

Warszawa, dnia 29 marca 2021 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Odwołujący:

Sanito Sp. z o.o.

ul. Puławska 476
02-884 Warszawa
NIP: 5252495386
KRS: 0000372492

reprezentowany przez:

r.pr. Annę Szymańską
adres do korespondencji:
Dentons Europe Dąbrowski i Wspólnicy sp. k.
ul. Zajęcza 4, 00-351 Warszawa
e-mail: anna.szymanska@dentons.com

Zamawiający:

Gmina Sośnicowice

ul. Rynek 19, 44-153 Sośnicowice
tel. 032 2387191 w. 330
faks: 322387550
e-mail: um@sosnicowice.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Odnawialne źródła energii na terenie Gminy Sośnicowice” realizowanego w ramach projektu: „Odnawialne źródła energii poprawą jakości środowiska naturalnego na terenie Gmin Partnerskich: Tarnowskie Góry, Gaszowice, Jejkowice, Lyski, Krupski Młyn, Kuźnia Raciborska, Nędza, Lelów, Psary, Sośnicowice, Tworóg” Zamówienie realizowane w formule "zaprojektuj i wybuduj", **część 1** – numer referencyjny: ZP-4/2020 (dalej: „**Postępowanie**”)

Ogłoszenie nr 522996-N-2020 z dnia 2020-03-13 r.

<http://sosnicowice.i-gmina.pl/article/zp-4-ukosnik-2020/>

**ODWOŁANIE WRAZ Z WNIOSKIEM
O WYZNACZENIE TRZYOSOBOWEGO SKŁADU ORZEKAJĄCEGO**

- I. Działając w imieniu wykonawcy Sanito Sp. z o.o.(dalej: „**Odwołujący**” lub „**Sanito**”), w oparciu o pełnomocnictwo, które załączam, na podstawie art. 513 pkt 1 w zw. z art. 505

ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych¹ (dalej: „**nowe Pzp**”), wnoszę odwołanie od czynności Zamawiającego w Postępowaniu w postaci bezprawnego wykluczenia Odwołującego z Postępowania;

II. W związku z ww. czynnością zarzucam Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych² (dalej: „**dawne Pzp**”), znajdujące zastosowanie do Postępowania:

1. art. 24 ust. 5 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 8 i art. 24 ust. 9 oraz art. 7 ust. 1 dawnego Pzp przez bezprawne wykluczenie Odwołującego z Postępowania - a w konsekwencji bezprawne uznanie jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 dawnego Pzp - oraz uznanie, że Odwołujący nie wykazał, że przedsięwzięte przez niego środki w celu samooczyszczenia są wystarczające do wykazania jego rzetelności, pomimo przedłożenia przez Odwołującego rozległych dowodów i wyjaśnień w tym zakresie, w tym przedstawienia przez Odwołującego wyników wewnętrznego audytu oraz wykazania podjęcia konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, odpowiednich dla zapobiegania nieprawidłowemu postępowaniu w przyszłości;
2. art. 7 ust 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 8 i 9 dawnego Pzp poprzez prowadzenie Postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności oraz przejrzystości, w szczególności nie uwzględnienie zasady proporcjonalności przy ocenie wyjaśnień i dowodów Odwołującego złożonych w celu samooczyszczenia;

ewentualnie

3. art. 26 ust. 3 i ust. 4 dawnego Pzp poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień lub uzupełnień wyjaśnień i dowodów złożonych przez Odwołującego celem wykazania, iż przedsięwzięte przez niego środki w celu samooczyszczenia są wystarczające do wykazania jego rzetelności.

III. W związku z powyższym wnoszę o:

1. unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z Postępowania;
2. nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
3. uznania wyjaśnień i dowodów złożonych przez Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 8 dawnego Pzp za wystarczające do wykazania samooczyszczenia *ewentualnie* nakazanie wezwania do ich uzupełnienia lub wyjaśnienia.

IV. Wniosek o wyznaczenie składu trzyosobowego

¹ Dz.U. z 2019 r. poz. 2019

² Dz. U. z 2019 r. poz. 1843

Na podstawie art. 487 ust. 2 nowego Pzp **Odwołujący wnosi o zarządzenie rozpoznania sprawy przez trzyosobowy skład orzekający.**

Sprawa dotyczy niedoregulowanej i budzącej wiele kontrowersji instytucji tzw. „samooczyszczenia” wykonawcy, bazuje na kilkusetstronicowej dokumentacji w tym zakresie przedłożonej przez Odwołującego wraz z ofertą w przedmiotowym Postępowaniu, a także jest kolejną ze spraw, w której przedmiotem orzekania jest self-cleaning Sanito, w przedmiocie którego Izba orzekła w sprawie KIO 3540/20 w składzie trzyosobowym. Dodatkowo, niedawno zapadły wyrok TSUE wydany 14 stycznia 2021 r. w sprawie C-387/19, akcentuje, iż mechanizm środków naprawczych (*self-cleaning*) jest prawem wykonawcy, które powinno być oceniane w świetle prawa wykonawcy do obrony. W wyroku tym (pkt 34) Trybunał jasno wskazał w tym kontekście, że prawo to jest podstawową zasadą prawa Unii, a jej integralną częścią jest prawo do bycia wysłuchanym. Wobec powyższego skierowanie niniejszego odwołania do rozpoznania przez trzyosobowy skład orzekający KIO jest uzasadnione.

V. Terminowość odwołania

Wartość szacunkowa zamówienia objętego Postępowaniem jest niższa od progów unijnych. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu z Postępowania w dniu 24 marca 2021 r.. Odwołanie zostaje wniesione w dniu 29 marca 2021 r., zatem termin na wniesienie odwołania określony w art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) nowego Pzp jest dochowany.

VI. Uprawnienie do wniesienia odwołania

Odwołujący spełnia materialnoprawną przesłankę wniesienia odwołania z art. 505 ust. 1 nowego Pzp, ponieważ ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów dawnego Pzp przez bezprawne wykluczenie Sanito z Postępowania. Odwołujący złożył ważną ofertę w Postępowaniu, która jednocześnie jest najkorzystniejszą i w braku wykluczenia z Postępowania uzyskałby przedmiotowe zamówienie.

Odwołujący doznaje szkody w szczególności w postaci utraty możliwości zawarcia umowy o zamówienie publiczne, a tym samym utraty przychodów i zysku z tytułu jej wykonywania. Dodatkowo ponosi stratę w postaci poniesienia kosztów uczestnictwa w Postępowaniu.

UZASADNIENIE

1. Zamawiający w ramach Postępowania, w III pkt 4 ust. 2 lit b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”) przewidział podstawę wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 dawnego Pzp.
2. Sanito wraz z ofertą złożyła stosowne oświadczenie, w którym przyznała się do istnienia w stosunku do spółki podstaw wykluczenia, o których mowa w ww. przepisie, załączając przy tym informacje i dowody mające świadczyć o przeprowadzonej przez Odwołującego procedurze samooczyszczenia. W ramach powyższego załączono i podano:

- (1) informacje dotyczące umów, które nie zostały wykonane – tj. umów realizowanych dla Gminy Orla i Gminy Narewka (rozwiązane przed czasem) wraz z wyczerpującym przedstawieniem okoliczności, które związane były z niewykonaniem przedmiotowych umów;
 - (2) opis działań mających na celu wykazanie rzetelności Sanito, w tym opis wyników wewnętrznego audytu wykazującego powody niewykonania umów Gm. Orla i Narewka (vide załącznik nr 5 do wyjaśnień self-cleaningowych), a także opis podjętych środków technicznych, kadrowych i organizacyjnych;
 - (3) dowody na powyższe.
3. Pismem z dnia 24 marca 2021 r. Zamawiający poinformował o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania w oparciu o art. 24 ust. 5 pkt 4 dawnego Pzp.
 4. Z dokonaną czynnością wykluczenia i przedstawioną w jej ramach oceną self-cleaningu Odwołującego nie sposób się zgodzić.
 5. Uzasadnienie faktyczne czynności Zamawiającego, zawierające powody i argumentację, dla których Zamawiający nie uznał samooczyszczenia przedstawionego przez Sanito za skuteczne, zawarto na stronach 7-10 ww. pisma.
 6. Wbrew odmiennym twierdzeniom Zamawiającego stan faktyczny związany z nieprawidłowościami dotyczącymi realizacji umów dla Gm. Orla i Gm. Narewka został opisany przez Odwołującego wyczerpująco, przyczyny niepowodzeń w realizacji tych umów zostały przedstawione szczegółowo i konkretnie, a podjęte adekwatne działania wykazane przedłożonymi przez Odwołującego środkami dowodowymi, są powiązane z zidentyfikowanymi przyczynami ww. niepowodzeń. W świetle treści wyjaśnień w sprawie self-cleaningu załączonych do oferty Sanito, a także jednoznacznego oświadczenia Sanito z 23 lutego br. (załączonego do oferty) o tym, iż wobec Sanito zachodzą podstawy wykluczenia określone w art. 24 ust. 5 pkt 2 i pkt 4 dawnego Pzp, nie sposób też twierdzić, iż w niniejszym stanie faktycznym miałyby miejsce pozorne przyznanie do winy.
 7. W szczególności należy podnieść, co następuje.
 8. Zamawiający stwierdził w uzasadnieniu faktycznym decyzji o wykluczeniu Odwołującego m.in. że: *nie mógł zweryfikować, czy przedstawione przez Wykonawcę działania były skuteczne, gdyż Wykonawca w bardzo ogólny sposób wskazał przyczyny powstałych nieprawidłowości [...]* *W ocenie Zamawiającego Wykonawca stosuje mechanizm pobieżnego, ogólnikowego wskazania okoliczności stanu faktycznego [...]* *Po drugie, mając na uwadze, że Wykonawca, wskazał okoliczności stanu faktycznego, zatem i przyczyny powstałych nieprawidłowości w sposób ogólnikowy, Zamawiający nie był w stanie zweryfikować czy przedstawione przez Wykonawcę działania zasługują na miano skutecznych. [...]*

9. Rzeczone uzasadnienie jest pełne tego typu gołosłownych twierdzeń i powtórzeń, w żaden konkretny sposób nieodnoszących się do wyjaśnień i materiałów Odwołującego. Wskazuje to na to, że Zamawiający bardzo pobieżnie zapoznał się z wyjaśnieniami Sanito w przedmiocie stanu faktycznego dotyczącego przyznanych podstaw wykluczenia.
10. Powyższe twierdzenia Zamawiającego są bezzasadne w świetle wyjaśnień Sanito załączonych do oferty - dokumentu obejmującego wyjaśnienie faktów i okoliczności związanych z niewykonaniem umów realizowanych dla Gm. Orla i Gm. Narewka wraz z opisem podjętych przez Odwołującego środków, a także treści załącznika nr 5 do self-cleaningu, w którym szczegółowo przedstawiono przyczyny odstąpienia od wskazanych umów. W szczególności zamieszczono w nim zarówno opis przyczyn niepowodzeń w realizacji umów z gminami Orla i Narewka, jak i związanych z tym rekomendacji. Co istotne, załącznik ten nie był składany w ramach postępowań, których dotyczyły sprawy KIO 1213/20 i KIO 1248/20, a to z kolei uniemożliwiało Izbie ocenę adekwatności zastosowanych środków do nieznanych i nieustalonych przyczyn. Natomiast self-cleaning Odwołującego został uzupełniony o wyżej wymieniony załącznik i związane z jego treścią wyjaśnienia i jest przedkładany przez Sanito w kolejnych postępowaniach o udzielenie zamówienia³.
11. Właśnie tego typu uzupełniony i „udoskonalony” self-cleaning Sanito (identyczny w swojej treści z self-cleaningiem przedłożonym w niniejszym Postępowaniu) został pozytywnie oceniony przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawie KIO 3540/20 (wyrok z dnia 29 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3540/20), gdzie Izba określiła przedmiot sporu i swojej oceny dokładanie w tym obszarze, który aktualnie w odmienny sposób ocenia Zamawiający: *Zarzuty odwołania sprowadzają się w istocie do dwóch twierdzeń. Po pierwsze, do twierdzenia o tym, że przeprowadzona przez Przystępującego⁴ procedura samooczyszczenia jest nieskuteczna ze względu na brak wykazania przez Przystępującego jakie były rzeczywiste przyczyny rażącego naruszenia obowiązków zawodowych polegających na niewykonaniu umów z gminami Orla i Narewka. Po drugie, do twierdzenia o tym, że Przystępujący nie przedstawił w sposób skuteczny dowodów na samooczyszczenie, ponieważ nie wykazał związku przyczynowego między opisanymi powodami niewykonania umów a przedstawionymi dowodami. Wobec tak zdiagnozowanej osi sporu kluczową dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy odwoławczej jest ocena wyjaśnień zawartych w "załączniku do świadczenia JEDZ" oraz złożonych wraz z nimi dowodami.*
12. Nie jest zrozumiałą zarzut, który Zamawiający usiłuje stawiać w tym kontekście Odwołującemu, iż ten nie przedłożył mu wyroku KIO 3540/20 i w ten sposób jakoby wyczerpująco nie wyjaśnił stanu faktycznego sprawy. Abstrahując nawet od faktu, iż wyroki KIO są publicznie dostępne i Zamawiający mógł z łatwością sam uzyskać ww. wyrok, przede wszystkim należy wskazać, iż wymagane w art. 24 ust. 8 dawnego Pzp wyjaśnienie stanu faktycznego odnosi się do

³ W wyroku KIO 3540/20 Izba wskazała, że „O ile okoliczności, jakie legły u podstaw rozwiązania umów przed czasem mają charakter niezmienny, o tyle nie można odmówić wykonawcy prawa do ulepszania swoich wyjaśnień w ramach samooczyszczenia, w tym w reakcji na ocenę tych wyjaśnień dokonywaną przez poszczególne instytucje zamawiające, Krajową Izbę Odwoławczą, czy sąd okręgowy. W przypadku odmiennego podejścia trzeba by uznać, że raz nieskutecznie przeprowadzone samooczyszczenie zamykałoby wykonawcy drogę do udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia, z czym nie sposób się zgodzić.”

⁴ Przystępującym w tej sprawie była Sanito, która broniła się przed zarzutami odwołania zmierzającymi do jego wykluczenia.

okoliczności i przyczyn niewykonania umów z gminami Orla i Narewka, a nie historii dalszego orzecznictwa w przedmiocie skuteczności self-cleaningu Sanito. Odwołujący mógłby w ogóle nie powoływać się na tego typu wyrok, a Zamawiający i tak byłby zobowiązany do kompleksowej i wszechstronnej oceny przedstawionych mu informacji i dokumentów dotyczących samooczyszczania Odwołującego przedsięwziętego w związku z niewykonaniem wskazanych umów. Jednakże fakt, iż takiej oceny, w odniesieniu do tożsamyh dokumentów, dokonała już Krajowa Izba Odwoławcza, ma według Odwołującego – ze względu na autorytet Izby – niebagatelne znaczenie procesowe i Zamawiający nie powinien tego wyroku pomijać czy lekceważyć, tylko dlatego, że nie został mu fizycznie przedłożony. Wyrok ten jest jednoznacznie pozytywny dla Sanito i naturalne jest, że z tego względu jest przezeń powoływany – wzmacnia i popiera przedstawiane niżej stanowisko i argumentację Sanito o skuteczności jego self-cleaningu i braku podstaw do wykluczenia Odwołującego w oparciu o przesłankę z art. 24 ust. 5 pkt 4 dawnego Pzp.

13. Stąd odnosząc się do zarzutów Zamawiającego w przedmiocie braku szczegółowego wyjaśnienia stanu faktycznego czy ustalenia i wskazania przyczyn niewykonania umów z gminami Orla i Narewka, a także skuteczności podjętych w związku z tym działań samonaprawczych, Odwołujący będzie odwoływał się i opierał na stanowisku Izby wyrażonym w wyroku z dnia 29 stycznia 2021 r. o sygn. akt KIO 3540/20. Między innymi, z uwagi na wskazany już fakt, że wyrok ten dotyczył identycznych dokumentów self-cleaningowych, jak złożone w niniejszym Postępowaniu.
14. I tak w odniesieniu do kwestionowanych i niewystarczających dla Zamawiającego, rzekomo ogólnikowych wyjaśnień stanu faktycznego, Izba w ww. wyroku stwierdziła m.in., co następuje:

W części wyjaśnień objętych tajemnicą przedsiębiorstwa Przystępujący opisuje przyczyny niewykonania ww. umów, które diagnozuje jako przyczyny związane z: materiałami (vide ostatni akapit na stronie 3), realizacją ww. umów (vide: drugi akapit na str. 4, drugi i trzeci akapit na str. 5), sposobem zarządzania projektami (vide: ostatni akapit na str. 4 i pierwszy akapit na str. 5), sposobem obiegu dokumentów (vide: czwarty akapit na str. 5) oraz z komunikacją (vide: akapit pierwszy str. 6), określeniem obowiązków poszczególnych osób (vide: drugi akapit str. 6), ustalenie osób, którym można za brak realizacji ww. umów przypisać odpowiedzialność (vide: akapit 3 str. 6). W uzupełnieniu tego opisu, na dowód dokonania diagnozy przyczyn niewykonania ww. umów oraz na dowód wyciągnięcia stosownych z wniosków, został przedłożony załącznik nr 5.

Oceniając tę część wyjaśnień Izba stwierdza, że dotyczą one wielu kwestii leżących po stronie Przystępującego, które legły u źródła niewykonania umów z gminami Orla i Narewka, a przeprowadzana analiza jest szczegółowa. W tym miejscu wskazać należy, że opis ten powinien być czytany łącznie z załącznikiem nr 5, gdzie szczegółowo zostały opisane przyczyny i rekomendacje. W oparciu o powyższe Izba za wystarczający uznała opis w zakresie przyczyn związanych z organizacją przedsiębiorstwa Przystępującego, z materiałami (vide: opis znajdujący się w pkt I ppkt 1, 5, 6 załącznika 5) i komunikacją (vide: pkt I ppkt 9, 12 i 13 oraz pkt II ppkt 4 załącznika 5). Podobnie opis przyczyn odnoszących się do kwestii określenia

obowiązków pracowników, w tym obowiązków osób piastujących stanowiska Inżyniera Projektu i Dyrektora Działu Realizacji Inwestycji nie budzi wątpliwości (vide: pkt II załącznika 5).

15. Przy tak kompleksowej i jasnej ocenie jego wyjaśnień dokonanej przez Izbę w tym zakresie, Odwołującemu nie pozostaje nic innego jak powtórzyć stanowisko Izby oraz podkreślić, że zarówno w wyjaśnieniach Sanito załączonych do oferty, jak i w załączniku 5 szczegółowo opisano zaistniałe przyczyny braku realizacji umów w terminie, a także sformułowano stosowne, adekwatne do tych przyczyn rekomendacje. Dalsze części self-cleaningu w przeważającej mierze odnoszą się do realizacji tych rekomendacji. W swoich wyjaśnieniach Sanito opisuje i wprost odnosi się do okoliczności związanych ze stanem rynku materiałów, sposobem jego monitorowania i reagowaniem na problemy z zamówieniami komponentów, informowania o przebiegu realizacji umów i przyczynach opóźnień zamawiających, zarządzania projektami itp. oraz sposobami działania jego organizacji w tym zakresie (zwłaszcza w zakresie monitoringu i nadzoru nad realizacją projektów), a następnie wskazuje i opisuje jakie zmiany i środki zaradcze w swojej organizacji podjął, aby opisywane negatywne zdarzenia się nie powtórzyły.
16. Zamawiający w uzasadnieniu czynności wykluczenia (kontrfaktycznie) wywodzi, że *Odwołujący nie wykazał, że przedsięwzięte przez niego środki są wystarczające do potwierdzenia jego rzetelności oraz zapobieżenia nieprawidłowemu postępowaniu w przyszłości, nie wykazał także wystarczająco, a wręcz w ogóle jak zmiana opisanych obszarów funkcjonowania przedsiębiorstwa zapewni prawidłowość przyszłego postępowania Wykonawcy.* Nie jest przy tym jasne, jakiego dalszego „wykazywania” skuteczności wprowadzonych działań Zamawiający oczekuje, jeśli nie jest w stanie ocenić racjonalności i koherentności podjętych środków na podstawie ich opisu, a także dlaczego pomija przedłożone dowody ich pozytywnego działania w zakresie kolejnych zamówień prawidłowo realizowanych przez Sanito.
17. W szczególności nie jest prawdą, iż *Odwołujący nie wyjaśnił w jakim zakresie zwolnione osoby przyczyniły się do niezrealizowania tych konkretnych umów.* Działania tych osób opisane zostały w Załączniku nr 5, jak też na stronach 4 i 5 wyjaśnień w sprawie self-cleaningu załączonych do oferty, gdzie zawarto informacje, iż obie wskazane osoby (których dotyczyły załączniki nr 8 i 9) były bezpośrednio odpowiedzialne za realizację wskazanych projektów – jedna za ich bezpośrednią realizację, druga za nadzór i organizację pracy przedsiębiorstwa w tym zakresie. W różnych miejscach Załącznika nr 5 oraz w Wyjaśnieniach opisano, za jakie czynności odpowiedzialne były ww. osoby (zamawianie materiałów, nadzór, komunikacja i raportowanie) i jak działała w tym zakresie (tzn. z ich udziałem) organizacja Odwołującego, co doprowadziło do niezrealizowania kontraktów i braku zapobieżenia ich rozwiązania przez zamawiających.
18. Zamawiający wskazuje również, iż *wyjaśnienia wykonawcy i przedłożone przez niego dowody nie wskazują, aby podstawą niewykonania umów z Gminą Orla i Gminą Narewka były okoliczności związane z nieprawidłowym obiegiem informacji i dokumentów, brakiem odpowiednich procedur lub systemów informatycznych, czy też niewłaściwą strukturą organizacyjną. Z treści pism zawierających oświadczenia Gminy Orla i Gminy Narewka o odstąpieniu od umów zawartych z Wykonawcą jednoznacznie wynika, że przyczyną odstąpienia było nierozpoczęcie realizacji przedmiotowych umów przez Wykonawcę. (...) Wobec tego, nie można przyjąć, że zmiany polegające na wdrożeniu systemów informatycznych usprawniających*

obieg dokumentów, zmiany struktury organizacyjnej i procedur wewnętrznych oraz zwolnienie pracowników mogą zostać uznane za argumenty pozwalające na stwierdzenie, że wskazane działania Wykonawcy będą miały wpływ na realizację przyszłych umów wykonawcy.

19. Powyższy fragment znakomicie obrazuje, iż Zamawiający nawet nie starał się całościowo ocenić przedłożonych wyjaśnień i szeroko zakrojonych, kompleksowych działań podjętych przez Sanito wewnątrz jego przedsiębiorstwa, które były nakierunkowane na usprawnienie przygotowania i organizacji produkcji (realizacji kontraktów), nadzoru nad produkcją, komunikacją wewnątrz jego organizacji, komunikacji z dostawcami i zamawiającymi itp. celem zapobieżenia nieprawidłowemu postępowaniu w przyszłości. Zamawiający wybiera elementy tych działań i stwierdza, iż same w sobie nie są w stanie zapewnić, iż zaistniała na kontraktach w gminach Orla i Narewka sytuacja się nie powtórzy. Oczywiście, nierozpoczęcie realizacji umów w terminie stanowiło bezpośrednie przyczyny czynności odstąpienia podjętych przez Gm. Orla i Gm. Narewka (co zostało potwierdzone m.in. w wyrokach załączonych przez Sanito do wyjaśnień w sprawie self-cleaningu), natomiast self-cleaning Sanito zmierza do wyjaśnienia i podania przyczyn tego, że Odwołujący nie podjął i nie dał rady zrealizować ww. umów w terminie oraz usunięcia tego rodzaju przyczyn w odniesieniu do kontraktów realizowanych w przyszłości. Jako wyjątkowo nielojalne należy więc oceniać próby dezawuowania w ten sposób skuteczności zmian i działań, które pozwolą Sanito (a konkretnie jego kadrze kierowniczej) sprawniej monitorować, nadzorować i reagować na problemy z realizacją kontraktów, określić jasny rozkład odpowiedzialności oraz ustanowić i przypisać konkretne obowiązki w tym zakresie (wprowadzone procedury), a następnie wyposażyć zaangażowane osoby w stosowne narzędzia (np. informatyczne) ułatwiające im pracę.

20. W tym miejscu znów można odwołać się do stanowiska Izby w przedmiocie oceny dowodów i działań kwestionowanych przez Zamawiającego, wyrażonego w wyroku KIO 3540/20:

Pozytywnie ocenić należy wprowadzone przez Przystępującego procedury wskazane w załącznikach nr 12, 13 i 14 do "załącznika do oświadczenia JEDZ". Wobec załączenia dowodu ich przyjęcia i przekazania pracownikom i współpracownikom (vide: załącznik nr 15) Izba nie miała wątpliwości, że procedury te zostały wdrożone. Analizując treść tych procedur, Izba pozytywnie ocenia podjęte przez Przystępującego działania w kierunku naprawy uchybień zdiagnozowanych w treści załącznika 5. W sposób precyzyjny zostały opisane czynności jakie należy podjąć na poszczególnych etapach związanych z przygotowaniem, realizacją czy ofertowaniem. Czynności te zostały przypisane do osób na określonych stanowiskach. Stopień szczegółowości tego opisu pozwala wyciągnąć wniosek, że każda z tych osób zna swoje obowiązki. Opisana procedura postępowania na poszczególnych etapach jest na tyle przejrzysta, że osoby zaangażowane w dane procesy, działając na jej podstawie nie powinny mieć trudności w odkodowaniu działań, które w zależności od zaistniałej sytuacji powinny być przez nie podjęte. Co więcej, Przystępujący w ocenie składu orzekającego dołożył starań aby wprowadzając omawiane procedury wdrożyć rekomendacje opisane w załączniku 5.

[...]

Pozytywnie Izba ocenia również załączniki 18 i 19 potwierdzające korzystanie z profesjonalnych systemów informatycznych, a także załączniki 16 i 17, świadczące o wdrożeniu rekomendacji w zakresie kwestii związanych z magazynowaniem materiałów. Przystępujący zwiększył również

kadre, co pozwala na wniosek, że rozkład obowiązków osób przypisanych do określonych stanowisk jest lepiej zbilansowany. [...]

21. Finalnie Zamawiający wskazał, iż *po przeanalizowaniu przedłożonej dokumentacji oraz wyjaśnień Wykonawcy powziął również wątpliwość, czy mając na uwadze całokształt sposobu przedstawienia wyjaśnień i dowodów w procesie samooczyszczenia przez Wykonawcę nie stanowi tylko pozornego przyznania się do winy [...].* Zamawiający nie rozwija tej tezy, stąd niezrozumiałe jest, w jaki sposób wyraźne i wielokrotne przyznanie się do istnienia podstaw wykluczenia oraz podanie i opisanie okoliczności związanych z niewykonaniem wskazanych umów może być uznane za pozorne, tym bardziej, że Sanito w ramach swojego self-cleaningu przyznawał się i nie kwestionował swojej odpowiedzialności za zaistniałą sytuację związaną z niewykonaniem wskazanych umów.
22. Reasumując, należy wskazać, iż Odwołujący w trakcie Postępowania przedstawił rozległe i kompleksowe wyjaśnienia w przedmiocie stanu faktycznego związanego podstawami jego wykluczenia, w szczególności zidentyfikował i przedstawił przyczyny jego nieprawidłowych działań w trakcie realizacji kontraktów z gminami Orla i Narewka oraz przedsięwziął, podał i wykazał liczne środki i działania, jakie podjął dla zapewnienia swojej rzetelności oraz sprawnego działania w przyszłości. Podjęte przez Sanito środki obejmowały w szczególności:
- a. wdrożenie oprogramowania do kontroli stanu realizacji zamówień;
 - b. wdrożenie systemu elektronicznego obiegu i archiwizacji dokumentów;
 - c. wdrożenie centralizowanego modelu zarządzania projektami oraz centralnego zarządzania bazą materiałową;
 - d. ustandaryzowanie procesów oraz działań działów: Dział Ofertowania, Dział Zakupów, Dział Realizacji Inwestycji – wprowadzenie procedur:
 - i. Procedura Przygotowania Produkcji,
 - ii. Procedura Realizacji,
 - iii. Procedura Ofertowania;
 - e. rozwiązanie współpracy z menadżerami odpowiedzialnymi za realizację umów z Gm. Orla i gm. Narewka (Dyrektor Działu Realizacji Inwestycji oraz Inżynier Projektów);
 - f. utworzenie nowych stanowisk i zwiększenie zasobów kadrowych o 6 osób;
 - g. zmianę struktury organizacyjnej Sanito;
 - h. ugodowe załatwienie sporu z Gm. Orla i brak roszczeń odszkodowawczych wobec Sanito⁵.
23. W świetle złożonych przez Sanito wyjaśnień i dowodów, za oczywisty należy uznać związek między podjętymi działaniami a nieprawidłowościami zaistniałymi w odniesieniu do umów zawartych z Gm. Orla i Narewka i ich przyczynami. Nadto powody niepowodzenia przy realizacji umów zostały zidentyfikowane oraz wprost podane w Wyjaśnieniach.

⁵ Przy czym Gm. Narewka nie występowała do Sanito z jakimikolwiek roszczeniami w związku z odstąpieniem od obu umów z Sanito, zaś w wyniku na nowo przeprowadzonego przetargu Gm. Narewka udzieliła zamówienia objętego poprzednimi umowami z Sanito innemu wykonawcy za kwotę prawie pół miliona zł niższą niż wartość umów z Sanito.

24. Odnosząc się do kwestii proporcjonalności zastosowanych przez Zamawiającego środków w postaci wykluczenia oraz ewentualnego zarzutu zaniechania zastosowania art. 26 ust. 3 lub 4 Pzp przez Zamawiającego w stosunku do dokumentów składających się na self-cleaning przedłożonych przez Sanito należy wskazać, co następuje.
25. W szczególności, gdy Zamawiający miał jakiegokolwiek uzasadnione i konkretne wątpliwości lub dostrzegał braki w informacjach, które uznawał za niezbędne mu do oceny wiarygodności self-cleaningu, powinien zwrócić się do Sanito o ich uzupełnienie lub wyjaśnienie. Powyższą możliwość (a zarazem obowiązek) wezwania do wyjaśnień Odwołujący podnosi jedynie z daleko posuniętej ostrożności. Jak wskazano powyżej, Zamawiający dysponował wystarczającym zestawem wyjaśnień, dokumentów i dowodów, a tym samym wystarczającą wiedzą co faktów związanych z realizacją przedmiotowych umów i ustalonymi nieprawidłowościami, jak i mógł na podstawie załączonych do oferty wyjaśnień i dowodów powiązać wprowadzone przez Sanito działania naprawcze z tymi nieprawidłowościami i ich przyczynami – co pozwalało mu pozytywnie ocenić self-cleaning Sanito i dokonać wyboru jej oferty jako najkorzystniejszej.
26. Według Zamawiającego dokumenty i procedurę ich przedstawiania w zakresie self-cleaningu należy odróżnić od zasadniczej procedury przedstawiania dokumentów w Pzp, w szczególności od zasady wyrażonej w art. 26 ust. 2-4 Pzp, a Zamawiający nie jest w żaden sposób zobligowany do wezwania Odwołującego celem udowodnienia jakichkolwiek wątpliwych okoliczności w niniejszym zakresie.
27. Z powyższym stanowiskiem nie sposób się zgodzić, a tego typu czynności Zamawiającego podjęte bez uprzedniego wyjaśnienia istotnych według niego faktów i okoliczności związanych z self-cleaningiem Odwołującego należy uznać za niemożliwe do pogodzenia z zasadą proporcjonalności. Zgodnie z wyrokiem Izby z dnia 30.01.2017 r. (sygn. akt KIO 2199/16) *Zamawiający powinien mieć na względzie, że w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zobowiązany do pełnego i wszechstronnego zbadania okoliczności w ramach podejmowanych czynności, w szczególności w odniesieniu do czynności o tak doniosłych skutkach jak wykluczenie wykonawcy z postępowania.*
28. Wskazać tu również należy, że *„instytucje zamawiające powinny w trakcie całego postępowania przestrzegać zasad udzielania zamówień ustanowionych w art.18 dyrektywy 2014/24, wśród których znajdują się, w szczególności, zasady równego traktowania i proporcjonalności (wyrok z dnia 26 września 2019 r., Vitali, C-63/18, EU:C:2019:787, pkt 39 i przytoczone tam orzecznictwo), oraz po drugie, że zgodnie z zasadą proporcjonalności, która stanowi ogólną zasadę prawa Unii, przepisy ustanawiane przez państwa członkowskie lub instytucje zamawiające w ramach wdrażania postanowień tej dyrektywy, takie jak przepisy mające na celu ustanowienie warunków wykonania art. 57 wspomnianej dyrektywy, nie powinny wykraczać poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia celów przewidzianych przez tę dyrektywę.”*⁶ Na zasadę

⁶ Wyrok TSUE z 30 stycznia 2020 w sprawie C-395/18. Trybunał wskazuje także, że: „jeżeli chodzi o zasadę proporcjonalności, to należy przypomnieć, poza orzecznictwem wymienionym w pkt 45 niniejszego wyroku, że z motywu 101 akapit trzeci dyrektywy 2014/24 wynika, że przy stosowaniu fakultatywnych podstaw wykluczenia, takich jak podstawy znajdujące się w art. 57 ust. 4 lit. a) tej dyrektywy, instytucje zamawiające

proporcjonalności wskazuje także – stricte w odniesieniu do self-cleaningu – art. 24 ust. 9 Pzp, nakazujący Zamawiającemu dokonanie oceny działań wykonawcy przy uwzględnieniu m.in. wagi i szczególnych okoliczności czynu wykonawcy.

29. Powyższe oznacza, że Zamawiający – przed dokonaniem tak ostatecznej czynności, jak wykluczenie wykonawcy z Postępowania, zwłaszcza w odniesieniu do przesłanek fakultatywnych – powinien szczegółowo przeanalizować, czy sankcja ta w kontekście podjętych przez Sanito środków staranności oraz naprawczych, jest proporcjonalna w okolicznościach danej sprawy. Zamawiający w ogóle takiej analizy nie przeprowadził. Nie uwzględnił m.in., oceniając self-cleaning Sanito, transparentności działania Odwołującego, czy też okoliczności, iż mowa jest o konsekwencjach wykluczenia z przetargów publicznych na wiele lat, jak i faktu, iż sytuacja związana z niewykonaniem przedmiotowych umów była sytuacją wyjątkową, mającą miejsce w tym samym krótkim okresie czasu. Łączna liczba niewykonanych instalacji w ramach dwóch umów z gminą Orla i dwóch umów z gminą Narewka wyniosła 135 instalacji – a zatem wykluczenie opiera się na błędach popełnionych w odniesieniu do ok. 0,5 % wartości innych projektów zrealizowanych należycie w latach 2017-2019. Kluczowe jest przy tym, że wskazane błędy Odwołujący zapłacił już znaczną cenę, poniósł poważne konsekwencje (m.in. w postaci wykluczenia z innych postępowań oraz poniesienia wysokich kosztów reorganizacji działalności) oraz wyciągnął wnioski skutkujące usprawnieniem mechanizmów funkcjonowania przedsiębiorstwa Sanito, co eliminuje ryzyko tego typu zdarzeń w przyszłości.
30. Natomiast odnośnie kwestii stosowania art. 26 ust. 3 i 4 dawnego Pzp do dokumentów dot. self-cleaningu należy wskazać, iż stanowisko, iż są to dokumenty o wyjątkowym statusie, do których nie znajdują zastosowania ogólne zasady przedkładania i uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu czy brak podstaw wykluczenia – jest nietrafne. W przepisach Pzp na próżno szukać regulacji wyłączającej stosowanie art. 26 ust. 3 i ust. 4 do dokumentów dotyczących self-cleaningu. Wyjaśnienia czy dowody dotyczące self-cleaningu są załącznikami do JEDZ (w postępowaniach ponadprogowych) lub do oświadczeń o spełnianiu warunków i braku podstaw wykluczenia składanych w innej formie (w postępowaniach o wartości poniżej progów unijnych), i na tej samej zasadzie – jako mieszczące się w kategorii dokumentów podmiotowych - powinny być wyjaśnianie czy uzupełniane⁷. W realiach niniejszej sprawy Odwołujący nie był wzywany przez Zamawiającego do wyjaśnień lub uzupełnień w zakresie self-cleaningu.
31. W orzecznictwie KIO podkreśla, się że zamawiający ma obowiązek umożliwić wykonawcy skorzystanie z procedury samooczyszczenia, zwłaszcza w sytuacji przesłanek wykluczenia o charakterze ocennym, gdy wykonawca oświadczy w JEDZ, że nie podlega wykluczeniu, a zamawiający uzna, że przesłanki wykluczenia zostały jednak spełnione. Wówczas zamawiający

powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności, uwzględniając między innymi drobny charakter nieprawidłowości lub powtarzanie się drobnych nieprawidłowości”.

⁷ W treści w zasadzie każdego orzeczenia TSUE podkreśla się wynikającą z przepisów Dyrektywy klasycznej konieczność umożliwienia wykonawcy przedstawienia dowodów, iż przedsięwziął skuteczny self-cleaning, tj. *de facto* i *de iure* dowodów, iż nie podlega wykluczeniu (np. wyrok TSUE z dnia 11 czerwca 2020 r., C-472/19 Vert Marine).

powinien wezwać odwołującego w trybie art. 26 ust. 3. do poprawienia oświadczenia JEDZ, a także do uzupełnienia rubryki tego oświadczenia dotyczącej samooczyszczenia, umożliwiając wykonawcy przedstawienie ewentualnych dowodów w ramach procedury samooczyszczenia (por. np. wyroki KIO z 8 grudnia 2017 r., KIO 2443/17 i z 20 grudnia 2016 r., KIO 2335/16). Stąd niezrozumiałe i wewnętrznie sprzeczne jest stanowisko, iż konieczne jest wezwanie do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wszystkich dokumentów świadczących o self-cleaningu, a już niemożliwe jest wezwanie do uzupełnienia czy nawet wyjaśnienia pojedynczych dokumentów. Jest to również niezgodne z zasadą wykładni z większego na mniejsze.

32. W polskim systemie zamówień publicznych regulacja art. 26 ust. 3 uchylonego Pzp odgrywała (i odgrywa) bardzo istotną rolę swoistego ograniczenia formalizmu postępowania o udzielenie zamówienia. Stąd, jak najbardziej słusznie orzecznictwo wskazuje, iż w przypadku uznania, że przesłanki wykluczenia, wbrew stanowisku wykonawcy, jednak zachodzą, JEDZ i dokumenty do niego załączone podlegały będą uzupełnieniu **w pełnym zakresie** właśnie na podstawie i w drodze zastosowania ww. przepisu. Niezrozumiałe jest więc z jakich względów, w sytuacji kompletnego braku/nieprzedłożenia oraz kardynalnych błędów w tych samych dokumentach (np. zaznaczenia w JEDZ braku określonej podstawy wykluczenia i/lub niezałączenia jakichkolwiek dokumentów świadczących o samooczyszczeniu), wskazane dokumenty podlegają uzupełnieniu. Natomiast w sytuacji niewielkich błędów czy braków w tych dokumentach (np. niejasności jakiegoś zagadnienia lub braku dowodu na okoliczność, która w wyjaśnieniach jest podnoszona, a jednocześnie nie może być przyjęta jako wiarygodna na podstawie samego oświadczenia Wykonawcy) – według Zamawiającego uzupełnieniu już nie podlegają. Konsekwencją takiego stanowiska jest konstatacja, iż brak wszystkich dokumentów potwierdzających dokonanie self-cleaningu podlegał będzie obligatoryjnemu uzupełnieniu, natomiast brak tylko niektórych takiemu uzupełnieniu (bądź wyjaśnieniu) podlegał nie będzie.
33. Niedopuszczalności wyjaśnień niejasności czy uzupełnień dokumentów składających się na self-cleaning, nie sposób również wywodzić z faktu, iż ciężar wykazania skuteczności self-cleaningu spoczywa na wykonawcy. Ta sama zasada i rozkład ciężaru dowodu dotyczy wszystkich warunków udziału w postępowaniu i podstaw wykluczenia – wykonawca, który wbrew ciążącemu na nim obowiązкови nie wykazał ich spełniania podlega wykluczeniu, a pomimo tego nie budzi żadnych wątpliwości, iż procedura opisana w art. 26 ust. 3 i 4 znajdowała swoje zastosowanie do braków w tego rodzaju dowodzeniu. Przy czym na marginesie można dodać, że o ile w świetle orzecznictwa, procedura uzupełniania dokumentów w oparciu o art. 26 ust. 3 uchylonego Pzp powinna być jednokrotna, to wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 mogą być żądane i składane niejako „do skutku” jeśli tylko jakieś kwestie pozostają niejasne i istnieje taka potrzeba. Nie obowiązuje nawet w ich zakresie zasada jednokrotności wezwania.
34. Skoro więc ocena podstaw wykluczenia i związanej z tym skuteczności wdrożonego self-cleaningu, co do zasady, winny prowadzić do realnych ustaleń i dążenia do budowania stosunku zaufania (za powoływaniem orzecznictwem TSUE), takie wyjaśnienia oraz ewentualne uzupełnienia dokumentów należy postulować. Natomiast zakładanie i postulowanie, iż w ramach badania kilkusetstronicowych dokumentów, wyjaśnień i dowodów wszystko od razu będzie/ma być oczywiste i jasne dla innego podmiotu (zamawiającego), budzić może jedynie zdumienie.

Tego typu postulat należy ocenić jako skrajny formalizm, który nie znajduje żadnego oparcia w przepisach i nie powinien mieć miejsce w praktyce stosowania prawa.

35. Stanowisko w przedmiocie oceny, wyjaśniania i uzupełniania dokumentów składających się na self-cleaning Odwołującego, zaprezentowane przez Zamawiającego, z pewnością nie służy budowie „stosunku zaufania”, o którym mowa w wyroku TSUE z 19 czerwca 2019 r. C 41/18 Meca Srl, któremu służyć ma ze strony wykonawcy wdrożenie i przedstawienie procedury self-cleaningu, a ze strony zamawiającego jej zrozumienie i ocena. Nie daje się również pogodzić z podkreślanymi w wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 14 stycznia 2021 C-387/19 *RTS Infra*, zasadami ogólnymi prawa Unii – prawem do obrony i prawem do bycia wysłuchanym.

W tych okolicznościach sprawy, wnoszę jak *w petitum*.

W imieniu Odwołującego:

Załączniki:

1. Pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej;
2. Odpis z KRS;
3. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
4. Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu.