

WYROK

z dnia 27 marca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska
Protokolant: Barbara Bettman
Renata Tubisz

Członkowie: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 22 marca 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 marca 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Firm: GEOMAR S.A. - Lider Konsorcjum z siedzibą w Szczecinie oraz M.O.S.S. Computer Grafik Systeme GmbH z siedzibą w Taufkirchen w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Główny Urząd Geodezji i Kartografii z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Firm: GEOMAR S.A. - Lider Konsorcjum z siedzibą w Szczecinie oraz M.O.S.S. Computer Grafik Systeme GmbH z siedzibą w Taufkirchen i

2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Firm: GEOMAR S.A. - Lider Konsorcjum z siedzibą w Szczecinie oraz M.O.S.S. Computer Grafik Systeme GmbH z siedzibą w Taufkirchen tytułem wpisu od odwołania;

2.2. Zasadza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Firm: GEOMAR S.A. - Lider Konsorcjum z siedzibą w Szczecinie oraz M.O.S.S. Computer Grafik Systeme GmbH z siedzibą w Taufkirchen na rzecz zamawiającego Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii z siedzibą

w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 2018) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

Sygn. akt KIO 444/18

Uzasadnienie

Zamawiający - Główny Urząd Geodezji i Kartografii z siedzibą w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Budowa modeli 3D budynków”. nr referencyjny: BO-ZP.2610.28.2017.Gl., część 5. Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 3 października 2017 r. za numerem 2017/S 189-387162. Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem były dostawy, była wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 2018 zwanej dalej „ustawą pzp”).

W dniu 8 marca 2018 r. odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Firm: GEOMAR S.A. - Lider Konsorcjum z siedzibą w Szczecinie oraz M.O.S.S. Computer Grafik Systeme GmbH z siedzibą w Taufkirchen - dalej Odwołujący.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego podjętych w postępowaniu w zakresie oceny ofert.

Zaskarżanym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie:

1) art. 24 ust. 8 i 9 ustawy pzp w związku z art. 24 ust. 5 pkt 2, 4 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy pzp, poprzez zaniechanie przeprowadzenia procedury tzw. samooczyszczenia na zasadach określonych w ustawie pzp, względnie przeprowadzenia tej procedury w sposób niezgodny z zasadami określonymi w ustawie pzp, w szczególności opierając się na badaniu przesłanek wykluczenia, a nie podjętych przez wykonawcę środków w celu wykazania jego rzetelności, w szczególności zaś podjęcia konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy,

2) art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy pzp, poprzez błędne uznanie, że Odwołujący, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów, podczas gdy nie zaszły wskazane w przepisie

okoliczności, w szczególności zaś Odwołujący nie wprowadził Zamawiającego w błąd w powyższym zakresie,

3) art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy pzp, poprzez błędne uznanie, że Odwołujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, podczas, gdy nie zaszły wskazane w przepisie okoliczności, w szczególności zaś Odwołujący nie wprowadził Zamawiającego w błąd,

4) art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp przez uznanie, że zachodzą przesłanki do unieważnienia Postępowania, podczas, gdy oferta Odwołującego winna być uznana za najkorzystniejszą w Postępowaniu i mieszczącą się w budżecie przewidzianym przez Zamawiającego dla Postępowania w części 5.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania w części 5,

2) unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w Postępowaniu w części 5 oraz uznania jego oferty za odrzuconą,

3) dalszego prowadzenia badania ofert w części 5 Postępowania, w tym ponownego przeprowadzenia procedury samooczyszczenia, o której mowa w art. 24 ust. 8 i 9 ustawy pzp i uwzględnienia przedstawionych dowodów mających wykazać, że podjęte przez Odwołującego środki w celu wykazania jego rzetelności, w szczególności zaś podjęte konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe wykazane przez Odwołującego w piśmie oraz załączonych do niego dowodach złożonych wraz z ofertą, są odpowiednie dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu Odwołującego,

4) wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu w części 5 Postępowania.

Jednocześnie Odwołujący wskazał, że część odwołania zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa — Załącznik nr 1 do odwołania — i wniósł o jego nieudostępnianie ewentualnym przystępującym oraz innym podmiotom ubiegającym się o dostęp do dokumentacji Postępowania.

Odwołujący podkreślił, że odwołanie zostało złożone w terminie, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp, ponieważ informacja o czynności stanowiącej podstawę wniesienia odwołania tj. zawiadomienie o wykluczeniu Wykonawcy i unieważnieniu postępowania została

4

mu przekazana w dniu 26 lutego 2018 r.

Odwołujący wskazał, że posiada interes do wniesienia odwołania oraz może ponieść szkodę na skutek zarzucanych działań i zaniechań Zamawiającego. Mianowicie, gdyby Zamawiający nie wykluczył Odwołującego z Postępowania to Oferta Odwołującego byłaby najkorzystniejsza w Postępowaniu. Niezgodne z przepisami ustawy czynności Zamawiającego pozbawiają go zatem możliwości uzyskania zamówienia.

Odwołujący przedstawił stan faktyczny wskazując, że w prowadzonym przez Zamawiającego Postępowaniu, Odwołujący złożył ofertę w części 5. Łącznie w tej części zostały złożone 2 oferty. Postępowanie prowadzone jest z uwzględnieniem procedury określonej w art. 24aa ust. 1 ustawy pzp, tzw. procedury odwróconej. Z zestawienia ofert wynikało, że przy uwzględnieniu ustalonych dla Postępowania kryteriów oceny ofert (cena i okres rękojmi) oferta Odwołującego, jest ofertą najkorzystniejszą. Druga złożona w Postępowaniu oferta natomiast, o wartości niemal dwukrotnej wartości podanej przez Zamawiającego podczas otwarcia ofert, przekracza możliwości finansowe Zamawiającego i mimo prób pozyskania odpowiednich środków finansowych, Zamawiający nie był w stanie takiej kwoty pozyskać. W dniu 26 lutego 2018 Odwołujący otrzymał mailem od Zamawiającego informację o wykluczeniu go z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2, 4 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy pzp, oraz unieważnieniu Postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp.

Odwołujący wskazał, że nie zgadza się z przedstawionymi przez Zamawiającego podstawami wykluczenia go z Postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą. W konsekwencji również uważa, że nie zachodzą przesłanki do unieważnienia Postępowania w części 5 z uwagi na fakt, iż wartość najkorzystniejszej oferty przewyższa wartość, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Złożona przez Odwołującego oferta jest bowiem ofertą najkorzystniejszą w Postępowaniu, a jej cena mieści się w budżecie Zamawiającego. Gdyby zatem Zamawiający należycie zbadał okoliczności i dowody przedstawione przez Odwołującego w ramach procedury „samooczyszczenia”, to powinien uznać, że oferta ta nie podlega wykluczeniu i w dalszej kolejności powinien udzielić Odwołującemu zamówienia.

Odwołujący podkreślił na wstępie, że złożył w JEDZ oświadczenie o podleganiu wykluczeniu z udziału w Postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy pzp. Po nowelizacji PZP z lipca 2016 roku w takiej sytuacji wykonawca może brać udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, składać wniosek o dopuszczenie czy ofertę, o ile przedstawi dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności - w zależności oczywiście od zaistniałych podstaw wykluczenia - udowodni naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania

oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające przedstawione w taki sposób dowody. Tymczasem Zamawiający wykluczył Odwołującego z udziału w Postępowaniu, mimo iż ten przedstawił nie tylko obszernie wyjaśnienie, ale również dowody potwierdzające podjęcie realnych działań zmierzających do zapobieżenia nieprawidłowej realizacji zamówień w przyszłości. Z uwagi na fakt zastrzeżenia dokumentu „samooczyszczenia” oraz załączonych do niego dowodów jako tajemnica przedsiębiorstwa, Odwołujący dokonał opisu przedstawionych dowodów w części niejawniej będącej załącznikiem do odwołania. W tym miejscu wskazać jednak należy, że Odwołujący zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 8 ustawy pzp przedłożył jednocześnie z JEDZ odpowiednie wyjaśnienia i dowody, które zapewniają uniknięcie zdarzeń skutkujących nienależytym wykonaniem zamówienia przez Odwołującego w przyszłości, o ile podstawą takich sytuacji nie jest działanie siły wyższej lub przyczyn które pozostają poza wpływem Odwołującego, a Zamawiający miał możliwość dokonania ich oceny i potwierdzenia realności podjętych działań. W takiej sytuacji, obowiązkiem Zamawiającego było dokonanie oceny przedstawionych dowodów, a w przypadku uznania, że nie zapewniają one rzetelnej realizacji zamówienia, powinien on szczegółowo takie stanowisko uzasadnić. Zamawiający natomiast, jak wynika z Informacji o unieważnieniu Postępowania w części 5 nie zbadał dokumentów i dowodów przedstawionych przez Odwołującego w sposób należyty i obiektywny, skupiając się na ocenie przedstawionego przez Odwołującego stanu faktycznego będącego podstawą wykluczenia wykonawcy z Postępowania. Również w tym zakresie wnioski wyciągnięte przez Zamawiającego nie znajdują odzwierciedlenia w oświadczeniach Odwołującego zawartych w dokumencie „samooczyszczenia”. Odwołujący powołał się na orzeczenie Izby z dnia 19 maja 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 859/17, KIO 867/17 oraz z dnia 21 czerwca 2017 r. w sprawie o sygn. akt 1087/17, a także na komentarze w publikacji PARP z 2016 r.

W dalszej kolejności wskazał, że procedurę „samooczyszczenia” przeprowadza się względem wykonawcy, który bezwzględnie podlegałby wykluczeniu z udziału w postępowaniu, jednak istnieją okoliczności mające uzasadnienie w przedstawionych przez wykonawcę dowodach, że mimo istnienia przesłanek wykluczenia, stwierdzić można, z uwagi na szczególną postawę, że wykonawca ten powinien być dopuszczony do udziału w postępowaniu tak jak inni niepodlegający wykluczeniu wykonawcy. Przeprowadzenie tej procedury kończy zatem etap badania, czy wykonawca może brać udział w postępowaniu. Nie jest to natomiast badanie czy wykonawca spełnia warunki udziału określone przez zamawiającego w SIWZ, co powinno być przez zamawiającego stwierdzone przed wszczęciem procedury selfcleaning. Jak stwierdza bowiem ustawodawca w art. 24 ust. 8 ustawy pzp dotyczy ono badania wykonawcy, który podlega wykluczeniu, nie ma zatem na celu ustalenia, że dane zdarzenie będące prawną podstawą wykluczenia nie zaistniało, ale ma na celu stwierdzenie że mimo, iż zdarzenie zaistniało wykonawca może odzyskać uprawnienie do uczestnictwa w przetargu, dowodząc zamawiającemu, że podjął odpowiednie starania w celu skutecznego wyeliminowania na przyszłość działań będących podstawą wykluczenia.

Odwołujący przywołał następnie przepisy Parlamentu Europejskiego i Rady, tj. dyrektywy 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE tzw. dyrektywy klasycznej, transponowanej do prawa polskiego. Zgodnie z art. 57 ust. 1 dyrektywy klasycznej instytucje zamawiające wykluczają danego wykonawcę z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, gdy stwierdzą — po weryfikacji przeprowadzonej zgodnie z art. 59, 60 oraz 61 — że zachodzą przesłanki wykluczenia. Jednoznacznie zatem, przed stwierdzeniem podstaw do wykluczenia przeprowadzana być musi przez zamawiającego procedura badania JEDZ oraz dowodów na brak podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków kwalifikacji. Dopiero w przypadku stwierdzenia bezspornego zaistnienia przesłanek do wykluczenia wykonawcy zamawiający stosuje procedurę selfcleaningu opisaną w art. 57 ust. 6 dyrektywy klasycznej, zgodnie z którą każdy wykonawca znajdujący się w jednej z sytuacji, o których mowa w art. 57 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 zrekomensował 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.

Odwołujący w JEDZ złożył stosowne oświadczenie w tym zakresie i korzystając z procedury z art. 24 ust. 8 ustawy pzp złożył również odpowiednie wyjaśnienia i dowody wskazujące, że podjął działania odpowiednie dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy na przyszłość. Podjęte działania wykazane przez Odwołującego nie są pozorne, zostały poparte dowodami. Jednocześnie są działaniami dotyczącymi sfery

organizacyjnej w zakresie podejmowania relacji biznesowych przez Odwołującego w związku z ubieganiem się o udzielenie zamówienia publicznego sfery kadrowej oraz realizacyjnej.

Szczegółowe odniesienie się do uzasadnienia wykluczenia Odwołującego, z uwagi na fakt, iż dotyczą one części oferty zastrzeżonej przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa znalazły się w załączniku do odwołania i zostaną przywołane w niniejszym uzasadnieniu w dużym stopniu ogólności w sposób nienaruszający tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący przedstawił, że między Stronami bezsporna jest okoliczność odstąpienia Zamawiającego od dwóch umów zawartych z Odwołującym. Odstąpienie to, zgodnie z treścią oświadczenia woli Zamawiającego w tym zakresie, nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Odwołującego. Zamawiający w związku z odstąpieniem od umów naliczył również kary umowne, które w części zostały pokryte w związku z dokonaniem przez Zamawiającego potrąceniem z innych wynagrodzeń Odwołującego z innych umów. Bezsporne jest również to, że Odwołujący kwestionuje wysokość naliczonych kar jak i ich zasadność. Odwołujący tuż po rozwiązaniu umów przedstawił Zamawiającemu swoje stanowisko w tym zakresie wskazując, że główne powody braku realizacji umów nie leżały po stronie Odwołującego i nie były spowodowane brakiem wymaganego potencjału ale nastąpiły z przyczyn od niego niezależnych. Odwołujący podniósł, że Zamawiający cytując w uzasadnieniu wykluczenia fragment notatki ze spotkania, które odbyło się w dniu 27 kwietnia 2017 r nie podaje w całości stanowiska Odwołującego (wtedy Wykonawcy). Podkreślił, że dyskusja nie dotyczyła braku dysponowania potencjałem czego, Zamawiający wymagał podczas realizacji umowy, a brakiem jego wykorzystania, co było i nie zasadne i niemożliwe z uwagi na brak warunków do prawidłowej realizacji umowy, natomiast odpowiednia ilość potencjału była w dyspozycji Odwołującego, co wielokrotnie potwierdzał składając stosowne raporty czy wnioski związane z realizacją umów. Odwołujący wskazał, że Strony podjęły również próbę polubownego zakończenia sporu, która jest w toku. Zaznaczył również, że odmienna ocena stanu faktycznego przez strony nie prowadzi do uznania, że odstąpienie przez Zamawiającego od umów było bezskuteczne, ale w kierunku zmniejszenia odpowiedzialności Odwołującego. Stan faktyczny w zakresie ustalenia przyczyn braku realizacji umów tym samym nie został potwierdzony w sposób obiektywny chociażby przez sąd. Odwołujący w JEDZ złożył stosowne oświadczenie w tym zakresie i korzystając z procedury z art. 24 ust. 8 ustawy pzp złożył również odpowiednie wyjaśnienia i dowody wskazujące, że podjął działania odpowiednie dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy na przyszłość. Podjęte działania wykazane przez Odwołującego nie są pozorne, zostały poparte dowodami. Jednocześnie są działaniami dotyczącymi sfery organizacyjnej w zakresie podejmowania relacji biznesowych przez Odwołującego w związku z ubieganiem się o udzielenie zamówienia publicznego, sfery kadrowej oraz realizacyjnej. Odwołujący wymienił następnie w uzasadnieniu odwołania poszczególne podjęte działania i wskazał, że przedstawił odpowiednie dowody potwierdzające dokonanie zmian, przy czym dowody te potwierdzają również, że wszystkie działania podjęte zostały bezpośrednio po odstąpieniu przez Zamawiającego od umowy z Odwołującym i w jego konsekwencji. Zamawiający wykluczając Odwołującego uznał, iż zachodzą względem Odwołującego przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 2 i pkt 4 ustawy pzp. Samo istnienie tych przesłanek nie jest podstawą badania przez Zamawiającego o ile wykonawca sam wskazuje na ich istnienie składając oświadczenie w JEDZ. Działaniem Zamawiającego w takim przypadku jest badanie dokumentów i dowodów na to, że podjęte przez wykonawcę środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności i pozwolą uniknąć nienależytemu wykonywaniu przez tego wykonawcę zamówień w przyszłości. Niemniej jednak Zamawiający dokonując wykluczenia Odwołującego w uzasadnieniu prawnym bardziej skupił się na wykazaniu, że ocena stanu faktycznego odstąpienia przez niego od umowy z Odwołującym jest inna niż przedstawiona przez Odwołującego, niż na wykazaniu dlaczego w jego ocenie działania podjęte przez Odwołującego w jego ocenie nie zasługują na uznanie, że są wystarczające dla uniknięcia nienależytej realizacji zamówienia w przyszłości. Odnosząc się do poszczególnych zastosowanych podstaw wykluczenia Odwołującego stwierdził że Zamawiający uznał, iż Odwołujący podlega wykluczeniu z udziału w Postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy pzp. Odwołujący, chociaż inaczej ocenia zaistniały stan faktyczny i wyciąga inne wnioski niż Zamawiający ze złożonych oświadczeń, również podczas podjęcia próby ugodowego zakończenia sporu, nigdy nie przeczył ani nie potwierdzał, że zdarzenie, którego konsekwencją jest odstąpienie przez Zamawiającego od umów, jest naruszenie przez Odwołującego obowiązków zawodowych, a niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia mogło nastąpić w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa Odwołującego. Okoliczność ta, wobec sporu pomiędzy stronami w przyszłości zostanie jednoznacznie określona przez sąd. Na dzień składania oferty w Postępowaniu natomiast Odwołujący, bazując na tym, że sporna ocena sytuacji pomiędzy nim a Zamawiającym doprowadziła do złożenia przez Zamawiającego oświadczenia o odstąpieniu od umów, przyjmuje dla potrzeb udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, że zdarzenie to może być kwalifikowane na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy pzp jako podstawa do wykluczenia i złożył stosowne oświadczenie w tym zakresie, co jest bezsporne.

