

Self-cleaning, czyli samooczyszczenie się wykonawcy – ucieczka od odpowiedzialności czy rzetelność wykonawcy



GRUPA DORADCZA KZP

www.grupakzp.pl

Patronat merytoryczny:



Kancelaria Radcy Prawnego Dariusz Ziemiński & Partnerzy

Self-cleaning, czyli samooczyszczanie się wykonawcy – ucieczka od odpowiedzialności czy rzetelność wykonawcy



SELF-CLEANING (kiedy z niego korzystać - obligatoryjne podstawy wykluczenia)

Z procedury samooczyszczenia może skorzystać wykonawca, który podlega wykluczeniu z uwagi na obligatoryjną podstawę wykluczenia z udziału w postępowaniu wskazaną w art. 24 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, tj.:

13) wykonawca będący osobą fizyczną, którego prawomocnie skazano za przestępstwo:

- a) o którym mowa w art. 165a, art. 181-188, art. 189a, art. 218-221, art. 228-230a, art. 250a, art. 258 lub art. 270-309 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny (Dz.U. z 2016 r. poz. 1137, z późn. zm.) lub art. 46 lub art. 48 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie (Dz.U. z 2016 r. poz. 176, 1170 i 1171 oraz z 2017 r. poz. 60 i 1051),
- b) o charakterze terrorystycznym, o którym mowa w art. 115 § 20 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny,
- c) skarbowe,
- d) o którym mowa w art. 9 lub art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. poz. 769);

14) wykonawca, jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w pkt 13;

- Wykluczenie następuje w ww. przypadkach w pkt 13 lit. a, b, c i pkt 14 jeżeli nie upłynęło **5 LAT**/ pkt 13 lit. d i pkt 14 **3 LATA** od dnia uprawomocnienia się wyroku, chyba że w wyroku określono inny okres wykluczenia.
- **JEDZ przewiduje rubrykę na dokonanie samooczyszczenia.**

SELF-CLEANING (kiedy z niego korzystać - obligatoryjne podstawy wykluczenia)

16) wykonawca, 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;

- Brak wskazania okresu w jakim następuje wykluczenie z udziału w postępowaniu – czy przez cały czas należy dokonywać self-cleaning?

17) wykonawca, 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;

- Brak wskazania okresu w jakim następuje wykluczenie z udziału w postępowaniu – czy przez cały czas należy dokonywać self-cleaning?

18) wykonawca, który bezprawnie wpływał lub próbował **wpłynąć na czynności zamawiającego** lub **pozyskać informacje poufne**, mogące dać mu przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

- Wykluczenie następuje jeżeli nie upłynęły **3 LATA** od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

- **JEDZ (Część III, Sekcja C): art. 24 ust. 1 pkt 16, 17, 18 ustawy Pzp – obligatoryjne podstawy wykluczenia.**
- **JEDZ nie przewiduje rubryki, w której wykonawca mógłby dokonać self-cleaning.**

SELF-CLEANING (kiedy z niego korzystać - obligatoryjne podstawy wykluczenia)

19) wykonawca, który **brał udział w przygotowaniu** postępowania o udzielenie zamówienia lub którego pracownik, a także osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, brał udział w przygotowaniu takiego postępowania, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu;

- Brak wskazania okresu w jakim następuje wykluczenie z udziału w postępowaniu – czy przez cały czas należy dokonywać self-cleaning?
- **JEDZ (Część III, Sekcja C):** „Czy wykonawca lub przedsiębiorstwo związane z wykonawcą doradzał(-o) instytucji zamawiającej lub podmiotowi zamawiającemu bądź był(-o) w inny sposób zaangażowany(-e) w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia? Jeżeli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat:”.

20) wykonawca, który z innymi wykonawcami **zawarł porozumienie** mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych;

- Wykluczenie następuje jeżeli nie upłynęły **3 LATA** od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.
- **JEDZ (Część III, Sekcja C)** – możliwość dokonania self-cleaning: „Jeżeli tak, czy wykonawca przedsięwziął środki w celu samooczyszczenia? [] Tak [] Nie Jeżeli tak, proszę opisać przedsięwzięte środki:”.

SELF-CLEANING (kiedy z niego korzystać - fakultatywne podstawy wykluczenia)

Art. 24 ust. 5 ustawy Pzp: Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę – jeżeli podstawy te zostaną wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu/SIWZ; **w tych przypadkach można skorzystać z procedury self-cleaning:**

1) w stosunku do którego **otwarto likwidację**, w zatwierdzonym przez sąd układzie w postępowaniu restrukturyzacyjnym jest przewidziane zaspokojenie wierzycieli przez likwidację jego majątku lub sąd zarządził likwidację jego majątku w trybie art. 332 ust. 1 ustawy z dnia 15 maja 2015 r. - Prawo restrukturyzacyjne (Dz.U. z 2016 r. poz. 1574, 1579, 1948 i 2260) lub którego upadłość ogłoszono, z wyjątkiem wykonawcy, który po ogłoszeniu upadłości zawarł układ zatwierdzony prawomocnym postanowieniem sądu, jeżeli układ nie przewiduje zaspokojenia wierzycieli przez likwidację majątku upadłego, chyba że sąd zarządził likwidację jego majątku w trybie art. 366 ust. 1 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. - Prawo upadłościowe (Dz.U. z 2016 r. poz. 2171, 2260 i 2261 oraz z 2017 r. poz. 791);

➤ **JEDZ (Część III, Sekcja C):** „Proszę podać powody, które pomimo powyższej sytuacji umożliwiają realizację zamówienia, z uwzględnieniem mających zastosowanie przepisów krajowych i środków dotyczących kontynuowania działalności gospodarczej?”

SELF-CLEANING (kiedy z niego korzystać - fakultatywne podstawy wykluczenia)

2) 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;

- Wykluczenie następuje jeżeli nie upłynęły **3 LATA** od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.
- **JEDZ (Część 3, Sekcja C)** – możliwość dokonania self-cleaning: „Jeżeli tak, czy wykonawca przedsięwziął środki w celu samooczyszczenia? [] Tak [] Nie Jeżeli tak, proszę opisać przedsięwzięte środki:”

SELF-CLEANING (kiedy z niego korzystać - fakultatywne podstawy wykluczenia)

3) jeżeli wykonawca lub osoby, o których mowa w ust. 1 pkt 14, uprawnione do reprezentowania wykonawcy **pozostają w relacjach określonych w art. 17 ust. 1 pkt 2-4 z:**

a) zamawiającym,

b) osobami uprawnionymi do reprezentowania zamawiającego,

c) członkami komisji przetargowej,

d) osobami, które złożyły oświadczenie, o którym mowa w art. 17 ust. 2a

- chyba że jest możliwe zapewnienie bezstronności po stronie zamawiającego w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu;

➤ **JEDZ (Część III, Sekcja C):** „Czy wykonawca wie o jakimkolwiek konflikcie interesów spowodowanym jego udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia? **Jeżeli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat**”.

SELF-CLEANING (kiedy z niego korzystać - fakultatywne podstawy wykluczenia)

4) 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;

- Wykluczenie następuje jeżeli nie upłynęły **3 LATA** od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.
- **JEDZ (Część III, Sekcja C)** – możliwość dokonania self-cleaning: „Jeżeli tak, czy wykonawca przedsięwziął środki w celu samooczyszczenia? [] Tak [] Nie Jeżeli tak, proszę opisać przedsięwzięte środki:”

SELF-CLEANING (kiedy z niego korzystać - fakultatywne podstawy wykluczenia)

- 5) będącego **osobą fizyczną**, którego prawomocnie skazano za wykroczenie przeciwko **prawom pracownika** lub wykroczenie przeciwko **środowisku**, jeżeli za jego popełnienie wymierzono karę aresztu, ograniczenia wolności lub karę grzywny nie niższą niż 3000 złotych;
- 6) jeżeli urzędującego **członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, współnika** spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub **prokurenta** prawomocnie skazano za wykroczenie, o którym mowa w pkt 5;
- 7) wobec którego wydano **ostateczną decyzję administracyjną** o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa pracy, prawa ochrony środowiska lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym, jeżeli wymierzono tą decyzją karę pieniężną nie niższą niż 3000 złotych;
- Pkt 5, 6, 7 – wykluczenie następuje jeżeli nie upłynęły **3 LATA** od dnia uprawomocnienia się wyroku, chyba że w wyroku wskazany inny okres wykluczenia/ od dnia, w którym decyzja potwierdzająca zaistnienie jednej z podstaw wykluczenia stała się ostateczna.

SELF-CLEANING (kiedy z niego korzystać - fakultatywne podstawy wykluczenia)

8) który naruszył obowiązki dotyczące **płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne**, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 15, chyba że wykonawca dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności.

- Brak wskazania okresu w jakim następuje wykluczenie z udziału w postępowaniu – czy przez cały czas należy dokonywać self-cleaning?

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. **Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się, jeżeli wobec wykonawcy, będącego podmiotem zbiorowym, orzeczono prawomocnym wyrokiem sądu zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz nie upłynął określony w tym wyroku okres obowiązywania tego zakazu.**

Art. 24 ust. 9 ustawy Pzp: Wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli **zamawiający, uwzględniając wagę** i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8.

Art. 24 ust. 12 ustawy Pzp: **Zamawiający może wykluczyć wykonawcę na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia.**

Art. 57 ust. 6 dyrektywy klasycznej (dyrektywa PE i Rady 2014/24/UE)

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

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

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

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

Brak określenia w ustawie Pzp momentu na jaki dany wykonawca ma przedstawić dowody świadczące o *self-cleaningu*, tj. czy tylko na moment składania ofert lub wniosków (co wynika z faktu, iż JEDZ składany jest w tej dacie), czy też możliwe jest w tym względzie **późniejsze wezwanie zamawiającego?** - „zapobiegliwy” wykonawca, jako profesjonalista, na wszelki wypadek już wraz z ofertą/wnioskiem złoży wszystkie dokumenty potwierdzające, że nie podlega on wykluczeniu. Z drugiej strony przecież może toczyć się spór sądowy, wówczas nie powinien dobrowolnie osłabiać swojej pozycji w tym sporze i powinien liczyć na wezwanie do uzupełnienia JEDZ. W piśmiennictwie wskazuje się, że nie sposób wywieść, aby, co do zasady, zamawiający bez umożliwienia wykonawcy złożenia wyjaśnień mógł samodzielnie uznać, że wykonawca ten w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe.

Dowody na moment składania wniosku/oferty, **o ile okoliczności naruszenia są znane wykonawcy**, jeżeli jednak jest przekonany, że nie zachodzą wobec niego przesłanki wykluczenia, a okoliczności ujawnią się dopiero po terminie składania oferty, zamawiający ma obowiązek wyjaśnić, tak samo gdy poweźmie wątpliwości co do informacji zawartych w JEDZ.

Self-cleaning służy temu aby **w przypadku stwierdzenia określonych naruszeń zamawiający nie był uprawniony do wykluczenia wykonawcy, jeżeli ten ostatni udowodni, że podjął środki zaradcze w celu wyeliminowania powstania takich naruszeń w przyszłości, jak też w celu naprawienia szkody.** Podjęte środki muszą być uznane za wystarczające do stwierdzenia, że popełniony czyn lub zaniechanie z dużym prawdopodobieństwem nie będzie mieć miejsca w przyszłości. Trzeba 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 klasycznej, 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.

- Ustawa nie wskazuje zamkniętego katalogu środków jakie należy podjąć.
- Stopień szczegółowości wyjaśnień zależy od wykonawcy i sytuacji jaką chce wyjaśnić, ale musi przekonać zamawiającego.
- Ważne, aby osoby dodatkowo szkolić, wdrażać procedury naprawcze, kontroli i nadzoru.

Motyw 102 dyrektywy klasycznej: Należy jednak **uwzględnić możliwość przyjęcia przez wykonawców środków dostosowawczych mających na celu naprawę skutków wszelkich przestępstw lub naruszeń oraz skuteczne zapobieganie dalszym przypadkom niewłaściwego zachowania**. Środki takie mogą w szczególności obejmować 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 audytu wewnętrznego monitorującego przestrzeganie i przyjęcie wewnętrznych zasad odpowiedzialności i odszkodowań. W przypadku gdy działania te oferują wystarczające gwarancje, dany wykonawca nie powinien być już wykluczany jedynie ze wspomnianych względów. Wykonawcy powinni mieć możliwość zwracania się o zbadanie środków dostosowawczych podjętych w celu ewentualnego dopuszczenia do postępowania o udzielenie zamówienia.

Jednak to państwom członkowskim należy pozostawić określenie szczegółowych warunków proceduralnych i merytorycznych mających zastosowanie w takich przypadkach. Państwa członkowskie powinny w szczególności mieć swobodę w decydowaniu, czy zezwolić poszczególnym instytucjom zamawiającym na przeprowadzanie stosownych ocen, czy też powierzyć to zadanie innym organom na szczeblu centralnym lub niższym.

Motyw 100 dyrektywy klasycznej

Nie należy udzielać zamówień publicznych wykonawcom, którzy byli członkami organizacji przestępczej lub których uznano winnymi korupcji, nadużycia ze szkodą dla interesów finansowych Unii, przestępstw terrorystycznych, prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu. Obowiązkowe wykluczenie na szczeblu unijnym powinno również obejmować wykonawców uchylających się od płacenia podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne. Państwa członkowskie powinny jednak mieć możliwość przewidzenia odstępstwa od tych obowiązkowych wykluczeń **w sytuacjach wyjątkowych, gdy nadrzędne wymogi w interesie ogólnym sprawiają, że udzielenie zamówienia jest niezbędne**. Może to obejmować przypadki, gdy na przykład pilnie potrzebne szczepionki lub sprzęt ratowniczy mogą być zakupione wyłącznie od wykonawcy, do którego miałyby zastosowanie jedna z obowiązkowych podstaw wykluczenia.

Jak skutecznie przeprowadzić samooczyszczenie?

1) Zasadniczo do pozytywnego dla wykonawcy wyniku procedury samooczyszczenia konieczne jest przyznanie przez wykonawcę, że podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 13, 14, 16-20 lub ust. 5 ustawy Pzp (jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 ustawy Pzp, to musi wskazać podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu, w SIWZ lub w zaproszeniu do negocjacji). Jest to stanowisko logiczne i wynikające z konieczności podjęcia przez wykonawcę odpowiednich środków potwierdzających jego rzetelność. Trudno mówić o podjęciu stosownych środków skoro wykonawca nie przyznaje się do czynu / zaniechania będącego przestanką w ww. podstawach wykluczenia.

Wyrok KIO z dnia 19 października 2017 r., sygn. akt: KIO 2056/17:

„W przypadku wprowadzenia w błąd przez wykonawcę tzw. samooczyszczenie, o którym mowa w tym przepisie, powinno w szczególności polegać na przyznaniu się do wprowadzenia w błąd zamawiającego, wyjaśnieniu okoliczności tego czynu i przedstawieniu środków wystarczających do wykazania rzetelności wykonawcy. Pomimo podniesienia przedmiotowego zarzutu w treści odwołania Przystępujący Pirios nie skorzystał z możliwości przewidzianej dla wykonawców ww. przepisem, ani w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ani w toku rozprawy przed Izbą, pozostając przy swoim stanowisku.”

SELF-CLEANING (JAK SKUTECZNIE PRZEPROWADZIĆ)

2) Koniecznym elementem jest podjęcie przez wykonawcę środków, które są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpraca 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 musi też przedstawić Zamawiającemu dowody na podjęcie takich wystarczających środków.

Czyli

**skuteczne samooczyszczenie się =
podjęcie środków, które gwarantują rzetelność wykonawcy +
przedstawienie Zamawiającemu dowodów na podjęcie takich środków**

Wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1522/17:

„Kwestią wymagającą rozstrzygnięcia była prawidłowość dokonanej przez Zamawiającego oceny skuteczności wskazanych przez Odwołującego środków w ramach tzw. samooczyszczenia. Odwołujący złożył bowiem oświadczenie, że podlega wykluczeniu na podstawie przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, wobec czego prowadzona przez niego w odwołaniu i na rozprawie polemika odnośnie przyczyn niewykonania wcześniejszej umowy zawartej z Zamawiającym oraz przedstawione w tym zakresie dowody (zob. dowody O1-O4 i Z1), pozbawione były doniosłości prawnej. (...) W pierwszej kolejności zauważyć należy, że Odwołujący w treści oświadczenia załączonego do oferty, poza informacją o naprawieniu wyrządzonej Zamawiającemu szkody (zapłaceniu kary umownej), co Izba uznała za niewystarczające do wykazania rzetelności Odwołującego, wskazał wyłącznie na podjęcie jednego środka mającego dowodzić jego rzetelności, a to powołanie zespołu pracowników weryfikującego na poszczególnych etapach przygotowywania oferty rzetelność opisu przedmiotu zamówienia.”

Zatem:

- skoro wykonawca przeprowadza samooczyszczenie, to nie dyskutuje z przyznanymi podstawami wykluczenia,**
- sama, nawet dobrowolna zapłata kar umownych przez wykonawcę nie wystarczy do wykazania skutecznego samooczyszczenia.**

SELF-CLEANING (JAK SKUTECZNIE PRZEPROWADZIĆ)

Wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1522/17 c.d.:

„Pozostałe, wymienione dopiero w odwołaniu działania (wymierzenie kary pracowniczej, zakończenie współpracy z kontrahentem) nie mogły zostać wzięte przez skład orzekający pod uwagę. Warto przypomnieć, że w świetle przepisu art. 24 ust. 9 Pzp, ocena skuteczności czynności samooczyszczenia należy do zamawiającego, w konsekwencji czego uznać należy, że musi być dokonywana w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie zaś w postępowaniu odwoławczym. Rolą Izby jest, jak wspomniano, kontrola prawidłowości dokonanej oceny, wobec czego nie może się ona opierać na okolicznościach nieznanych zamawiającemu w momencie podejmowania weryfikowanej w postępowaniu odwoławczym decyzji.”

Czyli wszystkie działania pojęte w ramach samooczyszczenia wykonawca wskazuje Zamawiającemu a nie KIO na etapie postępowania odwoławczego (analogicznie jak przy wyjaśnieniach ceny).

Wykonawca powinien przedłożyć zamawiającemu raport z procedury samooczyszczenia – np. w przypadku fakultatywnej podstawy wykluczenia opisanej w art. 24 ust. 5 pkt 2) lub 4) ustawy Pzp, w którym wykonawca przedstawia analizę przyczyn niepowodzenia projektu oraz opisuje podjęte środki naprawcze (techniczne, strukturalne, organizacyjne, kadrowe) gwarantujące niepowtórzenie się podobnej sytuacji w przyszłości.

SELF-CLEANING (JAK SKUTECZNIE PRZEPROWADZIĆ)

Wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1522/17 c.d.:

*„Po drugie skład orzekający podziela zapatrywania Zamawiającego o **braku adekwatności zastosowanego przez Odwołującego środka do charakteru popełnionego deliktu**. Trzeba mieć na względzie, że przepis art. 24 ust. 8 Pzp stanowi o środkach odpowiednich dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. O ile można zgodzić się z twierdzeniem, że powołanie zespołu mającego weryfikować prawidłowość sporządzanych opisów przedmiotów zamówień może wpłynąć pozytywnie na proces szacowania cen ofert, zapobiegając, przykładowo, składaniu ofert z cenami rażąco niskimi, o tyle środek taki, w ocenie Izby, nie przekłada się na terminowość realizacji zamówień. Przypomnieć należy, że choć wskazywaną przez Odwołującego podstawą odstąpienia od wcześniejszej umowy z Zamawiającym było niedoszacowanie ceny oferty, to jednak Odwołujący konsekwentnie pomija, że w dacie odstąpienia od umowy pozostawał on w opóźnieniu z przyczyn, za które ponosił odpowiedzialność, o czym świadczy wskazanie przez niego na istnienie podstaw do wykluczenia go z Postępowania. W przekonaniu składu orzekającego terminowość wykonywania prac, w zakresie zależnym od wykonawcy, determinowana jest m.in. wielkością potencjału (osobowego, sprzętowego) zaangażowanego w realizację zamówienia, jego właściwościami (np. wykształcenie, doświadczenie), organizacją pracy, sposobem jej wykonywania, itp. Na podjęcie takich działań Odwołujący nie powołał się ani w treści oświadczenia, ani w odwołaniu.”*

SELF-CLEANING (CZY MOŻLIWE JEST WEZWANIE DO UZUPEŁNIENIA)

Czy jest możliwe wezwanie do uzupełnienia (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp) w zakresie samooczyszczenia?

1) TAK – wyrok KIO z dnia 9 lutego 2017 r., KIO 163/17:

*„Procedura samooczyszczenia (z ang. self-cleaning) polega na tym, że przed podjęciem decyzji o wykluczeniu wykonawcy, m.in. na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp, **zamawiający obowiązany jest umożliwić wykonawcy przedstawienie dowodów na podjęcie takich środków, które gwarantują jego rzetelność.** Pozytywna weryfikacja tych dowodów obliguje zaś zamawiającego do zaniechania wykluczenia wykonawcy z postępowania. Z regulacji tych wynika zatem de facto dodatkowa przesłanka wykluczenia wykonawcy, jaką jest umożliwienie wykonawcy przedstawienia dowodów na samooczyszczenie. Tymczasem w uzasadnianiu czynności wykluczenia odwołującego z części 9 postępowania próżno było szukać odniesienia się przez zamawiającego do powodów, dla których uznał, że dowody złożone przez wykonawcę w ramach instytucji samooczyszczenia są niewystarczające. Nie można się zgodzić ze stanowiskiem zamawiającego przedstawionym w odpowiedzi na odwołanie, który wywiódł, że skoro wykonawca p. D.G. w dokumencie JEDZ nie uważał się za winnego poważnego wykroczenia zawodowego, to niejako sam zrezygnował z możliwości samooczyszczenia. Zdaniem Izby, obowiązek umożliwienia wykonawcy przedstawiania dowodów na samooczyszczenie, jak literalnie stanowi przepis, dotyczy każdego wykonawcy, który podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 Pzp.*

SELF-CLEANING

(CZY MOŻLIWE JEST WEZWANIE DO UZUPEŁNIENIA)

C.d.

Okoliczność, czy wykonawca dopuścił się poważnego wykroczenia zawodowego ma charakter obiektywny. Charakteru tego nie zmienia ewentualna błędna kwalifikacja przedstawiona przez wykonawcę w dokumencie JEDZ. Jeżeli zatem zamawiający uważał, że wykonawca p. D.G. jest winien poważnego wykroczenia zawodowego, powinien dać temu wyraźnie wyraz w korespondencji kierowanej do odwołującego. Zamawiający powinien wezwać odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do poprawienia oświadczenia JEDZ, a także do uzupełnienia rubryki tego oświadczenia dotyczącej samooczyszczenia, umożliwiając wykonawcy przedstawienie ewentualnych dowodów w ramach procedury samooczyszczenia. Za wypełnienie tych obowiązków nie można było uznać wezwania, jakie zamawiający skierował do odwołującego 28 grudnia 2016 r w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. W piśmie tym zamawiający wezwał jedynie odwołującego do złożenia wyjaśnień dlaczego w części III JEDZ dla wykonawcy p. D.G. zaznaczono, iż wykonawca ten nie jest winien poważnego wykroczenia zawodowego, w sytuacji gdy w roku 2016 r. konsorcjum w skład którego wchodził p. miał nieterminowo wykonywać prace, wykonywać prace przez osoby niezgłoszone, że naliczono kary umowne i że miał miejsce fakt wykonania zastępczego. (...) W konsekwencji należało uznać, że zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy do poprawienia i uzupełnienia oświadczenia JEDZ, a także art. 24 ust. 8 i 9 Pzp przez uniemożliwienie wykonawcy przedstawienia dowodów na tzw. samooczyszczenie.”

2) NIE – skoro warunkiem *sine qua non* procedury samooczyszczenia jest uznanie przez wykonawcę faktu, że popełnił delikt, którego ma dotyczyć samooczyszczenie, a przyznanie ma nastąpić w JEDZ (w jego odpowiedniej części).

Wyrok KIO z dnia 19 maja 2017 r., sygn. akt KIO 859/17, KIO 867/17, KIO 894/17

„Zdaniem Izby z przepisów nie wynika natomiast, że Zamawiający zobligowany jest do wszczęcia procedury samooczyszczenia. Co do zasady wydawać się może, że procedurę powinien zainicjować zamawiający jako podmiot posiadający wiedzę o zamiarze wykluczenia danego wykonawcy. Nie można jednak abstrahować od stanu faktycznego w przedmiotowym postępowaniu, gdzie **Strony** (czyli Zamawiający i Odwołujący 2) **nadal są w sporze**, czy kwestionowane informacje miały charakter nieprawdziwy. Sam Odwołujący 2 na rozprawie podkreślał, że w sprawie KIO 382/17 złożył skargę na orzeczenie Izby do właściwego sądu okręgowego. **Nie może więc On potwierdzić nieprawdziwości złożonych informacji, ponieważ powyższe mogłoby zostać poczytane za przyznanie istotnych okoliczności faktycznych i skutkować oddaleniem powództwa. Trudno zatem sobie wyobrazić w jaki sposób wykonawca mógłby skorzystać z procedury self-cleaningu.** Tym niemniej Odwołujący 2 posiadając wiedzę o orzeczeniu KIO 382/17 samodzielnie mógł wyjaśnić Zamawiającemu okoliczności złożenia oferty z nieprawidłowymi danymi i przedstawić dowody, że podjął określone środki i działania, które zapobiec mają takim sytuacjom w przyszłości. **Nie można zatem czynić Zamawiającemu zarzutu zaniechania wezwania wykonawcy w trybie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, w sytuacji której Odwołujący 2 posiadał możliwość oczyszczenia się z zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji, niezależnie od innych czynności, które zamierzał podjąć Zamawiający.**”

Wyrok KIO z dnia 22 września 2017 r., sygn. akt KIO 1851/17

*„Według zapatrywania Izby zarówno samo oświadczenie o samooczyszczeniu, jak i wykazanie przez Odwołującego uiszczenia kary umownej nie jest wystarczające do zastosowania przepisu art. 24 ust. 9 ZamPublU, zgodnie z którym wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8. **Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że w ramach procedury samooczyszczenia Zamawiający ma prawny obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na zasadzie art. 26 ust. 2f ZamPublU** stanowiącego, że jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, a jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio oświadczenia lub dokumenty nie są już aktualne, do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów. **Zdaniem Izby powyższy przepis ma charakter fakultatywny, a w stosunku do przepisu art. 24 ust. 8 ZamPublU nie ma on w ogóle zastosowania z tego powodu, że przepisu art. 24 ust. 8 ZamPublU ma charakter przepisu szczególnego obejmującego swoją dyspozycją wolę wykonawcy do samooczyszczenia.**”*

SELF-CLEANING

(CZY MOŻLIWE JEST WEZWANIE DO UZUPEŁNIENIA)

Wyrok KIO z dnia 22 września 2017 r., sygn. akt KIO 1851/17 c.d.

„Przy czym wola ta musi przejawiać się w **aktywności wykonawcy** w postaci **konieczności przedstawienia Zamawiającemu dowodów dostatecznie potwierdzających samooczyszczenie**.

Należy również podkreślić, że oceny samooczyszczenia Zamawiający dokonuje na podstawie dostarczonych przez wykonawcę dowodów. Według Izby - Odwołujący ma uprawnienie do samooczyszczenia jedynie przed Zamawiającym w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego poprzez składanie dowodów na poparcie okoliczności poprawienia własnego postępowania, jako uczestnik obrotu zamówień publicznych, jeżeli tego nie uczyni będzie wykluczony na podstawie przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 ZamPublU. Na tle niniejszego stanu faktycznego, Izba dostrzegła, że **Odwołujący przede wszystkim nie złożył przed Zamawiającym między innymi takich dowodów jak: aktów wewnątrzorganizacyjnych świadczących o zmianie zasad realizacji umów i dokumentów świadczących o ich wdrożeniu, dokumentacji kadrowej potwierdzającej udzielenie pracownikowi winnemu niewykonania podstawowych obowiązków pracowniczych kary nagany, dokumentów potwierdzających zerwanie współpracy z firmami projektowymi, wystąpienia do rejestru działalności gospodarczej o zmianę jej profilu poprzez usunięcie usług projektowych. Poza tym samo oświadczenie Odwołującego o podjęciu środków naprawczych, pomimo przyznania zasadności podstaw do jego wykluczenia, zawierało pewne wyjaśnienia wskazujące pośrednio na współwinę Zamawiającego. Ostatecznie, Izba wzięta także pod uwagę, że Zamawiający jedynie marginalnie w swojej czynności wykluczenia Odwołującego podniósł za niewystarczającą do samooczyszczenia okoliczność zawinionych przez niego opóźnień na innych zadaniach.**”

Wyrok KIO z dnia 30 października 2017 r., sygn. akt KIO 2151/17**Stan faktyczny:**

- Wykonawca w JEDZ oświadczył, że nie zachodzą w stosunku do niego podstawy do wykluczenia.
- Na skutek przedłożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, okazało się, że członek rady nadzorczej współkonsorcjanta został skazany za przestępstwo skarbowe.
- Zamawiający wezwał wykonawcę do poprawienia JEDZ i samooczyszczenia.

„Dopiero po wezwaniu na podstawie art. 26 ust. 1 Ustawy Zamawiający ocenił potencjał wykonawcy, a także badał, czy nie zachodzi podstawa do jego wykluczenia weryfikując oświadczenia złożone w JEDZ wraz z dokumentami. Na tym etapie Zamawiający miał zatem wiedzę, iż Wykonawca nie spełniał warunku udziału w postępowaniu, gdyż przedłożona została informacja z KRK potwierdzająca karalność członka rady nadzorczej jednego z konsorcjantów. W tych okolicznościach, pomimo błędnego oświadczenia w JEDZ, Zamawiający nie został wprowadzony w błąd, którego skutkiem powinno być wykluczenie Konsorcjum MS-EKO z postępowania (art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Ustawy).”

Wyrok KIO z dnia 30 października 2017 r., sygn. akt KIO 2151/17 c.d.

*„Skoro ustawodawca wprost **nie wyłączył** możliwości uzupełnienia oświadczenia w JEDZ w części dotyczącej „samooczyszczenia”, które stanowi element badania pod kątem podstaw do wykluczenia z postępowania wykonawców, przepis art. 26 ust. 3 Ustawy może znajdować zastosowanie. Zatem w momencie stwierdzenia w trakcie weryfikacji podmiotowej, iż oświadczenie wstępne złożone w JEDZ zawiera błąd, Zamawiający nie mógł odstąpić od wezwania Wykonawcy **do uzupełnienia brakującego oświadczenia w przedmiocie samooczyszczenia, przed zakończeniem oceny i podjęciem decyzji co do możliwości udzielenia temu Wykonawcy zamówienia lub wystąpienia podstawy do jego wykluczenia z postępowania.** Zasadniczym pozostawało zatem odniesienie się do tezy Odwołującego, iż ostatecznym momentem na podjęcie środków zaradczych mających na celu samooczyszczenie było złożenie oferty. Również w odniesieniu do tej kwestii **ustawodawca nie przesądził w sposób jednoznaczny o momencie, w jakim najpóźniej wykonawca powinien przedsięwziąć środki zaradcze. Przepisu art. 24 ust. 8 Ustawy nie wskazuje na moment złożenia oferty, jako jedyny, w którym wykonawca może przedsięwziąć środki zaradcze czyniące „samooczyszczenie” skutecznym.** O skuteczności „samooczyszczenia” przesądzać może **jedynie ocena złożonych dowodów.**”*

Wyrok KIO z dnia 30 października 2017 r., sygn. akt KIO 2151/17 c.d.

„Izba uznała, iż o skuteczności samooczyszczenia wykonawcy, co do którego zachodzi podstawa do wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 14 Ustawy, przesądzała **ocena wagi oraz okoliczności czynu wraz z środkami przedsięwziętymi w celu wykazania, iż pomimo podstawy do wykluczenia z postępowania, wykonawca może być dopuszczony do realizacji zamówienia, jako dający rękojmię należytego wykonania** również w kontekście powszechnie obowiązujących przepisów prawa. Odwołujący zasadniczo nie odnosił się do wagi czynu, a tej oceny dokonał sam sąd w wyroku nakazowym przedłożonym Zamawiającemu oraz opisanym w uzupełnionym JEDZ, wskazując w uzasadnieniu, iż **stopień zawinienia i społecznej szkodliwości czynu przypisanego oskarżonemu nie są tak znaczne, aby koniecznym było wymierzenie oskarżonemu surowej kary**. Izba przyjmując tą ocenę uznała, iż **czyn polegający na wadliwym rozliczeniu podatku od faktur za usługi miał niską szkodliwość społeczną**. Odnosząc do tej oceny środki przedsięwzięte przez wykonawcę miały przekonać, iż naruszenie przepisów prawa, jakich dopuścił się w przeszłości jeden z członków Rady Nadzorczej współkonsorcjanta, **w okresie, w którym nie pełnił tej funkcji, nie będzie rzutował na realizację przedmiotu zamówienia**. W ocenie Izby, takie kroki faktycznie były już podjęte przed złożeniem oferty, chociażby poprzez **zawarcie umów z biurem księgowym** (z dnia 01.07.2013 r.) **oraz agencją księgową** (31.01.2013 r.). Bez znaczenia jest przy tym, iż umowy te były zawarte przed skazaniem, gdyż zapewnienie profesjonalnej obsługi księgowej, ma na celu ustrzeżenie podmiotu przed konsekwencjami błędów popełnianych np. przy rozliczaniu wystawianych faktur. Nie można pozbawiać znaczenia tej okoliczności, chociaż nie miała ona bezpośredniego związku ze skazaniem. Daleko idącym i pozwalającym uznać, iż skazanie członka Rady Nadzorczej nie będzie wpływać w żaden sposób na rozliczenie kontraktu, była jego **rezygnacja z funkcji** (22.09.2017 r.). Można wskazać, iż Wykonawca podjął **decyzje personalne**, których celem było przekonanie Zamawiającego, iż może być uznany za wiarygodnego partnera w umowie. Nie bez znaczenia dla tej oceny pozostawał również fakt istniejący niezależnie od przedsięwziętych środków, dotyczący rzeczywistego potencjału, jaki będzie zaangażowany w realizację zamówienia. **To nie wiedza, czy doświadczenie współkonsorcjanta, którego już byłego urzędującego członka Rady Nadzorczej skazano, było prezentowane na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu**. Tym samym Zamawiający był uprawniony uznać, iż ranga naruszenia i podjęte środki zaradcze pozwolą powierzyć to zamówienie wykonawcy, który podlegałby wykluczeniu na podstawie art. 14 Ustawy.”

SELF-CLEANING

(ZALEGŁOŚCI W PODATKACH LUB SKŁADKACH UBEZPIECZENIOWYCH)

Art. 24 ust. 1 pkt 15) ustawy Pzp (podstawa obligatoryjna wykluczenia): z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, wobec którego wydano prawomocny wyrok sądu lub ostateczną decyzję administracyjną o zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, **chyba że** wykonawca dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności;

Art. 24 ust. 5 pkt 8) ustawy Pzp (podstawa fakultatywna wykluczenia): z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 15, **chyba że** wykonawca dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności.

JEDZ (Część III, Sekcja B): „Czy wykonawca wywiązał się ze wszystkich obowiązków dotyczących płatności podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne, zarówno w państwie, w którym ma siedzibę, jak i w państwie członkowskim instytucji zamawiającej lub podmiotu zamawiającego, jeżeli jest ono inne niż państwo siedziby?”

SELF-CLEANING (ZALEGŁOŚCI W PODATKACH LUB SKŁADKACH UBEZPIECZENIOWYCH)

JEDZ (Część III, Sekcja B):

Jeżeli nie, proszę wskazać:

- a) państwo lub państwo członkowskie, którego to dotyczy;
- b) jakiej kwoty to dotyczy?
- c) w jaki sposób zostało ustalone to naruszenie obowiązków: 1) w trybie decyzji sądowej lub administracyjnej: – Czy ta decyzja jest ostateczna i wiążąca? – Proszę podać datę wyroku lub decyzji. – W przypadku wyroku, o ile została w nim bezpośrednio określona, długość okresu wykluczenia: 2) w inny sposób? Proszę sprecyzować, w jaki:
- d) **Czy wykonawca spełnił lub spełni swoje obowiązki, dokonując płatności należnych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne, lub też zawierając wiążące porozumienia w celu spłaty tych należności, obejmujące w stosownych przypadkach narosłe odsetki lub grzywny?**

Z instrukcji wypełnienia JEDZ opublikowanej przez UZP: „Informacje zawarte w **lit. d)** odnoszą się do okoliczności związanych z zastosowaniem przez wykonawcę określonych **środków naprawczych** co do wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania w oparciu o obydwie przesłanki – tak obligatoryjną, jak i fakultatywną.”

SELF-CLEANING

(ZALEGŁOŚCI W PODATKACH LUB SKŁADKACH UBEZPIECZENIOWYCH)

- **Podstawa obligatoryjna (art. 24 ust. 1 pkt 15) ustawy Pzp):** wykluczenie następuje jeżeli nie upłynęły **3 LATA** od dnia uprawomocnienia się wyroku, chyba że w wyroku został określony inny okres wykluczenia lub od dnia, w którym decyzja potwierdzająca zaistnienie jednej z podstaw wykluczenia stała się ostateczna.
- **Podstawa fakultatywna (art. 24 ust. 5 pkt 8) ustawy Pzp):** Brak wskazania okresu w jakim następuje wykluczenie z udziału w postępowaniu – czy przez cały czas należy dokonywać self-cleaning?

SELF-CLEANING (ZALEGŁOŚCI W PODATKACH LUB SKŁADKACH UBEZPIECZENIOWYCH)

- Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 16 grudnia 2016 r., **sygn. akt KIO 2278/16** wskazała, że „Reasumując, zdaniem Izby, przepis **art. 24 ust. 1 pkt 15 ZamPublU** dotyczy jedynie sytuacji, w której na moment składania wniosków czy też ofert **można przypisać wykonawcy zaległość podatkową i została ona stwierdzona prawomocnym wyrokiem sądu lub ostateczną decyzją administracyjną**. Wystąpienie w przeszłości u wykonawcy zaległości podatkowej nie jest wystarczające do jego wykluczenia z postępowania, podobnie jak istnienie decyzji ostatecznej, określającej wysokość należności z tytułu podatku, jeśli na moment składania ofert rzeczona zaległość już nie istnieje. Przy czym, zdaniem Izby, rozstrzygające znaczenie ma fakt braku istnienia zaległości, a nie okoliczność, która spowodowała wygaśnięcie zobowiązania, a w konsekwencji unicestwienie bytu zaległości.”
- Natomiast w wyroku z dnia 6 lipca 2017 r. **sygn. akt KIO 1183/17** Izba stwierdziła, że „Odwołujący, w sposób zasadniczo pozytywny, dokonał procedury samooczyszczenia, a mając na względzie przepis **art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp**, który w swojej treści odnosi się do czynności wykonawcy w zakresie dokonania płatności należnych podatków, a czynność taką odwołujący wykonał, tym samym wyłączona została przesłanka do wykluczenia odwołującego na podstawie przepisu **art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp**.”

SELF-CLEANING (ZALEGŁOŚCI W PODATKACH LUB SKŁADKACH UBEZPIECZENIOWYCH)

Wyrok KIO z dnia 19 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1335/17:

„W przedmiotowej sprawie rozważyć zatem należało, czy złożone wyjaśnienia i dowody przez Odwołującego były wystarczające do wykazania rzetelności. W tym zakresie Odwołujący wraz z ofertą złożył jedynie krótkie oświadczenie, z którego wynikało, że **zalega z płatnością podatków (bez podania wysokości zaległości), ale w tym zakresie podjął już niezbędne kroki celem podpisania stosowanego porozumienia z właściwym organem podatkowym**. Następnie Wykonawca złożył już **po terminie składania ofert** **wydaną decyzję o rozłożeniu należności na raty**. W ocenie składu orzekającego Izby przedstawione wraz z ofertą oświadczenie nie wyczerpywało możliwości wykonawcy warunkujących mu skuteczne samooczyszczenie. **Lakoniczne stwierdzenie, że Wykonawca zalega z płatnościami i podjął kroki prawne celem zmiany tej sytuacji Izba uznaje za niewystarczające**. W ocenie Izby Wykonawca wraz z ofertą **mógł złożyć wniosek o rozłożenie płatności na raty skierowany do organu podatkowego lub też w złożonym oświadczeniu szczegółowo opisać powód powstania zaległości**. Jak wynika bowiem z uzasadnienia decyzji podatkowej, to właśnie uzasadnienie złożonego wniosku zawiera szczegółowe opisanie przyczyn, dlaczego doszło do zaległości podatkowych, jaką rolę odgrywały w tym wszystkim zasady działania przedsiębiorstwa Wykonawcy, jakie czynniki miały wpływ na powstanie zaległości, czy można Wykonawcy przypisać winę lub rażące niedbalstwo, które doprowadziło do tej sytuacji. Tam także zawarto informacje w jaki sposób przedsiębiorca zamierza w przyszłości zapobiegać podobnym sytuacjom.”

SELF-CLEANING (ZALEGŁOŚCI W PODATKACH LUB SKŁADKACH UBEZPIECZENIOWYCH)

Wyrok KIO z dnia 19 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1335/17 c.d.:

„Taka argumentacja, nie zaś suche oświadczenie, pozwoliłoby Zamawiającemu przeanalizować, czy podjęte środki są wystarczające do zapobiegania nieprawidłowemu działaniu Wykonawcy na przyszłość. **Złożenie natomiast samej decyzji o rozłożeniu płatności na raty oraz dowodu zapłaty I raty należności już po terminie składania ofert należy uznać za spóźnione.** Za spóźnione również Izba uznała złożenie dopiero na rozprawie pierwszej strony wniosku skierowanego do właściwego organu podatkowego. Tłumaczenie, iż niedotączenie wniosku do oferty było zapewne spowodowane błędem ludzkim, nie jest w ocenie składu orzekającego wystarczające przy obowiązującej zasadnie podwyższonej staranności wymaganej od przedsiębiorcy. Jednocześnie dostrzeżenia wymaga, iż w ocenie składu orzekającego **Izby to nie sam fakt zalegania z płatnościami w podatkach winien być podstawą wykluczenia, ale brak skutecznego przeprowadzenia procedury self-cleaning przez Odwołującego.**

Zamawiający błędnie bowiem utożsamia procedurę skutecznego samooczyszczenia w przypadku zalegania z płatnościami publicznoprawnymi z koniecznością uregulowania tych należności przed terminem składania ofert przy uwzględnieniu treści art. 24 ust. 8 ZamPublU, dopuszczającego możliwość wytłumaczenia się wykonawcy z zaistniałej sytuacji. W takim przypadku nie zachodziłaby bowiem okoliczność niespełniania warunków udziału w postępowaniu. Jeżeli wykonawca nie zalega z płatnościami na dzień składania ofert, to nie zachodzi wobec niego przesłanka wykluczenia z postępowania.”

SELF-CLEANING (ZALEGŁOŚCI W PODATKACH LUB SKŁADKACH UBEZPIECZENIOWYCH)

Wyrok KIO z dnia 19 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1335/17 c.d.:

„Tylko więc w przypadku posiadania zaległości na rzecz Państwa możliwe jest **podjęcie rozważań, czy dany wykonawca podjął konkretnych środki** technicznych, organizacyjne i kadrowe, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy **i czy okoliczność te wyczerpująco przedstawił Zamawiającemu celem podjęcia decyzji o skutecznym self-cleaningu.** Artykuł 24 ust. 8 ZamPublU, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, nie warunkuje możliwości uchylania się od skutku wykluczenia poprzez uregulowanie płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarcia wiążącego porozumienia w sprawie spłaty tych należności (przed terminem składania ofert). Przepis ten, jak już wcześniej wspomniano, **pozwala wykonawcom, którzy właśnie są w trakcie regulowania należności publicznych lub zawierania stosowanych porozumień z organami podatkowymi, że przedstawią oni dowody, które potwierdzą ich rzetelność jako przedsiębiorcy pomimo tych okoliczności i pozwolą uważać takiego wykonawcę za gwarantującego należyte wykonanie zamówienia.** Jak zauważył Przystępujący, Wykonawca może wyczerpująco wyjaśnić stan faktyczny, oraz wskazać jakie konkretnie środki techniczne, organizacyjne i kadrowe podjął aby zapobiec nieprawidłowemu postępowaniu na przyszłość. Jak już zauważono w niniejszym orzeczeniu, złożone przez Odwołującego w ofercie oświadczenie nie odnosi się do żadnego z wymienionych elementów. W oświadczeniu nie wskazano nawet wysokości zaległości. Natomiast w przypadku Spółki specjalizującej się w pracach budowlanych spectrum działań, które może podjąć by wykazać chęć naprawienia zaistniałej sytuacji, jest duże.”

SELF-CLEANING (ZALEGŁOŚCI W PODATKACH LUB SKŁADKACH UBEZPIECZENIOWYCH)

Wyrok KIO z dnia 19 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1335/17 c.d.:

*„W dalszej kolejności rozważyć należało, czy Zamawiający winien zastosować wobec Odwołującego procedurę wezwania do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ZamPublU. Zamawiający może zastosować przywołaną regulację prawną w sytuacji, w której ma wątpliwości co do oceny spełniania przez danego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wraz z ofertą dostał sygnał od Wykonawcy, że zachodzi przesłanka fakultatywnego wykluczenia, następnie Wykonawca samodzielnie, bez wezwania, złożył wydaną na jego rzecz decyzję podatkową. Oznacza to, iż **w momencie podejmowania decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania Zamawiający miał wystarczającą wiedzę w zakresie sytuacji prawnej Odwołującego. Zamawiający ocenił treść oświadczenia i złożone dowody, słusznie uznając, że ich forma i zakres na moment składania ofert są niewystarczające do samooczyszczenia się Odwołującego. Stosowanie więc art. 26 ust. 4 ZamPublU należało więc uznać za bezcelowe, ponieważ w momencie złożenia oferty Wykonawca nie przedstawił wystarczających dowodów umożliwiających mu potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu i dalsze jego uczestnictwo w przetargu.**”*

(ZALEGŁOŚCI PODATKOWE UJAWNIŁY SIĘ W TOKU POSTĘPOWANIA, NIEPRAWDZIWE INFORMACJE)

Wyrok KIO z dnia 6 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1183/17

- **Stan faktyczny:** wykonawca w JEDZ złożył oświadczenie, że nie zalega z płatnością podatków, z przedłożonych dokumentów w ramach art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wynikało, że posiada zaległość podatkową na dzień składania ofert, przedłożył dowody, z których wynika, że nie spłacił całej należności także po terminie składania ofert.

*„W niniejszym stanie faktycznym Odwołujący **złożył w dokumencie JEDZ** dotyczącym spółki C. SPA **oświadczenie, iż nie podlega wykluczeniu** (na str. 10 oferty zaznaczył w Części III lit. A JEDZ „TAK”, odpowiadając na pytanie czy wywiązał się ze wszystkich obowiązków dotyczących płatności podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne). Składając ww. oświadczenie w JEDZ Odwołujący potwierdził więc, iż na dzień jego złożenia (oświadczenie zostało podpisane w dniu 16 października 2017 r.) wywiązał się ze wszystkich obowiązków dotyczących płatności podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne. W odpowiedzi na wezwanie na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołujący złożył **zaświadczenie o zaległych zobowiązaniach wpisanych do systemu informacyjnego rejestru podatkowego**, z którego wynika, iż na dzień 27 lipca 2017 r. wykonawca C. SPA posiadał określone w zaświadczeniu zobowiązania finansowe. Następnie, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wyjaśnił, że w dniu 30 października 2017 r. (zatem po terminie składania ofert, który został wyznaczony na 17 października 2017 r.) spłacił zobowiązanie w kwocie 392,11 euro, załączając notę księgową na kwotę 409,76 euro oraz kartę wydaną przez włoski urząd skarbowy, wskazującą następujące elementy: należność pocztkowa: 397,99 euro, do zapłaty: 13,78 euro, razem zapłacono: 409,76 euro. Zatem, z załączonych dokumentów wynika, że **Odwołujący wciąż nie uregulował całej należności**. W związku z powyższym Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał braku podstaw do wykluczenia w zakresie zaległości podatkowych na dzień składania ofert, jak i do tej pory. W konsekwencji Odwołujący podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. **Mając jednocześnie na uwadze fakt złożenia oświadczenia w JEDZ wprowadzającego w błąd Zamawiającego, dodatkowo Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.**”*

SELF-CLEANING (ZALEGŁOŚCI PODATKOWE UJAWNIŁY SIĘ W TOKU POSTĘPOWANIA)

Wyrok KIO z dnia 6 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1183/17

*„W chwili składania ofert odwołujący nie był w posiadaniu wiedzy, że jeden z uczestników konsorcjum (Aldesa), posiadał zaległości podatkowe. Trzeba jednak przyznać, iż odwołujący w sposób **transparentny i jasny wyjaśnił zamawiającemu, wypełniając dyspozycję przepisu art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, iż w chwili stwierdzenia zaległości podatkowej, podjął niezbędne czynności w celu usunięcia powstałego zobowiązania podatkowego.** Odwołujący nie ukrywał zatem przed zamawiającym, że taka okoliczność powstała. Wręcz przeciwnie, opisał całą sytuację i natychmiast, bez zbędnej zwłoki dokonał procedury tzw. samooczyszczenia. Procedura opisana przepisem art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, co do zasady dotyczy okoliczności, które muszą wynikać ze złożonego zamawiającemu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ). Jednakże nie da się jednoznacznie wykluczyć sytuacji, w szczególności, gdy procedura udzielenia zamówienia publicznego jest rozłożona w dość długim czasookresie, że po złożeniu dokumentu JEDZ, zmieniają się okoliczności dotyczące składającego ten dokument wykonawcy, w ten sposób, że ujawnią się nowe, nieznane wcześniej wykonawcy okoliczności, które mogą mieć wpływ na ocenę wykonawcy w postępowaniu. Z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu. W takiej sytuacji, w ocenie Izby, wykonawca ma prawo do podjęcia określonych czynności, tzw. „self cleaningu” (samooczyszczenia), celem wykazania zamawiającemu, że jest wykonawcą rzetelnym, w szczególności że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Przedkładając powyższe ustalenia na stan faktyczny sprawy, Izba stwierdziła, że **odwołujący, w sposób zasadniczo pozytywny, dokonał procedury samooczyszczenia, a mając na względzie przepis art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp, który w swoje treści odnosi się do czynności wykonawcy w zakresie dokonania płatności należnych podatków, a czynność taką odwołujący wykonał, tym samym wyłączona została przesłanka do wykluczenia odwołującego na podstawie przepisu art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp.**”*

Wyrok KIO z dnia 22 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1638/17

- **Brak możliwości uzupełnienia JEDZ i dokonania samooczyszczenia z uwagi na przedstawienie informacji wprowadzających w błąd** – ugruntowane orzecznictwo zakazuje wezwania do uzupełnienia w sytuacji gdy wykonawca przekaze informacje wprowadzające w błąd.

*„Istotne jest jednak, że w przedmiotowej sprawie na przeszkodzie zastosowaniu przepisu art. 26 ust. 3 Pzp, a w konsekwencji – art. 24 ust. 8 Pzp, stało wprowadzenie Zamawiającego w błąd uzasadniające wykluczenie Wykonawcy E z Postępowania. (...) W konsekwencji Izba uznała, że **czynność wezwania Wykonawcy E do złożenia poprawionego JEDZ i przedstawienia dowodów na samooczyszczenie oraz towarzysząca jej ocena przedstawionych dowodów, a w konsekwencji – wybór oferty Przystępującego dokonane zostały z naruszeniem przepisów art. 26 ust. 3, art. 24 ust. 8 i art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp i jako takie nie mogą wywierać skutków prawnych w płaszczyźnie oceny zasadności zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp.** (...) Zawarte w załączonym do oferty JEDZ oświadczenie było, wobec ostatecznej decyzji GIOŚ utrzymującej w mocy decyzję WIOŚ nakładającą na Przystępującego karę 10.000 zł za naruszenie obowiązków wynikających z przepisów prawa ochrony środowiska, **obiektywne niezgodne z rzeczywistością**. Wywołało ono u Zamawiającego mylne przekonanie, że Wykonawca E. nie podlega wykluczeniu z Postępowania, co z kolei doprowadziło do wyboru złożonej przez niego oferty.”*

Wyrok KIO z dnia 22 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1638/17 c.d.

*„Nie sposób uznać za zachowanie choćby przeciętnie staranne złożenie w JEDZ oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu w warunkach postępowania administracyjnego, w którym zapadły dwie niekorzystne dla Wykonawcy E. decyzje, mogące stanowić przeszkodę w ubieganiu się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Bezdyskusyjnym obowiązkiem Przystępującego było czuwanie nad przebiegiem toczącego się postępowania administracyjnego, zwłaszcza przed GIOŚ, skoro jego wynik miał być przesądzający o ostateczności decyzji stanowiącej podstawę wykluczenia z Postępowania. Co więcej, nawet jeśli Wykonawca E. nie dochował wspomnianego obowiązku, to mógł chociażby ustalić datę, w której decyzja stała się ostateczna, zwłaszcza mając w perspektywie zamiar ubiegania się o udzielenie zamówienia w postępowaniu, w którym przewidziana została związana z tą kwestią podstawa wykluczenia. (...) **Nie zwalnia Przystępującego z odpowiedzialności twierdzenie, że nie jest on specjalistą z zakresu prawa administracyjnego.** Nawet jeśli przyjąć, że wykonawca nie powinien posiadać choćby elementarnej wiedzy w tej dziedzinie, to niewątpliwie **jego obowiązkiem jest zapewnienie sobie fachowej pomocy**, co jednak w żaden sposób nie zwalnia go z powinności trzymania pieczy nad przebiegiem powierzonej profesjonalnemu pełnomocnikowi sprawy.”*

Wyrok KIO z dnia 13 grudnia 2017 r., sygn. akt KIO 2508/17

- **Naruszenie prawa ochrony środowiska, o którym mowa w art. 24 ust. 5 pkt 7) ustawy Pzp nie może być utożsamiane tylko z ustawą Prawo ochrony środowiska.**
- **Skuteczny self-cleaning.**

*„Nałożenie zatem na wykonawcę kar administracyjnych za naruszenie obowiązków wynikających z **ustawy o odpadach i ustawy o utrzymaniu w czystości i porządku w gminach** może stanowić podstawę do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt. 7 Pzp. W związku z powyższym, aby wykonawca w stosunku do którego zaistniały powyższe przesłanki wykluczenia mógł ubiegać się o udzielenie zamówienia musi przeprowadzić skuteczną procedurę samooczyszczania, o której mówi art. 24 ust. 8 ustawy Pzp. (...) jeśli wykonawca wskazuje okoliczności potwierdzające jego rzetelność, powinny być one **szczegółowe, opisane precyzyjnie i szczegółowo**. Zawsze, wtedy kiedy to możliwe, wykonawca powinien poprzeć swoje twierdzenia **dowodami**. Na podstawie tych wyjaśnień i dowodów zamawiający oceni, czy postawa wykonawcy gwarantuje jego rzetelność i uczciwość, a co za tym idzie należyte wykonanie zamówienia. Na podstawie dowodów, wskazanych okoliczności oraz podjętych działań, Zamawiający dokona oceny czy mimo zaistniałych przesłanek wykluczenia, wykonawca daje rękojmię należytej realizacji zamówienia publicznego, a tym samym zapewnia rzetelność i uczciwość gwarantującą należyte spełnienie świadczenia oraz jego prawidłowe postępowanie w przyszłości.”*

Wyrok KIO z dnia 13 grudnia 2017 r., sygn. akt KIO 2508/17 c.d.

„Wykonawca, który zamierza skorzystać z przepisu art. 24 ust. 8 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.** W złożonych wyjaśnieniach z dnia 3 października 2017 roku (data wpływu do Zamawiającego 17 październik 2017), Przystępujący dokonał jedynie **wyjaśnienia powyższego stanu faktycznego, dotyczącego wskazania okoliczności uzasadniających wydanie decyzji nakładających kary.** (...) Przystępujący **nie przedstawił żadnych dowodów, ani nawet nie złożył wyjaśnień w zakresie jakie podjął środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym nieprawidłowym postępowaniom wykonawcy.** Przystępujący wskazał na potwierdzenie swojej rzetelności Protokół Kontroli Zachodniopomorskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska (...), w którym nie sformułowano żadnych zaleceń ani żądań pokontrolnych, z czego wywodzi, iż brak stwierdzenia naruszeń jest dowodem na skuteczne wyeliminowanie dalszych nieprawidłowych postępowań. W treści ww. protokołu nie ma informacji o działaniach podjętych przez wykonawcę, a jedynie informacja o braku uwag. **Informacja taka nie może być uznana za tożsamą czy równoważną do działań podjętych przez wykonawcę, zapobiegających wyeliminowaniu na przyszłość dalszym nieprawidłowościom. To, że w danym momencie nie stwierdzono nieprawidłowości, nie oznacza, iż wykonawca podjął skuteczne działania na przyszłość celem niedopuszczenia do ich powstania.**”

Wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2017 r., sygn. akt KIO 2443/17, KIO 2445/17

*„Następnie negatywnie, w kontekście wykazania środków naprawczych mających potwierdzać rzetelność wykonawców Konsorcjum Laguna oraz Konsorcjum ATF stosownie do treści art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, należy ocenić **polemikę ww. wykonawców z decyzjami właściwych organów uprawnionymi do kontroli przestrzegania przepisów** ustawy o odpadach, jak również przepisów ustawy o utrzymaniu i czystości w gminach, która niezaprzeczalnie nie stanowi dowodu na podjęcie przez wykonawców jakichkolwiek środków naprawczych. Kolejno zdaniem składu orzekającego ww. wykonawcy próbowali, w sposób nieprzekonywujący, **marginalizować zarówno wagę, skalę, czas trwania, jak i charakter popełnianych naruszeń**. Podkreślić należy, iż wymierzane wykonawcom kary pieniężne dotyczyły naruszenia fundamentalnych zasad w zakresie odbierania i gospodarowania odpadami jak chociażby naruszenia zasady bliskości, czy też zbierania odpadów bez stosownego zezwolenia. (...) Tym samym zdaniem Izby **bez znaczenia pozostaje okoliczność, jaki był charakter tych obowiązków**, skoro ustawodawca przewidział sankcję w postaci wykluczenia wykonawcy za naruszenie **jakichkolwiek obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska**, wprowadzając jedyne ograniczenie w postaci wysokości kary pieniężnej wynikającej z ostatecznej decyzji administracyjnej.”*

Wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2017 r., sygn. akt KIO 2443/17, KIO 2445/17 c.d.

*„Zauważyć również należy, iż ww. wykonawcy w składanych Zamawiającemu wyjaśnieniach stanu faktycznego w trybie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp wielokrotnie **zapewniali, że podjęte przez nich rozwiązania organizacyjne, techniczne i kadrowe musiały być skuteczne skoro w toku kolejnych kontroli właściwe organy nie stwierdzały tożsamych naruszeń przepisów ustawy o odpadach, czy też ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.** Podkreślić jednak trzeba, iż ww. wykonawcy **poprzeszali wyłącznie na zapewnieniach, nie podejmując nawet próby wskazania Zamawiającemu tychże środków**, do których przykładowo można byłoby zaliczyć: **prowadzenie audytu środowiskowego u wykonawcy, sporządzenie wewnętrznych procedur, które potwierdzałyby ważność, aktualność decyzji uprawniających przedsiębiorcę do zbierania odpadów, składanie oświadczeń przez kierowców w zakresie miejsca pochodzenia odpadów czy też poprzez uzyskanie stosownych certyfikatów, nie mówiąc już o przedstawieniu dowodów na ww. okoliczność.** (...) Z całą moc podkreślić należy, iż **procedura samooczyszczenia**, o której mowa w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia, **nie może być traktowana przez wykonawców wyłącznie jako skuteczny środek w uzyskaniu danego zamówienia publicznego.** W ocenie Izby ma ona bowiem stanowić **dowód na to, że wykonawca przedsięwziął niezbędne i realne działania lub zaniechania, które w przyszłości pozwolą mu uniknąć podobnych naruszeń i których wdrożenie, korzystając z ww. instytucji, obowiązany jest udowodnić zamawiającemu.**”*

Wyrok KIO z dnia 12 maja 2017 r., sygn. akt KIO 741/17, KIO 746/17

*„Prezentowany przez zamawiającego pogląd, iż **wystarczającym dowodem nienależytego wykonania umowy w istotnym stopniu, które doprowadziło do jej rozwiązania jest oświadczenie wcześniejszego zamawiającego jest w ocenie składu orzekającego Izby nie do zaakceptowania**. Oznaczałoby bowiem paradoksalnie albo brak możliwości wykluczenia wykonawcy w postępowaniu prowadzonym przez takiego zamawiającego (ten bowiem nie może odwołać się do „wcześniejszego zamawiającego”) albo oznaczałoby sprowadzenie przestanki wykluczenia do negatywnej oceny uprzednio wykonywanej dla tego zamawiającego umowy (arbitralnej oceny nienależytego wykonania umowy, z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, w istotnym stopniu, co doprowadziło do rozwiązania umowy). Dostrzeżenia nadto wymaga, że ani w treści samego zawiadomienia z 4 kwietnia 2017 r., ani w wypowiedzeniu z 22 czerwca 2015 r. **nie odniesiono się w ogóle do kwestii nienależytego wykonania umowy z przyczyn leżących po stronie odwołującego.**”*

Wyrok KIO z dnia 12 maja 2017 r., sygn. akt KIO 782/17

*„Treść oświadczenia składanego przez wykonawcę w formularzu JEDZ nie może być wykładana w oderwaniu od przesłanek wykluczenia, którego dotyczy to oświadczenie. Oznacza to, że również dla **oświadczenia zawartego w JEDZ znaczenie ma nie wyłącznie sam fakt odstąpienia od umowy z wykonawcą, ale również to, czy odstąpienie od umowy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy (art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp) lub czy niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy nastąpiło skutkiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wykonawcy (art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp). W tym kontekście można też wskazać, że normy zawarte w art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Pzp mają **charakter ocenny** z uwagi na użycie w nich pojęć niedookreślonych i podlegających konkretyzacji ad casum w okolicznościach danego przypadku. Dopiero te skonkretyzowane stany faktyczne należy zestawić z oświadczeniem zawartym w JEDZ w kontekście wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. (...) sam fakt rozwiązania umowy przez zamawiającego jest niewystarczający, gdyż dla wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp niewykonanie umowy powinno być istotne, a przy ocenie okoliczności danego przypadku Izba może badać ewentualne **przyczynienie się zamawiającego**, który powinien współdziałać przy realizacji zobowiązania, do niewykonania umowy przez wykonawcę. Należy też podkreślić, że **ciężar dowodu ziszczenia się przesłanek uzasadniających wykluczenie w odniesieniu do obu wskazanych podstaw prawnych spoczywa na zamawiającym.**”***

Wyrok KIO z dnia 12 maja 2017 r., sygn. akt KIO 782/17 c.d.

„Fakt, że **odwołujący nie spełnił swego świadczenia w terminie oznacza, że umowa nie została wykonana należycie**, jednak zamawiający nie wykazał, ani w informacji o wykluczeniu, ani w toku rozprawy, by **opóźnienie to miało charakter zawiniony przez wykonawcę i to w stopniu podważającym jego uczciwość**. Całokształt materiału dowodowego wskazuje w ocenie składu orzekającego, że nie można postawić odwołującemu zarzutu, że opóźnienie którego się dopuścił stanowi poważne naruszenie obowiązków zawodowych. Z protokołu odbioru wynika bowiem, że **usterki zostały usunięte**. Nie można pominąć, że **umowa nie określała terminów wykonania poszczególnych zleceń i były ustalane przez zamawiającego** oraz, że to **zamawiający określał priorytety dla poszczególnych z nich**. Nie jest sporne, że zamawiający nakazywał ponadto równoczesne realizowanie kilku zleceń, równoczesne zlecenie kilku zleceń wymuszało z kolei przyporządkowanie do wykonywania zlecenie większej ilości osób niż wymagana w warunkach zamówienia. Należy przyznać rację odwołującemu, że należy oczekiwać, iż potencjał osobowy wymagany przez zamawiającego pozwoli wykonać prawidłowo zamówienie i zamawiający powinien to uwzględnić przy przygotowania terminarza zleceń. **Należałoby tego oczekiwać od zamawiającego w ramach współdziałania przy wykonywaniu umowy albo przy ocenie wywiązania się wykonawcy z ciężących na nim powinności. (...) odwołujący podejmował działania zmierzające do wykonania zamówienia, w tym zmieniając rodzaj drzew albo lokalizację tak, aby osiągnąć cel umowy. Takiego współdziałania zabrakło ze strony zamawiającego (...).**”

Wyrok KIO z dnia 12 maja 2017 r., sygn. akt KIO 782/17 c.d.

*„O braku woli współdziałania zamawiającego świadczy również sposób pozyskiwania przez niego informacji w zakresie **działań samonaprawczych** podjętych przez odwołującego. Zamawiający wyznaczył odwołującemu **jednodniowy termin na ich udzielenie i odmówił przedłużenia tego terminu**. Mając na uwadze ocenę całokształtu materiału dowodowego Izba uznała te wyjaśnienia zawarte w piśmie dotyczącym self cleaningu za wystarczające.”*

Wyrok KIO z dnia 20 czerwca 2017 r., sygn. akt KIO 1132/17

*„Podkreślić należy, że ustawa Pzp odwołuje się do nienależytego wykonania umowy, które ma charakter kwalifikowany. Nie każde uchybienie w realizacji umowy stanowi przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania. Przesłanką taką mogą być jedynie tego rodzaju nieprawidłowości, które **w sposób zasadniczy zmieniają jakość przedmiotu zamówienia lub w ogóle uniemożliwiają osiągnięcie celu, w jakim została zawarta umowa**. W związku z tym ocena, czy zachodzą okoliczności uzasadniające wykluczenie danego wykonawcy z postępowania wymaga odniesienia stwierdzonych nieprawidłowości **do konkretnego przedmiotu zamówienia, jego zakresu i specyfiki**. W przypadku potwierdzania spełniania warunków udziału w postępowaniu ocena ta dokonywana jest na podstawie informacji wynikających z JEDZ, złożonych referencji, czy też innych złożonych dokumentów.”*

Wyrok KIO z dnia 20 czerwca 2017 r., sygn. akt KIO 1132/17 c.d.

*„Jakkolwiek uchybienia w realizacji umowy wystąpiły, to w odniesieniu do całego zamówienia należy je uznać po pierwsze za **incydentalne**, po drugie za **nieznaczące**. Ponadto, co słusznie podkreślał Przystępujący, **ostateczne protokoły odbioru z wykonania prac potwierdzały ich odbiór bez zastrzeżeń, co dowodzi prawidłowości wykonania usługi. Protokoły te nie zawierały także żadnych uwag, co do jakości świadczonych usług. Ponadto w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach Przystępujący szczegółowo opisał okoliczności, w których doszło do opóźnień w dotrzymaniu terminów i uszkodzeń drzewostanu. Nadleśnictwo Ł. było natomiast bardzo skąpe w udzieleniu wyjaśnień odnośnie świadczenia na jego rzecz usług przez konsorcjum, w skład którego wchodził Przystępujący. Choć kilkakrotnie zwracano się do niego z prośbą o odniesienie się do konkretnych okoliczności, nie zajęło ono ostatecznego stanowiska. (...) Sama okoliczność naliczenia kary i jej potrącenie nie oznacza nieprawidłowego zrealizowania danego kontraktu. Przez owe potrącenie roszczenie wierzyciela zostaje zaspokojone. Jak też zauważył Zamawiający wysokość kar w stosunku do wartości całej umowy była znikoma.***”

Wyrok KIO z dnia 4 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1166/17

- **Stan faktyczny:** Rozwiązanie umowy z wykonawcą przez zamawiającego publicznego, wykonawca nie zgadza się z decyzją zamawiającego, w JEDZ „z ostrożności” powołał się na tą okoliczność.

*„Odwołujący w dokumencie JEDZ wskazał, że w doszło do rozwiązania umowy w sprawie zamówienia publicznego, ale stoi na stanowisku, że okoliczność ta nie stanowi podstawy do wykluczenia z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp. Wyjaśnił, że informację tę podaje jedynie z ostrożności mając na uwadze przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. (...) Izba wskazuje, że w analizowanej sprawie nie wykazano przede wszystkim, że **niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy wynika z przyczyn leżących po stronie wykonawcy**. Przeciwnie, jak wynika z wyjaśnień Odwołującego oraz samego pisma Miasta R., sprawa naliczenia kar umownych za nienależyte wykonanie lub niewykonanie umowy oraz z tytułu rozwiązania umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy jest kwestią sporną, zawisłą przed Sądem Okręgowym w Gliwicach I Wydział Cywilny. (...) W ocenie Izby, w rozpatrywanym stanie faktycznym Zamawiający nie sprostął obowiązkowi, wynikającemu z art. 92 ust.1a Pzp. W przekazanym Odwołującemu piśmie z dnia 30 maja 2017r. informującym o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu, **Zamawiający w ogóle nie poddał ocenie dokumenty i wyjaśnienia złożone przez wykonawcę w dniu 16 maja 2017r. w wyniku zastosowania przez Zamawiającego procedury self cleaning.**”*

Wyrok KIO z dnia 8 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 2711/17

- **Stan faktyczny:** Rozwiązanie umowy z wykonawcą przez zamawiającego publicznego, wykonawca nie zgadza się z decyzją zamawiającego, w JEDZ wskazał powyższą okoliczność, przytoczył sygnatury akt sądowych odnoszących się do sporów związanych z rozwiązaniem umowy. Zamawiający wykluczył wykonawcę z udziału w postępowaniu.

*„Wykluczając wykonawcę zamawiający nie może zatem opierać się **wyłącznie na fakcie, że doszło do rozwiązania wcześniejszej umowy zawartej z wykonawcą.** Zamawiający musi także wykazać, że do rozwiązania umowy (lub zasądzenia odszkodowania) doszło z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę. Oznacza to, że **zamawiający musi wykazać, czego konkretnie wykonawca nie zrobił lub jakiego obowiązku wynikającego z wcześniejszej umowy nie wykonał.** Ponadto zobowiązany jest wykazać, że określone we wcześniejszej umowie zobowiązanie, którego wykonawca nie wykonał lub wykonał nienależycie, było dla tej **umowy istotne.** (...) W szczególności, odnosząc się do procedury samooczyszczenia, nie można przyjąć, że zamawiający poprzez dopuszczenie w siwz możliwości złożenia wyjaśnień w dokumencie JEDZ, w wystarczający sposób umożliwił odwołującemu skorzystanie z tej procedury. Rolą zamawiającego jest bowiem także wezwanie wykonawcy do uzupełnienia oświadczenia lub dokumentu, który jest niekompletny lub budzi wątpliwości (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp). **Wezwanie zawierające wyspecyfikowanie zastrzeżeń zamawiającego, tak aby wykonawca mógł skutecznie skorzystać z procedury samooczyszczenia, tj. by wiedział, do jakich konkretnych zarzutów zamawiającego musi się odnieść, aby udowodnić, że jest wykonawcą rzetelnym, winno być wystosowane do wykonawcy przed podjęciem czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania.** W przedmiotowej sprawie takie wezwanie nie zostało skierowane do odwołującego. W związku z tym czynność wykluczenia odwołującego z postępowania należało uznać za wadliwą.”*

Wyrok KIO z dnia 8 czerwca 2017 r., sygn. akt KIO 1034/17

- **Stan faktyczny:** Rozwiązanie umowy z wykonawcą przez zamawiającego publicznego – tego samego, który prowadzi postępowanie, w JEDZ wykonawca nie wskazał na powyższą okoliczność, spór sądowy związany z rozwiązaniem umowy. Zamawiający wykluczył wykonawcę z udziału w postępowaniu.

*„Izba zwraca uwagę, że **spór sądowy na który powoływał się Odwołujący na rozprawie dotyczy wyłącznie miarkowania kwot kar umownych** ustalonych powyższym pismem z lipca 2015 r., które zdaniem wykonawcy TA T. są nadmierne. **Nie dotyczy natomiast kary odszkodowawczej zapłaconej** przez TA T. w odpowiedzi na wezwanie z 29.01.2017 r., które było skutkiem odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy z uwagi na nie dostarczenie w wyznaczonym terminie 8.000 szt. kurtek służbowych letnich, co było spowodowane nie przedstawieniem deklaracji zgodności wyrobu w zakresie OiB potwierdzonej przez „organ uprawniony”, a które to wymaganie było warunkiem odbioru jakościowego kurtek przez zamawiającego. **Zdaniem Izby wskazywane okoliczności, dotyczące umowy nr (...) powinny być ujawnione w JEDZ składanym przez TA T. i tylko wówczas taka informacja stanowiłaby podstawę do oceny przez Zamawiającego zastosowania procedury z art. 24 ust.9 ustawy Pzp i ewentualnie procedur przewidzianych art. 26 ust.3 i ust.4 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust.8 ustawy Pzp.** Izba zauważa, że brak tej informacji mógł być skutkiem niedopatrzenia wykonawcy, na co wskazuje podnoszony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 24 ust.6 ustawy Pzp, który jak wskazała Izba jest niesłuszny, albowiem wymagana przepisem Informacja, co do zastosowania w tym postępowaniu art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp została podana zarówno w Ogłoszeniu jak i w SIWZ.”*

Wyrok KIO z dnia 8 czerwca 2017 r., sygn. akt KIO 1034/17 c.d.

„Izba nie zgodziła się z Odwołującym, że **Zamawiający z uwagi na to, że był stroną spornej umowy powinien sygnalizować wykonawcy przed złożeniem oferty możliwą podstawę wykluczenia.** Takie działanie sygnalizacyjne skierowane tylko do jednego z wykonawców mogło być postrzegane przez konkurencyjnych wykonawców jako **preferowanie tej firmy**, co z kolei mogłoby być odczytane jako naruszenie zasad z art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, w myśl których obowiązkiem zamawiającego jest prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, wyrażających się – jak to wskazywano w odwołaniu - w „zachowaniu zasady bezstronności i obiektywizmu przez osoby po stronie Zamawiającego”. Izba stwierdza, że **wbrew twierdzeniom Konsorcjum w niniejszej sprawie mamy do czynienia zarówno z niewykonaniem umowy w jej istotnej części, jak i z jej rozwiązaniem**, na które to okoliczności wskazuje art. 24 ust.5 pkt 4 ustawy Pzp. Należy zwrócić bowiem uwagę, że umowa dotyczyła dostawy 15.8750 kurtek, a część niezrealizowana - druga - obejmowała dostawę w ilości 8.000 kurtek. Ponadto **brak realizacji nie był spowodowany działaniem Zamawiającego, a działaniem wykonawcy z powodu nie przedłożenia wymaganego warunkami przetargu dokumentu i w konsekwencji niewywiązanie się przez wykonawcę ze zobowiązania pomimo upływu ponad 5-u miesięcy w stosunku do umownego terminu.** Nie można skutecznie w tym postępowaniu odwoławczym przed KIO kwestionować nadmierności i niezasadności związanego ze sporem wymagania, określonego w warunkach przetargu z 2015 r., którego nie spełnienie przez wykonawcę spowodowało odstąpienie przez Zamawiającego od umowy. Powyższe może co najwyżej mieć wpływ na rozstrzygnięcie sądu rozpoznającego powództwo w przedmiocie naliczonych kar. **Zatem w tej sprawie istotny stopień niewykonania umowy odnosił się zarówno do jej aspektu rzeczowego, jak i wartościowego oraz terminu, w którym dostawa miała być wykonana, w stosunku do wymagań przewidzianych zawartą umową.**”

Wyrok KIO z dnia 23 października 2017 r., sygn. akt KIO 2106/17

„Wykonawca załączył do oferty oświadczenie, w którym wskazał, że podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, ale **nie dołączył dokumentów mających potwierdzać fakt prawidłowego wdrożenia procedury samooczyszczenia**. Oferta Odwołującego zawierała jedynie wyjaśnienia przyczyn rozwiązania Umowy 113/WB/2016 z 22 sierpnia 2016 r., informację o zapłaceniu kary umownej na rzecz Zamawiającego oraz opis działań o charakterze organizacyjnym i kadrowym, podjętych dla uniknięcia w przyszłości kolejnego niepowodzenia w realizacji umowy. Nie można jednak stwierdzić, by dokument ten dawał Zamawiającemu wystarczającego oparcie do analizy wiarygodności Odwołującego. **Była to wyłącznie deklaracja, niepoparta żadnymi konkretnymi dowodami.** (...) Biorąc pod uwagę spoczywający na wykonawcy ciężar dowodu, **Zamawiający nie miał obowiązku wzywania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie niepodlegania wykluczeniu na podst. art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp**. Mimo to, wzywając go w dniu 1 września 2017 r. do dostarczenia do oferty dokumentów w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp zażądał również przedłożenia dokumentów, potwierdzających skuteczne wdrożenie procedury samooczyszczenia. Nie sposób pominąć tu faktu, że treścią powyższego wezwania Zamawiający również zwrócił się do Odwołującego **o przedstawienie stosownych wyjaśnień w zakresie samooczyszczenia się wykonawcy. W ocenie Izby dowodzi to dobrej woli Zamawiającego**. Skoro uznał, że przedstawione z ofertą dowody samooczyszczenia są niewystarczające, to zgodnie z łączną interpretacją art. 24 ust. 5 pkt 4 oraz art. 24 ust. 8 i 9 Pzp **mógł od razu wykluczyć Odwołującego z postępowania.**”

Wyrok KIO z dnia 23 października 2017 r., sygn. akt KIO 2106/17 c.d.

*„Jedyny, naprawdę konkretny, argument świadczący na korzyść Odwołującego w chwili jego wykluczenia z postępowania, to **fakt naprawienia szkody wynikłej z nienależytej realizacji Umowy 113/WB/2016, ale zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby, sam fakt zapłacenia kary umownej nie jest wystarczający dla uznania, że wykonawca w przyszłości będzie należycie realizował swoje obowiązki (KIO 139/17). Odwołujący **nie wykazał**, że dokumenty świadczące o przeprowadzeniu procedury samooczyszczenia przedstawione w toku rozprawy były dostępne dla Zamawiającego w czasie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego. Zamawiający zaprzeczył na rozprawie, by posiadał między innymi kopię nagany udzielonej odpowiedzialnemu za nienależytą realizację Umowy nr 113/WB/2016 oraz artykuł prasowy z „Rzeczpospolitej” informujący o przyznaniu przez niezależne gremium Odwołującemu nagrody za jakość wykonywanych prac, Odwołujący zaś nie przedstawił żadnego dowodu, by Zamawiającemu te dokumenty w stosownym momencie przekazał.”***

Wyrok KIO z dnia 9 maja 2017 r., sygn. akt KIO 706/17**Stan faktyczny:**

- Wykonawca w treści JEDZ wskazał, że zachodzą w stosunku do niego podstawy do wykluczenia i opisał procedurę samooczyszczenia.
- Zamawiający w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp dopytał wykonawcę o szczegóły i uznał na podstawie art. 24 ust. 9 ustawy Pzp, że wykonawca w sposób skuteczny wykazał wszystkie podstawy do self-cleaning.

„Ocena wyjaśnień i dowodów złożonych przez przystępującego, w toku prowadzonego postępowania wyjaśniającego, dokonana przez zamawiającego, w pełni pokrywa zakres wykazania merytorycznego podstaw faktycznych i prawnych czynności przystępującego, który w ocenie Izby, w sposób jasny, precyzyjny i ostateczny udowodnił, że miał pełne podstawy to uznania, że spełniła się procedura samooczyszczenia wykonawcy, dająca podstawy do pozytywnej oceny braku podstaw do wykluczenia z przedmiotowego postępowania. (...)

Odwołujący powinien wykazać, że zamawiający nie uwzględnił lub błędnie ocenił okoliczności sprawy i złożone przez przystępującego wyjaśnienia, a nie skupić się wyłącznie na polemice związanej z podstawą odstąpienia od umowy i rozstrzygać spór, który de facto nie jest obecnie prowadzony. Odwołujący ograniczył się do przedstawienia własnej interpretacji motywacji działań przystępującego. Natomiast, treść uzasadnienia zarzutu odwołania, nie wskazuje, jakie środki przystępujący powinien był podjąć i dlaczego te, które przedsięwziął i wykazał w złożonych wyjaśnieniach miałyby zostać uznane za niewystarczające.”

Wyrok KIO z dnia 9 maja 2017 r., sygn. akt KIO 706/17 c.d.

„Dobrowolne zapłacenie przez przystępującego kary umownej, to okoliczność, która pozwala na uznanie, iż przystępujący naprawił szkody/zadośćuczynił zamawiającemu za te zdarzenia, które stanowiły podstawę do odstąpienia od umowy. Jest to bowiem element wprost wynikający z procedury samooczyszczenia, określony w przepisie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp. **Za niezasadne, Izba uznała twierdzenia odwołującego, że zapłata kar umownych oznacza przyznanie się do zawinionych działań naruszających umowę i stanowi koronny argument przemawiający za brakiem rzetelności wykonawcy.** Przystępujący, w przedkładanych na wezwanie zamawiającego wyjaśnieniach o decyzji o zapłacie kar umownych wyraźnie wskazał, że za decyzją tą przemawiały **względy biznesowe**, w tym również negatywne skutki, jakie wiążą się z prowadzeniem długotrwałego procesu sądowego, nawet jeśli przewidywane jest jego pomyślne dla spółki zakończenie. Nawet jeśli w polityce odwołującego leży każdorazowe korzystanie ze środków prawnych, jeżeli tylko prawo dopuszcza taką możliwość, to nie jest to modus operandi i sposób prowadzenia działalności gospodarczej, którym kierować muszą się wszyscy wykonawcy.”

„Zważywszy na ogólne brzmienie regulacji, zarówno na poziomie dyrektywy unijnej, jak i znowelizowanej ustawy Pzp, nie budzi wątpliwości, iż **oceny należy dokonywać biorąc pod uwagę każdorazowo okoliczności danej sprawy.**”

Wyrok KIO z dnia 9 maja 2017 r., sygn. akt KIO 706/17 c.d.

„Zamawiający działając na podstawie art. 24 ust. 9 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 8 i art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, prawidłowo wziął pod uwagę następujące okoliczności faktyczne i prawne, które przyczyniły się, w ocenie Izby, do prawidłowej oceny wykonawcy przystępującego, tj.:

- ***przystępujący wyjaśnił wszystkie okoliczności odstąpienia od umowy** z dnia 16.06.2016 r. przez Śląski Urząd Wojewódzki, - przystępujący od dnia składania ofert nie ukrywał faktu odstąpienia od umowy z dnia 16.06.2016 r. przez Śląski Urząd Wojewódzki i nie wprowadził w błąd zamawiającego przy przedstawianiu informacji w JEDZ-u,*
- *wykazał za pośrednictwem dowodów pośrednich, że **nie wykonanie zamówienia** w zakresie części usług na rzecz Śląskiego Urzędu Wojewódzkiego **było spowodowane przyczynami nie leżącymi po stronie przystępującego,***
- *przedłożył **dowód potwierdzający naprawienie ewentualnej szkody** poprzez zapłatę w dniu 25.01.2017 r. stosownej kwoty na rachunek bankowy Śląskiego Urzędu Wojewódzkiego, mimo jednoczesnego deklarowania braku uzasadnienia do odstąpienia od umowy przez Śląski Urząd Wojewódzki,*
- ***przedłożył informacje o podjętych konkretnych środkach technicznych, kadrowych i organizacyjnych** które są odpowiednie dla zapobiegania nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy w przyszłości,*
- *przystępujący **świadczy aktualnie usługi telefoniczne na rzecz wszystkich pozostałych jednostek,** które było objęte postępowaniem przeprowadzonym przez Centrum Usług Wspólnych,*
- *niemożność zrealizowania usług telefonii stacjonarnej w przypadku Śląskiego Urzędu Wojewódzkiego dotyczyła łączy podkładowych pod numerację alarmową, co zdaniem przystępującego a także odwołującego stanowi **niewielki jeśli chodzi o zakres przedmiotowy i drobny wartościowo zakres usług telefonicznych,***
- *przedłożył dowód, w końcowym etapie oceny podstaw wykluczenia przystępującego z postępowania, w postaci **oświadczenia centralnego zamawiającego potwierdzającego obiektywną niemożliwość świadczenia** przez w/w wykonawcę usług telekomunikacyjnych telefonii stacjonarnej w odniesieniu do linii podkładowych.”*

Czy jest możliwe samooczyszczenie w przypadku złożenia nieprawdziwych informacji (czyli zaistnienia przesłanki wykluczenia określonej w art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp)?

W świetle przynajmniej części orzeczeń KIO TAK!

Wyrok KIO z dnia 18 maja 2017 r., sygn. akt KIO 884/17

„Zmiana nastąpiła wskutek niespornej niemożności wykazania przez wykonawcę (przystępującego) dysponowania osobą wskazaną w ofercie na stanowisko kierownika robót sanitarnych. Zamawiający po otrzymaniu od tej osoby zawiadomienia o takiej okoliczności wystąpił do wykonawcy z powołaniem art. 24 ust. 8 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp o przedstawienie dowodów, w szczególności wyjaśnień, czy wykonawca podjął wystarczające działania do wykazania jego rzetelności i wiarygodności mimo zaistnienia podstaw do wykluczenia go z postępowania. Z otrzymanych wyjaśnień z dnia 13 kwietnia 2017 r. zamawiający powziął przekonanie, że wykonawca skutecznie przedstawił środki naprawcze w procedurze samooczyszczenia, a w konsekwencji nie podlega wykluczeniu z postępowania, gdyż nie miał zamiaru wprowadzać zamawiającego w błąd co do dysponowania osobą p. K. i skutecznie w jego miejsce przedstawił inną osobę z równorzędnymi uprawnieniami i nie mniejszym doświadczeniem, na dowód czego przedstawił dokumenty potwierdzające wszystkie opisywane okoliczności.”

C.d.

W ocenie składu orzekającego wobec uznania przez zamawiającego, że wykonawca podlega wykluczeniu z powodu wprowadzenia w błąd, lecz może zachować status wykonawcy przez wykazanie rzetelności działania, przystępujący wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Należy podkreślić, że chodzi o podmiotowe warunki udziału w postępowaniu, które w sytuacjach przewidzianych w ustawie można potwierdzać także po dniu składania ofert, np. w drodze wskazanej wyżej instytucji samooczyszczenia lub procedury uzupełniania dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp. Konsekwencją nieskutecznego przeprowadzenia tych procedur jest stwierdzenie niespełnienia warunków udziału w postępowaniu i wykluczeniem wykonawcy z postępowania (art. 24 ust. 1 pkt 12)."

„W przypadku wprowadzenia w błąd przez wykonawcę tzw. samooczyszczenie, o którym mowa w tym przepisie, powinno w szczególności polegać na przyznaniu się do wprowadzenia w błąd zamawiającego, wyjaśnieniu okoliczności tego czynu i przedstawieniu środków wystarczających do wykazania rzetelności wykonawcy."

Powstaje jednak problem jak możliwość samooczyszczenia pogodzić z zasadą przyjmowaną dotychczas powszechnie w orzecznictwie KIO, zgodnie z którą informacji nieprawdziwych nie można zastępować informacjami prawdziwymi (czyli że w razie złożenia nieprawdziwych informacji nie jest możliwe wezwanie do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp). Również w najnowszym orzecznictwie KIO wyrażany jest pogląd, zgodnie z którym wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 czy 17 Pzp wyłącza możliwość wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp (art. 26 ust. 3 Pzp nie przewiduje wezwania do uzupełnienia dokumentów w przypadku dokumentów lub oświadczeń zawierających informacje nieprawdziwe).

Wyrok KIO z dnia 13 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 185/18:

- „Art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp ma stanowić dla zamawiającego gwarancję, że realizacja zamówienia nie zostanie powierzona wykonawcy nierzetelnemu. Wykonawca, który ubiega się o udzielenie zamówienia musi być **wykonawcą rzetelnym**.”
- **„Efekty procedury samooczyszczenia muszą „być dostępne” w zamówieniu**, którego dotyczy prowadzone właśnie postępowanie, w którym zamawiający bada, czy wykonawca jest wykonawcą rzetelnym, czy też nie i wykonawcę należy wykluczyć.”
- „W art. 24 ust. 8 ustawy Pzp jest mowa o **„wykonawcy, który podlega wykluczeniu”**. Należy go odróżnić od **„wykonawcy, który został wykluczony”**.
- „W przypadku wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp **dopuszczalność samooczyszczenia aktualizuje się w kolejnym postępowaniu**.”
- **„Brak jest „realnych” możliwości przeprowadzenia procedury samooczyszczenia w postępowaniu, w którym wykonawca został wykluczony z udziału w postępowaniu**. Nie jest możliwe, aby efekt działań samooczyszczających (podanie informacji, które nie wprowadzają w błąd) nastąpił jeszcze w tym postępowaniu (informacje wprowadzające w błąd już przedstawiono).”

DZIĘKUJĘ I PROSZĘ O PYTANIA



Monika Zwolińska
radca prawny
t: +48 530 881 107

Kancelaria Ziemiński & Partnerzy

01-687 Warszawa, ul. Lektykarska 14;
Oddział: 41-800 Zabrze, ul. Kazimierza Pułaskiego 17

tel. 664 118 801

e-mail: mzwolinska@kzp.net.pl

f: +48 22 832 36 86,

www.kzp.net.pl



DZIĘKUJĘ I PROSZĘ O PYTANIA



Dariusz Ziemiński
radca prawny
t: +48 664 118 801

Kancelaria Ziemiński & Partnerzy

01-687 Warszawa, ul. Lektykarska 14;
Oddział: 41-800 Zabrze, ul. Kazimierza Pułaskiego 17

tel. 664 118 801

e-mail: dziembinski@kzp.net.pl

f: +48 22 832 36 86,

www.kzp.net.pl

