

WYROK

z dnia 13 kwietnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Członkowie: Agata Mikołajczyk

Robert Skrzyszewski

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 kwietnia 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lutego 2021 r. przez wykonawcę **ECM Group Polska Spółkę Akcyjną w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółkę Akcyjną w Warszawie**

przy udziale:

A.wykonawcy **Biuro Realizacji Inwestycji KOLTECH INWESTOR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
B.wykonawcy **SAFEGE S.A.S. w Nanterre** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **ECM Group Polska Spółkę Akcyjną w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **ECM Group Polska Spółkę Akcyjną w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
3. zasądza od **ECM Group Polska Spółki Akcyjnej w Warszawie** na rzecz **PKP Polskich Linii Kolejowych Spółki Akcyjnej w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące złotych zero groszy), stanowiące koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

.....
.....
.....

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadania inwestycyjnego w ramach Etapu I Projektu „Prace na linii kolejowej nr 38 na odcinku ELK-KORSZE wraz z elektryfikacją”.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 9 kwietnia 2021 roku wykonawca ECM Group Polska Spółka Akcyjna w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie na czynności oraz zaniechania zamawiającego obejmujące:

1. badanie i ocenę oferty odwołującego,
2. bezpodstawne wykluczenie odwołującego i odrzucenie jego oferty.

Powyższym czynnościom odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 24 ust. 5 pkt 4 i art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 9 ustawy P.z.p. poprzez błędną ocenę wyjaśnień i dowodów złożonych przez odwołującego w ramach *self-cleaningu*, która to ocena doprowadziła do przyjęcia przez zamawiającego, że podjęte działania w związku z rozwiązaniem umowy na realizację usługi dla Miasta Gliwice nie są wystarczające a tym samym zachodzi podstawa wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty, podczas gdy właściwa ocena winna prowadzić do wniosku, że procedura *self-cleaningu* została przeprowadzona prawidłowo, a tym samym, pomimo niewykonania uprzednio umowy z zamawiającym, brak jest podstaw do wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty;

2. art. 24 ust. 5 pkt 4 i art. 24 ust. 4 ustawy P.z.p., poprzez bezpodstawne przyjęcie, że odwołujący podlega wykluczeniu a jego oferta podlega odrzuceniu z uwagi na fakt, że Odwołujący wykonał nienależycie lub nie wykonał zamówienia realizowanego na rzecz Zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w związku z realizacją Umowy nr 90/101/0044/16/Z/I na zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadania inwestycyjnego w ramach projektu „Prace na linii obwodowej w Warszawie (odc. Warszawa Gołębki/Warszawa Zachodnia Warszawa Gdańska)”, co doprowadziło do rozwiązania umowy, podczas gdy to odwołujący wypowiedział przedmiotową umowę z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty;
- 2) dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Odwołujący podniósł posiada interes we wniesieniu odwołania. W wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, co może prowadzić do powstania po stronie odwołującego szkody w przypadku utrzymania decyzji zamawiającego w mocy. W przypadku prawidłowego przeprowadzenia przez zamawiającego badania i oceny ofert, odwołujący nie zostałby wykluczony z udziału w postępowaniu, a jego oferta nie zostałaby odrzucona.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 12 marca 2021 roku wniósł o:

1. oddalenie odwołania w całości.
2. zasądzenie od odwołującego kosztów postępowania wywołanego wniesieniem odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu przewidział fakultatywną przesłankę wykluczenia, określoną w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy P.z.p., zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

Odwołujący wraz z ofertą złożył jednolity europejski dokument zamówienia (JEDZ). W części III: „Podstawy wykluczenia” pkt C: Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi odwołujący zaznaczył TAK przy pytaniu: 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”

Odwołujący, na pytanie, czy wykonawca przedsięwziął środki w celu samooczyszczenia, udzielił odpowiedzi „Tak”.

Odwołujący w tym miejscu zamieścił następujące informacje:

Mając na uwadze okoliczności, które miały miejsce w trakcie realizacji zamówienia publicznego „Zachodnia Brama Metropolii Silesia – Centrum Przesiadkowe w Gliwicach – Inżynier Kontraktu”, gdzie Miasto Gliwice w trakcie realizacji przedmiotowej usługi odstąpiło od Umowy z ECM Group Polska S.A. ze względu na zaniechania oraz błędy popełnione przez zatrudnionego Podwykonawcę, Wykonawca podjął decyzję o wprowadzeniu nowych procedur w systemie nadzoru i zawierania umów z Podwykonawcami. Ze względu na fakt, że w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Wykonawca w celu pozyskania zamówienia musi wykazać między innymi, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust 5 pkt 4 Pzp, (tj. wtedy, gdy Wykonawca który z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania), Wykonawca informuje Zamawiającego o wszczęciu procedury „self-cleaning” zgodnie z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp. Wykonawca potwierdza, że takie 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 zleczanych 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 dostęp 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), nie zatrudnione na co dzień bezpośrednio w Dziale Realizacji. System audytu będzie realizowany nie tylko w zakresie i kompletności zdeponowanych w bazie danych informacji ale i poprzez wyrywkową kontrolę samych informacji przypisanych do danego członka Personelu. Kontrolujący będą opiniować zastosowanie wdrożonych procedur mając na uwadze cel w jakim były one wprowadzone. Z każdego audytu kontrolujący będą sporządzać opinie zawierające wnioski z kontroli, takie jak np. konieczność przeprowadzenia dodatkowych szkoleń lub zmiany jednej z procedur lub działań. 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.

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

W dniu 09.02.2021 r. zamawiający poinformował odwołującego, że wyklucza go z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy P.z.p. i odrzuca jego ofertę na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy P.z.p.

Zamawiający wskazał, że powziął informację o odstąpieniu Miasta Gliwice od umowy: „Zachodnia Brama Metropolii Silesia – Centrum Przesiadkowe w Gliwicach – Inżynier Kontraktu”, wykonywanej przez ECM Group Polska S.A. Miasto Gliwice w piśmie z dnia 05 lutego 2020 r. potwierdziło, że rozwiązanie umowy nastąpiło z przyczyn nienależytego wykonywania umowy przez Wykonawcę, naliczono Wykonawcy stosowne kary umowne, a Wykonawca, jako rzetelny sądowego z zamawiającym.

Zamawiający stwierdził, że odwołujący w sposób niedostateczny opisał okoliczności faktyczne związane z rozwiązaniem umowy z Miastem Gliwice. Odwołujący nie uznał w treści samooczystczenia, iż ponosi odpowiedzialność za rozwiązanie umowy. Co więcej wskazuje, iż podmiotem odpowiedzialnym za rozwiązanie umowy z wykonawcą był bliżej nieokreślony „podwykonawca”.

Zamawiający wskazał, że aby skorzystać z self-cleaning wykonawca musi przyznać się do deliktu, a jeśli temu zaprzecza, to jego oświadczenie o samooczyszczeniu jest niewiarygodne (wyrok z dnia 31 lipca 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1248/20). Ponadto ze złożonych wyjaśnień nie sposób wywieść, jaki czynnik relacji na linii wykonawca – podwykonawca wpłynął na realizację umowy głównej z zamawiającym (np. opóźnienia podwykonawcy z dostarczaniem dokumentów etc.) – wyjaśnienia nie określają bowiem ciągu skutkowo – przyczynowego dającego podstawę do przyjęcia, że to kwestia błędnego doboru podwykonawcy stanowiła podstawę do okoliczności, które pojawiały się w ramach świadczenia usług na rzecz Miasta Gliwice. Z wyjaśnień nie wynika również czy Wykonawca wystąpił z roszczeniem regresowym do podwykonawcy z tytułu odstąpienia przez Miasto Gliwice od Umowy, co mogłoby dodatkowo potwierdzać, że to podwykonawca ponosi odpowiedzialność za odstąpienie od umowy przez zamawiającego, a Wykonawca nie utożsamia swojej winy za zaistniały ciąg zdarzeń.

Zamawiający wskazał, że argument dotyczący zawinienia podwykonawcy nie został potwierdzony przez samo Miasto Gliwice, które w odpowiedzi na pytanie zamawiającego czy ECM korzystała z usług podwykonawcy na potrzeby ww. kontraktu wskazało, że zamawiający nie dokonał akceptacji żadnego podwykonawcy (z uwagi na niedochowanie wymogów formalnych związanych z ich zgłoszeniem przez Wykonawcę), zatem oficjalnie Wykonawca nie korzystał z usług podwykonawców. Co więcej z informacji otrzymanej z Miasta Gliwice z dnia 5 lutego 2020 r. oraz oświadczenia o odstąpieniu od umowy z dnia 11 marca 2020 r. wynika, że jedną z kilku przyczyn (ale nie wyłączną) odstąpienia od umowy była okoliczność związana z uchybieniami związanymi z wielokrotnym przedkładaniem umowy o podwykonawstwo niespełniającej wymagań określonych w umowie z zamawiającym, co może w sposób pośredni potwierdzać fakt zaistnienia problemów związanych z próbą zaangażowania innych podmiotów w realizację zamówienia – niemniej jednak z uwagi na lakoniczne i ogólnikowe wyjaśnienia Wykonawcy ww. kwestia pozostaje w sferze domniemywań faktycznych.

Zamawiający stwierdził, że ustawa nakazuje „wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego”, zatem skutki zaniechań w ww. zakresie obciążają Wykonawcę. Zamawiający nie jest obowiązany pozyskiwać dodatkowych informacji czy dokumentów za Wykonawcę, gdyż to Wykonawca jako podmiot profesjonalny winien podjąć stosowne działania w tym zakresie.

Zamawiający wskazał, że z oświadczenia o odstąpieniu od umowy wynika, że głównymi zarzutami co do sposobu świadczenia usług przez ECM było: niewłaściwa weryfikacja dokumentów, nieprawidłowe przygotowywanie sprawozdań oraz brak wystarczającej liczby personelu. Kwestia związana z podwykonawcą była jednym z wielu czynników stanowiących podstawę do podjęcia przez Miasto Gliwice decyzji, a w konsekwencji wyjaśnienia w obrębie opisanego stanu faktycznego powinny obejmować wszystkie ww. kwestie.

W ocenie zamawiającego, w świetle ww. okoliczności trudno również uznać, że doszło do złożenia oświadczenia o przyznaniu się Wykonawcy do winy w zakresie zaistnienia przesłanki wykluczenia skoro Wykonawca wprost w wyjaśnieniach przenosi ciężar odpowiedzialności na podwykonawcę. Retoryka przyjęta przez Wykonawcę przerzucająca odpowiedzialność na (bliżej nieskonkretyzowanego) podwykonawcę za wypowiedzenie umowy stoi w sprzeczności z § 5 ust. 7 ww. Umowy, gdzie wprost wskazano, że ECM ponosi odpowiedzialność za działania podwykonawców jak za działania własne. Zatem nie sposób przyjąć takiego postępowania Wykonawcy jako właściwego.

Zamawiający stwierdził, że wykonawca wykazał, że naprawił szkodę spowodowaną odstąpieniem od umowy poprzez zapłatę kar umownych, a z informacji otrzymanych od Miasta Gliwice nie wynika jakoby Miasto wystąpiło z powództwem odszkodowawczym przewyższającym wysokość kar umownych.

Odnosząc się do podjętych środków zaradczych oraz złożonych dowodów, zamawiający wskazał, że dotyczą one jedynie działań związanych z doбором podwykonawców na potrzeby realizacji zamówienia. Wykonawca nie wdrożył natomiast żadnych działań związanych z poprawą jakości dokonywanej weryfikacji dokumentów, wykonywania sprawozdań czy też dyspozycyjnością personelu. Zatem, w ww. zakresie wyjaśnienia mają charakter niepełny i nie dają możliwości przyjęcia, że podjęte środki stanowią gwarancję, że w przyszłości – na podstawie ww. okoliczności – nie dojdzie ponownie do odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odnosząc się natomiast do wdrożonych środków, zamawiający wskazał, że dowody skupiają się na kwestii związanej z doбором podwykonawców, sposobem ich weryfikacji, a także koordynacji wykonywanych przez podwykonawców prac, a nie do kwestii związanej z samą treścią umowy o podwykonawstwo – gdyż to ten element (nieprawidłowa treść projektu umowy) został uwydatniony w uzasadnieniu odstąpienia od umowy przez Miasto Gliwice. Jedynie w załączniku nr 1 - Instrukcji weryfikacji informacji dotyczących potencjału Podwykonawcy, oraz weryfikacji umów podwykonawczych w § 5 określono zasady uzgodnienia treści umów z podwykonawcami, które mogłyby zostać przypisane okolicznościom wskazanym w odstąpieniu od umowy. W ocenie Zamawiającego ww. dokument nie stanowi jednak wystarczającego dowodu, że wdrożone środki mają charakter skuteczny oraz umożliwiają osiągnięcie zakładanego celu. Wskazania wymaga, że nie potwierdzono w żaden sposób, że pracownicy działu ofertowania oraz działów zajmujących się nawiązywaniem kontraktów handlowych z podwykonawcami zostali zaznajomieni z treścią dokumentu – pod Instrukcją widnieje podpis jedynie prezesa zarządu spółki.

Odnosząc się do treści notatek służbowych, z których wynika, że osoba przeprowadzająca rozmowę telefoniczną z „kandydatem” na stanowisko podwykonawcy miała zaznajomić rozmówcę z treścią umowy podwykonawczej, zamawiający wskazał, że w tym zakresie nie sposób ocenić czy taka rozmowa faktycznie miała miejsce, jak szczegółowe dane zostały przekazane rozmówcy, a także czy rozmówca wyraził aprobatę dla zaproponowanych przez ECM rozwiązań. Wskazał, że „wniosek” z każdej z rozmów dotyczący oceny posiadanego przez daną osobę potencjału, a nie oceny w zakresie akceptacji zasad przyszłej współpracy. W tym zakresie miarodajnym dokumentem byłyby np. zawarte umowy przedwstępne, w których dana osoba deklaruje świadczenie usług na zasadach określonych w umowie przyrzeczonej.

Zamawiający podkreślił, iż treść samooczystczenia nie dotyczy wszystkich okoliczności będących podstawą

odstąpienia od umowy przez Miasto Gliwice. W odstąpieniu od umowy ww. zamawiający określił szereg powodów, które spowodowały konieczność odstąpienia od umowy. Wykonawca w treści samooczystczenia przyznał, iż nie kwestionował ich. Wobec powyższego w treści samooczystczenia informacje o czynnościach zaradczych, które uchronią Wykonawcę przed kolejnym nienależytym wykonaniem umowy – winny być zawarte. Wykonawca tego zaniechał.

W ocenie zamawiającego działania zaradcze nie są wystarczające dla uznania samooczystczenia Wykonawcy jako skutecznego oraz do uznania, że tym samym daje on rękojmię należytego wykonania kolejnych umów. Wykonawca podjął próbę samooczystczenia, zgodnie z art. 24 ust. 8 ustawy, jednakże została ona oceniona przez Zamawiającego negatywnie. W ocenie Zamawiającego przedstawione przez Wykonawcę dowody i wyjaśnienia nie czyniły zadość art. 24 ust. 8 Ustawy, z uwagi na fakt, iż Wykonawca nie wskazał wyczerpującego wyjaśnienia stanu faktycznego, nie wskazał wprost, iż ponosi winę za nienależyte wykonanie umowy, obarczając w całości winą za nienależyte wykonanie umowy podwykonawcę, nie opisał w sposób dostateczny podjętych konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy, nie udowodnił i nie wykazał, że podjęte przez Wykonawcę środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności.

Odnosząc się do zawartej w JEDZ informacji, iż w dniu 15 lipca 2019 r. odwołujący wypowiedział umowę nr 90/101/0044/16/Z/I na Zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadania inwestycyjnego w ramach projektu „Prace na linii obwodowej w Warszawie (odc. Warszawa Gołębki/Warszawa Zachodnia – Warszawa Gdańska), zawartą z PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w dniu 01 lipca 2016 r. Zdaniem odwołującego, do jej rozwiązania doszło wyłącznie z winy zamawiającego. W związku z powyższym w tym zakresie odwołujący nie przedstawił self-cleaningu, gdyż nie uważa, że jest odpowiedzialny za rozwiązanie Umowy.

Zamawiający stwierdził, że nie uznał za skuteczne ww. wypowiedzenie Umowy dokonane w dniu 15 lipca 2019 r. przez Wykonawcę. Zamawiający w dniu 24 lutego 2020 r., poinformował Wykonawcę o wypowiedzeniu ww. umowy z zachowaniem 30 dniowego okresu wypowiedzenia. 3. Zgodnie z treścią przedmiotowego pisma, podstawą do wypowiedzenia umowy był fakt, iż Inżynier Projektu (Wykonawca) nie zapewniał Personelu wymaganego postanowieniami Umowy oraz OPZ w szczególności w zakresie spotkań na Placu Budowy oraz do uczestnictwa w odbiorach robót – do czego był zobowiązany.

Ponadto, Zamawiający podniósł również, iż Inżynier Projektu od początku trwania umowy nie wywiązuje się z obowiązku comiesięcznego sporządzania dokumentów stanowiących podstawę do rozliczenia nakładów trwałych na wybudowane i przebudowane środki trwałe oraz wystawiania dokumentów OT pozwalających na dokonanie zmian w ewidencji środków trwałych zamawiającego. W świetle przedmiotowego naruszenia Zamawiający wskazał, iż wielokrotnie wzywał Inżyniera Projektu do usunięcia naruszeń – niemniej jednak nie uzyskał żadnej odpowiedzi. Inżynier Projektu nie przedłożył również dokumentów niezbędnych do złożenia kompletnego wniosku o wydanie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie dla p.o. Warszawa Powązki. Inżynier Projektu nie wywiązał się również z obowiązku przedkładania Zamawiającemu Raportów Roszczeń – bowiem przedłożone przez niego dokumenty nie spełniały wymagań Zamawiającego, które zostały precyzyjnie opisane w OPZ. W świetle powyższego Zamawiający stwierdził, iż Inżynier Projektu w sposób nieuprawniony oraz bez uzasadnionej przyczyny zaprzestał wykonywania usługi przez okres dłuższy niż 5 dni roboczych, co stanowi naruszenie § 14 ust. 1 pkt 5 Umowy i w konsekwencji uprawnia Zamawiającego do skorzystania z prawa do wypowiedzenia Umowy. Następnie, Zamawiający w dniu 02 marca 2020 r. przekazał odwołującemu pisma dotyczące naliczenia kar umownych, z zastrzeżeniem, iż suma dotychczas naliczonych kar Inżynierowi Projektu przekroczyła 30% wartości wynagrodzenia brutto (maksymalny limit kar umownych wskazany w Umowie), zatem zamawiający odstąpił od egzekwowania tych kar.

Zamawiający stwierdził, że w dniu 21 grudnia 2020 r. otrzymał pozew o zapłatę w sprawie z powództwa ECM Group Polska S.A. dotyczącego umowy na „Zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadania inwestycyjnego w ramach projektu „Prace na linii obwodowej w Warszawie (odc. Warszawa Gołębki/Warszawa Zachodnia – Warszawa Gdańska), w którym Wykonawca zażądał m.in. zasądzenia kwoty w wysokości 76 000,00 zł wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie liczonymi od dnia 08 sierpnia 2019 r. do dnia zapłaty. W uzasadnieniu pozwu odwołujący wskazał, iż był uprawniony do wypowiedzenia umowy, ze względu na opóźnienie w wypłacie należnego wynagrodzenia za co najmniej 3 miesiące – o czym, zgodnie z treścią pozwu, poinformował zamawiającego pismami kolejno w dniu 28 czerwca 2019 r. oraz 05 lipca 2019 r. Wobec powyższego, Wykonawca ECM w dniu 15 lipca 2019 r. doręczył zamawiającemu pismo zawierające informację o wypowiedzeniu Umowy. Przedmiotowe wypowiedzenie zostało zakwestionowane przez Zamawiającego, który wskazał, że nastąpiło potrącenie wynagrodzenia z wierzytelnościami Wykonawcy ECM. Niemniej jednak, ECM nie zgodził się z powyższym, wskazując jednocześnie, iż niezależnie od faktu czy kary umowne naliczone przez Zamawiającego są należne oraz w jakiej wysokości, to Zamawiający był zobligowany do przedłożenia stosownego oświadczenia w zakresie dokonania potrąceń, co w świetle dyspozycji art. 499 k.c. mogłoby zostać uznane za zapłatę należności wynikających z faktur VAT. Zgodnie z twierdzeniami Wykonawcy ECM, zamawiający w dniu 23 lipca 2019 r. odebrał notę nr 03/07/2019/ECM, w której został wezwany do zapłaty 713 045,05 zł tytułem całej kary umownej za wypowiedzenie umowy w terminie 14 dni od dnia jej otrzymania. Zamawiający stwierdził, że pomimo twierdzenia odwołującego, że ww. roszczenie jest zasadne, nie wniósł on pozwu o zapłatę kwoty 713.045,05 zł z tytułu rzekomych kar umownych lecz jedynie w zakresie kwoty 76.000,00 zł. Wskazuje to na niekonsekwencję odwołującego w podejmowanych przez niego działaniach. Skoro dla odwołującego zasadność jego roszczeń jest bezsporna winien on dochodzić ich przed sądem w całości, a nie jedynie w jej części (stanowiącej niewielki ułamek całej kwoty).

W dniu 08 stycznia 2021 r. zamawiający złożył odpowiedź na powyższy pozew wykonawcy, w której wniósł m.in. o oddalenie powództwa w całości. Zamawiający wskazał, iż naliczył wykonawcy karę umowną z tytułu niewykonania badań kontrolnych zgodnie z ilością wynikającą z OPZ w wysokości 2 139 135,17 zł – nota obciążeniowa została odebrana przez Wykonawcę w dniu 09 kwietnia 2019 r. 15. Następnie podniósł, iż zgodnie z § 13 ust. 6 zdanie pierwsze Umowy „w przypadku, gdy Zamawiający jest uprawniony do obciążenia Wykonawcy karą umowną, należną mu kwotę może potrącić z dowolnej płatności należnej Wykonawcy lub żądać wypłaty z zabezpieczenia należytego wykonania Umowy.” W świetle tego zapisu, wskazującego na możliwość dokonania potrącenia umownego, Zamawiający dokonał częściowej kompensaty na łączną kwotę 587 542,26 zł należności powstałej wskutek naliczenia ww. kary umownej z należnościami Wykonawcy ECM z tytułu wynagrodzenia za świadczone w ramach Umowy usługi, wynikające z faktur VAT o nr 12/04/2019, 13/04/2019, 21/05/2019, 37/06/2019.

Zamawiający podniósł również, iż zgodnie z powyższym potrącenie nie wymagało dodatkowego oświadczenia, które w pozwie wskazał Wykonawca. Niemniej jednak, Zamawiający z ostrożności wskazał, iż złożył takie oświadczenie w pismach z dnia 08 lipca 2019 r. (IRSK1/2/1-0816-CEF-587.1/19) oraz 15 lipca 2019 r. (IRSK1/2/1-0816-CEF32.1/19). Zamawiający stoi na stanowisku, iż oświadczenie o wypowiedzeniu Umowy złożone przez Wykonawcę nie mogło wywołać skutków prawnych, bowiem zgodnie z treścią § 14 ust. 4 pkt 1 Umowy, Wykonawca mógł wypowiedzieć Umowę „jeżeli Zamawiający opóźnia się z wypłatą należnego Wynagrodzenia Wykonawcy za co najmniej 3 kolejne miesiące rozliczeniowe, a wynagrodzenie to jest bezsporne”. W przedmiotowej sprawie, opóźnienie wypłaty wynagrodzenia nie miało charakteru bezspornego.

Zamawiający wskazał, że odwołujący aż do dnia 06 grudnia 2019 r. kontynuował świadczenie usługi stanowiącej przedmiot Umowy (choć w sposób wadliwy), bowiem brał udział w niektórych spotkaniach na placu budowy, przedstawiał częściowo raporty miesięczne, raporty roszczeń itp., a personel wykonawcy cały czas widniał w Dzienniku Budowy jako pełniący nadzór nad realizacją robót. Wobec powyższego zamawiający wezwał wykonawcę ECM do należytego wykonywania Umowy, a następnie w dniu 24 lutego 2020 r. złożył oświadczenie o jej wypowiedzeniu na podstawie § 15 w zw. z § 14 ust. 1 pkt 1, 5 oraz 9 umowy. Przedstawiona argumentacja przez zamawiającego ma swoje oparcie w materiale dowodowym. Istnieje związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy działaniami oraz zaniechaniami Wykonawcy a odstąpieniem od Umowy przez Zamawiającego.

Zdaniem zamawiającego niewykonanie umowy miało charakter istotny. Stwierdził, iż w przypadku zakresu obowiązków Inżyniera Projektu najważniejszym aspektem jest dysponowanie przez danego wykonawcę odpowiednim personelem, który będzie nadzorował, kontrolował oraz dbał o ład organizacyjny w trakcie realizacji inwestycji – wynika to z samego charakteru umowy. W związku z powyższym uporczywe i długotrwałe uchybienie temu obowiązkowi można zakwalifikować jako istotne (zarówno co do zakresu umowy jak i do uporczywości).

Zamawiający wskazał, że wartość nałożonych kar umownych, które w pewnym momencie nawet przekroczyły ustalony górny limit kar umownych (30% wartości wynagrodzenia brutto Wykonawcy), które zamawiający może nałożyć na wykonawcę, może świadczyć o istotności nienależytego wykonania umowy. Ponadto Zamawiający kładąc duży nacisk na istotność tych badań, wskazał w Umowie na wysokie i stosunkowo liczne kary umowne za ich brak.

Ponadto Zamawiający wskazał, że przyczyną rozwiązania Umowy było również zaprzestanie jej realizacji (całościowo) przez Wykonawcę. Stwierdził, że doszło do rozwiązania umowy z wykonawcą i fakt ten pozostaje bezsporny.

W ocenie zamawiającego, wskazane przypadki rozwiązania umów przez zamawiających z wykonawcą: tj. odstąpienie od umowy złożone przez Miasto Gliwice oraz wypowiedzenie umowy przez PKP PLK S.A., wskazują, iż z winy wykonawcy, z uwagi na nienależyte wykonywanie umowy w stopniu istotnym doszło do rozwiązania wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, zawartej z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4 ustawy P.z.p., co stanowi podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy P.z.p.

Zamawiający podniósł, że w niniejszym postępowaniu poza obligatoryjnymi przesłankami wykluczenia wykonawców z postępowania zamawiający w pkt. 8.6 SIWZ IDW określił, że wykluczy wykonawcę, wobec którego zachodzi przesłanka określona w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy P.z.p. Zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

W świetle ww. okoliczności zamawiający uznał, zaistnienie przesłanki do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy. Zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Stosownie do art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy P.z.p. wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 może nastąpić, jeżeli nie upłynęły 3 lata od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Ponieważ podstawą wykluczenia są okoliczności wynikające ze sposobu wykonywania umów, które miały miejsce odpowiednio w roku 2018 i w roku 2020, w chwili składania niniejszej informacji nie upłynął okres 3 lat od któregośkolwiek ze zdarzeń uzasadniających wykluczenie. Niektóre informacje zawarte w dokumencie zostały zanonimizowane, z uwagi na objęcie ich ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa. Jednocześnie zamawiający informuje, że z dniem 08 lutego 2021 r. odtajnił dokumenty zastrzeżone w ofercie przez wykonawcę ECM Group Polska S.A. jako tajemnica przedsiębiorstwa. Odtajnione dokumenty będą mogły zostać udostępnione po upływie terminu na skorzystanie ze środków ochrony prawnej przysługujących ww. wykonawcy.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne, chociaż podstawy wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są uzasadnione jedynie w części.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte przed 1 stycznia 2021 r., jednakże odwołanie wnoszone jest po tej dacie, a zatem zgodnie z art. 98 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. — Przepisy wprowadzające ustawę — Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020), do niniejszego postępowania odwoławczego stosuje się przepisy nowego P.z.p.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 nowej ustawy P.z.p.

Kwestią sporną pomiędzy stronami jest zasadność wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy P.z.p. oraz – w odniesieniu do stwierdzenia podstawy wykluczenia ze względu na rozwiązanie z odwołującym umowy przez Miasto Gliwice – skuteczność skorzystanie przez odwołującego z zawartej w art. 24 ust. 8 ustawy P.z.p. instytucji „samooczyszczenia”.

Zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy P.z.p., z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

Aby możliwe było wykluczenie wykonawcy z postępowania konieczne jest zatem łączne spełnienie wszystkich przesłanek wskazanych w analizowanym przepisie, tj.:

- wystąpienie przyczyn leżących po stronie wykonawcy,
- niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w istotnej części,
- zaistnienie tych okoliczności doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

W przypadku wystąpienia przesłanki, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy P.z.p., ustawodawca w art. 24 ust. 8 ustawy P.z.p. przewidział dla wykonawcy możliwość uniknięcia wykluczenia z postępowania poprzez wdrożenie instytucji tzw. „samooczyszczenia”. Zgodnie ze wskazanym przepisem (zdanie pierwsze), wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16–20 lub ust. 5, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Zgodnie z ust. 9, wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8.

Instytucja samooczyszczenia wywodzi się z art. 57 ust. 6 dyrektywy klasycznej 2014/24/UE, który w wyniku implementacji do polskiego porządku prawnego wprowadził możliwości złożenia wyjaśnień przez wykonawców, wobec których zachodzą przesłanki wykluczenia (procedura *self-cleaning*). Stosownie do wskazanego przepisu, każdy wykonawca znajdujący się w jednej z sytuacji, o których mowa w ust. 1 i 4, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności pomimo istnienia odpowiedniej podstawy wykluczenia. Jeżeli takie dowody zostaną uznane za wystarczające, dany wykonawca nie zostanie wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia. W tym celu wykonawca musi udowodnić, że zrekompensował wszelkie szkody spowodowane przestępstwem lub wykroczeniem lub zobowiązał się do ich rekompensaty, wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności, aktywnie współpracując z organami śledczymi, i podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub nieprawidłowemu postępowaniu. Środki podjęte przez wykonawców są oceniane z uwzględnieniem wagi i szczególnych okoliczności przestępstwa lub wykroczenia. Jeżeli środki zostaną uznane za niewystarczające, wykonawca otrzymuje uzasadnienie takiej decyzji.

Odnosząc powyższe do rozpoznawanej sprawy, Izba dokonała analizy informacji podanych przez odwołującego w związku ze skorzystaniem przez niego instytucji samooczyszczenia oraz zawiadomienia zamawiającego o wykluczeniu odwołującego z postępowania, i skonstatowała, co następuje:

Izba częściowo podziela stanowisko zamawiającego, wyrażone w zawiadomieniu o wykluczeniu odwołującego z postępowania z dnia 8 lutego 2021 roku, w zakresie tego, jakie wymagania formalne winno spełniać oświadczenie wykonawcy dotyczące samooczyszczenia. Wątpliwości Izby nie budzą wskazania zamawiającego zawarte w punktach a oraz c-e, jako że są one tożsame z wymaganiami zawartymi w treści art. 24 ust. 8 ustawy P.z.p. Izba kwestionuje natomiast kategorię stwierdzenie zamawiającego, iż wyjaśnienia każdorazowo powinny zawierać oświadczenie o przyznaniu się do winy. Izba zaznacza, że – po pierwsze – taki wymóg nie został sformułowany w treści art. 24 ust. 8 ustawy P.z.p., po drugie zaś – w sytuacji, gdy chodzi o wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy P.z.p., wymogi formalne w zakresie samooczyszczenia muszą być formułowane z uwzględnieniem treści tego przepisu. W treści przepisu mowa jest natomiast o tym, iż niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy winno wynikać z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Jest to sformułowanie szerokie, pozwalające na przyjęcie, iż dyspozycją przepisu objęte są wszystkie przyczyny, które leżą po stronie wykonawcy, nie tylko zawinione przez wykonawcę. Wymóg złożenia oświadczenia o przyznaniu się do winy ogranicza zatem odpowiedzialność wykonawcy jedynie do przypadków przez niego zawinionych, a ponadto nakłada na wykonawcę formalny obowiązek składania oświadczenia o określonej treści, mimo że taki obowiązek nie wynika z przepisu prawnego.

Jednocześnie, w ocenie Izby nie ulega wątpliwości, że instytucja samooczyszczenia dla swej skuteczności wymaga uznania przez wykonawcę faktu, iż po jego stronie leżą przyczyny, z powodu których nastąpiło niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w istotnej części. Ustalenie, czy takie uznanie miało miejsce, winno być dokonywane na podstawie analizy złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, z uwzględnieniem wszystkich okoliczności sprawy. Jeżeli z treści wyjaśnień wynika, iż wykonawca potwierdza wystąpienie okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4, powinno to zostać ocenione jako spełnienie warunku skutecznego samooczyszczenia. Jednocześnie, za brak takiego potwierdzenia winno być uznane takie fakty, jak m.in. zaprzeczanie wystąpieniu okoliczności leżących po stronie wykonawcy czy obciążanie odpowiedzialnością inny podmiot.

Odnosząc powyższe do ustalonego stanu faktycznego, stwierdzić należy, iż zamawiający zasadnie przyjął, że wykonawca nie uznał, że ponosi odpowiedzialność za rozwiązanie umowy, lecz wskazał, że odpowiedzialność tę ponosi podwykonawca. Dopiero w treści odwołania odwołujący przyznał, iż główną przyczyną takiego stanu rzeczy był niewłaściwy dobór podwykonawcy oraz brak odpowiedniego nadzoru ze strony odwołującego za realizację zamówienia przez wykonawcę. Przyznanie tych okoliczności dopiero w odwołaniu należy jednak uznać za spóźnione.

W dalszej kolejności podnieść należy, że przepis art. 24 ust. 8 ustawy P.z.p. nakłada na wykonawcę korzystającego z instytucji samooczyszczenia obowiązek wyczerpującego wyjaśnienia stanu faktycznego. W ocenie Izby obowiązek ten należy odnieść do wszystkich okoliczności, które spowodowały niewykonanie lub nienależyte wykonanie istotnej części zamówienia. Z ustaleń dokonanych przez Izbę wynika, że w odstąpieniu od umowy zawartej przez odwołującego z Miastem Gliwice wskazano następujące okoliczności faktyczne stanowiące podstawę odstąpienia: nienależyte wypełnianie przez Inżyniera Kontraktu swoich obowiązków w zakresie:

- weryfikacji i akceptacji dokumentów przedstawianych przez Jednostkę Projektowania,
- sprawozdawczości,
- przygotowania projektu umowy o podwykonawstwo posiadającego zapisy zgodne z zapisami umowy zawartej

między Zamawiającym a Inżynierem Kontraktu.

Odwolujący w dokumencie JEDZ wskazał jedynie, że za działania stanowiące podstawę odstąpienia odpowiedzialny jest podwykonawca. Odwołujący nie wskazał natomiast zakresu zadań, jakie zostały zlecone podwykonawcy, co umożliwiłoby ocenę, czy istotnie wskazane zaniedbania dotyczyły zadań wykonywanych przez podwykonawcę. Dopiero w treści odwołania odwołujący wskazał, że podwykonawcy zostało zlecone 100% zamówienia. Podanie tej informacji dopiero w treści odwołania również uniemożliwiło zamawiającemu uznanie wyjaśnień odwołującego za wystarczające.

Niezależnie od powyższego jedynie dwie pierwsze, wskazane wyżej przyczyny odstąpienia, mogą obciążać podwykonawcę odwołującego. Trzecia przesłanka, dotycząca wielokrotnego przedkładania przez odwołującego projektu umowy o podwykonawstwo, niezgodnej z postanowieniami umowy głównej, nie jest okolicznością, za którą odpowiedzialność ponosi podwykonawca. Odwołujący zaniechał jednak wyjaśnienia tej kwestii, przez co naruszył obowiązek przedstawienia wyczerpującego wyjaśnienia stanu faktycznego.

Izba częściowo podziela stanowisko zamawiającego co do tego, iż podjęte środki zaradcze oraz złożone dowody nie są wystarczające dla wykazania rzetelności wykonawcy. Izba zgadza się, że wykazane przez odwołującego środki i dowody dotyczą jedynie działań związanych z doбором podwykonawców na potrzeby realizacji zamówienia, podczas gdy odstąpienie od umowy przez Miasto Gliwice obejmowało również inne, wskazane wyżej okoliczności, co do których odwołujący nie wykazał podjętych środków zaradczych.

Izba nie podziela natomiast wątpliwości zamawiającego związanych z realizacją zasad wskazanych w Instrukcji postępowania w zakresie weryfikacji informacji przekazanych przez podwykonawcę. Argument, że nie potwierdzono, by pracownicy właściwych działów zostali zaznajomieni z treścią Instrukcji, stanowi zbyt daleko idącą ingerencję w wewnętrzne procedury wykonawcy. Z kolei zarzuty podnoszone wobec przedstawionych notatek służbowych nie mogą się ostać, a to z tego względu, że treść notatek determinowana jest właściwymi postanowieniami Instrukcji, wobec których zamawiający nie zgłaszał zastrzeżeń. Natomiast argument zamawiającego, iż miarodajnym dokumentem byłaby umowa przedwstępna z podwykonawcą jest o tyle nieuzasadniony, że z treści Instrukcji wynika, iż czynności, jakie wykonuje pracownik odwołującego, mają na celu zbadanie sytuacji podmiotu pod względem wymogów danego postępowania. Badań takich wykonawca może prowadzić wiele, zanim podejmie decyzję o wyborze danego podmiotu jako podwykonawcy. Zawieranie z każdym badanych podmiotem umowy przedwstępnej nie ma logicznego ani praktycznego uzasadnienia.

Odnosząc się do drugiej podstawy wykluczenia odwołującego z postępowania, tj. okoliczności rozwiązania umowy z dnia 1 lipca 2016 r. na zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadania inwestycyjnego w ramach projektu „Prace na linii obwodowej w Warszawie (odc. Warszawa Gołębki/Warszawa Zachodnia – Warszawa Gdańska)”, zawartej z PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., Izba stwierdziła, że okoliczności przedstawione przez strony nie pozwalają na ustalenie, iż zachodzą tu okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy P.z.p.

Warunkiem wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy P.z.p. jest rozwiązanie umowy lub zasądzenie odszkodowania z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, który nie wykonał lub nienależycie wykonał wcześniejszą umowę. Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że w dniu 24 lutego 2020 roku zamawiający złożył odwołującemu oświadczenie o wypowiedzeniu umowy z przyczyn leżących po stronie odwołującego, niemniej jednak pomiędzy stronami istnieje spór co do tego, czy w dniu wypowiedzenia dokonanego przez zamawiającego umowa ta jeszcze wiązała strony.

Faktem jest, że odwołujący w dniu 15 lipca 2019 roku złożył zamawiającemu oświadczenie o wypowiedzeniu umowy z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Jak wskazał odwołujący w odwołaniu, podstawę wypowiedzenia stanowił fakt, że zamawiający nie dokonywał płatności należnego wynagrodzenia na rzecz odwołującego przez trzy kolejne okresy rozliczeniowe i pomimo dwukrotnego wezwania do spełnienia świadczenia nie spełnił go, co w świetle postanowień umownych upoważniało odwołującego do wypowiedzenia umowy, co nastąpiło w dniu 15.07.2019 r.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że zatrzymanie płatności wynikało z potrącenia naliczonych odwołującemu kar umownych. Zamawiający podniósł, że był uprawniony do dokonania potrącenia bez konieczności składania oświadczenia w tym zakresie, jako że potrącenie umowne, dla swej skuteczności nie wymaga składania takich oświadczeń.

Izbie przedłożono wyciąg z umowy z dnia 1 lipca 2016 roku (w tym: § 13 ust. 6), który w zdaniu pierwszym wskazuje, że w przypadku, gdy zamawiający jest uprawniony do obciążenia wykonawcy karą umowną, należną mu kwotę może potrącić z dowolnej płatności należnej wykonawcy lub żądać wypłaty z zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Strony ustanowiły zatem w umowie możliwość dokonania potrącenia.

Instytucja potrącenia umownego nie jest uregulowana w prawie polskim, ale jej dopuszczalności należy upatrywać w zasadzie swobody umów, która na gruncie prawa polskiego została wyrażona w art. 353¹ Kodeksu cywilnego. Pogląd ten został wyrażony również przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 26 stycznia 2005 r., w którego tezie zauważono, że „Pojęcie »kompensaty« (w istocie odpowiednika potrącenia) jest wykorzystywane do odróżnienia potrącenia umownego od potrącenia ustawowego (art. 498 i następn. k.c.) i urzeczywistnia się w porozumieniu kompensacyjnym, będącym pozakodeksową umową, której podstawę prawną stanowi art. 353¹ k.c.” Należy również podkreślić, że do konstrukcji tej nie stosuje się przepisów Kodeksu cywilnego dotyczących potrącenia ustawowego. Strony umowy mają dużą dowolność w ustalaniu warunków potrącenia, w tym również co do czasu i sposobu jego dokonywania. Dopuszczalne jest także porozumienie, zgodnie z którym potrącenie jest skuteczne bez konieczności składania dodatkowych oświadczeń woli. Skuteczność dokonanego potrącenia musi być zatem oceniona na podstawie wszystkich postanowień umownych i wszystkich okoliczności faktycznych. Tymczasem z przekazanego Izbie wyciągu z umowy z dnia 1 lipca 2016 roku, obejmującego ustalenia stron co do samej możliwości potrącenia kar umownych, wynika, że zamawiający może potrącić karę umowną, jeżeli jest uprawniony do obciążenia nią wykonawcy. Jednakże kwestia uprawnienia zamawiającego do naliczenia kar umownych jest pomiędzy stronami sporna i jest przedmiotem rozpoznania przez sąd powszechny.

Wątpliwości Izby co do możliwości potrącenia kar umownych z wynagrodzenia wykonawcy wyłącznie poprzez naliczenie kar oraz niedokonanie płatności budzi również samo postanowienie § 13 ust. 6 umowy, z którego wynika, że

strony, w przypadku naliczenia odwołującemu kar umownych, przewidziały dla zamawiającego alternatywne uprawnienie: bądź potrącenia kary umownej z dowolnej płatności, bądź też żądania wypłaty wynagrodzenia należytego wykonania umowy. Wydaje się, że zamawiający, dokonując wyboru jednej z dwóch możliwości zaspokojenia żądania z tytułu naliczonych kar, winien powiadomić odwołującego o sposobie, w jaki będzie te kary egzekwował. Takie postanowienie umowne rodzi wątpliwości co do tego, czy istotnie zgodnym zamiarem obydwu stron było, by zamawiający realizował swe uprawnienie bez przekazania odpowiedniej informacji i wyłącznie poprzez dokonanie operacji rachunkowej i wstrzymanie świadczenia na rzecz wykonawcy. Rozstrzygnięcie w tym zakresie wymagałoby przeprowadzenia dowodu w zakresie wykładni oświadczeń woli stron. Żadna ze stron takiego wniosku dowodowego jednak nie zgłosiła.

Przywołane przez zamawiającego orzecznictwo sądów powszechnych, w tym: wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 29 czerwca 2018 roku (sygn. akt: VACa 261/18) oraz wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 25 kwietnia 2014 roku (sygn. akt: I ACa 971/13), nie może mieć bezpośredniego przełożenia na rozpoznawaną sprawę. Ustalenie, czy stanowisko wyrażone w tych orzeczeniach jest adekwatne do niniejszego sporu, wymagałoby porównania stanu faktycznego w rozpoznawanych sprawach, w tym w szczególności postanowień umownych wiążących strony.

Tym samym Izba stwierdziła, że zamawiający nie wykazał, że skutecznie rozwiązał umowę z odwołującym na zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadania inwestycyjnego w ramach projektu „Prace na linii obwodowej w Warszawie (odc. Warszawa Gołębki/Warszawa Zachodnia – Warszawa Gdańska) w warunkach uzasadniających wykluczenie odwołującego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy P.z.p.

Pomimo uwzględnienia częściowo argumentacji podniesionej w odwołaniu, Izba stwierdziła, że zamawiający zasadnie wykluczył odwołującego z postępowania, a to ze względu na fakt, że odwołujący nie dokonał skutecznie czynności samooczyszczenia w związku z odstąpieniem przez Miasto Gliwice od umowy „Zachodnia Brama Metropolii Silesia – Centrum Przesiadkowe w Gliwicach – Inżynier Kontraktu”. Tym samym czynność zamawiającego, polegającą na wykluczeniu odwołującego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy P.z.p., należy uznać za prawidłową.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 1 i 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....

.....

.....