

WYROK
z dnia 03.08.2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow
Daniel Koniecz Piotr Kozłowski

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 6 i 28 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 maja 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **IDM Inwestycje Sp. z o.o., IDM INWESTYCJE Sp. z o.o. Sp.k., J. M.** prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą **JM-PROJEKT J. M., Al. Chopina 59/2, 87-800 Włocławek** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa**,

przy udziale wykonawcy **MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie, ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje dokonanie:

- 1) unieważnienia czynności z **15.05.2020 r.** polegającej na wykluczeniu **odwołującego z postępowania;**
- 2) dokonanie ponownego badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty **odwołującego.**

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa

i:

- 3.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **IDM Inwestycje Sp. z o.o., IDM INWESTYCJE Sp. z o.o. Sp.k., J. M.** prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą **JM-PROJEKT J. M., Al. Chopina 59/2, 87-800 Włocławek** tytułem wpisu od odwołania;
- 3.2) zasądza od zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa** na rzecz wykonawcę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **IDM Inwestycje Sp. z o.o., IDM INWESTYCJE Sp. z o.o. Sp.k., J. M.** prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą **JM-PROJEKT J. M., Al. Chopina 59/2, 87-800 Włocławek** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Białymstoku**.

Przewodniczący:

Członkowie:

Uzasadnienie

Zamawiający Skarb Państwa, Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa,

prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku, ul. Zwycięstwa 2, 15-703 Białystok wszczął postępowanie na usługi w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie Kontraktem pn. „Projekt i budowa drogi ekspresowej S-61 Obwodnica Augustowa-granica państwa, odcinek: koniec obw. Suwałk-Budzisko z obw. Szypliszek»«.

25.10.2019r. zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nrem 2019/S 207-505171.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) zwanej dalej w skrócie Pzp.

15.05.2020r. zamawiający poinformował o: wykluczeniu z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] IDM INWESTYCJE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Włocławku, Al. Chopina 59 lok. 2, 87-800 Włocławek [pełnomocnik] [2] IDM INWESTYCJE Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą we Włocławku, [J. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą JM-PROJEKT J. M., 16-300 Augustów gdyż - z przyczyn leżących po stronie wykonawcy - wykonawca nie wykonał lub nienależyte wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę z sprawie zamówienia publicznego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4 Pzp co doprowadziło do rozwiązania umowy - art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp.

25.05.2020r. wykluczony wykonawca, czyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia [1] IDM INWESTYCJE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Włocławku, Al. Chopina 59 lok. 2, 87-800 Włocławek [pełnomocnik] [2] IDM INWESTYCJE Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą we Włocławku, [3] J. M. prowadząc działalność gospodarczą pod firmą JM-PROJEKT J. M., 16-300 Augustów, [zwani dalej odwołującym], zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł do Prezesa KIO odwołanie.

Odwołujący sformułował zarzut naruszenia przez zamawiającego:

- 1)art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp przez wykluczenie odwołującego z Postępowania z uwagi na odstąpienie z winy wykonawcy przez zamawiającego od wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego z partnerem odwołującego podmiot IDM Inwestycje Sp. z o.o. Sp. k. z uwagi na nienależyte wykonanie zamówienia w stopniu istotnym;
- 2)art. 24 ust. 8 Pzp przez uznanie, że złożone przez odwołującego wyjaśnienia w zakresie „samooczyszczenia” są niewystarczające i nie potwierdzają, że wdrożone środki zaradcze będą uniemożliwiać wystąpienie w przyszłości okoliczności, które stanowiły podstawę odstąpienia przez zamawiającego od wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego;
- 3)art. 7 ust. 1 Pzp przez podejmowanie względem odwołującego działań przeczących zasadzie równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o:

- 1)wyłączenie jawności rozprawy w zakresie w jakim będzie ona dotyczyć treści dokumentów zastrzeżonych w postępowaniu przez odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa;
- 2)obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa procesowego;
- 3)uwzględnienie odwołania;
- 4)nakazanie zamawiającemu:
 - a)unieważnienia czynności z 15.05.2020 r. polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania,
 - b)dokonanie ponownego badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Argumentacja odwołującego: Odwołujący wskazał na wstępie, że działania zamawiającego podejmowane w toku postępowania w sposób ewidentny dowodzą, że są one ukierunkowane na określony cel - wyeliminowanie odwołującego z postępowania. Odwołujący podkreślił, że subiektywne preferencje lub ich brak co do wyboru ofert określonych podmiotów lub określonego podmiotu nie powinny przysłać obowiązku podejmowania działań w sposób zgodny z zasadami uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zarzuty zamawiającego zaprezentowane w uzasadnieniu wykluczenia odwołującego z postępowania opierają się na selektywnie wybranych fragmentach stanu faktycznego zaistniałego w toku realizacji umowy zawartej pomiędzy zamawiającym a konsorcjum: SGS Polska Sp. z o.o. oraz IDM Inwestycje Sp. z o.o. Sp. k. [partnerem konsorcjum w

rozpoznawanym postępowaniu] o nrze 2410.11.2017/2018 pn. »Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Projekt i budowa drogi ekspresowej S-61 Ostrów Mazowiecka-Szczuczyn, odcinek; węzeł „Łomża Południe” (z węzłem) - węzeł „Łomża Zachód” (bez węzła), na długości około 7,186 km [Sól] + DK [GP] 8,907 [dalej: Kontrakt S-61].

Odwołujący wskazał, że czynność związana z rozwiązaniem przedmiotowej umowy stanowi na dzień wniesienia odwołania element sporny pomiędzy stronami, zatem na moment wyrokowania przez Krajową Izbę Odwoławczą (KIO) brak jest w obrocie prawomocnego wyroku sądu, z którego w sposób jednoznaczny wynikałoby, że odpowiedzialność za ww. zdarzenie ponosi odwołujący. W uzasadnieniu wykluczenia odwołującego z postępowania zamawiający przedstawił jednostronne i subiektywne stanowisko odnośnie sposobu realizacji usług w ramach Kontraktu S-61.

Ad zarzutu art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp. I. Nienależyte wykonanie Kontraktu S-61 przez odwołującego

Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia wskazał, że okolicznością przemawiającą za uznaniem, że odwołujący nienależycie realizował Kontrakt S-61 jest fakt, że zgodnie z umową konsorcjum zawartą pomiędzy SGS Polska Sp. z o.o. a IDM Inwestycje Sp. z o.o. Sp. k. - IDM Inwestycje Sp. z o.o. Sp. k. [dalej wykonawca S i wykonawca I] był odpowiedzialna, zgodnie z jej postanowieniami m.in. za prowadzenie korespondencji z zamawiającym, koordynowaniem Kontraktu, zapewnieniem personelu *etc.*, tj. za te elementy związane ze świadczeniem usług, które stanowiły podstawę do rozwiązania Kontraktu S-61 przez zamawiającego. Zamawiający wskazał, że partner konsorcjum odpowiedzialny za kontakt z zamawiającym nie podejmował wystarczającej reakcji na kierowane wnioski zamawiającego.

Odwołujący sprostował, że wychodząca od zamawiającego korespondencja, dotycząca zarzutów zamawiającego co do sposobu realizacji Umowy kierowana była nie do wykonawcy I, lecz do wykonawcy S do p. S. B., co wynika wprost z dokumentów dołączonych uzasadnienia wykluczenia. Na wszystkich dokumentach w adresatce widnieje adnotacja, że ww. spółka była adresatem wszystkich pism kierowanych do konsorcjum, które dotyczyły okoliczności stanowiących podstawę do złożenia przez zamawiającego oświadczenia o odstąpieniu od Umowy. Inna korespondencja, tj. dotycząca wszystkich spraw związanych z prowadzeniem Kontraktu (czyli umowy z wykonawcą robót), spraw związanych z organizacją pracy Konsultanta, w tym również spraw finansowych takich jak zatwierdzenie dokumentów umożliwiających złożenie faktury - była kierowana albo do Inżyniera Kontraktu (zatrudnionego przez wykonawcę I), albo do pełnomocników Konsorcjum, będących jednocześnie współnikami wykonawcy I tj. A. B. i G. C. . Odwołujący wskazał, że wielokrotnie wykonawca I nie posiadał wiedzy na temat formułowanych przez zamawiającego zastrzeżeń względem sposobu świadczenia usług (albo wykonawca I uzyskiwał informacje z opóźnieniem). Z samego faktu instytucji lidera konsorcjum wynika, że to lider pełni funkcję partnera wiodącego, odpowiedzialnego za utrzymywanie stałych stosunków z zamawiającym (art. 23 Pzp). Zatem formułowane przez zamawiającego wnioski nie mają uzasadnienia w faktach oraz podejmowanych przez zamawiającego czynnościach. Zamawiający - formułując argumentację dla uzasadnienia podjętej decyzji o wykluczeniu odwołującego z postępowania - powinien skupić się na faktycznie zaistniałych okolicznościach (tj. z kim rzeczywiście korespondował w toku realizowanej umowy), aniżeli skupiać się na fragmentach umowy zawartej pomiędzy konsorcjantami. Co więcej, jak wynika z treści umowy (w tym z przytoczonych przez zamawiającego fragmentów), że szczegółowe ustalenia dotyczące realizacji umowy zostaną uszczegółowione w umowie wykonawczej.

Odnosząc się do argumentacji zamawiającego poczynionej w uzasadnieniu wykluczenia odwołującego z postępowania odwołujący wskazał, że należy zważyć:

Ad pkt 1 - brak wykazania, że osoba zaproponowana do pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu, nie wykonuje czynności na innych kontraktach

Na str. 4 uzasadnienia wykluczenia odwołującego z postępowania zamawiający dokonał wyspecyfikowania elementów stanowiących zarzuty wobec osoby dotychczas pełniącej funkcję Inżyniera Kontraktu, a mających świadczyć o „nienależytym zarządzaniu kontraktem oraz nadzoru nad prowadzonymi pracami”. Wśród nich znalazły się: „nienależyte wykonywanie sposobu prowadzenia i protokołowania Rad Budowy i Rad Technicznych, nienależyte wykonywanie obowiązków przeglądów dokumentacji projektowej wykonawcy; nienależyte wykonywanie raportów miesięcznych, nienależyte wykonywanie obowiązków dotyczących raportów roszczeń wykonawcy (...)”. Odwołujący wskazał, że ww. zastrzeżenia znajdują swoje źródło w piśmie zamawiającego z 17.05.2019 r. (skierowanym *nota bene* do lidera konsorcjum - wykonawcy S), z którego to pisma wynika, że owa „nienależytość” przejawiać się miała w:

-Odmowie udzielenia „Wykonawcy jednoznacznych wyjaśnień, a także rozwiania jego wątpliwości, najczęściej

odsylając do przekazanej korespondencji oraz wskazując ogólnie, że wykonawca powinien postępować zgodnie z Warunkami kontraktu” - odwołujący wskazał, że kwestia związana z pojęciem „jednoznacznych” wyjaśnień jest niezwykle ocenna i subiektywna. Odwołujący nie dokonuje porównania wzorca należytego działania Inżyniera Kontraktu z czynnościami podejmowanymi przez ww. konsorcjum. Zarówno w ww. piśmie jak i w uzasadnieniu wykluczenia odwołującego z postępowania zamawiający nie wyartykułował w sposób bezpośredni jakiego rodzaju działań konkretnie oczekiwał od konsorcjum. Argumenty przytoczone powyżej pozostają w sferze domysłów konsorcjantów.

„Inżynier przekazuje wykonawcy celem uzgodnienia, protokoły z odbytych Rad, natomiast wykonawca notorycznie wnosi uwagi do notatek wprowadzanych w protokołach wskazując, że nie odzwierciedlają one rzeczywistego przebiegu spotkań. Mimo wniosków wykonawcy o dokonanie korekt, żaden nie został uwzględniony przez Inżyniera, przez co protokoły są subiektywne i nie zawsze zgodne z przebiegiem spotkania” - odwołujący wskazał, że w całości nie zgadza się ze sformułowanym stanowiskiem. Przygotowywane protokoły w ocenie odwołującego odzwierciedlały przebieg narad i spotkań. Wskazania wymaga, że uczestniczyli w nich przedstawiciele zamawiającego, którzy w odróżnieniu do wykonawcy, nie zgłaszali uwag tak natury formalnej, jak i merytorycznej, co do treści pomimo przysługującego przedstawicielom zamawiającego uprawnienia. Odwołujący wskazał, że Inżynier Kontraktu nie jest podmiotem działającym na zlecenie i na rzecz wykonawcy, ale działa jako bezstronny podmiot nadzorujący przebieg budowy. Inżynier zamieszczał w protokołach najistotniejsze z punktu widzenia realizacji projektu ustalenia stron. Uwagi czy zastrzeżenia wykonawcy robót(!), który działa we własnym interesie w celu uniknięcia negatywnych dla niego konsekwencji związanych z wykonaniem robót w sposób odbiegający od założeń kontraktowych, nie mogą stanowić podstawy do uznania, że konsorcjum nie wywiązywało się należycie z obowiązków związanych z dokumentacją przebiegu narad i spotkań.

Argumentacja zamawiającego, który na etapie analizy przekazywanych dokumentów nie wnosił do nich uwag wydaje się odwołującemu nieracjonalna oraz odwołujący wykazał, że zamawiający nie działał w sposób bezstronny i obiektywny.

Zamawiający był obowiązany przeanalizować czy zgłaszane przez wykonawcę robót zastrzeżenia powinny faktycznie znaleźć się w protokole i czy rzeczywiście ustalenia forsowane przez wykonawcę robót miały miejsce. Taka analiza nie znalazła się zarówno w kierowanej przez zamawiającego korespondencji, jak i w uzasadnieniu wykluczenia odwołującego z postępowania. Z uwagi na obszerność załącznika kopie protokołów z RT i RB w celu wykazania braku zastrzeżeń zamawiającego do ich treści odwołujący przekaze bezpośrednio na rozprawie.

„Inżynier przekazał uwagi do Projektu Budowlanego po Poleceniu Inżyniera dotyczącym zmiany szerokości obiektów inżynierskich w ciągu DK 63 po 29 dniach” - pismo faktycznie zostało skierowane do wykonawcy po 29 dniach od jego wystąpienia, ale zamawiający pomija fakt, że pismo to nie dotyczyło „Projektu Budowlanego”, jak wskazał w piśmie, a „Wstępnego Projektu Budowlanego”. „Wstępny Projekt Budowlany” nie jest „Dokumentem wykonawcy” zgodnie z postanowieniami Umowy na wykonanie robót budowlanych S-61, jak i kontraktu na roboty budowlane. W rozumieniu Subklauzli 5.2 i do tego dokumentu nie mają zastosowania rygory w zakresie terminów przeglądu. Zatem nie sposób uznać, że konsorcjum uchybiło terminom określonym w ww. Kontrakcie. Dodatkowo należy wskazać, że zarzut tej treści pojawił się dopiero(!) po pół roku od zaistnienia okoliczności. W czasie rzekomego „uchybienia” tj. w listopadzie 2018 r. - Kierownik Projektu przyznał Konsultantowi pełną (34/34 pkt) punktację w ramach prowadzonej Oceny Pracy Personelu Konsultanta.

Dowód: pismo Kierownika Projektu z 7.12.2018 r. - załącznik do odwołania.

„raporty miesięczne (...) - raporty są wykonywane niedbale, analiza słaba pod względem technicznym, kontrolnym i estetycznym, nie spełniająca wymogów formalnych” - odwołujący nie zgadza się z treścią zarzutu jak również uzasadnieniem. Przede wszystkim zarzut „nie spełnienia wymogów formalnych” nie znajduje potwierdzenia w korespondencji z zamawiającym (dowody na rozprawie). Kierownik Projektu z ramienia zamawiającego nie wnosił uwag co do strony formalnej raportów, bowiem zawartość raportu konsultanta w pełni odpowiada wymaganiom określonym w załączniku nr 1 do Umowy. Uwagi (o ile w ogóle były kierowane) miały charakter porządkujący (dot. np. edycji spisu treści) lub dotyczyły sposobu wypełnienia treścią danego punktu raportu. Przykładowo do Raportu miesięcznego nr 14 KP wniosła następujące uwagi:

„Proszę poprawić numerację pkt 2 spisu treści (pkt 2.3.1 dubluje się);

„Wykaz osób Personelu Konsultanta w pkt 2.1 proszę dostosować do stanu faktycznego (stanowisko Pana

W. R.)”;

„Zapisy pkt 3.1 proszę uzupełnić o bieżące informacje dotyczące okresu raportowanego” „tabelę posiadane dokumenty potwierdzające uczestnictwo PUZ w trakcie realizacji zamówienia proszę uzupełnić o informację mające miejsce w okresie raportowanym”. Pogrubienie bieżących danych będzie miało wpływ na czytelność tabeli.

