

WYROK

z dnia 4 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Emil Kawa
Przewodniczący Emilia Garbala

Członkowie: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 lipca 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lipca 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: D.E.F.T. Polska M. B. - lider, MSA a.s. ul. Hlucińska 641 747-22 Dolni Benesov z siedzibą dla lidera w Bytomiu 41-909 Bytom ul. Świętochłowska 3, w postępowaniu prowadzonym przez Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. 02-337 Warszawa ul. Mszczonowska 4

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: S. K., R. P. wspólnicy spółki cywilnej P.R.U.H. ARMA POL, ARMATURY GROUP a.s. z siedzibą dla lidera w Brzeszczu zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Orzeka

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża odwołujące konsorcjum M. B. D.E.F.T. Polska, MSA a.s., i:

a) Zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 (piętnaście tysięcy) złotych uiszczoną przez odwołującego tytułem kwoty wpisu od odwołania

b) Zasądza od odwołującego konsorcjum na rzecz zamawiającego GAZ-SYSTEM S.A. kwotę 3 600,00 (trzy tysiące sześćset) złotych tytułem zwrotu kosztu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U z dnia 27 września 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 Warszawie

Przewodniczący:

Operator Gazociągów Przesyłowych Gaz-System S.A. ul. Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa, dalej zwany „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa armatury dla gazociągu Goleniów - Lwówek, Niechorze - Płoty oraz Tłoczn Gustorzyn”.

Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty za którą została uznana oferta

wykonawcy - konsorcjum w składzie S. K., R. P. wspólnicy spółki cywilnej P.R.U.H. ARMA POL, ARMATURY GROUP a.s. ul. Nosala 1, 32-620 Brzeszcze, który to wykonawca przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Od takiej czynności zamawiającego wykonawca - konsorcjum .E.F.T. Polska M. B. - lider, MSA a.s. ul. Hlucińska 641 747-22 Dolni Benesov z siedzibą dla lidera w Bytomiu 41-909 Bytom ul. Świętochłowicka 3, dalej zwany „odwołującym” wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

We wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów Pzp w

zakresie:

1. czynności badania i oceny oferty odwołującego w części 1 Postępowania;
2. czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 1 Postępowania pomimo, że za najkorzystniejszą powinna zostać uznana oferta odwołującego;
3. czynności wykluczenia odwołującego z części 1 Postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4) ustawy Pzp i w konsekwencji uznania jego oferty za odrzuconą.

Wskazując na powyższe czynności zarzucił naruszenie :

(1) art. 24 ust. 5 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp przez ich bezpodstawne zastosowanie, oraz

(2) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez zastosowanie sankcji wykluczenia

odwołującego z naruszeniem zasady proporcjonalności;
względnie

- z ostrożności, na wypadek uznania, że sam fakt rozwiązania wcześniejszej umowy przez zamawiającego może stanowić samoistną i wystarczającą przesłankę wykluczenia wykonawcy, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, bez konieczności badania podstaw rozwiązania tej umowy (w szczególności: faktu i stopnia nienależytego wykonania i pozostałych okoliczności rozwiązania umowy, z uwzględnieniem przyczyn leżących także po stronie zamawiającego), odwołujący czynności zamawiającego zarzuca:

(3) naruszenie art. 92 ust. 1a ustawy Pzp przez zaniechanie jego zastosowania w oparciu o niezgodne z faktami stwierdzenia, że przedstawione przez odwołującego dowody są „ogólnikowymi deklaracjami i działaniami”, a odwołujący „konsekwentnie i w sposób

uporczywy naruszał postanowienia umowne, które zamawiający kwalifikuje jako naruszenia istotne”, bez uwzględnienia przyczyn leżących także po stronie zamawiającego;

(4) naruszenie art. 24 ust. 9 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie ich zastosowania w oparciu o bezpodstawne i nieproporcjonalne do okoliczności sprawy uznanie samooczystczenia dokonanego przez odwołującego za nieskuteczne, oraz

(5) naruszenie art. 24 ust. 5 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp przez ich bezpodstawne zastosowanie we wskazanych wyżej okolicznościach.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie zamawiającemu rozpatrzenia i uwzględnienie odwołania oraz:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 1 Postępowania;

- unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z części 1 Postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą;

- przeprowadzenia dalszych czynności związanych z badaniem i oceną ofert w części

1 Postępowania z uwzględnieniem oferty odwołującego;

Nadto odwołujący w wnioskach zawartych w odwołaniu wniósł o wyłączenie jawności rozprawy w całości, ponieważ całość zarzutów dotyczy tajemnicy przedsiębiorstwa odwołującego, w tym objęcie niejawnym charakterem uzasadnienia informacji o wykluczeniu odwołującego z części 1 Postępowania.

Podkreślenia wymaga kwestia, że żądanie to nie znalazło jakiegokolwiek odzwierciedlenia zarówno na dokumencie odwołania, jak również w treści uzasadnienia zarzutów i żądań. Nie znalazło także potwierdzenia w dokumentach składanych na rozprawie, a odnoszących się wprost do treści odwołania. Żaden ze składanych dowodów nie został opisany jako tajemnica przedsiębiorstwa. Nadto do odwołania nie został dołączony wniosek wymagany w oparciu o treść art. 8 ust 1 i 3 Pzp stanowiący uzasadnienie przedstawionego żądania. Zgodnie z przepisem art. 8 ust.3 Pzp wniosek taki winien zostać złożony wraz z treścią pisma-dokumentu, co do którego wykonawca wnosi o uznanie go jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Wobec powyższych okoliczności Izba postanowiła sporządzić uzasadnienie w jednej formie dostępnej dla stron jak i przystępującego, gdyż przystępujący jako uczestnik postępowania ma prawo wniesienia skargi na przedmiotowe orzeczenie Izby, a tym samym zasadnym jest aby pozyskał także wiedzę o argumentacji. Niewątpliwym jest, że część oferty odwołującego została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, ale ten fakt bez przywołania i wskazania uzasadnienia nie może rozciągać się „niejako z automatu” na wszystkie pisma i dowody składane w przedmiotowej sprawie (podobnie wyrok KIO z dnia 13 października 2014 r. sygn. KIO 1975/14). Izba biorąc pod uwagę powyższą kwestię postanowiła sporządzić uzasadnienie bez wskazywania np., konkretnych nazw dostawców sprzętu - łuków w trakcie realizacji umowy rozwiązanej przez zamawiającego. Dane zawarte w odwołaniu jak i składanych dowodach zostały wpisane do protokołu bez sprzeciwu i uwag w tym zakresie, odwołującego.

W zakresie podniesionego zarzutu dotyczącego okoliczności wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust.5 pkt 4 Pzp odwołujący podał, że w postępowaniu (część 1) do oferty zostały dołączone oświadczenia obu ubiegających się o udzielenie zamówienia wykonawców, tj. D.E.F.T. Polska M. B. oraz MSA a.s., na formularzach JEDZ, w których każdy z tych wykonawców oświadczył, że znajduje się w sytuacji w której wcześniej była umowa w sprawie zamówienia publicznego z podmiotem zamawiającym została rozwiązana przed czasem. Jednocześnie obaj ww. wykonawcy oświadczyli, że przedsięwzięli środki w celu samooczyszczenia i tym samym, obaj potwierdzili spełnienie przesłanki, o której mowa w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp. Podał, że odwołujący od ponad 10 lat pozostaje wykonawcą szeregu realizowanych na rzecz zamawiającego zamówień, przy czym nigdy nie dochodziło pomiędzy tymi podmiotami do sporów, a tym bardziej sytuacji, które związane byłyby z odstąpieniem/rozwiązaniem leżących u podstaw tej współpracy umów. Jedynym wyjątkiem jest wskazana w oświadczeniach JEDZ odwołującego sytuacja związana z pismem Zamawiającego z dnia 12 lutego 2020 r., w którym to Zamawiający odstąpił w całości od umowy częściowej nr 1000031784, w sprawie udzielenia zamówienia na wyprodukowanie, sprzedaż i dostarczenie na rzecz zamawiającego fabrycznie nowych łuków, zawartej z odwołującym w dniu 11 października 2018 r., z przyczyn, jego zdaniem, leżących po stronie odwołującego. Ponadto zamawiający odstąpił również w całości od umowy częściowej nr 1000032907 w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na wyprodukowanie, sprzedaż i dostarczenie na rzecz zamawiającego fabrycznie nowych łuków, zawartej z odwołującym w dniu 16 kwietnia 2019 r., z przyczyn leżących, jego zdaniem, po stronie odwołującego. Ostatecznie Zamawiający odstąpił również pismem z dnia 12 lutego 2020 r. w całości od Umowy ramowej, w ramach której zawarte zostały przywołane powyżej umowy częściowe.

Odwołujący wskazał, że decyzja zamawiającego o odstąpieniu od ww. umów częściowych oraz umowy ramowej była spowodowana nie okolicznościami, na jakie powołuje się zamawiający w uzasadnieniu informacji z dnia 30 czerwca 2020 r. o wykluczeniu odwołującego, tj. rzekoma sytuacja, w której odwołujący miałby „konsekwentnie i w sposób uporczywy naruszać postanowienia umowne, które zamawiający kwalifikuje jako naruszenia istotne, mające wpływ na powodzenie terminowości inwestycji, na rzecz których dostawy były realizowane”. Odstąpienie od ww. umów częściowych i umowy ramowej było w ocenie odwołującego spowodowane nieosiągnięciem kompromisu odnośnie interpretacji spornych postanowień umownych pomiędzy odwołującym a zamawiającym, co do procedury odbioru łuków w oparciu o zapis pkt 7.1 Załącznika nr 2 do umowy ramowej pt. „Łuki rurowe wykonywane metodą nagrzewania indukcyjnego - wymagania OGP GAZ-SYSTEM S.A.” (problem niemożliwości oznakowania wyrobów znakiem CE oraz znakiem budowlanym B, które nie mogły być zastosowane dla tego typu wyrobów ze względu na ich przeznaczenie), załącznika nr 4 pkt 4 do ww. umowy ramowej pt. „Wykaz podstawowych czynności jednostki inspekcyjnej w zakresie odbioru dostaw kształtek rurowych” oraz załącznika nr 2 pkt 5.1. do umowy ramowej pt. „Łuki rurowe wykonywane metodą nagrzewania indukcyjnego - wymagania OGP GAZ-SYSTEM S.A.” (problem dotyczący decyzji Zamawiającego o

przeprowadzeniu badań niszczących łuków w ramach czynności odbiorowych na placu składowym). Odnosząc się do wyjaśnień z pkt 5 powyżej, odwołujący wskazał, że w dniu 26 kwietnia 2019 r. poinformował zamawiającego drogą elektroniczną (e-mail) o niemożliwości zrealizowania pkt 7.1 załącznika nr 2 do umowy ramowej (oznakowanie wyrobu znakiem CE i budowlanym B). W odpowiedzi udzielonej e-mailem z dnia 7 maja 2019 r. zamawiający nie uznał stanowiska odwołującego.

W świetle stanowiska zamawiającego odwołujący zlecił w tym zakresie dokonanie oceny jednostce certyfikowanej SIMPTTEST oraz wystąpił do Ministerstwa Inwestycji i Rozwoju (Departament Architektury i Geodezji) o wydanie interpretacji przepisów w tym zakresie.

Pozyskane przez Odwołującego opinie ww. podmiotów potwierdziły stanowisko odwołującego. Ponadto należy zwrócić uwagę, że zamawiający e-mailem z dnia 3 lipca 2019 r. poinformował odwołującego o zmianie swojego dotychczasowego stanowiska i odstąpieniu od warunków z pkt 7.1. Załącznika nr 2 do Umowy, tym samym potwierdzając stanowisko odwołującego.

Wskazał także na kwestię, że w dniu 28 sierpnia 2019 r. zamawiający po raz pierwszy poinformował odwołującego o zamiarze przeprowadzenia badań niszczących łuków, po ich dostarczeniu na plac składowy. W świetle powyższych faktów odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem zamawiającego, jako że nie miały one w tym momencie merytorycznego uzasadnienia i były niezgodne z zapisami łączącej strony umowy ramowej. Zamawiający poinformował także o swoich wątpliwościach co do jakości przedmiotowych łuków, jednakże w żadnym momencie na prośbę odwołującego nie udzielił informacji, czym są one spowodowane i czego dotyczą.

Podkreślił, że odwołujący wielokrotnie wychodził z propozycją wspólnego ustalenia rozwiązania spornych kwestii. W związku z utrzymującą się sytuacją braku porozumienia co do przeprowadzenia badań niszczących odwołujący proponował zamawiającemu rozwiązania w tym zakresie, z których zamawiający nie skorzystał. W ramach tych działań strony podejmowały również bezpośrednie spotkania w celu uzgodnienia toku postępowania oraz rozstrzygnięcia wszelkich otwartych i wątpliwych kwestii. Ostatnie takie spotkanie z Zamawiającym odbyło się w jego siedzibie z udziałem członków konsorcjum odwołującego oraz producentów łuków w dniu 31 stycznia 2020 r. Na tym spotkaniu zamawiający poinformował, że nie może zająć stanowiska w sprawie ze względu na brak stanowiska doradcy technicznego (UDT), informując, że jego stanowisko zostanie przekazane niezwłocznie po otrzymaniu stanowiska doradcy zewnętrznego.

Wskazał, że zamiast deklarowanego na spotkaniu w dniu 31.01.2020 r. stanowiska zamawiającego co do zaproponowanych przez odwołującego propozycji rozwiązania reklamacji dostarczanych łuków, odwołujący otrzymał w dniu 12 lutego 2020 r. oświadczenie o odstąpieniu od ww. umów.

W świetle powyżej przedstawionych okoliczności i dowodów odwołujący podał, że wyraża stanowczy sprzeciw odnośnie stwierdzeń zamawiającego wyrażonych w informacji o wykluczeniu odwołującego z dnia 30 czerwca 2020 r., które wskazują, że odwołujący „konsekwentnie i w sposób uporczywy naruszał postanowienia umowne, które Zamawiający kwalifikuje jako naruszenia istotne mające wpływ na powodzenie i terminowość inwestycji na rzecz których dostawy były realizowane” oraz że miały one „powtarzający się, uporczywy charakter”. Odwołujący nie zgadza się również ze stwierdzeniem, że nie działał przy realizacji umowy z „należytą starannością” oraz że „do naruszenia przedmiotu umowy doszło z przyczyn, na których wystąpienie Konsorcjum DEFT miało wyłączny wpływ”. Reasumując powyższe stanowisko podał, że odwołujący stoi na stanowisku, że zachowanie zamawiającego w tej sprawie miało istotny wpływ na jej przebieg i w konsekwencji przyczyniło się do braku wypracowania rozwiązań, które należało wdrożyć na etapie produkcji łuków. Nadto uzasadnienie zamawiającego o odstąpieniu od ww. umów zostało przedstawione jednostronnie, z przytoczeniem jedynie winy odwołującego, z całkowitym pominięciem w powodach odstąpienia okoliczności, które wystąpiły w trakcie realizacji ww. umów po stronie zamawiającego, dotyczących chociażby brak współdziałania przez zamawiającego w rozwiązaniu spornych kwestii i opracowania kompromisowego rozwiązania.

W zakresie zarzutu dotyczącego przeprowadzonego u odwołującego self cleaningu podał, że przedłożone oświadczenia obu konsorcjantów, tj. D.E.F.T. Polska M. B. oraz MSA a.s., na formularzach JEDZ, w których przedstawiono okoliczności stanowiące podstawę wykluczenia wraz z podjętymi środkami w ramach mechanizmu tzw. samooczyszczania, zostały poprzędkowane przeprowadzonym u każdego z ww. wykonawców wewnętrznym audytem, którego celem było:

- określenie nieprawidłowości w realizacji umów z Zamawiającym;

- określenie nieprawidłowości w realizacji zawartych umów, po stronie Zamawiającego oraz ich skutków dla wykonawcy jako strony umowy.

Przeprowadzone audyty pozwoliły na zdefiniowanie nieprawidłowości, które posłużyły obu wykonawcom do opracowania i wdrożenia procedur zapobiegawczych i kontrolnych. Procedury te zostały przedłożone zamawiającemu w JEDZ-ach dołączonych do oferty, a następnie udokumentowane na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący podał, że nie podziela stanowiska zamawiającego zawartego w uzasadnieniu informacji o wykluczeniu odwołującego, jakoby nie wykazano w odniesieniu do MSA a.s. konkretnych środków podpartych dowodami, które potwierdzałyby zdaniem zamawiającego podjęcie określonych środków (organizacyjnych, technicznych i kadrowych), które miałyby zapobiegać podobnym nieprawidłowościom w przyszłości:

Odwołujący nie podziela także stanowiska zamawiającego, że treść przywołanego dokumentu nie precyzuje w jaki sposób utworzenie grup roboczych ma zabezpieczać realizację następnych zamówień. Zdaniem odwołującego powoływanie grup roboczych dla poszczególnych zamówień stanowi gwarancję wzmożonej kontroli nad prawidłową realizacją zamówienia, a dobór składu grupy w zależności od charakteru i przedmiotu zamówienia pozostaje w gestii odwołującego.

W odniesieniu do podniesionego przez zamawiającego niepokoju i uzasadnionej obawy, że dopiero w dokumencie zatwierdzonym w dniu 30 marca br. z mocą obowiązywania od 1 czerwca br. zaplanowano przeszkolenie pracowników w celu uzyskania niezbędnych kwalifikacji do realizacji zamówień publicznych, odwołujący wyjaśnia, że wspomniane szkolenie nie jest pierwszym szkoleniem, a termin obowiązywania tego dokumentu z dniem 1 czerwca br. podyktowany został sytuacją związaną z pandemią COVID-19 i przepisami wprowadzanymi w tym zakresie przez Republikę Czeską oraz wewnętrznymi regulacjami w firmie MSA a.s. w oparciu o uregulowania krajowe i przewidywany termin ich ustąpienia.

Podkreślił, że w przedłożonym zamawiającemu dokumencie JEDZ wskazał wyraźnie, jaki zakres i charakter miał wydany i wdrożony wewnętrzny, dodatkowy proces kontroli jakości materiałów w realizacji przetargów publicznych. Wdrożenie tej procedury miało na celu wprowadzenie dodatkowego audytu, który ma potwierdzać zgodność dostawcy w zakresie wysokich standardów kontroli jakości. Środek ten jest zatem konkretnym środkiem organizacyjnym o charakterze kontrolnym.

Wyjaśnił, że odwołujący przedłożył zamawiającemu tłumaczenie procesów związanych z klientem tylko w zakresie wprowadzonych zmian do istniejącej wewnętrznej procedury, która miała już zastosowanie w realizacji wcześniej zawieranych umów związanych z dostawami armatury do zamawiającego i w związku z tym powinna być mu znana. Przetłumaczenie tylko fragmentów odnoszących się do wprowadzonych zmian pokazało, jakie zmiany zostały wprowadzone. W związku z powyższym odwołujący nie może podzielić stanowiska zamawiającego, że nie uznaje powyższego dokumentu za dowód podjęcia przez odwołującego konkretnych środków organizacyjnych.

Odnosząc się do pkt 5 Informacji o wykluczeniu odwołującego z postępowania wyjaśnił, że przedłożył zamawiającemu tłumaczenie procesów związanych z procedurami zakupowymi oraz kontrolą wstępną zakupionego produktu tylko w zakresie wprowadzonych zmian do istniejącej wewnętrznej procedury, która miała już zastosowanie w realizacji wcześniej zawieranych umów związanych z dostawami armatury do zamawiającego i w związku z tym powinna być mu znana. Przetłumaczenie tylko fragmentów odnoszących

się do wprowadzonych zmian pokazało, jakie zmiany zostały wprowadzone.

W związku z powyższym odwołujący nie może podzielić stanowiska zamawiającego, że powyższy dokument nie może być uznany za dowód podjęcia przez odwołującego konkretnych środków organizacyjnych.

Podał, że odwołujący nie podziela stanowiska zamawiającego odnośnie samooczystczenia oraz jego oceny przedłożonych dowodów jako niewystarczających i niewykazujących rzetelności, a podjęte przez odwołującego środki kadrowe, organizacyjne i technologiczne uznaje za marginalne w stosunku do zaistniałych nieprawidłowości. Zamawiający zarzuca odwołującemu nieprawidłowości w funkcjonowaniu konsorcjum i nieprzedstawienie zamawiającemu krytycznej oceny dotychczasowego modelu realizacji zamówień przez wykonawcę, w szczególności zamówień, od których zamawiający odstąpił.

Wskazał, że odwołujący stoi na stanowisku, iż podjęte przez niego działania audytowe i wdrożone w ich wyniku procedury sprawdzające i kontrolne zostały w sposób właściwy i adekwatny do zaistniałej sytuacji udokumentowane. Tym samym nie można zgodzić się ze stanowiskiem zamawiającego, że odwołujący nie sprostował ciężącemu na nim obowiązкови wynikającego z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp udowodnienia zamawiającemu wdrożonych

konkretnych środków w celu samooczyszczenia.

Stwierdził, że twierdzenia zamawiającego jakoby odwołujący identyfikował odstąpienia od umów z zamawiającym z zaniedbaniami swoich podwykonawców, tj. producentów łuków giętych indukcyjnie, nie są prawdziwe (str 13 odwołania). Odwołujący nigdy nie twierdził, że przyczyną odstąpienia od umów przez zamawiającego były zaniedbania podwykonawców. Przeprowadzone audyty u podwykonawców nigdy nie stwierdziły nieprawidłowości w zakresie powierzonego do realizacji zamówienia, co również dotyczy czynności niezależnej jednostki powołanej przez zamawiającego do nadzorowania prawidłowości procesu produkcyjnego. Tym samym nieuprawnione i całkowicie niezrozumiałe są żądania zamawiającego zerwania kontaktów i współpracy odwołującego z podwykonawcami. W tym kontekście odwołujący wskazuje, że zamawiający w sposób fragmentaryczny interpretuje przesłanki z przepisu art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, który to przepis w sposób przykładowy wskazuje na możliwe do zastosowania przez wykonawcę środki naprawcze, przy czym inicjatywa w tym zakresie należy w pełni do wykonawcy, który mając na uwadze konkretne okoliczności i podstawy wykluczenia powinien dobrać właściwe i adekwatne środki w celu wykazania samooczyszczenia (swojej rzetelności do realizacji przyszłych zamówień). Takie działania zostały przez Odwołującego przeprowadzone w sposób prawidłowy.

Wskazał także na fakt, że niezasadne są twierdzenia zamawiającego o braku możliwości współpracy odwołującego z zamawiającym w przyszłości, gdyż odwołujący zawarł 4 umowy z zamawiającym na dokończenie usług serwisu bieżącego, na łączną wartość 631.127,64 PLN. Dwie z tych 4 ww. zawartych umów zostały podpisane przez zamawiającego w terminach 18.05.2020 r. i 03.06.2020 r., czyli już po odstąpieniu przez zamawiającego od umów z odwołującym, co stoi w sprzeczności z twierdzeniami zamawiającego o braku możliwości współpracy z odwołującym w przyszłości.

Dodał, że na zamawiającym ciążyą określone obowiązki udowodnienia zaistnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy, w szczególności jeżeli wskazuje na uporczywe i konsekwentne niewywiązywanie się ze swoich obowiązków umownych. Zamawiający w niniejszym postępowaniu poprzestał na zmarginalizowaniu przedłożonych przez odwołującego dowodów, dokonał ich wybiórczej interpretacji, posługiwał się przy tym także ogólnymi sformułowaniami, jak „szereg istotnych niejasności”, że „dowody są ogólnikowymi deklaracjami i działaniami”. Ponadto w świetle art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp nie można automatycznie uznać, że każde nie dotrzymanie terminu realizacji zlecenia, czyli nienależyte wykonanie zamówienia, można automatycznie kwalifikować, jako podstawę wykluczenia z tej podstawy prawnej, ale jedynie takie, które było skutkiem zawinionego działania, w szczególności zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, oraz ma charakter poważny (tak wyrok KIO z dnia 21.03.2018, sygn. akt. KIO 422/18).

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie, jako niezasadnego. W ocenie zamawiającego, żaden z zarzutów podniesionych w odwołaniu nie zasługuje na uwzględnienie, a w konsekwencji odwołanie winno zostać oddalone w całości.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego niezasadnego wykluczenia odwołującego z postępowania w oparciu o przepis art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, podał, że rozważania dotyczące zaistnienia wobec odwołującego przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4) Pzp należy rozpocząć od podkreślenia, że niniejsze postępowanie nie jest pierwszym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, z którego zamawiający zdecydował się wykluczyć odwołującego z uwagi na wcześniejsze nienależyte wykonanie przez niego umów częściowych.

Wskazać należy, że zamawiający odstąpił od Umów w dniu 12 lutego 2020 roku. Już po tym zdarzeniu, tj. w dniu 8 marca 2020 roku, odwołujący złożył ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą Dostawa fabrycznie nowej armatury na potrzeby lądowej części Baltic Pipe, nr referencyjny ZP/2019/12/0154/Pl. W dniu 1 kwietnia 2020 roku zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania Baltic Pipe, powołując się na okoliczności tożsame do tych wskazanych w obecnie zaskarżonej decyzji o wykluczeniu odwołującego z postępowania. Odwołujący nie zakwestionował czynności wykluczenia go z postępowania Baltic Pipe. W ocenie zamawiającego, oznacza to, że odwołujący w istocie zaakceptował, że w związku z rozwiązaniem przez zamawiającego Umów, zaszła wobec niego przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4) Pzp. Podjęcie próby wykazania przeciwnej okoliczności dopiero w drodze przedmiotowego odwołania jest więc spóźnione - stanowisko zamawiającego dotyczące zaistnienia wobec odwołującego przesłanki wykluczenia w związku z odstąpieniem od Umów uległo bowiem swoistemu uprawomocnieniu. Intencją odwołującego w powyższej kwestii było wykazanie, że pomimo odstąpienia przez zamawiającego od Umów nie zachodzi wobec niego przesłanka wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 4) Pzp, to powinien był on zakwestionować decyzję o wykluczeniu go z postępowania Baltic Pipe. Skoro zaś odwołujący tego zaniechał, to automatycznie rozpoczął wobec niego bieg trzyletniego okresu wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o którym mowa w art. 24 ust. 7 pkt 3) Pzp. W tym czasie

jedyną drogą przywrócenia możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia jest wcześniejsze skuteczne przeprowadzenie przez Odwołującego procedury samooczyszczenia. Zdaniem zamawiającego odwołujący jest świadom powyższych konsekwencji. W przedmiotowym postępowaniu, w formularzach JEDZ dla obu członków konsorcjum odwołującego zostało wskazane, że znajdują się oni w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego została rozwiązana przed czasem, przy czym przeprowadzili oni skutecznie procedurę samooczyszczenia. Również w odwołaniu odwołujący wskazuje, że „obaj ww. wykonawcy oświadczyli, że przedsięwzięli środki w celu samooczyszczenia i tym samym, obaj potwierdzili spełnienie przesłanki, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4) ustawy Pzp”. Podał, że jeżeli intencją odwołującego było kwestionowanie, że Umowy zostały rozwiązane niezasadnie, to już w formularzu JEDZ powinien był wskazać - podobnie jak w Postępowaniu Baltic Pipe - że nie podlega wykluczeniu, a co najmniej wnikliwie opisać swoje wątpliwości lub zastrzeżenia w tym zakresie. Obecne próby prezentowania tego stanowiska dopiero na etapie postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą poprzez dowodzenie, że do odstąpienia od Umów doszło w istocie z przyczyn leżących po stronie zamawiającego należy więc uznać za spóźnione. W tym kontekście wskazał, że niekonsekwentne stanowisko odwołującego w zakresie wzięcia odpowiedzialności za nienależyte wykonanie Umów dowodzi bezpośrednio nieskuteczności przeprowadzonej przez odwołującego procedury samooczyszczenia.

Podał, że zamawiający w dalszym ciągu stoi na stanowisku, iż w związku z odstąpieniem od Umów, wobec odwołującego zachodzi przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4) Pzp. Podniósł, że dla stwierdzenia zaistnienia przedmiotowej przesłanki wykluczenia musi dojść do niewykonania lub nienależytego wykonania wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, które: (i) nastąpiło z przyczyn leżących po jego stronie, (ii) nosi cechy istotności na gruncie całej umowy oraz (iii) doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. W ocenie zamawiającego, sposób nienależytego wykonania przez odwołującego Umów uzasadnia twierdzenie, że wszystkie powyższe przesłanki zostały spełnione kumulatywnie, czemu zamawiający dał wyraz wprost w decyzji o wykluczeniu odwołującego z Postępowania.

Natomiast z treści samego odwołania wynika, że odwołujący kwestionuje wyłącznie istnienie pierwszej przesłanki, o której mowa powyżej - tj. stoi na stanowisku, że do nienależytego wykonania Umów (oraz w efekcie - do odstąpienia od nich) doszło w istocie z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Nadto odwołujący kwestionuje również wprost wyrażony w decyzji o wykluczeniu pogląd, że konsekwentnie i w sposób uporczywy naruszał on postanowienia Umów, co niewątpliwie ma wpływ na zaistnienie przesłanki istotności nienależytego ich wykonania. Odwołujący nie polemizuje z pozostałymi okolicznościami podniesionymi w tym zakresie w decyzji o wykluczeniu go z postępowania, w tym w szczególności z faktem, że bezpośrednia i podstawowa przyczyna odstąpienia od Umów polegała na dostarczeniu przez odwołującego łuków niespełniających wymagań technicznych, a przez to niezgodnych z ich przeznaczeniem. Podał, że wyrokiem KIO, iż z sytuacją niewłaściwego wykonania zamówienia mamy do czynienia, gdy następuje wystąpienie poważnych braków w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów określonych w umowie, które mogą wystąpić w postaci niedostarczenia produktu, znaczących wad dostarczonego produktu, powodujących ich niezdadność do użytku zgodnie z przeznaczeniem" (wyrok z dnia 14 września 2018 roku, sygn. akt KIO 1736/18). Podkreślił, że nienależyte wykonanie Umów przez odwołującego bezpośrednio wpłynęło na powodzenie i terminowość realizacji inwestycji, na potrzeby których łuki dostarczone przez Odwołującego miało być dostarczone, tzn. budów gazociągów Podgórska Wola - Tworzeń oraz Strachocina - Granica RP. Są to zaś inwestycje o kluczowym znaczeniu dla bezpieczeństwa energetycznego Państwa, czego odwołujący był w pełni świadomy. Tym samym, stopień niewykonania Umów należy tym bardziej określić jako istotny, czego odwołujący ponownie nie kwestionuje. Zauważył, że w treści odwołania odwołujący zdaje się celowo pomijać bezpośredni powód odstąpienia od Umów przez zamawiającego, czyli dostarczenie przez odwołującego w ramach obu Umów częściowych wadliwych łuków (co dodatkowo zostało uczynione z naruszeniem uzgodnionego przez strony terminu). Należy przy tym zaznaczyć, że wadliwość ta polegała na niespełnianiu przez łuki wymagań technicznych, co zostało potwierdzone przez Centralne Laboratorium Dozoru Technicznego Urzędu Dozoru Technicznego, a czego odwołujący nie kwestionuje. Podał, że przyczyną odstąpienia zamawiającego od umów były niewłaściwe parametry techniczne dostarczonych łuków. Tym samym wykorzystanie łuków dostarczonych przez odwołującego spowodowałoby brak wydania pozytywnej opinii przez Urząd Dozoru Technicznego, co w konsekwencji uniemożliwiłoby zamawiającemu uzyskania pozwolenia na użytkowanie gazociągu. Co gorsze jednak, gdyby ostatecznie łuki dostarczone przez odwołującego zostały wykorzystane i zabudowane (bowiem przeprowadzone przez podwykonawcę odwołującego badania potwierdzały spełnianie przez łuki wymagań), to mogłoby dojść do całkowitej awarii gazociągu. Jednakże wyłącznie zlecenie przez zamawiającego badań niszczących łuków we własnym zakresie (mimo że zamawiający nie miał takiego obowiązku) uchroniło go przed zaistnieniem poważnych, negatywnych konsekwencji. Z tego względu, zamawiający podkreśla, że nienależyte wykonanie przez odwołującego Umów miało charakter istotny i

zasadniczy - dostarczone przez niego łuki były bowiem zupełnie nieprzydatne dla celów zamawiającego, a wręcz mogły spowodować daleko idące szkody. Wady wykryte w dostarczonych przez odwołującego łukach były nieusuwalne. Dodając do tego fakt, że zostały one dostarczone po upływie terminu wskazanego w Umowie, Zamawiający nie mógł zachować się inaczej jak odstąpić od Umów i zamówić przedmiotowy asortyment u innego dostawcy.

W zakresie drugiego zarzutu odwołania odnoszącego się do nieuznania przez zamawiającego właściwej procedury samooczyszczenia wykonawcy podał, że wykonawca w ramach procedury samooczyszczenia powinien przede wszystkim, w następującej kolejności:

- (i) przyznać w sposób jednoznaczny zaistnienie wobec niego podstawy wykluczenia;
- (ii) wskazać na konkretne przyczyny zaistnienia okoliczności wypełniających normę wykluczenia, a następnie,

(iii) przedstawić wyjaśnienia i dowody odpowiednie dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu, a więc wskazać na takie działania, które wyeliminują wystąpienie przyczyn zaistnienia okoliczności wypełniających normę wykluczenia w przyszłości. Wskazał, że bez jednoznacznego przyznania się do popełnionego naruszenia nie jest możliwe przystąpienie do kolejnych etapów self-cleaningu, tj. przeanalizowania i zidentyfikowania przyczyn zaistnienia błędów po stronie wykonawcy oraz przygotowania środków zaradczych mających na celu zapobieżenie ponownym błędom i ich wdrożenia. Wykonawca uważając, że nie popełnił żadnego deliktu nie jest w stanie skutecznie znaleźć jego przyczyny (wskazany w pkt 2.1. niniejszego uzasadnienia etap oznaczony jako (ii)). A tym bardziej przedstawić dowodów, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, bowiem w ocenie odwołującego rzetelność ta nie doznała żadnego uszczerbku. Negowanie wystąpienia przesłanki wykluczenia, przy jednoczesnym dokonaniu procedury samooczyszczenia winno być traktowane jako pozorne i niewiarygodne. podejmowane przez wykonawcę środki w ramach procedury self-cleaning muszą stanowić odpowiedź na konkretne naruszenie stanowiące podstawę wykluczenia, jak również powinny być proporcjonalne do jego wagi i szczególnych okoliczności sprawy.

Nie ulega wątpliwości - zdaniem zamawiającego, że odwołujący w ramach rzekomej procedury self-cleaning w żadnym miejscu nie zidentyfikował przyczyn, które doprowadziły do zaistnienia okoliczności wypełniających normę wykluczenia. Powyższe, wraz z prezentowanym na etapie przedmiotowego postępowania odwoławczego brakiem jednoznacznego przyznania się do podlegania wykluczeniu wskazuje na pozorność przeprowadzonego przez odwołującego self-cleaningu. Bez zidentyfikowania konkretnych naruszeń stanowiących podstawę wykluczenia nie jest bowiem możliwe wprowadzenie działań mających wyeliminować wystąpienie tożsamych nieprawidłowości w przyszłości. W ocenie zamawiającego, odwołujący w istocie potwierdza, że nieprawidłowości leżące u podstaw odstąpienia przez zamawiającego od Umów zaistniały na linii odwołujący - podwykonawcy będący producentami łuków. Zdziwienie musi więc budzić jednocześnie stwierdzenie jakoby przeprowadzone audyty u podwykonawców nigdy nie stwierdziły nieprawidłowości w zakresie powierzonego do realizacji zamówienia. Odnosząc się do powyższego stawia pytanie ? - to z jakiego powodu dostarczone zamawiającemu łuki indukcyjne okazały się wadliwe, jeśli producenci łuków swoją część zadania wykonywali prawidłowo. Stwierdził, że przedstawione przez odwołującego środki mające rzekomo wykazać jego rzetelność nie odnoszą się bowiem w wystarczającym stopniu do problemu, który zaistniał przy realizacji Umów, tj. dostarczenia zamawiającemu wadliwych łuków produkowanych przez podwykonawców odwołującego. Działania odwołującego podjęte w ramach self cleaningu w ogóle nie odnoszą się do konkretnego przypadku zaistnienia nieprawidłowości przy realizacji Umów, a są działaniami o bardzo dużym stopniu ogólności. Brak jest kluczowych zmian, które powinny nastąpić w organizacji całego procesu, w ramach którego są produkowane przedmiotowe łuki, a następnie dostarczane do odbiorcy końcowego, tj. zamawiającego.

Odnosząc się do kwestii naprawienia szkody powstałej w wyniku rozwiązania umowy z przyczyn leżących po stronie odwołującego podał, że odwołujący nie udowodnił w wystarczającym stopniu naprawienia szkody wyrządzonej przez dokonane przez niego naruszenia. Przede wszystkim za wyczerpujący w tym zakresie nie może zostać uznany fakt zapłacenia przez odwołującego kar umownych, bowiem w istocie nie były one wyrazem dobrowolnej zapłaty, lecz były one potrącone przez zamawiającego z wynagrodzenia należnego odwołującemu. W tym zakresie zatem odwołujący nie wykazał się żadną chęcią, czy też dobrą wolą naprawienia wyrządzonej zamawiającemu szkody. Szkada której doznał zamawiający w znacznym stopniu przewyższa kwotę naliczonych kar umownych, co profesjonalny podmiot działający w tej branży jakim jest odwołujący jest w stanie w łatwy sposób zauważyć. Odwołujący celem wykazania chęci naprawienia całej wyrządzonej przez swój delikt szkody mógł przykładowo złożyć zamawiającemu oświadczenie, z którego

wynikałaby jego deklaracja naprawienia szkody także w zakresie, w którym przewyższa ona kwotę naliczonych kar umownych, oczywiście pod warunkiem jej odpowiedniego udokumentowania przez zamawiającego. Odwołujący jednak nie wykazał się żadnym proaktywnym działaniem w tym zakresie. Uwagę przykuwa fakt, że odwołujący nie wprowadził zmian kadrowych w zakresie osób nadzorujących działania podwykonawców lub odpowiedzialnych za ich wybór, ani nie zerwał powiązań z podwykonawcami, którzy wykonali wadliwe łuki. Co więcej, odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów wskazujących, że w stosunku do takich osób/podmiotów zostały wyciągnięte jakiekolwiek konsekwencje w związku z nienależytą realizacją Umów. Fakt dostarczenia wadliwego produktu przez podwykonawcę świadczy bowiem o tym, że podwykonawca ten nie gwarantuje właściwego wykonania zamówienia lub też, że osoba nadzorująca po stronie odwołującego wykonanie produktów przez tego podwykonawcę nie dopełniła właściwie swoich obowiązków.

Podkreślił, że sama zmiana zasad w zakresie kontroli jakości produktów, bez jednoczesnej zmiany kadrowej, jest wyłącznie pozornym działaniem mającym na celu wykazanie rzetelności odwołującego na potrzeby udziału w postępowaniu. Nawet bowiem w niniejszej sprawie, po pierwotnie przeprowadzonym prawidłowym audycie jednostki produkującej łuki indukcyjne, elementy które dotarły do zamawiającego ostatecznie okazały się wadliwe. Widać zatem wyraźnie, że w tym konkretnym przypadku zastosowanie procedur badania jakości produktów nie było wystarczające - i podobnie nie byłoby wystarczające w przyszłości, gdyby taka sytuacja miała się powtórzyć.

Wskazał, że działania odwołującego mającego stanowić procedurę self-cleaningu w ogóle nie odnoszą się do konkretnego przypadku zaistnienia nieprawidłowości przy realizacji Umów, a są działaniami o bardzo dużym stopniu ogólności. Brak jest kluczowych zmian, które powinny nastąpić w organizacji całego procesu, w ramach którego są produkowane przedmiotowe łuki, a następnie dostarczane do odbiorcy końcowego, tj. zamawiającego. Odwołujący nie udowodnił w wystarczającym stopniu naprawienia szkody wyrządzonej przez dokonane przez niego naruszenia. Przede wszystkim za wyczerpujący w tym zakresie nie może zostać uznany fakt zapłacenia przez odwołującego kar umownych, bowiem w istocie nie były one wyrazem dobrowolnej zapłaty, lecz były one potrącone przez zamawiającego z wynagrodzenia należnego odwołującemu. W tym zakresie zatem odwołujący nie wykazał się żadną chęcią, czy też dobrą wolą naprawienia wyrządzonej zamawiającemu szkody.

Nadto odwołujący nie przedstawił żadnych informacji z których by wynikało, że wprowadził on jakiekolwiek zmiany do procesu weryfikacji wyboru przez niego podwykonawców, a następnie procesu nadzoru realizowanych przez nich zamówień. Odnosząc się do rzekomo wdrożonej przez odwołującego procedury, która miałaby zaostreżać zasady kontroli jakości materiałów w realizacji przetargów publicznych (w tym pochodzących od podwykonawców), wskazał, że odwołujący nie przedstawił żadnych dodatkowych dowodów wskazujących na to, że nowo wprowadzane zasady gwarantują rzeczywisty i właściwy nadzór nad podwykonawcami dostarczającymi produkty do realizacji zamówień. Dowodami takimi mogłyby być przykładowo wprowadzone w umowach z podwykonawcami zapisy dające odwołującemu prawo do odpowiedniej kontroli nad produkcją zamówionych przez nich produktów, a także przedstawienie zamawiającemu sylwetek osób o właściwych kwalifikacjach technicznych, które takim nadzorem miałyby się zajmować. Brak tego typu dowodów świadczy o tym, że przedstawiona procedura w rzeczywistości nie funkcjonuje w ramach organizacji odwołującego, pozostając jedynie formalnym postulatem, które dopiero musi zostać w realny sposób wdrożony, aby zapewnić właściwy dobór podwykonawców i rzeczywisty nad nimi nadzór, w tym w zakresie procesu produkcji i jakości dostarczanych produktów.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca, S. K., R. P. wspólnicy spółki cywilnej P.R.U.H. ARMA POL, ARMATURY GROUP a.s. z siedzibą dla lidera w Brzeszczu, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu jednakże wykonawca ten nie złożył pisma procesowego w sprawie, jak również nie stawił się na rozprawę przed KIO.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron przedstawione na piśmie i ustnie w trakcie rozprawy, a także złożonych przez strony dowodów uznała, iż odwołanie okazało się niezasadne i nie mogło zostać uwzględnione.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący wnosząc przedmiotowe odwołanie wykazał spełnianie przesłanek posiadania interesu o których mowa w art. 179 ust.1 Pzp.

Na wstępie Izba uznaje za zasadne przypomnienie, że postępowanie odwoławcze

służy do zbadania poprawności czynności i zaniechań zamawiającego w zakresie wyznaczonym podniesionymi zarzutami. Rozpoznanie odwołania nastąpiło w granicach podniesionych w odwołaniu zarzutów.

Odwołujący sformułował w odwołaniu dwie grupy zarzutów. Grupa pierwsza dotyczyła

kwestii niezasadnego rozwiązania z konsorcjum - odwołującym, umów na wykonywania zamówień oraz od umowy ramowej obejmującej dostawę dla zamawiającego łuków rurowych wykonywane metodą nagrzewania indukcyjnego służących do budowy gazociągów. Grupa druga obejmowała zarzuty wobec zamawiającego dotyczącego tego, iż zamawiający nie uznał przeprowadzonej w konsorcjum procedury tzw. samooczyszczenia, czyli self cleaningu. To było podstawą według zamawiającego do wykluczenia odwołującego z przedmiotowego postępowania.

Zauważenia wymaga, że odwołujący przedłożył w zakresie powyższych zarzutów cały szereg dokumentów mających uzasadniać niezasadność czynności zamawiającego zarówno w zakresie odstąpienia od wskazanych na wstępie uzasadnienia umów, oraz niezasadnego uznania iż pomimo zastosowania self cleaningu wykonawca nadal nie daje gwarancji należytego wykonywania zamówienia. Iżba po szczegółowej analizie załączonych dowodów uznała, że w znacznej mierze dotyczą tych samych kwestii, jednakże żaden z nich nie był dowodem z którego możliwe byłoby wywiedzenie, że przeprowadzony u odwołującego proces naprawy daje możliwość uznania - graniczącą z pewnością, że w wyniku zmiany procedur nie zdarzy się już sytuacja dostawy wadliwych łuków, a tym samym odwołujący w sposób prawidłowy zdiagnozował przyczyny powstania takiej sytuacji i przedsięwziął niezbędne środki dla naprawy zaistniałego stanu rzeczy.

Na wstępie odnoszenia się do zarzutów z grupy pierwszej, zamawiający w odpowiedzi na odwołanie stał na stanowisku, iż kwestionowanie zasadności rozwiązania umów z odwołującym jest spóźnione, gdyż odwołujący złożył już po odstąpieniu zamawiającego od umów w dniu 8 marca 2020 roku, ofertę do zamawiającego na dostawę fabrycznie nowej armatury na potrzeby gazociągu Baltic Pipe. Zamawiający wykluczył wykonawcę z tamtego postępowania opierając uzasadnienie tej czynności na takiej samej podstawie faktycznej i prawnej, którą zastosował w tym postępowaniu i którą w odwołaniu kwestionuje odwołujący. Tym samym zamawiający przyjął stanowisko, iż kwestionowanie dopiero w tym postępowaniu zasadność odstąpienia od umów jest spóźnione, a wykluczenie z kontraktu Baltic Pipe stworzyło stan prawomocności wykluczenia i odwołujący winien przez okres trzech lat nie uzyskać zamówienia publicznego.

Powyższe stanowisko Iżba uznała za niezasadne. Brak jest przepisu który uniemożliwiałby wykonawcy prowadzić czynności kontrolno-sprawdzającego w zakresie zasadności podstaw uznania, że w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe podważając jego uczciwość jako rzetelnego wykonawcę. Nie ma w ustawie terminu na dokonanie takich ewentualnych działań wykonawcy. Tym samym jeśli wykonawca w wyniku działań ustali i będzie w stanie udowodnić, iż do nienależytego wykonania zamówienia doszło nie z jego winy, to czynność zamawiającego o odstąpieniu od umowy może zakwestionować. Powyższe należy oceniać stosownie do stanu faktycznego sprawy, gdyż np. przy usługach prostych, jak np. czynności sprzątnięcia, nieprawidłowość wykonania można ustalić bezpośrednio oceniając zastany stan faktyczny. Natomiast przy podobnych jak to przedmiotowe zamówienie, niezbędne jest wykonanie szeregu badań laboratoryjnych, aby wykazać, że po stronie wykonawcy nie wystąpił powód odstąpienia od umowy. W przypadku skuteczności tej czynności wykonawca nie będzie musiał wykazywać w następnych postępowaniach dokonania skutecznego self cleaningu.

W zakresie czynności zamawiającego o odstąpieniu od umów z odwołującym, to zarówno w odwołaniu jak i na rozprawie pojawił się pewien dualizm w stanowisku odwołującego. Otóż po pierwsze, podniósł zarzut niezasadnego odstąpienia zamawiającego od zawartych umów, przedstawiał w tym zakresie argumentację, w szczególności odnosząc się do podstaw wykluczenia go z postępowania zawartych w informacji o wykluczeniu odwołującego z postępowania. Jednakże z drugiej strony na etapie składania ofert - JEDZa odwołujący (każdy konsorcjant) zawarł oświadczenie, iż znajduje się w sytuacji, kiedy zamawiający dokonał rozwiązania poprzednio obowiązujących umów z powodu uznania nienależytego ich wykonywania w stopniu istotnym. Nadto odwołujący na samym wstępie prezentacji swojego stanowiska na rozprawie podał, że „Odwołujący nie kwestionuje, iż doszło do pewnego rodzaju naruszeń przy wykonywaniu dla zamawiającego poprzednich umów i tym samym nie kwestionuje faktu wykluczenia wykonawcy z postępowania. Odwołujący od samego początku w JEDZ wskazał, że dotyczyła go przesłanka wykluczenia, gdyż nastąpiło odstąpienie od umów i doszło do nie wykonania istotnej ich części”.

Nadto na rozprawie odwołujący podnosząc niezasadność odstąpienia zamawiającego od umów z odwołującym podał, że zlecił do analiz specjalistycznym podmiotom, dokonanie weryfikacji ciągu technologicznego produkcji i dostaw łuków celem ustalenia, czy faktycznie

niewłaściwe wykonanie luków nastąpiło, czy też zamawiający tą kwestię ocenił w sposób nieprawidłowy, doprowadzając do sytuacji wystąpienia szkody po stronie odwołującego - z powodu rozwiązania umów realizowanych, naliczenia kar umownych i wykluczenia odwołującego z obecnego postępowania. Nadto nadmienił, że jeśli w tym zakresie strony nie osiągnął kompromisu to sprawa zostanie skierowana na drogę postępowania sądowego.

W tym stanie faktycznym Izba uznała, że w sytuacji kiedy, odwołujący nadal prowadzi pewne czynności sprawdzające i nadto sam nie jest w pełni przekonany, że dostarczone luki były prawidłowe za wcześniej jest, aby dokonywać orzekania w tym zakresie, gdyż jak z powyższego wynika brak jest u odwołującego pełnych i pewnych dowodów w sprawie. Wskazać należy, że wyrokiem SO w Wrocławiu z 6 lutego 2018 roku Sygn. akt XI Ga 692/17, że aby Izba mogła oprzeć orzeczenie na złożonych dowodach to dowody te muszą być pewne i kategorię. Tym samym w tym stanie faktycznym orzekanie w tym zakresie należało uznać za przedwczesne. Sam odwołujący na rozprawie stwierdził, że „zasadniczą

kwestią, która winna być rozpatrywana przez Izbę, jest kwestia prawidłowości zastosowania procedury self cleaningu i skutków, jakie niesie ona dla Odwołującego”.

Nadto podkreślić należy, że podstawą wykluczenia odwołującego z postępowania był brak właściwie przeprowadzonego, zdaniem zamawiającego self cleaningu. Odwołujący na rozprawie odnosząc się do tej kwestii podał, że zamawiający w swojej odpowiedzi na odwołanie nie odniósł się praktycznie do argumentacji zawartej w odwołaniu, poprzestając na ogólnych stwierdzeniach np. dotyczących tego, że został pomyłony nr dokumentu, więc nie wie o jaki dokument chodzi lub, że przedłożono mu dokument z częściowym tłumaczeniem wskazując, że taki dokument nie może podlegać ocenie, gdyż zamawiający nie zna całej jego treści.

Zdaniem Izby wskazać należy, że instytucja self cleaningu- inaczej „samooczyszczenie” to instytucja wprowadzona do ustawy Prawo zamówień publicznych na podstawie art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24/UE. Pozwala wykonawcy na poprawienie błędów których dopuścił się w wykonywaniu wcześniejszych umów i udowodnienie, że jest rzetelnym partnerem. jego rzetelności, pomimo istnienia odpowiedniej podstawy wykluczenia. Koncepcja self-cleaningu nie ma na celu osłabienia podstaw wykluczenia, lecz umożliwienie sanacji wykonawcy, który w poprzednim porządku prawnym nie mógłby brać udziału w postępowaniu.

Ustawodawca europejski wskazał, iż nie ma racjonalnych powodów, dla których miałby eliminować z rynku zamówień publicznych przedsiębiorców, którzy co prawda dopuścili się pewnych wykroczeń na rzecz zamawiających i osób trzecich, jednak podjęte działania naprawcze gwarantują eliminację takich zachowań w przyszłości. Każdy wykonawca, wobec którego zachodzą określone w przepisach ustawy Pzp podstawy wykluczenia, może przedstawić dowody na to, że podjął wystarczające środki, aby wykazać swoją rzetelność (art. 24 ust. 8 Pzp). Wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające przedstawione przez niego dowody (art. 24 ust. 8 Pzp i art. 24 ust. 9 Pzp).

Katalog środków jest otwarty i zgodnie z art. 24 ust. 8 Pzp wykonawca może w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej nienależytym wykonywaniem zamówienia, wypłacić zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę, wyczerpująco wyjaśnić stan faktyczny podjąć konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Od skuteczności (wiarygodności) złożonych wyjaśnień i przedłożonych dowodów zależy, czy wykonawca przejdzie pozytywnie weryfikację w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, czy jej nie przejdzie.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający uznał, że przeprowadzony proces samooczyszczenia nie był skuteczny w szczególności, gdyż wykonawca w sposób jednoznaczny nie przyznał, iż odstąpienie od umów przez zamawiającego było wyłącznie z jego winy, a także, że nie zerwał powiązań z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy, nie zreorganizował kadry personelu, a przede wszystkim nie naprawił w całości szkody wyrządzonej dostawą niewłaściwych luków, pomimo, iż kary umowne zostały zapłacone, to jednak w większości w formie potrącenia z należności i z kwoty zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Odwołujący w odpowiedzi na powyższe stanowisko zamawiającego podał, że dokonał szeregu czynności samooczyszczenia i uznaje, iż zakres tych zmian jest wystarczający, aby dostarczać zamawiającemu luki bez wad. Podkreślił, że dokonał w ramach procedury self-cleaningu:

- zlecono przeprowadzenie audytu i w wyniku jego ustaleń wskazano, iż winny być wykonane czynności celem ulepszenia procedur zarządzania projektami i winno to nastąpić poprzez

wdrożenie procedury certyfikacji ISO;

- utworzono zespoły grup roboczych, a te grupy mają istotne oddziaływanie na realizowany projekt. Taka procedura dotyczyła konsorcjanta MSA;
- wprowadzono instrukcję systemu obiegu dokumentów mającą za cel wyeliminowania ewentualnych błędów czy niejasności w obiegu dokumentów, a dodatkowo podaje, że procedury te były znane zamawiającemu;
- wprowadzono nowy system zarządzania u wykonawcy DEFT Polska, który wchodzi w zakres corocznych audytów przestrzegania procedur ISO;
- stworzono nowy system zarządzania u lidera konsorcjum, obejmujący w szczególności wprowadzenie planu kontroli i badań na poszczególnych etapach realizacji zamówienia.

Nadto dodał, że dokumenty te zostały dostarczone zamawiającemu, a więc były mu znane. Jednakże zamawiający w odpowiedzi na odwołanie nie odniósł się do tych kwestii bezpośrednio, poprzestając na jakichś ogólnych stwierdzeniach w tym zakresie.

Zamawiający odnosząc się do podstaw nieuznania skuteczności przeprowadzonej procedury self-cleaningu podał, że doszło do rozwiązania umowy z odwołującym, między innymi dlatego, że odwołujący dostarczył łuki do wykonania gazociągu, które to nie spełniały wymagań zamawiającego. Zamawiający dokonał badania 6 łuków, w tym 5 tzw. referencyjnych (przedstawicieli wytopów), które to zostały poddane badaniu pod kątem ich odporności na rozciąganie. Wynik przeprowadzonych badań okazał się negatywny, tzn. że żaden z badanych łuków nie wykazał parametrów wymaganych przez zamawiającego. Dodać należy, że badania dokonało laboratorium Urzędu Dozoru Technicznego(UDT), specjalistycznego podmiot dokonujący odbioru gazociągu jako urządzenia pracującego pod ciśnieniem. Izba stwierdza, że niewątpliwym jest, że takie badanie zostało przeprowadzone, wyniki znajdują się na karcie wyników badań z których wynika, że poddane badaniu łuki nie spełniają wymagań dla tego typu urządzeń w szczególności w zakresie odporności na rozciąganie/zrywanie. Odwołujący nie kwestionował samych wyników badania, lecz wskazywał, że jednostka badająca UDT nie ma doświadczenia w zakresie tego typu badań i z tego powodu wyniki mogą być zafałszowane.

Odnosząc się do przeprowadzonej przez odwołującego procedury samooczyszczenia wskazać należy, że omawiana procedura naprawcza pozwala wykonawcy udowodnić, że mimo zaistnienia jednej lub kilku przesłanek z art. 24 ust. 5 ustawy Pzp, to podjęte przez niego działania są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Instytucja self-cleaningu służy temu, że nawet w przypadku stwierdzenia określonych naruszeń zamawiający nie będzie uprawniony do wykluczenia wykonawcy, jeżeli ten ostatni udowodni, iż podjął środki zaradcze w celu wyeliminowania powstania takich naruszeń w przyszłości, jak też w celu naprawienia szkody. Podjęte środki muszą być uznane za wystarczające do stwierdzenia, że popełniony czyn lub zaniechanie z dużym prawdopodobieństwem nie będzie miało miejsca w przyszłości. Procedura self cleaningu jest pewnego rodzaju dobrodziejstwem dla wykonawcy, wobec którego zamawiający po nie właściwym wykonywaniu zamówienia odstąpił od umów i winien być wykluczony z możliwości ubiegania się o zamówienie w okresie trzech lat. Tym samym taki wykonawca musi w sposób ponad przeciętny wykazać, że po pierwsze zdiagnozował przyczynę niewłaściwego wykonywania umowy od której zamawiający odstąpił, a po drugie wykazać iż podjął radykalne środki zaradcze, które wyeliminują powstanie podobnej sytuacji w przyszłości. Tym samym podjęte środki zaradcze winny dawać zamawiającemu oczywistą pewność, że ten wykonawca po dokonaniu self - cleaningu stał się wykonawcą tak solidnym jak i rzetelnym. Zauważyć należy, że np. według nowego prawa zamówień publicznych, które wejdzie w życie z dniem 1 stycznia 2020 roku, ustawodawca wymaga, aby wykonawca w ramach procedury self-cleaningu zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy, zreorganizował kadry personelu W tym postępowaniu niewątpliwie można zakładać w sytuacji kiedy łuki nie spełniały wymagań technicznych, a wady wykryte w dostarczonych przez odwołującego łukach były nieusuwalne, to powstanie tych wad miało niewątpliwie miejsce na etapie ich wykonania.

Izba oceniając zarówno powyższe jak i przedłożone dowody przez obie strony uznała stanowisko zamawiającego co do wykluczenia odwołującego z postępowania za zasadne.

Niewątpliwym jest, że odwołujący podjął szereg czynności w zakresie self- cleaningu które mogą usprawnić działalność kontrolno- zarządczą członków konsorcjum, to jednak ani w odwołaniu, ani na rozprawie w KIO odwołujący nie wskazał na jakim etapie, czy to produkcji, czy dostawy łuków zaistniał błąd, który spowodował, że dostarczone łuki nie odpowiadały jakościowo wymaganiom stawianym w umowie przez zamawiającego. Tak więc dokonana analiza tzw. punktów krytycznych, które spowodowały niewłaściwą jakość dostarczonych łuków, nie została przeprowadzona tak głęboko, iż możliwe byłoby przyjęcie,

że błędy jakościowe nie będą miały miejsca w przyszłości. Przeprowadzone przez odwołującego procedury naprawcze na poziomie zarządzania u konsorcjantów w żadnym stopniu nie może być uznana w tym stanie faktycznym za skuteczne przeprowadzenie procedury samooczyszczenia, gdyż nie odniósł się do procesu produkcji łuków.

Zauważyć należy, że w tym zakresie odwołujący stwierdzał, że produkcja łuków przebiega nie tylko pod jego kontrolą, ale także przedstawiciela zamawiającego i to powinno wystarczyć do uznania, że dopuszczone do wysyłki łuki posiadają wymaganą jakość. Dlatego też odwołujący nie wyrażał zgody - poza łukami podlegającymi kontroli, aby zamawiający mógł poddawać łuki badaniom niszczącym, jeśli po ich oglądzie zauważy jakieś nieprawidłowości.

Powyższego stanowiska Izba nie akceptuje, gdyż uznaje, że określone urządzenie, czy element techniczny powinien spełniać wszystkie wymagania jakościowe i techniczne poczynając od etapu produkcji, aż do czasu jego zamontowania i przez przewidywany okres użytkowania gazociągu. Tym samym Izba uznaje, że zamawiający odpowiedzialny za bezpieczeństwo użytkownika gazociągu ma prawo wykonania kontroli łuków na każdym ich etapie i to niezależnie od zapisów umowy. Umowa określała, gdzie następuje kontrola łuków, ale w żadnym stopniu w uzasadnionych przypadkach wykonawca nie może zabronić zamawiającemu ich kontroli każdym etapie realizacji gazociągu.

Zdaniem Izby, hipotetycznie na tym etapie ustaleń można wskazać szereg okoliczności, które mogły powodować, że na teren magazynu zamawiającego zostały dostarczone łuki o nieprawidłowej jakości. Takie sytuacje mogą wynikać przykładowo, np: z dostarczenia wykonawcy łuków, rur o nieodpowiednich parametrach, błędy mogą powstać na etapie produkcji łuków, kontrola jakości produkcji może być prowadzona w sposób wyrywkowy i niezbyt profesjonalny. Nadto do wyprodukowanej partii łuków mogą zostać dołożone łuki, które nie spełniały wymagań jakościowych i może to nastąpić zarówno na etapie organizowania dostawy, jak i jej realizacji. Tak więc może być wiele przyczyn, nawet przy braku świadomości konsorcjum, że dostarczone na plac budowy łuki nie są tymi, które winny były opuścić zakład producenta i trafić do zamawiającego.

Wobec powyższego Izba uznała, że zastosowana przez konsorcjum procedura naprawcza nie daje możliwości jednoznacznego uznania, że podjęte przez niego działania są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Podjęte środki muszą dawać zamawiającemu pewność, że podjęte działania są wystarczające, co upoważnia zamawiającego do stwierdzenia, że popełniony błąd z dużym prawdopodobieństwem nie będzie miał miejsca w przyszłości. Podjęte działania naprawcze winny w sposób oczywisty wykazać, że gwarantują eliminację takich zachowań odwołującego w przyszłości

Podnoszona przez zamawiającego kwestia sposobu zapłaty kar umownych kar umownych, tylko potwierdza stanowisko Izby, że na obecnym etapie zasadne było wykluczenie wykonawcy z postępowania, gdyż podjęte przez konsorcjum działania w obrębie ich jednostek nie wykazały co było przyczyną dostawy wadliwych łuków, a tym samym brak było możliwości podjąć w tym obszarze działania naprawcze.

W zakresie kar umownych zamawiający podał, że pomimo ich zapłacenia to stanowisko odwołującego nie pokrywa się z rzeczywistością, jakoby wszystkie kary zostały zapłacone. Część kwoty na pokrycie kar była potrącana przez zamawiającego z należności dla odwołującego, a część została ściągnięta z zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Ponadto na wezwanie do zapłaty prawie 1,8 mln zł kar odwołujący uiszczył dotychczas dobrowolnie 136 000 zł, natomiast reszta została potrącona z należności oraz z kwoty gwarancyjnej, a więc zapłata nie miała dobrowolnego charakteru. Ponadto zapłacone kary nie pokrywają szkody jaką poniósł zamawiający, gdyż zamawiający na obecną chwilę już wie, że kwota z kar umownych nie pokryje wszystkich kosztów, zgłaszane są przez wykonawców robót budowlanych roszczenia, kwoty z kar nie pokryją kwoty już zgłoszonych roszczeń. Jednym z możliwych środków pozwalających stwierdzić, że wykonawca podjął działania zaradcze w zakresie self-cleaningu, jest dobrowolna zapłata odszkodowania zamawiającemu. Reasumując tą kwestię zamawiający stwierdził, że odwołujący nie wykazał się żadną chęcią, czy też dobrą wolą naprawienia wyrządzonej zamawiającemu szkody. Szkoda której doznał zamawiający w znacznym stopniu przewyższa kwotę naliczonych kar umownych. Nienależyte wykonanie umów przez odwołującego bezpośrednio wpłynęło na powodzenie i terminowość realizacji inwestycji, tzn. budów gazociągów Podgórska Wola - Tworzeń oraz Strachocina - Granica RP

Podać należy, że odwołujący w odwołaniu podniósł także szereg kwestii, jak kwestionowanie sformułowania zamawiającego zawartego w treści informacji o wykluczeniu, iż odwołujący w sposób uporczywy i wielokrotny w sposób nieprawidłowy wykonywał wcześniejsze umowy, od których zamawiający odstąpił. Wskazywał także na różnicę zdań pomiędzy zamawiającym, a odwołującym w zakresie potrzeby znakowania łuków znakiem jakości „B”. Izba zapoznała się z powyższymi kwestiami i złożonymi w tej materii dowodami.

Izba uznała, że sprawy te wskazują jednoznacznie na ciągły brak współpracy pomiędzy stronami, co na pewno utrudnia przeprowadzenie self-cleaningu, jednakże nie mają one żadnego wpływu na ocenę zasadności zarzutów odwołania, gdyż Izba podzieliła stanowiska zamawiającego, że przeprowadzony proces samooczyszczania się odwołującego, jest wykonany w niewystarczającym stopniu, ponieważ dla prawidłowej realizacji tego procesu niezbędne jest jednoznaczne ustalenie przyczyny dostawy łuków o niewłaściwej jakości, a to nie zostało przez odwołujące się konsorcjum wykazane. Tylko jednoznaczne ustalenie przyczyny zaistniałej sytuacji gwarantują iż podjęte działania naprawcze wyeliminują podobne sytuacje w przyszłości. Natomiast w sytuacji jakiej znajduje się odwołujący tzn, negując wystąpienia przesłanki wykluczenia, to czynność podjęte w ramach self- cleaningu muszą być oceniane jako pozorne.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że nie zostało wykazane, że zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów prawa wskazanych w odwołaniu, w szczególności w sposób, który miałby wpływ na wynik postępowania.

Izba orzekła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i 2b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania

(tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący