Sygn. akt: KIO 4015/25

WYROK

Warszawa, dnia 29 października 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Katarzyna Paprocka

Protokolant:Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 października 2025 r., odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 września 2025 r. przez wykonawcę, INFRAKOL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. w Jaworze,

w postępowaniu prowadzonym przez Dolnośląską Służbę Dróg i Kolei we Wrocławiu

przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego, wykonawcy TORHAMER sp. z o.o. w Gdyni

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 840 zł 21 gr (słownie: osiemset czterdzieści złotych dwadzieścia jeden groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem dojazdu na rozprawę.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu zamówień publicznych.

Przewodnicząca:……..... **.....**

Sygn. akt: KIO 4015/25

Uzasadnienie

Zamawiający, Dolnośląska Służba Dróg i Kolei we Wrocławiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla zadania pn.: REWITALIZACJA LINII KOLEJOWEJ nr 310 Kobierzyce – Piława Górna na odcinku KOBIERZYCE – ŁAGIEV DZIERŻONOWSKIE od km 0,174 do km 21,300.”, wewnętrzny identyfikator: NI.2720.20.2025. Ogłoszenie o zamówieni zostało zamieszczone w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 25 lutego 2025 r., pod nr: 2025/S 39-126214. Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne.

W dniu 22 września 2025 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy INFRAKOL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. w Jaworze wobec niezgodnych z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2024 r., poz. 1320 ze zm., dalej jako „PZP”) czynności i zaniechań Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu o udzieleniu zamówienia publicznego, obejmujących:

1. czynność polegającą na wyborze jako najkorzystniejszej oferty TORHAMER sp. z o.o.,
2. zaniechanie czynności wykluczenia tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP w zw. z art. 110 ust. 2 oraz ust. 3 PZP.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP w zw. z art. 110 ust. 2 oraz ust. 3 PZP oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) PZP poprzez zaniechanie wykluczenia TORHAMER sp. z o.o. z postępowania pomimo tego, że podjęte przez tego wykonawcę środki zaradcze celem samooczyszczenia nie potwierdzają jego rzetelności, a w konsekwencji uznania oferty tego wykonawcy za podlegającą odrzuceniu.

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2) wykluczenia wykonawcy TORHAMER sp. z o.o. z postępowania w związku z niedokonaniem skutecznego samooczyszczenia,
3) powtórzenia czynności oceny i badania ofert z wyłączeniem oferty ww. wykonawcy.

Na wstępie uzasadnienia odwołania, Odwołujący podniósł, że TORHAMER sp. z o.o. (dalej jako: „TORHAMER”) ni dokonał skutecznego samooczyszczenia, a Zamawiający błędnie przyjął, że złożone samooczyszczenie świadczy o tym, że TORHAMER wdrożył środki zaradcze adekwatne do naruszenia, a tym samym pozwalające na przywrócenie

rzetelności tego wykonawcy. Odwołujący uznał, że co prawda TORHAMER spełnił jedną z przesłanek skutecznego samooczyszczenia, jaką jest naprawienie szkody, to jednak nie dopełnił pozostałych dwóch, tj. nie wyjaśnił wyczerpująco faktów i okoliczności związanych z jego nieprawidłowym postępowaniem oraz nie udowodnił, że podjął konkretne środki zaradcze. W odniesieniu do pierwszej z ww. przesłanek, Odwołujący INFRAKOL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. (dalej jako: „INFRAKOL") wskazał, że Przystępujący lakonicznie stwierdził, że do przekroczenia terminu wykonania zadania doszło z przyczyn leżących po jego stronie, lecz nie wyjaśnił, na czym polegało zadanie, na czym polegała zwłoka oraz jakie były jej przyczyny i okoliczności, w tym jakie osoby były odpowiedzialne za powstałe naruszenie. Uznał również, że odpowiedzi na powyższe nie dają załączniki do samooczyszczenia. W ocenie Odwołującego, wyjaśnienia powyższe mają istotne znaczenie dla określenia przez TORHAMER niezbędnych środków zaradczych i ich wdrożenia, gdyż dla skuteczności samooczyszczenia wykonawca musi wdrożyć, nie jakiekolwiek środki zaradcze, lecz wyłącznie takie, które pozwolą na wyeliminowanie kolejnych naruszeń w przyszłości. Odwołujący uznał również, że na przeszkodzie uznaniu za skuteczne samooczyszczenia stoi fakt, że wykonawca, TORHAMER kwestionuje własną odpowiedzialność. W odniesieniu do drugiej przesłanki, tj. udowodnienia, że wykonawca podjął konkretne środki zaradcze, Odwołujący wskazał, iż już sam fakt wszystkich okoliczności, w tym przyczyn zwłoki uniemożliwia ocenę adekwatności i skuteczności opisanych w samooczyszczeniu i załącznikach do niego środków zaradczych. INFRAKOL podkreślił, że w żadnym miejscu samooczyszczenia TORHAMER nie wyjaśnił, w jaki sposób podjęte środki zaradcze mają wyeliminować konkretne naruszenie. Tym samym, w ocenie INFRAKOL, wdrożone środki zaradcze mają charakter pozorny, niekonkretny i nieadekwatny do zaistniałych okoliczności. Odwołujący wskazał, że w samooczyszczeniu, m.in. brak informacji, jaki związek ma poczynienie konkretnych środków zaradczych, takich jak np. utworzenie Działu Kontroli z danym naruszeniem. Zdaniem Odwołującego, TORHAMER nie wykazał, że rzeczywiście wdrożył wskazane przez siebie środki. Jak wskazał INFRAKOL, dowodem na nieskuteczność i pozorność wdrożonych działań jest nałożona na TORHAMER kara umowna związana z realizacją innej umowy dla Zamawiającego – PKP PLK S.A.

W odpowiedzi z dnia 16 października 2025 r. na odwołanie, Zamawiający, Dolnośląska Służba Dróg i Kolei we Wrocławiu wniósł o oddalenie odwołania w całości, jako bezzasadnego, wskazując na skuteczność przeprowadzonej przez TORHAMER procedury samooczyszczenia. Wskazał, że Przystępujący w sposób jednoznaczny i nie budzący jakichkolwiek wątpliwości Zamawiającego przyznał się do podlegania wykluczeniu w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia (dalej jako: „JEDZ"), zaś w dokumencie samooczyszczenia wielokrotnie potwierdzał świadomość podlegania pod opisane w art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP okoliczności wykluczenia. Potwierdzeniem uznania przez TORHAMER odpowiedzialności jest również, zdaniem Zamawiającego, fakt uregulowania naliczonych kar umownych. Ponadto, jak wskazał Zamawiający, Przystępujący opisał działania, jakie podjął jeszcze w trakcie realizacji umowy celem zneutralizowania skutków opóźnienia oraz uniknięcia podobnej sytuacji w przyszłości, a nadto przedłożył szereg dokumentów umownych oraz księgowych, które potwierdzają lub uszczegóławiają informacje podane w piśmie. Podobnie, co do naliczenia kar umownych na podstawie drugiej umowy, w związku z którą TORHAMER dokonał samooczyszczenia. Niezależnie od powyższego, Zamawiający stwierdził, że Przystępujący wykazał, że podjęte zostały kolejne działania, mające na celu poprawę terminowości realizacji zamówień publicznych, opisując takie działania jak zmiany kadrowe, powołanie Działu Kontrolingu w spółce, wprowadzenie Regulaminu Kontroli i Audytu, powołanie Kierownika Kontrolingu. Zamawiający dodał, że wszystkie te działania zostały potwierdzone materiałem dowodowym, którego nie można – wbrew twierdzeniom Odwołującego – uznać za pozorny, opracowany jedynie na potrzeby niniejszego postępowania, skoro datowane są na okres przed wszczęciem postępowania i zostały podpisane przez osobę umocowaną do działania w imieniu spółki. Podsumowując, Zamawiający wskazał, że nie dostrzega żadnych okoliczności, które świadczyłyby o tym, że Przystępujący nie podjął niezbędnych środków technicznych, organizacyjnych czy kadrowych, które miałyby pozwolić na uniknięcie podobnych nieprawidłowości w przyszłości lub też, że podjęte środki miały charakter pozorny i nigdy faktycznie nie weszły w życie. Ponadto, w ocenie Zamawiającego, dobór ww. środków był dostosowany do charakteru zaistniałych w ramach realizacji Umowy PKM i Umowy PKP nieprawidłowości, gdzie doszło do opóźnień w realizacji zamówień publicznych, zaś głównymi zadaniami Działu Kontrolingu, na którego czele stoi Kierownik Kontrolingu, zgodnie z § 2 ust. 7 Regulaminu przedłożonego przez Przystępującego, jest właśnie zapewnienie terminowości realizacji zamówień publicznych. Tym samym, Zamawiający uznał, że przeprowadzona przez wykonawcę TORHAMER procedura samooczyszczenia była skuteczna, a zatem wykonawca ten nie podlega wykluczeniu z postępowania. Ponadto – na marginesie – podniósł, że uwzględnienie faktu naliczenia kar umownych w związku z opóźnieniem w realizacji Umowy PKM może nie być w ogóle zasadne, skoro z Subklauzuli 8.13 Umowy PKM oraz pkt 22-23 preambuły aneksu nr 4 do Umowy PKM wynika, że do opóźnienia, stanowiącego podstawę do naliczenia kar umownych, doszło w 2021 r., a zatem biorąc pod uwagę art. 111 pkt 4 PZP, upłynął już okres wykluczenia wynoszący w przypadku art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia (tj. pierwszego zdarzenia będącego podstawą naliczenia kary umownej). Odnosząc się do twierdzeń podniesionych w

odwołaniu, Zamawiający podkreślił, że Przystępujący wskazał na wszystkie niezbędne informacje, w tym na czym polegał Etap II Umowy z PKM, tj. wykonawca zobowiązany był w terminie 150 dni (nie 100 dni jak błędnie, zdaniem Zamawiającego, wskazał Odwołujący) od daty Rozpoczęcia do złożenia kompletnego wniosku o wydanie pozwolenia wodnoprawnego oraz jakie były przyczyny zwłoki i na czym ona polegała. Dodał, że opóźnienie nie musi mieć jakiegoś jednego zdefiniowanego powodu, może być spowodowane po prostu nie dostosowaniem tempa pracy do zakresu zadania. Zamawiający, Dolnośląska Służba Dróg i Kolei podkreślił również, że to, że niektóre informacje zawarte zostały w dokumentach, a nie zostały przedstawione w części pisemnej nie ma żadnego znaczenia dla oceny skuteczności samooczyszczenia. Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego, dotyczących kwestionowania przez wykonawcę TORHAMER odpowiedzialności za opóźnienie wyjaśnił, że – w jego ocenie – Przystępujący jednoznacznie przyznał, że do naliczenia kar umownych doszło na skutek wystąpienia zdarzeń, za które ponosi odpowiedzialność. Ponadto, w kwestii twierdzeń odwołania, jakoby wykonawca TORHAMER nie wyjaśnił, w jaki sposób podjęte przez niego środki miałyby wyeliminować konkretne naruszenia, wskazał, że przeprowadzone przez Przystępującego środki kadrowe czy organizacyjne nie miały służyć do usunięcia naruszeń w Umowie PKM, tylko do uniknięcia podobnych nieprawidłowości w przyszłości, a taki cel, tj. uniknięcie opóźnień w realizacji zamówień publicznych, został wyartykułowany w § 2 ust. 7 Regulaminu. Odnosząc się z kolei do argumentu odwołania dotyczącego nieadekwatnych zmian kadrowych, Zamawiający Dolnośląska Służba Dróg i Kolei wskazał, że wbrew temu co podnosi Odwołujący, zmiany kadrowe nie muszą polegać wyłącznie na zwolnieniu pracownika, leczrównież na nakłonieniu pracownika do dobrowolnej zmiany pracy, nieprzedłużania umowy i dopiero w ostateczności do zwolnienia. „Fakt zakończenia współpracy z inicjatywy pracownika lub w związku z upłynięciem terminu umowy, nie oznacza zatem, że okoliczności takie nie stanowiły zamyślonej polityki kadrowej Przystępującego." Dodał również, że z załączonego do pisma ogólnego dowodu nr 8 (zestawienie kadrowe PKM) wynika, że zmiany kadrowe objęły szereg osób, które mogły być zaangażowane w wykonanie takiej dokumentacji (osoby wskazane w pkt 1, 3, 4 i 5 ww. zestawienia). Zamawiający podkreślił również, że wykonawca w samooczyszczeniu nie musi podawać personaliów osób opisanych w takim zestawieniu, ponieważ dane te stanowią informacje wrażliwe, które nie powinny być podawane publicznie. Wskazał ponadto, że Odwołujący, INFRAKOL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa nie ma racji twierdząc, że Regulamin w rzeczywistości nie został wdrożony, nie podpisano go oraz nie został wprowadzony w obieg wewnętrzny w spółce, skoro zarówno Regulamin, jak i zestawienie zmian kadrowych oraz schemat organizacyjny spółki zostały podpisane przez prezesa zarządu spółki, tj. Pana Macieja Chamerskiego dnia 12 sierpnia 2024 r. Podsumowując, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że o właściwym dobraniu środków zaradczych świadczy fakt, że finalnie Umowa PKM została prawidłowo zrealizowana, a oprócz opisanego również przez Przystępującego, wykonawcy TORHAMER specyficznego przypadku w ramach Umowy PKP, nie doszło do innych nieprawidłowości w realizacji zamówień publicznych, co świadczy o rzetelności pracy Przystępującego. W odniesieniu bowiem do argumentu o nieskuteczności podjętych przez Przystępującego działań kadrowych oraz organizacyjnych, za czym miałby przemawiać fakt opóźnienia w ramach realizacji Umowy PKP, Zamawiający wskazał, że powstałe tam opóźnienie wynikało ze specyficznych okoliczności faktycznych, tj. upadłości finansowej podwykonawcy, a nie na skutek braku kontroli nad podwykonawcami przez Dział Kontrolingu. „Jak rozumie Zamawiający, poza zadaniami Działu Kontrolingu leży kontrolowanie sytuacji finansowej kontrahentów Przystępującego i zgłaszanie w tym zakresie jakiś zastrzeżeń."

Do postępowania przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca TORHAMER sp. z o.o. W piśmie z dnia 20 października 2025 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości. Podniósł, że całość odwołania odnosi się do treści samooczyszczenia, która była znana Odwołującemu już na etapie pierwotnego wyboru oferty, co oznacza, że termin na złożenie odwołania w tym przedmiocie upływał już w dniu 3 lipca 2025 r. Uznał, że odwołanie opiera się na niepełnym stanie faktycznym oraz na zestawieniu treści subiektywnie ocenionych wyjaśnień Przystępującego z treścią przepisów PZP. Po pierwsze wskazał, że Przystępujący przyznał się do winy i uznał w pełni swoją odpowiedzialność za zakomunikowane Zamawiającemu naruszenia, świadczy o tym oświadczenie złożone w treści JEDZ, jak też Oświadczenia o samooczyszczeniu. Po drugie, wskazał, że naprawił szkodę, czego Odwołujący zdaje się nie kwestionować. Nadto, w ocenie TORHAMER wyczerpująco wyjaśnił on fakty i okoliczności związane z nieprawidłowościami. W szczególności, jego zdaniem ze złożonych dokumentów wynika, że w odniesieniu do Umowy PKM, wśród załączonych dowodów znajduje się m. in. treść umowy wraz z aneksem do niej, zawierającym preambułę opisującą przyczyny jego zawarcia, w tym przebieg i przyczyny komunikowanego przez Przystępującego naruszenia. „Z treści aneksu wynika, że opóźnienie stanowiło wynik wystąpienia – na etapie procedury uzyskiwania pozwolenia wodnoprawnego – koniecznej do usunięcia kolizji w postaci istniejącego ciepłociągu GPEC z projektowanym przez wykonawcę przepustem P4, skutkującej koniecznością wprowadzenia zmiany w dokumentacji projektowej. Preambuła aneksu jednoznacznie opisuje, jakie działania musiał podjąć wykonawca celem usunięcia tej kolizji oraz jaki był finalny jej skutek dotyczący powstałego opóźnienia, za które odpowiedzialność ponosił poprzednik prawny Przystępującego." Dodał, że przekazał Zamawiającemu również szczegółowe i wyczerpujące wyjaśnienia dotyczące faktów i okoliczności

związanych karą umowną naliczoną Przystępującemu w związku z Umową PKP, tj. w trakcie usuwania usterki podwykonawca popadł w poważne problemy finansowe, a następnie złożył wniosek o ogłoszenie upadłości i zaprzestał wykonywania jakichkolwiek robót, co w ocenie wykonawcy TORHAMER jest okolicznością całkowicie niezależną od Przystępującego, na którą wykonawca ten nie ma jakiegokolwiek wpływu. Na koniec, podkreślił, że to na Odwołującym ciąży obowiązek wykazania uchybień w procedurze samooczyszczenia, któremu to obowiązkowi, wg wykonawcy TORHAMER, Odwołujący nie sprostał.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

W niniejszej sprawie, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz terminowo został uiszczony od niego wpis w wymaganej wysokości. Nadto, odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 PZP.

Izba uznała również, że Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, bowiem posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP. Jak wynika z odwołania, Odwołujący złożył ważną ofertę w postępowaniu, zaś wskutek zaskarżonych czynności i zaniechań Zamawiającego, niezgodnych jego zdaniem z przepisami PZP, może utracić możliwość uzyskania zamówienia. Dodał, że oferta Odwołującego jest ofertą na drugim miejscu w rankingu ofert, zaś w przypadku uwzględnienia odwołania będzie najkorzystniejszą w postępowaniu. W odniesieniu do przesłanki szkody, podniósł, że w wyniku zaskarżonych czynności i zaniechań nie osiągnie zakładanego zysku z realizacji zamówienia. Mając powyższe na uwadze, Izba ustaliła, że w postępowaniu złożono dziewięć ofert, w tym: ofertę Odwołującego z ceną brutto: 81.882.849,06 zł, ofertę TORHAMER sp. z o.o. w Gdyni z ceną brutto: 75.743.728,80 zł, ofertę „RAJBUD" sp. z o.o. w Szymbarku z ceną brutto: 79.110.240,62 zł oraz ETF Polska sp. z o.o. w Kobierzycach z ceną brutto: 84.004.592,49 zł. Wszyscy wykonawcy zaoferowali tą samą długość okresu gwarancji, tj. 60 miesięcy. Zgodnie z rozdziałem 19 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ"), przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający stosować będzie następujące kryteria oceny ofert: cena brutto – 60% = 60 pkt oraz okres gwarancji 40% = 40 pkt. Zamawiający uzna za najkorzystniejszą ofertę, która uzyskała najwyższą ilość punktów za sumę wszystkich kryteriów wg ustalonego w SWZ wzoru. Dnia 23 czerwca 2025 r., Zamawiający opublikował informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, wskazując, że wybrał ofertę TORHAMER Sp. z o.o. (100 pkt), zaś na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 PZP odrzucił ofertę złożoną przez „RAJBUD" Sp. z o.o., ponieważ zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ofercie odwołującego przyznał 95,90 pkt, zaś ofercie ETF Polska sp. z o.o. 94,10 pkt. W świetle powyższego, Izba uznała, że spełnione są przesłanki z art. 505 ust. 1 PZP, decydujące o legitymacji procesowej Odwołującego do wniesienia odwołania.

Wskazując na istotne warunki postępowania o udzielenie zamówienia, należy podać, co następuje.

Zamawiający zastrzegł, że postępowanie prowadzone jest w tzw. procedurze odwróconej, w oparciu o art. 139 ust. 1 PZP (pkt 1.11 i nast. SWZ).

Zgodnie z Rozdziałem 6, pkt 6.1 SWZ, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu, na zasadach określonych w Rozdziale 7 SWZ, oraz spełniają określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu. W świetle zaś Rozdziału 7 SWZ, pkt 7.1. i nast., z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców w stosunku do których zachodzi którakolwiek z okoliczności wskazanych w art. 108 ust. 1 i ust. 2 PZP oraz w art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego oraz, dodatkowo, Zamawiający zastrzegł, że wykluczy wykonawcę, w szczególności na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP – który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał, istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Jednocześnie, w pkt 7.4 SWZ zaznaczono, ze wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 PZP lub określonych w pkt 7.2. ppkt 2-5 SWZ, jeżeli udowodni Zamawiającemu, że spełnia łącznie przesłanki wskazane w art. 110 ust. 2 PZP. Zamawiający oceni, czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w art. 110 ust. 2 PZP są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy; jeżeli nie, Zamawiający wyklucza wykonawcę.

W Rozdziale 8 pt. Podmiotowe środki dowodowe, jakie zobowiązani są dostarczyć wykonawcy w celu wykazania braku podstaw wykluczenia oraz potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w pkt 8.4. SWZ wskazano, że Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty w pierwszej kolejności wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnego na dzień złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 PZP, tj.: Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia oraz oświadczenia wykonawcy/wykonawcy wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia, a następnie do złożenia aktualnych podmiotowych środków dowodowych.

Pismem z dnia 28 maja 2025 r., Zamawiający wezwał wykonawcę TORHAMER, w trybie art. 126 ust. 1 PZP, do złożenia podmiotowych środków dowodowych wymienionych w Rozdziale 8 pkt 8.4. SWZ, potwierdzających brak podstaw do wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu.
W odpowiedzi na wezwanie, dnia 2 czerwca wykonawca ten złożył stosowne dokumenty, w tym oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 PZP na formularzu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej: „JEDZ"). W dokumencie tym, w części III, lit. C „Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi", na pytanie: „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?" odpowiedział: „Tak" i wyjaśnił: „Szczegółowe wyjaśnienia w sprawie okoliczności wystąpienia podstawy do wykluczenia Wykonawcy z postępowania oraz podjętych środków w celu oczyszczenia wraz ze stosownymi dowodami zostały złożone w załączeniu do oferty." Następnie, na pytanie: „czy wykonawca przedsięwziął środki w celu samooczyszczenia?" odpowiedział twierdząco i dodał: „Wykonawca skutecznie przeprowadził działania w celu samooczyszczenia spełniając przesłanki opisane w art. 110 ust. 2 Ustawy prawo zamówień publicznych. Szczegółowe wyjaśnienia w sprawie okoliczności wystąpienia podstawy do wykluczenia Wykonawcy z postępowania oraz podjętych środków w celu oczyszczenia wraz ze stosownymi dowodami zostały złożone w załączeniu do oferty."
Wykonawca TORHAMER do JEDZ dołączył pismo, w którym wskazał, że brak jest podstaw do wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP, z uwagi na przedstawione samooczyszczenie. Oświadczył, że w trakcie realizacji inwestycji publicznych zaistniały dwa zdarzenia stanowiące przesłankę do wykluczenia wykonawcy w oparciu o ww. regulację. Wyjaśnił, że w obu przypadkach zamawiający naliczyli kary umowne, jednakże obie inwestycje zostały należycie wykonane przez TORHAMER i odebrane przez zamawiających. Niemniej, jak dodał, w związku z naliczeniem kar umownych przez zamawiających, których podstaw naliczenia wykonawca TORHAMER nie kwestionował i naprawił szkodę poprzez uregulowanie kwoty tych kar, uznał, że powinien przedstawić Zamawiającemu stan faktyczny zaistniały w trakcie realizacji obu inwestycji, stanowiący podstawę do naliczania kar oraz opisać czynności naprawcze przeprowadzone w procedurze selfcleaningu. W odniesieniu do przypadku pierwszego, wskazał, że zaistniał on w związku z realizacją umowy nr 17/XII/PKM/2020 z dnia 22 grudnia 2020 r. zawartej z Pomorska Kolej Metropolitalna S.A. w Gdańsku dotyczącej inwestycji o nazwie „Pomorska Kolei Metropolitalna Etap I – Rewitalizacja „Kolei Kokoszkowskiej" Faza IV – Rozbudowa p. odg. Kiełpinek jako fragment trasy objazdowej w ramach projektu „Prace na alternatywnym ciągu transportowym Bydgoszcz – Trójmiasto" (dalej „Umowa PKM"). Wyjaśnił, że w trakcie realizacji tej umowy – wskutek okoliczności leżących po jego stronie – popadł w opóźnienie w ramach Etapu II, którego okoliczności zostały opisane w pkt. 32 Preambuły do aneksu do umowy nr 4 z dnia 22 grudnia 2023 r., w związku z czym zamawiający naliczył karę umowną w kwocie 180.000,00 zł. Podkreślił, że mając świadomość przekroczenia terminu dla Etapu II już w trakcie wykonywania robót podjął wysiłki w celu zminimalizowania opóźnień i szkód, m.in. na bieżąco, już od drugiej połowy 2021 r. prowadził aktualizacje harmonogramu rzeczowo – finansowego oraz starał się wdrożyć program naprawczy. Opisał podjęte działania. Odnosząc się do przesłanki naprawienia szkody w ramach self-cleaning wskazał, że kwota kary umownej w wysokości 180.000,00 zł została potrącona z pozostałej do zapłaty i nierozliczonej w dniu zawierania aneksu nr 4 Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej. W odniesieniu do dalszych przesłanek self-cleaning wyjaśnił, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania nieprawidłowemu postępowaniu w przyszłości, w tym podjął decyzje kadrowe polegające w na zakończeniu współpracy z osobami odpowiedzialnymi za powstałe nieprawidłowości, wzmocnił zespół zatrudniając nowe osoby do pomocy w procesach inwestycyjnych, posiadające doświadczenie w prowadzeniu inwestycji tego typu, w oparciu i Regulamin Kontroli i Audytu wprowadził zmiany strukturalne, polegające na wprowadzeniu Działu Kontrolingu, który stał się częścią schematu organizacyjnego spółki, ustalił zasady organizacji i funkcjonowania kontroli, obowiązek raportowania wyników kontroli do Zarządu spółki oraz określił mechanizmy wprowadzania zmian pokontrolnych oraz zasady odpowiedzialności osób realizujących kontrakty z zamawiającymi publicznymi, a nadto utworzył stanowisko Kierownika Kontrolingu, który samodzielnie i za pomocą swoich współpracowników dba o kontrolę jakości na poszczególnych inwestycjach wykonywanych przez spółkę. Odnosząc się do wyjaśnienia okoliczności dotyczących drugiego przypadku „nieprawidłowego działania", wykonawca TORHAMER wyjaśnił, że dotyczył on realizacji umowy nr 90/105/0011/19/Z/I z dnia 11 kwietnia 2019 r. zawartej przez Przystępującego o Przedsiębiorstwo Usługowo – Handlowe „Rajbud" sp. z o.o. z siedzibą w Szymbarku, obejmującej inwestycję o nazwie Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla zadania pn. „Prace na linii kolejowej nr 220 na odcinku Olsztyn – Gutkowo w ramach projektu pn. „Prace na liniach kolejowych nr 220 i 221 na odcinku Olsztyn – Gutkowo – Dobre Miasto" dla zamawiającego – PKP PLK S.A. (dalej: „Umowa PKP"). Podał, że inwestycja została wykonana w całości i w terminie umownym, jednakże w protokole odbioru komisja odbiorowa odnotowała kilka usterek, które miały zostać usunięte w wyznaczonym terminie, w tym przez podwykonawcę JANASZEK

ELECTRIC Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, który to popadł w poważne problemy finansowe, a następnie złożył wniosek o ogłoszenie upadłości i zaprzestał wykonywania jakichkolwiek robót. Jak wynika z dalszej części pisma wykonawcy TORHAMER, Przystępujący wprowadził wykonawcę zastępczego w miejsce pierwotnego podwykonawcy, lecz nie udało się uniknąć opóźnienia w usunięciu usterki względem terminów określonych w protokole odbioru, w związku z czym zamawiający naliczył karę umowną w wysokości 70.000,00 zł, która została skompensowana poprzez potrącenie z wynagrodzenia należnego wykonawcom.

Do pisma obejmującego samooczyszczenie, Przystępujący dołączył liczne dowody na ww. fakty. Pismo, jak też załączniki – zostały podpisane podpisem elektronicznym przez osobę uprawnioną do reprezentacji spółki. Jednocześnie, wykonawca TORHAMER wniósł o objęcie załączników nr: 8. zestawienie zmian kadrowych w spółce komandytowej; 9. dowody na potwierdzenie zakończenia współpracy z osobami odpowiedzialnymi za nieprawidłowości i zatrudnienie nowego personelu; 10. schemat organizacyjny spółki komandytowej do niniejszych wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa, podając szerokie uzasadnienie.

Jak wynika z pkt 22 preambuły do aneksu nr 4 do Umowy PKM, zawartego 22 grudnia 2023 r.: „Zgodnie z subkl. 8.13. lit. b) Warunków Szczególnych Kontraktu stanowiących Załącznik nr 2 do Aktu Umowy (dalej: „WSK"), Wykonawca w terminie 150 dni od daty Rozpoczęcia zobowiązany był do złożenia kompletnego wniosku o wydanie pozwolenia wodnoprawnego. Jak wskazano wcześniej, Wykonawca w toku wykonywania prac projektowych napotkał przeszkodę w postaci kolizji istniejącego ciepłociągu GPEC (sieci 2xDN400) z projektowanym przez wykonawcę przepustem P4, skutkującej koniecznością wprowadzenia Zmiany I, czego nie można było przewidzieć na etapie postępowania przetargowego. Rozwiązanie przedmiotowej kolizji wymagało wydania przez GPEC oraz Gdańskie Wody warunków technicznych przebudowy odpowiednio dla ciepłociągu GPEC oraz przepustu P4 oraz uzgodnienia wykonanej przez Wykonawcę dokumentacji projektowej zarówno z GPEC, jak i Gdańskimi Wodami. Inżynier Kontraktu ocenił opisane w zdaniu poprzednim przeszkody i stwierdził, że Wykonawca doznał przeszkody w realizacji Umowy spowodowanej niemożliwymi do przewidzenia warunkami podpowierzchniowymi (kolizji istniejącego ciepłociągu GPEC (sieci 2xDN400) z projektowanym przez Wykonawcę przepustem P4), w konsekwencji których Wykonawca zobowiązany był do uzyskania nowych warunków przebudowy oraz uzgodnień gestorów sieci, które to warunki istotnie wpływały na dane konieczne do złożenia kompletnego wniosku o wydanie pozwolenia wodnoprawnego (ustalenie położenia przepustu P4 w planie i profilu, ustalenie sposobu umocnień w obrębie przeprowadzanego cieku Bystrzec I/2). Inżynier Kontraktu ustalił, że opisane powyżej przeszkoda trwała od dnia 28 kwietnia 2021 r. i ustała dnia 25 sierpnia 2021 r., kiedy to Wykonawca uzyskał uzgodnienie Gdańskich Wód dot. przebudowy przepustu P4 i wszystkie dane niezbędne do złożenia wniosku o wydanie pozwolenia wodnoprawnego." W pkt 24 dodatkowo wyjaśniono: „Kompletny i niedotknięty wniosek o wydanie pozwolenia wodnoprawnego został złożony w dniu 16 listopada 2021 r. Wykonawca mógł zatem oczekiwać, że organ zgodnie z obowiązującymi przepisami wyda decyzję w terminie 30 dni tj. do dnia 16 grudnia 2021 r. – Organ wydał decyzję wodnoprawną w dniu 14 marca 2022 r. (...)." Z kolei, z pkt 32 wynika, że: „Wobec faktu, że przeszkody w realizacji Umowy ustąpiły dopiero w dniu 8.12.2023 r. Strony za bezprzedmiotowe uznały ponowne określanie terminów pośrednich realizacji Umowy (poszczególnych Etapów określonych w pkt 8.13 WSK), zgodnie postanawiając, że na mocy niniejszego Aneksu Strony definitywnie określiły odpowiedzialność Wykonawcy za wykonanie każdego z terminów pośrednich oraz terminu końcowego realizacji Umowy. W związku z powyższym Strony zgodnie oświadczają, że Wykonawca ponosi odpowiedzialność za 60 (słownie: sześćdziesiąt) dni zwłoki w wykonaniu Etapu II i w związku z powyższym, zgodnie z subklauzulą 8.7. ust. 1 lit. b) WSK, Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty kary umownej w wysokości 3.000,00 złotych (słownie: trzy tysiące i 00/100 PLN) za każdy dzień zwłoki, tj. w łącznej kwocie 180.000,00 złotych (słownie: sto osiemdziesiąt tysięcy i 00/100 PLN). W pozostałym zakresie, wobec faktu, że niedotrzymanie terminów pośrednich oraz terminu końcowego realizacji Umowy nastąpiło z przyczyn niezależnych od Wykonawcy, Zamawiającemu nie przysługuje roszczenie o zapłatę kar umownych. Ponadto Strony w drodze negocjacji postanowiły, że Wykonawca nie będzie dochodził od Zamawiającego kosztu przedłużonego czasu wykonywania Umowy."

W załączniku nr 8 do dokumentu samooczyszczenia, wykonawca TORHAMER zawarł tabelę pt. zmiany personalne wprowadzone w ramach środków naprawczych dla zadania PKM i wskazał w 8 wierszach na informacje dotyczące danego stanowiska i jego zmiany. Zmiany dotyczyły stanowisk: inżynier budowy, kierownik robót torowych, dyrektor kontraktu, dyrektor controlingu, specjalista ds. rozliczeń kontraktów. W kolumnie „UWAGI" wskazano m.in., że „ze względu na opóźnienie w realizacji część administracyjnej zadania (uzyskanie PnB oraz pozwolenia wodno-prawnego) spółka zdecydowała o zwiększeniu zatrudnienia realizującego nadzór nad poszczególnymi pracami, w celu przyspieszenia robót i "nadgonienia" opóźnienia z etapu projektowego i dotrzymania etapu kamienia IV i V oraz zakończenia umowy" co dotyczyło stanowisko inżyniera budowy. W odniesieniu do stanowiska dyrektor controlingu w UWAGACH wskazano, m.in. „Ze względu na nieprawidłowości i opóźnienie powstałe na zadaniu PKM, wprowadzony do zadania jako Dyrektor Kontraktu (zgodnie z wymaganiami Zamawiającego) w celu wprowadzenia środków naprawczych". Zmiany zostały poczynione na przestrzeni lat 2021-2024.

W załączniku nr 11 do dokumentu samooczyszczenia zawarto Regulamin Kontroli i Audytu w Torhamer spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa. W § 1 obejmującym postanowienia ogólne wskazano, że: „W związku z udziałem Torhamer spółka z o.o. spółka komandytowa z siedzibą w Gdyni (spółka) w przetargach publicznych na projektowanie i wykonanie robót budowlanych na terenie kraju oraz koniecznością wprowadzenia dodatkowej kontroli nad terminowym i należytym wykonywaniem zamówień publicznych udzielanych przez zamawiających, wprowadza się w spółce dodatkowe procedury kontrolne i mechanizmy audytu wewnętrznego, opisane w treści niniejszego Regulaminu."; „System kontroli i audytu jako integralną część zarządzania i kierowania spółką tworzy i wprowadza w życie spółka uchwałą Zgromadzenia Wspólników, do której niniejszy Regulamin jest załącznikiem." „Regulamin stanowi zasady i unormowania wynikające ze struktury organizacji i zarządzania spółką, w tym określa: a. Utworzenie Działu Kontrolingu oraz jego zadania; b. zasady organizacji i funkcjonowania kontroli; c. raportowanie wyników kontroli do Zarządu spółki; d. mechanizmy wprowadzania zmian pokontrolnych oraz zasady odpowiedzialności osób realizujących kontrakty z zamawiającymi publicznymi." W oparciu o § 2 utworzono Dział Kontrolingu, któremu powierzono kontrolowanie i prowadzenie bieżącego audytu przebiegu realizacji inwestycji publicznych oraz tworzenie i wdrażanie działań pokontrolnych usprawniających działania spółki. Utworzono również stanowisko kontrolera i określono jego zadania. W § 3 określono zasady organizacji i funkcjonowania kontroli i audytu, zaś w § 4 raportowanie wyników kontroli do zarządu spółki. Ustalono również sposób wprowadzania zmian pokontrolnych oraz kwestie odpowiedzialności osób kontrolowanych (Rozdział V ww. Regulaminu).

Wyrokiem z dnia 12 sierpnia 2025 r. (sygn. KIO 2735/25) Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie wykonawcy INFRAKOL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.kw zakresie zarzutu nr 3 i nakazała Zamawiającemu uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami oraz załączników do złożonego przez Przystępującego w dniu 2 czerwca 2025 r. oświadczenia w zakresie braku podstaw do wykluczenia. Wobec powyższego, pismem z dnia 12 września, Zamawiający udostępnił Odwołującemu dokumenty złożone przez wykonawcę TORHAMER w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym załączniki do oświadczenia z dnia 2 czerwca 2025 r. w zakresie braku podstaw do wykluczenia.

Izba zaliczyła w poczet akt postępowania, w tym jako dowód w sprawie dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej przez Zamawiającego w dniu 10 października 2025 r., w tym w szczególności:

- ogłoszenie o zamówieniu,
- SWZ wraz z załącznikami, pytaniami i wyjaśnieniami SWZ,
- Informacja z otwarcia ofert dnia 28 kwietnia 2025 r.,
- wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskich cen wraz z odpowiedziami wykonawców;
- wezwanie do TORHAMER dotyczące złożenia podmiotowych środków dowodowych wraz z odpowiedzią tego wykonawcy i załącznikami, w tym JEDZ i dokumentami dotyczącymi samooczyszczenia – z dnia 2 czerwca 2025 r., również objętymi tajemnicą przedsiębiorstwa, odtajnionymi przez Zamawiającego,
- informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z 23 czerwca 2025 r.,
- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 sierpnia 2025 r. (sygn. KIO 2735/25) oraz pismo Zamawiającego z 12 września w przedmiocie udostępnienia Odwołującemu odtajnionych dokumentów Przystępującego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, co następuje.

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że podjęte przez wykonawcę TORHAMER działania prowadzące do samooczyszczenia zostały należycie ocenione przez Zamawiającego, a w konsekwencji, Zamawiający prawidłowo dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy TORHAMER. Wykluczenie tego wykonawcy z postępowania w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP nie było zasadne.

W ocenie Izby, wbrew twierdzeniom Odwołującego, wykonawca TORHAMER dokonał skutecznego samooczyszczenia, spełniając wszystkie, adekwatnie odniesione do stanu faktycznego sprawy przesłanki, o których mowa w art. 110 ust. 2 PZP, w tym wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane ze swoim nieprawidłowym działaniem i podjął stosowne środki zaradcze, co prawidłowo dostrzegł i ocenił Zamawiający.

W sprawie, bezsporne między stronami było, że wykonawca TORHAMER naprawił wyrządzone szkody, w wyniku potrącenia z wynagrodzenia tego wykonawcy naliczonych zarówno przez Pomorską Kolej Metropolitalną S.A. w ramach Umowy PKM, jak też przez PKP PLK S.A. w ramach Umowy PKP, kar umownych. Odwołujący nie kwestionował tycl okoliczności.

Bezsporne pozostawało również, że samooczyszczenie zostało przedłożone Zamawiającemu na odpowiednim etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wykonawca INFRAKOL kwestionował postawę Przystępującego uznając, że w samooczyszczeniu z jednej strony

wskazywał, że do opóźnienia Umowy PKM doszło z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność, zaś z drugiej – że to wskutek skomplikowania robót budowlanych oraz wystąpienia licznych przeszkód i kolizji nie udało się dochować terminu. Izba nie miała wątpliwości, iż zarzut w tym zakresie jest bezzasadny. Z dokumentu samooczyszczenia (pismo z 2 czerwca 2025 r.) wynika bowiem jednoznacznie, że TORHAMER przyznał się do swojej odpowiedzialności. Potwierdza to również fakt, że zaakceptował potrącenia kwot kar umownych (naprawił szkody) oraz wprowadził działania naprawcze (środki zaradcze), w tym już na etapie realizacji inwestycji objętej Umową PKM. Wykonawca, który uchyla się od odpowiedzialności lub jej nie uznaje, nie podejmuje tego rodzaju działań. Niezależnie od powyższego, Izba nie doszukała się w żadnym miejscu złożonych w sprawie dowodów oraz pism procesowych śladu zakwestionowania przez wykonawcę TORHAMER swojej odpowiedzialności za „nieprawidłowe postępowanie" (art. 110 ust. 2 PZP).

Przede wszystkim jednak, Odwołujący kwestionował spełnienie pozostałych dwóch przesłanek skutecznego samooczyszczenia, tj. wyczerpujące wyjaśnienie faktów i okoliczności związanych z nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami (art. 110 ust. 2 pkt 2 PZP) oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, odpowiednich dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu (art. 110 ust. 2 pkt 3 PZP).

Izba stwierdziła, że Zamawiający miał podstawy, by uznać że również te przesłanki skutecznego samooczyszczenia zostały spełnione. Mając na uwadze treść sformułowanych w ww. zakresie zarzutów i uzasadnienie odwołania, należy podkreślić, że decydujące znaczenie przy ocenie czynności wykonawcy podjętych w ramach samooczyszczenia ma wynikająca z art. 110 ust. 3 PZP zasada proporcjonalności, którą pominął Odwołujący. Zgodnie z ww. regulacją, zamawiający ocenia, czy podjęte przez wykonawcę czynności zmierzające do samooczyszczenia są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. Jeżeli nie są one wystarczające do wykazania jego rzetelności, zamawiający wyklucza wykonawcę.

Powyższe oznacza, że podjęte przez wykonawcę działania powinny być adekwatne do sytuacji, tj. odpowiednio dobrane w zależności od doniosłości skutków nieprawidłowego działania wykonawcy i jego okoliczności (w tym łagodzących lub zaostrzających) i w efekcie działania te powinny skutkować uznaniem, że wykonawca ten jest rzetelny. Należy podkreślić, że skutecznym nie będzie samooczyszczenie, w ramach którego wykonawca podejmie jakiekolwiek działania naprawcze, w tym działania niedopasowane do okoliczności, nieracjonalne, czy też niezapobiegające dalszym tego typu sytuacjom. Z drugiej strony zasada proporcjonalności oznacza brak możliwości wymagania od wykonawcy działań nadzwyczajnych, ponad jego możliwości, podejmowanych „na wyrost" lub wykraczających w swych skutkach poza cel samooczyszczenia.

W tym kontekście, w ocenie Izby, Odwołujący wymaga od Zamawiającego przyłożenia ponadprzeciętnej miary dla uznania działań TORHAMER w ramach samooczyszczenia – za skuteczne. Odwołujący zakwestionował fakt wyczerpującego wyjaśnienia okoliczności nieprawidłowego postępowania w ramach Umowy PKM oraz fakt wdrożenia konkretnych środków zaradczych oraz ich adekwatności – pomimo, że pismo zawierające samooczyszczenie, jak też dołączone do niego załączniki wyczerpująco opisują okoliczności dwóch zdarzeń, stanowiących podstawę wykluczenia, jak też podjęte środki zaradcze. Zdaniem INFRAKOL, wykonawca TORHAMER nie wskazał, jakie konkretne przyczyn wiązały się z przekroczeniem terminu Etapu II oraz nie udowodnił, że środki zaradcze w postaci zmian kadrowych i wprowadzenia Regulaminu oraz wynikających z niego działań – są adekwatne i zakwestionował sam fakt ich realnego wdrożenia. W szczególności, zdaniem Odwołującego, wskazanie, że przyczyną nieterminowego złożenia kompletnego wniosku o wydanie pozwolenia wodnoprawnego w ramach Umowy PKM były przeszkody w postaci kolizji istniejącego ciepłociągu GPEC z projektowanym przez wykonawcę przepustem P4, skutkujące koniecznością wprowadzenia zmian w dokumentacji projektowej (pkt 22 Aneksu nr 4) oraz fakt przekazania wykonawcy przez projektanta działającego na zlecenie PKP PLK uzgodnień warunkowych, z zastrzeżeniem, ze trwają analizy techniczno-ekonomiczne zamiennego rozwiązania projektowego stacji Kokoszki, nie było wystarczającym wyjaśnieniem, spełniającym przesłankę, o której mowa w art. 110 ust. 2 pkt 2 PZP. Na marginesie, warto też wskazać, że niezrozumiałym jest zarzut Odwołującego, dotyczący niewyczerpującego wyjaśnienia okoliczności zwłoki w realizacji Etapu II Umowy PKM, w sytuacji, gdy sam Odwołujący wskazuje w odwołaniu na te okoliczności i co więcej, powołuje się na konkretne postanowienia zawarte w przedłożonej przez wykonawcę TORHAMER dokumentacji, w tym aneksu nr 4. Z kolei, w odniesieniu do zarzutu nieadekwatności podjętych środków zaradczych, Odwołujący podniósł w szczególności, że wszystkie ruchy kadrowe związane z zakończeniem współpracy wynikały bądź z inicjatywy pracownika, lub też z upływu czasu, na który została zawarta umowa, a nadto związane były z zakończeniem współpracy i dotyczyły inżyniera budowy (następnie kierownika robót torowych), inżyniera budowy (pełnienie nadzoru w branży energetycznej), kolejnej osoby w branży energetycznej, Dyrektora Projektu, które to osoby nie zajmowały się w toku realizacji inwestycji pozyskiwaniem pozwoleń wodnoprawnych, gdyż leży to w sferze obowiązków projektanta, a nie osób nadzorujących wykonywanie robót budowlanych. Zdaniem Odwołującego, również zatrudnienie nowych osób nie dowodzi jakiegokolwiek związku pomiędzy takimi decyzjami kadrowymi a stwierdzonym naruszeniem.

Z powyższym nie sposób się zgodzić. W ocenie Izby, Odwołujący wykracza w ten sposób poza przesłanki skutecznego samooczyszczenia i związaną z nimi zasadę proporcjonalności. Po pierwsze, Odwołujący domaga się, by okoliczności nieprawidłowego działania zostały ustalone przez Przystępującego i opisane wnikliwiej, niż to zostało dokonane na gruncie samej Umowy PKM. Skoro strony w preambule do aneksu nr 4 opisały wszystkie okoliczności związane z opóźnieniami i przeszkodami w realizacji Umowy PKM, w tym ustaliły, jaka w tym zakresie odpowiedzialność ciąży na Przystępującym, to nie sposób wymagać od Przystępującego, by przedstawił Zamawiającemu inne okoliczności, w tym bardziej precyzyjnie ustalone lub określił swoją odpowiedzialności inaczej. Przedstawienie przez wykonawcę TORHAMER wszystkich dokumentów, które dotyczą okoliczności nieprawidłowego działania, w tym tych które je dokładnie opisują – należy uznać za wyczerpujące wyjaśnienie faktów i okoliczności związanych z nieprawidłowym postępowaniem. Ponadto, w zależności od okoliczności stanu faktycznego sprawy, może okazać się również, że precyzyjne ustalenie okoliczności nieprawidłowego postępowania wykonawcy nie jest możliwe, z uwagi na zawiłość postanowień umowy i złożoność faktów, które wystąpiły w przebiegu realizacji danego zadania. Wówczas, nie jest również możliwe jednoznaczne i wyczerpujące ustalenie wszystkich osób odpowiedzialnych za naruszenia. W ocenie Izby, wielowątkowość przebiegu realizacji Umowy PKM uniemożliwia wyjaśnienie okoliczności związanych z „nieprawidłowym postępowaniem" TORHMAER w stopniu, w jakim chciałby tego Odwołujący, w tym ustalenie, jakie konkretnie osoby odpowiedzialne były za nieprawidłowości. Jakkolwiek, rację ma Odwołujący, że ustalenie wszystkich okoliczności „nieprawidłowego działania" wykonawcy jest konieczne dla określenia niezbędnych środków zaradczych i ich wdrożenia, to jednak nie w każdym przypadku jest to w pełni możliwe. W takich sytuacjach, przyjmując interpretację Odwołującego, dokonanie samooczyszczenia przez wykonawcę nie byłoby możliwe, czemu przeciwdziała zasada proporcjonalności. W ocenie Izby, wówczas wykonawca może poprzestać na podjęciu takich środków zaradczych, które są adekwatne do okoliczności „nieprawidłowego działania", które udało się ustalić chociażby w sposób ogólny. W szczególności, w przypadku zaistnienia zwłoki po stronie wykonawcy TORHAMER, której przyczyny są złożone i nie zostały precyzyjnie ustalone przez same strony Umowy PKM, podjęcie środków zaradczych o charakterze ogólnym, takich jak właśnie utworzenie Działu kontrolingu i stanowiska Kierownika Kontrolingu oraz przeprowadzenie zasadniczych zmian w składzie personelu, należy ocenić jako należyte działanie wykonawcy prowadzące do wykazania jego rzetelności.

Ponadto, Izba uznała, iż poprzez argumentację odwołania, Odwołujący próbuje w istocie przerzucić ciężar dowodowy na Przystępującego, podczas gdy to wykonawca INFRAKOL, zgodnie z wyrażoną w art. 534 ust. 1 PZP zasadą, powinier udowodnić fakty, z których wywodzi skutki prawne, a zatem dowieść, że TORHAMER w istocie nie wdrożył środków, na które wskazał, czy też że przyczyną zwłoki w realizacji Etapu II były inne okoliczności niż wskazane w dokumentacji złożonej przez wykonawcę TORHAMER. Izba zauważa, że Przystępujący przedłożył liczne dokumenty potwierdzające podjęcie i wdrożenie konkretnych środków zaradczych, w tym wprowadzenie Regulaminu Kontroli i Audytu, w ramach którego utworzono Dział Kontrolingu i określono obowiązki w zakresie raportowania wyników kontroli do Zarządu spółki oraz mechanizmy wprowadzania zmian pokontrolnych, a także zasady odpowiedzialności. Odwołujący wskazał, że wykonawca TORHAMER nie przedłożył dowodów, że ww. regulacje zostały wdrożone, zaś pracownicy zapoznali się z nim i go stosują, niemniej rację ma Przystępujący, iż to po stronie Odwołującego leży ciężar dowiedzenia, że było inaczej. W ocenie Izby bowiem, załączone do oświadczenia o samooczyszczeniu dokumenty były wystarczające do uznania, że – w okolicznościach sprawy – wykonawca TORHAMER podjął stosowne, konkretne środki zaradcze. Izba nie znalazła podstaw do zakwestionowania ich wdrożenia, bowiem twierdzenia Odwołującego były bezpodstawne, tj. niczym niepoparte. Izba nie miała wątpliwości co do wykazania przez Przystępującego samego faktu podjęcia konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, skoro zostały one udowodnione dołączonymi do samooczyszczenia dokumentami, podpisanymi podpisem elektronicznym przez osobę upoważnioną do działania w imieniu wykonawcy. Odwołujący nie zakwestionował skutecznie wdrożenia tych środków, nie wskazał, dlaczego miało by to być wątpliwe. Ponownie próbował przerzucić ciężar dowodzenia na Przystępującego, wymagając od niego złożenia dodatkowych licznych dowodów, w postaci oświadczeń pracowników, że zapoznali się z nowym Regulaminem itd. Niemniej, w ocenie Izby brak jest wątpliwości co do spełnienia przesłanki z art. 110 ust. 2 pkt 3 PZP, skoro wykonawca TORHAMER złożył dowody podjęcia środków zaradczych, które nie zostały w żaden sposób zakwestionowane. Izba uznała te środki za adekwatne, bowiem odpowiadały na zaistniałe problemy, przeciwdziałając powstaniu takim okoliczności sprzyjających uznaniu, ze doszło do „nieprawidłowego postępowania" w przyszłości. Rację ma przy tym Przystępujący podnosząc, że środki zaradcze mają dotyczyć funkcjonowania wykonawcy w przyszłości, a nie nieprawidłowego działania, z którego wynikła potrzeba ich podjęcia. Środki te mają bowiem być „odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu", a nie służyć naprawieniu szkody wynikającej z nieprawidłowego postępowania, skoro przesłanka ta została uregulowana odrębnie.

Nie sposób zgodzić się również z argumentem odwołania, jakoby dowodem na nieskuteczność i pozorność wdrożonych, w wyniku naruszeń Umowy PKM działań była nałożona kara umowna związana z realizacją Umowy PKP, skoro w tym

wypadku „nieprawidłowe postępowanie" wykonawcy związane było z zupełnie innymi okolicznościami, którym wdrożone w związku z Umową PKM środki nie mogły przeciwdziałać, tj. z upadłością podwykonawcy. W szczególności, Dział Kontrolingu, zgodnie z § 2 ust. 1 Regulaminu Kontroli i Audytu, jest odpowiedzialny za kontrolowanie i prowadzenie bieżącego audytu przebiegu realizacji inwestycji publicznych oraz tworzenie i wdrażanie działań pokontrolnych usprawniających działania spółki. Dział Kontrolingu nie jest zatem odpowiedzialny za prowadzenie audytu finansowego swoich podwykonawców, lecz działa wyłącznie w zakresie realizacji danej inwestycji (przebiegu wykonania przedmiotu umowy). Niezależnie od powyższego, ponownie należy wskazać, iż Odwołujący w tym zakresie podniósł niczym nieudowodnione wątpliwości, a zatem również ten argument nie świadczy o wadliwości czynności lub zaniechań Zamawiającego, zaskarżonych odwołaniem.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 zd. 1, art. 554 ust. 1 pkt 1 PZP, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania – na podstawie 557 PZP oraz w oparciu o przepisy 1 i pkt 2 lit. a) i b) w zw. z 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobieraniu wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437 ze zm.).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca:…….....