

WYROK

z dnia 30 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski Emil Kuriata Daniel
Konicz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie 30 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego 12 czerwca 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: SGS Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. Usługa budowlanego nadzoru inwestorskiego, przyrodniczego i zarządzanie realizacją inwestycji pn. „Budowa międzysystemowego gazociągu stanowiącego połączenie systemów przesyłowych Rzeczypospolitej Polskiej i Republiki Litewskiej wraz z infrastrukturą niezbędną do jego obsługi na terenie województw mazowieckiego i podlaskiego tj. gazociąg Polska-Litwa odcinek południowy” (nr postępowania ZP/2020/02/0024/PZ)

prowadzonym przez zamawiającego: Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego:

A.Ayesa Polska sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej

B.MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie

-po stronie Odwołującego

C.ECMB GmbH z siedzibą w Wiedniu

-po stronie Zamawiającego

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

2.2.zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego - kwotę 3600 zł 00 gr

(słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) - stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Uzasadnienie

Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej również „ustawa pzp” lub „ppz”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego na usługi pn. Usługa budowlanego nadzoru inwestorskiego, przyrodniczego i zarządzanie realizacją inwestycji pn. „Budowa międzysystemowego gazociągu stanowiącego połączenie systemów

przesyłowych Rzeczypospolitej Polskiej i Republiki Litewskiej wraz z infrastrukturą niezbędną do jego obsługi na terenie województw mazowieckiego i podlaskiego tj. gazociąg Polska — Litwa odcinek południowy”(nr postępowania ZP/2020/02/0024/PZ).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 9 marca 2020 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S_058 pod poz. 114591.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

2 czerwca 2020 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną wykonawców uczestniczących w powyższym postępowaniu o rozstrzygnięciu postępowania - wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez ECMG GmbH z siedzibą w Wiedniu {dalej również: „ECMG”, „ECM Group” lub „Przystępujący”}.

12 czerwca 2020 r. SGS Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej: „SGS” lub „Odwołujący”} wniósł w stosownej formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (z zachowaniem wymogu przekazania jego kopii Zamawiającemu) od zaniechania wykluczenia ECMG GmbH z siedzibą w Wiedniu {w odwołaniu konsekwentnie określanego również jako „ECMB GmbH lub „ECMB”}.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

- 1.Art. 89 ust. 1 pkt 5 - przez zaniechanie odrzucenia oferty ECMB, pomimo że Wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 5 pkt 2 pzp, a przeprowadzony tzw. self-cleaning nie był wystarczający z uwagi na literalne brzmienie art. 24 ust. 8 i 9 pzp oraz zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w postępowaniu.
- 2.Art. 24 ust. 8 i 9 w zw. z art. 7 ust. 1 - przez zaniechanie dokonania oceny złożonych wyjaśnień i dowodów potwierdzających rzetelność EMC Group Polska S.A. (podmiotu z którego potencjału korzysta ECMB GmbH z siedzibą w Wiedniu) w szczególności zawartych w JEDZ EMC Group Polska S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej w odwołaniu jako: „ECM Group”}, które nie pozwalały na uznanie ich za wystarczające w rozumieniu art. 24 ust. 9 pzp.
- 3.Art. 91 ust. 1 - przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, pomimo że powinna uzyskać najwyższą punktację w ramach kryteriów oceny ofert.
- 4.Art. 7 ust. 1 i 3 - przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w tym zaniechanie przeprowadzenia badania ofert wszystkich wykonawców w takim samym zakresie oraz poprzez wybór najkorzystniejszej oferty ECMB GmbH z siedzibą w Wiedniu, pomimo że Wykonawca ten podlegał wykluczeniu z postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.Unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty ECMB GmbH z siedzibą w Wiedniu.
- 2.Wykluczenia ECMB GmbH z siedzibą w Wiedniu z postępowania.
- 3.Powtórzenia badania i oceny ofert.
- 4.Wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący ponadto sprecyzował powyższą listę zarzutów przez zbiorcze wskazanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania

{ad pkt 1. listy zarzutów}

Odwołujący zrelacjonował w pierwszej kolejności następujące okoliczności dotyczące przebiegu postępowania:

Zgodnie z treścią oferty sporządzonej wg wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) wykonawcą obu części zamówienia będzie ECMB GmbH z siedzibą w Wiedniu, zaś na str. 3 oferty Wykonawca złożył stosownie do art. 22 ust. 1 pzp oświadczenie, że wykazując spełnienie warunków, o których mowa w rzeczonym przepisie, będzie polegał na sytuacji finansowej jak również zdolności ekonomicznej ECM Group Polska S.A., a podmiot ten nie będzie brał udziału w realizacji części zamówienia.

Jak zaznaczono w odwołaniu: Istotne w kontekście niniejszej sprawy jest, że JEDZ dot. ECM Group zawiera informacje jak niżej: {w treści odwołania wklejono tabelę z JEDZ ECM Group zawierający poniższe informacje z „Części III: Podstawy wykluczenia C: Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi”}.

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:

☒ Tak ☐ Nie

Zamówienie „Zachodnia Brama Metropolii Silesia - Centrum Przesiadkowe w Gliwicach - Inżynier Kontraktu” dla Miasta Gliwice - ze względu na zaniechania zatrudnionego podwykonawcy w trakcie realizacji przedmiotowej usługi.

Jeżeli tak, czy wykonawca przedsięwziął środki w celu samooczyszczenia?

☒ Tak ☐ Nie

Jeżeli tak, proszę opisać przedsięwzięte środki:

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 i 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 odstąpienie 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 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.

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), niezatrudnione, 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.

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 celu pozyskiwania i realizacji nowych zamówień publicznych.

Z kolei treść pkt XI SIWZ stanowi wprost, że Zamawiający odrzuci ofertę w przypadkach określonych w art. 89 Pzp. Jednym z tych przypadków jest wskazany wcześniej ust. 1 pkt 5, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę złożoną przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Jak napisano w odwołaniu: W ocenie Odwołującego podstaw wykluczenia należy upatrywać w art. 24 ust. 8 i 9 PZP. Stosownie do pkt XIII SIWZ Zamawiający wykluczy z postępowania Wykonawców przypadkach określonych w art 24 PZP. Podmiot, na którego zasoby powołuje się ECMB wskazał, że znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa została rozwiązana w sprawie zamówienia publicznego a do rozwiązania doszło przed jej wykonaniem tj. przed czasem.

Odwołujący zrelacjonował ponadto, że:

-Miasto Gliwice jako zamawiający w postępowaniu, o którym mowa w przytoczonym powyżej fragmencie JEDZ, wystosował 11 maja 2018 r. do ECM Group pismo informujące o odstąpieniu od umowy (na dowód załączono do odwołania to pismo);

-podstawą złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy było naruszenie przez ECM Group szeregu postanowień umowy, co spowodowało, że doszło do nienależytego wykonania zobowiązania (uwagi do pracy merytorycznej, wadliwe umowy podwykonawcze, sprawozdania, braki w potencjale zespołu inżyniera itd.);

-umowa ta w § 10 przewidywała, że za odstąpienie od umowy z winy drugiej strony przysługuje 10% całkowitego wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 3 tej umowy (na dowód załączono do odwołania umowę nr IR.272.74.2017 CRU 3916/17 z 19.12.2018

r.);

-wartość naliczonej kary umownej wynosiła 244.647,00 zł;

-celem zabezpieczenia ww. umowy ECM Group wniosło gwarancję ubezpieczeniową;

-Miasto Gliwice po odstąpieniu bezskutecznie wzywało ECM Group do dobrowolnej zapłaty;

- Prezydent Miasta Gliwice pismem z 11 czerwca 2018 r. (miesiąc później) złożył wniosek do TUV MEDICUM (gwaranta) o wypłatę ww. sumy odszkodowania i towarzystwo ubezpieczeń zaspokoilo roszczenie beneficjenta.

Odwołujący zarzucił, że pomimo niekwestionowania zasadności podstaw rozwiązania tej umowy, ECM Group zaniechało dobrowolnego zaspokojenia roszczeń, których żądała od niej druga strona umowy z tytułu naliczonych kar umownych. Odwołujący powołał się na to, że zgodnie z wyrokiem Izby z 28 września 2018 r. sygn. akt KIO 1797/18(LEX nr 2584643) sama zapłata odszkodowania czy kary umownej nie musi skutkować uznaniem, że procedura samooczyszczenia była skuteczna. (...) Zapłata odszkodowania nastąpiła na skutek ww. wyroków, była zatem działaniem wymuszonym. (...) Zapłata odszkodowania ma być dobrowolna i samodzielna.

W ocenie Odwołującego waga powyżej wymienionych przewinień jest znacząca, powtórzenie tego typu błędów inżyniera jest bardzo prawdopodobne, a zacytowane powyżej za JEDZ czynności doradcze są niewystarczające i nie dają gwarancji należytego wykonania umowy również w przyszłości, gdyż ECM Group nie odniósł się do argumentów dot. braków w potencjale ludzkim oraz nie wskazał, jakie czynności zostały podjęte w tym zakresie, a także nie sprecyzował, w jakim zakresie podwykonawca odpowiadał za błędy opisane przez Miasto Gliwice.

Według Odwołującego JEDZ ECM Group nie wyjaśnia również, z jakiej przyczyny Miasto Gliwice nie miało podstaw do odstąpienia od umowy oraz czy i jaki związek mają z tym przedstawione nowe dodatkowe klauzule z podwykonawcami, jak również jaki to ma związek ze złożonymi przez ECM Group dowodami. Co prawda, przesłane załączniki obejmują komplet dokumentacji przygotowanej na potrzeby weryfikacji potencjału podwykonawcy, jednak z dokumentu JEDZ nie wynika, czy środki które zastosował ECM Group są adekwatne i wystarczające. Ponadto odnoszą się one *de facto* do kontroli podwykonawców i ich odpowiedzialności za popełnione przez nich błędy, a nie do zapobiegania nienależytemu wykonaniu umowy przez ECMGroup oraz wykazania jego rzetelności. EMC Group nie jest w stanie zapewnić Zamawiającemu, że sytuacja, która miała miejsce z Miastem Gliwice, nie zaistnieje również w tym zamówieniu.

Odwołujący przytoczył, że zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 2 pzp z postępowania o udzielenie zamówienia

zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności, gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych.

Odwołujący powołał się na stanowisko doktryny, że warunkiem skorzystania przez wykonawcę z instytucji self-cleaning jest przedstawienie dowodów, które potwierdzą, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Oczywiście jest, że celem tych środków jest niejako przekonanie zamawiającego, iż wykonawca może nadal uczestniczyć w postępowaniu, mimo że zaktualizowała się w stosunku do niego podstawa do wykluczenia z postępowania. Chodzi zatem o skuteczne środki, które będą odpowiednie i jednocześnie skuteczne dla wykazania rzetelności wykonawcy pomimo tego, że w stosunku do niego istnieją (wystąpiły) przesłanki wykluczenia. Ich celem jest przekonanie zamawiającego, iż podjęte przez niego działania o charakterze naprawczym pozwalają wyeliminować podobne zachowania wykonawcy w przyszłości (tak: M. Sieradzka red., Instytucja self-cleaning w Prawie zamówień publicznych, Publikacje Elektroniczne ABC, LEX).

Tymczasem zdaniem Odwołującego wskazane przez ECM Group działania, rzekomo mające na celu wyeliminowanie podobnych zagrożeń w przyszłości, budzą duże wątpliwości co do tego, czy są wystarczające, gdyż:
-wprowadzone zapisy do umowy jedynie narzucają dodatkową odpowiedzialność podwykonawców za brak ujawnienia informacji o tych podmiotach, lecz nie dają gwarancji należytego wykonania zobowiązania;

-rozwiązania dot. weryfikacji informacji przekazanych przez podwykonawców nie dają gwarancji, że podwykonawcy będą należycie realizować zamówienie.

-zgodnie ze stanowiskiem Izby o ile można zgodzić się z twierdzeniem, że powołanie zespołu mającego weryfikować prawidłowość sporządzanych opisów przedmiotów zamówień może wpłynąć pozytywnie na proces szacowania cen ofert, zapobiegając, przykładowo, składaniu ofert z cenami rażąco niskimi, o tyle środek taki, w ocenie Izby, nie przekłada się na terminowość realizacji zamówień (tak: wyrok z 11 sierpnia 2017 r. sygn. akt KIO 1522/17).

Według Odwołującego w orzecznictwie Izby podnosi się, że każdy wykonawca znajdujący się w jednej z sytuacji objętych podstawą wykluczenia, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, a zamawiający ocenić czy dowody zostaną uznane za wystarczające. Pewną wytyczną dla oceny tych środków zawiera preambuła do dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którą środki takie mogą w szczególności obejmować działania personalne i organizacyjne, wdrożenie systemów sprawozdawczości i kontroli, utworzenie struktury audytu wewnętrznego monitorującego przestrzeganie i przyjęcie wewnętrznych zasad odpowiedzialności i odszkodowań. Kluczową dla jego skuteczności może się okazać wiarygodność. Chodzi tu zatem nie o środki podejmowane ad hoc, w obawie przed wykluczeniem z konkretnego postępowania, ale o rozwiązanie systemowe wdrożone u danego wykonawcy.

W ocenie Odwołującego rozwiązania przyjęte w ECM Group nie dają żadnej gwarancji, że nie dojdzie ponownie do naruszeń postanowień umowy, a opisane działania zaradcze mają charakter iluzoryczny i przyjęte zostały na potrzeby niniejszego postępowania (działania dot. zapobiegania podobnym naruszeniom zostaną dopiero wdrożone, a audyty dopiero będą realizowane).

W odniesieniu do kwestii niewykonania bądź nienależytego wykonania zobowiązania Odwołujący zacytował za wyrokiem Izby z 4 lipca 2017 r., co następuje: Dokonując wykładni wskazanego wyżej przepisu PZP należy mieć na uwadze, że stanowi on implementację do porządku prawnego art. 57 ust. 4 lit. g Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26.2.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE. Nr 94, str. 65 ze zm.), zgodnie z treścią którego wykluczeniu może podlegać wykonawca, który wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji. Zauważyć należy, że ustawodawca unijny wskazuje na „znaczące i uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu” wcześniejszej umowy, co w polskim ustawodawstwie zostało określone jako „niewykonanie lub nienależyte wykonanie w istotnym stopniu umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”. Pojęcie istotności należy zatem odnosić nie tylko do wartości czy zakresu przedmiotu zamówienia, który został niewykonany lub nienależycie wykonany, ale także za ustawodawstwem unijnym należy oceniać, czy owe nienależyte wykonanie albo niewykonanie istotnego wymogu umowy było uporczywe i znaczące (sygn. akt KIO

1166/17, niepubl.).

Odwołujący podsumował, że w stosunku do ECMB ziszcza się przesłanka wykluczenia z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 5 pkt 2 pzp, gdyż działania mające na celu potwierdzenie, że podobne błędy i zaniedbania nie zostaną zrealizowane w przyszłości są pozorne. W ocenie Odwołującego wykonanie tzw. self-cleaning nie było wystarczające z uwagi na literalne brzmienie art. 24 ust. 8 i 9 oraz art. 26 ust. 3 pzp - co zostanie szczegółowo opisane poniżej. Mając na uwadze zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji w Postępowaniu, ECMB GmbH z siedzibą w Wiedniu jako Wykonawca powołujący się na potencjał ECM Group powinien zostać wykluczony z postępowania. Brak wykluczenia spowodował, że Zamawiającemu należy zarzucić naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 pzp.

{ad pkt 2. listy zarzutów}

Odwołujący, w kontekście zarzutu naruszenia art. 24 ust. 8 i 9 pzp w zw. z art. 7 pzp podniósł, że podstawy wykluczenia ECMB GmbH istnieją i materializują się w postaci przytoczonych przepisów.

Odwołujący wywodził, że w art. 24 ust. 8 pzp wskazano na minimalny zakres działań wykonawcy, które mogą umożliwić mu uniknięcie wykluczenia: 1) naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, 2) zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, 3) wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego, 4) współpraca z organami ścigania, 5) podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych.

Odwołujący zarzucił, że żadne ze wskazanych w przytoczonym fragmencie JEDZ działań nie wchodzi w zakres powyższych przykładów należytego postępowania, gdyż EMC Group:

-nie próbowało nawet dobrowolnie spłacić zadłużenia na rzecz Miasta Gliwice;

-nie wyjaśniło w sposób wystarczający, jakie środki techniczne, organizacyjne i kadrowe podjęło w celu zapobieżenia nieprawidłowemu postępowaniu (w szczególności nie zdecydowało się na zwiększenie zatrudnienia oraz nie wprowadziło żadnych środków technicznych mających pozwolić na prawidłową weryfikację potencjału ludzkiego jego podwykonawców;

-wskazało jako czynności zaradcze standardowe działania, które powinien podjąć każdy wykonawca ubiegający się o zamówienie.

W ocenie Odwołującego nie zostało również udowodnione, że to podwykonawca ponosi odpowiedzialność za nienależyte wykonanie umowy przez EMC Group, a ponieważ nie ma o tym wzmianki w oświadczeniu o odstąpieniu od umowy, twierdzenie to należy uznać za niewiarygodne.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że winien był zbadać okoliczności dotyczące self-cleaning tego podmiotu, ewentualnie w odpowiednim trybie wezwać ECMB do złożenia stosownych wyjaśnień lub dokumentów. A okoliczności niniejszej sprawy nie wynika jakoby Zamawiający w ogóle pokusił się o takie działania.

Odwołujący przywołał, że zgodnie art. 24 ust. 9 pzp wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna przedstawione przez niego dowody za wystarczające.

Zdaniem Odwołującego trafne jest następującego stanowisko doktryny: pomimo tego, iż ostateczna decyzja należy do zamawiającego, to jest on ograniczony właśnie powyższymi przesłankami z ust. 9 art. 24 PZP tj. „wagą” oraz „szczególnymi okolicznościami czynu wykonawcy”. Z uwagi na fakt, że są to kryteria ocenne i nieokreślone (niezdefiniowane), ich wykładnię pozostawiono zamawiającym. Rodzi to oczywiście pole do ich nadużywania. W praktyce może bowiem dojść do odmiennej oceny tych samych okoliczności przez różnych zamawiających (M. Sieradzka, Instytucja self-cleaning w Prawie zamówień publicznych, Publikacje Elektroniczne ABC,LEX). Jednakże wskazana wart. 24 ust. 9 pzp przesłanka nie oznacza przekazania wyłącznej kompetencji zamawiającemu do oceny takich przesłanek. Przeciwnie, podlega to kontroli wykonawców mogących złożyć odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej. Pogląd przeciwny powodowałby nadmierną swobodę zamawiających, umożliwiającą naruszanie uczciwości i prawidłowości prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia poprzez możliwość wykluczania wykonawców niepreferowanych przez zamawiającego lub nawet unieważnianiem „niechcianych” postępowań (tak: D. Pieróg red., komentarz do art. 24 pzp, wyd. 15, 2019 r., Legis).

W ocenie Odwołującego self-cleaning ECM Group nie może być uznany za wystarczający z przyczyn opisanych powyżej (tj. brak dobrowolności w naprawieniu szkody i konieczność użycia przez Miasto Gliwice działań przymusowych,

niepodjęcie wystarczających działań zaradczych, nieuzasadnione zrzucanie odpowiedzialności na inne podmioty).

W opinii Odwołującego w orzecznictwie Izby słusznie podnosi się, że istotą samooczyszczenia jest dobrowolna chęć naprawy szkody przez wykonawcę. Artykuł 24 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) wskazuje, że z inicjatywą samooczyszczenia musi wystąpić wykonawca. Potwierdza to art. 24 ust. 9 tej ustawy - wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8. Łączna interpretacja art. 24 ust. 8 i 9 Prawa zamówień publicznych prowadzi do wniosku, że to wykonawca ma wystąpić z inicjatywą samooczyszczenia i przedstawić zamawiającemu dokumenty dające mu podstawę do odstąpienia od obowiązku wykluczenia tego wykonawcy. Procedura wskazana w art. 24 ust. 8 Prawa zamówień publicznych służy dobrowolnemu naprawieniu szkody - wykonawca winny wprowadzenia w błąd musi się do tego przyznać, zanim fakt ten uświadomi sobie zamawiający. W przeciwnym wypadku zastosowanie ma art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Prawa zamówień publicznych. Przepis ten nie przewiduje możliwości zaoferowania wykonawcy „drugiej szansy”. Wykonawca powinien zatem: 1) poinformować o zdarzeniu zamawiającego, 2) wskazać jakie informacje są nieprawdziwe bądź nierzetelne, 3) wyjaśnić okoliczności w jakich doszło do ich przekazania zamawiającemu, 4) wskazać sposób w jaki na przyszłość wykonawca ma zamiar zabezpieczyć się przed powtórzeniem się tego rodzaju sytuacji, w tym ewentualnie poinformować czy i jakie konsekwencje służbowe wykonawca wyciągnął wobec odpowiedzialnych za wprowadzenie zamawiającego w błąd pracowników, 5) przekazać informacje rzetelne w miejsce nieprawidłowych (tak: wyrok z 28 lutego 2018 r. sygn. akt KIO 274/18).

Według Odwołującego w świetle przytoczonych powyżej faktów jedynie w odniesieniu do pkt 1) ECM Group zachowało się w sposób prawidłowy tj. poinformowało Zamawiającego o zdarzeniu. Informacje podane przez ten podmiot są jednak w opinii Odwołującego nierzetelne, a działania zaradcze i środki, które zamierza podjąć w przyszłości budzą wątpliwości. Podmiot ten nie wskazał również, czy i jakie konsekwencje wyciągnięto w stosunku do pracowników, którzy przyczynili się do powstania wspomnianej szkody. A naprawienie szkody nie nastąpiło dobrowolnie, lecz po wezwaniu i zapłacie beneficjentowi z gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania zobowiązania.

Odwołujący zwrócił uwagę, że ponieważ wykluczenie wykonawcy może mieć miejsce na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, również w niniejszym postępowaniu Zamawiający może aż do chwili podpisania umowy wrócić w stosunku do każdego wykonawcy do badania spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 22 ust. 1 pkt 2 pzp), jak również istnienia podstaw wykluczenia (art. 22 ust. 1 pkt 1 pzp), co w tym przypadku Odwołującemu wydaje się być konieczne w celu wyeliminowania ECMB GmbH z postępowania.

{ad pkt 3. listy zarzutów}

Odwołujący przytoczył brzmienie art. 91 ust. 1 pzp oraz wskazał na okoliczności faktyczne sprowadzające się do tego, że gdyby Przystępujący został wykluczony to w świetle kryteriów oceny ofert opisanych w SIWZ to oferta SGS okazałaby się najkorzystniejsza.

{ad pkt 4. listy zarzutów}

Odnosnie naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 pzp Odwołujący nie przytoczył innych okoliczności faktycznych niż wskazane przy poprzednich zarzutach.

W odpowiedzi na odwołanie z 29 czerwca 2020 r. Zamawiający wniósł o jego oddalenie, przedstawiając szczegółowe uzasadnienie w następującym brzmieniu:

1.Stan faktyczny

1.1.Po przeprowadzeniu badania i oceny złożonych ofert w przedmiotowym Postępowaniu Zamawiający ustalił, że najkorzystniejszą ofertę w obu częściach Postępowania złożył wykonawca ECMB GmbH (dalej jako „ECMBD”). W odniesieniu do każdej z części wykonawca ten zaoferował najniższą cenę, co w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert było z uzyskaniem najwyższej liczby punktów.

1.2.Zgodnie z pkt II ppkt 2 SIWZ (stosownie do treści art. 24aa ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych - dalej jako „PZP”), po ustaleniu, że oferta ECMB jest ofertą najkorzystniejszą, Zamawiający przeprowadził szczegółowe badanie sytuacji podmiotowej wykonawcy. W rezultacie ustalił, że ECMB spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz nie podlega wykluczeniu.

1.3. W kontekście niniejszego postępowania odwoławczego kluczowe znaczenie ma fakt, że brak podstaw wykluczenia dotyczy zarówno ECMB, jak i ECM Group Polska S.A. (dalej jako „ECMB Polska” lub „Podmiot udostępniający zasoby”, tj. podmiotu, na którego zasobach polega ECMB (na zasadach określonych w art. 22a PZP) w celu wykazania spełniania warunku udziału dotyczącego sytuacji finansowej, określonego w pkt IX ppkt 2 SIWZ.

1.4. Powyższe prawidłowe ustalenie bezpodstawnie i błędnie kwestionuje SGS Polska Sp. z o.o. (dalej jako „SGS” lub „Odwołujący”), a także wykonawcy przystępujący po jego stronie. Stanowisko SGS opiera się w istocie na jednym podstawowym zarzucie zaniechania zastosowania art. 89 ust. 5 PZP i nie odrzucenia oferty ECMB, choć (wg bezpodstawnego stanowiska SGS) „wobec ECMBI (tj. Podmiotu udostępniającego zasoby - przyp. Zamawiający) ziściła się przesłanka wykluczenia z Postępowania w oparciu o art. 24 ust. 5 pkt 2) PZP”. Pozostałe zarzuty Odwołującego opierają się i wynikają z powyższego głównego zarzutu. Mianowicie SGS błędnie zarzuca Zamawiającemu odwołującemu nieprawidłową interpretację oświadczenia JEDZ oraz złożonych wraz z nim dokumentów dotyczących ECMB Polska, a także bezpodstawnie zarzuca rzekomo wadliwe dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nierówne traktowanie wykonawców.

1.5. Zarzuty te nie mają jednak podstaw ani faktycznych, ani prawnych - odwołanie opiera się na nieprawidłowych założeniach co do faktów oraz błędnej interpretacji zarówno przepisów prawa, a w rezultacie jest oczywiście bezzasadne. Analiza argumentacji przedstawionej w odwołaniu prowadzi bowiem do następujących kluczowych wniosków:

- SGS twierdzi, że podstawą do wykluczenia ECMB miałyby być informacje o przedwczesnym rozwiązaniu umowy zawartej przez Podmiot udostępniający zasoby, a więc ze względu na przesłankę wymienioną w art. 24 ust. 5 pkt 4 PZP, choć przepis ten nie znajduje zastosowania w niniejszym Postępowaniu;

- argumentacja odwołania prowadzi do wniosku, że SGS nie uświadamia sobie, iż przywoływany w odwołaniu art. 24 ust. 5 pkt 2 PZP ustanawia przesłankę wykluczenia inną niż art. 24 ust. 5 pkt 4 PZP, a podstawy te nie mogą być utożsamiane i stosowane zamiennie;

- Odwołujący nie zauważa (lub świadomie ignoruje), że gdyby nawet wobec Podmiotu udostępniającego zasoby wystąpiła przesłanka wykluczenia - co jednak nie jest prawdą - to wbrew stanowisku SGS ECMB i tak nie podlegałaby automatycznie wykluczeniu, ze względu na treść art. 22a ust. 6 PZP;

- jedynie z daleko posuniętej ostrożności Zamawiający wskazuje, że wobec ECMB Polska nie zachodzi jakakolwiek podstawa wykluczenia, w tym wymieniona w art. 24 ust. 5 pkt 2 PZP.

2. Brak zastosowania art. 24 ust. 5 pkt 4 PZP w niniejszym Postępowaniu

2.1. Po pierwsze należy podkreślić, że chociaż SGS odwołuje się do przesłanki wykluczenia wskazanej w art. 24 ust. 5 pkt 2 PZP, to jednak formułuje żądanie by Zamawiający wykluczył ECMB ze względu na okoliczności, do których odwołuje się inny przepis, a mianowicie art. 24 ust. 5 pkt 4 PZP. Kluczowe znaczenie ma jednak fakt, że przepis ten w ogóle nie znajduje zastosowania w niniejszym Postępowaniu. Dlatego nawet gdyby ECMB lub ECMB Polska obciążała okoliczność wymieniona w art. 24 ust. 5 pkt 4 PZP - co jednak nie ma miejsca - zastosowanie tego przepisu i tak nie byłoby możliwe.

2.2. Zgodnie bowiem z art. 24 ust. 6 PZP, jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie którejkolwiek przesłanki fakultatywnej określonej w art. 24 ust. 5 PZP, zobowiązany jest uprzedzić wykonawców o tym fakcie w szczególności w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ. Innymi słowy: fakultatywne przesłanki wykluczenia nieprzewidziane przez Zamawiającego w ogłoszeniu oraz SIWZ nie mogą zostać przez niego zastosowane.

2.3. W pkt X oraz XIII SIWZ przewidziano jedynie, że „Zamawiający wykluczy Wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1), pkt 2) i pkt 8) Ustawy”. Niezależnie od tej informacji, w oświadczeniu JEDZ dotyczącym Podmiotu udostępniającego zasoby wskazano, że „wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego (...) została rozwiązana przed czasem”, jednakże wykonawca ten skutecznie przeprowadził procedurę self-cleaning. Dodatkowo w oświadczeniu ECMB Polska - przytoczonym zresztą w odwołaniu - wyraźnie wyjaśniono, że informacja ta została podana „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”. Wynika z tego bezspornie, że ww. informacja została podana nadmiarowo, prawdopodobnie wskutek przyjętego omyłkowo założenia, jakoby w niniejszym Postępowaniu Zamawiający zamierzał stosować art. 24 ust. 5 pkt 4 PZP lub poprzez zastosowanie tej części oświadczenia JEDZ opracowanego na potrzeby innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

2.4. Natomiast w odniesieniu do art. 24 ust. 5 pkt 2 PZP - który z kolei jest w Postępowaniu stosowany - jednoznacznie oświadczono, że Podmiot udostępniający zasoby nie jest winien poważnego wykroczenia zawodowego. Podkreślenia przy tym wymaga, że w świetle najlepszej wiedzy Zamawiającego oświadczenie to jest prawdziwe.

2.5. Jest przy tym oczywiste, że oba ww. przepisy określają dwie różne przesłanki, a ich łączne utożsamianie przez Odwołującego jest całkowicie błędne i bezpodstawne. Świadczy o tym już sam fakt, że unijny a także polski ustawodawca wyróżnił je w ramach dwóch odrębnych przepisów. Odwołujący pomija zatem, że zgodnie z obowiązującymi przepisami określającymi zasady tworzenia i interpretacji przepisów prawnych „do oznaczenia jednakowych pojęć używa się jednakowych określeń, a różnych pojęć nie oznacza się tymi samymi określeniami. Jest oczywiste, że art. 24 ust. 5 pkt 2 oraz pkt 4 PZP posługują się całkowicie odmiennymi pojęciami, a ich utożsamianie przez SGS jest oczywistym i rażącym błędem w zakresie interpretacji przepisów prawa.

2.6. Pogląd o odmienności obu przesłanek nie budzi zresztą wątpliwości w praktyce. W tym kontekście warto przede wszystkim wskazać instrukcję wypełniania JEDZ opracowaną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w której jednoznacznie wyjaśniono, że informacja

Oprzedczesnym rozwiązaniu umowy jest składana i ma znaczenie prawne wyłącznie w przypadku stosowania art. 24 ust. 5 pkt 4 PZP.

2.7. Należy więc kategorycznie podkreślić, że - wbrew sugestiom Odwołującego - oświadczenie o wcześniejszym rozwiązaniu umowy zawartej pomiędzy ECMB Polska a Miastem Gliwice:

- nie wykazuje związku z jakkolwiek z podstaw wykluczenia obowiązujących w Postępowaniu;

- jest ściśle związane z art. 24 ust. 5 pkt 4 PZP, który jednak nie został przewidziany w ogłoszeniu oraz SIWZ i nie znajduje zastosowania w niniejszym postępowaniu.

2.8. Jedynie z daleko posuniętej ostrożności - niezależnie od powyższych trafnych wniosków

- należy również podkreślić, że informacje na temat sytuacji prawnej ECMB Polska w związku z przedczesnym rozwiązaniem umowy z Miastem Gliwice, w żadnym wypadku nie stanowią podstawy zastosowania art. 24 ust. 5 pkt 2 PZP, co zostanie szczegółowo wyjaśnione w pkt 4 niniejszej odpowiedzi na odwołanie.

3. Bezpodstawny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP

3.1. Jaskrawo nieuzasadnione jest stawianie Zamawiającemu zarzutu naruszenia art. 89 ust.

1 pkt 5 PZP. Po pierwsze należy ocenić, że sposób jego sformułowania budzi poważne wątpliwości natury formalnej - warto podkreślić, że SGS nie zarzuca Zamawiającemu naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 2 PZP, lecz wskazuje wyłącznie na rzekomo nieprawidłowe zaniechanie odrzucenia oferty ECMB. Innymi słowy:

- SGS oczekuje odrzucenia oferty ECMB ze względu na rzekome istnienie podstaw wkluczenia tego wykonawcy,

- ale przy tym nie stawia formalnego zarzutu naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 2 PZP.

Od strony formalnej można by więc twierdzić, że skoro Zamawiający nie zarzuca błędnego zastosowania przepisów regulujących podstawy wykluczenia (art. 24 ust. 1 oraz ust. 5 PZP), to nie ma logicznych podstaw do zarzucania naruszania art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP, który przecież znajduje zastosowanie wyłącznie w przypadku wkluczenia danego wykonawcy. Uwagę zwraca również fakt, że zarzuty odwołania nie korespondują z żądaniami SGS. Z jednej strony Odwołujący formalnie stawia zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP regulujący odrzucenie oferty, a z drugiej żąda wykluczenia wykonawcy, choć formalnie nie

stawia zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 oraz ust. 5 PZP.

3.2. Takie błędne ukształtowanie zarzutu wynika zapewne z przyjęcia przez SGS interpretacji stanu faktycznego i właściwych przepisów, w ramach której SGS przemilcza istotne fakty, a eksponuje okoliczności, które nie mają znaczenia dla Postępowania. Należy więc w tym miejscu uporządkować, że zarzuty podnoszone przez SGS dotyczą Podmiotu udostępniającego zasoby, a nie samego ECMB. Okoliczność ta ma kluczowe znaczenie ponieważ zgodnie z art. 22a ust. 6 PZP jeżeli wobec podmiotu udostępniającego zasoby zachodzą podstawy wykluczenia, to Zamawiający nie może automatycznie wykluczyć z postępowania wykonawcy polegającego na tych zasobach, lecz zobowiązany jest umożliwić mu wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu w inny sposób.

3.3. Oznacza to, że nawet gdyby wobec Podmiotu udostępniającego zasoby zachodziła podstawa (co jednak nie ma miejsca), to Zamawiający nie mógłby automatycznie wykluczyć ECMB, ani tym bardziej odrzucić jego oferty. W takiej hipotetycznej sytuacji Zamawiający musiałby umożliwić ECMB wykazanie, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w

inny sposób niż powołując się na zasoby finansowe ECMB Polska.

3.4. Należy zatem stwierdzić, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP jest nie tylko nieprawidłowy i logicznie niespójny, ale jest również przedwczesny. Zarazem biorąc pod uwagę, że SGS nie formułuje jakiegokolwiek zarzutu ani żądania ewentualnego, w ramach którego domagałby się wezwania ECMB do złożenia wyjaśnień lub ponownego wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu, jest oczywiste, że chybiony zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP oraz bezpodstawne żądanie wykluczenia ECMB z Postępowania nie mogą zostać uwzględnione.

4. Brak podstaw do zastosowania art. 24 ust. 5 pkt 2 PZP

4.1. Jedynie z daleko posuniętej ostrożności, podtrzymując wcześniejsze argumenty, należy stwierdzić, że gdyby nawet informacja na temat przedwczesnego rozwiązania umowy pomiędzy Miastem Gliwice a ECMB Polska miała wywoływać jakiegokolwiek skutki w Postępowaniu, to z całą pewnością nie daje ona podstaw do uznania, że ECMB Polska popełniło poważne naruszenie obowiązków zawodowych w rozumieniu art. 24 ust. 5 pkt 2 PZP.

4.2. Przemawiają za tym co najmniej trzy powody:

- nie tylko Zamawiający, ale i Odwołujący nie posiadają informacji, jakoby przypadki nienależytego wykonania przez ECMB Polska umowy z Miastem Gliwice były na tyle rażące i poważne, by „podważały uczciwość” tego podmiotu i wypełniały dyspozycję art. 24 ust. 5 pkt 2 PZP;
- Podmiot udostępniający zasoby przeprowadził skutecznie procedurę samooczyszczenia, czego dowodzą złożone bardzo szczegółowe wyjaśnienia i dokumenty;
- warunki udziału w postępowaniu służą ocenie wiarygodności i zdolności danego podmiotu do udziału w konkretnym postępowaniu - przypadki nieprawidłowości, które ECMB Polska popełnił jako wykonawca umowy o pełnienie funkcji inżyniera kontraktu w żaden sposób nie podważają uczciwości, wiarygodności i zdolności tego podmiotu do skutecznego udostępnienia zasobów w postaci sytuacji finansowej - przyjęcie przeciwnego założenia byłoby całkowicie sprzeczne z zasadą proporcjonalności.

[Brak „poważnego” charakteru stwierdzonych naruszeń]

4.3. Po pierwsze, informacja zawarta w JEDZ dotyczącym ECMB Polska dowodzi jedynie faktu, że Miasto Gliwice odstąpiło od wcześniej zawartej umowy powołując się na ogólne przepisy Kodeksu cywilnego, a przede wszystkim na podstawie S 8 ust. 2 pkt 6-7 tejże umowy. Zgodnie z tymi postanowieniami Miasto Gliwice było uprawnione do odstąpienia od umowy w przypadku „opóźnienia się w realizacji umowy”, a także w przypadku stwierdzenia przypadków wykonywania przedmiotu umowy w sposób nienależyty. Z informacji i dokumentów dotyczących odstąpienia, którymi dysponuje Zamawiający unika ponadto, że ECMB Polska:

- nie kwestionuje faktu odstąpienia,
- zaspokojone zostały roszczenia Miasta Gliwice, w szczególności w zakresie kar umownych,
- wyjaśniło, że bezpośrednią odpowiedzialność za przyczyny odstąpienia ponosił podwykonawca ECMB Polska,
- dla zapobieżenia podobnym sytuacjom w przyszłości wdrożono szczegółowy i radykalny program naprawczy, który jest realizowany.

4.4. W tych okolicznościach nie ma jakichkolwiek podstaw by twierdzić, że wobec ECMB Polska znajduje zastosowanie art. 24 ust. 5 pkt 2 PZP. Ponieważ Odwołujący ogranicza się wyłącznie do wielokrotnego przywoływania gołosłownych ocen i unika analizy sytuacji Podmiotu udostępniającego zasoby w oparciu o przesłanki ww. przepisu należy uporządkować, że na jego podstawie wyklucza się wyłącznie wykonawcę, który:

- w sposób zawiniony (w szczególności w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa),
- poważnie naruszył obowiązki zawodowe,
- co podważa jego uczciwość.

4.5. Odwołujący nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu, że przypadki nienależytego działania, które skłoniły Miasto Gliwice do odstąpienia od umowy były bezpośrednio zawinione przez ECMB Polska. W wielostronicowym odwołaniu SGS nie przedstawił jakichkolwiek wniosków na temat stopnia winy ECMB Polska, choć spoczywał na nim ciężar wykazania, że wszystkie przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt 2 PZP zostały spełnione.

4.6. Ponadto, zgodnie z powszechnie przyjmowanym stanowiskiem nie dają podstawy do zastosowania omawianego przepisu takie naruszenia, które wprawdzie mogą świadczyć

o nienależytym wykonywaniu umowy, lecz są w pewnym sensie typowe i obiektywnie występują niekiedy w praktyce

rynkowej. Zwraca na to uwagę sam prawodawca unijny, który wyjaśnia, że poważne wkroczenie zawodowe to zasadniczo takie, które poddaje w wątpliwość uczciwość wykonawcy (w angielskiej wersji dyrektywy występuje pojęcie „economic operators integrity”) i przez to sprawia, że nie będzie on odpowiedni, by uzyskać zamówienie publiczne, niezależnie od tego, czy posiadałby poza tym techniczną

1ekonomiczną zdolność do realizacji zamówienia.

4.7.W orzecznictwie zwraca się uwagę, że sam fakt nienależytego wykonania zawartej umowy nie uzasadnia jeszcze zastosowania art. 24 ust. 5 pkt 2 PZP. Kwestia ta była szczegółowo analizowana przez Sąd Okręgowy w Krakowie, który w sprawie precedensowej i uznawanej powszechnie za wzorzec interpretacji pojęcia „poważne naruszenia obowiązków zawodowych” podjął następujące rozstrzygnięcie: „samo zdarzenie (nienależyte wykonanie zobowiązania) może wywołać skutki na gruncie prawa cywilnego i jednocześnie nie stanowić przesłanki wykluczenia w reżimie prawa zamówień publicznych. Wszak uchybienie terminowi wykonania zobowiązania skutkujące odpowiedzialnością kontraktową, czy naliczeniem kary umownej, nie może być automatycznie uznane za nienależyte wykonanie zobowiązania będące skutkiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa”.

Wyrok Sąd Okręgowy w Krakowie z dnia 23 czerwca 2017 r., sygn. XII Ga 219/17. W dalszym wywodzie SO wyjaśnia w nim, że przez zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo „należy rozumieć sytuację, w której dłużnik działa z zamiarem naruszenia obowiązków zawodowych, (...) bądź dopuszcza się naruszenia elementarnych reguł prawidłowego zachowania, względnie nie przestrzega podstawowych zasad ostrożności. (...) Rażące niedbalstwo nie może być traktowane jako równoznaczne z niedochowaniem należytej staranności, o której mowa w art. 355 § 2 KC. Rażące niedbalstwo to kwalifikowana postać braku podwyższonej staranności, to zachowanie graniczące z umyślnością”.

4.8.Analogiczne stanowisko wyrażono we wcześniejszym wyroku KIO z dnia 16 sierpnia 2016 r. o sygn. KIO 1383/16, w którym Izba stwierdziła, że w omawianej podstawie wykluczenia „nie mieszczą się przypadki wszystkich uchybień, naruszeń terminów. Zamawiający powinien wykazać wykonawcy zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo (...) Logicznym jest, że w toku realizacji zamówienia może dojść do przesunięć w terminach wykonania, może dojść do nałożenia kar umownych. Jednak jakiegokolwiek uchybienie terminowi - i ewentualne naliczenie kar umownych - nie kwalifikuje się z automatu jako zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo skutkujące niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia”.

4.9.W tym kontekście należy przywołać jeszcze bardzo aktualne orzeczenie Izby wydane w dniu 9 sierpnia 2018 r. w sprawie o sygn. KIO 1331/18. Mianowicie Izba stwierdziła w nim, że „pojęcia «poważnego wkroczenia» nie można zastępować pojęciem okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność”, a jednocześnie przyjęła za własne stanowisko TSUE wyrażone w wyroku C-465/11 Forposta stwierdzając, że „niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części może ewentualnie wykazać na niższe kompetencje zawodowe danego wykonawcy, lecz nie jest automatycznie równoważne z poważnym wykroczeniem (por. wyrok C465/11, pkt 30)”.

4.10.Przywołane powyżej orzeczenia są oczywiście adekwatne i właściwe dla oceny sytuacji ECMB Polska. Skoro zatem: -podmiot ten przedstawił bardzo szczegółowe i rzetelne wyjaśnienie sytuacji związanej z odstąpieniem od umowy przez Miasto Gliwice,

-Zamawiający nie dysponuje informacjami podważającymi złożone wyjaśnienia, a zarazem

-Odwolujący nie przedstawił żadnych informacji, które choćby w minimalnym stopniu uprawdopodobniały stawiane zarzuty, lecz ograniczył się do wielokrotnego powtarzania gołosłownych ocen, to nie ma żadnych podstaw do twierdzenia, że odstąpienie przez Miasto Gliwice nastąpiło z powodów, które można określić jako „poważne naruszenie obowiązków zawodowych”, o którym mowa w art. 24 ust. 5 pkt 2 PZP

[Self-celaning]

4.11.Po drugie, gdyby nawet uznać, że we wcześniejszej działalności Podmiotu udostępniającego zasoby wstąpiły poważne naruszenia obowiązków zawodowych (co jednak nie ma miejsca), to przedstawione wyjaśnienia wskazują niezbicie, że ECMB Polska skutecznie przeprowadziło procedurę samooczyszczenia. ECMB Polska wykazało się profesjonalnym podejściem i determinacją w dążeniu do wyeliminowania ewentualnych nieprawidłowości w przyszłości.

4.12.Co szczególnie istotne - wbrew gołosłownym twierdzeniom SGS - działania podjęte przez ECMB Polska nie są podejmowane ad hoc i nie mają charakteru iluzorycznego. Podmiot udostępniający zasoby dowiódł, że konsekwentnie realizuje program naprawczy, w szczególności przeprowadzając szkolenia oraz wdrażając nowe zasady doboru i

współpracy z podwykonawcami. Szczegółowość i kompleksowość wprowadzonych działań prowadzi do wniosku, że „podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności”, czego wymaga art 24 ust. 8 PZP.

4.13. Jedynie na marginesie należy ocenić, że zarzuty SGS co do tego, jakoby w szczególności:

- „ECM Group Sp. z o.o. nie przedłożyła dowodów świadczących o próbach podważania zasadności złożonego oświadczenia o odstąpieniu”,

- ECMB Polska nie zapłaciła dobrowolnie kar umownych,

- Podmiot udostępniający zasoby nie złożył wyjaśnień „z jakiej przyczyny Miasto Gliwice nie miało podstaw do odstąpienia od Umowy”

są całkowicie chybione. Szczególnie zaskakują wobec faktu, że sam Odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek dowodów na swoje twierdzenia, lecz ograniczył się do formułowania gołosłownych twierdzeń. Dlatego odnosząc się do twierdzeń SGS na temat skuteczności procedury samooczyszczenia ECMB Polska wystarczające jest stwierdzenie, że podmiot ten podjął szereg działań wymienionych w art. 24 ust. 8 PZP, takich jak wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego, a przede wszystkim podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania ewentualnym nieprawidłowościom w przyszłości.

[Konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności]

4.14. Wreszcie po trzecie, nie sposób abstrahować od tego, że warunki udziału w postępowaniu i podstawy wykluczenia danego podmiotu służą ustaleniu, czy jest on wiarygodny i zdolny do udziału w realizacji zamówienia publicznego. Nie bez znaczenia jest w tym kontekście fakt, że ECMB Polska nie będzie bezpośrednio zaangażowany w realizację zamówienia udzielanego w niniejszym. Jego rola sprowadza się bowiem jedynie do udostępnienia zasobów finansowych wykonawcy, tj. ECMB.

4.15. Wobec tego całkowicie niezrozumiałe są zarzuty SGS, że w przypadku Podmiotu udostępniającego zasoby, ze względu na rzekome braki kadrowe, „ryzyko powtórzenia tego typu błędów Inżyniera jest bardzo prawdopodobne”. Sformułowanie takiego argumentu potwierdzać może jedynie to, że Odwołujący nie odróżnia ECMB od ECMB Polska. Jeżeli natomiast twierdzenia te zostały sformułowane przez SGS świadomie, należy jedynie ocenić, że Odwołujący oczekuje od Zamawiającego działań rażąco nieproporcjonalnych.

4.16. Podsumowując zatem powyższe uwagi należy kategorycznie stwierdzić, że ewentualne nieprawidłowości we wcześniejszych działaniach ECMB Polska:

- nie stanowiły „poważnego naruszenia obowiązków zawodowych”,

- skłoniły ECMB Polska do skutecznego wdrożenia procedur naprawczych,

- zostały szczegółowo i rzetelnie wyjaśnione (choć bez prawnego obowiązku, ze względu na brak art. 24 ust. 5 pkt 4 PZP),

- a ze względu na planowane zaangażowanie ECMB Polska w realizację zamówienia wyłącznie w charakterze podmiotu udostępniającego zasoby finansowe nie mogą podważać jego uczciwości, rzetelności i zdolności do udziału w realizacji zamówienia.

Dlatego tym bardziej nie ma jakichkolwiek podstaw do twierdzenia, że oferta ECMB podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP, ze względu na rzekome zaistnienie wobec ECMB Polska przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 2 PZP.

5. Chybiony zarzut naruszenia art. 24 ust. 8 i 9 w zw. z art. 7 ust. 1 PZP

5.1. W świetle wcześniejszych uwag nie budzi wątpliwości, że chybiony jest również zarzut naruszenia art. 24 ust. 8 i 9 w zw. z art. 7 ust. 1 PZP. Po pierwsze należy powtórnie podkreślić, że procedura samooczyszczenia została przeprowadzona i opisana przez ECMB w celu wykazania braku podstaw wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 PZP, który jednak nie znajduje zastosowania w Postępowaniu. Od strony formalnej, Zamawiający nie miał zatem obowiązku szczegółowej weryfikacji informacji podanych przez wykonawcę w celu wykazania skuteczności self-cleaningu.

5.2. Niezależnie jednak od tego, Zamawiający wszechstronnie i kompleksowo przeanalizował wszystkie przekazane mu dokumenty. Na tej podstawie może sformułować następujące wnioski:

- jest oświadczenie zawarte w JEDZ dotyczącym ECMB Polska, że podmiot ten nie jest winien poważnego naruszenia obowiązków zawodowych;

- gdyby w Postępowaniu przewidziano stosowanie art. 24 ust. 5 pkt 4 PZP, to wobec ECMB Polska i tak nie zachodziłaby podstawy wykluczenia, gdyż podmiot ten skutecznie przeprowadził procedurę samooczyszczenia, co zostało już

wyjaśnione.

5.3. Jedynie z daleko posuniętej ostrożności należy wskazać, że gdyby nawet hipotetycznie uznać, iż okoliczności skutkujące odstąpieniem od umowy od Miasta Gliwice były poważnym naruszeniem obowiązków zawodowych - co jednak nie jest prawdą - to oczywiście procedura self-cleaningu musiałaby zostać uznana za skuteczną również w kontekście ewentualnego zastosowania art. 24 ust. 5 pkt 2 PZP.

5.4. Natomiast twierdzenia Odwołującego, jakoby ECMB oraz ECMB Polska nie wykazali inicjatywy w zakresie wszechstronnego wyjaśnienia okoliczności dotyczących odstąpienia od umowy, należy ocenić jako niezgodne z rzeczywistym stanem faktycznym.

6. Bezpodstawny zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 3 PZP

6.1. Bezpodstawne są również zarzuty dotyczące zaniechania dokonania wyboru oferty SGS, nierównego traktowania wykonawców oraz wyboru oferty ECMB jako oferty najkorzystniejszej.

6.2. Skoro ani wobec ECMB, ani wobec Podmiotu udostępniającego zasoby nie występują podstawy wkluczenia - co wykazano powyżej - to nie ulega wątpliwości, że oferta ECMB podlegała ocenie na podstawie przyjętych kryteriów oceny ofert. Zarazem w obu częściach oferta ta była ofertą z najniższą ceną i uzyskała najwyższą liczbę punktów. Tym samym zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz postanowieniami SIWZ została wybrana jako oferta najkorzystniejsza.

Do postępowania odwoławczego w tej sprawie zgłosili przystąpienia następujący wykonawcy:

- Ayesa Polska sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej - po stronie Odwołującego.

- MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie - po stronie Odwołującego.

- ECMG GmbH z siedzibą w Wiedniu - po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania powyższych zgłoszeń w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania jego kopii Stronom tego postępowania - a więc zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp - Izba nie miała podstaw do niedopuszczenia przystępujących do postępowania odwoławczego w tej sprawie.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony - podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłoszono również w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący i Zamawiający podtrzymali swoje stanowiska, a Przystępujący ECMG poparł stanowisko Zamawiającego. Przystępujący po stronie Odwołującego nie stawili się na posiedzenie i rozprawę.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem uczestników (Stron i Przystępującego) niniejszego postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył ofertę. Jednocześnie Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanym Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż zaniechanie odrzucenia oferty i wykluczenia ECMG uniemożliwia mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła jako istotne dla rozstrzygnięcia następujące okoliczności:

Po pierwsze, poza wszelkim sporem jest okoliczność, że Zamawiający spośród tzw. fakultatywnych przesłanek

wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wprowadził do tego postępowania m.in. przesłankę z art. 24 ust. 5 pkt 2 pzp, natomiast nie zdecydował się na stosowanie w nim przesłanki, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 pzp. Innymi słowy Zamawiający w ogłoszeniu o tym zamówieniu i specyfikacji dla tego zamówienia przewidział, że wykluczeniu z postępowania podlega wykonawca, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, jeżeli nie upłynęły 3 lata od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Natomiast nie zdecydował się na wykluczanie wykonawcy, który z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania, jeżeli nie upłynęły 3 lata od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Po drugie, co istotne (a zostało przemilczane w odwołaniu), wg treści JEDZ - złożonego przez ECMG jako wykonawcy ubiegającego się o udzielenie tego zamówienia dla ECM Group Polska S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej: „ECM Group Polska” lub „ECMG Polska”} w związku z poleganiem na zasobach finansowych tego podmiotu w celu wykazania spełniania warunku udziału w tym postępowaniu dotyczącego sytuacji finansowej - ECM Group Polska nie znalazło się dotychczas w sytuacji objętej hipotezą normy z art. 24 ust. 5 pkt 2 pzp, a tym samym nie wskazywało w kontekście tej podstawy wykluczenia na tzw. samooczyszczenie.

Po trzecie, co równie istotne, zrelacjonowane powyżej odwołanie nie zawiera zarzutu, że w powyższym zakresie JEDZ dla ECMG Polska został wypełniony nieprawidłowo, czyli że oświadczenie o braku zachodzenia względem tego podmiotu przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 2 pzp, jest niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, nie polega na prawdzie etc. W szczególności ani na wstępie odwołania, ani w jego obszernym uzasadnieniu nie wskazano (wprost lub choćby pośrednio) na art. 24 ust. 2 pkt 16 lub 17 pzp, które statuują dwie odrębne podstawy wykluczenia za - sprowadzając je do wspólnego mianownika - składanie zamawiającemu w postępowaniu nieprawdziwych informacji m.in. odnośnie sytuacji podmiotowej wykonawcy (czyli również podmiotu, na którego zasobach polega) w kontekście przesłanek wykluczenia z postępowania. Innymi słowy, skoro w odwołaniu pominięto treść JEDZ dla ECMG Polska co do podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 2 pzp, obiektywnie rzecz biorąc, oświadczenie o braku jej zaistnienia w stosunku do tego podmiotu nie zostało zakwestionowane.

Po piąte, w odwołaniu zarzucono naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 pzp (Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert), który w ogóle nie znajduje zastosowania dla tego postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, gdyż hipoteza tej normy dotyczy sytuacji w postępowaniach tzw. dwuetapowych (na czele z przetargiem ograniczonym) - gdzie do składania ofert dopuszczani są wyłącznie wykonawcy uprzednio pozytywnie zweryfikowani co do spełniania warunków udziału i braku podstaw do wykluczenia - w której wykonawca złoży ofertę pomimo wykluczenia z postępowania na tym pierwszym etapie. Natomiast przy wykluczaniu wykonawcy z postępowania w trybach tzw. jednoetapowych (na czele z przetargiem nieograniczonym) odrzucenie jego oferty następuje na mocy art. 24 ust. 4 pzp, zgodnie z którym ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą, czyli odrzucenie oferty jest tu immanentnym elementem wykluczenia i następuje jednocześnie z nim.

Po szóste, samo wymienienie na wstępie odwołania art. 24 ust. 5 pkt 2 pzp oraz przytoczenie jego brzmienia w uzasadnieniu odwołania, czyli wskazanie tej jednostki redakcyjnej ustawy pzp jako regulującą czynność bezprawnie zaniechaną przez Zamawiającego, jest bezprzedmiotowe w kontekście okoliczności faktycznych i prawnych zawartych w uzasadnieniu odwołania. Sprowadzają się bowiem one do przytoczenia treści JEDZ dla ECMG Polska w zakresie informacji złożonych odnośnie wystąpienia przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 4 pzp oraz wskazywania, z jakich to powodów opisane tam działania podjęte w celu samooczyszczenia należy wg Odwołującego uznać za niewystarczające dla wykazania przez ten podmiot rzetelności w świetle art. 24 ust. 8 i 9 pzp, z obszernym powołaniem się na wypowiedzi doktryny i orzecnictwa. Z oczywistych względów (patrz: „po pierwsze”) nie ma żadnego znaczenia, czy ECMG Polska podjęło wystarczające środki dla wykazania rzetelności w rozumieniu art. 24 ust. 8 pzp, pomimo znajdowania się w sytuacji, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 pzp, ani czy Zamawiający mógłby uznać je za wystarczające w świetle dołączonych dowodów według art. 24 ust. 9 pzp, gdyż okoliczności te dotyczą fakultatywnej podstawy wykluczenia, która nie znajduje zastosowania w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W szczególności należy zauważyć, że przywołanie brzmienia art. 24 ust. 5 pkt 2 pzp (w końcowej części uzasadnienia odwołania dotyczącej pierwszego zarzutu) pozostaje bez uchwytneho związku logicznego i treściowego z poprzedzającym akapitem w całości poświęconemu przywołaniu obszernego fragmentu uzasadnienia wyroku Izby z 4 lipca 2017 r. sygn. akt KIO 1166/17 dotyczącego wykładni art. 24 ust. 5 pkt 4 pzp z uwzględnieniem art. 57 ust. 4 lit. g dyrektywy 2014/24/UE, czyli właśnie nieobowiązującej w tym postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego fakultatywnej przesłanki wykluczenia.

Reasumując, podniesione w odwołaniu szczegółowe zarzuty co do prawidłowości postępowania odpowiednio Przystępującego i Zamawiającego w świetle art. 24 ust. odpowiednio 8 i 9 pzp (na czele z kwestią dobrowolności zapłaty kary umownej) są bez znaczenia, gdyż dotyczą fakultatywnej przesłanki wykluczenia, na której podstawie w tym postępowaniu nie można nikogo wykluczyć.

W tych okolicznościach odwołanie podlegało oddaleniu jako oczywiście niezasadne.

Z art. 180 pzp wynika w szczególności, że odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami tej ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu

Oudzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie tej ustawy {ust. 1}, przy czym odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się taką niezgodność, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne

1)prawne uzasadniające wniesienie odwołania {ust.3}.

Powyższa regulacja jest skorelowana z art. 192 pzp, z którego z kolei wynika m.in., że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów tej ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia {ust. 2}, z tym że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu {ust. 7}.

Ponadto wedle art. 191 ust. 2 pzp wydając wyrok, Izba bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.

W judykaturze odnośnie interpretacji art. 192 ust. 7 pzp już dawno przesądzono, że stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale przede wszystkim jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy wnoszącego odwołanie {zob. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 25 maja 2012 r. (sygn. akt XII Ga 92/12)}. Tym samym nie stanowi sprecyzowania zarzutu samo wskazanie na wstępnie odwołania przepisu, przywołanie kalendarium zdarzeń czy też obszerne przywołanie wypowiedzi doktryny lub orzecznictwa, jeżeli nie wiadomo, jaki miałyby to mieć związek ze sprawą, z uwagi na brak podania relewantnych okoliczności specyficznych dla postępowania o udzielenie zamówienia, którego dotyczy odwołanie.

Tymczasem, jak to powyżej ustalono, żadna ze skonkretyzowanych w uzasadnieniu rozpoznawanego odwołania okoliczności faktycznych, w tym odnośnie przeprowadzonej procedury tzw. samooczyszczenia, nie odnosi się do przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 2 pzp, czyli rzekomego poważnego naruszenia przez ECMG Polska obowiązków zawodowych, natomiast są to okoliczności związane podstawą wykluczenia unormowaną w art. 24 ust. 5 pkt 4 pzp, czyli nienależytego wykonania w istotnym stopniu przez ECMG Polska wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co spowodowało odstąpienie od tej umowy przez innego zamawiającego, a wykonawcę skłoniło do podjęcia środków w celu samooczyszczenia.

Skoro Odwołujący nie zakwestionował do upływu terminu na wniesienie odwołania {późniejsze podnoszenie okoliczności na rozprawie, a także zgłaszanie na ich potwierdzenie wniosków dowodowych jest bez znaczenia dla sprawy} pozytywnego zweryfikowania przez Zamawiającego oświadczenia ECMG Polska o braku zachodzenia względem niego przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 2 pzp, stała się ona w tym zakresie niezaskarżalna.

W rozstrzyganej sprawie doszło do paradoksalnej sytuacji, że odwołanie zostało *de facto* poświęcone zakwestionowaniu zaniechania wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 pzp, czyli zaniechaniu czynności, której Zamawiający nie mógłby podjąć w prowadzonym przez siebie postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Z uwagi na powyższe okoliczności nie ma już znaczenia dla rozstrzygnięcia, że Izba w pełni podziela stanowisko

Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie (przytoczonej powyżej niemal w całości), gdyż poruszono tam kwestie, które wykraczają poza zakres kognicji Izby w tej sprawie wyznaczony zakresem zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Dla porządku Izba wskazuje zatem, że z art. 24 ust. 5 pkt 4 w zw. z ust. 6 i 7 pkt 3 pzp wynika, że 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, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania, jeżeli zamawiający przewidział taką podstawę wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji, a nie upłynęły 3 lata od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Jednocześnie według art. 24 ust. 8 pzp wykonawca, który podlega wykluczeniu na powyższej podstawie, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania jego dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu {tzw. samooczyszczenie}. Wreszcie art. 24 w ust. 9 stanowi, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8.

Jak to trafnie uprzednio Izba wskazała w uzasadnieniu wyroku z 7 sierpnia 2014 r. sygn. akt KIO 1529/14: Zarzut oparty o błędnie przywołane okoliczności faktyczne, w czym zawiera się również pominięcie takich okoliczności, należy uznać za oczywiście niezasadny, co okazało się również adekwatne w okolicznościach niniejszej sprawy.

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 3. i 4. listy zarzutów}

Pozostałe zarzuty mają charakter niesamoistny, stąd niezasadność zarzutów naruszenia art. 91 ust. 1 pzp czy art. 7 ust. 1 i 3 pzp jest po prostu konsekwencją niepotwierdzenia się zarzutów zasadniczych.

Niezależnie od tego odnośnie naruszenia art. 7 ust. 1 pzp odwołanie zawiera żadnych okoliczności wskazujących na to, że Zamawiający dopuścił się naruszenia zasady uczciwej konkurencji lub równego traktowania wykonawców.

Z tych względów Izba - działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp - orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono w pkt 2. sentencji stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) - obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, których poniesienie zostało udokumentowane do zamknięcia rozprawy stosownym rachunkiem.