



Urząd
Zamówień
Publicznych

Ocena działań naprawczych wykonawcy
w świetle orzecznictwa i regulacji nowego Pzp

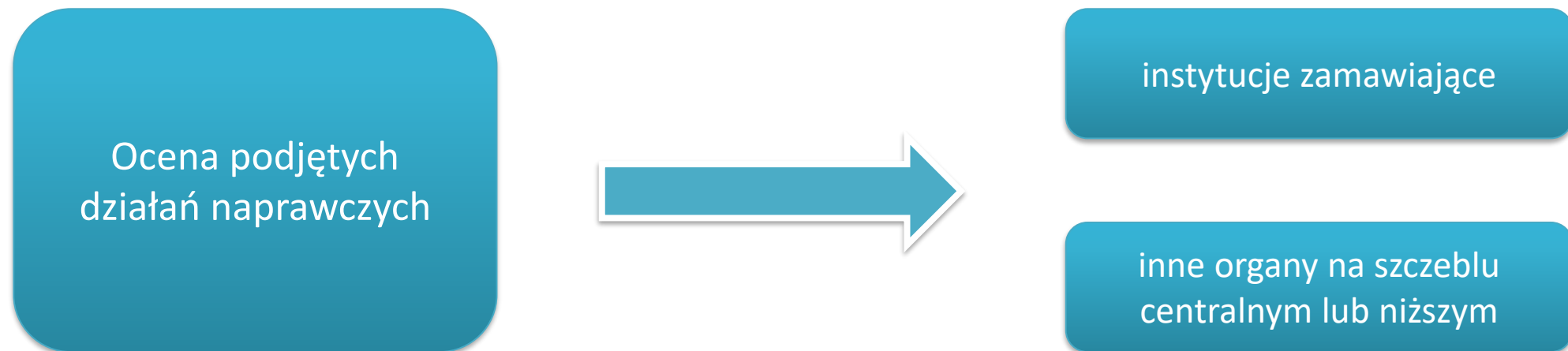
Samoooczyszczenie (self-cleaning)

Każdy wykonawca wobec, którego zachodzą określone w przepisach podstawy wykluczenia, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności pomimo istnienia odpowiedniej podstawy wykluczenia.

(art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24/UE, art. 24 ust. 8 Pzp)

Samoczyszczenie (self-cleaning)

Państwom członkowskim pozostawiona została swoboda szczegółowych warunków proceduralnych mających zastosowanie w przypadku korzystania przez wykonawcę z instytucji samoczyszczenia.



Samoczyszczenie (self-cleaning)

dyrektywa 2014/24/UE (art.57 ust. 6 i motyw 102)

- ❑ Każdy wykonawca znajdujący się w jednej z sytuacji, o których mowa w ust. 1 i 4, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności pomimo istnienia odpowiedniej podstawy wykluczenia. Jeżeli takie dowody zostaną uznane za wystarczające, dany wykonawca nie zostanie wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia.
- ✓ W tym celu wykonawca musi udowodnić, że zrekompensował wszelkie szkody spowodowane przestępstwem lub wykroczeniem lub zobowiązał się do ich rekompensaty,
- ✓ wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności, aktywnie współpracując z organami śledczymi,
- ✓ podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub nieprawidłowemu postępowaniu.

ustawa Pzp (art. 24 ust. 8)

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.

W którym momencie wykonawca powinien przedstawić środki dowodowe wykazujące jego rzetelność?

Samoczyszczenie na wszelki wypadek?

Czy zamawiający ma obowiązek wezwania do samoczyszczenia?
Czy inicjatorem musi być wykonawca?

Jakie środki dowodowe powinien przedstawić wykonawca korzystający z samoczyszczenia?

Środki dowodowe przedstawiane na etapie postępowania odwoławczego...

- ❑ Zdaniem Izby samooczyszczenie winno być dokonane **najpóźniej wraz ze złożeniem dokumentu JEDZ**, czyli wraz z upływem terminu na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Późniejsze, następcze w wyniku wezwania Zamawiającego czy po podjęciu przez niego decyzji o wykluczeniu samooczyszczenie wykonawcy wypaczałoby sens tej instytucji.
- Wyrok KIO z dnia 14.06.2018r., sygn. akt KIO 1102/18,
- ❑ W ocenie Izby, inicjatywa w zakresie wszczęcia procedury samooczyszczenia należy do wykonawcy. Winien on w pierwszej kolejności wskazać, że zaistniała wobec niego podstawa wykluczenia z postępowania, opisując jednocześnie jakie działania naprawcze podjął w celu wyeliminowania podobnych zdarzeń w przyszłości. **Informacje takie winny znaleźć się już w oświadczeniu, składanym na podstawie art. 25a ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp** (a zatem w niniejszym postępowaniu w dokumencie JEDZ, który zawiera w swojej treści odpowiednie pozycje w części III Formularza). Zauważyć należy także, że o istnieniu podstawy wykluczenia, jak też o podjętych przez wykonawcę działaniach, zamawiający winien dowiedzieć się bezpośrednio od wykonawcy.
- Wyrok KIO z dnia 9.04.2018r., sygn. akt KIO 531/18, wyrok KIO z dnia

W którym momencie wykonawca powinien przedstawić środki dowodowe wykazujące jego rzetelność?

<p>umożliwiają realizację zamówienia, z uwzględnieniem mających zastosowanie przepisów krajowych i środków dotyczących kontynuowania działalności gospodarczej ⁽²⁸⁾?</p> <p>Jeżeli odnośna dokumentacja jest dostępna w formie elektronicznej, proszę wskazać:</p>	<p>(adres internetowy, wydający urząd lub organ, dokładne dane referencyjne dokumentacji):</p> <p>[.....][.....][.....]</p>	
<p>Czy wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego ⁽²⁹⁾?</p> <p>Jeżeli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat:</p>	<p><input type="checkbox"/> Tak <input type="checkbox"/> Nie</p> <p>[.....]</p>	
<p>Czy wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji?</p> <p>Jeżeli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat:</p>	<p><input type="checkbox"/> Tak <input type="checkbox"/> Nie</p> <p>[.....]</p>	
<p>Czy wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji?</p> <p>Jeżeli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat:</p>	<p><input type="checkbox"/> Tak <input type="checkbox"/> Nie</p> <p>[.....]</p> <p>Jeżeli tak, czy wykonawca przedsięwziął środki w celu samooczyszczenia?</p> <p><input type="checkbox"/> Tak <input type="checkbox"/> Nie</p> <p>Jeżeli tak, proszę opisać przedsięwzięte środki:</p> <p>[.....]</p>	

Orzeczenie Sądu Okręgowego w Warszawie, sygn. akt XXIII Ga 1811/18

- „(...) art. 24 ust. 8 PZP nie nakłada na wykonawcę, który chce skorzystać z dobrodziejstwa tego przepisu, „niezwłocznego po uzyskaniu takiej wiedzy” przyznania faktu wprowadzenia zamawiającego w błąd. Z przepisu tego nie sposób wywieść jakiegokolwiek cezurę czasowej do dokonania przez wykonawcę procedury samooczyszczenia. (...) Tym bardziej nieuprawnione jest twierdzenie, że uprawnienie to wygasa w przypadku, gdy wykonawca nie skorzysta z niego „niezwłocznie”. **Punktem granicznym dla możliwości wszczęcia przedmiotowej procedury jest jednak decyzja o wykluczeniu wykonawcy z postępowania.** Niezwłoczność działania wykonawcy nie jest przesłanką ustawową lecz jest uzasadniona możliwością poniesienia konsekwencji w postaci wykluczenia z przetargu. (...) **Dopóki jednak zamawiający nie podejmie stosownej decyzji wykonawca zawsze ma prawo przedstawić swoje argumenty i dowody dotyczące samooczyszczenia.** Innymi słowy, brak jest podstaw prawnych do założenia, że jeżeli w trakcie postępowania przetargowego wyjdą na jaw okoliczności, w świetle których okaże się, że oferta danego wykonawcy wprowadzać może to z przedmiotowej procedury nie można skorzystać.”

W którym momencie wykonawca powinien przedstawić środki dowodowe wykazujące jego rzetelność?

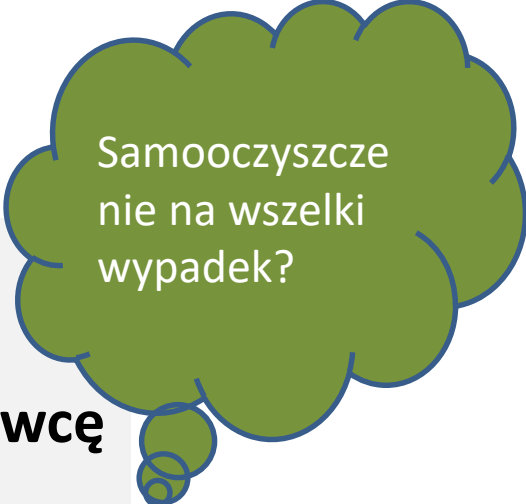
- ❑ Stwierdzenie, w którym momencie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca powinien przedstawić środki dowodowe wykazujące jego rzetelność, które mogą zapobiec jego wykluczeniu, jest niezwykle trudne w oderwaniu od stanu faktycznego konkretnej sprawy. W ocenie Izby podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia **może podjąć działania w celu samooczyszczenia także po złożeniu oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tj. w zasadzie w każdym momencie w czasie trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.** Ostateczną granicą czasową na przeprowadzenie procedury jest decyzja zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy. Możliwe jest bowiem wystąpienie okoliczności faktycznych uniemożliwiających dołączenie dowodów przed upływem terminu składania ofert. Stanowisko, zgodnie z którym dokumentacja potwierdzająca samooczyszczenie powinna być załączona do oferty, nie znajduje odzwierciedlenia w treści przepisów.

Wyrok KIO z dnia 27 sierpnia 2019 r., sygn. akt KIO 1576/19

W którym momencie wykonawca powinien przedstawić środki dowodowe wykazujące jego rzetelność?

❑ Zgodzić się bowiem należy z prezentowanym w tej materii w orzecznictwie stanowiskiem, że **zastosowanie tej instytucji jest możliwe jedynie w przypadku braku kwestionowania przez wykonawcę podstaw wykluczenia, z którymi związana jest ta instytucja.** Tylko bowiem w wypadku uznania wykonawcy za podlegającego wykluczeniu w oparciu o przesłanki wskazane w treści art. 24 ust. 8 Pzp istnieje możliwość tzw. samooczyszczenia. Powyższe wynika nie tylko z literalnej treści przepisu art. 24 ust. 8 Pzp, który stanowi, że z tej instytucji może skorzystać tylko wykonawca, który podlega wykluczeniu, ale również z wykładni celowościowej tego przepisu. **Brak jest zatem możliwości zastosowania tej instytucji niejako „z ostrożności”** przy jednoczesnym kwestionowaniu w drodze środków ochrony prawnej zasadności samego wykluczenia.

Wyrok z dnia 15 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 991/18, KIO 997/18, KIO 1000/18, KIO 1007/18, KIO 1016/18



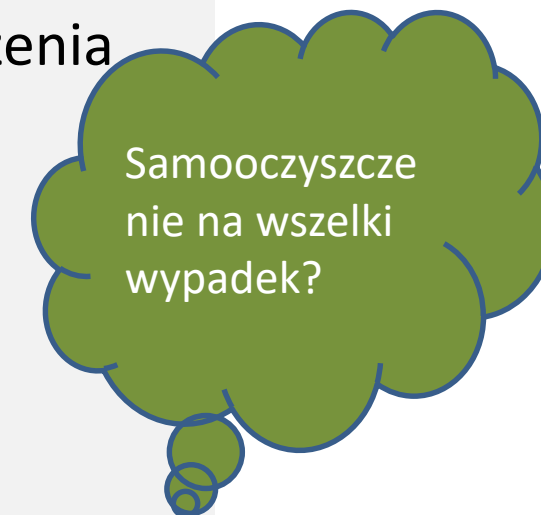
Samoczyszczenie na wszelki wypadek?

- ❑ Z regulacji tych wynika, że warunkiem skutecznego samooczyszczenia jest uznanie przez wykonawcę faktu, że popełnił delikt.

Wyrok z dnia 13 marca 2018 r., sygn. akt KIO 335/18

- ❑ Odwołujący polemizuje z wnioskami Zamawiającego, wykazując zasadność przyjętych przez siebie wniosków. **Nie można zatem przeprowadzać skutecznie procedury *self – cleaningu* w sytuacji, gdy wykonawca nie przyznaje okoliczności stanowiących podstawę do podjęcia działań naprawczych.** A z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w analizowanym stanie faktyczny. Z treści pisma z dnia 22 lipca 2019 r. wynika, że **Odwołujący powołuje się na procedurę samooczyszczenia „na wszelki wypadek”.** Nie ma takiej konstrukcji samooczyszczenia w ustawie Pzp.

Wyrok KIO z dnia 27 sierpnia 2019 r., sygn. akt KIO 1576/19

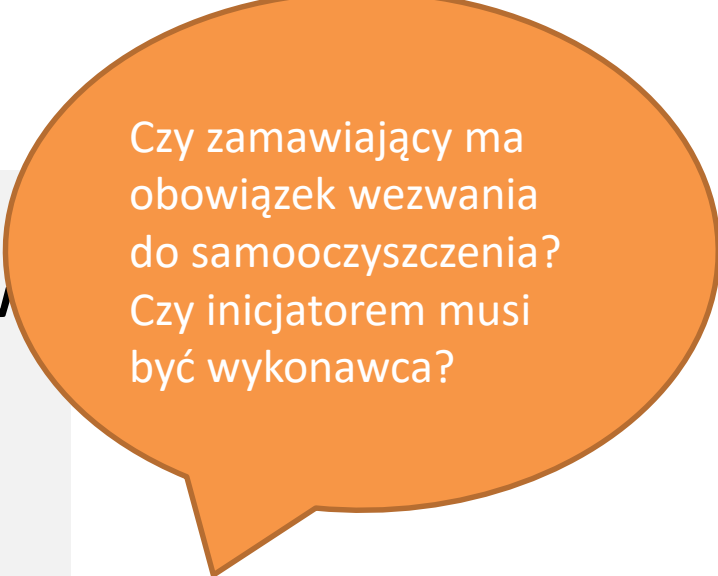


- ❑ Procedura określona w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp ze skutkiem czynności wskazanej w ust. 9, **stosowana jest przez wykonawców z własnej inicjatywy, bez obowiązku wzywania przez Zamawiającego, co wynika z treści przepisu.**

Wyrok KIO z dnia 12 sierpnia 2019 r., sygn. akt KIO 1179/19

- ❑ Art. 24 ust. 8 Pzp wskazuje, że z **inicjatywą samooczyszczenia musi wystąpić wykonawca**. Potwierdza to art. 24 ust. 9 Pzp (...) łączna interpretacja art. 24 ust. 8 i 9 Pzp prowadzi do wniosku, że to wykonawca ma wystąpić z inicjatywą samooczyszczenia i przedstawić zamawiającemu dokumenty dające mu podstawę do odstąpienia od obowiązku wykluczenia tego wykonawcy.

Wyrok z dnia 28 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 274/18



Czy zamawiający ma obowiązek wezwania do samooczyszczenia?
Czy inicjatorem musi być wykonawca?

❑ **Inicjatorem może być zarówno zamawiający, jako podmiot posiadający wiedzę o zamiarze wykluczenia danego wykonawcy i sam wykonawca**, który również może posiadać wiedzę o okolicznościach, które mogą stanowić podstawę do jego wykluczenia z postępowania. Istotne z punktu widzenia art. 24 ust. 8 ustawy Pzp jest to, że samą procedurę samooczyszczenia ma przeprowadzić wykonawca. **Nie jest zaś obowiązkiem Zamawiającego poszukiwanie czy domaganie się dowodów na potwierdzenie przeprowadzenia procedury samooczyszczenia przez wykonawcę.** O ile zamawiający może zainicjować taką procedurę, to już wykonawca samodzielnie musi zdecydować czy chce z niej skorzystać, jakie czynności podejmie i dowody przestawi zamawiającemu.

Wyrok KIO z dnia 27 sierpnia 2019 r., sygn. akt KIO 1576/19

Czy zamawiający ma obowiązek wezwania do samooczyszczenia?
Czy inicjatorem musi być wykonawca?

Pytanie prejudycjalne

Sprawa C-387/19

- Czy art. 57 ust. 4 lit. c) i lit. g) w związku z ust. 6 i 7 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE **należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwia się on takiemu stosowaniu, zgodnie z którym wykonawca jest zobowiązany do przedstawiania z własnej inicjatywy dowodów podjęcia środków w celu wykazania swojej rzetelności?**

❑ Również wskazywanie na okoliczności świadczące na jego korzyść, tj. że jest to wydarzenie jednostkowe, którego przyczynił się klient, nie powoduje, że oświadczenie o samooczyszczeniu automatycznie staje się niewiarygodne.

Przystępujący zapłacił również zasądzone odszkodowanie. Rzeczywiście, sama zapłata odszkodowania czy kary umownej nie musi skutkować uznaniem, że procedura samooczyszczenia była skuteczna, ale jest jednym z elementów wykazania rzetelności wykonawcy (skoro już wyrządził szkodę, to ją naprawił).

Wyrok KIO z dnia 28 września 2018 r., sygn. akt KIO 1797/18

Jakie środki dowodowe powinien przedstawić wykonawca korzystający z samooczyszczenia?

Jakie środki dowodowe powinien przedstawić wykonawca korzystający z samooczyszczenia?

- ❑ 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 (...), **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 wystarczające oparcie do analizy wiarygodności Odwołującego. Była to wyłącznie **deklaracja, nie poparta żadnymi konkretnymi dowodami**.

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

- ❑ **Jednym z możliwych środków pozwalających stwierdzić, że wykonawca podjął działania zaradcze, jest zapłata odszkodowania**. Ponieważ na gruncie rodzimych regulacji kary umowne traktowane są jako jego surogat, również ich zapłata może być postrzegana jako podjęcie stosownych kroków mających na celu „samooczyszczenie”.

Wyrok z dnia 27 marca 2018 r., sygn. akt KIO 444/18

Orzeczenie TSUE z dnia 24.10.2018r. w sprawie C-124/17 Vossloh Laeis

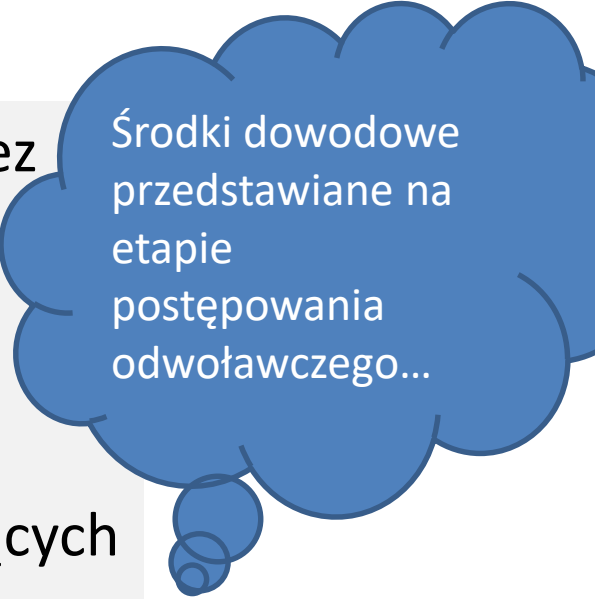
- Art. 80 dyrektywy 2014/25 w związku z art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że nie stoi on na przeszkodzie obowiązywaniu przepisu prawa krajowego, który wymaga, aby wykonawca, chcąc wykazać swą rzetelność pomimo istnienia odpowiedniej podstawy wykluczenia, w pełni wyjaśnił fakty i okoliczności związane z popełnionym przestępstwem lub wykroczeniem, **aktywnie współpracując nie tylko z organem prowadzącym dochodzenie, ale również z instytucją zamawiającą, w zakresie właściwym dla jej roli**, by dowieść jej przywrócenia swojej rzetelności, pod warunkiem że ta współpraca będzie ograniczona do środków ściśle niezbędnych do tej oceny.

- ❑ Wskazać również należy, iż ocena skutecznego przeprowadzenia przez wykonawcę „samonaprawienia” **winna być dokonana na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie zaś na etapie postępowania odwoławczego przed Izbą**. Tym samym za spóźnioną należy uznać argumentację Przystępujących, podnoszoną dopiero na rozprawie (...), wskazującą na podjęcie przez Przystępujących właściwych środków w celu wyeliminowania skutków decyzji nakładających kary administracyjne (...).

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

- ❑ **Złożone wraz z odwołaniem dowody Izba uznaje za dowody spóźnione**. Po drugie, usprawiedliwieniem braku podjęcia określonych działań nie może być okres urlopowy.

Wyrok KIO z dnia 27 sierpnia 2019 r., sygn. akt KIO 1576/19



Środki dowodowe przedstawiane na etapie postępowania odwoławczego...

Samoczyszczenie

Aktualnie obowiązująca ustawa Pzp (art.24 ust. 8)

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.

Nowa ustawa Pzp (art. 110 ust. 2)

Art. 110 ust.2 Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2, 5 i 6 lub art. 109 ust. 1 pkt 2–10, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie następujące przesłanki:

- 1) naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne;
- 2) wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym;
- 3) podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności:
 - a) zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy,
 - b) zreorganizował personel,
 - c) wdrożył system sprawozdawczości i kontroli,
 - d) utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów,
 - e) wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.

Dziękuję za uwagę