.

Osoba lub podmiot podlegające wykluczeniu na podstawie przesłanek opisanych w ust. 5, które w okresie tego wykluczenia ubiegają się o udzielenie zamówienia publicznego lub biorą udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub w konkursie, podlegają karze pieniężnej. Karę pieniężną, o której mowa w zdaniu poprzednim, nakłada Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, w drodze decyzji, w wysokości do 20 000 000 zł.

Obligatoryjne przesłanki wykluczenia wynikające z ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego zostały wymienione w załączniku nr 1B do SWZ – wzorze formularza oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z postępowania.

Załącznik nr 1B do SWZ DZP.382.1.35.2023 złożony przez odwołującego

Oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu

Self – cleaning (jeżeli dotyczy)

Oświadczam, że zachodzą w stosunku do mnie podstawy wykluczenia z postępowania na podstawie art. 108 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp. Jednocześnie oświadczam, że w związku z ww. okolicznością, na podstawie art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, podjąłem następujące środki naprawcze (dotyczy obligatoryjnych przesłanek): dokument samooczyszczenia w załączeniu do oferty

Self – cleaning odwołującego:

Oświadczam, że Wykonawca – Golden Line Sp. z o.o. podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Golden Line Sp. z o.o. wyjaśnia, iż:

- brała udział w porozumieniu mającym na celu zakłócenie konkurencji,
- udział w porozumieniu nie doprowadził do powstania szkody,
- w dalszej części wyjaśnia fakty i okoliczności zdarzenia,
- aktywnie współpracuje z właściwymi organami w celu pełnego wyjaśnienia okoliczności pozostawania w porozumieniu,
- podjęła środki celem zapobiegania dalszym nieprawidłowościom:
 - zerwała wszelkie powiązania
 - zreorganizowała personel
 - wdrożyła system sprawozdawczości
 - utworzyła struktury audytu
 - wprowadziła wewnętrzne regulacje
 - wdrożyła dodatkowe działania w strukturach firmy.

Porozumienie nastąpiło w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego – Mazowiecką Instytucję Gospodarki Budżetowej MAZOVIA pod nazwą: „Sukcesywna dostawa tonerów, tuszów, bębnow, pasów transmisyjnych, zbiorników na zużyte tonery i taśm barwiących do drukarek i urządzeń wielofunkcyjnych oraz odbiór zużytych materiałów eksploatacyjnych z miejsc wskazanych przez Mazowiecką Instytucję Gospodarki Budżetowej MAZOVIA”.

Istnienie porozumienia:

- zostało stwierdzone wyrokiem - Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 marca 2021 roku wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 431/21,
- utrzymane w mocy wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych z dnia 25 czerwca 2021 roku wydanym w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 56/21. Prawomocny wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie doręczony Spółce w dniu 17 sierpnia 2021 r.

W związku z ww. okolicznością, korzystając z uprawnień wynikających z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp wnoszę o niewykluczenie Wykonawcy z postępowania i uznanie, że przedstawione w ramach samooczyszczenia wyjaśnienia wraz z załączonymi dowodami, są wystarczające do wykazania jego rzetelności.

SAMOOCZYSZCZENIE

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 związku z powyższym Wykonawca przedstawia w ramach samooczyszczenia wyjaśnienia wraz z dowodami.

- 1) art. 110 ust. 2 pkt 1 naprawienie lub zobowiązanie się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne

W odniesieniu do działań wymienionych w art. 110 ust. 2 pkt 1 Wykonawca oświadcza, że jego udział w porozumieniu mającym na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego – Mazowiecką Instytucję Gospodarki Budżetowej MAZOVIA nie doprowadził do powstania szkody. Oferty obu wykonawców uczestniczących w porozumieniu zostały odrzucone przez Zamawiającego ze względu na wystąpienie przesłanki wykluczenia wykonawców, a w konsekwencji – nie doszło do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego przez żadnego z tych wykonawców.

Wykonawca, wobec którego zachodzą odpowiednie podstawy wykluczenia, nie podlega takiemu wykluczeniu, jeżeli udowodni zamawiającemu, że podjął łącznie działania wymienione w art. 110 ust. 2 pkt 1–3 Pzp. Jak wynika z brzmienia zdania wprowadzającego do wyciszenia, działania wymienione w art. 110 ust. 2 pkt 1–3 Pzp muszą być podjęte łącznie. Jednocześnie szczegółowa analiza katalogu tych działań wskazuje, że powinny być one dostosowane do konkretnego

naruszenia. Jeżeli przykładowo z nieprawidłowego postępowania wykonawcy nie wynikała żadna szkoda, działania nie będą obejmowały naprawienia szkody zgodnie z art. 110 ust. 2 pkt 1 Pzp. [...] Nasuwa się na tym tle wniosek, że działania wymienione w art. 110 ust. 2 pkt 1–3 Pzp muszą być podjęte łącznie, pod warunkiem, że w danym przypadku określone działanie nie jest bezprzedmiotowe (tak w: Prawo zamówień Publicznych. Komentarz, pod red. H. Nowaka, M. Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021, s. 414, pkt 4).

W wyroku KIO z dnia 12 czerwca 2020 r. (KIO 697/20), zapadłym na tle przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. również trafnie wskazano, że środki naprawcze powinny być ściśle skorelowane z podstawą wykluczenia, której wykonawca podlega. W sprawie rozstrzygniętej tym wyrokiem, w której odwołujący podniósł brak zadośćuczynienia pokrzywdzonemu powstałej szkodzie przez wykazującego swe samooczyszczenie wykonawcy, KIO uznała, że tenże brak nie stoi na przeszkodzie uznaniu self-cleaningu za prawidłowy, skoro nie podjęto żadnych kroków prawnych, aby jakiegokolwiek zadośćuczynienie otrzymać.

W związku z powyższym Wykonawca odstępuje od wykazania działań wymienionych w art. 110 ust. 2 pkt 1 ze względu na ich bezprzedmiotowość.

2) art. 110 ust. 2 pkt 2 wyczerpujące wyjaśnienie faktów i okoliczności związanych z przestępstwem, wykroczeniem lub nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywna współpraca odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym;

a) Cel porozumienia

Celem porozumienia było ograniczenie konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego – Mazowiecką Instytucję Gospodarki Budżetowej MAZOVIA, które polegało na wspólnym uzgodnieniu treści składanych ofert w postępowaniu, wspólnym przygotowaniu ofert, a w szczególności uzgodnieniu warunków cenowych dla asortymentu wymaganego w ww. postępowaniu. Porozumienie miało doprowadzić do zwiększenia szans wyboru oferty jednego z wykonawców.

b) Czas trwania porozumienia

Porozumienie trwało od dnia 12 stycznia 2021 roku tj. od dnia sporządzenia ofert przez Golden Line Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie oraz przez Pana M.C. przedsiębiorcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: MCSupplies M.C. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego – Mazowiecką Instytucję Gospodarki Budżetowej MAZOVIA.

Porozumienie zakończyło się w dniu 04 lutego 2021 roku tj. w dniu, w którym Zamawiający odrzucił ofertę Golden Line Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie oraz ofertę Pana M.C. przedsiębiorcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: MCSupplies M.C. z uwagi na uznanie, że złożenie tych ofert stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.

c) Osoby biorące udział w porozumieniu i ich rola

Udział w porozumieniu ze strony Golden Line Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie brał Prezes Zarządu P.D..

Udział w porozumieniu ze strony M.C. przedsiębiorcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: MCSupplies M.C. brał osobiście M.C..

Oprócz w/w osób w porozumieniu nie brała udziału żadna inna osoba.

Rolą P.D. oraz M.C. było wspólne ustalenie zasad i warunków uczestnictwa w przetargu między dwoma przedsiębiorstwami, a w szczególności warunków cenowych na asortyment oferowany Zamawiającemu, którego celem było pozyskanie zamówienia przez jednego z dwóch wykonawców biorących udział w porozumieniu od instytucji Zamawiającego. Szablon formularza cenowego dla firmy MCSupplies M.C. był przygotowany przez Pana P.D., z uwzględnieniem zmiany i wspólnym ustaleniem z Panem M.C. dodatkowego narzutu na poziomie 30% od oferty firmy Golden Line. Dodatkowo zostały wykorzystane przez Pana P.D. pozostałe formularze, oświadczenia przygotowane przez Spółkę Golden Line, dokonując zmian w ofercie MCSupplies M.C. jedynie wymaganych danych rejestrowych firmy. Wszelka dokumentacja firmy MCSupplies M.C. tj. oferta oraz oświadczenia o braku przynależności do grupy kapitałowej na polecenie Pana P.D. zostały wysłane przy pomocy firmy kurierskiej z siedziby spółki Golden Line.

d) współpraca z właściwymi organami

W literaturze wskazuje się, że właściwymi organami, o których mowa w art. 110 ust. 2 pkt 2 są organy, które są powołane do wyjaśnienia zarzucanego wykonawcy przestępstwa, wykroczenia lub innego nieprawidłowego postępowania, a zatem odpowiednio do okoliczności konkretnego przypadku prokuratura, Policja, Żandarmeria Wojskowa, Centralne Biuro Antykorupcyjne, Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Straż Graniczna, Służba Celno-Skarbowa, Najwyższa Izba Kontroli, Państwowa Inspekcja Pracy, Inspekcja Ochrony Środowiska, Zakład Ubezpieczeń Społecznych, Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz wszelkie pozostałe organy, które z urzędu są odpowiedzialne za przeprowadzenie dochodzenia związanego z przestępstwem, wykroczeniem lub nieprawidłowym postępowaniem wykonawcy (tak Prawo zamówień publicznych. Komentarz, pod red. H. Nowaka..., s. 416 pkt 6).

Do chwili obecnej Wykonawca nie uzyskał zgody instytucji prowadzącej postępowanie wyjaśniające w zakresie zawartego przez Wykonawcę porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji na ujawnienie informacji odnośnie

przedmiotowego postępowania. Instytucja, która prowadzi z udziałem Wykonawcy postępowanie wyjaśniające poinformowała Wykonawcę pisemnie, że Wykonawca nie może ujawniać informacji o współpracy z tym organem, zaś zachowanie w tym zakresie tajemnicy przez Wykonawcę wymagane jest treścią bezwzględnie obowiązującego przepisu prawa. Wykonawca nie jest uprawniony do ujawnienia jakiejkolwiek informacji w tym zakresie bowiem wskazanie informacji o charakterze postępowania wyjaśniającego jak również wskazanie podstawy prawnej wymogu zachowania w tajemnicy informacji o toczącym się postępowaniu doprowadzi do ujawnienia danych o tym postępowaniu.

Wykonawca wskazuje, że do ujawnienia pisma właściwego organu dotyczącego zakazu ujawniania przez Wykonawcę informacji o toczącym się postępowaniu wyjaśniającym może dojść w przypadku ewentualnego wszczęcia postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą w trybie art. 545 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, że Izba, na wniosek lub z urzędu, może w niezbędnym zakresie ograniczyć stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego prawo wglądu do materiału dowodowego załączonego do akt sprawy, jeżeli udostępnienie tego materiału groziłoby ujawnieniem informacji stanowiącej tajemnicę chronioną na podstawie odrębnych przepisów, inną niż informacja niejawna.

Wykonawca oświadcza, iż obecnie w toku pozostaje postępowanie wyjaśniające w zakresie zawartego przez Wykonawcę porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, zaś w ramach tego postępowania Wykonawca przejawia aktywną współpracę z organem kontrolnym.

Czyn, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5, może być kwalifikowany jako przestępstwo (art. 305 k.k.), w związku, z którym może być prowadzone postępowanie przygotowawcze.

W związku z tym należy mieć na uwadze art. 241 §1 ustawy Kodeks karny (dalej: kk), tj: „Kto bez zezwolenia rozpowszechnia publicznie wiadomości z postępowania przygotowawczego, zanim zostały ujawnione w postępowaniu sądowym,

- podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.”

Przestępstwo z art. 241 KK polega na rozpowszechnianiu publicznym wiadomości z postępowania przygotowawczego lub rozprawy prowadzonej z wyłączeniem jawności.

Rozpowszechnianie to działanie umożliwiające szersze rozejście się wiadomości wśród większej liczby osób, czynienie wiadomości ogólnie dostępnymi. Sposób działania sprawcy jest przy tym dowolny – może to być przekaz ustny, przy użyciu druku, czy też innych technik informacyjnych, np. Internetu. Określenie "publicznie" oznacza takie działanie, gdy ze względu na miejsce działania bądź ze względu na okoliczności i sposób działania sprawcy jego zachowanie się jest lub może być dostępne (dostrzegalne) dla nieokreślonej liczby osób. Ze względu na zasadę jawności postępowania i w konsekwencji – jawność protokołu postępowania, to znamię tego czynu zabronionego mogłoby zostać uznane za zaistniałe.

Kolejnym przepisem jest art. 28a ust 3 nik, który jednoznacznie wskazuje na zachowanie poufności: Program kontroli i tematyka kontroli są dokumentami chronionymi tajemnicą kontrolerską, udostępnianymi pracownikom Najwyższej Izby Kontroli w związku z wykonywaniem zadań służbowych. Innym osobom program kontroli lub tematyka kontroli może zostać udostępniona w uzasadnionych przypadkach za zgodą Prezesa Najwyższej Izby Kontroli.

Czyn, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 jest porozumieniem, o którym mowa w art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Wykonawca jest uprawniony do skorzystania 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.

Jednocześnie wykonawca deklaruje gotowość do pełnej współpracy z zamawiającym w celu wyjaśnienia okoliczności uczestnictwa w porozumieniu. W tym miejscu, dla uniknięcia nieporozumień, należy podnieść, że w przepisie art. 110 ust. 2 pkt 2, w kontekście podstawy wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5, nie jest zamawiającym z postępowania, którym wystąpiły dane okoliczności, ale zamawiającym, przed którym wykonawca dokonuje self-cleaningu.

„Jeżeli okoliczności wskazane w przywołanych przepisach wystąpią (autorka ma na myśli m.in. art. 108 ust. 1 pkt 5 – uwaga Wykonawcy), wykonawca podlega wykluczeniu. Jednocześnie trudno mówić o możliwości jakiegokolwiek wykazania rzetelności przez wykonawcę, który w danym postępowaniu dopuszcza się tak określonego negatywnego zachowania, np. przez wyjaśnienie sprawy czy naprawienie szkody. Jednocześnie jednak trzeba pamiętać, że zaistnienie takich okoliczności w jednym postępowaniu o udzielenie zamówienia może przesądzać o wykluczeniu w kolejnych postępowaniach w okresach wskazanych dla każdej z przesłanek wymienionych w art. 111 p.z.p. Należy więc przyjąć, że nie jest logicznie dopuszczalne przeprowadzenie samooczyszczenia w postępowaniu, w którym dane okoliczności wystąpiły – wykonawca podlega wykluczeniu, bo nie może wykazać, że podjął czynności określone w art. 110 ust. 2 pkt 1–3 p.z.p. Możliwe jest natomiast wykazanie, że wykonawca podjął działania i odzyskał reputację rzetelnego wykonawcy w kolejnych postępowaniach następujących później. W ten sposób zagadnienie zastosowania samooczyszczenia przy zajęciu przesłanek wykluczenia ze względu na przedstawienie nieprawdziwych informacji rozstrzygnęła KIO w wyroku z 13.02.2018 r., KIO 185/18, LEX nr 2476686: W przypadku więc przesłanki wykluczenia z pkt 17 art. 24 ust. 1 ustawy Pzp [podstawa wykluczenia ze względu na nieprawdziwe informacje w poprzednio

obowiązującej ustawie – dop. M.S.] uznać należy, że dopuszczalność samooczyszczenia «aktualizuje się» dopiero w kolejnym postępowaniu, dopiero bowiem w przypadku kolejnego postępowania fakt istnienia podstawy wykluczenia jest już wykonawcy znany (wykonawca został uprzednio, w innym postępowaniu wykluczony i ciąży na nim odium wykonawcy przedstawiającego zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd).” (tak: M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz Warszawa 2021, art. 110.). Skoro więc nie jest możliwe samooczyszczenie w przypadku podstawy wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 w postępowaniu, w którym dane okoliczności wystąpiły, to logicznym jest również wniosek, że zamawiający, o którym mowa w art. 110 ust. 2 pkt 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;”) nie jest zamawiającym z postępowania, którym wystąpiły dane okoliczności, ale zamawiającym, przed którym wykonawca dokonuje self-cleaningu. Tezę tę wydaje się potwierdzać orzecznictwo TSUE. W wyroku TSUE z 24.10.2018 r., C-124/17, Vossloh Laeis GmbH v. Stadtwerke München GmbH, EU:C:2018:855 Trybunał Sprawiedliwości uznał, iż „artykuł 80 dyrektywy 2014/25/UE w związku z art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24/UE należy interpretować w ten sposób, że nie stoi on na przeszkodzie obowiązywaniu przepisu prawa krajowego, który wymaga, aby wykonawca, chcąc wykazać swą rzetelność pomimo istnienia odpowiedniej podstawy wykluczenia, w pełni wyjaśnił fakty i okoliczności związane z popełnionym przestępstwem lub wykroczeniem, aktywnie współpracując nie tylko z organem prowadzącym dochodzenie, ale również z instytucją zamawiającą, w zakresie właściwym dla jej roli, by wykazać odzyskanie przez siebie statusu rzetelnego wykonawcy, pod warunkiem że ta współpraca będzie ograniczona do środków ściśle niezbędnych do tej oceny”.

3) art. 110 ust. 2 pkt 3 podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, odpowiednich dla zapobiegania dalszemu przestępstwu, wykroczeniu lub nieprawidłowemu postępowaniu

Golden Line Sp. z o.o. podjęła konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przypadkom naruszenia uczciwej konkurencji w postaci zaprzestania sporządzania wyceny ofert dla innych podmiotów, które chcą brać udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Dodatkowo Golden Line Sp. z o.o. zrezygnowała z możliwości wysyłki ofert i innych dokumentów przetargowych dotyczących podmiotów trzecich za pośrednictwem firm kurierskich obsługujących firmę Golden Line.

Golden Line mocą uchwał wspólników Spółki podjęła następujące środki zaradcze mające zapobiec ponownemu naruszeniu zasad uczciwej konkurencji:

1) Prezes Zarządu Pan P.D. w pierwszej kolejności został odsunięty od składania wszelkich oświadczeń woli w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, następnie został odwołany z pełnionej funkcji Prezesa Zarządu (w załączeniu uchwała Zarządu z dnia 22 września 2021r). Nadzór nad Działem Zamówień Publicznych został powierzony członkowi zarządu – panu Krzysztofowi Dostychowi. W dniu 07 lutego 2022 r. podpisano notarialnie umowę sprzedaży całości udziałów pana P.D.,

2) W związku z tym, iż spółka Golden Line ma zawarte umowy na dostawy tonerów marki WD (Wirksam Drucken) dla aktualnych kontrahentów, w początkowej fazie zerwania współpracy z firmą MC Supplies M.C., Spółka Golden Line Sp. z o.o. zaprzestała bieżącej sprzedaży na rzecz Pana M.C. produktów firmy Golden Line i Novo; Następnie spółka Golden Line finalizowała transakcję wykupu części firmy MC Supplies M.C.. Tego typu transakcja spowodowała definitywne zerwanie relacji handlowych pomiędzy Golden Line, a MC Supplies M.C.. Dnia 7 lutego 2022 r. zorganizowana część przedsiębiorstwa prowadzonego pod firmą MC Supplies M.C. została sprzedana spółce Golden Line. W chwili obecnej firma Golden Line jest wyłącznym producentem i właścicielem materiałów eksploatacyjnych marki WD Wirksam Drucken.

3) w Golden Line Sp. z o.o. został wprowadzony Regulamin udziału Golden Line Sp. z o.o. w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, uwzględniający obowiązek zachowania zasad uczciwej konkurencji, które zawiera następujące rozwiązania:

- wprowadza obowiązek składania pisemnych oświadczeń pracowników uczestniczących w przygotowaniu ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego dotyczących konfliktu interesów;
- wprowadza zasadę „dwóch par oczu” przy sporządzaniu ofert wraz z załącznikami w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego;
- tworzy stanowisko Kierownika Działu Zamówień Publicznych, odpowiedzialnego za nadzór nad zgodnym z prawem i Regulaminem udziałem Spółki w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego;
- wprowadza obowiązek zachowania w tajemnicy przed osobami nieuprawnionymi treści dokumentów składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego;
- wprowadza zakaz świadczenia na rzecz podmiotów trzecich przez pracowników Golden Line Sp. z o.o. usług mających na celu pomoc w sporządzeniu ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego;

- wprowadza obowiązek odbycia szkolenia dotyczącego kwestii przeciwdziałania zawierania porozumień naruszających uczciwą konkurencję każdego pracownika Działu Zamówień Publicznych oraz Zarządu;
- tworzy niezależne stanowisko audytora wewnętrznego ds. zamówień publicznych do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji i standardów. Dodatkowo, w oparciu o wprowadzony regulamin kontroli wewnętrznej w Golden Line Sp. z o.o. z dnia 21.09.2021 r. czynności kontrolne są prowadzone na bieżąco, sprawowane zgodnie z regulaminem przez kierowników komórek organizacyjnych lub upoważnionych do tego pracowników.

W dniu 7 października 2021 r. odbyło się szkolenie pracowników Działu Zamówień Publicznych oraz Zarządu Golden Line Sp. z o.o. dotyczące kwestii przeciwdziałania znikom przetargowym. Przeprowadzenie szkolenia zostało zlecone JTP Training and Management z siedzibą w Warszawie. Szkolenie przeprowadził r.pr. P.S. z Kancelarii Prawnej Pieróg & Partnerzy w Warszawie. Szkolenie obejmowało następujące tematy:

1. Ochrona konkurencji w przetargach publicznych.
2. Ryzyka związane z udziałem w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w kontekście naruszenia zasady uczciwej konkurencji i wystąpienia konfliktu interesu.
3. Porozumienie ograniczające konkurencję.
4. Zmowa przetargowa – współpraca zamiast konkurencji.
5. Mechanizm zóm horyzontalnych.
6. Zmowy pionowe.
7. Okoliczności i dowody zomy.
8. Konsekwencje zóm przetargowych:
 - w danym postępowaniu;
 - w kolejnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego;
 - odpowiedzialność karna;
 - postępowanie przed Prezesem UOKiK;
 - kary finansowe.
9. Zapobieganie porozumieniom ograniczającym konkurencję.

Spółka Golden Line sukcesywnie wdraża nowe rozwiązania, aby usprawnić pracę firmy, m.in.:

- zmieniona została siedziba firmy, gdzie jest infrastruktura pod monitoring zewnętrzny oraz wewnętrzny firmy,
- zostały wprowadzone dodatkowe zabezpieczenia wejść do firmy poprzez kod, osoby postronne nie mają możliwości wejścia samowolnie do siedziby spółki Golden Line,
- wszelkie działania pracowników w sieci w tym monitorowanie poczty mailowej przychodzącej oraz wychodzącej są kontrolowane,
- komputery przenośne deponowane są do sejf, pracownik chcąc skorzystać z komputera poza terenem firmy musi uzyskać pisemną zgodę przełożonego,
- spółka Golden Line jest w trakcie audytu certyfikującego w zakresie Systemu Zarządzania Bezpieczeństwem Informacji ISO 27001.

Wszelkie działania zapobiegania wykroczeniom i nieprawidłowemu postępowaniu są podejmowane sukcesywnie i kompleksowo, dlatego też są czasochłonne, wymagają dużego nakładu finansowego jak i zaangażowania pracowników spółki Golden Line co wiąże się również z przeorganizowaniem struktur spółki.

Poniżej Spółka przedstawia dane postępowań uwzględniające samooczyszczanie, gdzie dokonano wyboru firmy Golden Line sp. z o.o. oraz zawarto umowy na realizację zamówienia publicznego uznając treść złożonych wyjaśnień i podjętych działań w zakresie samooczyszczania.

- 10.09.2021 Mazowiecki Szpital Specjalistyczny w Ostrołęce MSS-DN-ZPP-26-30/21
- 10.09.2021 Gmina Dąbrowa Górnicza ZO.WOU.271.4.34.2021
- 17.09.2021 Uniwersytet Śląski w Katowicach DZP.381.052.2021.DWK
- 07.10.2021 Dolnośląski Wojewódzki Urząd Pracy DOZ/TJ/2540/02/03/2021
- 14.10.2021 Akademia Sztuki Wojennej w Warszawie PK.ZZP.261.31.2021
- 26.10.2021 22 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Olsztynie 22WOGZP.2712.21.2021/Z/142/ 0700/144/1102/D/PN
- 01.12.2021 Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej w Łodzi 22/2021
- 03.12.2021 Politechnika Świętokrzyska AZA-381-58/20
- 06.12.2021 Prokuratura Okręgowa w Poznaniu 3032-7.261.11.2021
- 16.12.2021 Warszawski Uniwersytet Medyczny AEZ/S-059/2021
- 11.01.2022 Sąd Apelacyjny we Wrocławiu Z-2502-49/21
- 11.01.2022 Uniwersytet Medyczny im. Piastów Śląskich we Wrocławiu AZP-260-TP-71/21
- 17.02.2022 Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Białej Podlaskiej ZP.3520/77/21
- 17.02.2022 Krajowa Szkoła Sądownictwa i Prokuratury w Krakowie BAX.2611.27.2021.

04.03.2022 Kliniczny Szpital Wojewódzki Nr 2 w Rzeszowie ZP 250 /002/ 2022
07.03.2022 3 Regionalna Baza Logistyczna w Krakowie 29/2022
25.03.2022 25 WOG w Białymstoku 20/W2/2022
29.03.2022 Powiat Sanocki IN.272.1.2022
26.04.2022 Sąd Apelacyjny w Białymstoku G-382-2/22
10.05.2022 Instytut Techniczny Wojsk Lotniczych 9/ITWL/Pliz2022/PN/2022/D
11.05.2022 Akademia Sztuki Wojennej w Warszawie ASzWoj-PK-ZZP.261.6.2022
11.05.2022 32. Baza Lotnictwa Taktycznego w Łasku 22/TP1/2022
11.05.2022 33 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Nowej Dębie Zp22/2022
25.05.2022 Oddział Zabezpieczenia Żandarmerii Wojskowej w Warszawie RZP/04/OZZW/2022
26.05.2022 34 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Rzeszowie ZP/26/2022
02.06.2022 4 Regionalna Baza Logistyczna we Wrocławiu TECH/90/KŁ/2022
03.06.2022 Narodowy Instytut Onkologii im. Marii Skłodowskiej-Curie – Państwowy Instytut Badawczy w Warszawie PN-67/22/JP
27.06.2022 Urząd Pracy Powiatu Krakowskiego ZP.2711.9.2022
11.07.2022 Prokuratura Okręgowa w Poznaniu 3032-7.261.16.2022
21.07.2022 41 Baza Lotnictwa Szkolnego w Dęblinie 31/22/P
22.07.2022 15 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Szczecinie 25-ZP-03-22-39
04.08.2022 Politechnika Warszawska Wydział Elektroniki i Technik Informacyjnych WEIT/18/ZP/2022/1030
30.08.2022 Polska Akademia Nauk ZZP.261.20.2022
12.09.2022 Prokuratura Okręgowa w Nowym Sączu 3018-7.261.12.2022
13.09.2022 Centrum Usług Informatycznych w Białymstoku CUI-VII.271.1.35.2022.JK
14.09.2022 Warszawski Uniwersytet Medyczny AEZ/S-098/2022
02.11.2022 4 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Gliwicach 4WOG-1200.2712.57.2022
24.11.2022 Sąd Rejonowy Lublin-Zachód w Lublinie ZP-2401-9/22
12.12.2022 Dolnośląski Wojewódzki Urząd Pracy DOZ/TJ/2540/05/09/2022
20.12.2022 Centralny Instytut Ochrony Pracy - Państwowy Instytut Badawczy w Warszawie OZ.230.7.2022.U.21
09.01.2023 16 WOG w Drawsku Pomorskim 505/2022
10.01.2023 Uniwersytet Medyczny we Wrocławiu AZP-260-TP-95/22
25.01.2023 Powiat Krakowski TG.272.3.2022.MP
27.01.2023 Samodzielny Publiczny Szpital Wojewódzki im. Papieża JP II w Zamościu DZP.3320.77.22
08.02.2023 Uniwersytet Przyrodniczy w Poznaniu 2700/AZ/262/2022
21.02.2023 Piekarskie Centrum Medyczne w Piekarach Śląskich ZP-7/2023
13.03.2023 Centrum Zasobów Cyberprzestrzeni Sił Zbrojnych 2613.20.2022.MP
31.03.2023 Sąd Okręgowy w Płocku OG-262-4/23
25.04.2023 Warszawski Uniwersytet Medyczny AEZ/S-025/2023

W związku z powyższym spółka Golden Line ma nadzieję, że przedłożone wyjaśnienia oraz dokumenty w ramach samooczyszczenia są w pełni wyczerpujące i niebudzące wątpliwości Zamawiającego.

Wnioskujemy o uznanie przedstawionych wyjaśnień oraz wdrożonych regulacji jako rzetelne i wystarczające dowody odpowiednie dla zapobiegania wykroczeniom i nieprawidłowemu postępowaniu w dalszych postępowaniach przetargowych.

Dodatkowo Golden Line Sp. z o.o. oświadcza, iż zobowiązuje się w przypadku konieczności do złożenia dalszych wyjaśnień w zakresie podstaw swojego wykluczenia w sytuacji, gdy Zamawiający uzna taką potrzebę w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W literaturze podnosi się, że dokumenty te podlegają uzupełnieniom i wyjaśnieniom, o którym mowa w art. 128 Pzp. Instytucja samooczyszczenia służy temu, aby wykonawca, wobec którego formalnie istnieje określona podstawa wykluczenia, mógł zostać ostatecznie uznany, dzięki skutecznie przeprowadzonej procedurze self-cleaningu, za niepodlegającego wykluczeniu z postępowania. W tym kontekście oświadczenia wykonawcy w zakresie czynności naprawczych i opis przedsięwziętych środków zawarty w formularzu JEDZ, a następnie składane przez wykonawcę dokumenty na dowód ich podjęcia mieszczą się w kategorii oświadczeń i dokumentów potwierdzających brak wykluczenia, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 3 ZamPublU (vide też art. 125–126 nZamPublU). Jako takie podlegają zatem procedurze sanacyjnej i naprawczej wskazanej w art. 26 ust. 3 i ust. 4 ZamPublU.” (tak: A.K., Praktyczne aspekty stosowania instytucji self-cleaningu w zamówieniach publicznych, PZP 2020, Nr 4, str. 138).

Dowody:

- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 marca 2021 roku wydany w sprawie o sygn. akt KIO 431/21,

- Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych z dnia 25 czerwca 2021 r. wydany w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 56/21,
- Potwierdzenie doręczenia w dniu 17 sierpnia 2021 r. wyroku SO w Warszawie,
- Uchwała Zarządu Golden Line Sp. z o.o. z dnia 22 września 2021r dotycząca odwołania Pana P.D. z funkcji Prezesa Zarządu,
- Regulamin udziału Golden Line Sp. z o.o. w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wraz z załącznikami,
- Wypełnione oświadczenie – załącznik 1 regulaminu udziału Golden Line sp. z o.o. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Uniwersytet Śląski w Katowicach, znak postępowania: DZP.382.1.35.2023
- Aneks do umowy dla Pana R.W. przeszerzegowujący na Kierownika Działu Zamówień Publicznych,
- Decyzje dotyczące wdrożenia regulaminu,
- Umowa z dnia 16.09.2021 r., której przedmiotem jest przeprowadzenia ww. szkolenia,
- Program szkolenia,
- Zaświadczenia z przeprowadzonego szkolenia w dniu 07.10.2021 r.
- Regulamin kontroli wewnętrznej w Golden Line Sp. z o.o.,
- Procedura klasyfikacji dokumentów w Golden Line Sp. z o.o. (z załącznikami nr 1, nr 2),
- Instrukcja Systemu Sprawozdawczości Zarządczej (z załącznikiem nr 2),
- Regulamin pracy pracowników Golden Line Sp. z o.o.,
- Decyzje dotyczące wdrożenia Procedury klasyfikacji dokumentów, wdrożenia regulaminu kontroli wewnętrznej, wdrożenia regulaminu pracy, wdrożenia Instrukcji Sprawozdawczości Zarządczej,
- Umowa o zachowaniu poufności informacji w trakcie oraz po ustaniu umowy o pracę,
- Umowa o zakazie konkurencji w czasie trwania umowy o pracę,
- Umowa o zakazie konkurencji po ustaniu umowy o pracę,
- Informacją o wyborze Golden Line w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego

Z załączonych dowodów wynika, że w dniu 22 września 2021 r. odwołujący odwołał P.D. z funkcji Prezesa Zarządu. Nie dołączono dowodu sprzedaży udziałów P.D., ale na podstawie danych zawartych w KRS można było ustalić, że P.D. nie jest udziałowcem spółki, a został wykreślony w dniu 16 września 2022 r.

Z umowy zbycia części przedsiębiorstwa z dnia 7 lutego 2022 r. str. 252-256 wyjaśnień) wynika, że M.C. zbył na rzecz Golden Line zorganizowaną część przedsiębiorstwa to jest model produkcyjny Wirksan Durcken wraz z przysługującymi prawami, certyfikatami i know-how za cenę 50 000zł.

W dniu 5 lipca 2023 r. Komax 9 wniósł o wykluczenie wykonawcy Golden Line, bo jego samooczyszczenie nie może być uznane za skuteczne, bowiem Golden Linie nie wykazał aktywnej współpracy z właściwymi organami ścigania lub z Zamawiającym tym samym nie spełniając wymagań art. 110 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp. Wykonawca nie spełnił też wymagań art. 110 ust. 2 pkt. 3 lit. a ustawy Pzp, ponieważ nie zerwał wszelkich powiązań z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie.

Wg naszej najlepszej wiedzy popartej dowodami w przedmiotowym postępowaniu (raporty z testów) w dalszym ciągu współpracuje z firmą MC Supplies m.in. oferując jej produkty (dowód w załączniku), a także raporty z testów zlecone przez firmę MC Supplies. Firma Golden Line Sp. z o.o. ściśle współpracuje z firmą MC Supplies co stoi w sprzeczności z fundamentalnym wymogiem instytucji samooczyszczenia „self cleaning”.

W tym samym dniu uzupełniając Komax podał:

W wyrokach KIO z dnia 16.08.2023 Sygn. akt KIO 2230/23 oraz z dnia 17.08.2023 Sygn. akt KIO 2278/23 Izba uznała, że samooczyszczenie firmy Golden Line Sp. z o.o. jest nieskuteczne wobec niespełniania przesłanek obligatoryjnych wynikających z ustawy dla instytucji self cleaning.

Ze względu na krótkie terminy jesteśmy w posiadaniu sentencji do przedmiotowych wyroków.

W celach dowodowych w załączniku przesyłamy materiały z postępowań, w których KIO rozpatrywało kwestię self cleaning firmy Golden Line:

1. 34 WOG Rzeszów (postępowanie z dnia 05.04.2023r):

<https://portal.smartpzp.pl/34wog/public/postepowanie?postepowanie=44801206>

Zamawiający po otrzymaniu Informacji firmy Netprint s.c. (analogicznej jak przesłana przez KOMAX 9 Sp. z o.o. w przedmiotowym postępowaniu) wykluczył firmę Golden Line Sp. z o.o. i odrzucił jej ofertę. Golden Line Sp. z o.o. odwołała się w tym zakresie do KIO. Izba po rozpoznaniu sprawy w wyroku z dnia 16.08.2023 Sygn. akt KIO 2230/23 oddaliła odwołanie i przyznała zamawiającemu rację w zakresie odrzucenia oferty Golden Line Sp. z o.o. w wyniku wykluczenia spółki (niespełnienie warunków podmiotowych – nieskuteczne samooczyszczenie).

2. Zespół Opieki Zdrowotnej w Nysie – Nysa:

<https://ezamowienia.gov.pl/mp-client/tenders/ocds-148610-04c85f26-ff8f-11ed-b70fae2d9e28ec7b>

Wobec powyższego wnosimy o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonanie ponownego badania ofert. Wykluczenie wykonawcy Golden Line Sp. z o.o. (w konsekwencji odrzucenie oferty na mocy art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. „a”).

W dniu 28 sierpnia 2023 r. zamawiający zwrócił się do 34 Wojskowy Oddział Gospodarczy ul. Krakowska 11b 35-111 Rzeszów o udzielenie informacji publicznej. W ww. postępowaniu prowadzonym przez Uniwersytet Śląski w Katowicach w trybie podstawowym bez negocjacji ofertę złożył Wykonawca: Golden Line Sp. z o.o., ul. Krakowska 150, 35-506 Rzeszów.

W dniu 23.08.2023 r. uczestnik postępowania poinformował Zamawiającego, że oferta Wykonawcy Golden Line Sp. z o.o. w prowadzonym przez Państwa postępowaniu o sygnaturze ZP/24/2023 pn.: „Dostawa materiałów eksploatacyjnych do drukarek, faksów i innych urządzeń drukujących” została odrzucona, a w przedmiotowej sprawie zostało wniesione odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. Akt. KIO 2230/2023) przez Wykonawcę Golden Line Sp. z o.o. Z informacji, które otrzymaliśmy Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie wniesione przez Wykonawcę Golden Line Sp. z o.o., ale nie zostało jeszcze wydane uzasadnienie, które ma istotne znaczenie dla Zamawiającego w zakresie oceny oferty Wykonawcy Golden Line Sp. z o.o.

Wobec powyższego, uprzejmie prosimy o przekazanie:

- 1)Oferty Wykonawcy Golden Line Sp. z o.o. wraz z uzasadnieniem Wykonawcy w zakresie „samooczyszczenia”,
- 2)Uzasadnienie odrzucenia oferty Golden Line Sp. z o.o. dokonane przez Zamawiającego.

34 WOG odpowiedział, że nie uwzględnił samooczyszczenia Golden Line, bo wykonawca nie wykazał naprawienia szkody oraz zerwania wszelkich powiązań z osobami odpowiedzialnymi za nieprawidłowości oraz przekazał odwołanie i wyrok Izby.

W informacji o wyniku postępowania zamawiający podał:

Oferta nr 4 złożona przez Wykonawcę:

Golden Line Sp. z o.o.

ul. Krakowska 150 35-506 Rzeszów

Oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit a) w zw. art. 266 w zw. z art. 110 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, ponieważ została złożona przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania, w związku z zaistnieniem okoliczności, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp.

Wykonawca wraz z ofertą złożył oświadczenie nr IB do SWZ (JEDZ) wskazując, że zachodzą w stosunku do niego podstawy wykluczenia z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Jednocześnie wskazując, że podjęto Środki naprawcze na podstawie art. 110 ust.2 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę jeżeli Zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi Wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie. W złożonym samooczyszczeniu (self-cleaning) Wykonawca Golden Line Sp. z o.o. wyjaśnia, iż brał udział w porozumieniu mającym na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co zostało potwierdzone wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 marca 2021 roku wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 431/21, który to wyrok został utrzymany w mocy wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych z dnia 25 czerwca 2021 roku wydanym w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 56/21. Jednocześnie z ww. okolicznością, na podstawie art. 110 ust 2 ustawy PZP Wykonawca podjął środki naprawcze, które wskazuje w swoich wyjaśnieniach. 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

- 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.

Zamawiający na etapie badania i oceny ofert uznał wyjaśnienia Wykonawcy w zakresie samooczyszczenia (self-cleaning) dokonując wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej w dniu 18.08.2023 r.

Po dokonaniu przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, w dniu 23.08.2023 r. uczestnik postępowania poinformował Zamawiającego, że oferta Wykonawcy Golden Line Sp. z o.o. w prowadzonym postępowaniu przez 34 Wojskowy Oddział Gospodarczy, ul. Krakowska 11b35-111 Rzeszów o sygnaturze ZP/24/2023 pn.: „Dostawa materiałów eksploatacyjnych do drukarek, faksów i innych urządzeń drukujących” została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit a) w zw. z art. 110 ust. 3 ustawy Pzp w związku z wykluczeniem Wykonawcy z postępowania w związku z zaistnieniem okoliczności, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy PZP (uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia Wykonawcy zostało przekazane w piśmie Zamawiającego - 34 Wojskowy Oddział Gospodarczy - o sygnaturze nr W/441/ZP/24/2023/1/3 z dnia 21.07.2023 r.), a w przedmiotowej sprawie zostało wniesione odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. Akt. KIO 2230/2023) przez Wykonawcę Golden Line Sp. z o.o. Zamawiający otrzymał informację od Krajowej Izby Odwoławczej, że po rozpoznaniu sprawy w dniu 16.08.2023 r., Izba oddaliła odwołanie wniesione przez Wykonawcę Golden Line Sp. z o.o. Wobec powyższego faktu stało się konieczne unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem powyższego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej.

Wykonawca, w zakresie art. 110 ust. 2 pkt. 2, oświadczył w ofercie, iż nie uzyskał zgody instytucji prowadzącej postępowanie wyjaśniające w zakresie zawartego przez Wykonawcę porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji na ujawnienie informacji odnośnie przedmiotowego postępowania. Instytucja, która prowadzi z udziałem Wykonawcy postępowanie wyjaśniające poinformowała Wykonawcę pisemnie, że Wykonawca nie może ujawniać informacji o współpracy z tym organem, zaś zachowanie w tym zakresie tajemnicy przez Wykonawcę wymagane jest treścią bezwzględnie obowiązującego przepisu prawa. Wykonawca nie jest uprawniony do ujawnienia jakiejkolwiek informacji w tym zakresie bowiem wskazanie informacji o charakterze postępowania wyjaśniającego jak również wskazanie podstawy prawnej wymogu zachowania w tajemnicy informacji o toczącym się postępowaniu doprowadzi do ujawnienia danych o tym postępowaniu. Wykonawca twierdzi, iż nie ma możliwości ujawniania informacji, które tej współpracy dotyczą.

Przesłanką wykluczenia w postępowaniu, którego efektem było uznanie Wykonawcy za uczestnika zмовы cenowej, nie było nieprawidłowe postępowanie Wykonawcy (np. niewłaściwe wykonanie umowy) a czyn nieuczciwej konkurencji, tj. działanie sprzeczne z prawem, mogące świadczyć o popełnieniu przestępstwa lub wykroczenia. W zależności od przesłanki wykluczenia, związanych z przestępstwem, wykroczeniem lub też nieprawidłowym postępowaniem, Wykonawca obowiązany jest do wyjaśnienia wszelkich okoliczności sprawy poprzez współpracę z właściwymi organami, w tym organami Ścigania lub organami administracji, lub też - w wypadku wykluczenia związanego z nienależytym wykonaniem poprzednio zawartej umowy - z zamawiającym (D.W. i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, opublikowano: WKP 2021, stan prawny: 1 maja 2021 r., autor fragmentu: S.M.). Wskazanie w przepisie właściwych organów wskazuje na wyjaśnienia składane w toku postępowań karnych lub administracyjnych toczących się przed wzięciem przez Wykonawcę udziału w niniejszym postępowaniu. Wykonawca nie wskazał w swoim wyjaśnieniu, z jakimi właściwym organem współpracuje, co ta współpraca może wnieść do sprawy. Zamawiający rozumie, iż pewne wyjaśnienia i okoliczności muszą pozostać objęte tajemnicą, jednakże z wyjaśnień przedstawionych przez Wykonawcę Golden Lin Sp. z o.o. nie wynika fakt aktywnej współpracy z właściwymi organami. Wykonawca nie złożył także żadnych dowodów, potwierdzających realizację obowiązku wynikającego z pkt 2 ww. przepisu (jak w wyroku KIO 444/20).

Zgodnie z art. 110 ust. 2 pkt 3 lit a) ustawy Pzp, Wykonawca winien zerwać wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie Wykonawcy

Wykonawca nie przedstawił również do wyjaśnień żadnych dowodów z których wynikałoby, w jaki sposób i na jakich warunkach doszło do przejęcia części przedsiębiorstwa uczestniczącego w zмowie przetargowej i nie wykazała zerwania więzi z tym kontrahentem.

Do zastosowania instytucji z art. 110 ust. 1 ustawy PZP konieczne jest łączne spełnienie przesłanek z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, co nie zostało spełnione. Biorąc pod uwagę powyższe Wykonawca Golden Line Sp. z o.o. został wykluczony z postępowania w związku z zaistnieniem okoliczności wskazanych w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Jednocześnie zgodnie z art. 111 pkt 4 ustawy PZP wykluczenie wykonawcy, w przypadku o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, następuje na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a), Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego

wykluczeniu z postępowania.

Z uzasadnienia wyroku z dnia 16 sierpnia 2023 r. Sygn. akt: KIO 2230/23:

Izba w uzasadnieniu tego wyroku stwierdziła, że:

W zakresie pierwszej przesłanki wymaganej dla oczyszczenia wykonawcy tj. naprawienia lub zobowiązania się przez niego do naprawienia szkody wyrządzonej jego nieprawidłowym postępowaniem, skład orzekający podziela stanowisko odwołującego co do faktu, że z ustalonego stanu faktycznego nie wynika, by instytucja zamawiająca - Mazowiecka Instytucja Gospodarki Budżetowej MAZOVIA poniosła szkodę w wyniku zmowy z udziałem odwołującego. Wiarygodne w tym zakresie, przy braku odmiennych dowodów, są wyjaśnienia wykonawcy, iż od lutego 2021 r. do chwili obecnej, zamawiający ten nie poniósł szkody w następstwie niespornych, a niepożądanych zachowań wykonawców. Doświadczenie obrotu gospodarczego wskazuje, że w razie zaistnienia szkody, w tym np. zaistnienie przesłanek zapłaty kar umownych, podmiot taki, jako zamawiający w zakresie zamówień publicznych, nie rezygnuje wspaniałomyślnie ze swoich roszczeń, co więcej, jest zobligowany do ich dochodzenia pod rygorem odpowiedzialności z przepisów o dyscyplinie finansów publicznych.

Zatem przy oczywistej implikacji: „jeżeli wystąpiła szkoda, to należy ją naprawić”, a w stanie faktycznym sprawy szkoda nie wystąpiła, to nie ma podstaw do jej naprawienia; następnik takiego zdania logicznego o treści „należy ją naprawić” byłby naturalnie fałszywy.

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

W odniesieniu do kolejnej przesłanki tj. wyczerpującego wyjaśnienia faktów i okoliczności nieprawidłowego postępowania przy aktywnej współpracy z odpowiednimi organami lub zamawiającym wypada przypomnieć, że zgodnie z wyrokiem ETS C-387/19 wskazany został minimalny zakres okoliczności, które muszą zostać udowodnione stosownie do art. 57 ust. 6 dyrektywy i odpowiednio w art. 110 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący w rzeczywistości nie wykazał, iż podejmował taką współpracę przed i w związku z ubieganiem się o udzielenie zamówienia w ramach procedury samooczyszczenia, która wymaga jego inicjatywy. Skład orzekający ocenia zatem dokumenty przedstawione zamawiającemu w postępowaniu, natomiast dodatkowe dowody złożone na rozprawie – dokumenty od i do UOKiK pozostają bez wpływu na ocenę decyzji zamawiającego, w tym znaczeniu, że nie mogą uzupełniać procedury i prowadzić faktycznie do podważenia oceny zamawiającego w oparciu o dowody, których ten nie mógł ocenić przed podjęciem decyzji o wykluczeniu z postępowania. Trudno przy tym bronić twierdzenia o aktywnej współpracy, rozumianej jako aktywność wykonawcy, w sytuacji, gdy w sprawie tej inicjatorem ustalenia czynu nieuczciwej konkurencji był Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, a jakkolwiek forma deklarowanej własnej współpracy z tą instytucją po ustaleniach KIO i Sądu Okręgowego nie była inicjowana przez odwołującego. Izba nie odnosi się do twierdzenia o potrzebie uzupełnienia tych dowodów, jako że wykraczałoby to poza zakres zarzutów, którymi jest związana. Nie można uznać, iż Odwołujący przedstawił w sposób wyczerpujący okoliczności w jakich miało dojść do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, w szczególności dość okrojone są informacje co do czasu, w jakim miało dojść do zmowy.

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

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

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

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

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

Dowody odwołującego złożone na rozprawie:

- pismo UOKiK z dnia 22 czerwca 2021 r. wskazujące, że Prezes UOKiK prowadzi na podstawie art. 48 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów postępowanie wyjaśniające mające na celu wstępne ustalenie, czy w związku z działaniami przedsiębiorców przystępujących do postępowań przetargowych dotyczących dostawy materiałów eksploatacyjnych do drukarek, urządzeń wielofunkcyjnych lub innych urządzeń biurowych mogło dojść do naruszenia

przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów uzasadniającego wszczęcie postępowania antymonopolowego. Urząd wskazał, że w postępowaniu wyjaśniającym nie występują strony i nie jest ono skierowane przeciwko żadnemu przedsiębiorcy. Wezwanie dotyczyło prowadzonej przez odwołującego działalności oraz udziału w postępowaniach przetargowych od 1 stycznia 2018, a w lit. c wskazania powiązań osobistych, zawodowych lub kapitałowych z innymi uczestnikami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zorganizowanego przez Mazowiecką Instytucję Gospodarki Budżetowej Mazovia pn. „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 (ogłoszenie nr 771891-N-2020 z dnia 28 grudnia 2020 r. tj.

– M.C. prowadzącym działalność pod firmą MCSupplies M.C. (ul. Franciszka Ślusarczyka 4 35-510 Rzeszów NIF 5170245855)

- Firmą Handlową Komax 9 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (ul. Przemysłowa 2, 10-418 Olsztyn KRS 0000186702), lit. d) wskazanie sposobu kalkulacji ceny oferty złożonej w tym postępowaniu, g) czy przy doręczaniu dokumentacji przetargowych do zamawiającego korzystają z pomocy innych podmiotów (w szczególności proszę wskazać sposób doręczenia dokumentacji przetargowej w postępowaniu, o którym mowa w pkt 1c) wezwania) oraz czy wykonują tego typu usługi na rzecz innych podmiotów, lit. i), w jaki sposób zamierzali wykonać zamówienie stanowiące przedmiot przetargu, o którym mowa w pkt. 1c (na przykład poprzez wyprodukowanie przedmiotu w ramach prowadzonej działalności gospodarczej czy też dokonanie zakupu od innych podmiotów), lit. j) czy zamierzali samodzielnie wykonać zamówienie stanowiące przedmiot przetargu, o którym mowa w lit. 1C czy też powierzyć wykonanie podwykonawcom. Pozostałe pytania nie miały związku z przesłanką wykluczenia w stosunku do której odwołujący dokonał samooczyszczenia.

- z pisma z dnia 12 lipca 2021 r. skierowanego przez odwołującego do UOKiK wynika, że :

c) Odnosząc się do powiązań osobistych, zawodowych lub kapitałowych z innymi uczestnikami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zorganizowanego przez Mazowiecką Instytucję Gospodarki Budżetowej Mazovia pn. „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", (Ogłoszenie nr 771891-N-2020 z dnia 28.12.2020 r.) Golder Line wskazuje, iż:

- Uczestnik w/w postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Pan M.C. przedsiębiorca prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: MCSupplies M.C. (ul. Franciszka Ślusarczyka 4, 35-510 Rzeszów; NIP: 5170245855) by zatrudniony do dnia 15 listopada 2019 w Golden Line zanim założył własną działalność gospodarczą, której przedmiotem jest m. in. sprzedaż materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących oraz sprzedaż elementów i substancji niezbędnych do produkcji materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących. Umowa o pracę łącząca Golden Line z Panem M.C. została rozwiązana na mocy porozumienia stron.

Wskazać należy, iż od momentu zakończenia stosunku pracy pomiędzy Golden Line a Panem M.C. podmioty te łączy stosunek handlowy polegający na tym, że Pan M.C. w ramach prowadzonego przedsiębiorstwa kupuje materiały eksploatacyjne do urządzeń drukujących od Golden Line. Współpraca handlowa pomiędzy w/w podmiotami polega również na tym, że Golden Line kupuje od Pana M.C. elementy i substancje niezbędne do produkcji materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących.

Golden Line naprowadza, że nie łączy go z Panem M.C. przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą: MCSupplies M.C. żadne powiązania osobowe ani kapitałowe. Wskazać należy, iż Pan M.C. nie jest wspólnikiem Golden Line jak również nie pełni funkcji w organach tej Spółki, wobec czego nie ma żadnego wpływu na działania Golden Line. Podobnie Golden Line nie posiada żadnych uprawnień do wytyczania na decyzje handlowe przedsiębiorstwa prowadzonego przez Pana M.C., zaś obydwa podmioty nie zawierały jakichkolwiek porozumień cenowych mających na celu ograniczenie konkurencji.

Wskazać również należy, że Golden Line nigdy nie przynależał do grupy kapitałowej z Panem M.C. przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą: MCSupplies M.C..

- Golden Line nie posiada żadnych powiązań osobistych, zawodowych lub kapitałowych z uczestnikiem w/w postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Firmą Handlową KOMAX 9 Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie (ul. Przemysłowa 2, 10-418 Olsztyn; KRS: 0000186702).

- Golden Line wyjaśnia, iż w roku 2020 realizował na rzecz Mazowieckiej instytucji Gospodarki Budżetowej Mazovia umowę na realizację zamówienia publicznego pn. Sukcesywna dostawa tonerów, tuszów, bębnow, pasów transmisyjnych, zbiorników na zużyte tonery, głowic i taśm barwiących do drukarek i urządzeń wielofunkcyjnych dla Mazowieckiej Instytucji Gospodarki Budżetowej MAZOYIA". Zawarcie w/w umowy na realizację zamówienia publicznego nastąpiło w wyniku postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 grudnia 2019 roku wydanego w sprawie o sygn.

akt KIO 2450/19. Pierwotnie Zamawiający - Mazowiecka Instytucja Gospodarki Budżetowej Mazovia odrzucił ofertę Golden Line w w/w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego uznając tą ofertę jako niezgodną z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Golden Line wniósł odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej od czynności odrzucenia jego oferty. W efekcie wniesionego odwołania Zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania i w konsekwencji wybrał jako najkorzystniejszą ofertę Golden Line.

Podkreślenia wymaga fakt, iż przed rokiem 2020 dostawę materiałów eksploatacyjnych do Mazowieckiej Instytucji Gospodarki Budżetowej Mazovia wykonywała Firma Handlowa KOMAX 9 Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie. Współpraca obu podmiotów została przerwana poprzez zawarcie przez Mazowiecką Instytucję Gospodarki Budżetowej Mazovia umowy z Golden Line na realizację zamówienia publicznego w w/w okolicznościach.

d) Obliczając cenę oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zorganizowanego przez Mazowiecką Instytucję Gospodarki Budżetowej Mazovia pn. „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", (Ogłoszenie nr 771891-N-2020 z dnia 28.12.2020 r.) Golden Line brał pod uwagę następujące elementy cenotwórcze:

- kryteria oceny ofert postawione przez Zamawiającego - Mazowiecką Instytucję Gospodarki Budżetowej Mazovia w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia tj. termin dostawy oraz czas wymiany wadliwego materiału eksploatacyjnego na wolny od wad;
- liczbę miejsc dostaw (ponad 100 miejsc dostaw w różnych obszarach Polski);
- fakt, iż dostawy miały odbywać się sukcesywnie przez okres 12 miesięcy;
- ilość urządzeń Zamawiającego posiadających aktualną gwarancję - Golden Line zaoferował produkty równoważne, w tym samym przejął w przypadku uszkodzenia urządzenia wszelkie konsekwencje zastosowania tego typu produktów w tym zakup nowych urządzeń lub naprawa urządzeń w autoryzowanym serwisie
- * konieczność uzupełnienia obszernego, rozbudowanego formularza cenowego zawierającego ok. 500 pozycji do wyceny, co wpłynęło na wydłużenie czasu pracy potrzebnego do przygotowania oferty,
- wysokość kar umownych z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przewidzianych przez Zamawiającego Mazowiecką Instytucję Gospodarki Budżetowej Mazovia w projekcie umowy na realizację zamówienia publicznego.

f) Przy sporządzaniu dokumentacji przetargowych Golden Line nie korzysta z usług innych podmiotów. Dokumentacja przetargowa jest przygotowywana samodzielnie przez pracowników Golden Line.

Dokumentacja przetargowa przygotowana przez Golden Line w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zorganizowanym przez Mazowiecką Instytucję Gospodarki Budżetowej Mazovia pn. „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" została przygotowana samodzielnie przez pracowników Golden Line uwzględniając kryteria cenotwórcze szczegółowo wskazane w punkcie d) powyżej.

Golden Line wyjaśnia, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zorganizowanym przez Mazowiecką Instytucję Gospodarki Budżetowej Mazovia pn. „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" sporządził dla Pana M.C. wycenę materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących, zaś wycena ta została sporządzona na formularzu cenowym wymaganym przez Zamawiającego w w/w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wycenę tą Pan M.C. otrzymał na nośniku PENDRIVE, na który omyłkowo oprócz wyceny zostały skopiowane inne formularze stosowane w w/w postępowaniu

g) Doręczanie wszelkiej dokumentacji przetargowej sporządzonej przez Golden Line odbywa się za pośrednictwem firm kurierskich. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zorganizowanym przez Mazowiecką Instytucję Gospodarki Budżetowej Mazovia pn. „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 miejsc1 wskazanych przez Mazowiecką Instytucję Gospodarki Budżetowej MAZOVIA" oferta Golden Line jak również późniejsze oświadczenia również zostały doręczone Zamawiającego za pośrednictwem firmy kurierskiej.

Golden Line nie wykonuje usług doręczenia dokumentacji przetargowej na rzecz innych podmiotów. Wyjątkiem była sytuacja, gdy Pan M.C. zwrócił się z prośbą o nadanie swojej oferty przesyłką kurierską priorytetową do Mazowieckiej Instytucji Gospodarki Budżetowej Mazovia z gwarancją dostarczenia jej na następny dzień roboczy. Golden Line przychylił się do prośby Pana M.C. biorąc pod uwagę dotychczasowe relacje handlowe obu podmiotów oraz biorąc pod uwagę fakt, iż Pan M.C. wyjaśnił, że nie jest w stanie samodzielnie złożyć swojej oferty w w/w postępowaniu o udzielenie

zamówienia publicznego w określonym przez Zamawiającego terminie.

h) Golden Line jest producentem materiałów eksploatacyjnych równoważnych do urządzeń drukujących w związku z czym większa część produktów oferowanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego pochodzi z własnej produkcji.

Ponadto Golden Line współpracuje z wieloma hurtowniami, autoryzowanymi dystrybutorami na terenie kraju i Unii Europejskiej sprzedającymi gotowe produkty oryginalne jak i równoważne w związku z czym część produktów oferowanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego pochodzi z tych źródeł.

i) W przypadku wyboru oferty Golden Line jako najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zorganizowanym przez Mazowiecką Instytucję Gospodarki Budżetowej Mazovia pn. „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” realizacja zamówienia w głównej mierze opierałaby się na dokonywaniu zakupów od innych podmiotów.

j) Golden Line planowała samodzielnie (bez udziału podwykonawców) zrealizować przedmiot umowy w postępowaniu zorganizowanym przez Mazowiecką Instytucję Gospodarki Budżetowej Mazovia pn. „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

Golden Line wskazuje, iż informacje zawarte w niniejszym piśmie, a w szczególności w odpowiedziach zawartych w punktach od d) do l) stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Golden Line w rozumieniu art. 11 ust 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913) w związku z czym Golden Line wnosi o ich utajnienie oraz nieudostępnianie podmiotom trzecim.

Ponadto Golden Line wskazuje, iż w dniu 25 czerwca 2021 roku skierowany został do Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wniosek o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej lub obniżenie jej wymiaru za udział w ograniczającym konkurencję porozumieniu [wniosek leniency), Golden Line wyjaśnia, iż wniosek ten złożony został do Urzędu Ochrony Konkurencji wcześniej niż data otrzymania przez Golden Line wezwania Urzędu Konkurencji i Konsumentów Departament Przeciwdziałania Zmowom Przetargowym, znak sprawy: DPZ-1.400.9.2021.SH, które doręczone zostało Golden Line w dniu 28 czerwca 2021 roku.

W tej sytuacji Golden Line wyjaśnia, iż w momencie złożenia wniosku leniency nie miała wiedzy o toczącym się postępowaniu wyjaśniającym przed Urzędem Konkurencji i Konsumentów Departamentem Przeciwdziałania Zmowom Przetargowym.

Jednocześnie Golden Line oświadcza, iż zobowiązuje się do pełnej współpracy z Urzędem Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz do przedkładania wszelkiej dokumentacji potrzebnej do wyjaśnienia niniejszej sprawy.

- pismo UOKiK do odwołującego z dnia 5 stycznia 2022 r., z którego wynika, że Prezes UOKiK nie wyraża zgody na informowanie o fakcie złożenia wniosku o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej lub jej obniżenie. Informacja ta stanowi odpowiedź na wniosek odwołującego z dnia 30 sierpnia 2021 r.

- pismo UOKiK z dnia 7 września 2023 r. do odwołującego, z którego wynika, że sprawa DOKL.413.TEKSAS została zakończona przez nieuwzględnienie wniosku o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej lub jej obniżenie, o czym poinformowano adw. W.W., który odebrał przesyłkę w dniu 3 sierpnia 2022r. w załączeniu Urząd przesłał kopię zawiadomienia.

- pismo UOKiK z dnia 8 września 2023 r. do odwołującego, z którego wynika, że postępowanie wyjaśniające, czy w związku z działaniami przedsiębiorców przystępujących do postępowań przetargowych dotyczących dostawy materiałów eksploatacyjnych do drukarek, urządzeń wielofunkcyjnych lub innych urządzeń biurowych mogło dojść do naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów uzasadniającego wszczęcie postępowania antymonopolowego, w tym ustalenie czy sprawa ma charakter antymonopolowy jest w toku. Jednocześnie Urząd wskazał, że postępowanie wyjaśniające jest prowadzone przez Prezesa UOKiK z urzędu i w interesie publicznym, w postępowaniach tych nie występują strony.

- z zaświadczenia BNP Paribas Bank Polska spółka akcyjna w Warszawie, wynika, że w okresie od 1 stycznia 2023 do 11 września 2023 na rachunkach Golden Line nie występowały transakcje płatnicze wykonywane na rzecz firmy MCSupplies M.C. oraz rachunku Golden Line nie były uznawane przelewami realizowanymi przez MCSupplies M.C..

- z oświadczenia M.C. z dnia 13 września 2023 r. wynika, że po sprzedaży marki Wirksam Druken w roku 2022 nie utrzymywał relacji handlowych ze spółką Golden Line, w chwili obecnej nie prowadzi działalności gospodarczej i wystartował tylko w jednym postępowaniu przetargowym.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się okoliczności, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i art. 110 ust. 2 i 3 ustawy przez nieprawidłowe odrzucenie oferty odwołującego, pomimo że nie zachodzą przesłanki jej odrzucenia wskazane w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy, a zamawiający zobowiązany był do samodzielnej, zgodnej z prawem, rzetelnej i logicznej oceny dokonanej przez odwołującego samooczystczenia oraz Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 110 ust. 2 i 3 ustawy przez wadliwą ocenę działań odwołującego podjętych w ramach samooczystczenia, w szczególności z pominięciem treści ww. przepisów, wykładni prounijnej i orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE wraz z zarzutem naruszenia przez zamawiającego art. 16 ustawy w zw. z art. 110 ust. 2 i 3 ustawy i art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy przez niezachowanie zasady uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności w trakcie oceny czynności dokonywanych w ramach samooczystczenia z uwzględnieniem stanu faktycznego i okoliczności sprawy oraz odrzucenie oferty odwołującego mimo podjęcia przez odwołującego wszelkich działań wymaganych prawem

Izba rozpozna zarzuty łącznie, gdyż w swojej istocie sprowadzają się one do dokonania oceny, czy zamawiający w sposób prawidłowy ocenił wyjaśnienia i dowody odwołującego złożone w procedurze self-cleaning. Zarzuty zasługują na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba dostrzegła, że:

Zamawiający faktyczne powody odrzucenia oferty zawarł w następującym fragmencie informacji o odrzuceniu oferty odwołującego:

„Wykonawca nie wskazał w swoim wyjaśnieniu, z jakimi właściwym organem współpracuje, co ta współpraca może wnieść do sprawy. Zamawiający rozumie, iż pewne wyjaśnienia i okoliczności muszą pozostać objęte tajemnicą, jednakże z wyjaśnień przedstawionych przez Wykonawcę Golden Lin Sp. z o.o. nie wynika fakt aktywnej współpracy z właściwymi organami. Wykonawca nie złożył także żadnych dowodów, potwierdzających realizację obowiązku wynikającego z pkt 2 ww. przepisu (jak w wyroku KIO 444/20).

Zgodnie z art. 110 ust. 2 pkt 3 lit a) ustawy Pzp, Wykonawca winien zerwać wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie Wykonawcy

Wykonawca nie przedstawił również do wyjaśnień żadnych dowodów z których wynikałoby, w jaki sposób i na jakich warunkach doszło do przejęcia części przedsiębiorstwa uczestniczącego w zмовie przetargowej i nie wykazała zerwania więzi z tym kontrahentem.”

Z tego wynika, że zamawiający uważa, że nie mógł uwzględnić wyjaśnień, gdyż nie wie z jakim organem odwołujący współpracował i co ta współpraca wnosi do sprawy.

Z takim stanowiskiem zamawiającego Izba nie może się zgodzić. O ile rzeczywiście odwołujący w sposób oględny wypowiadał się na temat współpracy z odpowiednimi organami, to jednak nawet z tych oględnych sformułowań dało się ustalić z jakim organem odwołujący współpracuje i czego współpraca dotyczy. Świadczą o tym te fragmenty wyjaśnień odwołującego:

„Do chwili obecnej Wykonawca nie uzyskał zgody instytucji prowadzącej postępowanie wyjaśniające w zakresie zawartego przez Wykonawcę porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji na ujawnienie informacji odnośnie przedmiotowego postępowania. Instytucja, która prowadzi z udziałem Wykonawcy postępowanie wyjaśniające poinformowała Wykonawcę pisemnie, że Wykonawca nie może ujawniać informacji o współpracy z tym organem, zaś zachowanie w tym zakresie tajemnicy przez Wykonawcę wymagane jest treścią bezwzględnie obowiązującego przepisu prawa. Wykonawca nie jest uprawniony do ujawnienia jakiejkolwiek informacji w tym zakresie bowiem wskazanie informacji o charakterze postępowania wyjaśniającego jak również wskazanie podstawy prawnej wymogu zachowania w tajemnicy informacji o toczącym się postępowaniu doprowadzi do ujawnienia danych o tym postępowaniu.

Wykonawca oświadcza, iż obecnie w toku pozostaje postępowanie wyjaśniające w zakresie zawartego przez Wykonawcę porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, zaś w ramach tego postępowania Wykonawca przejawia aktywną współpracę z organem kontrolnym.

Czyn, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 jest porozumieniem, o którym mowa w art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Wykonawca jest uprawniony do skorzystania 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.

Jednocześnie wykonawca deklaruje gotowość do pełnej współpracy z zamawiającym w celu wyjaśnienia okoliczności uczestnictwa w porozumieniu.”

Z tych wyjaśnień wprost wynikało, że odwołujący składał wyjaśnienia w postępowaniu wyjaśniającym przez Prezesem UOKiK jak również, że składał wniosek na podstawie art. 113a ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Jakie postępowania prowadzi Prezes UOKiK i czy są to postępowania wstępne, w sprawie czy przeciwko przedsiębiorcy określają przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. W szczególności art. 47 uokik stanowi

1. Postępowanie przed Prezesem Urzędu jest prowadzone jako postępowanie wyjaśniające, postępowanie antymonopolowe, postępowanie w sprawie o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone lub postępowanie w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów.

2. Postępowanie wyjaśniające może poprzedzać wszczęcie postępowania antymonopolowego, postępowania w sprawie o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone lub postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów.

Z kolei art. 48 uokik opisuje rolę i znaczenie postępowania wyjaśniającego:

1. Prezes Urzędu może wszcząć z urzędu, w drodze postanowienia, postępowanie wyjaśniające, jeżeli okoliczności wskazują na możliwość naruszenia przepisów ustawy, w sprawach dotyczących określonej gałęzi gospodarki, w sprawach dotyczących ochrony interesów konsumentów oraz w innych przypadkach, gdy ustawa tak stanowi.

2. Postępowanie wyjaśniające może mieć na celu w szczególności:

1) wstępne ustalenie, czy nastąpiło naruszenie przepisów ustawy uzasadniające wszczęcie postępowania antymonopolowego, w tym, czy sprawa ma charakter antymonopolowy;

3. Zakończenie postępowania wyjaśniającego następuje w drodze postanowienia.

4. Postępowanie wyjaśniające nie powinno trwać dłużej niż 4 miesiące, a w sprawach szczególnie skomplikowanych - nie dłużej niż 5 miesięcy od dnia jego wszczęcia.

Przywołany zaś przez odwołującego art. 113a uokik wskazuje, że przedsiębiorca, który zawarł porozumienie, o którym mowa w art. 6 ust. 1 ustawy lub art. 101 TFUE, może złożyć do Prezesa Urzędu wniosek o:

1) odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej za naruszenie zakazu określonego w art. 6 ust. 1 ustawy lub art. 101 TFUE, zwany dalej „wnioskiem o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej”, lub

2) obniżenie kary pieniężnej za naruszenie zakazu określonego w art. 6 ust. 1 ustawy lub art. 101 TFUE, zwany dalej „wnioskiem o obniżenie kary pieniężnej”.

7. Na żądanie wnioskodawcy Prezes Urzędu potwierdza datę i godzinę złożenia wniosku o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej.

8. Wnioskodawca jest obowiązany współpracować z Prezesem Urzędu z zachowaniem dobrej wiary, w sposób stały, sprawny i w pełnym zakresie od złożenia wniosku o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej do zakończenia postępowania w sprawie, w której został złożony ten wniosek, w szczególności:

1) z własnej inicjatywy i na żądanie Prezesa Urzędu przedstawiać niezwłocznie wszelkie dowody lub informacje dotyczące porozumienia, którymi dysponuje albo którymi może dysponować, mające istotne znaczenie dla sprawy;

2) umożliwiać odebranie przez Prezesa Urzędu wyjaśnień od osób zarządzających wnioskodawcy, pracowników wnioskodawcy oraz osób wykonujących czynności w jego imieniu lub na jego rzecz, na podstawie umowy cywilnoprawnej, a także podejmować należyte środki w celu umożliwienia odebrania przez Prezesa Urzędu wyjaśnień od osób będących w przeszłości osobami zarządzającymi wnioskodawcy oraz byłych pracowników wnioskodawcy lub osób wykonujących w przeszłości czynności, w jego imieniu lub na jego rzecz, na podstawie umowy cywilnoprawnej;

3) pozostawać do dyspozycji Prezesa Urzędu w celu udzielenia wyjaśnień mogących przyczynić się do ustalenia faktów;

4) nie niszczyć, nie fałszować, nie zatajać istotnych dowodów lub informacji związanych ze sprawą;

5) nie ujawniać faktu złożenia wniosku o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej ani jego elementów bez zgody Prezesa Urzędu.

Fakt prawdziwości oświadczenia o konieczności zachowania poufności wynika z art. 70n uokik 1. Oświadczenie w ramach programu łagodzenia kar, oświadczenie w ramach wniosku o odstąpienie od wymierzenia kary lub wniosku o jej obniżenie, propozycję ugodową lub oświadczenie strony, o którym mowa w art. 89a ust. 8, udostępnia się wyłącznie stronie do celów wykonywania przez nią prawa do obrony.

2. Wykorzystanie przez stronę informacji pochodzących z oświadczenia w ramach programu łagodzenia kar, oświadczenia w ramach wniosku o odstąpienie od wymierzenia kary lub wniosku o jej obniżenie, propozycji ugodowej lub oświadczenia strony, o którym mowa w art. 89a ust. 8, jest możliwe jedynie w przypadku, gdy jest to konieczne do celów wykonywania przez nią prawa do obrony w postępowaniu przed sądem:

1) w ramach sądowej kontroli decyzji Prezesa Urzędu wydanej w danej sprawie lub

2) w sprawie dotyczącej rozdzielenia między przedsiębiorców kary nałożonej na nich solidarnie przez Prezesa Urzędu w danej sprawie.

3. Do czasu zakończenia przez Prezesa Urzędu postępowania nie mogą być wykorzystywane przez stronę w postępowaniu przed sądami:

1) informacje przygotowane specjalnie na potrzeby postępowania prowadzonego przez Prezesa Urzędu;

2) informacje wytworzone przez Prezesa Urzędu i przekazane stronom w trakcie prowadzonego postępowania;

3) wycofane propozycje ugodowe.

4. Przekazanie oświadczenia w ramach programu łagodzenia kar i oświadczenia w ramach wniosku o odstąpienie od wymierzenia kary lub wniosku o jej obniżenie organowi ochrony konkurencji innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej na podstawie art. 12 rozporządzenia nr 1/2003/WE jest możliwe:

1) za zgodą wnioskodawcy lub

2) w przypadku gdy wnioskodawca złożył wniosek o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej lub wniosek o jej obniżenie, a także oświadczenie w ramach programu łagodzenia kar w związku z tym samym naruszeniem, o ile w chwili przekazywania tego oświadczenia przez organ wnioskodawca nie ma możliwości wycofania informacji przekazanej krajowemu organowi ochrony konkurencji otrzymującemu to oświadczenie.

5. Oświadczenia i informacje, o których mowa w ust. 1 i 2, nie podlegają udostępnieniu w trybie przepisów ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej.

Tym samym z uważnej lektury informacji podanych przez odwołującego, zamawiający uzyskał informację, że odwołujący złożył do UOKiK wniosek w trybie art. 113a uokik i w związku z tym nie może podać zamawiającemu informacji o treści i propozycjach zawartych w tym wniosku, jak również dowiedział się, że odwołujący wyjaśniał Prezesowi UOKiK okoliczności dotyczące zawartego porozumienia w trybie art. 48 uokik. Co więcej złożone pod Izbą dowody potwierdzają prawdziwość oświadczeń złożonych zamawiającemu.

Z dowodów tych bowiem wynika, że w dniu 25 czerwca 2021 r. zapadł wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie w sprawie sygn. akt XXIII Zs 56/21, w tym samym dniu odwołujący złożył do Prezesa UOKiK wniosek w trybie art. 113 a ustawy, zaś w dniu 22 czerwca 2021 r. Prezes UOKiK wystosował do odwołującego wezwanie w postępowaniu wyjaśniającym (które doręczone zostało odwołującemu w dniu 28 czerwca 2021 r. i na które odpowiedział w dniu 12 lipca 2021 r.). Odwołujący w dniu 5 stycznia 2022 uzyskał informację, że nie wolno mu na potrzeby procedur self-cleaningu ujawniać informacji o fakcie złożenia wniosku o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej lub jej obniżenie. Dopiero w dniu 7 września 2023 r. odwołujący dowiedział się, że ustala przeszkoda z art. 70 uokik co do ujawniania informacji związanych z wnioskiem, bo 3 sierpnia 2022 r. Prezes UOKiK odmówił uwzględnienia wniosku odwołującego w trybie art. 113a uokik. Tym samym potwierdziły się informacje złożone przez odwołującego w wyjaśnieniach. Co więcej ujawniona chronologia czasowa wskazuje, że odwołujący po zapadnięciu wyroku Sądu Okręgowego niezwłocznie bo w tym samym dniu dobrowolnie wystąpił do Prezesa UOKiK w trybie art. 113a nie wiedząc o wszczętym postępowaniu wyjaśniającym. Z przepisów prawa wynikało, że odwołujący miał ograniczoną możliwość przedstawiania informacji w zakresie postępowań przez Prezesem UOKiK, jednak nie zaniedbał wyjaśnienia tej sprawy zamawiającemu i przekazał w ocenie Izby tyle informacji ile było możliwe wedle jego rozeznania w stanie postępowań przed Prezesem UOKiK. Tym samym w ocenie Izby wymóg aktywnej współpracy z odpowiednio właściwymi organami został zamawiającemu wyjaśniony. W okolicznościach sprawy można nawet uznać, że odwołujący starał się uprzedzać działania organu kontrolnego. W ocenie Izby zamawiający wadliwie interpretuje aktywną współpracę wykonawcy, jako konieczność wszczynania postępowań na swoją niekorzyść. Pojęcie aktywnej współpracy jest w tym przypadku zrealizowane przez samodzielne złożenie wniosku w trybie art. 113 a uokik w tym samym dniu, co ogłoszenie orzeczenia Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przechodząc do drugiej okoliczności, na którą wskazywał zamawiający, a której w jego ocenie odwołujący zaniedbał wykazać, czyli zerwania wszelkich powiązań z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy, to również w tym zakresie w ocenie Izby zamawiający nieprawidłowo ocenił wyjaśnienia odwołującego, a w szczególności zamawiający pominął uchwałę Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników odwołującego nr 1 z dnia 22 września 2021 r., z której wynika, że p.P. został odwołany z funkcji Prezesa zarządu, co więcej zamawiający pominął również dowód z umowy sprzedaży części przedsiębiorstwa z dnia 7 lutego 2022 r., mimo, że dowody te załączono do wyjaśnień, a sam odwołujący wyjaśnił, że :

„1) Prezes Zarządu Pan P.D. w pierwszej kolejności został odsunięty od składania wszelkich oświadczeń woli w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, następnie został odwołany z pełnionej funkcji Prezesa Zarządu (w załączeniu uchwała Zarządu z dnia 22 września 2021r). Nadzór nad Działem Zamówień Publicznych został powierzony członkowi zarządu – panu Krzysztofowi Dostychowi. W dniu 07 lutego 2022 r. podpisano notarialnie umowę sprzedaży całości udziałów pana P.D.,

2) W związku z tym, iż spółka Golden Line ma zawarte umowy na dostawy tonerów marki WD (Wirksam Drucken) dla aktualnych kontrahentów, w początkowej fazie zerwania współpracy z firmą MC Supplies M.C., Spółka Golden Line Sp. z o.o. zaprzestała bieżącej sprzedaży na rzecz Pana M.C. produktów firmy Golden Line i Novo; Następnie spółka Golden Line finalizowała transakcję wykupu części firmy MC Supplies M.C.. Tego typu transakcja spowodowała definitywne zerwanie relacji handlowych pomiędzy Golden Line, a MC Supplies M.C.. Dnia 7 lutego 2022 r. zorganizowana część przedsiębiorstwa prowadzonego pod firmą MC Supplies M.C. została sprzedana spółce Golden Line. W chwili obecnej firma Golden Line jest wyłącznym producentem i właścicielem materiałów eksploatacyjnych marki WD Wirksam Drucken.”

Zamawiający nie wskazał, dlaczego te dowody i oświadczenia w jego ocenie nie były wystarczające dla weryfikacji rzetelności wykonawcy. Treść umowy sprzedaży powinien być znać, bo była mu przedstawiona, zatem wiedział, że odwołujący nie musiał już dłużej współpracować z M.C. w zakresie korzystania z elementów i substancji niezbędnych do produkcji materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących sprzedawanych przez Golden Line, bo nabył w tym

zakresie zorganizowaną część przedsiębiorstwa p. C. i przejął jego know-how w tym zakresie jako zabezpieczenie zobowiązań umownych z innymi zamawiającymi na dostawy określonych produktów. Co do informacji o zerwaniu współpracy z Pawłem Dostychem, to informacja ta była łatwo weryfikowana w Krajowym Rejestrze Sądowym, gdzie po uzyskaniu odpisu zupełnego można było w prosty sposób zweryfikować, czy p.P. pełni funkcje zarządcze lub posiada udziały w firmie odwołującego. Należy zauważyć, że odwołujący wskazując w wyjaśnieniach osoby biorące udział w porozumieniu i ich rolę wskazywał wyłącznie na osoby Pawła Dostrycha i M.C.. Co więcej umowę zbycia części przedsiębiorstwa podpisali wszyscy członkowie zarządu odwołującego, mimo że dla skuteczności reprezentacji wystarczająca była reprezentacja dwuosobowa, co też może świadczyć o ostrożnościowym podejściu odwołującego do stosunków p. C..

Na rozprawie odwołujący nie krył faktu, że P.D. i K.D. to bracia, jednak podkreślał, że P.D. został odsunięty od zarządzania firmą i nie ma z nią obecnie żadnych powiązań. Wobec jedynie lakonicznego sformułowania zamawiającego, że odwołujący nie przedstawił dowodów w jaki sposób i na jakich warunkach doszło do zerwania więzi z p. C., to dowody te w ocenie Izby zostały przedstawione tak umowa sprzedaży części przedsiębiorstwa jak i odsunięcie od spółki wspólnika, którego osoba łączyła p. C. ze spółką odwołującego. Trudno zatem ustalić, jakich innych dowodów oczekiwałby zamawiający od odwołującego służących wykazaniu zerwania tej więzi. Odwołujący dodatkowo na rozprawie przedstawił dowód z zaświadczenia bankowego Banku BNP Paribas Bank Polski spółka akcyjna o braku przepływów finansowych pomiędzy nim, a p. C. w roku 2023 i oświadczenie p. C., które wprawdzie jest oświadczeniem niejako we własnej sprawie, jednak nie pozostaje w sprzeczności z pozostałymi dowodami.

Mając to na uwadze Izba nie znalazła odpowiedzi na pytanie, dlaczego zamawiający uznał podjęte przez wykonawcę czynności za niewystarczające do wykazania jego rzetelności, a ta okoliczność przede wszystkim powinna być wykazana przez zamawiającego w uzasadnieniu podstaw wykluczenia wykonawcy, zgodnie z art. 110 ust. 3 zd. 2 ustawy.

Z tego też względu zarzuty główne odwołania należało uwzględnić i nakazać zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty odwołującego.

Zarzut ewentualny naruszenia przez zamawiającego art. 128 ust. 1 i ust. 4 ustawy w zw. z art. 16 ustawy przez zaniechanie podjęcia działań, tj. wezwania do uzupełnienia lub wezwania do wyjaśnienia w sytuacji, gdy Zamawiający powziął wątpliwości dotyczące prawidłowości dokumentów lub oświadczeń złożonych w ramach self-cleaning lub uznał, że są niekompletne

Izba wskazuje, że zarzut ma charakter zarzutu ewentualnego i został jak sam oświadczył w odwołaniu odwołujący sformułowane na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę zarzutów poprzedzających. W konsekwencji, Izba odstąpiła od ich rozpoznawania.

W następnej kolejności stwierdzając, że Izba w pełni podzieliła i uznała za własne stanowisko wyrażone w podobnym stanie faktycznym, zwłaszcza uchwałę SN, jak rozpatrywane w ramach wyroku KIO z 26 lutego 2019 r., sygn. akt: KIO 260/19: "Ze względu na stwierdzenie Odwołującego zarówno w treści odwołania jak i na rozprawie w KIO, iż kolejny zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego jest zarzutem ewentualnym Izba uznając zasadność dopuszczalności takiego formułowania zarzutów odstąpiła od rozpoznawania zarzutu rażąco niskiej ceny oferty (por. Uchwała SN z 18 października 2013 r. (III CZP 58/13, www.sn.pl). Podkreślić należy, że Odwołujący - w związku z nieznajomością wyjaśnień - sformułował ten zarzut jako zarzut ewentualny, na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu dotyczącego zaniechania ujawnienia wyjaśnień, zaznaczając, że nie jest w stanie podjąć szczegółowej polemiki z uwagi na nieznajomość tego dokumentu. Wobec uwzględnienia zarzutu głównego zarzut ewentualny nie podlegał rozpoznaniu. Odnosząc się do tego stanowiska, podkreślenia wymaga kwestia, że to od decyzji Odwołującego zależy, jakie zarzuty podnosi w odwołaniu i w jaki sposób je formułuje. W ocenie Izby żaden przepis ustawy Pzp nie stoi na przeszkodzie temu, aby w odwołaniu podnieść zarzuty główny oraz - na wypadek jego nieuwzględnienia - zarzut ewentualny. Co więcej, w przypadku nieujawnienia przez zamawiającego określonego dokumentu konkurenta (w rozpoznawanej sprawie - wyjaśnień dotyczących ceny), sformułowanie zarzutu zaniechania jego ujawnienia oraz zarzutu ewentualnego dotyczącego skutków ewentualnej wadliwości takiego dokumentu (tj. zaniechania odrzucenia oferty czy wykluczenia wykonawcy z postępowania), jest działaniem racjonalnym i uzasadnionym. Trudno bowiem wykazać na zasadność stawiania zarzutu sformułowanego tylko na bazie domysłów i wątpliwości co do wielkości zaoferowanej ceny. Jednocześnie podniesienie takiego zarzutu bez wskazania na jego ewentualny charakter zobowiązywałoby Izbę do jego rozpatrzenia, co z kolei narażałoby Odwołującego na odrzucenie ewentualnego kolejnego odwołania wniesionego po zapoznaniu się z wyjaśnieniami, z uwagi na powagę rzeczy osądzonej. W takich sytuacjach za właściwą decyzję wykonawcy należy uznać zaskarżenie w pierwszej kolejności zaniechania ujawnienia wyjaśnień kalkulacji ceny oferty Przystępującego, a następnie po zapoznaniu się z ich treścią podjęcie decyzji w przedmiocie ewentualnego wniesienia odwołania wobec zaniechania odrzucenia oferty z rażąco niską ceną."

Wprawdzie orzeczenie przywołanie powyżej odnosi się do zarzutu przedwczesnego i formułowanego w zakresie oceny wyjaśnień ceny rażąco niskiej, to jednak jest adekwatne do stanu faktycznego tej sprawy, w której odwołujący wprost domagał się rozpoznania zarzutu ewentualnego jedynie w przypadku, gdyby Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia któregoś z zarzutów głównych prowadzącego do przywrócenia oferty odwołującego do postępowania. Tym samym odwołujący domagał się badania czynności zaniechań zamawiającego podjętych w odniesieniu do oferty odwołującego w szerszym zakresie niż wynika to z zarzutów głównych, ale tylko, o ile Izba swoim rozstrzygnięciem o zarzutach głównych nie zaspokoi jego interesu polegającego na przywróceniu jego oferty do postępowania. Z uwagi na fakt, że Izba podzieliła w tym zakresie zasadność zarzutów głównych odwołania, których skutkiem jest nakazanie unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazanie unieważnienia odrzucenia oferty odwołującego, to tym samym interes odwołującego zgodnie z jego własnym stanowiskiem został zaspokojony i zarzut ewentualny należy ocenić tak jakby nie został podniesiony, gdyż jego podniesienie wiązało się z warunkiem, że żaden z zarzutów głównych się nie potwierdzi. Skoro warunek wskazany przez odwołującego uprawniający Izbę do rozpoznania zarzutów ewentualnych się nie ziścił, to zarzut należało uznać za niepodniesiony.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 7 ust. 1 zd. 1 cyt. rozporządzenia obciążając zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrot kosztów uiszczanego wpisu i poniesionych wydatków pełnomocnika na podstawie złożonej faktury z ograniczeniem do kwoty maksymalnej dopuszczanej przez rozporządzenie.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....