Odwołujący wskazał, że znaczna część raportów została zatwierdzona bez uwag. Odwołujący zaprezentował zestawienie opracowanych Raportów:

Raporty Miesięczne	Okres sprawozdawczości	Data zatwierdzenia	Uwagi
RM nr 1 z dnia 05.03.2018	luty 2018 r.		Uwagi z dn. 07.03.2018
RM nr 1 rev.01 z dnia 14.03.2018	luty 2018 r.		
RM nr 1 rev.02 z dnia 28.03.2018	luty 2018 r.		Uwagi z dn. 05.04.2018
RM nr 1 rev.03 z dnia 06.04.2018	luty 2018 r.	17.04.2018	
RM nr 2 z dnia 05.04.2018	marzec 2018 r.	16.04.2018	Zatwierdzony bez uwag
RM nr 3 z dnia 05.05.2018	kwiecień 2018 r.		brak załączników
RM nr 3 rev.01 z dnia 10.05.2018	kwiecień 2018 r.		Uwagi z dn. 16.05.2018
RM nr 3 rev.03 z dnia 24.05.2018	kwiecień 2018 r.	29.05.2018	
RM nr 4 z dnia 05.06.2018	maj 2018 r.	13.06.2018	Zatwierdzony bez uwag
RM nr 5 z dnia 05.07.2018	czerwiec 2018 r.	10.07.2018	Zatwierdzony bez uwag
RM nr 6 z dnia 05.08.2018	lipiec 2018 r.	14.08.2018	Zatwierdzony bez uwag
RM nr 7 z dnia 05.09.2018	sierpień 2018 r.	19.09.2018	Zatwierdzony bez uwag
RM nr 8 z dnia 05.10.2018	wrzesień 2018 r.		Uwagi z dn. 16.10.2018
RM nr 8 z dnia 19.10.2018	wrzesień 2018 r.		Uwagi z dn. 29.10.2018
RM nr 8 rev.01	wrzesień 2018 r.	23.11.2018	
RM nr 9 z dnia 05.11.2018	październik 2018 r.		Uwagi z dn. 07.11.2018
RM nr 9 rev.01 z dnia 14.11.2018	październik 2018 r.	23.11.2018	
RM nr 10 z dnia 05.12.2018	listopad 2018 r.	07.12.2018	Zatwierdzony bez uwag
RM nr 11 z dnia 04.01.2019	grudzień 2018 r.	10.01.2019	Zatwierdzony bez uwag
RM nr 12 z dnia 5.02.2019	styczeń 2019 r.	12.02.2019	Zatwierdzony bez uwag
RM nr 13 z dnia 05.03.2019	luty 2019 r.	14.03.2019	Zatwierdzony bez uwag
RM nr 14 z dnia 05.04.2019	marzec 2019 r.		Uwagi z dn. 17.04.2019
RM nr 14 rev.01 z dnia 25.04.2019	marzec 2019 r.	07.05.2019	
RM nr 15 z dnia 06.05.2019	kwiecień 2019 r.		Uwagi z dn. 13.05.2019
RM nr 15 rev.01 z dnia 16.05.2019	kwiecień 2019 r.	23.05.2019	
RM nr 16 z dnia 04.06.2019	maj 2019 r.		Zatwierdzony bez uwag
RM nr 17 z dnia 05.07.2019	kwiecień 2019 r.		Uwagi z dnia 15.07.2019
RM nr 17 rev.01 z dnia 19.07.2019	kwiecień 2019 r.		Uwagi z dnia 30.07.2019
RM nr 17 rev.02 z dnia 13.08.2019	kwiecień 2019 r.		Uwagi z dnia 27.08.2019
RM nr 17 rev.03 z dnia 09.09.2019	kwiecień 2019 r.	24.09.2019	

Zamawiający nie skonkretyzował jakie konkretnie uchybienia zostały przez zamawiającego zidentyfikowane - odniesienie się odwołującego w sposób szczegółowy do czynionych zastrzeżeń, wg odwołującego, nie jest możliwe:

-„raporty roszczeń - raporty są wykonywane nieterminowo i niedbale, analiza słaba pod względem technicznym, kontrolnym i estetycznym, nie spełniającego wymogów formalnych, nie uwzględniając postanowień umowy oraz Procedury Beneficjenta” - odwołujący wskazał, że wbrew twierdzeniom zamawiającego raporty były zgodne z Podręcznikiem Beneficjenta. O powyższym świadczy fakt, że Kierownik Projektu nie wnosił zastrzeżeń do strony formalnej (dowody na rozprawie).

W zakresie zarzutu „nieterminowości” odwołujący wskazał, że zastrzeżenia zamawiającego nie są prawdziwe. Wymienione w piśmie przez Kierownika Projektu raporty roszczeń zostały przesłane ówczesnie pełniącemu obowiązki Kierownika Projektu p. A. R. w terminie wynikającym z umowy tj. w ciągu 14 dni od dnia złożenia roszczeń przejściowych (5.10.2018 r.). Potwierdzenie zostało dołączone do sprzeciwu od oceny, a Kierownik Projektu nie wniósł żadnych uwag do ich treści. Odwołujący wskazał, że znaczna część składanych przez wykonawcę roszczeń nie była skonkretyzowana co do przedmiotu lub w sposób enigmatyczny wskazywała uzasadnienie ich zasadności, a wykonawca robót nie dołączył do nich żadnych dokumentów

uzasadniających - co w oczywisty sposób uniemożliwiło opracowanie raportu szczegółowego oraz dokonanie jakiegokolwiek analizy. W świetle powyższego w ocenie odwołującego brak jest podstaw do uznania, że usługa w ww. zakresie została wykonana nienależycie. W zakresie tego zarzutu należy również wskazać, że pojawił się on po upływie pół roku od momentu wykonania czynności sporządzenia raportów co w sposób oczywisty budzi wątpliwości co do jego wiarygodności. W czasie rzekomego „uchybień” tj. w październiku 2018 r. - Kierownik Projektu przyznał Konsultantowi pełną (32/32 pkt) punktację w ramach prowadzonej Oceny Pracy Personelu Konsultanta.

Dowód: pismo Kierownika Projektu z 9.11.2018 r.

„brak jednoznacznych rekomendacji, poleceń, kontroli nad przekazywanymi uwagami do prac prowadzonych przez wykonawcę, Weryfikatorzy i Inspektorzy, Kierownik Projektu przekazuje opinie adresowane do Inżyniera Kontraktu, a te bez żadnej autoryzacji zostają przekazane za pismem przewodnim do wykonawcy, co w opinii Kierownika Projektu jest niedopuszczalne” - odwołujący stwierdził, że treść zarzutu oraz jego uzasadnienie nie znajduje pokrycia w rzeczywistości. Inżynier Kontraktu dokonał autoryzacji całej korespondencji wychodzącej przez złożenie podpisu na piśmie przewodnim. W wielu przypadkach, gdy Inżynier przekazywał uwagi na piśmie (bez załączania opinii specjalisty), wykonawca w celu bezsensownej polemiki kwestionował uwagi Inżyniera i żądał przekazania opinii (tak np. w przypadku opinii Weryfikatora dokumentacji projektowej branży elektroenergetycznej). Dodatkowo odwołujący wskazał, że w toku realizacji inwestycji konsorcjum przekazało do wykonawcy i zamawiającego ponad pół tysiąca pism lub wystąpień, z których każde wymaga szczegółowej analizy, a najczęściej również przygotowania odpowiednich dokumentów jako załączników. Podejmowane działania miały na celu jedynie przyspieszenie obiegu przekazywanej korespondencji i w żaden sposób nie świadczyły o tym, że konsorcjum nie dokonywało ich weryfikacji. Zarzuty zamawiającego w tym zakresie były - i są - całkowicie bezpodstawne.

Odnosząc się do dalszego wyводу zamawiającego, w którym zamawiający wskazał, że Konsorcjum zwróciło się do zamawiającego z wnioskiem o prolongatę terminu podjęcia funkcji nowej osoby wskazanej na stanowisko Inżyniera Kontraktu, to odwołujący potwierdza, że taki wniosek został złożony, tym niemniej jednak działania podjęte przez zamawiającego uniemożliwiły Konsorcjum podjęcie właściwych działań. Odwołujący wskazał, że:

- 1)17.06.2019 r. Konsorcjum zwróciło się do zamawiającego z ww. wnioskiem;
- 2)19.06.2019 r. zamawiający wezwał Konsorcjum pod rygorem odstąpienia do podjęcia działań Inżyniera Projektu z dniem 24.06.2019 r. (pismo zostało przekazane Konsorcjum po godzinach pracy biura);
- 3)20.06.2019 r. był dniem ustawowo wolnym od pracy - Boże Ciało;
- 4)21.06.2019 r. Konsorcjum w godzinach popołudniowych otrzymało zawiadomienie o odstąpieniu od umowy.

W świetle powyższego niejako zamawiający sam przyczynił się do zaistniałej sytuacji, gdyż zablokował Konsorcjum podjęcie jakiegokolwiek reakcji na przyjęte stanowisko odnoszące się do konieczności natychmiastowego zapewnienia udziału nowej osoby na stanowisku Inżyniera Kontraktu. Konsorcjum nie posiadało nawet jednego pełnego dnia roboczego, aby wykonać odpowiednie działania organizacyjne i logistyczne zapewniające wypełnienie żądań zamawiającego - dlatego też sprawa ma charakter sporny pomiędzy stronami. Odwołujący wskazał, że powodzenie danego przedsięwzięcia zależy od wspólnego działania i korelacji wszystkich uczestników procesu budowlanego. Brak racjonalnych działań ze strony inwestora, w tym określenie realnego czasu reakcji na podjęcie właściwych czynności, nie powinno w całości obarczać jedynie Konsorcjum. Wbrew twierdzeniom zamawiającego realizacja Kontraktu S-61 nie ma charakteru oczywistego, a wina Konsorcjum za rozwiązanie umowy nie jest również kwestią jednoznaczną, co potwierdza przytoczona powyżej chronologia zdarzeń.

Na uwagę w ocenie odwołującego zasługiwał również fakt, że zamawiający formułując warunki ogłoszenia o zamówieniu dotyczącego tego samego zakresu, z tą tylko różnicą, że zamówienie miało być realizowane przez okres 5 miesięcy wskazał, że „...Zamawiający dopuszcza pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu na więcej niż jednym odcinku robót przez tę samą osobę”.

Dowód: dokumenty postępowania wyłączonego spod stosowania ustawy Pzp.

Ad pkt 2 - nieprzedstawienie danych personalnych osób mających zastąpić Specjalistę ds. Rozliczeń oraz Specjalistę ds. Roszczeń wraz ze wskazaniem ich doświadczenia zgodnego z załącznikiem do umowy „formularz Kryteria Pozacenowe” i informacją, że osoby nie wykonują czynności na innych kontraktach a z dniem 24.06.2019 r. podejmą obowiązki zgodne z S 11

Zamawiający zarzuca, że Konsorcjum nierzetelnie wywiązywało się ze swoich obowiązków, gdyż na wniosek zamawiającego Konsorcjum nie przedstawiło nowych osób na stanowisko Specjalisty ds. Rozliczeń oraz Specjalisty ds. Roszczeń. Prostując ww. zarzuty odwołujący informuje, że 24.06.2019 r. odwołujący dokonał takiego zgłoszenia (dowody na rozprawie).

Odwołujący pragnie również wskazać, że sam wniosek o przedstawienie nowych kandydatów na ww. stanowiska był wnioskiem nieuzasadnionym - o czym szerzej w zakresie adnotacji do pkt 6.

Ad pkt 3 - brak wskazania za pośrednictwem dowodów innych niż oświadczenia wiedzy osób trzecich, że określone osoby posiadały doświadczenie deklarowane przez Konsultanta zgodnie z załącznikiem do umowy „formularz Kryteria Pozacenowe”

Odwołujący wskazał, że powzięcie przez zamawiającego wątpliwości co do doświadczenia posiadanego przez osoby wskazane na stanowisko Specjalisty ds. Rozliczeń oraz Specjalisty ds. Roszczeń były wynikiem kierowanych przez wykonawcę robót pism do zamawiającego podważających wiarygodność kompetencji członków zespołu kluczowego Konsorcjum. Konsorcjum każdorazowo na wniosek zamawiającego przedstawiało posiadane dokumenty w celu wykazania bezpodstawności formułowanych twierdzeń wykonawcy robót. Konsorcjum przedstawiło m.in. kopie umów, referencje, oświadczenia współpracowników potwierdzających ww. okoliczności. Odwołujący wskazał, że na gruncie Pzp zgodnie z rozporządzeniem w sprawie dokumentów, zamawiający nie posiada uprawnienia do żądania dokumentów potwierdzających fakt posiadania przez poszczególnych członków personelu określonego doświadczenia (zamawiający na etapie postępowania przetargowego również nie zastrzegł obowiązku przedłożenia tego rodzaju dokumentów), zatem członkowie Konsorcjum na etapie przygotowania oferty nie podejmowali czynności w celu ich pozyskania. Zamawiający nie konkretyzował również jakiego rodzaju dokumentów dostarczenia oczekuje. Konsorcjum podjęło wszystkie możliwe - na moment wezwania do ich uzupełnienia - działania w celu sprostania oczekiwaniom zamawiającego. Odnosząc się do informacji zawartych w treści wykluczenia - dot. skierowania 9.04.2019 r. do Prokuratury Rejonowej Białystok-Północ zawiadomienia o możliwości popełnienia przestępstwa odwołujący wskazał, że do dnia złożenia odwołania nie zostały podjęte przeciwko odwołującemu żadne czynności (przesłuchanie, postanowienie zarzutów).

Spółka IDM Inwestycje Sp. z o.o. Sp.k. aktualnie realizuje inny kontrakt na rzecz zamawiającego, w którego ramach zamawiający przeprowadził analogiczną procedurę weryfikacyjną, co dodatkowo potwierdza rzeczywiste intencje zamawiającego na potrzeby Kontraktu S-61 nakierowane na określony cel: rozwiązanie stosunku prawnego z Konsorcjum.

Odwołujący na rozprawie przedstawi szczegółową dokumentację wykazującą, że zamawiający formułował wielokrotne żądania „udowodnienia” wykraczające poza wymagania określone przepisami rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Ad pkt 4 - niewydanie Przejściowego Świadczenia Płatności (PŚP) do wniosku wykonawcy nr 10, zgodnie z deklaracjami złożonymi 05.06.2019 r., 07.06.2019 r. i 11.06.2019 r. i wypełnienia zobowiązania ustnego Konsultanta

Odnosząc się do zarzutów zamawiającego opisanych w pkt 4 dotyczących wniosku wykonawcy robót o wydanie Przejściowego Świadczenia Płatności nr 10 odwołujący pragnie wskazać, że zaprezentowana w uzasadnieniu wykluczenia argumentacja przedstawia jednostronne stanowisko zamawiającego, w którym to zamawiający pomija szereg istotnych kwestii, m.in. fakt, że złożony wniosek został oceniony przez Konsorcjum jako niekompletny, a wykonawca robót odmówił uzupełnienia wniosku. Odwołujący wskazał, że przyczyną formułowanych zarzutów jest fakt, że Konsorcjum pomimo nacisków ze strony zamawiającego oraz wykonawcy robót nie wyraziło zgody na akceptację wniosku z uwagi na istotne braki i nieprawidłowości w działaniach

wykonawcy robót. Odwołujący przedstawi na tę okoliczność szczegółową dokumentację. W tym miejscu odwołujący pragnie wskazać, że Umowa z Konsultantem przewidywała uprawnienie Kierownika Projektu „do przekazywania Konsultantowi, w imieniu zamawiającego Polecenie” - § 12 pkt 3 Umowy. W analogicznym, mającym miejsce miesiąc wcześniej przypadku odmowy wydania przez Inżyniera Kontraktu PŚP nr 9 (z uwagi na identyczne zastrzeżenia Inżyniera), Kierownik Projektu wydał stosowne „Polecenie”. W przypadku PŚP nr 10 Polecenia takiego nie wydał, mimo że Inżynier wskazując na tożsamość stanu faktycznego, zwrócił się o jego wydanie.

Podsumowując sprawę zasadności zastrzeżeń Inżyniera Kontraktu do dokumentów składanych przez wykonawcę robót jako wniosek o wydanie PŚP - odwołujący wskazał, że w późniejszym okresie tj. po odsunięciu Konsultanta od wykonywania Umowy, wykonawca robót składał już wnioski kompletne, zgodne z Warunkami Kontraktu i żądaniami Inżyniera Kontraktu. Wiedzę na ten temat odwołujący posiada z uwagi na fakt, że w późniejszym okresie członek odwołującego się konsorcjum Spółka IDM Inwestycje sp. z o.o. realizowała przez 5 miesięcy zamówienie na Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: Projekt i budowa drogi ekspresowej S-61 Ostrów Mazowiecka-Szczuczyn, odcinek około 7,186 km [S-61] + DK[GP] 8,907.

Nie jest również prawdą, że działanie Konsorcjum doprowadziło do spowolnienia realizacji prac projektowych i płynności wykonawcy, gdyż opóźnienia były wynikiem działań wykonawcy robót, a wykonawca za zakres prac będących pod nadzorem Konsorcjum otrzymał wynagrodzenie w wysokości około 9,15 mln zł netto, co zostanie wykazane stosownymi dowodami bezpośrednio na rozprawie. Trudno zatem w przypadku „wstrzymania” jednego spośród kilkunastu Przejściowych Świadczeń Płatności przyjmować, że to właśnie to działanie miało wpływ na dynamikę realizowanych prac. Finalnie wykonawca robót nie złożył żadnego roszczenia, na które powołuje się zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia odwołującego z postępowania.

Ad pkt 5 - niepełnienie zobowiązania ustnego Konsultanta przez podpisanie PZ1A zgodnie z deklaracjami złożonymi w określonych dniach

Odnosząc się do twierdzeń zamawiającego odwołujący wskazał, że przedmiot sporu pomiędzy stronami wynikał z faktu, że Konsorcjum nie poddało się naciskom ze strony pozostałych uczestników procesu inwestycyjnego co do wprowadzenia do treści Polecenia zmiany zakresu wnioskowanego przez wykonawcę robót (tj. kwestii tego, że polecenie zmiany nie wyczerpuje jego roszczeń związanych z okolicznościami stanowiącymi podstawę do Zmiany). Na podkreślenie zasługuje również, że treść Polecenia Zmiany została uprzednio w całości uzgodniona z zamawiającym i przekazana wykonawcy robót. Wzruszenie treści Polecenia Zmiany po upływie kilku miesięcy od jego przekazania wykonawcy było z formalnego punktu bezpodstawne (brak podstawy w WK).

Odwołujący wskazał, że w powyższej kwestii związanej z ww. Poleceniem zmiany powołano Komisję ds. rozjemstwa, która podzieliła rekomendacje Konsorcjum i nie uwzględniła żadnych dodatkowych roszczeń wykonawcy (zarówno co do wydłużenia czasu jak i dodatkowego wynagrodzenia). Dokumenty w tym zakresie zostaną przedstawione bezpośrednio na rozprawie.

Z faktu, że podczas rozmowy telefonicznej przedstawiciel Lidera Konsorcjum, nie znając całokształtu okoliczności sprawy złożył jakiegokolwiek deklaracje wobec zamawiającego, zamawiający nie może wyciągać negatywnych skutków dla podmiotu znajdującego się poza owymi ustaleniami i nie mającym o tych ustaleniach wiedzy.

Ad pkt 6 - rzekomy brak wypełnienia nakazu. aby osoby wchodzące w skład Personelu Kluczowego Konsultanta zaprzestały łamania postanowienia umowy odnoszącego się do zakazu wykonywania innych zajęć zarobkowych

Odwołujący wskazał, że ww. kwestia również stanowi oś sporu pomiędzy stronami i nie ma charakteru ostatecznego. Zakres zaangażowania każdej z osób wyspecyfikowanych w pkt 6 uzasadnienia wykluczenia odwołującego z postępowania zgodnie HPPK wynosił % etatu. W świetle postanowień § 11 ust. 14 umowy nic nie stało na przeszkodzie, aby ww. osoby podjęły w wymiarze nie większym niż % etatu pracę zarobkową w ramach innego przedsięwzięcia. § 11 umowy brzmi: »14. Konsultant zobowiązuje się do zapewnienia, aby osoby

wchodzące w skład Personelu Kluczowego Konsultanta oraz inni Eksperti zatwierdzeni przez Kierownika Projektu w HPPK do wykonywania Umowy (z wyłączeniem) Technologa oraz innych Ekspertów, których planowany czas pracy określony zatwierdzonym HPPK, w danym miesiącu kalendarzowym nie przekracza 50% planowanego, czasu pracy Inżyniera Kontraktu) nie będą w okresie trwania Umowy podejmowali innych zajęć zarobkowych, niezwiązanych z zakresem wykonywanych obowiązków w ramach Umowy, chyba że zamawiający wyrazi na to pisemną zgodę. 15. Zamawiający nie wyrazi zgody, o której mowa w ust. 14, jeżeli charakter zajęć zarobkowych lub ich rozmiar spowoduje wystąpienie konfliktu interesów».

W świetle powyższego Konsorcjum przyjęło, że jeśli dana osoba nie jest zaangażowana w realizację usługi w wymiarze nieprzekraczającym % czasu pracy Inżyniera, ma możliwość podjęcia innej pracy zarobkowej, tym bardziej, że zamawiający precyzyjnie określił wymagania co do zaangażowania poszczególnych osób, § 13 W okresie projektowania (a taki miał miejsce w omawianym okresie) Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej, Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej mostowej, Specjalista ds. rozliczeń; Specjalista ds. roszczeń zatrudnieni będą w wymiarze nie mniejszym niż % etatu.

Wszystkie osoby, których dotyczy obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, tj. wskazane w ust. 5 i 6, przez okres realizacji Usługi, do wydania ostatniego Świadectwa Przejęcia, będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę w wymiarze pełnego etatu, tzn. będą pełnili obowiązki we wszystkie dni robocze w miesiącu, z zastrzeżeniem, że w Okresie Projektowania Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej, Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej mostowej, Specjalista ds. rozliczeń, Specjalista ds. roszczeń zatrudnieni będą w wymiarze nie mniejszym niż % etatu, tzn. będą pełnili obowiązki w co najmniej połowę dni roboczych w miesiącu. Technolog, przez okres realizacji usługi, do wydania ostatniego Świadectwa Przejęcia, zatrudniony będzie w wymiarze nie mniejszym niż % etatu.

II. Istotny charakter nienależytego wykonania umowy

Odnosząc się do argumentów, w których zamawiający dokonuje oceny „istotnego” charakteru nienależytego wykonania umowy w ocenie odwołującego zważyć należy czy faktycznie - jak przedstawia to zamawiający - przytoczone „uchybień” faktycznie miały kluczowy, znaczący wpływ na realizację przedsięwzięcia. Jak wynika z posiadanej przez odwołującego korespondencji w toku realizacji usługi zamawiający wielokrotnie wyrażał swoje zadowolenie z tytułu wykonywanych prac [w korespondencji padają określenia: „Szanowni Państwo, Moim zdaniem wszystko ok. (...) dziękuję za Waszą ciężką pracę”: „delikatne korekty, ale bardzo ładnie”; „(...) treść moim zdaniem bardzo dobrze; „Bardzo fajna analiza. Dziękuję”), (dowody w tym zakresie zostaną przedstawione bezpośrednio na rozprawie).

Dodatkowo w toku realizacji usługi zamawiający dokonywał oceny jakości usługi świadczonej przez Konsorcjum, gdzie w okresie od października 2018 r. do marca 2019 r. Konsorcjum otrzymywało maksymalną ocenę obowiązków wynikających z Umowy (100%).

lp.	miesiąc świadczenia usługi	liczba uzyskanych	liczba punktów możliwych do	%
1	luty	20	28	71,43%
2	marzec	27	28	96,43%
3	kwiecień	20	25	80,00%
4	maj	31	34	91,18%
5	czerwiec	32	34	94,12%
6	lipiec	29	32	90,63%
7	sierpień	28	31	90,32%
8	wrzesień	32	33	96,97%
9	październik	32	32	100,00%
10	listopad	34	34	100,00%
11	grudzień	32	32	100,00%
12	styczeń	30	30	100,00%

13	luty	30	30	100,00%
14	marzec	29	29	100,00%
15	kwiecień	27	31	87,10%
16	maj	22	25	88,00%
17	czerwiec	14	16	87,50%

Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, że na dzień wniesienia odwołania na Konsorcjum nie została naliczona kara umowna z tytułu odstąpienia, jak również z tytułu naruszeń tych postanowień Umowy, które stanowiły podstawę do złożenia oświadczenia o odstąpieniu. Okoliczność ta potwierdza, że czynione przez zamawiającego uwagi zostały wykreowane na potrzeby osiągnięcia zamierzonego rezultatu, o którym mowa powyżej. Zamawiający nie wystąpił również z powództwem odszkodowawczym w stosunku do Konsorcjum z tytułu wystąpienia ewentualnych szkód związanych z nierzetelnym wykonaniem umowy (zgodnie z § 32 umowy).

W świetle powyższego nawet jeśli uznać, że Konsorcjum dopuściło się do naruszenia postanowień umowy (z czym odwołujący się nie zgadza), to ocena czy doszło do „istotnego” wykonania umowy w sposób nienależyty należałoby oceniać w sposób globalny, z punktu widzenia całej usługi, aniżeli poszczególnych zdarzeń, które - jak wynika z powyższego - nie miały determinującego wpływu na przebieg umowy.

Odwołujący wskazał również, że sama podstawa prawna odstąpienia od umowy ma swoje źródło w przepisach kodeksu cywilnego, a nie w postanowieniach umowy (przesłanki wypowiedzenia związane z nie wywiązywaniem się z istotnych zobowiązań umownych zostały określone w § 41 umowy).

Pojęcie istotności należy interpretować przez pryzmat art. 57 ust. 4 lit. g tzw. dyrektywy klasycznej (Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE):

„Instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcę znajdującego się w którejkolwiek z poniższych sytuacji: [...]

g) jeżeli wykonawca wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym lub wcześniejszą umową w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej wcześniejszej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji”.

W ocenie odwołującego z uwagi na ww. okoliczności na kanwie rozpoznawanej sprawy nie sposób uznać, że Kontrakt S-61 został zrealizowany nienależycie w stopniu istotnym, zatem ww. przesłanka wykluczenia odwołującego nie uległa materializacji.

III. Odpowiedzialność wykonawcy za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy Odnosząc się do argumentów jakoby odpowiedzialność za odstąpienie od umowy ponosiła spółka IDM Inwestycje Sp. z o.o. Sp. k. wskazać w pierwszej kolejności należy, że spółka ta pełniła w ramach Kontraktu S-61 funkcję partnera konsorcjum. Wszelkie ustalenia, zatwierdzenia, polecenia z ramienia Inżyniera Kontraktu, Konsultanta pochodziły od lidera konsorcjum. Odwołujący nie kwestionuje faktu, że w przypadku konsorcjum wszyscy wykonawcy ponoszą solidarną odpowiedzialność za realizację umowy, tym niemniej jednak na gruncie badania przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp w ocenie odwołującego należy dokonać oceny stopnia zaangażowania danego podmiotu w realizację przedsięwzięcia oraz dokonanie oceny w jakim zakresie dany podmiot przyczynił się do zaistnienia okoliczności stanowiących konsekwencję działań zamawiającego.

Zamawiający wybierał adresata swojej korespondencji w sposób niezgodny z umową konsorcjum, której treść znał, niekonsekwentny, choć w opinii odwołującego - celowy. W większości pism, dotyczących realizacji Umowy korespondencja była kierowana zgodnie z

Umową konsorcjum do Inżyniera Kontraktu lub pełnomocników Konsorcjum w osobach A. B. i G. C. . W przypadku jednak pism zawierających zarzuty co do jakości świadczonych usług - takie pisma kierowane były tylko i wyłącznie do lidera, a w najbardziej kluczowych momentach (maj-czerwiec 2019 r.) osobowo - do osoby pełniącej funkcję Dyrektora SGS Polska sp. z o.o. (lidera). Zamawiający miał bowiem świadomość, że lider nie był w pełni zorientowany w niuansach i zawiłościach prowadzonych spraw. Lider konsorcjum nie otrzymywał

korrespondencji kontraktowej, stanowiącej wymianę stanowiska Inżyniera Kontraktu lub Konsultanta z wykonawcą robót oraz z zamawiającym. To powodowało, że w prowadzonych rozmowach (również telefonicznych) był bardziej podatny na sugestie zamawiającego co do rzekomych uchybień i kierowanych przez niego żądań.

Co należy podkreślić lider konsorcjum nie był upoważniony (a zamawiający miał o tym pełną wiedzę z treści Umowy konsorcjum) do reprezentowania Konsorcjum wobec zamawiającego w sprawach spornych z zamawiającym (vide § 4 pkt 2 Umowy konsorcjum). Zgodnie z Umową Konsorcjum to partner miał upoważnienie do:

- 1) kontaktowania się i współdziałania z zamawiającym w imieniu Stron (włączając w to bez ograniczeń otrzymywanie wszelkich poleceń, dokumentów dotyczących kontraktu w tym instrukcji;
- 2) reprezentowania strony wobec zamawiającego (...);
- 3) reprezentowania Konsorcjum w sprawach spornych z zamawiającym (...).

Jednak zamawiający nie respektował ww. postanowień umowy konsorcjum.

IV. Nienależyte wykonanie doprowadziło do rozwiązania umowy

W ocenie odwołującego, jak wynika z ww. okoliczności, odstąpienie od umowy było wynikiem okoliczności nie leżących po stronie partnera konsorcjum odwołującego. Zamawiający w sposób arbitralny i jednostronny dokonał oceny działań Konsorcjum, z pominięciem faktu, że dotychczasowa współpraca przebiegała w sposób pomyślny i satysfakcjonujący dla obu stron umowy. Wyznaczenie nierealnego terminu na wypełnienie żądań zamawiającego (a zatem działanie naruszające zasady wzajemnej współpracy) miało bezpośredni wpływ na podjętą decyzję o odstąpieniu od umowy.

V. Procedura samooczyszczenia

Odnosząc się do poszczególnych twierdzeń zamawiającego:

- W uzasadnieniu samooczyszczenia odwołujący wskazał, że doszło do odstąpienia od umowy. Przyznanie się w sposób bezpośredni do deliktu - jak żąda tego odwołujący - na etapie sporu pomiędzy stronami pozbawiłoby Konsorcjum możliwości dochodzenia w sposób skuteczny odszkodowania od zamawiającego na drodze powództwa cywilnego. W świetle braku prawomocnej decyzji sądu odwołujący nie był obowiązany do dokonywania oświadczeń w ww. zakresie - sama ustawa nakazuje dokonać w ramach self-cleaningu „szczegółowego wyjaśnienia okoliczności”, a nie przyznać się do winy. Przywołane przez zamawiającego wyroki dotyczą spraw o zgola odmiennych stanach faktycznych, całkowicie nieadekwatnych do tego, który stanowi przedmiot rozpoznawanej sprawy.

- Zamawiający nie określił przyczyn, dla których zamawiający uznał złożone wyjaśnienia za pozorne. Trudno tym samym wejść w polemikę ze stanowiskiem zamawiającego.

- Wbrew twierdzeniom zamawiającego odwołujący w sposób kompleksowy odniósł się do kwestii związanej z podejmowaniem przez personel innej pracy zarobkowej oraz nieprawidłowości w wykazywanym doświadczeniu (vide str. 4-5 wyjaśnień - wykonawca opisał podjęte działania zaradcze).

- Zamawiający nie dokonał oceny złożonych dowodów, nie odniósł się do przedstawionych argumentów oraz wdrożonych działań zaradczych, co uniemożliwia w sposób jednoznaczny przyjęcie jakie okoliczności stanowiły podwaliny podjętej decyzji o uznaniu samooczyszczenia za niewystarczające oraz uniemożliwiające uznanie, że spółka IDM Inwestycje Sp. z o.o. Sp. k. dopuści się podobnych naruszeń w przyszłości.

W świetle powyższego odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 25.05.2020 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 26.05.2020 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

29.05.2020 r. wykonawca MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie złożył Prezesowi KIO pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie zamawiającego. Przystępujący przekazał kopie przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 3.07.2020 r. (art. 186 ust. 1 Pzp). Argumentacja zamawiającego: Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy - Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba stwierdza, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 Pzp, których zaistnienie skutkowałoby odrzuceniem odwołania.

Izba postanowiła dopuścić jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez odwołującego:

- 1) na wykazanie niesłuszności zarzutu nienależytego wykonania Kontraktu S-61 przez odwołującego:
 - Pismo z 17.05.2019r. znak O.BI.KP-7.414.24.2019.343.ss — żądanie zmiany na stanowisku Inżyniera Kontraktu,
 - Pismo z 17.06.2019 r. znak O.BI.KP-7.414.24.2019.389.ss - dot. pracy Zespołu Konsultanta - na marginesie pismo to dotarło do Partnera Konsorcjum IDM Inwestycje sp. z o.o. sp.k. już po odstąpieniu od Umowy przez Zamawiającego; partner konsorcjum nie miał wiedzy o skierowaniu przez Zamawiającego tego pisma,
 - Pismo ŁŁ/2019/06/17/583/AB z dnia 17.06.2019 r. zgłaszające p. A. W. zostało podpisane przez pełnomocnika konsorcjum IDM Inwestycje Sd. z o.o. S. k. o A. B. (DM Inwestycje Sp. z o.o. Sp.k.),
 - Odpowiedź Zamawiającego O.BI.KP-7.414.24.2019.392.ss.jk z dnia 19.06.2019 r. zostało skierowane jedynie do D. S. B. — Dyrektora SGS Polska Sp. z o.o.,
 - Pismo z 17.06.2019 r. skierowane do Zamawiającego 24.06.2019 r. zgłaszające p. K. C. oraz p. S. R. do pełnienia funkcji ds. rozliczeń oraz ds. roszczeń podpisane i wysłane przez pełnomocnika konsorcjum p. A. B. (IDM Inwestycje Sp. z o.o. Sp. k.),
 - Odpowiedź Zamawiającego O.BI.KP-7.414.24.2019.409.ss.jk. z 3.07.2019 r. zostało skierowane jedynie do p. S. B. — Dyrektora SGS Polska Sp. z o.o.;
- 2) na wykazanie niesłuszności zarzutu braku wykazania, że osoba zaproponowana do pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu nie wykonuje czynności na innych kontraktach:
 - Pismo Konsultanta z dnia 17.06.2019 r.,
 - Pismo Zamawiającego z dnia 17.05.2019 r. O.BI.KP-7.414.24.2019.343.ss,
 - Pismo Konsultanta z 31.07.2018 ŁU2018/07/31/GC/220,
 - Pismo Zamawiającego z 3.08.2018r. O.BI.I-4.414.24.2018.131.ar,
 - wyciąg z ogłoszenia o zamówieniu poniżej 14 tys. Euro,
 - Na wstępie wskazujemy, że „zarzuty” co do merytorycznej działalności Inżyniera Kontraktu pojawiły się dopiero 17.05.2019r. tj. po 9,5 miesiąca pełnienia przez Niego funkcji, i od razu przybrało formę żądania zmiany osoby na tym stanowisku;
- 3) na wykazanie niesłuszności odmowy udzielania Wykonawcy jednoznacznych wyjaśnień przez zamawiającego i rozwiania wątpliwości wykonawcy, a także na odsyłanie wykonawcy do przekazanej korespondencji oraz ogólnego wskazania, że wykonawca powinien prowadzić postępowanie zgodnie z Warunkami Kontraktu
 - Pismo Inżyniera ŁŁ/2019/02/05/427/TK z 5.02.2019 r.,
 - Pismo Inżyniera ŁŁ/2019/02/25/450/TK z 25.05.2019 r.,
 - Pismo Inżyniera ŁU2019/03/13/466/TK z 13.03.2019 r.,
 - Pismo Inżyniera ŁŁ/2019/03/28/477/TK z 28.03.2019 r.,
 - Pismo Inżyniera ŁŁ/2019/04/11/493/TK z 11.04.2019 r.,
 - Pismo Inżyniera ŁU2019/05/16/524fTK z 16.05.2019 r.,
 - Pismo Inżyniera ŁŁ/2019/06/04/560/TK z 4.06.2019 r.;
- 4) na wykazanie niesłuszności uwag co do sposobu protokolowania przebiegu posiedzeń Rady Budowy i Rad Technicznych:
 - 20 protokołów z różnych Rad Budowy i Rad Technicznych;
- 5) na wykazanie bezpodstawności zarzutu niedbałego wykonywania raportów miesięcznych:
 - kopie wystąpień o zatwierdzenie RM oraz dowody potwierdzające zatwierdzenie raportów „bez uwag”,
 - Kopie pism Zamawiającego zawierające uwagi do RM — na potrzeby wykazania, że uwagi i zastrzeżenia miały charakter porządkowy;
- 6) na wykazanie bezpodstawności zarzutu niedbałego wykonywania raportów roszczeń
 - 10 pism z 18.09.2018 r. związanych z pismami z 21.09.2018 r.
 - Karty oceny jakości pracy Konsultanta za okres październik 2018 - marzec 2020 r.,
 - Wyciąg z Raportu Miesięcznego z postępu prac nr 17 rew.03 za okres pełnienia funkcji od 1-25.06.2019r. (tj. ostatni raport, który wykonał Konsultant) wraz z załącznikiem;
- 7) na wykazanie niezasadności zarzutu nieprzedstawienia danych personalnych osób mających zastąpić Specjalistę ds. Rozliczeń oraz Specjalistę ds. Roszczeń:
 - Pismo z 17.06.2019r. skierowane do Zamawiającego 24.06.2019r. zgłaszające p. K. C. oraz p. S. R. do pełnienia funkcji ds. rozliczeń oraz ds. roszczeń podpisane i wysłane przez pełnomocnika

- konsorcjum p. A. B.,
- Pismo Zamawiającego O.BI.KP-7.414.24.2019.409.ss.jk. z 3.07.2019 r.,
- Załączniki do Umowy od nru 1 do nru 4: Wzory raportów, Karta Oceny Jakości Pracy Konsultanta, Umowa powierzenia przetwarzania danych osobowych, Lista badań wykonywanych przez Laboratorium GDDKiA Oddział Białystok;
- Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ),
- Oferta Konsultanta wraz z czterema załącznikami;
- 8) na wykazanie niezasadności zarzutu braku wykazania za pośrednictwem dowodów innych niż oświadczenia wiedzy osób trzecich, że określone osoby posiadały doświadczenie deklarowane przez Konsultanta zgodnie z załącznikiem do umowy „formularz Kryteria Pozacenowe”:
 - pismo Konsorcjum z 12.01.2018 r.,
 - Pismo Zamawiającego z 18.09.2018 r. O.BI.I-4.414.24.2018.158.ar,
 - Pismo Wykonawcy robót: 10029/PT/241/09/2018 z 6.09.2018 r.,
 - lista obecności za 2020 r.,
 - lista obecności za czerwiec 2020 r.,
 - Pismo Inżyniera: ŁU2019/06/07/574/TKz 7.06.2019 r.,
 - Pismo Wykonawcy: 10029/CŁ/597/07/2019 z 8.07.2019 r.,
 - Pismo Zamawiającego: O.BI.KP-7.414.24.2019.426.ss.jk z 22.07.2019 r.,
 - Pismo PO.I-4.41.11.119.1.2019.ed z 11.09.2019 r.;
- 9) na wykazanie niezasadności zarzutu niewydania Przejściowego Świadczenia Płatności [PŚP] do wniosku wykonawcy nr 10 zgodnie z deklaracjami złożonymi w dniach 5.06.2019 oraz 7.06.2019 i 11.06.2019 r. i wypełnienie zobowiązania ustnego:
 - Pismo Inżyniera ŁŁ/2019/05/07/513/TKz 7.05.2019 r.,
 - Pismo Inżyniera ŁŁ/2019/05/16/526/GC z 16.05.2019 r.,
 - Pismo Wykonawcy: 10029/PT/531/05/2019 z 7.05.2019 r. - wniosek Wykonawcy,
 - Pismo Kierownika Projektu O.BI.KP-7.414.24.2019.344.1.ss z 15.05.2019 r.,
 - Pismo Inżyniera ŁŁ/2019/05/17/528/GC z 17.05.2019 r.,
 - Pismo Wykonawcy: 10029/PT/548/05/2019 z 20.05.2019 r.,
 - Pismo Inżyniera: ŁŁ/2019/05/21/536/TK z 21.05.2019 r.,
 - Pismo Wykonawcy: 10029/PT/554/05/2019 z 22.05.2019 r.,
 - Pismo Inżyniera: ŁU2019/06/04/559/TK z 4.06.2019 r. - wystawienie PŚP,
 - Wniosek Wykonawcy o PŚP nr 19,
 - Wniosek Wykonawcy o PŚP nr 20;
- 10) na wykazanie niezasadności zarzutu braku możliwości podejmowania innych czynności zarobkowych:
 - Wniosek Konsultanta ŁU2018/08/24/240/AB z 24.08.2018 r.,
 - zgoda KP na odc. 1: O.BI.I-4.414.24.2018.150.arz 7.09.2018 r.,
 - Wniosek Konsultanta PS/2018/08/28/175/JP z 28.08.2018 r.,
 - zgoda KP na odc.3: O.BI.I-4.418.22.2018.113.mkb z 9.08.2018 r.,
 - Wniosek o aneks nr 3,
 - Wniosek o aneks nr 4.

W ocenie Izby, zarzut pierwszy naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp - przez wykluczenie odwołującego z postępowania z uwagi na odstąpienie z winy wykonawcy przez zamawiającego od wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego z partnerem odwołującego podmiot IDM Inwestycje Sp. z o.o. Sp. k. z uwagi na nienależyte wykonanie zamówienia w stopniu istotnym - zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że zamawiający w rozpoznawanym postępowaniu przetargowym stosował tzw. procedurę odwróconą, zgodnie z art. 24aa ust. 1 Pzp, który brzmi »Zamawiający może, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu«.

Dlatego zamawiający na początku postępowania dokonał wykluczenia odwołującego, gdyż zamawiający uznał, że w stosunku do odwołującego zaszła przesłanka do wykluczenia unormowana w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, który to przepis brzmi »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«. Zamawiający dodatkowo zastosował się do art. 24 ust. 7 pkt 3 Pzp, który to przepis brzmi »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« i zamawiający wziął pod uwagę sytuację powstałą między zamawiającym a odwołującym po zawarciu wcześniejszej umowy z 19.01.2018 r., a więc 3 letni okres dotyczący tej umowy zakończy się najwcześniej 19.01.2021 r.

Zamawiający wykluczył odwołującego powołując się na fakt zawarcia przez zamawiającego 19.01.2019 r. umowy na »Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Projekt i

budowa drogi ekspresowej S-61 Ostrów Mazowiecka-Szczuczyn, odcinek: węzeł „Łomża Południe” (z węzłem) - węzeł „Łomża Zachód” (bez węzła), na długości około 7,186 km [S-61] + DK-63 [GP] 8,907 km”« (dalej „Wcześniejsza Umowa”). Zamawiający zawarł tę wcześniejszą umowę z wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia SGS Polska Sp. z o.o. i IDM Inwestycje Sp. z o.o. sp.k.

Po półrocznej realizacji tej wcześniejszej umowy zamawiający 21.06.2019 r. odstąpił od wcześniejszej umowy.

Wśród przyczyn odstąpienia od wcześniejszej umowy zamawiający wyliczył [cytat z uzasadnienia »Informacji o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni« z 6.05.2020 r., str. 4]:

- 1) brak wykazania, że osoba zaproponowana do pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu, nie wykonuje czynności na innych kontraktach i w wyznaczonym terminie podjęcie obowiązki zgodnie z umową;
- 2) nie przedstawienia danych personalnych osób mających zastąpić Specjalistę ds. Rozliczeń oraz Specjalistę ds. Roszczeń wraz z wykazaniem ich doświadczenia zgodnego z załącznikiem do [wcześniejszej] umowy „formularz Kryteria Pozacenowe” i informacją że osoby nie wykonują czynności na innych kontraktach a z dniem 24.06.2019 r. podejmą obowiązki zgodnie z S 11 [wcześniejszej] umowy;
- 3) brak wykazania za pośrednictwem dowodów innych niż oświadczenia wiedzy osób trzecich, że określone osoby posiadały doświadczenie deklarowane przez Konsultanta zgodnie z załącznikiem do [wcześniejszej] umowy „formularz Kryteria Pozacenowe”;
- 4) nie wydanie Przejściowego Świadcstwa Płatności do wniosku Wykonawcy nr 10, zgodnie z deklaracjami złożonymi w dniach 5.06.2019 r., 7.06.2019 r., 11.06.2019 r. i wypełnienia zobowiązania ustnego Konsultanta;
- 5) nie wypełnienia zobowiązania ustnego Konsultanta przez podpisanie PZIA zgodnie z deklaracjami złożonymi w określonych dniach;
- 6) brak wypełnienia nakazu, aby osoby wchodzące w skład Personelu Kluczowego Konsultanta zaprzestały łamania postanowienia [wcześniejszej] umowy odnoszącego się do zakazu wykonywania innych zajęć zarobkowych.

Jednak Izba stwierdziła, że w realiach wcześniejszego kontraktu powody odstąpienia od umowy przez zamawiającego albo nie potwierdziły się, albo nie stanowią (osobno, bądź łącznie) o nienależytym wykonaniu umowy przez odwołującego w istotnym stopniu, jak o tym stanowi art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, który to przepis brzmi »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«. Odwołujący wykazał, że na zastrzeżenia zamawiającego doprowadził np. do zmian w personelu wykonawczym wcześniejszej umów, a w tym np. Inżyniera Kontraktu. W wielu przypadkach do braku odpowiedniej współpracy między stronami wcześniejszej umowy dochodziło z przyczyny np. niewłaściwego adresowania pism przez zamawiającego czy ze względu na zbyt długie terminy podejmowania decyzji przez zamawiającego bądź nawet nieodejmowania decyzji. Jednak ogólnie Zamawiający nie dowiódł, że uchybienia wykonawcy w wykonaniu wcześniejszej umowy miały istotny wpływ na wykonanie tego kontraktu, a szczególnie zamawiający nie wykazał np. pojawienia się perturbacji w wykonaniu wcześniejszej umowy doprowadzających do niewykonania tej umowy czy jej wykonania w nienależyty sposób bądź poniesienia - ze względu na zachowanie się wykonawcy - dodatkowych istotnych kosztów przez zamawiającego lub wykonawcę robót budowlanych. Zamawiający także nie zgłosił o konieczności np. zmiany terminu wykonania wcześniejszej umowy ani żadnych innych negatywnych konsekwencjach zachowania się odwołującego.

Izba musi podkreślić, że nie było przedmiotem rozważań Izby samo odstąpienie od wcześniejszej umowy przez zamawiającego, gdyż tego zagadnienia nie obejmowały zarzuty rozpoznawanego odwołania.

Izba musi stwierdzić, że w związku z brakiem wykazania istotności niewykonania wcześniejszej umowy zamawiający nie miał podstaw do zastosowania art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp i wykluczenia z postępowania

odwołującego dlatego zarzut pierwszy Izba uznaje za zasadny.

W ocenie Izby, zarzut drugi naruszenia art. 24 ust. 8 Pzp - przez uznanie, że złożone przez odwołującego wyjaśnienia w zakresie „samooczyszczenia” są niewystarczające i nie potwierdzają, że wdrożone środki zaradcze będą uniemożliwiać wystąpienie w przyszłości okoliczności, które stanowiły podstawę odstąpienia przez zamawiającego od wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego - zasługuje na uwzględnienie.

W związku z tym, że odwołujący nie znalazł się w sytuacji, że zamawiający rozwiązał z odwołującym wcześniejszą umowę zgodnie z przesłankami zawartymi w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp - odwołujący nie musiał informować o tym zamawiającego i wskazywać na wdrożenie procedury samooczyszczenia, o której mowa w art. 24 ust. 8 Pzp, który to przepis brzmi »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«. Samych działań odwołującego nie należy traktować jako samooczyszczenia zgodnego z art. 24 ust. 8 Pzp, ale jako wykazywanie się działaniami mającymi poprawienie organizacji odwołującego czy inne usprawnienie działalności odwołującego.

Ze względu na brak podstawy stosowania art. 24 ust. 8 Pzp zamawiający nie może uznać, że złożone przez odwołującego wyjaśnienia w zakresie „samooczyszczenia” są niewystarczające *et cetera* dlatego zarzut drugi naruszenia przepisu art. 24 ust. 8 Pzp przez zamawiającego jest zasadny i Izba musi uwzględnić również ten zarzut.

W ocenie Izby, zarzut trzeci naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp - przez podejmowanie względem odwołującego działań przeczących zasadzie równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji - nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że odwołujący nie uzasadnił w żadnym miejscu odwołania zarzutu trzeciego naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, a także odwołujący nie wniósł żadnego dowodu do końca rozprawy na wykazanie naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp. Art. 7 ust. 1 Pzp brzmi »Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości«.

Dlatego Izba musi wyrazić pogląd, że odwołanie w zakresie zarzutu trzeciego nie spełniało wymogów art. 180 ust. 3 Pzp, który to przepis brzmi »Odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania«. W zakresie zarzutu trzeciego, naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp, odwołujący nie wskazał czynności ani zaniechania zamawiającego, której odwołujący zarzuca niezgodność z przepisami ustawy, a także odwołujący nie przedstawił zarzutów, ani nie określił żądania oraz nie wskazał okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania, a więc w zakresie zarzutu trzeciego odwołanie nie spełniało żadnych z wymogów stawianych odwołaniu przez przepis art. 180 ust. 3 Pzp. Dlatego Izba nie może uwzględnić ani nawet rozpoznawać odwołania w zakresie zarzutu trzeciego.

Zamawiający naruszył art. 24 ust. 5 pkt 4 oraz art. 24 ust. 8 Pzp.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3 600,00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w

sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:

Członkowie: