

Sygn. akt: KIO 2122/21

WYROK
z dnia 18 sierpnia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Irmina Pawlik**
 Danuta Dziubińska
 Aleksandra Patyk

Protokolant: **Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 sierpnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lipca 2021 r. przez wykonawcę Multiconsult Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Transprojekt Gdański Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku oraz ECM Group Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Multiconsult Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od odwołującego Multiconsult Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Zamawiający”) działający poprzez Centrum Realizacji Inwestycji Region Północy prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadania: Odcinek D – Roboty na linii nr 229 odc. Glinicz-Kartuzy w ramach projektu „Prace na alternatywnym ciągu transportowym Bydgoszcz - Trójmiasto” (nr ref. 9090/IREZA2/21516/05688/20/P). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 9 listopada 2020 r. pod numerem 2020/S 218-536358. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 15 lipca 2021 r. wykonawca Multiconsult Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie w ww. postępowaniu zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 5 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 8 w zw. z art. 24 ust. 9 ustawy Pzp poprzez:

1. nieprawidłową ocenę przez Zamawiającego wyjaśnień złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj.: Transprojekt Gdański sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (Lider Konsorcjum) oraz ECM Group Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (Członek Konsorcjum, dalej jako „ECM”), zwanych łącznie: „Konsorcjum ECM”, na podstawie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp prowadzącą do uznania, że dowody przedstawione przez tego wykonawcę są wystarczające do uznania, że w odniesieniu do Konsorcjum ECM nie zachodzi przesłanka wykluczenia określona w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp;
2. dopuszczenie możliwości uzupełnienia przez Konsorcjum ECM w drodze pisma z dnia 20 kwietnia 2021 r., wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę w JEDZ w trybie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp;
a w konsekwencji zaniechanie wykluczenia Konsorcjum ECM na podstawie przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp.

W oparciu o tak postawione zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu, wykluczenia Konsorcjum ECM z postępowania.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, iż Konsorcjum ECM w części III, sekcja C JEDZ w odpowiedzi na pytanie „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?” udzieliło odpowiedzi „TAK” i przedstawiło wyjaśnienia w trybie art. 24 ust. 8 Pzp. Wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum ECM w zakresie self-cleaning dotyczyły dwóch projektów realizowanych przez ECM: (1) zamówienia publicznego „Zachodnia Brama Metropolii Silesia - Centrum Przesiadkowe w Gliwicach Inżynier Kontraktu” realizowanego dla Miasta Gliwice oraz (2) wypowiedzenia przez ECM umowy na zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadania inwestycyjnego w ramach projektu „Prace na linii obwodowej w Warszawie (odc. Warszawa Gołębki/ Warszawa Zachodnia - Warszawa Gdańska)” zawartej z Zamawiającym - PKP PLK S.A. Do wyjaśnień zostały dołączone dowody, które mają potwierdzać podjęcie środków zmierzających do zapobieżenia występowaniu podobnym nieprawidłowościom w przyszłości. Następnie w dniu 20 kwietnia 2021 r. ECM z własnej inicjatywy (bez wezwania Zamawiającego) złożył pismo stanowiące uzupełnienie wyjaśnień w zakresie self-cleaning, w których w znacznie szerszym zakresie przedstawił okoliczności związane z realizacją projektu na rzecz Miasta Gliwice oraz przedstawił znacznie szerszy katalog środków, które podjął w celu zapobiegania nieprawidłowemu postępowaniu w przyszłości. W zakresie umowy realizowanej na rzecz PKP PLK S.A. wyjaśnienia przedstawione w piśmie z dnia 20 kwietnia 2021 r. stanowiły powielenie informacji podanych uprzednio w ramach self-cleaning przedstawionego w JEDZ. W dniu 5 lipca 2021 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Konsorcjum ECM jako oferty najkorzystniejszej. Na gruncie przedmiotowej sprawy poza sporem jest, że wobec Konsorcjum ECM zachodzi przesłanka wykluczenia określona w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp. Przedmiotem sporu jest kwestia czy Konsorcjum EMC w sposób skuteczny dokonało samooczyszczenia na podstawie art. 24 ust. 8 Pzp.

W ocenie Odwołującego Zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny wyjaśnień przedstawionych przez Konsorcjum ECM na podstawie art. 24 ust. 8 Pzp. Zarówno wyjaśnienia i dowody przedstawione przez tego wykonawcę w JEDZ, jak i w piśmie z dnia 20 kwietnia 2021 r. nie czynią zadość wymaganiom określonym w art. 24 ust. 8 Pzp, gdyż Konsorcjum ECM nie wyjaśniło w sposób wyczerpujący stanu faktycznego, nie wskazało wprost, że ponosi winę za nienależyte wykonanie umowy (obarczając w całości winą za nienależyte wykonanie umowy podwykonawcę) oraz nie opisało w sposób dostateczny podjętych konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie do zapobiegania nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy, a także nie

wykazało, że podjęte przez wykonawcę środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności.

W zakresie samooczyszczenia dotyczącego umowy z Miastem Gliwice, Odwołujący podniósł, iż analiza samooczyszczenia przedstawionego przez Konsorcjum ECM w JEDZ wskazuje, że wykonawca ten w sposób niedostateczny opisał okoliczności faktyczne związane z rozwiązaniem umowy z Miastem Gliwice. Opis okoliczności faktycznych to de facto kilka bardzo ogólnych i lakonicznych zdań (dwa krótkie akapity). Przede wszystkim w odwołaniu zwrócono uwagę na fakt, że przedstawionego samooczyszczenia nie można uznać za skuteczne, gdyż ECM nie przyznał, iż ponosi odpowiedzialność za rozwiązanie umowy. ECM w założonych w JEDZ wyjaśnieniach wskazał, iż „działania, które legły u podstaw dostąpienia od Umowy wynikały z działania podwykonawcy Wykonawcy”. Tym samym, odpowiedzialnością za rozwiązanie umowy ECM obciąża bliżej nieokreślonego podwykonawcę, którego nazwa nie została przez niego podana w wyjaśnieniach. Odwołujący powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazujące, iż warunkiem skutecznego samooczyszczenia jest przyznanie się przez wykonawcę do deliktu, przywołał treść wyroku z dnia 16 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO 1008/21, wskazał także na wyrok z dnia 3 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1342/20 oraz z dnia 31 lipca 2020 r. sygn. akt KIO 1248/20.

Odwołujący podniósł, że już z pierwszego akapitu odstąpienia od umowy wynika, iż do odstąpienia doszło z winy Inżyniera Kontraktu, czyli ECM. Jeśli przyczyną odstąpienia rzeczywiście były okoliczności leżące po stronie podwykonawcy to również ta okoliczność nie wyłącza konieczności przyznania się przez ECM do winy. Z § 5 ust. 7 dołączonej do wyjaśnień umowy zawartej pomiędzy ECM a Miastem Gliwice wynika bowiem, że „Inżynier Kontraktu ponosi wobec Zamawiającego pełną odpowiedzialność za usługi, które wykonuje przy pomocy podwykonawców.” Ze złożonych wyjaśnień nie wynika również w jaki sposób działania lub zaniechania podwykonawcy wpłynęły na realizację umowy głównej. Nie można również na ich podstawie przyjąć, że to kwestia błędnego doboru podwykonawcy (na co powołuje się ECM w wyjaśnieniach oraz na co przedstawia środki zaradcze) była okolicznością, która w konsekwencji doprowadziła do odstąpienia od umowy przez Miasto Gliwice. Wątpliwości w tym zakresie budzi między innymi fakt, że z wyjaśnień nie wynika czy ECM wystąpił do podwykonawcy z roszczeniem regresowym z tytułu odstąpienia przez Miasto Gliwice od umowy, co niewątpliwie dodatkowo uprawdopodobniałoby okoliczności przedstawione w wyjaśnieniach. Co więcej z pkt 5 dołączonego przez ECM do wyjaśnień Oświadczenia o odstąpieniu przez Zamawiającego od umowy (pismo Miasta Gliwice z dnia 11 maja 2018 r.) wynika, że ECM kilkakrotnie składał zamawiającemu wzór umowy o podwykonawstwo, jednakże każdorazowo zamawiający zgłaszał zastrzeżenia do

przedstawionego wzoru. Jak wskazano w oświadczeniu o odstąpieniu w pismach kierowanych w tym zakresie przez Miasto Gliwice „powtarzały się identyczne uwagi: brak zgodności zapisów z umową z dnia 19.12.2017 r., niewprowadzenie przez Inżyniera Kontraktu uwag zamawiającego, zmiany wcześniej ustalonych zapisów. Do dnia dzisiejszego powyższa sprawa nie została zakończona”. Z oświadczenia wynika zatem, że na tym projekcie ECM oficjalnie nie korzystał z podwykonawców.

Ponadto, zdaniem Odwołującego analiza odstąpienia od umowy, prowadzi do wniosku, że problem z zaangażowaniem podwykonawcy nie był jedyną okolicznością, która legła u podstaw odstąpienia przez Miasto Gliwice od umowy. W odstąpieniu wskazano również na naruszenie przez ECM obowiązków wynikających ze szczegółowego zakresu prac Inżyniera Kontraktu związanych z weryfikacją oraz akceptacją dokumentów przekazywanych przez Jednostkę Projektowania, sprawozdawczością w zakresie Sprawozdania Wstępnego wraz z Planem Zarządzania Zadaniem Inwestycyjnym, sprawozdawczością w zakresie Sprawozdania z weryfikacji projektu wstępnego dla obszaru A, sprawozdawczością w zakresie składania sprawozdań miesięcznych z realizacji usługi Inżyniera Kontraktu, nie dysponowaniem przez ECM potencjałem ludzkim do realizacji zamówienia. ECM nie odniósł się w złożonych wyjaśnieniach do żadnej z tych okoliczności, w tym nie wyjaśnił za które z tych okoliczności odpowiedzialność ponosi ECM, a za które podwykonawca (jaki był udział podwykonawcy w realizacji umowy - jakie czynności zostały mu powierzone). Odwołujący podkreślił, że z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp w sposób jednoznaczny wynika, że dokonując samooczystczenia wykonawca zobowiązany jest do „wyczerpującego wyjaśnienia stanu faktycznego”, zatem wszelkie niedokładności nieprawidłowości w tym zakresie obciążają wykonawcę. Skoro ECM nie wyjaśnił w sposób wyczerpujący wszystkich okoliczności stanu faktycznego, to już chociażby z tego powodu, wyjaśnienia przedstawione w tym zakresie w JEDZ nie mogły zostać uznana za potwierdzające, że w odniesieniu do Konsorcjum ECM nie zachodzi przesłanka wykluczenia określona w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp.

Odnosząc się z kolei do podjętych środków zaradczych oraz złożonych przez ECM dowodów, które mają potwierdzać ich podjęcie, Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, że dotyczą one jedynie działań związanych z doбором podwykonawców na potrzeby realizacji zamówienia. ECM nie wskazał, że wdrożył jakiegokolwiek środki zaradcze związane z poprawą pozostałych kwestii wskazanych przez Miasto Gliwice w odstąpieniu od umowy. W tym zakresie wyjaśnienia mają zatem niepełny charakter i nie można na ich podstawie przyjąć, że podjęte środki stanowią gwarancję, że w przyszłości nie dojdzie do odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego z powodu analogicznych okoliczności. Również dowody przedstawione przez ECM w załączeniu do wyjaśnień skupiają się na kwestii doboru podwykonawców, ich weryfikacji oraz koordynacji prac wykonywanych przez

podwykonawców. Żaden z załączonych dowodów nie dotyczy jednak kwestii związanej z okolicznościami podanymi w odstąpieniu tj. treścią projektu umowy o podwykonawstwo, jego zgodności z postanowieniami umowy głównej oraz uwzględnianiem zastrzeżeń zgłaszanych przez zamawiającego do treści projektu umowy podwykonawczej. Co prawda w załączniku nr 1 do wyjaśnień Instrukcji weryfikacji informacji dotyczących potencjału Podwykonawcy oraz weryfikacji umów podwykonawczych w §5 określono zasady ustalania treści projektów umów podwykonawczych, ale dowodu tego nie można uznać wystraczający do wykazania, że wdrożone środki zostały skutecznie podjęte oraz umożliwiają osiągnięcia zakładanego celu. Na instrukcji znajduje się jedynie podpis prezesa zarządu ECM, nie przedstawiono dowodów potwierdzających, że osoby zatrudnione w Dziale Przygotowania Inwestycji i Dziale Realizacji Inwestycji ECM do którego ma zastosowanie ta instrukcja, rzeczywiście stosują się do niej przy pozyskiwaniu i sprawdzaniu informacji przekazywanych przez osoby reprezentujące przyszłych podwykonawców. Jeśli chodzi o dołączone do wyjaśnień notatki służbowe z rozmów telefonicznych to w ocenie Odwołującego nie sposób zweryfikować czy takie rozmowy i w jakim zakresie rzeczywiście miały miejsce (jakie informacje został w trakcie tych rozmów przekazane). Nie wynika z nich również jakie było stanowisko drugiej strony - czy zaakceptowała i potwierdziła warunki przedstawione jej przez przedstawiciela ECM w trakcie rozmowy. Wnioski przedstawione na końcu każdej z tych notatek jednoznacznie potwierdzają, że dowód ten jest nieprzydatny dla wykazania, że podjęte środki stanowią gwarancję, że w przyszłości nie dojdzie do odstąpienia od umowy z powodu tych samych okoliczności co w przypadku umowy zawartej z Miastem Gliwice. Dotyczą one bowiem oceny dysponowania przez wykonawcę potencjałem umożliwiającym udział w postępowaniu, a nie akceptacji przez przysłanego podwykonawcę zasad współpracy w ramach postępowania. Nie dają one żadnej pewności, że potencjalny podwykonawca, z którym prowadzone były rozmowy zaakceptuje zaproponowane przez ECM zasady przyszłej współpracy.

Odnosząc się do pozostałych dowodów przedstawionych przez ECM Odwołujący wskazał na protokół ze spotkania koordynacyjnego - który nie może zostać uznany za dowód podjęcia środków zaradczych, gdyż z jego treści wynika, że spotkanie dotyczyło bieżącej działalności i koordynacji działań Działu Realizacji i Działu Przygotowania Inwestycji oraz Działu Ofertowania - w pkt 2 ppkt 2 protokołu wskazano, że spotkanie dotyczyło odwołania w konkretnym postępowaniu, a w pkt 3 wskazano, że omówiono sprawę dwóch kontraktów, a nie bezpośrednio okoliczności objętych odstąpieniem od umowy zawartej z Miastem Gliwice. Wskazał również na wnioski o dostęp do informacji publicznej wraz z odpowiedziami - nie mogą stanowić dowodu na okoliczność podjęcia i stosowania środków zaradczych, gdyż dotyczą doświadczenia i okresu pełnienia funkcji przez poszczególne osoby, których

dotyczą. Przykładowo we wniosku z dnia 29 listopada 2019r. dotyczącym Pana K. W. wprost wskazano „Przedmiotowe informacje i dokumenty będą wykorzystywane w zakresie weryfikacji danych złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w zakresie udowodnienia doświadczenia Pana K. W. na przedmiotowym zadaniu. ” Dowody te nie są w żaden sposób powiązane z okolicznościami wskazanymi w odstąpieniu od umowy, gdyż nie dotyczy projektu umowy z podwykonawcą, działania podwykonawcy w ramach danego projektu ani nie potwierdzają, że ECM będzie dysponował tymi osobami na potrzeby realizacji zamówienia.

Odwołujący podniósł, iż ECM pomimo tego, że przyznał w wyjaśnieniach, iż nie kwestionował faktu odstąpienia, nie przedstawił w złożonym samooczyszczeniu wszystkich okoliczności faktycznych dotyczących odstąpienia z powodów związanych z naruszeniem przez niego obowiązków wynikających ze szczegółowego zakresu prac Inżyniera Kontraktu. Nie przedstawił w tym zakresie również żadnych środków zaradczych i dowodów. Dokonując oceny wyjaśnień i środków przedstawionych przez ECM w samooczyszczeniu zawartym w JEDZ odnośnie odstąpienia od umowy przez Miasto Gliwice należy zatem stwierdzić, że są one niewystarczające i brak było podstaw do uznania przez Zamawiającego, iż Konsorcjum ECM sprostało dyspozycji przepisu art. 24 ust. 8 Pzp ustawy Pzp, a w konsekwencji, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący dodał, że samooczyszczenie przedstawione przez Konsorcjum ECM w JEDZ były przedmiotem orzekania Izby w sprawie o sygn. akt KIO 535/21 w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadania inwestycyjnego w ramach Etapu I Projektu „Prace na linii kolejowej nr 38 na odcinku ELK-KORSZE wraz z elektryfikacją”. Postępowanie było prowadzone przez PKP PLK S.A., a zatem Zamawiającego w tym postępowaniu, którego dotyczy odwołanie. Na gruncie wspomnianego postępowania Zamawiający pismem z dnia 8 lutego 2021 r., wykluczył ECM, gdyż na podstawie informacji powziętych od Miasta Gliwice stwierdził, że ECM w sposób niedostateczny opisał okoliczności faktyczne związane z rozwiązaniem zawartej z miastem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający zakwestionował również środki zaradcze powołane przez ECM w tych wyjaśnieniach w celu wykazania jego rzetelności. W zapadłym na gruncie tej sprawy wyroku z dnia 13 kwietnia 2021 r. Izba oddaliła odwołanie wniesione przez ECM wobec czynności wykluczenia z postępowania, dzielając w znacznej mierze argumentację przedstawioną przez Zamawiającego w uzasadnieniu wykluczenia. Co istotne wyjaśnienia, które były w tym postępowaniu analizowane przez Zamawiającego i Izbę, są to dokładnie te same wyjaśnienia, które zostały złożone przez Konsorcjum ECM w JEDZ złożonym w niniejszym postępowaniu. Skoro wyjaśnienia i dowody złożone przez ECM wraz z ofertą są tożsame z

wyjaśnieniami złożonymi przez tego wykonawcę w sprawie o sygn. akt KIO 535/21 to zaniechanie wykluczenia Konsorcjum ECM prowadzi do stwierdzenia, że Zamawiający naruszył wskazane w zarzucie przepisy Pzp.

Jednie na marginesie Odwołujący zauważył, że nie jest to jedyne postępowanie, w którym Zamawiający dokonał wykluczenia ECM z uwagi na fakt, że uznał wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę w JEDZ odnośnie odstąpienia od umowy przez Miasto Gliwice za nie spełniające wymogów z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp. Również w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadania inwestycyjnego opracowanie projektów wykonawczych i wykonanie robót budowlanych dla fazy I projektu pn. „Prace na linii E 75 na odcinku Białystok - Suwałki - Trakiszki (granica państwa), etap I odcinek Białystok - Elk”, nr postępowania: 9090/1RZR3/23630/06273/20/P, Zamawiający w dniu 26 maja 2021 r. dokonał wykluczenia ECM na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 ustawy Pzp. Pomimo wykluczenia ECM w dwóch innych równolegle prowadzonych postępowaniach i wyroku KIO potwierdzającego zasadność dokonanego wykluczenia, na gruncie przedmiotowego postępowania, w którym ECM złożył de facto te same wyjaśnienia, Zamawiający w sposób nieuprawniony uznał jednak, że brak było podstaw do wykluczenia Konsorcjum ECM na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp.

Odnosząc się do samooczyszczenia dotyczącego umowy z PKP PLK S.A. Odwołujący podniósł, iż w samooczyszczeniu przedstawionym w JEDZ, ECM poinformował, że w dniu 15 lipca 2019 r. wypowiedział umowę na zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadania inwestycyjnego w ramach projektu „Prace na linii obwodowej w Warszawie (odc. Warszawa Gołębki/ Warszawa Zachodnia Warszawa Gdańska)” zawartej z Zamawiającym - PKP PLK S.A. Wykonawca wskazał, że do odstąpienia od umowy doszło z przyczyn leżących po stronie PKP PLK S.A., czyli Zamawiającego w tym postępowaniu. Również w tym zakresie, ECM nie przedstawił w sposób wyczerpujący wszystkich okoliczności stanu faktycznego. Pominął bowiem fakt, że zamawiający nie uznał wypowiedzenia dokonanego przez ECM za skuteczne i pismem z dnia 24 lutego 2020 r. poinformował wykonawcę o wypowiedzeniu umowy z zachowaniem 30 dniowego okresu wypowiedzenia. Podstawą wypowiedzenia umowy był fakt, że wykonawca nie zapewnił personelu wymaganego postanowieniami umowy oraz OPZ w szczególności w zakresie spotkań na Placu Budowy oraz do uczestnictwa w odbiorach robót - do czego był zobowiązany. Z informacji podawanych przez samego Zamawiającego w dwóch wspomnianych równolegle prowadzonych postępowaniach wynika, że „Inżynier Projektu (ECM) od początku trwania umowy nie wywiązuje się z obowiązku comiesięcznego sporządzania dokumentów stanowiących podstawę do rozliczenia nakładów trwałych na wybudowane i przebudowane

środki trwałe oraz wystawiania dokumentów OT pozwalających na dokonanie zmian w ewidencji środków trwałych Zamawiającego. W świetle przedmiotowego naruszenia Zamawiający wskazał, iż wielokrotnie wzywał Inżyniera Projektu do usunięcia naruszeń - niemniej jednak nie uzyskał żadnej odpowiedzi. Dalej, Inżynier Projektu nie przedłożył również dokumentów niezbędnych do złożenia kompletnego wniosku o wydanie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie dla p.o. Warszawa Powązki. Inżynier Projektu nie wywiązał się również z obowiązku przedkładania Zamawiającemu Raportów Roszczeń bowiem przedłożone przez niego dokumenty nie spełniały wymagań Zamawiającego, które zostały precyzyjnie opisane w OPZ. W świetle powyższego Zamawiający stwierdził, iż Inżynier Projektu w sposób nieuprawniony oraz bez uzasadnionej przyczyny zaprzestał wykonywania usługi przez okres dłuższy niż 5 dni roboczych, co stanowi naruszenie 5 14 ust. 1 pkt 5 Umowy i w konsekwencji uprawnia Zamawiającego do skorzystania z prawa do wypowiedzenia Umowy. Następnie, Zamawiający w dniu 02 marca 2020 r. przekazał Wykonawcy pisma dotyczące naliczenia kar umownych jak poniżej, z zastrzeżeniem, iż suma dotychczas naliczonych kar Inżynierowi Projektu przekroczyła 30% wartości wynagrodzenia brutto (maksymalny limit kar umownych wskazany w Umowie), zatem Zamawiający odstąpił od egzekwowania poniższych kar: (...) Wskazania wymaga, iż Wykonawca aż do dnia 06 grudnia 2019 r. kontynuował świadczenie usługi stanowiącej przedmiot Umowy (choć w sposób wadliwy), bowiem brał udział w niektórych spotkaniach na placu budowy, przedstawiał częściowo raporty miesięczne, raporty roszczeń itp., a Personel Wykonawcy cały czas widniał w Dzienniku Budowy jako pełniący nadzór nad realizacją robót. Wobec powyższego Zamawiający wezwał Wykonawcę ECM do należytego wykonywania Umowy, a następnie w dniu 24 lutego 2020 r. złożył oświadczenie o jej wypowiedzeniu na podstawie § 15 w zw. z 5 14 ust. 1 pkt 1, 5 oraz 9 Umowy. Przedstawiona argumentacja przez Zamawiającego ma swoje oparcie w materiale dowodowym. Istnieje związek przyczynowo - skutkowy pomiędzy działaniami oraz zaniechaniami Wykonawcy a odstąpieniem od Umowy przez Zamawiającego. Zamawiający przedstawił korespondencję z Wykonawcą, w której wskazywał na liczne uchybienia Wykonawcy. 22. Zdaniem Zamawiającego niewykonanie umowy miało charakter istotny. W pierwszej kolejności należy stwierdzić, iż w przypadku zakresu obowiązków Inżyniera Projektu najważniejszym aspektem jest dysponowanie przez danego wykonawcę odpowiednim personelem, który będzie nadzorował, kontrolował oraz dbał o ład organizacyjny w trakcie realizacji inwestycji - w wynika to z samego charakteru umowy. W związku z powyższym uporczywe i długotrwałe uchybianie temu obowiązkowi można zakwalifikować jako istotne (zarówno co do zakresu umowy jak i do uporczywości).”

W ocenie Odwołującego nawet jeżeli ECM uznaje, że pozostaje w sporze z Zamawiającym co do skuteczności i momentu wypowiedzenia umowy to powinien być przedstawić te okoliczności w złożonych wyjaśnieniach, czego zaniechał, a co w konsekwencji powoduje, że złożone przez tego wykonawcę samooczyszczenie nie czyni zadość wymaganiom określonym w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp.

Odnosząc się do samooczyszczenia przedstawionego w piśmie z dnia 20 kwietnia 2021 r. - umowa w Miastem Gliwice, Odwołujący podniósł, iż treść uzupełnionego przez ECM samooczyszczenia w dalszym ciągu nie odpowiada wymaganiom określonym w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp. Co prawda druga wersja samooczyszczenia jest bardziej obszerna i zostało w niej w szerszym zakresie przedstawione okoliczności faktyczne dotyczące m.in. naprawienia szkody, powierzenia prac podwykonawcy oraz w sposób bardziej stanowczy wskazał na swoją winę, jednak w pozostałym zakresie samooczyszczenia nie różnią się między sobą w na tyle diametralny sposób, żeby uznać, że uzupełnione samooczyszczenia potwierdza, że w odniesieniu do Konsorcjum ECM nie występuje przesłanka wykluczenia określona w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. W uzupełnionym samooczyszczeniu ECM wyjaśnił, że podwykonawca miał realizować 100% zamówienia, samodzielnie, bez udziału ECM. W dalszej części przyznał, że zaniechał jakiegokolwiek nadzoru nad działaniami podwykonawcy i nie kontrolował samej realizacji zamówienia. Tym samym również w drugim samooczyszczeniu, pomimo przyjęcia na siebie odpowiedzialności, próbuje mimo wszystko całą winę za odstąpienie od umowy przerzucić na podwykonawcę, a zatem również uzupełnione samooczyszczenie nie może zostać uznane za skuteczne.

Przedmiotowa kwestia budzi wątpliwości Odwołującego również z uwagi na regulację ustawy Pzp jak i postanowienia umowy łączącej ECM z Miastem Gliwice. Na gruncie ustawy Pzp za zakazane uznaje się powierzenie przez wykonawcę podwykonawcy realizację 100% przedmiotu zamówienia. Powyższe znajduje potwierdzenie w literalnym brzmieniu art. 36a ust. 1 Pzp, w którym dopuszczona została możliwość powierzenia jedynie części zamówienia podwykonawcy. Za reprezentatywny w powyższym zakresie należy uznać wyrok KIO z dnia 7 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 2971 / 20, KIO 2976/20, który został następnie utrzymany w mocy wyrokiem Sadu Okręgowego w Warszawie, XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych z dnia 5 maja 2021 r., sygn. XXIII Zs 11/21 (Odwołujący przywołał fragment uzasadnienia ww. wyroku Sądu Okręgowego). Ponadto Odwołujący zauważył, że z § 5 ust. 2 dołączonej przez ECM do wyjaśnień umowy zawartej z Miastem Gliwice wynika, że „przedmiotem podwykonawstwa nie może być zakres usługi wskazany dla Personelu Kluczowego wskazanego w 57 ust. 1 umowy. Zamawiający wymaga, aby ta część usługi Inżyniera Kontraktu była wykonywana przez Inżyniera Kontraktu.” Jeżeli przyjąć, że ECM pomimo wyraźnego zastrzeżenia obowiązku samodzielnego wykonania przedmiotu

zamówienia w określonym zakresie rzeczywiście powierzył podwykonawcy realizację 100% przedmiotu zamówienia, to de facto potwierdził w złożonych wyjaśnieniach, że nienależycie realizował umowę w sprawie zamówienia publicznego zawartą z Miastem Gliwice. Tym samym wina leżała tak naprawdę po stronie ECM, a nie po stronie podwykonawcy. Po raz kolejny Odwołujący podkreślił, że ECM nie przedstawił w powyższym zakresie żadnych wyjaśnień, środków zaradczych ani dowodów.

Kwestia ta jest zdaniem Odwołującego również istotna z uwagi na fakt, że jedną z okoliczności wskazanych przez Miasto Gliwice, do której ECM nie odniósł się w wyjaśnieniach było stwierdzenie przez tego zamawiającego, że ECM nie dysponuje potencjałem ludzkim do realizacji zamówienia. Miasto Gliwice w pkt 6 odstąpienia wskazało aż 5 przesłanek świadczących o tym, że ECM nie dysponuje wymaganym potencjałem ludzkim, jedną z nich jest wskazana w lit. e) okoliczność „wprowadzenia podwykonawstwa przez Inżyniera Kontraktu”. Ta okoliczność została zupełnie pominięta przez ECM zarówno w wyjaśnieniach przedstawionych w JEDZ jak i w uzupełnionym samoocyszczeniu. Nawet gdyby uznać, że podwykonawca któremu została powierzona realizacja 100% przedmiotu zamówienia ponosi pełną odpowiedzialność za nienależyte wykonanie obowiązków wynikających ze szczegółowego zakresu prac Inżyniera Kontraktu to w dalszym ciągu uzupełnione wyjaśnienia nie dotyczą kwestii, za którą podwykonawca z pewnością nie ponosi odpowiedzialności, a mianowicie wielokrotnego przedstawiania zamawiającemu projektu umowy z podwykonawcą niezgodnego z postanowieniami umowy głównej, niewprowadzania uwag zamawiającego do projektu i zmiany wcześniej ustalonych postanowień.

Podsumowując kwestie związane z podwykonawstwem, które wynikają z przedstawionych przez ECM wyjaśnień Odwołujący wskazał, iż:

- a) ECM nigdy nie uzyskał zgody na wprowadzenie podwykonawcy w ramach umowy zawartej z Miastem Gliwice;
- b) twierdzenie o powierzeniu podwykonawcy 100% przedmiotu zamówienia budzi wątpliwości zarówno z uwagi na niedopuszczalność takiego rozwiązania tak na gruncie przepisów Pzp jak i na gruncie postanowień umowy łączącej ECM z Miastem Gliwice. ECM w złożonych wyjaśnieniach nie odniósł się do tej kwestii, a nie sposób uznać, że kwestia ta może w jakikolwiek sposób obciążać podwykonawcę;
- c) skoro z § 5 ust. 2 dołączonej przez ECM do wyjaśnień umowy zawartej z Miastem Gliwice wynika, że „przedmiotem podwykonawstwa nie może być zakres usługi wskazany dla Personelu Kluczowego wskazanego w §7 ust. 1 umowy”, a Miasto Gliwice w odstąpieniu od umowy wskazało na nieposiadanie przez ECM wymaganej kadry, to wykonawca powinien był odnieść się do tej okoliczności w wyjaśnieniach złożonych na

podstawie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp. Również w tym przypadku brak jest podstaw do twierdzenia, że kwestia ta może w jakikolwiek sposób obciążać podwykonawcę;

- d) uzupełnione wyjaśnienia nie dotyczą również kwestii, za którą podwykonawca z pewnością nie ponosi odpowiedzialności, a mianowicie wielokrotnego przedstawiania zamawiającemu projektu umowy z podwykonawcą niezgodnego z postanowieniami umowy głównej, niewprowadzania uwag zamawiającego do projektu i zmiany wcześniej ustalonych postanowień.

Ponadto, analiza uzupełnionego samooczczenia wskazuje, że w dalszym ciągu nie dotyczy ono wszystkich okoliczności będących podstawą odstąpienia od umowy przez Miasto Gliwice. W dalszym ciągu ECM nie odniósł się do okoliczności związanych z naruszeniem obowiązków wynikających z szczegółowego zakresu prac Inżyniera Kontraktu. Nie zostały w tym zakresie również przedstawione żadne środki zaradcze i dowody potwierdzające ich rzeczywiste podjęcie. Jeśli chodzi o porównanie środków zaradczych i dowodów przedstawionych w tych wyjaśnieniach to należy zwrócić uwagę na fakt, że do uzupełnionego samooczczenia ECM:

- a) nie dołączył Instrukcji weryfikacji informacji dotyczących potencjału Podwykonawcy oraz weryfikacji umów podwykonawców, która została złożona wraz z wyjaśnieniami zawartymi w JEDZ;
- b) dołączył większą niż w pierwotnych wyjaśnieniach ilość protokołów ze spotkań koordynacyjnych - które nie mogą jednak zostać uznane za dowód podjęcia środków zaradczych, gdyż z ich treści wynika, że spotkania dotyczyły bieżącej działalności i koordynacji działań Działu Realizacji i Działu Przygotowania Inwestycji oraz Działu Ofertowania, a nie bezpośrednio okoliczności objętych odstąpieniem od umowy zawartej z Miastem Gliwice;
- c) dołączył większą niż w pierwotnych wyjaśnieniach ilość wniosków o dostęp do informacji publicznej wraz z odpowiedziami, które również należy uznać za nieprzydatne jako dowód podjęcia i stosowania środków zaradczych, gdyż dotyczą doświadczenia i okresu pełnienia funkcji przez poszczególne osoby. Przykładowo we wniosku z dnia 5 marca 2021 r. dotyczącym Pana W. C. wprost wskazano „Przedmiotowe informacje i dokumenty będą wykorzystywane w zakresie weryfikacji danych złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w zakresie udowodnienia doświadczenia Pana W. C. na przedmiotowym zadaniu. ” Dowody ten nie są w żaden sposób powiązane z okolicznościami wskazanymi w odstąpieniu od umowy, gdyż nie dotyczy projektu umowy z podwykonawcą, działania podwykonawcy w ramach danego projektu ani nie potwierdzają, że ECM będzie dysponował tymi osobami na potrzeby realizacji

zamówienia. Ponadto większość z nich została sporządzona po upływie terminu złożenia ofert w tym postępowaniu;

- d) dołączył 4 protokoły audytu z dnia 14.08.2020 r., 11.05.2020 r., 20.11.2020 r., 25.02.2021 r., który analiza wskazuje, że pomimo ich pochodzą one z okresu ok. 6 miesięcy to wskazanych w nich zakres spotkania w tym problemy oraz zalecenia we wszystkich tych protokołach są tożsame. Powtarzają się w kolejnych protokołach, co prowadzi do wniosku, że żadne z zaleceń nie zostało zrealizowane, a zatem może świadczyć o tym, że zarówno środek jak i dowód mając charakter pozorny, gdyż de facto nie niosą za sobą rezultatu w postaci usunięcia nieprawidłowości.

Podsumowując, w ocenie Odwołującego analiza środków i dowodów przedstawionych przez ECM w uzupełnionym samooczyszczeniu wskazuje, że załączone dowody nie pokrywają się ze środkami podanymi w uzupełnionym samooczyszczeniu. Ponadto, większość z dowodów należy uznać za nieprzydatne, gdyż nie dotyczą okoliczności objętych odstępniem. Nie sposób oprzeć się wrażeniu, że ilość załączników dołączonych do wyjaśnień ma na celu wywołanie wrażenia, że ECM podjął stosowne działania, z czym nie sposób się jednak zgodzić, jeśli wziąć pod uwagę znikomą, a nawet żadną wartość dowodową tych dokumentów dla udowodnienia podjęcia środków zaradczych związanych z okolicznościami, które doprowadziły do odstąpienia od umowy przez Miasto Gliwice.

W zakresie samooczyszczenia przedstawionego w piśmie z dnia 20 kwietnia 2021 r. dotyczącego umowy z PKP PLK S.A. Odwołujący zauważył, że w uzupełnionych wyjaśnieniach ECM w odniesieniu do usługi dla PKP PLK przedstawił dokładnie ten sam zestaw informacji co w wyjaśnieniach złożonych w JEDZ. Nie uzupełnił okoliczności faktycznych, środków zaradczych ani dowodów. W tym zakresie aktualne pozostają zatem wniosku przedstawione w odniesieniu do wyjaśnień złożonych w JEDZ.

W kwestii uzupełnienia przez Konsorcjum ECM wyjaśnień złożonych na podstawie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp Odwołujący dodał, że biorąc pod uwagę, iż Zamawiający był stroną we wspomnianym już powyżej postępowaniu w sprawie o sygn. akt KIO 535/21 (a zatem treść ww. wyroku jest mu znana), należy dojść do wniosku, że skoro po zapoznaniu się z wyjaśnieniami złożonymi przez Konsorcjum ECM w JEDZ nie wykluczył tego wykonawcy to oznacza, że uznał za dopuszczalne uzupełnienie przez Konsorcjum ECM wyjaśnień w zakresie self-cleaning w drodze pisma z dnia 20 kwietnia 2021 r. oraz uznał tak uzupełnione wyjaśnienia i wskazane w nich środki za wystarczające. Takie działanie Zamawiającego było nieuzasadnione i stanowi naruszenie przepisów Pzp. Zgodnie z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, samooczyszczenie powinno być dokonane najpóźniej wraz ze złożeniem dokumentu JEDZ, czyli wraz z upływem terminu na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia. Późniejsze samooczyszczenie

wypaczałoby sens tej instytucji, której istotą jest to, że jest ona podejmowana z inicjatywy samego wykonawcy, w sytuacji, gdy ma on świadomość, że podlega wykluczeniu, ale jednocześnie twierdzi, że podjęte przez niego środki zaradcze są wystarczające do wykazania jego rzetelności i gwarantują, że w przyszłości nie dojdzie do odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego z powodu tych samych okoliczności.

Biorąc pod uwagę, że okoliczności faktyczne wskazane w uzupełnionym samooczyszczeniu będące przesłanką wykluczenia z postępowania były znane ECM przed terminem składania ofert (dotyczą okoliczności, które miały miejsce odpowiednio w 2018 i 2020 roku), nic nie stało na przeszkodzie, żeby zostały przedstawione w pierwotnych wyjaśnieniach złożonych w JEDZ, a nie dopiero po upływie prawie 5 miesięcy po złożeniu oferty. Konsekwentnie również w przypadku nowych dowodów i środków zaradczych wskazanych przez ECM w uzupełnionych wyjaśnieniach takich jak np. „przykładowe postanowienia umowy podwykonawczej zabezpieczające interes spółki dotyczące nadzoru nad realizacją usługi przez podwykonawcę” zawarte na str. od 5 do 8 samooczyszczenia, należy stwierdzić, że są one spóźnione. Gdyby wykonawca dysponował nimi przed złożeniem ofert to zapewne przedstawiłby je wraz z wyjaśnieniami złożonym w JEDZ, czyli na etapie złożenia oferty. Jedynie na marginesie Odwołujący zauważył, że gdyby Izba uznawała za dopuszczalne uzupełnienie wyjaśnień złożonych na podstawie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp to wyrokiem z dnia 13 kwietnia 2021 r. zapadłym w sprawie o sygn. akt KIO 535/21 nie oddaliłaby odwołania wniesionego przez ECM, czym utrzymała w mocy wykluczenia tego wykonawcy, tylko nakazałaby Zamawiającemu wezwanie ECM do złożenia wyjaśnień dotyczących przedstawionego samooczyszczenia.

Zamawiający w dniu 12 sierpnia 2021 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

Zamawiający odnosząc się do kwestii samooczyszczenia w zakresie umowy z Miastem Gliwice zgodził się z Odwołującym, iż przedłożony razem z JEDZ dokument stanowiący self-cleaning ECM nie spełnia wszystkich wymagań uregulowanych w przepisach Pzp – i na jego podstawie, zgodnie z treścią wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 kwietnia o sygn. akt KIO 535/21 – winien zostać wykluczonym z postępowania. Niemniej jednak, ECM w dniu 20 kwietnia 2021 r. przedłożył Zamawiającemu pismo, w którym dokonał znacznego doprecyzowania pisma załączonego do JEDZ – tym samym czyniąc zadość wymaganiom określonym w ustawie, jednocześnie nie dając podstaw do ich zakwestionowania oraz pozbawiając Zamawiającego możliwości wykluczenia go z postępowania. Takie uzupełnienie – poprzez przedłożenie bardziej szczegółowego pisma stanowiącego self-cleaning wykonawcy zgodnie z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp jest jak najbardziej dopuszczalne w świetle przepisów ustawy Pzp oraz orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (Zamawiający powołał

się na wyrok Izby z dnia 30 października 2017 r., sygn. akt KIO 2151/17 oraz stanowisko prezentowane przez TSUE). Zamawiający podkreślił, iż ECM przedłożył pismo doprecyzowujące przedłożony wraz z ofertą self-cleaning z własnej inicjatywy – bez żadnego wezwania Zamawiającego. W świetle powyższego należy uznać, iż takie działanie jest dopuszczalne. Zamawiający nie podjął czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy, więc ostateczny termin na przedłożenie samooczyszczenia, czy też jego ewentualnego uzupełnienia (samodzielnego) nie upłynął. W dniu 20 kwietnia 2021 r. ECM przedłożył ww. pismo uzupełniające, w którym doprecyzował wszelkie nieścisłości, które podniosła Izba w wyroku z dnia 13 kwietnia 2021 r. Zamawiający wskazał, iż w ECM w uzupełnieniu wprost przyznał, iż ponosi odpowiedzialność za odstąpienie od umowy z Miastem Gliwice (Zamawiający przytoczył odpowiedni fragment ww. pisma). Dodał, że ECM również, zgodnie z treścią wyroku Izby o sygn. akt KIO 535/21, doprecyzował stan faktyczny (Zamawiający przytoczył odpowiedni fragment ww. pisma). W ocenie Zamawiającego nie sposób również uznać argumentacji Odwołującego, w zakresie dowodów przedstawionych przez ECM – w tym Instrukcji weryfikacji informacji dotyczących potencjału Podwykonawcy oraz weryfikacji umów podwykonawczych oraz notatek służbowych, bowiem Krajowa Izba Odwoławcza w ww. wyroku wydanym na rzecz Zamawiającego w analogicznej sprawie wskazała, że nie podziela wątpliwości Zamawiającego w tym zakresie. Co więcej, w przedmiotowym wyroku Izba nie kwestionowała żadnych innych dowodów przedłożonych przez ECM w self-cleaningu. Zamawiający wskazał ponadto, iż w złożonych przez ECM dodatkowych wyjaśnieniach, ECM wprost wskazał wszystkie przesłanki odstąpienia od umowy, biorąc za nie odpowiedzialność. ECM przedstawił w Uzupełnieniu również sposób poprawy funkcjonowania swojego przedsiębiorstwa w zakresie dotyczącym umów podwykonawczych. Odnosząc się zaś do zarzutu dotyczącego niemożności zlecenia realizacji całego przedmiotu zamówienia podwykonawcy Zamawiający podniósł, że ECM również wskazał środki zaradcze jakie podjął w celu zapobieżenia analogicznym sytuacjom na przyszłość. Zamawiający wskazał, iż wszystkie uchybienia stwierdzone przez Zamawiającego (i potwierdzone przez Izbę) jakie popełnił ECM w złożonych przez siebie pierwszych wyjaśnieniach, zostały przez ECM uzupełnione lub poprawione w ramach dodatkowych wyjaśnień. Tym samym brak jest podstaw do wykluczenia ECM z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. W pozostałym zakresie Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła innych uchybień w złożonym samooczyszczeniu przez ECM, wobec czego Zamawiający nie miał możliwości podjęcia innej decyzji niż nie wykluczanie ECM z postępowania.

Odnosząc się do kwestii należytego wykonania przez ECM umowy z PKP PLK S.A., Zamawiający w ślad za stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej zajętym w wyroku o sygn.

akt KIO 535/21, podkreślił, iż w chwili obecnej nie ma realnych podstaw do wykluczenia ECM w świetle rozwiązania umowy na „Zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadania inwestycyjnego w ramach projektu „Prace na linii obwodowej w Warszawie (odc. Warszawa Gołębki/Warszawa Zachodnia – Warszawa Gdańska)” – ze względu, iż w niniejszej sprawie toczy się postępowanie przed sądem powszechnym. Zamawiający przywołał fragment uzasadnienia ww. wyroku, wskazując, że na obecnym etapie brak jest przesłanek umożliwiających wykluczenie ECM z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp w wyniku rozwiązanej przed czasem ww. umowy.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Mając na uwadze, iż odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 czerwca 2021 r., do przedmiotowego postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, dalej jako „ustawa nPzp”).

Wobec spełnienia wymogów określonych art. 525 ust. 1-3 ustawy nPzp Izba uznała za skuteczne zgłoszenie przystąpienia dokonane przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Transprojekt Gdański Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku oraz ECM Group Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie po stronie Zamawiającego i dopuściła ww. wykonawców do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy nPzp.

Izba uznała, iż Odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania i unieważnienia czynności wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy nPzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SIWZ, ofertę Przystępującego (w tym JEDZ i załączony do niego opis samooczyszczenia wraz z dowodami), pismo Przystępującego

z dnia 20 kwietnia 2021 r. (uzupełnienie samooczczenia wraz z dowodami), zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba dopuściła i przeprowadziła ponadto dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującego na rozprawie, tj. informacji o wykluczeniu ECM Group Polska S.A. przez PKP PLK S.A. z postępowania na zarządzenia i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadania inwestycyjnego w ramach Etapu I Projektu „Prace na linii kolejowej nr 38 na odcinku Ełk - Korsze wraz z elektryfikacją” (wraz z załącznikiem) oraz informacji o wykluczeniu ECM Group Polska S.A. przez PKP PLK S.A. z postępowania na zarządzenie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadania inwestycyjnego opracowanie projektów wykonawczych i wykonanie robót budowlanych dla fazy I projektu pn. „Prace na linii E75 na odcinku Białystok – Suwałki – Trakiszki (granica państwa), etap I odcinek Białystok – Ełk” (wraz z załącznikiem), a także dowody z dokumentów złożonych przez Przystępującego na rozprawie, tj. projektu umowy podwykonawczej i zastrzeżeń Zamawiającego, na okoliczności wskazane przez Strony i wynikające z treści dokumentów.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem postępowania jest zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadania: Odcinek D – Roboty na linii nr 229 odc. Glinicz-Kartuzy w ramach projektu „Prace na alternatywnym ciągu transportowym Bydgoszcz - Trójmiasto”. Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w pkt 8.6 SIWZ – Tom I – IDW przewidział jako jedną z podstaw wykluczenia podstawę wskazaną w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp.

Termin składania ofert przypadł na dzień 22 grudnia 2020 r. W postępowaniu oferty złożyło 5 podmiotów, w tym Odwołujący i Przystępujący.

Członek konsorcjum Przystępującego – ECM Group Polska S.A. w JEDZ w Części III.C na pytanie „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową? Jeżeli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat” udzielił odpowiedzi twierdzącej, wskazując również, że przedsięwziął środki w celu samooczczenia. Informacje w tym zakresie wykonawca zawarł w osobnym pliku, zastrzegając je jako tajemnicę przedsiębiorstwa, co nie zostało jednak uznane za skuteczne przez Zamawiającego (Zamawiający odtajnił te dokumenty). ECM wskazał, iż:

„Mając na uwadze okoliczności, które miały miejsce w trakcie realizacji zamówienia publicznego „Zachodnia Brama Metropolii Silesia – Centrum Przesiadkowe w Gliwicach – Inżynier Kontraktu”, gdzie Miasto Gliwice w trakcie realizacji przedmiotowej usługi odstąpiło od Umowy z ECM Group Polska S.A. ze względu na zaniechania oraz błędy popełnione

przez zatrudnionego Podwykonawcę, Wykonawca podjął decyzję o wprowadzeniu nowych procedur w systemie nadzoru i zawierania umów z Podwykonawcami. Ze względu na fakt, że w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Wykonawca w celu pozyskania zamówienia musi wykazać między innymi, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust 5 pkt 4 Pzp , (tj. wtedy, gdy Wykonawca 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), Wykonawca informuje Zamawiającego o wszczęciu procedury „self-cleaning” zgodnie z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp. Wykonawca potwierdza, że takie odstępnie miało miejsce, niemniej jednak faktem jest, że działania, które legły u podstaw odstąpienia od Umowy wynikały z działania podwykonawcy Wykonawcy. Wykonawca nie kwestionował faktu odstąpienia i kary umowne z tego tytułu zostały zaspokojone. W celu uniknięcia takich sytuacji, Wykonawca wdrożył u siebie procedurę self-cleaningu. Procedura ta ma na celu zaniechanie nieprawidłowego postępowania w procesie wyboru, zatrudnienia oraz nadzoru prac zleconych podwykonawcom. Przedmiotowa procedura dotyczy rozbudowania metodyki weryfikacji informacji przekazywanych przez podwykonawców co do potencjału jakim dysponują, wprowadzenia odpowiednich klauzul do umów podwykonawczych, które zwiększają bezpieczeństwo realizacji zleconych usług, wprowadzenia kontroli podwykonawcy, a także wymiany informacji pomiędzy Działami u Wykonawcy. W celu osiągnięcia założonego celu Wykonawca podjął szereg czynności technicznych, organizacyjnych i kadrowych w celu rozwiązania tego problemu w przyszłości, w szczególności:

- 1) Wykonawca sporządził i wdrożył odpowiednią Instrukcję postępowania w zakresie weryfikacji informacji przekazanych przez podwykonawcę – dowód nr 1 – Instrukcja weryfikacji informacji dotyczących potencjału Podwykonawcy, oraz weryfikacji umów podwykonawczych potwierdzony podpisem pracowników Działu Przygotowania Inwestycji i Działu Realizacji.
- 2) W zakresie powyższej Instrukcji Wykonawca nałożył obowiązek każdorazowo sprawdzenia przed przyjęciem oferty podwykonawcy informacji dotyczących doświadczenia danego podwykonawcy poprzez działania takie jak: bezpośrednią rozmowę z przedstawicielem Podwykonawcy, skierowanie prośby o przekazanie przez przedstawiciela Podwykonawcy dowodów potwierdzających posiadane doświadczenie takich jak umowa na realizację danego zakresu, świadectwa przejęcia, protokoły potwierdzające odbiory, sprawdzenie wykazanego doświadczenia poprzez dostępne strony internetowe w zakresie realizacji danych Kontraktów, Projektów, dostępne bazy danych związane z prowadzeniem i udzieleniem zamówienia jak np. Biuletyn Zamówień

Publicznych, Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej, bazę konkurencyjności, poprzez kierowania zapytania w formie wniosku o dostępie do informacji publicznej na podstawie art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. Nr 112 poz. 1198, z późn. zm.) do Zamawiającego zlecającego wskazane usługi lub roboty, sprawdzenie danych z już posiadanyymi przez Wykonawcę informacjami w zakresie innych Działów np. z Działem Zamówień Publicznych, Działem Prawnym.

- 3) W zakresie powyższej Instrukcji Wykonawca nałożył obowiązek każdorazowo sprawdzenia przed przyjęciem oferty podwykonawcy informacji dotyczących posiadanego potencjału podwykonawcy poprzez działania takie jak: bezpośrednią rozmowę z przedstawicielem Podwykonawcy, skierowanie prośby o przekazanie przez przedstawiciela Podwykonawcy dowodów potwierdzających posiadany potencjał takich jak umowa na realizację danego zakresu z personelem o wymaganym doświadczeniu wraz z dowodami, jak referencje, umowy itd... sprawdzenie wykazanego doświadczenia poprzez dostępne strony internetowe w zakresie realizacji danych Kontraktów, Projektów, dostępne bazy danych związane z prowadzeniem i udzieleniem zamówienia jak np. Biuletyn Zamówień Publicznych, Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej, bazę konkurencyjności, poprzez kierowania zapytania w formie wniosku o dostępie do informacji publicznej na podstawie art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. Nr 112 poz. 1198, z późn. zm.) do Zamawiającego zlecającego wskazane usługi lub roboty, sprawdzenie danych z już posiadanyymi przez Wykonawcę informacjami w zakresie innych Działów np. z Działem Ofertowania, Działem Prawnym.*
- 4) Wykonawca nałożył obowiązek na pracowników Działu Przygotowania Inwestycji i Działu Realizacji konsultacji umów każdego z podwykonawców z Dyrektorem Projektu w celu ustalenia postanowień indywidualnych klauzul dla każdej umowy, umożliwiających stały nadzór nad czynnościami podejmowanymi przez Podwykonawcę.*
- 5) Wykonawca przeprowadził szkolenie dla Działu Przygotowania Inwestycji i Działu Realizacji w zakresie: zastosowania i wdrożenia obowiązków wynikających z Instrukcji - weryfikacji informacji dotyczących potencjału Podwykonawcy oraz weryfikacji umów podwykonawczych, indywidualnej odpowiedzialności Pracownika w zakresie weryfikacji informacji przekazywanych przez podwykonawcę, o konsekwencjach karnych i formalnych wynikających z przekazania informacji nieprawdziwej, lub zatajeniu prawdy w zakresie potencjału danego podwykonawcy (dowód nr 2 – lista potwierdzająca przeprowadzone szkolenie dla Działu Przygotowania Inwestycji i Działu Realizacji).*
- 6) Wykonawca dokona rzetelnej weryfikacji posiadanych już informacji w zakresie doświadczenia Podwykonawców oraz osób zadeklarowanych jako Personel Wykonawcy w ofercie podwykonawców na innych rozpoczynających się usługach i trwających*

postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

- 7) Wykonawca dokona audytu umów podwykonawczych w zakresie odpowiedzialności podwykonawcy za ewentualne błędy w realizacji usług.*
- 8) Wykonawca sprawdzi metody nadzoru podwykonawców i komunikacji z podwykonawcami poprzez wywiad z Dyrektorami Projektów.*
- 9) Wykonawca usprawni przepływ informacji w zakresie realizowanych przez Spółkę umów i zatrudnionych podwykonawców pomiędzy Działami Realizacji, Przygotowania Inwestycji a Działem Zamówień Publicznych poprzez wprowadzenie cyklicznych spotkań, gdzie zostaną omówione bieżące sprawy związane z zatrudnieniem i weryfikacją Podwykonawców.*

Wskazane działania, w szczególności sposób ich realizacji będzie raz na 3 miesiące podlegał kontroli wewnętrznej. Przedmiotowy audyt będzie realizowany przez osoby powołane w tym celu z innych Działów (Dział Prawny lub Dział Zamówień Publicznych), nie zatrudnione na co dzień bezpośrednio w Dziale Realizacji. System audytu będzie realizowany nie tylko w zakresie i kompletności zdeponowanych w bezie danych informacji ale i poprzez wyrywkową kontrolę samych informacji przypisanych do danego członka Personelu. Kontrolujący będą opiniować zastosowanie wdrożonych procedur mając na uwadze cel w jakim były one wprowadzone. Z każdego audytu kontrolujący będą sporządzać opinie zawierające wnioski z kontroli, takie jak np. konieczność przeprowadzenia dodatkowych szkoleń lub zmiany jednej z procedur lub działań.

Powyższe działania zostały wdrożone i są w pełni realne, Wykonawca dochowuje wszelkich starań aby umowy zawierane z podwykonawcami zawierały rzetelne i prawdziwe informacje oraz klauzule, na podstawie których ECM Group Polska S.A. będzie mógł bezpiecznie realizować dany kontrakt. Wykonawca, jako rzetelny uczestnik postępowań przetargowych, zobowiązuje się do utrzymania wdrożonych procedur oraz ich stałe doskonalenie w cele pozyskiwania i realizacji nowych zamówień publicznych.

Wykonawca informuje również, że w dniu 15.07.2019 r. Wypowiedział umowę nr 90/101/0044/16/Z/I na zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadania inwestycyjnego w ramach projektu „Prace na linii obwodowej w Warszawie (odc. Warszawa Gołębki/Warszawa Zachodnia – Warszawa Gdańska) zawartą z PKP Polskie Linie Kolejowe S.A z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego. Podstawę wypowiedzenia stanowił fakt, że Zamawiający nie dokonywał płatności należnego wynagrodzenia na rzecz Odwołującego przez trzy kolejne okresy rozliczeniowe i pomimo dwukrotnego wezwania do spełnienia świadczenia nie spełnił go, co w świetle postanowień umownych, których autorem był przecież Zamawiający, upoważniało Odwołującego do wypowiedzenia umowy, co nastąpiło w dniu 15.07.2019r. Mając na uwadze niniejsze okoliczności Wykonawca z tego tytułu nie

podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust 5 pkt 4 PZP. Przedmiotowe dane są przedstawiane wyprzedzająco w celu wyjaśnienia zaistniałych okoliczności, które mogą być podnoszone w czasie badania i oceny ofert.”

Do ww. oświadczenia załączono szereg dokumentów, w tym dokumenty związane z realizacją umowy zawartej z Miastem Gliwice (w szczególności oświadczenie o odstąpieniu, umowę), dokumenty dotyczące zapłaty należności z tytułu nienależytego wykonania umowy, instrukcję postępowania w zakresie weryfikacji informacji przekazywanych przez podwykonawców, notatki służbowe, protokoły ze spotkań, protokół ze szkolenia, wnioski składane w trybie dostępu do informacji publicznej.

W toku postępowania o udzielenie zamówienia członek konsorcjum Przystępującego ECM Group Polska S.A. w dniu 20 kwietnia 2021 r. przedstawił z własnej inicjatywy uzupełnienie wyjaśnień w zakresie samooczyszczenia. Wykonawca wskazał, iż przedstawia dodatkowe informacje, które w ocenie wykonawcy należy uznać za wystarczające do uznania, że pomimo wcześniejszego odstąpienia od jednej z umów realizowanych przez ECM, wykonawca jest podmiotem rzetelnym i gwarantuje należyte wykonanie zamówienia. W piśmie wskazano, co następuje:

„Zamawiający Miasto Gliwice w dniu 11 maja 2018 roku wystosował do ECM pismo informujące o odstąpieniu od umowy pt. „Zachodnia Brama Metropolii Silesia - Centrum Przesiadkowe w Gliwicach - Inżynier Kontraktu” . Dowód: Pismo z dnia 11 maja 2018 roku . ECM wskazuje, że realizacja przedmiotowego zamówienia miała odbywać się przy udziale podwykonawcy PROMIS S.A który to podwykonawca miał realizować 100% zamówienia. Wskazany podmiot zajmował się zawodowo czynnościami stanowiącymi przedmiot zamówienia, a wcześniej realizowane umowy pomiędzy stronami były wykonane należycie. W okresie od zawarcia Umowy z Zamawiającym do dnia odstąpienia od Umowy trwała procedura akceptacji podwykonawcy przez Zamawiającego, który zgłaszał kolejne uwagi do umowy podwykonawczej. Niemniej jednak podwykonawca realizował przedmiotową umowę samodzielnie, bez udziału ECM, zgodnie z poczynionymi ustaleniami.

Odnosząc się do odstąpienia od Umowy, wskazać należy, że ECM nigdy nie kwestionowała odstąpienia i przyjęła na siebie pełną odpowiedzialność za działania i zaniechania działań ze strony podwykonawcy, uznając, że pomimo, iż powierzyła realizację zamówienia profesjonalnemu podmiotowi, to ponosi całkowitą odpowiedzialność za nienależyte wykonanie umowy względem Zamawiającego. ECM zaniechało bowiem jakiegokolwiek nadzoru nad działaniami podwykonawcy i nie kontrolowała samej realizacji zamówienia, co doprowadziło do braku odpowiedniej reakcji i podjęcia stosownych kroków mających na celu naprawieni uchybień. ECM dopełniła obowiązków w zakresie zapłaty naliczonych kar umownych. Umowa nr IR.272.74.2017 CRU 3916/17 zawarta pomiędzy Miastem Gliwice a

ECM w § 10 Kary i odszkodowania, ust 1 wskazywała na karę za odstąpienie w wysokości 10% całkowitego wynagrodzenia umownego brutto określonego w §3 ust 1 tej umowy. Wartość naliczonej kary za odstąpienie była równa wartości zabezpieczenia należytego wykonania umowy określonego w § 6 ust. 1 umowy i wynosiła - 244 647,00 zł . Przed podpisaniem umowy ECM przedłożyła Gwarancję ubezpieczeniową nr 1010000000310 z dnia 15.12.2018 r. Dowód: Umowa nr IR.272.74.2017 CRU 3916/17 z dnia 19 grudnia 2017 roku. Prezydent Miasta Gliwice pismem z dnia 11 czerwca 2018 roku złożył wniosek do Towarzystwa Ubezpieczeń Wzajemnych MEDICUM do wypłaty kwoty 244 647,00 zł z gwarancji nr 1010000000310 . Dowód: Pismo z dnia 11 czerwca 2018 roku . Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych MEDICUM wywiązało się z zobowiązań wynikających z gwarancji i wypłaciło w całości przedmiotową kwotę Beneficjentowi Miasto Gliwice, zaspakajając zobowiązanie ECM względem Miasta Gliwice. Spółka ECM nie kwestionowała przedmiotowego działania Miasta Gliwice i nie występowała do sądu o zwrot pobranego zabezpieczenia. Spółka ECM zawarła ugodę w celu spłaty swych zobowiązań do Towarzystwa Ubezpieczeń Wzajemnych MEDICUM. Dowód: Ugoda z dnia 9 lipca 2018 roku oraz potwierdzenia zapłaty wraz dowodami zapłaty na rzecz ubezpieczyciela. Tym samym wszelkie zobowiązania wynikające z odstąpienia od umowy pt. „Zachodnia Brama Metropolii Silesia - Centrum Przesiadkowe w Gliwicach - Inżynier Kontraktu przez Miasto Gliwice zostały uregulowane. Miasto Gliwice nie wystąpiło o zapłatę innych kar lub odszkodowań. Przedmiotowy Podwykonawca do dnia wypowiedzenia umowy przez Zamawiającego nie uzyskał formalnego zatwierdzenia Zamawiającego. Zamawiający miał jednak pełną wiedzę, że ECM współpracuje z podwykonawcą. Złożony i procedowany przez Zamawiającego wniosek o zatwierdzenie wprost wskazywał na osoby z którymi Zamawiający współpracował na co dzień i którym bezpośrednio z pominięciem ECM wydawał dyspozycje. Brak zatwierdzenia podwykonawcy nie zmienia faktu że w zakresie obowiązków podwykonawcy było dysponowanie wymaganym umową personelem oraz wydawanie opinii i ekspertyz do realizowanej inwestycji zgodnie z zawartą umowę z zamawiającym przez ECM. Wykonawca potwierdza, że zlecił podwykonawcy większość obowiązków niezbędnych do prawidłowej realizacji przedmiotu umowy, biorąc odpowiedzialność za działania podwykonawcy w ramach realizacji usługi jak za własne. Wykonawca stwierdza, że nie wykonanie umowy wynikało z wadliwego systemu weryfikacji podwykonawcy na etapie zlecenia mu zamówienia, w zakresie zbadania jego potencjału i możliwości w realizacji oraz z braku odpowiedniego nadzoru nad jego działaniami w toku wykonywania przedmiotu zamówienia. Zamawiający – Miasto Gliwice, w swoim odstąpieniu wskazało na następujące przyczyny odstąpienia: 1) nieterminowe przekazywanie weryfikacji dokumentacji projektowej, brak weryfikacji, brak reakcji na wezwania do poprawienia, przekazywanie weryfikacji niezgodnej z umową; 2) wady Sprawozdania wstępnego, nieuwzględnianie uwag Zamawiającego,

niekompletne i niezgodne z wymaganiami umowy sprawozdanie wstępne; 3) wady Sprawozdania z weryfikacji projektu wstępnego dla obszaru A, nieuwzględnianie uwag Zamawiającego, niekompletne i niezgodne z wymaganiami umowy sprawozdanie; 4) wady Sprawozdania miesięcznego, nieuwzględnianie uwag Zamawiającego, niekompletne i niezgodne z wymaganiami umowy sprawozdanie; 5) wady umowy podwykonawczej; 6) brak potencjału ludzkiego do realizacji zamówienia. ECM potwierdza powyższe ustalenia Zamawiającego i nie podejmuje z nimi żadnej polemiki. Faktycznie w toku realizacji umowy, podwykonawca nie przekazywał terminowo dokumentów wymaganych kontraktem, a przekazywane dokumenty posiadały wady. Powyższe wynikało z faktu, że podwykonawca nie posiadał dostatecznego i odpowiedniego personelu do realizacji usługi, co nie zostało zweryfikowane na etapie zawierania z nim umowy. ECM potwierdza również, że ze strony spółki zabrakło jakiegokolwiek nadzoru nad realizacją umowy, a dodatkowo, że w żaden sposób nie uregulowano kwestii przepływu informacji pomiędzy podwykonawcą, Zamawiającym i ECM, co skutkowało tym, że ECM o zaistniałych problemach dowiadywała się zbyt późno i brak było czasu na podjęcie odpowiednich działań zaradczych.

ECM przeanalizował przyczyny odstąpienia i zdiagnozował następujące nieprawidłowości, które przyczyniły się do odstąpienia: 1) błędne procedury w zakresie doboru podwykonawcy, a w szczególności brak właściwej weryfikacji podwykonawcy w kontekście posiadania odpowiedniego i wystarczającego personelu; 2) brak zapewnienia właściwego i stałego nadzoru ze strony ECM; 3) brak procedury obiegu dokumentów, które pozwoliłyby na szybką i właściwą reakcję ze strony ECM na powstałe nieprawidłowości; 4) błędna analiza wymagań Zamawiającego w odniesieniu do umów podwykonawczych. Na skutek powyżej opisanej sytuacji, Wykonawca podjął decyzję o wprowadzeniu nowych procedur w systemie nadzoru i zawierania umów z Podwykonawcami którzy w imieniu ECM będą realizować część lub całość usługi, w tym będą dysponować personelem o wymaganych kwalifikacjach. Na wstępie, Wykonawca wskazuje, że zerwał kontakty biznesowe ze wskazanym powyżej podwykonawcą i firma ta nie realizuje obecnie żadnego zamówienia na rzecz ECM, jak również firmy te nie występują wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego, czy też zamówienia na rynku komercyjnym. Ze względu na fakt, że w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Wykonawca, w celu pozyskania zamówienia musi wykazać między innymi, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, (tj. wtedy, gdy Wykonawca 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), Wykonawca informuje Zamawiającego o wszczęciu procedury „self-cleaning” zgodnie z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp. Wskazać przy tym należy, że przyjęta procedura sprawdziła się, gdyż

od czasu jej wdrożenia nie było sytuacji, aby jakkolwiek Zamawiający odstąpił z ECM od umowy, tym samym należy uznać, że Wykonawca prawidłowo zdiagnozował źródła nieprawidłowości, a przyjęte rozwiązania są skuteczne. Procedura ta ma na celu zaniechanie nieprawidłowego postępowania w procesie wyboru, zatrudnienia oraz nadzoru prac zleconych podwykonawcom. Przedmiotowa procedura dotyczy rozbudowania metodyki weryfikacji informacji przekazywanych przez podwykonawców co do potencjału jakim dysponują, wprowadzenia odpowiednich klauzul do umów podwykonawczych, które zwiększają bezpieczeństwo realizacji zleczonych usług, wprowadzenia kontroli podwykonawcy, a także wymiany informacji pomiędzy Działami u Wykonawcy.

W celu osiągnięcia założonego celu Wykonawca podjął szereg czynności technicznych, organizacyjnych i kadrowych w celu rozwiązania tego problemu w przyszłości, w szczególności:

- 1) Wykonawca sporządził i wdrożył odpowiednią Instrukcję postępowania w zakresie weryfikacji informacji przekazanych przez podwykonawcę – dowód nr 1 – Instrukcja weryfikacji informacji dotyczących potencjału Podwykonawcy, oraz weryfikacji umów podwykonawczych potwierdzony podpisem pracowników Działu Przygotowania Inwestycji i Działu Realizacji.*
- 2) W zakresie powyższej Instrukcji Wykonawca nałożył obowiązek każdorazowo sprawdzenia przed przyjęciem oferty podwykonawcy informacji dotyczących doświadczenia danego podwykonawcy poprzez działania takie jak: bezpośrednią rozmowę z przedstawicielem Podwykonawcy, skierowanie prośby o przekazanie przez przedstawiciela Podwykonawcy dowodów potwierdzających posiadane doświadczenie takich jak umowa na realizację danego zakresu, świadectwa przejęcia, protokoły potwierdzające odbiory, sprawdzenie wykazanego doświadczenia poprzez dostępne strony internetowe w zakresie realizacji danych Kontraktów, Projektów, dostępne bazy danych związane z prowadzeniem i udzieleniem zamówienia jak np. Biuletyn Zamówień Publicznych, Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej, bazę konkurencyjności, poprzez kierowania zapytania w formie wniosku o dostępie do informacji publicznej na podstawie art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. Nr 112 poz. 1198, z późn. zm.) do Zamawiającego zlecającego wskazane usługi lub roboty, sprawdzenie danych z już posiadanymi przez Wykonawcę informacjami w zakresie innych Działów np. z Działem Zamówień Publicznych, Działem Prawnym.*
- 3) W zakresie powyższej Instrukcji Wykonawca nałożył obowiązek każdorazowo sprawdzenia przed przyjęciem oferty podwykonawcy informacji dotyczących posiadanego potencjału podwykonawcy poprzez działania takie jak: bezpośrednią rozmowę z przedstawicielem Podwykonawcy, skierowanie prośby o przekazanie przez przedstawiciela Podwykonawcy dowodów potwierdzających posiadany potencjał takich*

jak umowa na realizację danego zakresu z personelem o wymaganym doświadczeniu wraz z dowodami, jak referencje, umowy itd... sprawdzenie wykazanego doświadczenia poprzez dostępne strony internetowe w zakresie realizacji danych Kontraktów, Projektów, dostępne bazy danych związane z prowadzeniem i udzieleniem zamówienia jak np. Biuletyn Zamówień Publicznych, Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej, bazę konkurencyjności, poprzez kierowania zapytania w formie wniosku o dostępie do informacji publicznej na podstawie art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. Nr 112 poz. 1198, z późn. zm.) do Zamawiającego zlecającego wskazane usługi lub roboty, sprawdzenie danych z już posiadanymi przez Wykonawcę informacjami w zakresie innych Działów np. z Działem Ofertowania, Działem Prawnym.

- 4) Wykonawca nałożył obowiązek na pracowników Działu Przygotowania Inwestycji i Działu Realizacji konsultacji umów każdego z podwykonawców z Dyrektorem Projektu w celu ustalenia postanowień indywidualnych klauzul dla każdej umowy, umożliwiających stały nadzór nad czynnościami podejmowanymi przez Podwykonawcę (w tym miejscu ECM przywołał przykładowe postanowienia umowy podwykonawczej).*
- 5) Wykonawca przeprowadził szkolenie dla Działu Przygotowania Inwestycji i Działu Realizacji w zakresie: zastosowania i wdrożenia obowiązków wynikających z Instrukcji - weryfikacji informacji dotyczących potencjału Podwykonawcy oraz weryfikacji umów podwykonawczych, indywidualnej odpowiedzialności Pracownika w zakresie weryfikacji informacji przekazywanych przez podwykonawcę, o konsekwencjach karnych i formalnych wynikających z przekazania informacji nieprawdziwej, lub zatajeniu prawdy w zakresie potencjału danego podwykonawcy (dowód nr 2 – lista potwierdzająca przeprowadzone szkolenie dla Działu Przygotowania Inwestycji i Działu Realizacji).*
- 6) Wykonawca dokona rzetelnej weryfikacji posiadanych już informacji w zakresie doświadczenia Podwykonawców oraz osób zadeklarowanych jako Personel Wykonawcy w ofercie podwykonawców na innych rozpoczynających się usługach i trwających postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.*
- 7) Wykonawca dokona audytu umów podwykonawczych w zakresie odpowiedzialności podwykonawcy za ewentualne błędy w realizacji usług.*
- 8) Wykonawca sprawdzi metody nadzoru podwykonawców i komunikacji z podwykonawcami poprzez wywiad z Dyrektorami Projektów.*
- 9) Wykonawca usprawni przepływ informacji w zakresie realizowanych przez Spółkę umów i zatrudnionych podwykonawców pomiędzy Działami Realizacji, Przygotowania Inwestycji a Działem Zamówień Publicznych poprzez wprowadzenie cyklicznych spotkań, gdzie zostaną omówione bieżące sprawy związane z zatrudnieniem i weryfikacją Podwykonawców.*

Wskazane działania, w szczególności sposób ich realizacji będzie raz na 3 miesiące podlegał kontroli wewnętrznej. Przedmiotowy audyt będzie realizowany przez osoby powołane w tym celu z innych Działów (Dział Prawny lub Dział Zamówień Publicznych), nie zatrudnione na co dzień bezpośrednio w Dziale Realizacji. System audytu będzie realizowany nie tylko w zakresie i kompletności zdeponowanych w bazie danych informacji, ale i poprzez wyrywkową kontrolę samych informacji przypisanych do danego członka Personelu. Kontrolujący będą opiniować zastosowanie wdrożonych procedur mając na uwadze cel w jakim były one wprowadzone. Z każdego audytu kontrolujący będą sporządzać opinie zawierające wnioski z kontroli, takie jak np. konieczność przeprowadzenia dodatkowych szkoleń lub zmiany jednej z procedur lub działań.

Do każdej realizacji, Dyrektor Projektu będzie wymagał przedłożenia przez podwykonawcę schematu organizacyjnego podwykonawcy. Ponadto w każdej umowie podwykonawczej znajdzie się zobowiązanie, aby podwykonawca przekazywał w formie elektronicznej każde pismo przychodzące od Zamawiającego. Dyrektor Projektu będzie indywidualnie odpowiedzialny przed Zarządem spółki za realizację umowy przez podwykonawcę. Przyjmuje się, że dwukrotne wezwanie do poprawienia realizacji w ramach danej umowy świadczy o nienależytym nadzorze ze strony Dyrektora Projektu i może stanowić podstawę do rozwiązania z nim umowy. Dyrektor Projektu będzie nadzorował nie więcej niż 3 inwestycji realizowanych na podstawie umów podwykonawczych, co powinno zapewnić należyty nadzór.

Raz na kwartał, Dyrektor Projektu będzie sporządzał do zarządu sprawozdanie z nadzorowanych umów podwykonawczych. Dyrektor Projektu jest zobowiązany co najmniej raz na dwa tygodnie skontaktować się z przedstawicielem Zamawiającego w celu weryfikacji realizacji zamówienia przez podwykonawcę. W razie stwierdzenia nieprawidłowości, Dyrektor Projektu jest zobowiązany podjąć natychmiastowe kroki w celu doprowadzenia realizacji do zgodności z umową. Po zakończeniu realizacji każdej umowy, Dyrektor Projektu sporządzi raport z wykonanej umowy, wskazując na stwierdzone nieprawidłowości i przedstawi rekomendacje, co do ewentualnych rozwiązań, aby w przyszłości nie dochodziło do nieprawidłowości. Dyrektor Projektu jest odpowiedzialny za wprowadzenie instrukcji obiegu dokumentów na projekcie. Zasadą jest, że każde pismo, w którym Zamawiający będzie zgłaszał jakiegokolwiek zastrzeżenia co do realizacji usługi, musi być przekazane do Dyrektora Projektu tego samego dnia, co wpłynęło do podwykonawcy. Każda umowa z Zamawiającym będzie poddana weryfikacji przez Dział Prawny pod kątem wymagań Zamawiającego w odniesieniu do wymagań względem podwykonawców. Jeżeli umowy z Zamawiającym będą przewidywały taki obowiązek, Wykonawca już po wyborze oferty, a jeszcze przed zawarciem umowy będzie składał projekt umowy podwykonawczej do Zamawiającego, aby jak najszybciej ustalić ewentualne zastrzeżenia Zamawiającego

i wprowadzić je do projektu umowy. Raz na kwartał, wyznaczeni pracownicy ECM dokonają audytu realizowanych umów podwykonawczych oraz audytu weryfikacji podwykonawców na etapie zawierania umów. Przyjmuje się, że zasadą jest, iż brak realizacji wdrożonej Instrukcji oraz powyższych zasad, stanowi ciężkie naruszenie obowiązków pracowniczych

Powyższe działania zostały wdrożone i są w pełni realne, Wykonawca dochowuje wszelkich starań aby umowy zawierane z podwykonawcami zwierały rzetelne i prawdziwe informacje oraz klauzule, na podstawie których ECM Group Polska S.A. będzie mógł bezpiecznie realizować dany kontrakt. Wykonawca, jako rzetelny uczestnik postępowań przetargowych, zobowiązuje się do utrzymania wdrożonych procedur oraz ich stałe doskonalenie w cele pozyskiwania i realizacji nowych zamówień publicznych. Zwracamy także uwagę że ECM Group Polska S.A w okresie ostatnich trzech lat z powodzeniem realizuje lub już zrealizował kilkanaście kontraktów udzielonych w procedurze zamówień publicznych, co także potwierdza skuteczność wdrożonych procedur związanych z wyborem oraz nadzorem nad pracą podwykonawców.

Wykonawca informuje również, że w dniu 15.07.2019 r. Wypowiedział umowę nr 90/101/0044/16/Z/I na zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadania inwestycyjnego w ramach projektu „Prace na linii obwodowej w Warszawie (odc. Warszawa Gołębki/Warszawa Zachodnia – Warszawa Gdańska) zawartą z PKP Polskie Linie Kolejowe S.A z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego. Podstawę wypowiedzenia stanowił fakt, że Zamawiający nie dokonywał płatności należnego wynagrodzenia na rzecz Odwołującego przez trzy kolejne okresy rozliczeniowe i pomimo dwukrotnego wezwania do spełnienia świadczenia nie spełnił go, co w świetle postanowień umownych, których autorem był przecież Zamawiający, upoważniało Odwołującego do wypowiedzenia umowy, co nastąpiło w dniu 15.07.2019r. Mając na uwadze niniejsze okoliczności Wykonawca z tego tytułu nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust 5 pkt 4 PZP. Przedmiotowe dane są przedstawiane wyprzedzająco w celu wyjaśnienia zaistniałych okoliczności, które mogą być podnoszone w czasie badania i oceny ofert.”

Do ww. pisma załączono szereg dokumentów, w tym dokumenty przedstawione już wraz z JEDZ, a także większą liczbę notatek służbowych, protokołów ze spotkań, wniosków składanych w trybie dostępu do informacji publicznej, przedstawiono też odpowiedzi na ww. wnioski i raporty z przeprowadzonych audytów.

Zamawiający w dniu 5 lipca 2021 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, za którą uznał ofertę Przystępującego. Oferta Odwołującego była druga w ustalonym rankingu ofert.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego zarzut naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: 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.

Art. 24 ust. 8 ustawy Pzp stanowi, że 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. Zgodnie z 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.

Wskazać należy jeszcze na art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp, który ma istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. Zgodnie z tym przepisem wykluczenie wykonawcy następuje w przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 18 i 20 lub ust. 5 pkt 2 i 4, jeżeli nie upłynęły 3 lata od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Omawiana regulacja ogranicza możliwość wykluczenia wykonawców ze względu na upływ czasu, co stanowi jedną z gwarancji realizacji zasad proporcjonalności i równego traktowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W świetle prawa krajowego i unijnego nie sposób uznać za proporcjonalną sankcji dopuszczającej bezterminową możliwość wykluczenia z postępowania wykonawcy z uwagi na zaistnienie jednego, określonego zdarzenia podważającego jego rzetelność. Art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp wyznacza okres maksymalny, w jakim może mieć miejsce wykluczenie wykonawcy z powodu

danego zdarzenia, a upływ tego okresu powoduje, że zamawiający nie może wykluczyć wykonawcy pomimo, że w stosunku do tego wykonawcy w przeszłości taka podstawa wykluczenia zaistniała. W przypadku przesłanki określonej w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, po upływie trzyletniego okresu wskazanego w art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp, rzetelność wykonawcy nie może być podważana z powodu nienależytego wykonania danej umowy.

Jak słusznie zauważył Przystępujący podczas rozprawy, wykluczenie wykonawcy ECM z tytułu nienależytego wykonania umowy zawartej z Miastem Gliwice na realizację zamówienia „Zachodnia Brama Metropolii Silesia - Centrum Przesiadkowe w Gliwicach Inżynier Kontraktu” w chwili obecnej nie jest możliwe z uwagi na fakt, że upłynęły już trzy lata od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Przyjmując za datę tego zdarzenia najpóźniejszy możliwy w okolicznościach przedmiotowej sprawy moment, tj. datę odstąpienia przez Miasto Gliwice od umowy z ECM (pismo z dnia 11 maja 2018 r., według oświadczenia Przystępującego otrzymane przez ECM 18 maja 2018 r.), należy stwierdzić, że trzyletni okres, w którym możliwe było wykluczenie wykonawcy z tego tytułu upłynął w maju 2021 r. Już zatem na moment wyboru oferty najkorzystniejszej, który miał miejsce 5 lipca 2021 r. wykluczenie Przystępującego z uwagi na nienależyte wykonanie przez członka konsorcjum Przystępującego - wykonawcę ECM - umowy z Miastem Gliwice nie mogło mieć miejsca.

Za niezasadne Izba uznała stanowisko Odwołującego, iż kluczowe znaczenie dla oceny, czy Przystępujący podlega w przedmiotowym przypadku wykluczeniu powinien mieć termin składania ofert. Po upływie maksymalnego, trzyletniego okresu wskazanego w art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp, rzetelność wykonawcy ECM nie może zostać podważana z powodu nienależytego wykonania umowy zawartej z Miastem Gliwice niezależnie od faktu czy okres ten upłynął przed terminem składania ofert czy w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia. Z uwagi na sankcyjny charakter przepisów dotyczących wykluczenia wykonawców z postępowania nie można ich interpretować rozszerzająco, a w taki sposób przepisy te zdaje się interpretować Odwołujący. Idąc tokiem rozumowania Odwołującego, w sytuacji gdyby okres wskazany w art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp przypadał – jak w niniejszym przypadku – w trakcie trwania postępowania o udzielenie zamówienia, to uległby on przedłużeniu o czas trwania tego postępowania, ewentualnie o czas, jaki upłynąłby do podjęcia przez zamawiającego decyzji eliminującej wykonawcę z postępowania. W ocenie Izby jest to interpretacja *contra legem* - art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp określa wyłącznie moment, od którego należy liczyć początek biegu okresu wykluczenia (zdarzenie będące podstawą wykluczenia), który kończy się z upływem trzech lat od tego zdarzenia, niezależnie od okoliczności, czy akurat toczy się jakiegokolwiek postępowanie o udzielenie zamówienia, w którym wykonawca wziął udział.

Podmiot, wobec którego zaistniała podstawa do wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, po upływie wskazanego w art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp okresu, powinien być traktowany tak, jakby do zdarzenia będącego podstawą wykluczenia nie doszło. Składając ofertę w postępowaniu, w którym termin składania ofert przypada już po upływie ww. okresu wykluczenia, podmiot taki co do zasady nie ma już obowiązku wskazywania w Części III.C JEDZ, że znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową. W ocenie Izby brak jest podstaw do różnicowania ww. sytuacji od sytuacji, w której okres wykluczenia wskazany w art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp upłynął w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Członek konsorcjum Przystępującego, wykonawca ECM, dochował należytej staranności składając w JEDZ oświadczenie, że znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego została rozwiązana i dokonał samooczyszczenia. Z faktu, że Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej już po upływie okresu, w którym Przystępujący mógłby podlegać wykluczeniu z postępowania z uwagi na nienależyłą realizację przez ECM umowy z Miastem Gliwice, a zatem w momencie kiedy Odwołujący nie mógł już skutecznie podważyć tej decyzji Zamawiającego wobec upływu trzyletniego okresu wskazanego w art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp, nie można wywodzić negatywnych konsekwencji dla Przystępującego.

Mając na uwadze powyższe, rzetelność wykonawcy ECM nie może być na obecnym etapie podważana z powodu nienależytego wykonania umowy zawartej z Miastem Gliwice i to niezależnie od faktu, że na datę terminu składania ofert okres wskazany w art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp jeszcze nie minął. W konsekwencji bez znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy pozostają twierdzenia Odwołującego, że samooczyszczenie dokonane przez ECM w odniesieniu do realizacji zamówienia na rzecz Miasta Gliwice nie było wystarczające czy też, że nie było dopuszczalne jego uzupełnienie w drodze pisma z 20 kwietnia 2021 r. Upływ maksymalnego okresu, o którym mowa w ww. przepisie powoduje, że Zamawiający nie może wykluczyć Przystępującego z tego tytułu, niezależnie od podjęcia przez wykonawcę ECM działań mających na celu samooczyszczenie i ich skuteczności.

W ocenie składu orzekającego zarzuty odwołania nie potwierdziły się również w zakresie dotyczącym zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania z uwagi na nienależyte wykonanie przez ECM umowy zawartej z PKP PLK S.A. na zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadania inwestycyjnego w ramach projektu „Prace na linii obwodowej w Warszawie (odc. Warszawa Gołąbki/ Warszawa Zachodnia - Warszawa Gdańska)”.

Przede wszystkim za chybione Izba uznała stanowisko Odwołującego, iż Zamawiający nieprawidłowo ocenił wyjaśnienia przedstawione przez wykonawcę ECM jako skutecznie dokonane samooczyszczenie. W ocenie Izby oświadczenia ECM zawartego w załączniku do JEDZ nie sposób w ogóle interpretować jako wszczęcia przez niego procedury sanacyjnej. Wykonawca jedynie zasygnalizował Zamawiającemu, że wypowiedział ww. umowę i nie podlega (w jego ocenie) z tego tytułu wykluczeniu, a informacje te przedstawia wyprzedzająco, w celu wyjaśnienia okoliczności, które mogą być podnoszone w czasie badania i oceny ofert. Wykonawca ECM nie uznał (odmiennie niż w przypadku umowy z Miastem Gliwice), że w tym przypadku zachodzi wobec niego przesłanka z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Odwołujący podnosząc zarzut naruszenia ww. przepisu powinien zatem w pierwszej kolejności wykazać, że wykonawca ECM z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu ww. umowę, co doprowadziło do rozwiązania tej umowy lub zasądzenia odszkodowania. Argumentacja Odwołującego do powyższej problematyki w ogóle się nie odnosi. W szczególności nie wykazano, aby doszło do nienależytego wykonania umowy na zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadania inwestycyjnego w ramach projektu „Prace na linii obwodowej w Warszawie” z przyczyn leżących po stronie wykonawcy ECM ani że miało ono miejsce w istotnym stopniu. Odwołujący co prawda przedstawił jako dowód informacje o wykluczeniu wykonawcy ECM przez Zamawiającego z dwóch innych postępowań na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na nienależyte wykonanie ww. umowy, niemniej powyższe nie zwalnia Odwołującego z obowiązku przedstawienia argumentacji wykazującej, że w przedmiotowym przypadku doszło do kumulatywnego spełnienia wszystkich przesłanek określonych w ww. przepisie. Skład orzekający miał ponadto na uwadze, że skuteczność wykluczenia przez Zamawiającego wykonawcy ECM z jednego z postępowań, na które powołał się Odwołujący (dot. prac na linii kolejowej nr 38) została podważona wyrokiem Izby z dnia 13 kwietnia 2021 r., sygn. akt KIO 535/21, podobnie jak poddane zostało w wątpliwość uprawnienie Zamawiającego do możliwości potrącenia kar umownych z wynagrodzenia wykonawcy. Pomiędzy wykonawcą ECM a PKP PLK S.A. toczy się obecnie spór przed sądem powszechnym, który obejmuje m.in. ocenę czy w dniu wypowiedzenia umowy przez PKP PLK S.A. umowa ta wiązała jeszcze strony.

W świetle powyższego, w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie jest możliwe stwierdzenie, że w stosunku do wykonawcy ECM zachodzi podstawa wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na nienależyte wykonanie ww. umowy. Odwołujący, na którym spoczywał w tym zakresie ciężar dowodu zgodnie z ogólną regułą wskazaną w art. 534 ust. 1 ustawy nPzp, nie udowodnił okoliczności, że przesłanki, o których mowa w ww. przepisie zmaterializowały się w przedmiotowej sprawie. Dopiero zaś w takim

przypadku możliwe byłoby dokonanie przez Izbę oceny, że wykonawca podlega wykluczeniu i czy wobec tego powinien być podjąć środki w celu wykazania swojej rzetelności. Jedynie uzupełniając Izba wskazuje, iż w odniesieniu do umowy z PKP PLK S.A. nie podlegała ocenie Izby kwestia dopuszczalności uzupełnienia samooczyszczenia w drodze pisma z dnia 20 kwietnia 2021 r., z uwagi na fakt, iż treść oświadczenia wykonawcy dotycząca ww. umowy zawarta w JEDZ była tożsama z oświadczeniem zawartym w piśmie z dnia 20 kwietnia 2021 r. W tym zakresie nie może być zatem mowy o jakimkolwiek uzupełnieniu, na co zwrócił uwagę sam Odwołujący w treści odwołania.

Mając na uwadze wszystko powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy nPzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy nPzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:

.....

.....