Nawet jeżeli Zamawiający jest w stanie, zgodnie z treścią tego przepisu, wykazać naruszenie obowiązków zawodowych przez Wykonawcę, to w świetle art. 24 ust. 8 i 9 ustawy pzp również powinien wziąć pod uwagę okoliczności, które nastąpiły w organizacji Odwołującego po rozwiązaniu umów, i które mają realny wpływ na zabezpieczenie realizacji aktualnych postępowań. Tymczasem, jak wynika z treści Informacji o unieważnieniu Postępowania, Zamawiający dokonał obszernej analizy stanu faktycznego będącego podstawą odstąpienia przez niego od umowy, co dla niniejszego Postępowania pozostaje bez znaczenia wobec tego, iż Odwołujący wskazał, że podlega wykluczeniu z art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy pzp i nie kwestionował takiej możliwości oceny stanu faktycznego przez Zamawiającego. Nie jest prawdą, że Odwołujący przedstawił nieprawdziwy stan faktyczny w dokumencie „samooczyszczenia”: Odwołujący wskazał bowiem, że składając odstąpienie Zamawiający wskazał na przyczyny leżące po stronie Wykonawcy, jednak zaznaczył również, że z taką oceną sytuacji się nie zgadzał. Jednakże celem zastosowania procedury „selfcleaningu” nie jest prowadzenie pomiędzy stronami sporu co do okoliczności rozwiązania umów, ale ustalenie, czy Odwołujący po takim doświadczeniu podjął działania zmierzające do zapewnienia należytej realizacji zamówień publicznych w przyszłości, oraz czy przedstawione przez niego dowody są wystarczające dla takiego zapewnienia. W tym zakresie stanowisko Zamawiającego natomiast jest bardzo lakoniczne i nieuzasadnione. Odwołujący zaznaczył, że analizując treść art. 24 ust. 8 ustawy pzp wskazać należy, że Zamawiający powinien oczekiwać dowodów na to, że podjęte przez wykonawcę środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Odwołujący poniósł, że mimo rozbieżnej oceny stanu faktycznego, szkoda jaką poniósł Zamawiający została częściowo pokryta poprzez potrącenie z należnego wynagrodzenia. Ponieważ wynagrodzenie to było należne na podstawie innych umów realizowanych przez Odwołującego, których to realizacja nie była nigdy w żaden sposób przez Zamawiającego kwestionowana, uznać zdaniem Odwołującego można, że dotychczasowa współpraca stron, nie ograniczająca się do dwóch tylko umów, przebiegała poprawnie, a Odwołujący realizował umowy w sposób należyty. Z uwagi na prowadzone postępowanie ugodowe, którego celem jest między innymi zmniejszenie wartości naliczonych kar Odwołujący nie dokonał zapłaty pozostałej ich części, co wydaje się naturalne w związku z rozbieżnym stanowiskiem stron i prowadzonymi ustaleniami co do wysokości. Ustawodawca, jak wynika literalnie z treści przepisu art. 24 ust. 8 ustawy pzp dopuszcza, by środkiem wystarczającym do wykazania rzetelności wykonawcy podlegającego wykluczeniu było również podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Nie ma zatem podstaw, by uznać, że dokonane zmiany w obszarze kadrowo — organizacyjnym nie wpływają realnie na wyeliminowanie przyczyn, z których nastąpiło odstąpienie od wcześniejszych umów, tym bardziej, że określenie tych przyczyn jest między stronami na ten moment sporne. Odwołujący podkreślił, że przedmiot Postępowania odbiega od przedmiotu umów, od których odstąpił Zamawiający, wobec czego oczekiwanie konkretnych działań mitygujących ryzyka takie jak były związane z ich realizacją w obecnie prowadzonym Postępowaniu jest nieuzasadnione. Odwołujący powołał się na orzeczenie Izby wydane w sprawie o sygnaturze KIO 163/17 z dnia 9 lutego 2017 r. oraz wyrok Izby z dnia 13 grudnia 2017 roku o sygnaturze KIO 2508/17. Zamawiający uznał, iż Odwołujący podlega wykluczeniu z udziału w Postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy pzp. Odwołujący podtrzymał wcześniejsze wywody dotyczące zarówno niekwestionowania przez Odwołującego zaistnienia zdarzenia, które może być kwalifikowane jako rozwiązanie umowy z Zamawiającym z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Jednocześnie podkreślił, że złożone przez niego oświadczenie zarówno w JEDZ jak i dokumencie „samooczyszczenia” złożonym łącznie z ofertą nie kwestionuje możliwości dokonania takiej kwalifikacji zaistniałego stanu faktycznego, a jedynie przedstawia prezentowane do tej pory przez Odwołującego stanowisko w tej sprawie, wskazując, że ocena całości stanu faktycznego może spowodować nie tyle zwolnienie Odwołującego od odpowiedzialności, ile tą odpowiedzialność ograniczyć. Jednocześnie Odwołujący wskazał, że zmiany wdrożone w jego organizacji bezpośrednio po rozwiązaniu umów przez Zamawiającego w sposób realny i wystarczający zapewniają wyeliminowanie ponownego zaistnienia okoliczności skutkujących rozwiązaniem umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Odwołujący jednocześnie zakwestionował powoływanie się Zamawiającego na orzeczenie Izby w sprawie KIO 139/17. Zamawiający uznał, iż Odwołujący podlega wykluczeniu z udziału w Postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy pzp i jednocześnie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp. W szczególności Zamawiający wskazał, że sposób sporządzenia przez Odwołującego oferty mógłby wprowadzić Zamawiającego w błąd i mógłby mieć istotny wpływ na wynik Postępowania, gdyby Zamawiający nie znał okoliczności, które doprowadziły do odstąpienia od umów z Odwołującym. Zamawiający stwierdził także, że rzekome pomijanie przez Odwołującego przyczyn, z tytułu których nastąpiło odstąpienie od umów kwalifikować należy co najmniej jako lekkomyślność lub niedbalstwo przy sporządzaniu oferty. Odwołujący nie zgodził się z taką oceną i stwierdził, że nie zachodzą przesłanki wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy pzp. Przede wszystkim analizując treść przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy pzp wskazał, że Zamawiający może skorzystać z tej podstawy wykluczenia wykonawcy wyłącznie, gdy wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd. Jak twierdzi sam Zamawiający, nie został on wprowadzony przez Odwołującego w błąd i wskazuje jedynie na hipotetyczną sytuację wprowadzenia w błąd,

gdyby nie znał on stanu faktycznego związanego z odstąpieniem od umów. Taka okoliczność natomiast nie może być w świetle prawa uznana za okoliczność będącą podstawą do wykluczenia. Powołał się na orzeczenie Izby o sygn. KIO 2007/17 i 2014/17 z dnia 2 listopada 2017 r., o sygnaturze 1721/17 z dnia 4 września 2017 r. oraz z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie KIO 1124/17. Odwołujący wskazał, że brak jest możliwości prawnej zakwalifikowania w tym konkretnym stanie faktycznym jego działania jako wprowadzenia Zamawiającego w błąd, niezależnie podkreślił, że dokonując wyjaśnień w ramach dokumentu „selfcleaningu” Odwołujący nie zawarł żadnych informacji, które mogłyby wprowadzać Zamawiającego lub kogokolwiek w błąd, a jedynie prezentując podstawę odstąpienia od umów wskazaną przez Zamawiającego i jej ocenę przez Odwołującego, do czego jako podmiot prowadzący działalność gospodarczą ma prawo. Nikt bowiem nie może oczekiwać od wykonawcy w ocenie Odwołującego, w zamówieniach publicznych, że bezkrytycznie będzie on przyjmował wszelkie decyzje Zamawiających odnoszące się do sfery prawnej i finansowej tego wykonawcy. Odstąpienie od umów w takim przypadku nadal może podlegać kontroli sądowej co do zasadności jego dokonania, ale również może być kwestionowane przez wykonawcę w ramach prowadzonego procesu czy działań polubownych w zakresie konsekwencji finansowych i ewentualnego miarkowania odszkodowania lub kar. Odwołujący podniósł również, że w Postępowaniu z tych samych co wyżej wskazane przyczyn nie zaszyły okoliczności uprawniające Zamawiającego do zastosowania względem Odwołującego sankcji wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp. Zamawiający nie został wprowadzony przez Odwołującego w błąd, co przyznał sam Zamawiający w informacji o wykluczeniu Odwołującego, wskazując jedynie na potencjalną możliwość wprowadzenia w błąd. Podstawą zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp bowiem także jest wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Powołał się na orzeczenie Izby KIO 2292/17 z dnia 14 listopada 2017 roku, z dnia 19 października 2017 roku w sprawie o sygn. KIO 2056/17. Odwołujący zaprzeczył również twierdzeniu Zamawiającego, że przedstawił on w dokumencie „samooczyszczenia” fałszywy lub niepełny stan faktyczny. Zgodnie z prawdą i nie kwestionując tego faktu, Odwołujący wskazał że umowy łączące go z Zamawiającym zostały przez Zamawiającego rozwiązane z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Również zgodnie z prawdą wskazał on, że nie podzielił w tym zakresie stanowiska Zamawiającego i deklarował dalszą realizację prac. Obiektywnie zatem Odwołujący przedstawił stan faktyczny zgodnie z prawdą co do przyczyn rozwiązania umów przez Zamawiającego, przedstawiając jednocześnie swój punkt widzenia zawierający pewne informacje ekskulpujące odpowiedzialność.

W świetle stanowiska Odwołującego odnoszącego się do braku podstaw do wykluczenia go z udziału w Postępowaniu, Odwołujący podniósł, że nie zachodzi również w konsekwencji okoliczność unieważnienia Postępowania, gdyż oferta Odwołującego, złożona przez wykonawcę, który nie powinien zostać wykluczony z Postępowania po rzetelnym przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w art. 24 ust. 8 i 9 ustawy pzp jest ofertą ważną i najkorzystniejszą w Postępowaniu. Cena oferty nie przekracza wartości podanej przez Zamawiającego przy otwarciu ofert.

Dnia 22 marca 2018 r. na posiedzeniu z udziałem Stron Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Odwołującego w tym zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Zamawiający wskazał, że w pisemnym uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z postępowania szeroko opisał motywy swojej decyzji, w tym brak podstaw do uwzględnienia wyjaśnień Wykonawcy w ramach tzw. „samooczyszczenia” (art. 24 ust. 8 ustawy pzp). W ocenie Zamawiającego, podniesione przez Wykonawcę zarzuty odwołania są bezzasadne i nie mogą skutkować uwzględnieniem odwołania. Zwłaszcza pierwszy z wywiedzionych przez Odwołującego wobec zaskarżonej czynności Zamawiającego zarzutów, dotyczący zaniechania przeprowadzenia procedury tzw. „samooczyszczenia” na zasadach określonych w ustawie pzp, względnie przeprowadzenie tej procedury w sposób niezgodny z zasadami określonymi w tej ustawie, jest chybiony. Wbrew bowiem temu co próbuje wykazać Odwołujący, Zamawiający zbadał zadeklarowane przez Wykonawcę środki, jakie miały zostać przez niego podjęte w celu wykazania rzetelności, lecz w wyniku tego badania stwierdził, że nie są one odpowiednie dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu Wykonawcy. Tym samym, wykluczenie Odwołującego z postępowania na wskazanych w informacji z dnia 26 lutego 2018 r. podstawach (zarówno art. 24 ust. 5 pkt 2 jak i pkt 4 ustawy PZP), a w konsekwencji unieważnienie postępowania, były prawidłowe.

Uzasadniając swoje zarzuty Odwołujący twierdzi, że Zamawiający, w treści informacji o wykluczeniu go z postępowania i unieważnieniu postępowania skupił się bardziej opisie stanu faktycznego sprawy i na zbadaniu podstaw wykluczenia niż na podanych przez niego okolicznościach, jak również dowodach przemawiających za „samooczyszczeniem”. Zamawiający podkreślił, iż badanie spełnienia przesłanek uwzględnienia przez

Zamawiającego skuteczności tzw. „self-cleaningu” nie jest czynnością oderwaną od treści JEDZ, wręcz przeciwnie, Zamawiający dokonując oceny zadeklarowanego postępowania Wykonawcy bazuje właśnie na jego oświadczeniu. W niniejszym stanie faktycznym to co jest kluczowym - Odwołujący de facto kwestionuje swoją odpowiedzialność za niewykonanie i nienależyte wykonanie umów przeinaczając stwierdzony przez Zamawiającego faktyczny. W takiej sytuacji, Zamawiający musiał odnieść się do tak zaprezentowanych okoliczności, by przedstawić rzeczywiste ustalenia faktyczne będące przecież podstawą wykluczenia Wykonawcy, a w konsekwencji unieważnienia postępowania. Przypomniał, że wszystkie środki podjęte przez wykonawcę w toku „self-cleaningu” jakie badane są przez zamawiającego przed wykluczeniem z postępowania nakierowane być muszą na naprawienie błędów, jakie w przekonanym zamawiającego wykonawcę popełnił w przeszłości, a nie błędów jakie wykonawca popełnił w swoim własnym przekonaniu, które to przekonanie (naturalnie często bardzo subiektywne) stoi w sprzeczności chociażby z odpowiednio udowodnioną treścią informacji o wykluczeniu z postępowania (w niniejszej sprawie takim dowodem jest treść notatki z dnia 27 kwietnia 2017 r. na którą powołuje się Zamawiający, a której treść Wykonawca bezpodstawnie neguje). Jeżeli więc nawet wykonawca wykaże, że powziął szereg środków czy to technicznych, organizacyjnych lub kadrowych, które nie eliminują naruszeń stwierdzonych przez zamawiającego na których oparł się wykluczając wykonawcę, nie sposób mówić o skutecznej procedurze „samooczyszczenia”, gdyż są one nieodpowiednie do zapobiegania dalszemu, nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy, jakie stanowi podstawę wykluczenia.

Zamawiający zwrócił uwagę, że wbrew treści informacji o wykluczeniu Wykonawca twierdzi, że niewykonanie przez niego dwóch wcześniejszych umów spowodowane zostało trudnymi warunkami, w których niemożliwe było wykorzystanie pełnego potencjału technicznego, za co nie można przypisać mu odpowiedzialności. Wykonawca pomija jednak fakt, że zgodnie z dokumentami na które powołuje się Zamawiający, wbrew temu co deklarował w postępowaniu o udzielenie zamówienia i co stanowiło warunek udziału w postępowaniu, nie dysponował pełnym potencjałem technicznym na etapie realizacji zamówienia. Właśnie również i z tą okolicznością Zamawiający wiąże podstawę do wykluczenia Wykonawcy z postępowania uznając to za kwalifikowane naruszenie zobowiązania umownego i podstawę do odstąpienia od wspomnianych umów. Zgodnie z dokonanymi ustaleniami fakt zaangażowania niepełnego potencjału technicznego nie jest sporny między Stronami. Wykonawca w świetle tego naruszenia powinien wykazać, że powziął dostateczne kroki by uniknąć w przyszłości podobnej sytuacji, w której pomimo wskazania w treści oferty dysponowania odpowiednim potencjałem sprzętowym nie wykonał tego zobowiązania na etapie realizacji umowy. Pierwszym ku temu krokiem musi być jednak przyznanie przez Wykonawcę, że dokonał takiego naruszenia, w innym wypadku nie sposób bowiem stwierdzić, że Odwołujący mógł podjąć czynności zmierzające do skutecznego wyeliminowania takiego stanu w przyszłości, skoro co do zasady i faktu jego wystąpienie Wykonawca neguje. Innymi słowy, skoro procedura „samooczyszczenia” ma dać przekonanie Zamawiającemu, że wbrew poczynionym w przeszłości uchybieniom przez Wykonawcę, jest on rzetelnym partnerem, potrafiącym „uczyć się na własnych błędach”, to zaprzeczanie przez Odwołującego, że błędy takie (które zgodnie z treścią dokumentacji postępowania obiektywnie miały miejsce) nie wystąpiły, opisanej rękami nie daje i dać nie może.

Z tej właśnie przyczyny, w treści informacji o wykluczeniu Odwołującego i unieważnieniu postępowania, Zamawiający przedstawił dość szeroko stan faktyczny sprawy. Musiał bowiem uzasadnić, że Wykonawca nie podał wystarczających danych uwiarygadniających, że podjął skuteczne kroki do wyeliminowania naruszeń jakie popełnił w przeszłości. Jednym z powodów takiego stanu rzeczy jest właśnie fakt, że Wykonawca odmiennie od Zamawiającego postrzega stan faktyczny sprawy oraz zakres wspomnianych naruszeń, tym samym de facto zaprzeczając prawidłowości czynności Zamawiającego w przedmiocie odstąpienia od umowy w 2017 r.

Wbrew więc temu co twierdzi Odwołujący, Zamawiający oprócz wyjaśnienia stanu faktycznego sprawy, zbadał złożone w toku „selfcleaningu” oświadczenia i dowody, których treść okazała się jednak niewystarczająca do zaniechania wykluczenia wykonawcy. Negując okoliczności sprawy, Wykonawca między innymi nie wykazał podjęcia takich środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które mogłyby zapobiec sytuacji, w której wbrew treści oferty złożonej w toku ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, Odwołujący nie był w stanie skorzystać z zadeklarowanego potencjału technicznego.

Zamawiający podniósł, że chybione są argumenty Wykonawcy jakoby Zamawiający, wykluczając go z postępowania oczekiwał od niego dysponowania potencjałem technicznym wbrew przedmiotowi zamówienia unieważnionego postępowania. Postępowanie Zamawiającego nie sprowadza się bynajmniej do żądania wykazania się przez Wykonawcę w tym postępowaniu sprzętem koniecznym do wykonania zamówień, których podstawą były wcześniejsze umowy, a udowodnienia, że Odwołujący potrafi wyeliminować ryzyko powtórzenia braku możliwości wykonania przyjętego na siebie zobowiązania zgodnego

z treścią oferty, co jest istotą „samooczyszczenia”, mającego dawać gwarancję rzetelności Wykonawcy.

Podsumowując, negowanie przez Wykonawcę w treści JEDZ, że nie dysponował przy realizacji umów zadeklarowanym na etapie składania ofert potencjałem technicznym, skoro zgodnie z informacją o wykluczeniu Odwołującego z postępowania jest to jedna z podstaw do tego wykluczenia (co jest odpowiednio udowodnione), świadczy, że Wykonawca nie podjął właściwych środków zapobiegających dalszemu podobnemu postępowaniu i przesądza o braku podstaw do zaakceptowania przez Zamawiającego „self-cleaningu” w takiej postaci. Tożsame stanowisko prezentuje Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 3 lutego 2017 r. sygn. akt: KIO 139/17.

Zamawiający przeanalizował treść JEDZ pod kątem „samooczyszczenia” Wykonawcy, jednak żaden z podanych środków nie jest wystarczający do wykazania rzetelności Odwołującego, nawet gdyby z ostrożności przyjąć, że zgodnie z jego twierdzeniami, niewykonanie lub nienależyte wykonanie umów nie polegało również na niedysponowaniu potencjałem technicznym wskazanym w ofercie.

W dalszej kolejności Zamawiający odniósł się szczegółowo do poszczególnych fragmentów wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w JEDZ oraz załączonych dowodach (zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa). Zamawiający wskazał, że żaden ze środków wskazanych w JEDZ nie jest odpowiedni do zapobiegnięcia dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu Wykonawcy, podobnemu do wcześniejszych jego naruszeń w stosunku do Zamawiającego jako strony umowy o zamówienie publiczne. Nie daje to Zamawiającemu żadnej rękojmi przyszłej rzetelności Wykonawcy i wobec tego decyzja o wykluczeniu go z postępowania była prawidłowa. Jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza: Wykonawca, który zamierza skorzystać z przepisu art. 24 ust. 8 ustawy pzp musi udowodnić Zamawiającemu (przedstawić dowody), że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Innymi słowy, wykonawca podlegający wykluczeniu na podstawie wskazanych przepisów musi przedstawić dowody na tyle wiarygodne i na tyle wysokiej jakości, że potwierdzą uczciwość i solidność wykonawcy. Dowodami takimi mogą być przykładowo informacje o podjętych działaniach naprawczych, o przeprowadzonych audytach i kontrolach oraz dowody wdrożenia działań naprawczych (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 grudnia 2017 r., sygn. akt: KIO 2508/17). Z powyższego wynika, że o ile środki dowodowe wykazujące rzetelność wykonawcy są właściwie dowolne, tak zdecydowanie dowolnymi nie mogą być okoliczności stwierdzane za pomocą tych środków. Na wykonawcy spoczywa obowiązek szczegółowego i maksymalnie wiarygodnego wykazania, że popełnione przez niego uchybienia się nie powtórzą na skutek podjętych działań. Ryzyko przedłożenia wystarczających i kompletnych dowodów przemawiających za samooczyszczeniem spoczywa w całości na wykonawcy, a zamawiający nie ma prawa i obowiązku ich poszukiwania. Wszelkie 16

niedokładności czy nieścisłości w tym zakresie nie mogą być sanowane przez zamawiającego. Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 września 2017 r., sygn. akt: KIO 1851/17. W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający, oceniając „samooczyszczenie” Wykonawcy musiał bazować na dowodach wskazanych przez niego w treści oferty. Skoro przedstawiony przez Wykonawcę zestaw dowodów i twierdzeń niedostatecznie wykazał rzetelność Odwołującego, Zamawiający nie mógł postąpić inaczej jak tylko wykluczyć Wykonawcę z postępowania.

Uzupełniając Zamawiający zauważył, że również w treści odwołania Wykonawca podniósł argumenty mające w jego przekonaniu przemawiać za skutecznym „samooczyszczeniem”. W ocenie Zamawiającego argumenty te, podobnie jak wskazane treści JEDZ, nie są przekonujące. Odwołujący sygnalizuje tam, że mimo rozbieżnej oceny stanu faktycznego, szkoda jaką poniósł Zamawiający została częściowo pokryta przez potrącenie należności tytułem kar umownych z wynagrodzenia należnego mu od Zamawiającego z innych umów. Takie stwierdzenie w zupełności zaprzecza istocie „samooczyszczenia”, którą jest samodzielne działanie wykonawcy w celu naprawienia szkody kontrahentowi. Nie sposób w ocenie Zamawiającego mówić o jakiegokolwiek czynności powziętej przez Wykonawcę w celu zrekompensowania Zamawiającemu uszczerbku majątkowego, gdy to sam Zamawiający podejmuje środki w celu zaspokojenia swoich roszczeń. Innymi słowy, potrącenie takie nie może zostać uznane za wystarczające do wykazania rzetelności Wykonawcy. Co jeszcze bardziej istotne, argument ten, podniesiony w ramach „self-cleaningu” dopiero w odwołaniu od czynności Zamawiającego uznać też należy za spóźniony, a w konsekwencji taki, który w ogóle nie powinien być brany pod uwagę. Również i pozostałe zarzuty Wykonawcy podniesione w odwołaniu uznać należy za bezzasadne. Deklarowania Zamawiającemu zaistnienia stanu faktycznego niezgodnego z rzeczywistością (mowa o przyczynach i okolicznościach odstąpienia od umów) nie można uznać za nic innego jak tylko za umyślne wprowadzenie go w błąd w zakresie braku podstaw wykluczenia, co mogło mieć również wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w toku postępowania. Przesądza to o bezzasadności zarzutów naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 16 i 17.

Skoro więc zaszły wobec Wykonawcy podstawy do wykluczenia go z postępowania, to zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy pzp, jego ofertę poczytuje się jako odrzuconą. Jedyną pozostałą w postępowaniu oferta blisko dwukrotnie przekraczała zaplanowany przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia budżet i wobec tego, jak również wobec braku możliwości zwiększenia tej kwoty do sumy najkorzystniejszej oferty, zmuszony był on do unieważnienia postępowania na podstawie art. 90 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że w terminie 3 dni od otrzymania kopii odwołania żaden Wykonawca nie zgłosił przystąpienia w trybie art. 185 ust. 2 ustawy pzp do postępowania odwoławczego.

Izba oceniła, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia, jak również możliwość poniesienia szkody, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy. W przypadku uwzględnienia odwołania w całości oferta Odwołującego będzie potencjalnie ofertą najkorzystniejszą. Odwołujący może ponieść szkodę z uwagi na powyższe, przejawiającą się ostatecznie w nieuzyskaniu niniejszego zamówienia.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ wraz z załącznikami, wyjaśnień treści SIWZ i modyfikacji treści SIWZ, informacji z otwarcia ofert, zawiadomienia o wykluczeniu Odwołującego oraz o unieważnieniu Postępowania w części 5, oferty Odwołującego. Ponadto Izba dopuściła dowody złożone na posiedzeniu przez Odwołującego: dwa oświadczenia o odstąpieniu od umów, odpowiedź Wykonawcy na odstąpienie od umowy, notatkę ze spotkania z dnia 27 kwietnia 2017 r., wiadomość mailową z dnia 18.12.2017 r., kierowaną przez Zamawiającego do Wykonawcy, pismo Zamawiającego do Wykonawcy z dnia 16 stycznia 2018 r., pismo z dnia 2 lutego 2018 r. zawierające pisemną propozycję porozumienia kierowaną przez Wykonawcę do Zamawiającego, dwie umowy aktualnie realizowane dla Zamawiającego z dnia 14 września 2017 r., pismo z dnia 31 października 2017 r. oraz z dnia 11 grudnia 2017 r., pismo z dnia 1 czerwca 2017 r., dotyczące wniosku o przedłużenie terminu realizacji, a także Zamawiającego: wyciąg z postępowania prowadzonego przez WIK (Zakład Wodociągów i Kanalizacji) w Szczecinie, wyciągi z ofert Wykonawcy w dwóch postępowaniach, których dotyczy niezrealizowanie umów, dwa pisma z dnia 8 czerwca 2017 r., gdzie Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę terminu dostawy danych oraz dwa pisma z lutego 2017 r., dotyczące wyrażania zgody na zmiany harmonogramu.

Na podstawie tych dokumentów oraz stanowisk stron prezentowanych na rozprawie Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Mianowicie, Izba ustaliła, że w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego otwarcie ofert odbyło się 21 listopada 2017 r., a w postępowaniu w części 5 oferty złożyło dwóch Wykonawców: Konsorcjum Firm: GEOXY sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie - Lider oraz CYIENT Europe Limited z siedzibą w Londynie (cena ofertowa brutto: 10 036 800,00 zł) oraz

18

Odwołujący (cena ofertowa brutto: 4 459 365,00 zł). Okres rękojmi obie Firmy zaproponowały tożsame: 60 miesięcy. Kwota przeznaczona przez Zamawiającego na realizację zamówienia w części 5 wynosiła: 5 330 297,25 zł brutto.

W pkt VI VII SIWZ oraz w pkt III.1.1) Ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający przewidział przesłanki wykluczenia m.in. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 oraz art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy pzp.

Odwołujący złożył w swojej ofercie dokument JEDZ, w którym zaznaczył, że jest winien poważnego wykroczenia zawodowego oraz że znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której zostało nałożone odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową. Opis sytuacji oraz dokumenty „samooczyszczenia” zostały zastrzeżone przez Wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa, dlatego też w niniejszym uzasadnieniu zostaną przedstawione w dużym stopniu ogólności w dalszej części uzasadnienia.

Pismem z dnia 26 lutego 2018 r. Zamawiający wykluczył na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4, art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy pzp Odwołującego z udziału w postępowaniu i ostatecznie

unieważnił postępowanie w części 5, ponieważ cena oferty najkorzystniejszej - drugiego Wykonawcy - przewyższała kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia, a Zamawiający nie mógł zwiększyć tej kwoty do ceny zaoferowanej przez Wykonawcę. W uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu Wykonawcy Zamawiający wskazał m.in. że:

- prowadził dwa postępowania przetargowe w 2015 r. i 2016 r., a w postanowieniach ogłoszeń o zamówieniu oraz w SIWZ dotyczących prowadzonych postępowań, Zamawiający wymagał, aby Wykonawca na etapie realizacji każdego z zamówień dysponował odpowiednim potencjałem technicznym;
- Zamawiający zawarł z GEOMAR S.A. dwie umowy na realizację wyżej wskazanych zamówień;
- w ramach realizacji jednej umowy termin dostarczenia przedmiotu umowy podzielony został na trzy etapy: etap I — 240 dni od dnia zawarcia umowy, tj. do dnia 17 lutego 2017 r., etap II — 420 dni od dnia zawarcia umowy, tj. do dnia 16 sierpnia 2017 r., etap III — 480 dni od dnia zawarcia umowy, tj. do dnia 15 października 2017 r.;
- w ramach realizacji drugiej umowy termin dostarczenia przedmiotu umowy podzielony został na cztery etapy: etap I — do dnia 1 kwietnia 2017 r., etap II — do dnia 1 czerwca 2017 r., etap III — do dnia 1 września 2017 r., etap IV — do dnia 1 lutego 2018 r.;
- Zamawiający w ramach postanowień zawartych umów przedłużył terminy realizacji umów - I etapu do dnia 1 czerwca 2017 r., a mimo powyższych działań ryzyko nieterminowej realizacji prac w ramach poszczególnych etapów nie zostało wyeliminowane, w związku z tym w dniu 27 kwietnia 2017 r. odbyło się spotkanie przedstawicieli Zamawiającego i GEOMAR S.A. Zamawiający zacytował fragment notatki ze spotkania i stwierdził, że z jej treści jednoznacznie wynika, iż GEOMAR S.A. na etapie realizacji umów nie wywiązywał się z obowiązku dysponowania niezbędnymi zasobami technicznymi, które wymagane były na etapie badania ofert pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu i nie daje pewności zapewnienia niezbędnych zasobów technicznych co do dalszej realizacji wskazanych umów. Notatka z przedmiotowego spotkania została przez przedstawicieli GEOMAR S.A. potwierdzona własnoręcznym podpisem;
- GEOMAR S.A. składał kolejne wnioski o zmianę terminu realizacji umów, powołując się na przyczyny od siebie niezależne, jednakże Zamawiający mając na uwadze informacje o wykonywaniu przez Wykonawcę umów niezgodnie ze złożonymi ofertami, powzięte na spotkaniu z dnia 27 kwietnia 2017 r., nie wyraził zgody na kolejną zmianę terminów wykonania przedmiotu umów;
- w dniu 5 lipca 2017 r. Zamawiający odstąpił od obydwu umów, a w uzasadnieniu odstąpienia wskazał, iż nastąpiło ono z winy GEOMAR S.A., ponieważ umowy realizowane były niezgodnie z treścią SIWZ oraz treścią złożonych ofert, co potwierdził sam GEOMAR S.A. na spotkaniu w dniu 27 kwietnia 2017 r., a opóźnienie w realizacji prac w ramach etapu I przekroczyło 30 dni kalendarzowych. Do dnia odstąpienia od umów Zamawiający nie otrzymał również od GEOMAR S.A. informacji, iż ten dysponuje już wymaganym potencjałem technicznym do realizacji każdej z umów;
- od dnia zawarcia jednej z umów, tj. od dnia 22 czerwca 2016 r. do dnia odstąpienia GEOMAR S.A. zdołał zrealizować tylko ok. 6% przedmiotu umowy, natomiast w ramach drugiej umowy od dnia jej zawarcia, tj. od dnia 5 sierpnia 2016 r. do dnia odstąpienia GEOMAR S.A. nie zrealizował w ogóle przedmiotu zamówienia;
- Wykonawca w złożonej ofercie w ramach niniejszego postępowania przetargowego na stronie 13 JEDZ dotyczącego GEOMAR S.A. wskazał, iż jest winien poważnego wykroczenia zawodowego oraz iż znalazł się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową. Jednocześnie Wykonawca załączył do oferty, jako odrębną jej część opatrzoną klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa”, część JEDZ zawierającą wskazanie podstaw, które mogłyby powodować jego wykluczenie z postępowania wraz z opisem zaistniałej sytuacji, korzystając tym samym z przesłanki, o której mowa w art. 24 ust. 8 ustawy pzp;
- z przedstawionego przez Wykonawcę opisu stanu faktycznego przyczyn odstąpienia przez Zamawiającego od ww. umów wynika, że Wykonawca znalazł się w tej sytuacji wyłącznie z przyczyn od siebie niezależnych oraz wskazał szereg podjętych przez siebie czynności kadrowych, organizacyjnych i handlowych, mających przeciwdziałać podobnym sytuacjom w przyszłości. Na marginesie Zamawiający wskazał, iż jeśli w rzeczywistości doszło do zaistnienia niekorzystnej dla Wykonawcy sytuacji z przyczyn od niego niezależnych — to jak przy braku zbudowania własnych zasobów w tym zakresie może skutecznie wyeliminować

w przyszłości analogiczne sytuacje skoro są i tak niezależne od niego. Powyższe nie odzwierciedla rzeczywistego stanu faktycznego sprawy w zakresie odstąpienia przez Zamawiającego od wcześniejszych umów. Przyczyną odstąpienia Zamawiającego od realizowanych wcześniej umów był fakt ich realizacji niezgodnie z treścią SIWZ oraz treścią złożonych ofert (co znajduje potwierdzenie w notatce ze spotkania z dnia 27 kwietnia 2017 r.) tj. przy braku zapewnienia wymaganego potencjału technicznego co z całą pewnością stanowi naruszenie zależne od działań Wykonawcy;

- Zamawiający, na podstawie przepisu art. 24 ust. 9 ustawy pzp, dokonał analizy przedstawionego przez Wykonawcę stanu faktycznego w zakresie przyczyn odstąpienia. Złożone wyjaśnienia odnoszące się do zaistniałej sytuacji oraz dokonane przez Wykonawcę zmiany kadrowe, organizacyjne i handlowe, zdaniem Wykonawcy, stanowią skuteczny sposób na wykazanie rzetelności Wykonawcy oraz gwarantują, że kolejne umowy będą realizowane przy jak najmniejszym ryzyku niepowodzenia. Zdaniem Zamawiającego opisana sytuacja oraz przedstawione dowody w celu wykazania rzetelności Wykonawcy nie są jednak wystarczające i w ocenie Zamawiającego przedstawione przez Wykonawcę czynności, które zostały przez niego podjęte nie dają rękojmi, iż nie powtórzy się sytuacja, która doprowadziła do odstąpienia przez Zamawiającego od wcześniejszych umów zawartych z GEOMAR S.A. Dowody złożone wraz z ofertą w ramach tzw. procedury samooczyszczenia zdaniem Zamawiającego dotyczą zmian głównie w obszarze kadrowo-organizacyjnym i nie wpływają realnie na wyeliminowanie przyczyn, z których nastąpiło odstąpienie od wcześniejszych umów;

- niewykonanie obydwu umów przez GEOMAR S.A. ma charakter istotny nie tylko ze względu na wartość procentową niezrealizowanego zamówienia w stosunku do wartości każdej z umów, ale również ze względu na powtarzające się opóźnienia w ich realizacji będące w głównej mierze wynikiem braku wymaganego potencjału. Wskazane naruszenie warunków realizacji umów jednoznacznie wskazuje na brak rzetelności Wykonawcy. Powyższe potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 lutego 2017 r. o sygn. akt KIO 139/17.

Ponadto wyjaśnienia zawarte przez Wykonawcę w złożonej ofercie nie odzwierciedlają rzeczywistego stanu faktycznego sprawy w zakresie przyczyn odstąpienia od wcześniejszych umów. Wykonawca wskazuje wyraźnie, iż odstąpienie od umów nastąpiło z przyczyn od niego niezależnych, jednakże za pomocą wskazanej wyżej argumentacji Zamawiający dowiódł jednoznacznie, iż stan faktyczny jest odmienny od przedstawionego przez Wykonawcę w treści oferty. Takie działanie Wykonawcy, w którym ten ogólnie kwestionuje, że znalazł się w sytuacji, w której doszło do nieprawidłowej realizacji kontraktów, podważa jego wiarygodność oraz sens podjętych przez niego działań mających na celu zapobieżenie podobnym sytuacjom w przyszłości;

- w związku z odstąpieniem Zamawiającego od obydwu umów, Zamawiający naliczył GEOMAR S.A. kary umowne. Zamawiający dokonał potrącenia naliczonych kar umownych z wynagrodzeń GEOMAR S.A. należnych w ramach innych umów zawartych z Zamawiającym. Kwota potrąconych kar umownych stanowiła ok. 50% łącznej kwoty należnych kar za odstąpienie od umów. Do dnia zawiadomienia o wykluczeniu z postępowania GEOMAR S.A. nie dokonał wpłaty pozostałej kwoty naliczonych kar, kwestionując zarówno ich wysokość jak i ich zasadność;

- w związku z tym Zamawiający wykluczył Wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy pzp;

- w wyniku analizy treści JEDZ dotyczącego GEOMAR S.A. — lidera konsorcjum, Zamawiający w oparciu o poniższy stan faktyczny uznał, iż Wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy pzp;

- Wykonawca w załączonej do oferty, jako odrębna jej część opatrzona klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa”, części JEDZ zawierającego wskazanie podstaw, które mogłyby powodować jego wykluczenie z postępowania oraz opisu stanu faktycznego przyczyn odstąpienia przez Zamawiającego od umów wskazał, że znalazł się w tej sytuacji wyłącznie z przyczyn od siebie niezależnych oraz wskazał szereg podjętych przez siebie czynności kadrowych, organizacyjnych i handlowych, mających przeciwdziałać podobnym sytuacjom w przyszłości. Powyższe nie odzwierciedla rzeczywistego stanu faktycznego sprawy w zakresie odstąpienia przez Zamawiającego od wcześniejszych umów. Przyczyną odstąpienia Zamawiającego od realizowanych wcześniej umów był fakt ich realizacji niezgodnie z treścią SIWZ oraz treścią złożonych ofert (co znajduje potwierdzenie w notatce ze spotkania z dnia 27 kwietnia 2017 r.) tj. przy braku zapewnienia wymaganego potencjału technicznego co z całą pewnością stanowi naruszenie zależne od działań Wykonawcy. Przedstawiony przez Wykonawcę opis stanu faktycznego zaistniałej sytuacji nie zawiera wzmianki na temat głównych przyczyn, które doprowadziły do odstąpienia przez Zamawiającego od umów z GEOMAR S.A.;

- sposób sporządzenia przez Wykonawcę oferty mógłby wprowadzić Zamawiającego w błąd

i mógłby mieć istotny wpływ na wynik przedmiotowego postępowania, ponieważ oferta Wykonawcy została oceniona najwyżej w ramach kryteriów oceny ofert. Sytuacja taka nie miała miejsca tylko dlatego, że Zamawiający znał okoliczności, które doprowadziły do odstąpienia od umów z GEOMAR S.A.;

- pomijanie przez Wykonawcę przyczyn, z tytułu których nastąpiło odstąpienie od umów z winy GEOMAR S.A., Zamawiający ocenił co najmniej jako lekkomyślność lub niedbalstwo przy sporządzaniu oferty. Wykonawca, jako profesjonalista działający na rynku, sporządzając ofertę powinien dochować należytej staranności i ostrożności składając szczegółowe oświadczenia w JEDZ, ponieważ to one stanowią o tym, czy oferta Wykonawcy będzie dalej brana pod uwagę w prowadzonym postępowaniu. Informacje podane przez Wykonawcę powinny być zatem rzetelne i przedstawiać prawdziwy stan faktyczny. W sytuacji, kiedy Wykonawca przedstawił oświadczenie zawierające fałszywy lub niepełny stan faktyczny, Zamawiający nie ma ani prawa ani obowiązku wzywać Wykonawcę do złożenia informacji niewadliwych. Ustawowy tryb uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów określony w art. 26 ust. 3 ustawy pzp stosowany jest tylko wtedy, gdy po stronie Wykonawcy zaistniały uchybienia, których skutkiem jest niemożliwość wykazania na dzień składania ofert, że określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu Wykonawca spełnia;
- przesłanki wykluczenia z postępowania wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy pzp są przesłankami obligatoryjnymi i mają zastosowanie automatyczne w razie spełnienia się którejs z nich co oznacza, że przepisy ustawy pzp nie przewidują możliwości sanowania nieprawdziwej informacji i nie nakładają obowiązku na Zamawiającego do wezwania Wykonawcy do złożenia informacji niewadliwych;
- w związku z powyższym Zamawiający był zobowiązany wykluczyć Wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy pzp;
- zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy pzp, ofertę Wykonawcy wykluczonego z postępowania uznaje się za odrzuconą.

Z dowodów przedstawionych przez Strony wynika:

- Zamawiający odstąpił od dwóch zawartych z Odwołującym umów w dniu 5 lipca 2017 r. z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy - realizacja niezgodna ze złożoną ofertą;
- Strony w dniu 14 września 2017 r. tj. po odstąpieniu Zamawiającego od dwóch wcześniejszych umów, zawarły dwie umowy na „Cyfryzację analogowych zdjęć lotniczych”;
- Z notatki ze spotkania z dnia 27 kwietnia 2017 r. wynika, że Wykonawca nie zapewnił wymaganego potencjału technicznego realizując umowy, od których Zamawiający odstąpił (m.in. pkt 5 notatki);
- W piśmie z dnia 1 czerwca 2017 r. Wykonawca wskazuje na niekorzystne warunki uniemożliwiające realizację umowy niezależne od Wykonawcy i załącza raporty oraz wskazuje na posiadanie potencjału technicznego. Z załączników do pisma wynika, że raporty stanowią opracowanie własne Wykonawcy. Potencjał techniczny wynikający z załączników nazwami nie pokrywa się ze wskazanymi w ofertach na realizację przedmiotowych zamówień (dowód przedstawiony przez Zamawiającego - wyciąg z ofert Wykonawcy w postępowaniach dotyczących zamówień i umów, od których Zamawiający odstąpił);
- Z ogłoszenia o zamówieniu dla ZWiK ze Szczecina z dnia 16 grudnia 2017 r. wynika, że Wykonawca w tym postępowaniu nie zaznaczył w dokumencie JEDZ, że podlega wykluczeniu w oparciu o art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy pzp, a Zamawiający przewidział te przesłanki w ogłoszeniu o zamówieniu;
- Pozostałe dowody przedstawiają rozbieżne stanowiska Stron odnośnie przyczyn odstąpienia Zamawiającego od umów, podejmowania prób ugodowych, a także zgody bądź ich braku na przedłużenie terminów realizacji umów.

Pomiędzy Stronami istnieje spór, co do przyczyn odstąpienia Zamawiającego od dwóch umów. Odwołujący uznaje, że odstąpienie nastąpiło z przyczyn od niego niezależnych wbrew twierdzeniom Zamawiającego. Strony są na etapie prowadzenia negocjacji ugodowych. Odwołującemu zostały naliczone kary umowne, które zgodnie z oświadczeniami Stron złożonymi na rozprawie zostały zapłacone w około 50%, poprzez potrącanie kar z bieżących faktur - wynagrodzenia Wykonawcy z realizowanych innych umów na rzecz Zamawiającego.

Odwołujący wskazał na przyczyny niezależne od siebie w zakresie odstąpienia Zamawiającego od dwóch poprzednich umów, ale jednocześnie zgodnie z argumentacją zawartą w odwołaniu i oświadczeniem pełnomocnika Odwołującego złożonym na rozprawie przyznał przesłanki wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy pzp i żądał oceny przez Izbę, czy dowody złożone przez Wykonawcę w ramach procedury „samooczyszczenia”

są wystarczające do uznania go za rzetelnego wykonawcę - granicę zarzutu stanowi art. 24 ust. 8 i 9 ustawy pzp.

Nowe okoliczności i wyjaśnienia na potwierdzenie „self - cleaningu” podnoszone przez Odwołującego na rozprawie Izba uznała za spóźnione i jako takie za niemające wpływu na rozstrzygnięcie niniejszej sprawy.

Izba zważyła, co następuje:

Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

1. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 8 i 9 ustawy pzp w związku z art. 24 ust. 5 pkt 2, 4 oraz art.

24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy pzp, poprzez zaniechanie przeprowadzenia procedury tzw. samooczyszczenia na zasadach określonych w ustawie pzp, względnie przeprowadzenia tej procedury w sposób niezgodny z zasadami określonymi w ustawie pzp, w szczególności opierając się na badaniu przesłanek wykluczenia, a nie podjętych przez wykonawcę środków w celu wykazania jego rzetelności, w szczególności zaś podjęcia konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy.

W ocenie Izby zarzut ten nie potwierdził się.

Zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych oraz który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1—4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. Natomiast w myśl art. 24 ust. 8 ustawy pzp Wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16-20 lub ust. 5, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8 to Wykonawca nie podlega wykluczeniu (art. 24 ust. 9 ustawy pzp). Artykuł 24 ust. 8 ustawy pzp przedstawia nową instytucję - tzw. samooczyszczenie (ang. self-cleaning), wywodzącą się z art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24/UE. Ma ona na celu umożliwienie wykonawcy podjęcia określonych działań w celu uniknięcia wykluczenia z postępowania, nawet gdy istnieją wobec niego przesłanki wykluczenia. Omawiana procedura naprawcza nie daje możliwości zakwestionowania podstaw wykluczenia, pozwala natomiast wykonawcy udowodnić, że mimo zaistnienia jednej lub kilku przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16-20 i ust. 5 p.z.p. podjęte przez niego działania są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Instytucja self-cleaningu służy temu, że nawet w przypadku stwierdzenia określonych naruszeń zamawiający nie będzie uprawniony do wykluczenia wykonawcy, jeżeli ten ostatni udowodni, iż podjął środki zaradcze w celu wyeliminowania powstania takich naruszeń w przyszłości, jak też w celu naprawienia szkody. Aby skorzystać z self-cleaningu wykonawca musi przyznać się do deliktu. Jeśli temu zaprzecza, to jego oświadczenie o samooczyszczeniu jest niewiarygodne. Taki pogląd został zaprezentowany w szczególności w orzeczeniu KIO z dnia 3 lutego 2017 r., sygn. akt: KIO 139/17. Podjęte środki muszą być uznane za wystarczające do stwierdzenia, że popełniony czyn lub zaniechanie z dużym prawdopodobieństwem nie będzie miało miejsca w przyszłości. Przy dokonywaniu oceny powinno się uwzględnić konkretną przesłankę będącą podstawą wykluczenia oraz wielkość spowodowanych szkód, jak również okoliczności temu towarzyszące. Środki zaradcze podjęte przez wykonawcę mogą dotyczyć budowy lub zmiany w budowie określonych struktur organizacyjnych, wprowadzania przejrzystego trybu podejmowania decyzji czy sposobu zarządzania kontraktami, wprowadzania systemów nadzoru i kontroli czy wprowadzania i egzekwowania wewnętrznej odpowiedzialności za podejmowane działania. Do możliwych środków zaradczych odnosi się motyw 102 preambuły

dyrektywy 2014/24/UE, stanowiący, że mogą do nich należeć w szczególności (a zatem nie wyłącznie) działania personalne i organizacyjne, takie jak zerwanie wszelkich powiązań z osobami lub organizacjami odpowiedzialnymi za niewłaściwe zachowania, odpowiednie środki służące reorganizacji personelu, wdrożenie systemów sprawozdawczości i kontroli, utworzenie struktury typu audyt wewnętrzny monitorujący przestrzeganie i przyjęcie wewnętrznych zasad odpowiedzialności i odszkodowań. Jednym z możliwych środków pozwalających stwierdzić, że wykonawca podjął działania zaradcze, jest zapłata odszkodowania. Ponieważ na gruncie rodzimych regulacji kary umowne traktowane są jako jego surogat, również ich zapłata może być postrzegana jako podjęcie stosownych kroków mających na celu „samooczyszczenie”. Jednocześnie zapłata kary umownej jest często przedmiotem sporów sądowych, które mogą trwać nawet kilka lat. Wykonawca staje zatem przed dylematem, czy dochodzić swoich racji, trwać w sporze i narażać się na ryzyko wykluczenia z postępowania, czy jednak zapłacić kary umowne, co w przyszłości mogłoby być postrzegane w kategoriach podjęcia przez wykonawcę środków naprawczych, nawet jeśli nie zgadza się z ich zasadnością (tak też: Skubiszak-Kalinowska Irena, Wiktorowska Ewa, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2018 - komentarz, stan prawny: 1 stycznia 2018 r.).

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy wskazać w pierwszej kolejności należy, że przedmiotem odwołania był zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 8 i 9 ustawy pzp, a więc oceny złożonych przez Odwołującego dokumentów „samooczyszczenia”, w tych granicach Izba jest związana zarzutem. Izba uznała zatem, że Odwołujący przyznał przesłanki wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy pzp, a wszelkie okoliczności dotyczące przyczyn odstąpienia od dwóch umów łączących Strony, były podnoszone jedynie z ostrożności procesowej. Podkreślenia wymaga, że postępowanie dowodowe w sprawie w większości skupiło się na wykazywaniu przez obie Strony postępowania odwoławczego przyczyn odstąpienia przez Zamawiającego od poprzednio łączących Strony umów, co do których to okoliczności Strony pozostają w sporze.

Przechodząc ściśle do zarzutów odwołania Izba uznała, że Zamawiający w sposób prawidłowy i rzetelny ocenił złożone przez Odwołującego w postępowaniu dokumenty „samooczyszczenia”. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że warunkiem koniecznym skuteczności działań podjętych przez Wykonawcę w ramach procedury self - cleaningu jest przyznanie się do winy. Odwołujący tylko w sposób pozorny przyznaje przesłanki wykluczenia, gdyż zarówno w wyjaśnieniach w JEDZ, w odwołaniu jak i na rozprawie, neguje aby odstąpienie Zamawiającego od dwóch umów zawartych pomiędzy Stronami odbyło się z przyczyn leżących po jego stronie. Jak wykazał Zamawiający Odwołujący w innych postępowaniach, prowadzonych przez innych Zamawiających już po dacie zaistnienia przesłanek wykluczenia, nie wykazuje w ogóle w dokumencie JEDZ, że podlega wykluczeniu. W tym świetle dowody złożone w ramach procedury „samooczyszczenia” przez Wykonawcę w celu wykazania rzetelności nie mogły zostać uznane za wiarygodne, gdyż nie można mówić o skuteczności działań naprawczych, jeśli w przeświadczeniu Wykonawcy brak jest okoliczności wymagających „naprawy”. Okoliczności podniesione w wyjaśnieniach w JEDZ o podjętych środkach naprawczych to:

- na str. 14 dokumentu JEDZ zdanie drugie od dołu - w ocenie Izby brak w wyjaśnieniach wskazania na powiązania pomiędzy przyczyną niezrealizowania wcześniejszych umów, a podjętym działaniem. Dopiero na rozprawie Odwołujący wskazał, że potencjał wymagany do realizacji umów, od których Zamawiający odstąpił był potencjałem udostępnionym przez podmiot trzeci. Natomiast brak jest w wyjaśnieniach wykazania, jak charakter relacji przyczynił się do niemożliwości wykonania dwóch poprzednich umów, co następnie spowodowało podjęcie działań w tym zakresie. Izba podziela w tym zakresie stanowisko Zamawiającego, że to nie forma relacji z innymi podmiotami, a treść postanowień umownych łączących te podmioty mogłaby mieć wpływ na poprawę realizacji umów w przyszłości;

- str. 14 zdanie ostatnie i początek str. 15 dokumentu JEDZ - brak wykazania jak zmiany kadrowe, wiedza i umiejętności osób przełożą się na realizację kolejnych zamówień, a także brak skali i konkretnych informacji o działaniach kadrowych. Brak wskazania jaka kadra uczestniczyła przy wykonaniu umów, od których Zamawiający odstąpił i jak zmiany w tym zakresie wpłyną na realizację następnych zobowiązań umownych;

- str. 15 zdanie pierwsze - brak opisu wskazanej tam procedury oraz brak dowodu na wykazywane działania naprawcze. Nie zostało opisane jak procedura ta wyglądała przy realizacji poprzednich umów i co zostało zmienione;

- str. 15 i 16 - brak wskazania na związek okoliczności stanowiącej podstawę działań naprawczych z realizacją umów, od których odstąpił Zamawiający. Załącznik nr 3 - brak szczegółowego opisu kryteriów tam wskazanych. Załącznik nr 4a do dokumentu „samooczyszczenia” został złożony w języku angielskim bez tłumaczenia, podczas gdy

postępowanie o udzieleniu zamówienia publicznego było prowadzone w języku polskim (pkt IV.2.4) Ogłoszenia o zamówieniu) i jako taki nie mógł być brany pod uwagę. Załączniki nr 5, 6 i 7 dotyczą zmian ogólnych w prowadzeniu działalności Firmy Odwołującego i Odwołujący nie wyjaśnił związku pomiędzy przyczynami poprzednich niewłaściwych działań Odwołującego, a podjętymi środkami naprawczymi;

- zmiany organizacyjne (załącznik nr 8 i 8a) - trudno odnieść czy przeprowadzone zmiany wyeliminują dalsze niewłaściwe postępowanie Odwołującego. Odwołujący nie opisał tej relacji;

- zmiany kadrowe (załącznik nr 9) - również brak wyjaśnienia relacji pomiędzy dokonanymi działaniami naprawczymi a przyczynami niewykonania wcześniejszych umów.

Dokumenty złożone w ramach „samooczyszczenia” to dokumenty odnoszące się szeroko do całej działalności Wykonawcy, jednak brak jest w nich jak również w samych wyjaśnieniach powiązania pomiędzy podjętymi działaniami a okolicznościami, które doprowadziły do niewykonania w istotnym stopniu wcześniejszych umów i naruszenia obowiązków zawodowych. Odwołujący dokonał zmian o charakterze organizacyjnym, handlowym i kadrowym, jednak pozostają one w oderwaniu od przyczyn odstąpienia Zamawiającego od umów zawartych z Wykonawcą. Izba stoi na stanowisku, że wykonawca w ramach procedury samooczyszczenia powinien przede wszystkim: przyznać podstawy wykluczenia w sposób jednoznaczny, wskazać na konkretne przyczyny zaistnienia okoliczności wypełniających normę wykluczenia, a następnie przedstawić wyjaśnienia i dowody odpowiednie dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu, a więc wskazać na takie działania, które wyeliminują wystąpienie przyczyn zaistnienia okoliczności wypełniających normę wykluczenia w przyszłości. Nie są w ocenie Izby wystarczające dowody, które w sposób ogólny wskazują na środki podjęte przez Wykonawcę w ramach prowadzenia działalności bez ich powiązania z faktycznymi podstawami wykluczenia. Wykonawca poprzez złożone w ramach „samooczyszczenia” środki dowodowe nie udowodnił, że wprowadzone zmiany doprowadzą do wyeliminowania przyczyn niewłaściwego zachowania wykonawcy w przyszłości. Dodatkowe wyjaśnienia w tym zakresie złożone przez Odwołującego na rozprawie należy uznać za spóźnione.

Ponadto podkreślenia wymaga, że za element prowadzący do uznania rzetelności Wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 8 ustawy pzp mogłoby stanowić wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego, czego w ocenie Izby Wykonawca nie uczynił. Wyjaśnienia złożone w dokumencie JEDZ w większości wskazują na subiektywną ocenę stanu faktycznego przez Odwołującego. Kwestia braku wymaganego potencjału jest pomijana przez Wykonawcę i pomimo, iż Wykonawca znał przyczyny odstąpienia przez Zamawiającego od łączących Strony umów to przedstawił jedynie okoliczności, które w jego ocenie jako rzeczywiste doprowadziły do niewykonania zobowiązania. Takie wyjaśnienie stanu faktycznego trudno zatem uznać za wyczerpujące.

Jednocześnie zauważyć należy, że Odwołujący nie naprawił szkody spowodowanej brakiem realizacji umów. Zgodnie z oświadczeniami Stron, jedna z umów została wykonana w bardzo niewielkim stopniu, druga natomiast w ogóle, w związku z powyższym Zamawiający naliczył Wykonawcy wysokie kary umowne. Odwołujący nie zapłacił w sposób dobrowolny kar finansowych, co mogłoby stanowić element jego „samooczyszczenia”. Kary są potrącane sukcesywnie z wynagrodzenia Wykonawcy z innych realizowanych umów i zostały, co Strony przyznały na rozprawie, zapłacone w ten sposób w około połowie. Stąd też działania Zamawiającego dążącego podobnie jak Wykonawca do polubownego rozstrzygnięcia sporu, gdyż jak potwierdził pełnomocnik Zamawiającego na rozprawie, w postępowaniu sądowym Zamawiający może nie uzyskać kar umownych w naliczonej wysokości.

Odnosząc się do dodatkowych okoliczności podnoszonych przez Odwołującego na rozprawie Izba wskazuje, że nie dowodzi rzetelności Wykonawcy fakt zwarcia pomiędzy Stronami dalszych umów o zamówienie publiczne po dacie spornego odstąpienia od dwóch wcześniejszych umów, skoro w poprzedzających ich zawarciu postępowaniach, co Strony potwierdziły na rozprawie, Zamawiający nie przewidział w SIWZ ani ogłoszeniu fakultatywnych przesłanek wykluczenia. Zamawiający jest uprawniony wykluczyć wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1-8 ustawy pzp, jeśli podstawy te zostały zamieszczone w dokumentacji postępowania (art. 24 ust. 6 ustawy pzp).

Odnosnie wagi i szczególnych okoliczności czynu wskazać należy, że naruszenia Odwołującego w zakresie realizacji dwóch poprzednich umów miały istotny charakter cechujący się co najmniej niedbalstwem, polegającym na niezapewnieniu wymaganego i deklarowanego potencjału technicznego. Nie sposób bowiem uznać, że w trakcie długiego okresu realizacji obu zamówień istniały tak niekorzystne warunki niezależne od Wykonawcy, że jedną z umów wykonał on w niewielkim stopniu, drugiej natomiast w ogóle nie zrealizował. Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie żadnego obiektywnego dowodu, a za takie nie

mogą zostać uznane raporty stanowiące opracowanie własne Wykonawcy, tym samym Odwołujący nie wykazał szczególnych okoliczności czynu.

Izba uznała, że mając na względzie wagę i szczególne okoliczności czynu, Zamawiający w sposób prawidłowy ocenił, biorąc pod uwagę istotny stopień nienależytego wykonania poprzednich umów oraz naruszenie obowiązków zawodowych przejawiających się w niezapewnieniu wymaganego potencjału, kwalifikującego się jako niedbalstwo, że Wykonawca nie wykazał w ramach tzw. samooczyszczenia, że podjął wystarczające działania dla przywrócenia statusu rzetelnego wykonawcy.

2. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy pzp,

poprzez błędne uznanie, że Odwołujący, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów, podczas gdy nie zaszły wskazane w przepisie okoliczności, w szczególności zaś Odwołujący nie wprowadził Zamawiającego w błąd w powyższym zakresie;

3. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy pzp,

poprzez błędne uznanie, że Odwołujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, podczas, gdy nie zaszły wskazane w przepisie okoliczności, w szczególności zaś Odwołujący nie wprowadził Zamawiającego w błąd.

Izba stwierdziła, że w przedmiotowym postępowaniu zaistniała przesłanka wykluczenia Wykonawcy z postępowania wyłącznie w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów (ust. 16); wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (ust. 17). Odwołujący w złożonych przez siebie wyjaśnieniach JEDZ, co zostało już podniesione nie przedstawił w sposób wyczerpujący okoliczności stanowiących przyczynę wystąpienia przesłanek wykluczenia, co mogło mieć wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu. W ocenie Izby czynnościom Odwołującego można przypisać co najmniej niedbalstwo. Kwalifikując brak starannego działania Odwołującego jako niedbalstwo stwierdzić należy, że w przedmiotowej sprawie spełniła się przesłanka wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp. Zamawiający zaznaczył podczas rozprawy, które to stanowisko Izba podziela, że gdyby nie miał wiedzy odnośnie przyczyn zaistnienia wobec Wykonawcy przesłanek wykluczenia to bazując jedynie na złożonych przez Wykonawcę wyjaśnieniach w dokumencie JEDZ mógłby zostać wprowadzony błąd, co do tych okoliczności, a następnie błędnie dokonać oceny złożonych dowodów w ramach procedury „samooczyszczenia”. Co istotne, dla wypełnienia normy art. 24 ust. 1 pkt 17 po stronie zamawiającego nie musi powstać mylne wyobrażenie o faktach, na skutek przedstawionych przez wykonawcę informacji, wystarczającym jest, iż takie wyobrażenie mogło powstać. Istotna jest sama treść informacji i to, jaki skutek mogły one wywołać w świadomości zamawiającego, niezależnie od okoliczności czy wprowadzenie w błąd rzeczywiście nastąpiło.

Tym samym w ocenie Izby nie zaistniała przesłanka wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy pzp. Przesłanka wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy pzp posługuje się zwrotem w formie dokonanej - "wprowadził w błąd", zatem podstawą wykluczenia w błąd nie może być sama próba bądź zamiar wprowadzenia zamawiającego w błąd, a jedynie faktyczne wywołanie u zamawiającego mylnego wyobrażenia o faktach dotyczących kwestii podlegania wykluczeniu wykonawcy, spełnienia warunków udziału lub kryteriów selekcji. Mając na względzie, że po Stronie Zamawiającego takie wyobrażenie nie zaistniało, gdyż znał on okoliczności stanowiące przyczyny odstąpienia od umów łączących Strony Izba uznała zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy pzp za uzasadniony. Przy czym wskazać należy, że

w myśl art. 192 ust. 2 ustawy pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W kontekście niepotwierdzenia się pozostałych zarzutów, uwzględnienie odwołania w tej części nie będzie miało wpływu na wynik postępowania - Wykonawca w dalszym ciągu będzie uznany za wykluczonego z udziału w postępowaniu.

4. Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp przez uznanie, że zachodzą przesłanki do unieważnienia Postępowania, podczas, gdy oferta Odwołującego winna być uznana za najkorzystniejszą w Postępowaniu i mieszczącą się w budżecie przewidzianym przez Zamawiającego dla Postępowania w części 5.

W konsekwencji powyższego, nie potwierdził się również zarzut unieważnienia postępowania. Z uwagi na to, że Odwołujący pozostaje wykonawcą wykluczonym z udziału w postępowaniu, cena oferty Wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu przekracza kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia, a Zamawiający nie może zwiększyć tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty to Zamawiający był uprawniony postępowanie unieważnić.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. nr 41 poz. 238 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 47) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15 000,00 zł oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Zamawiającego na rozprawie.

Przewodniczący:

Członkowie: