Sygn. akt: KIO 2076/23

WYROK z dnia 31 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Członkowie: Agata Mikołajczyk

Aneta Mlącka

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 31 lipca 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lipca 2023 r. przez Odwołującego Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie, Al. Bohaterów Warszawy 33, 70-340 Szczecin

przy udziale

Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Kobylarnia Spółka Akcyjna, Kobylarnia, ul. Zakole 1, 86-061 Brzoza, MIRBUD Spółka Akcyjna, ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

Wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Okólna 10, 42-400 Zawiercie zgłaszającego przystąpienie do

postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego – Budimex S.A. i:

2.1 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 oraz kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów Zamawiającego;

2.2 zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……

Członkowie: ……

Sygn. akt: KIO 2076/23

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – GDDKiA Oddział w Szczecinie, w trybie podstawowym na budowę drogi S11 na odcinku Koszalin – Szczecinek. Odcinek: węzeł „Bobolice" (bez węzła) – węzeł „Szczecinek Północ" (z węzłem) (sygn. postępowania: O/Sz.D-3.2410.1.2023), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 03.02.2023 r., 2023/S 025-069307, wobec czynności polegających na badaniu i wyborze oferty najkorzystniejszej (Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o.), wniesione zostało w dniu 17.07.2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie Wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie.

Zamawiający poinformował o podjętych czynnościach pismem z 06.07.2023 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 18 ust. 1 Pzp w zw. z art. 74 ust. 2 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „uznk") w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp poprzez wadliwą ocenę skuteczności dokonanego przez Intercor zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w odpowiedzi tego wykonawcy na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 Pzp i

niezasadne przyjęcie, że informacje zawarte w wyjaśnieniach złożonych przez Intercor w zakresie, w jakim odnoszą się do kosztu (cen) i wartości poszczególnych robót i prac, jak również w zakresie parametrów technicznych (takich jak np. długości, szerokości, rodzaje konstrukcji, rodzaje posadowienia) obiektów, które w związku z przedmiotowym zamówieniem zaprojektować i zrealizować ma wykonawca, mają dla Intercor wartość gospodarczą i że wartość ta została przez Intercor wykazana, a w konsekwencji, że informacje te zostały przez Intercor skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. W wyniku tych działań Zamawiający błędnie nie udostępnił wskazanych informacji Odwołującemu, co w konsekwencji prowadzi do naruszenia naczelnej zasady prawa zamówień publicznych, tj. zasady jawności postępowania, przez co utrudnił też wykonawcom udział w Postępowaniu, ograniczając ich możliwości weryfikacji poprawności oferty złożonej przez Intercor, co jednocześnie prowadzi do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz jest niezgodnie z zasadami proporcjonalności;

ewentualnie (w przypadku nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 1)

2. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Intercor, pomimo tego że oferta Intercor jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie opisanym w dalszej części niniejszego odwołania;

3. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Intercor z uwagi na fakt, że wykonawca ten podlega wykluczeniu z Postępowania na podstawie przepisu art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp bowiem, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp (tj. nienależycie wykonanych wcześniejszych umów) – na str. 16 JEDZ Intercor oraz w wyjaśnieniach załączonych do JEDZ Intercor, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

4. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Intercor, pomimo tego że Intercor w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu, w zakresie informacji o braku podstaw do wykluczenia z Postepowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp (tj. nienależycie wykonanych wcześniejszych umów) – na str. 16 JEDZ Intercor oraz w wyjaśnieniach załączonych do JEDZ Intercor;

5. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Intercor, pomimo tego że Intercor 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;

ewentualnie (w przypadku uznania zarzutu wskazanego w pkt 5 powyżej za przedwczesny)

6. art. 128 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Intercor do udzielenia szczegółowych wyjaśnień dotyczących poszczególnych przypadków i okoliczności nie wykonania przez Intercor lub nienależytego wykonania albo długotrwałego nienależytego wykonywania przez tego wykonawcę istotnych zobowiązań wynikających z wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego lub umów koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady, w sytuacji gdy dotychczas przekazane

Zamawiającemu w tym zakresie informacje (ogólnikowe, hasłowe) są niewystarczające do tego, aby ocenić, czy względem wykonawcy Intercornie są spełnione przesłanki do wykluczenia z Postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Intercor, przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, a w ramach tej czynności: odrzucenia oferty Intercor z uwagi na wystąpienie podstaw do wykluczenia z postępowania z uwagi na fakt, że wykonawca ten wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji lub, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił informacje wprowadzające w błąd, odrzucenia oferty Intercor z uwagi na wystąpienie podstaw wykluczenia z uwagi na fakt, że wykonawca ten, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązania wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady; ewentualnie, wezwania Intercor do udzielenia szczegółowych wyjaśnień dotyczących poszczególnych przypadków i okoliczności nie wykonania przez Intercor lub nienależytego wykonania albo długotrwałego nienależytego wykonywania przez tego wykonawcę istotnych zobowiązań wynikających z wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego lub umów koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady, w sytuacji gdy dotychczas przekazane Zamawiającemu w tym zakresie informacje (ogólnikowe, hasłowe) są niewystarczające do tego, aby ocenić, czy względem wykonawcy nie są spełnione przesłanki do wykluczenia z postępowania; udostępnienia Odwołującemu wskazanych informacji, ewentualnie odrzucenia oferty Intercor z uwagi na to, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W ocenie Odwołującego Zamawiający dokonał wadliwej oceny skuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji złożonych w wyjaśnieniach Intercor z 25.05.2023 r., w zakresie w jakim odnoszą się do

kosztu (cen) i wartości poszczególnych robót i prac oraz parametrów technicznych (takich jak np. długość, szerokość, rodzaje konstrukcji, rodzaje posadowienia) obiektów, które w związku z przedmiotowym zamówieniem zaprojektować i zrealizować ma wykonawca, uznając, iż mają one wartość gospodarczą dla wykonawcy. – patrz pkt 20 i 21. Samo podanie wartości (ceny lub kosztu) bez wskazania, w jaki sposób do wartości tej dochodzi, nie niesie za sobą żadnej wartości gospodarczej dla konkurenta („know about") – odpowiedzi na pytania: 2, 21, 27, 28, 29, 30, 48, 51, 56, 61, 62, 64, 73 – Odwołujący domaga się ich odtajnienia.

W ocenie Odwołującego, cech know-how nie mają informacje, które dotyczą parametrów technicznych finalnego „produktu", który ma powstać w wyniku realizowanego zamówienia, np. informacje dotyczące długości i szerokości obiektów, które w zasadzie definiują obiekt. Podobnie informacja o zastosowanym typie konstrukcji, czy rodzaju posadowienia, bez podawania szczegółowych informacji pozwalających (z uwagi na pewne szczególne właściwości) na ich zastosowanie i zakres tego zastosowania, nie stanowi know-how wykonawcy, bowiem jest to wiedza techniczna, inżynieryjna, powszechnie dostępna dla branży. Należy je odróżnić od informacji, które obrazują osiągnięcie określonych rozwiązań – odpowiedzi na pytania nr 79, 48, 52 – Odwołujący domaga się ich odtajnienia.

Odwołujący nie kwestionuje skuteczności zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji pozwalających na zidentyfikowanie kontrahentów Intercor.

Zarzut niezgodności oferty z warunkami zamówienia Odwołujący podniósł z zastrzeżeniem, iż nie miał dostępu do kluczowych informacji zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa. Odwołujący wskazał na czym niezgodność miała polegać w oparciu o dostępne dane odnosząc się do wyjaśnień i pytań zadanych przez Zamawiającego Intercor w piśmie z 28.04.2023 r. (pytania 61 i 79). Zamawiający zastrzegł, iż zmiany w stosunku do rozwiązań Projektu Budowlanego nie mogą powodować konieczności zmiany uzyskanej decyzji ZRID lub pozwolenia wodnoprawnego. W oparciu o długość całkowitą obiektów wynikającą z dokumentów Zamawiającego (Projekt Budowlany oraz pozwolenia wodnoprawnego), Odwołujący wskazał, iż Intercor nie uwzględnił wszystkich parametrów projektowanych obiektów i przyjął do obliczenia ceny długość odpowiednio dla obiektu 66+790 90 m, również dla obiektu 50+700 160 m, nie analizując przy tym wszystkich decyzji. Parametr przedstawiony w decyzji ZRID oraz postanowieniu RDOŚ odnosi się do minimalnej długości estakady w świetle, co nie stanowi długości całkowitej obiektu. Podanie przez Intercor długości inne niż dopuszczone +/- 2% przez Prawo budowlane stanowi zmianę istotną, która stanowi o istotnej niezgodności oferty z swz i warunkami zamówienia.

Ponadto, Intercor miał wprowadzić Zamawiającego w błąd oświadczeniem złożonym w JEDZ w odniesieniu do fakultatywnej przesłanki wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy. Intercor z ostrożności potwierdził odpowiadając na pytanie (w związku z jego brzmieniem), że zachodzi wobec niego podstawa do wykluczenia załączając dodatkowy dokument, w którym wskazuje zgodnie z brzmieniem przesłanek ustawowych, iż nie podlega wykluczeniu z uwagi na okoliczności w jakich doszło do naliczenia kar umownych, czy też skorzystania z rękojmi. Odwołujący wskazał na dodatkowe informacje dotyczące znanych mu zdarzeń, które w jego ocenie zostało celowo pominięte, taka by wprowadzić Zamawiającego w błąd, tj. jego przekonania, o rzekomo nieistotnym znaczeniu kar. W ocenie Odwołującego omawiane przypadki wskazują, że Intercor nienależycie

wykonywał zobowiązania, notoryjnie nie dotrzymując terminu realizacji umowy, który jest istotnym zobowiązaniem wykonawcy w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, za co nałożono mu kary umowne w znacznej wysokości. Według inwestorów kary te naliczane są z uwagi na okoliczności leżące po stronie wykonawcy.

W ocenie Odwołującego informacje przedstawione przez Intercor wywołały u Zamawiającego mylne wyobrażenie, że Intercor nie podlega wykluczeniu z Postępowania, zwłaszcza, że Wykonawca nie złożył tzw. „self-cleaningu". U Zamawiającego powinny były powstać wątpliwości, których nie mógł rozwiać „samodzielnie" usprawiedliwiając Intercor w zakresie nieprawidłowo zrealizowanych umów. Zamawiający nie otrzymał bowiem od Intercor żadnych danych, które pozwalałyby Zamawiającemu na rozstrzygnięcie, czy w zaistniałych okolicznościach, wobec Intercor, nie są spełnione przesłanki do wykluczenia z Postępowania i czy wykonawca ten miał podstawy do tego, aby nie składać samooczyszczenia, chcąc uniknąć wykluczenia z Postępowania. Bez szczegółowych danych, które pozwalałyby na przybliżenie okoliczności, w jakich doszło, np. do nałożenia kar umownych Zamawiający nie mógł rozstrzygnąć powyższych kwestii. Co więcej, z uwagi na to, że wykonawca nie przedstawił żadnych danych, które identyfikowałyby kontrakty, w których wykonawca napotkał na pewne „trudności", Zamawiającemu została tak naprawdę odebrana szansa na to, aby zwrócić się o dodatkowe informacje także do inwestorów tamtych zadań. W tym stanie rzeczy było absolutnym i bezwzględnym obowiązkiem Zamawiającego wezwanie Intercor do złożenia dodatkowych wyjaśnień.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Sp. z o.o., a po stronie Odwołującego konsorcjum w składzie: Kobylarnia S.A., Mirbud S.A.

Zamawiający złożył w dniu 28.07.2023 r. odpowiedzi na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.
Zamawiający odniósł się zarzutów prezentując własne stanowisko w sprawie w zakresie każdej z podstaw zarzutów.

Przystępujący po stronie Zamawiającego Intercor złożył stanowisko pisemne w piśmie z 31.07.20223 r. odnosząc się do zarzutów skierowanych wobec jego oferty.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołań zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.).

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym ofertę Przedsiębiorstwa Usług Technicznych Intercor Sp. z o.o. (dalej jako Intercor) oraz pozostałe dowody przeprowadzone na rozprawie.

Izba ustaliła i zważyła.

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego w celu zawarcia umowy na „Budowę drogi S11 Koszalin – Szczecinek, odc. w. Bobolice (bez węzła) w. Szczecinek Północ (z węzłem).

W postępowaniu złożonych zostało sześć ofert.

Zgodnie z pkt 9.2. ppkt 7 – 10 Tom I IDW Zamawiający wykluczy Wykonawcę:

1) 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 umowę koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady;

2) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że niepodległa wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych;

3) który bezprawnie wpływał lub próbował wpływać na czynności Zamawiającego lub próbował pozyskać lub pozyskał informacje poufne, mogące dać mu przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

4) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Do złożonej oferty Intercor dołączył dokument JEDZ, w którym w części III sekcja C rubryka III lit. C odpowiadając na pytanie o treści: 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?, zaznaczył odpowiedź „Tak”.

W dalszej części formularza JEDZ Intercor wskazał, że nie zachodzą względem niego podstawy do zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP. Zakreślenie powyżej odpowiedzi „Tak” jest konsekwencją brzmienia sformułowanego pytania, które w swojej treści całkowicie pomija kwestię przyczyn prowadzących do opisanych w pytaniu skutków (umowa rozwiązana przed czasem, nałożono odszkodowanie bądź inne sankcje). Tymczasem przepis PZP, którego to pytanie dotyczy (art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP) wskazuje, że wykluczenie nastąpić może jedynie, gdy skutki te są konsekwencją przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Przepis ten wskazuje również na stopień czy zakres zdarzeń ocenianych na gruncie art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP (które to okoliczności również pominięte są w pytaniu). Uwzględniając powyższe Intercor, kierując się troską o zapewnienie maksymalnej przejrzystości, załącza do JEDZ odrębne oświadczenie tj. Załącznik nr 1 do dokumentu JEDZ, odnoszące się do niniejszego pytania. Jednocześnie Intercor jeszcze raz podkreśla, że w stosunku do Intercor nie zachodzą okoliczności, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP, a niniejsza informacja przedstawiana jest jedynie z ostrożności.

Wykonawca dodatkowo w załączniku do JEDZ poinformował o nałożonych karach umownych przy realizowanych kontraktach, jak również realizacji uprawnień przez zamawiających z tytułu rękojmi. Wykonawca podkreślił, iż znaczna część kar dotyczyła drobnych uchybień. Kary umowne z tego tytułu opiewają na niskie, w kontekście wartości realizowanych kontraktów, kwoty. Dotyczy to np. kar za opóźnienia pociągów, zajęcia pasa drogowego, uruchomienie zastępczej komunikacji, realizacji zobowiązań informacyjnych dotyczących podwykonawców. Tego typu sytuacje często dotykają wykonawców realizujących inwestycje publiczne. Z uwagi na ich bagatelną wartość wykonawcy niejednokrotnie nie negują ich w relacji z zamawiającymi, lub czynią to w zbiorczy sposób (angażowanie wsparcia prawnego i finansowego w każdorazowe tego typu zdarzenie skutkowałoby poniesieniem kosztów przekraczających wysokość kary umownej). Należy jednak mieć na uwadze, że analizowany art. 109 ust. 1 pkt 7 nowej ustawy PZP wymaga, aby niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez wykonawcę nastąpiło „w znacznym stopniu lub zakresie". Nie sposób uznać, że ów wymóg spełniony jest w przypadku tego typu kar umownych. Jednocześnie Intercor podkreśla, że w przypadku kilku kontraktów naliczenie przez zamawiającego kary umownej jest (lub w niedalekiej przyszłości będzie) przedmiotem sporu sądowego. Niezależnie jednak od wartości naliczonej kary, przyczyny jej nałożenia czy też innych okoliczności, Intercor wskazuje, że nie ziściła się kluczowa przesłanka art. 109 ust. 1 pkt 7 nowej ustawy PZP, tj. nie nastąpiło to z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Z analogiczną sytuacją mamy do czynienia w przypadku realizacji przez zamawiających uprawnień z tytułu rękojmi. W przypadku niektórych kontraktów realizowanych przez Intercor doszło do realizacji tego typu uprawnień (co jest

sytuacją spotykaną bardzo często w przypadku skomplikowanych inwestycji infrastrukturalnych), w żadnym jednak z wypadków nie doszło do spełnienia się przesłanek art. 109 ust. 1 pkt 7 nowej ustawy PZP. W razie jakichkolwiek wątpliwości Zamawiającego, Intercor zadeklarował pełną gotowość do udzielenia dalszych wyjaśnień i przedłożenia stosownych dokumentów.

Pismem z dnia 28.04.2023 r. Zamawiający wystąpił do Intercor na podstawie art. 223 ust. 1 o złożenie wyjaśnień w celu weryfikacji zgodności treści oferty z warunkami zamówienia. Zamawiający zadał 90 pytań szczegółowych, w tym pytanie nr 79 o rozwiązania projektowe dla branży mostowej (oddzielenie dla każdego obiektu) przyjęte przez wykonawcę. Zamawiający oczekiwał informacji o tym Jaki rodzaj posadowienia przewidziano, a w przypadku posadowienia specjalnego jaką technologię planuje Wykonawca zastosować dla każdego z obiektów? Prosimy o podanie parametrów obiektów. Takie samo wezwanie otrzymał Odwołujący.

Intercor w odpowiedzi z 25.05.2023 r. na pytanie nr 79 w formie tabelarycznej przedstawił dane dla 26 obiektów, utajniając informacje dotyczące długości całkowitej, szerokości całkowitej, typu konstrukcji i rodzaju posadowienia dla wszystkich 26 obiektów. Wyjaśnienia Intercor zostały we fragmentach objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Intercor zastrzegł informacje i dokumenty załączone do wyjaśnień, w tym oferty podwykonawców, kalkulacje własne, informacje na temat sposobu realizacji przedmiotu zamówienia. Intercor przedstawił uzasadnienie dla dokonanego zastrzeżenia.

Odwołujący w całości utajnił wyjaśnienia.

Zamawiający dokonał weryfikacji skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w wyjaśnieniach obu wykonawców.

Pismem z dnia 6.06.2023 r. Zamawiający częściowo odtajnił informacje przedstawione w wyjaśnieniach Intercor (odpowiedzi na pytania: 16, 20, 25, 31, 53, 72, 77, 80, 83 – we fragmentach lub w całości). Utajnione pozostały odpowiedzi udzielone na pytania:

- nr 2 - w zakresie wskazanego przez Wykonawcę kosztu zatrudnienia nadzoru

przyrodniczego w postaci ekspertów do spełnienia wymogów decyzji środowiskowej oraz postanowienia RDOŚ;

- nr 6 - w zakresie w którym Wykonawca wskazał techniczne rozwiązania związane z odwodnieniem Placu budowy oraz urządzenia, które zamierza zastosować;

- nr 7 - w zakresie, w którym Wykonawca opisał zamierzony sposób zagospodarowania wód z odwodnienia obiektów;

- nr 10 - w zakresie planowanego przez Wykonawcę sposobu finansowania inwestycji w formie zaliczek udzielanych przez zamawiającego;

- nr 11 - w zakresie, w którym Wykonawca opisał sposób finansowania robót oraz wskazał wysokość przyznanego limitu kredytowego;

- nr 12 - w zakresie w którym Wykonawca wskazał dane identyfikujące biuro projektowe, z którym zamierza współpracować przy realizacji inwestycji oraz planowane rozwiązania organizacyjne w zakresie współpracy z biurem projektowym;

- nr 14 - w zakresie w którym Wykonawca opisał planowane procedury organizacyjne, jakie zamierza stosować w trakcie współpracy z biurem projektowym;

- nr 15 - w zakresie w którym Wykonawca opisał rozwiązania organizacyjne, jakie zamierza wdrożyć przy organizacji współpracy poszczególnych zespołów projektowych;

- nr 21 - w zakresie w którym Wykonawca wskazał szacunkową wysokość odszkodowania z tego tytułu;

- nr 22 - w zakresie, w którym Wykonawca przewiduje możliwość ewentualnego

zastosowania rozwiązań innowacyjnych;

- nr 27 - w zakresie w którym Wykonawca wskazał kwotowo wysokość kosztów

przebudowy;

- nr 28 - w zakresie w którym Wykonawca wskazał koszty związane z wykonaniem MOP;

- nr 29 - w zakresie w którym Wykonawca wskazał wysokość kosztów monitoringu;

- nr 30 - w zakresie w którym Wykonawca wskazał wysokość kosztów konstrukcji

wsporczej;

- nr 39 - w zakresie w którym Wykonawca wymienił zasoby sprzętowe i ludzkie, którym zamierza realizować roboty;

- nr 41 - w zakresie w którym Wykonawca opisał własną praktykę kontraktowania

podwykonawców;

- nr 42 - w zakresie w którym Wykonawca opisał sposób zabezpieczenia terminowych dostaw materiałów strategicznych (wraz z załącznikiem stanowiącym ofertę dostaw tych materiałów);
- nr 43 - w zakresie planowanego przez Wykonawcę sposobu organizacji dostaw;
- nr 44 - w zakresie opisanego przez Wykonawcę sposobu zapewnienia usług

akredytowanego laboratorium;

- nr 45 - w zakresie w którym Wykonawca udzielił odpowiedzi dotyczącej planowanej optymalizacji robót oraz lokalizacji dostawcy materiałów budowlanych;
- nr 48 - w zakresie w którym Wykonawca koszt wykonania SZR (Systemu Zarządzania Ruchem);
- nr 51 - w zakresie w którym Wykonawca wskazał założoną długość dróg do przywrócenia oraz szacowane koszty zawarcia porozumień z zarządcami dróg;
- nr 52 - w zakresie w którym Wykonawca przedstawił parametry wykonania dróg

poprzecznych i dojazdowych;

- nr 55 - w zakresie w którym Wykonawca opisał własną gospodarkę materiałową w

zakresie destruktu;

- nr 56 - w zakresie w którym Wykonawca wskazał ceny wykonania poszczególnych warstw konstrukcji;
- nr 57 - w zakresie w którym Wykonawca opisał sposób organizacji zaplecza

betoniarskiego oraz podał nazwę podwykonawcy;

- nr 59 - w zakresie w którym Wykonawca wskazał technologie wzmocnienia podłoża oraz przedstawił bilans prac ziemnych;
- nr 61 - w zakresie w którym Wykonawca podał wartość robót dla poszczególnych

obiektów inżynierskich;

- nr 62 - w zakresie w którym Wykonawca przedstawił koszty wykonania badań oraz

uzyskania właściwych warunków posadowienia;

- nr 64 - w zakresie w którym Wykonawca wskazał koszt utrzymania zimowego;
- nr 69 - w zakresie sposobu wykorzystania dodatkowych jezdni;
- nr 73 - w zakresie w którym Wykonawca opisał rodzaj zabezpieczeń oraz koszt ich wykonania;
- nr 79 - w zakresie podanych przez Wykonawcę parametrów obiektów (długość całkowita, szerokość całkowita, typ konstrukcji oraz rodzaj posadowienia);
- nr 81 - w zakresie w którym Wykonawca opisał planowana organizację prac w okresach zimowych;
- nr 90 - w zakresie wskazanych przez Wykonawcę obiektów, dla których zakłada

wykonanie chodników dla obsługi.

W dniu 6.07.2023 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Intercor.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła.

Izba oddaliła odwołanie w całości.

Zarzut nr 1 związany z zaniechaniem udostępnienia pełnej treści wyjaśnień Intercor zawierających odpowiedzi na pytania dotyczące zgodności oferty z wymaganiami

zamówienia w odwołaniu został ograniczony do wyjaśnień z 25.05.2023 r. Odwołujący na posiedzeniu wskazywał, iż kolejne wyjaśnienia Intercor z 7.06.2023 r. nie zostały przez Zamawiającego udostępnione, na podstawie czego wnosił o traktowanie zarzutu szerzej z uwzględnieniem drugich wyjaśnień Intercor. Okoliczność ta nie mogła jednak prowadzić do skutecznego rozszerzenia zarzutu, albowiem stanowiłoby to obejście przepisów określających termin na wniesienie odwołania.

Tym samym skład orzekający odniósł się wyłącznie do uzasadnienia i zarzutów dotyczących nieskutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w wyjaśnieniach z dnia 25.05.2023 r.

W tym zakresie Izba oceniała czynność Zamawiającego, który odtajnił w części fragmenty odpowiedzi, które w jego ocenie nie kwalifikowały informacji w nich zawartych do tajemnicy przedsiębiorstwa Intercor. Zamawiający i Przystępujący w pismach procesowych wskazywali na podobny sposób oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w wyjaśnieniach Odwołującego z 26.05.2023 r. zawierających odpowiedzi na te same pytania, które w całości zostały przez tego wykonawcę utajnione. Z zestawienia udzielonych odpowiedzi wynika, iż obaj wykonawcy w ten sam sposób traktują te same kategorie informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa i są nimi zarówno założenia kalkulacyjne dla wybranych elementów prac wskazanych w pytaniach, ale również przyjęta technologia wykonania prac, parametry obiektów, organizacja w tym zaplecza podwykonawczego, czy też finansowanie prac.

Intercor przedstawiło uzasadnienie dla utajnienia informacji, zawartych w samych wyjaśnieniach, jak również w załącznikach, do których Odwołujący co do zasady nie zgłaszał zastrzeżenia braku zasadności ich utajnienia. Dotyczy to między innymi podwykonawców, jak również kalkulacji kosztów, czy też innowacyjnej technologii opisanej w odpowiedzi na część pytań (nr. 22 i 79). Na rozprawie Odwołujący w zasadzie wskazał, iż kluczowym dla tego zarzutu miało być utajnienie wyjaśnień związanych z parametrami obiektów mostowych, których zgodność z wymaganiami zamówienia stanowiła podstawę zarzutu nr 2, do czego zasadniczo sprowadził swoje stanowisko i przedstawiał dodatkowe materiały. Odwołujący podważał wartość gospodarczą informacji o parametrach obiektów, które nie mają charakteru innowacyjnego. Na rozprawie w tym zakresie Zamawiający wskazał, iż w odpowiedzi na pytania Intercor w odniesieniu do obu spornych obiektów nie podał konkretnych wartości określających długość i szerokość całkowitą, natomiast odpowiedź referowała do projektu budowlanego.

Uwzględniając powyższe skład orzekający uznał, iż czynność badania zasadności zastrzeżenia informacji, co do zasady należy ocenić całościowo jako spójną, tj. traktującą w

ten sam sposób wyjaśnienia zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa zarówno przez Intercor jak i Odwołującego. Wprawdzie przedmiotem zarzutu nie jest prawidłowość oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Odwołującego, to jednak dla oceny prawidłowości utrzymania przez Zamawiającego w poufności części odpowiedzi Intercor na pytania, nie może być dokonywana w oderwaniu od całokształtu okoliczności, w jakich ta decyzja była podjęta. Zamawiający przyjął taką samą miarę co do charakteru informacji wskazanych w odpowiedziach na pytania o szczegółowe założenia nie tylko kalkulacyjne, ale również organizacyjne, czy też o technologię i parametry obiektów. Jednocześnie należy zauważyć, iż uzasadnienie dla utajnienia informacji jest jedno dla całości wyjaśnień w zakresie, w jakim Intercor uznał, iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający uznając w części zasadność utrzymania w poufności informacji kierował się argumentami Wykonawcy, które również w części przyznał Odwołujący w swoim stanowisku potwierdzając zasadność utajnienia części informacji, chociażby o podwykonawcach, innowacyjnych technologiach, jak również kalkulacjach ceny. Przyjmując zatem za wystarczające dla utrzymania w poufności części założeń uzasadnienie przedstawione w piśmie z 25.05.2023 r., nie można założyć jak uczynił Odwołujący, iż jest ono niedostateczne co do zasady. Intercor wykazała bowiem spełnienie przesłanek koniecznych do utrzymania tajemnicy przedsiębiorstwa. To nie samo uzasadnienie, ale charakter informacji miał zatem istotne znaczenie dla oceny prezentowanych w wyjaśnieniach Intercor danych związanych z przedmiotem zamówienia, jak i samą organizacją i założeniami.

Co do zasady skład orzekający podzielił argumentację Zamawiającego i Przystępującego po jego stronie prezentowaną w pismach procesowych co do znaczenia danych, które należy postrzegać nie tylko w odniesieniu do celu obecnego przetargu, ale szerzej, jako dane determinujące działalność podmiotu na rynku. Należy odnotować, że zarówno Intercor, jak i Budimex działają na wspólnym rynku, konkurując w przetargach publicznych, a zatem znajomość założeń, które co do zasady nie są prezentowane w ofertach, może istotnie wpływać na sytuację nie tylko w obecnym ale także przyszłych przetargach. Wykonawcy, niezależnie od kosztów, podejmują często kroki prawne tak w celu ochrony własnej tajemnicy przedsiębiorstwa, jak i uzyskania dostępu do informacji zastrzeganych przez konkurencję, co wskazuje dodatkowo na rzeczywiste, gospodarcze znaczenie tych informacji. Nawet, jeżeli informacje nie prezentują szczegółów, to wiedza co do założeń, jakie determinują kalkulację kosztów, pozwala poznać strategię i wykorzystać w walce konkurencyjnej, czego nie można wyłącznie oceniać przez pryzmat złożonej oferty. Fakt, iż Zamawiający zadał aż 90 pytań do treści oferty prowadzi do wniosku, iż miały one szerokie spektrum i dotyczyły wielu elementów, które z założenia nie wynikały wprost z oferty, czy też

samej kalkulacji ceny. Jednocześnie należy zauważyć, iż w sprawie cena ofert nie budziła zastrzeżeń pod kątem podejrzenia zaoferowania rażąco niskiej ceny. Zatem wyjaśnienie kosztów stanowiło dodatkowy element badania wykraczający poza informacje złożone w ofercie i były weryfikowane pod kątem przyjętych założeń, które pozwoliły zaoferować najkorzystniejszą cenę. Już z tego tytułu należy przyznać, iż miały one wartość gospodarczą, którą Odwołujący podważał.

Uwzględniając również sposób w jaki sam Odwołujący traktował informacje przekazane w odpowiedzi na te same pytania, skład orzekający uznał, iż dane dotyczące nie tylko stawek, ale również sposobu wykonania poszczególnych elementów traktowane są przez uczestników rynku, jako tajemnica przedsiębiorstwa i mają rzeczywiste znaczenie z punktu widzenia strategii budowania przewagi cenowej w przetargach publicznych. Złożoność procesu poprzedzającego złożenie oferty, poprzedzane szczegółową analizą dokumentacji, wymaga przyjęcia szczegółowych założeń, których Zamawiający nie wymagał wskazania w ofercie. Prowadzi to do wniosku, iż stanowią one indywidualny dla każdego uczestnika postępowania zespół czynników, który nie jest wyznaczony wyłącznie przedmiotem zamówienia i uwzględnia praktykowany sposób kalkulacji kosztów, co ma bezpośrednie przełożenie na konkurencyjność oferty. Potrzeba ochrony tych informacji, w zasadzie nie wymaga szerszego komentarza, w świetle traktowania tych samych informacji jako

tajemnica przedsiębiorstwa przez Odwołującego.

Ponieważ Odwołujący zasadniczo traktował jako kluczowe dla zarzutu nr 1 informacje dotyczące parametry obiektów mostowych w zakresie związanym z zarzutem nr 2, które miały potwierdzać wykonanie zamówienia zgodnie z parametrami wymaganymi w dokumentacji postępowania, należy wskazać, iż samo odesłanie w odpowiedzi do dokumentu przekazanego przez Zamawiającego, nie mogło ujawniać jakiejkolwiek informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednocześnie, mając na uwadze charakter tej informacji i brak sprecyzowania wartości identyfikującej parametr całkowitej długości i szerokości, nakazanie tylko na tej podstawie udostępnienia tego fragmentu odpowiedzi, nie miało wpływu na wynik oceny, w tym zgodności oferty Intercor z wymaganiami Zamawiającego (o czym szerzej w dalszej części uzasadnienia).

Tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 Ustawy skład orzekający uznał, iż naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 18 ust. 1 Pzp w zw. z art. 74 ust. 2 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „uznk") w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp, nie miało istotnego wpływu na wynik postępowania i oddaliła zarzut. Należy uzupełniająco podnieść, iż w badanej sprawie odpowiedź ta nie mogła mieć nawet hipotetycznego znaczenia dla możliwości skutecznego zakwestionowania treści oferty. Ponieważ nie było wymaganym

podanie tej wartości w ofercie nawet ustalenie, że odpowiedź nie była precyzyjna, nie może prowadzić do uznania, iż wyjaśnienie Wykonawcy potwierdzały niezgodność oferty z swz. Ponadto, Odwołujący podniósł zarzut niezgodności oferty Intercor w zakresie parametrów dwóch obiektów, które objęte zostały tajemnicą przedsiębiorstwa, a który Izba oddaliła (o czym poniżej).

Odnosząc się dalej do zarzutu braku zgodności oferty Intercor z wymaganiami Zamawiającego Izba uznała, iż Odwołujący nie wykazał jego zasadności.

Zarzut dotyczył parametrów dwóch obiektów mostowych opisanych w dokumentacji postępowania, tj. 66+790 i 50+700 (w zakresie całkowitej długości). Odwołujący na rozprawie przyznał, iż niezgodność oferty może wynikać z błędu Wykonawcy popełnionego przy analizie dokumentacji postępowania, w której podane zostały różne długości, tj. dla długości całkowitej oraz długości w świetle (mniejszej). Jak wskazał Odwołujący na rozprawie, być może w ofercie INTERCOR taki błąd wystąpił, co wie sam Zamawiający i Izba, gdyż INTERCOR mógł przyjąć dł. min. 90 m - ze ZRID, a nie z dokumentów pozostałych, tj. projekt budowlany, w którym podana długość całkowita 161,63 m (dotyczą tego odpowiedzi na pytania nr 79, poz. 21 i poz. 4 - dla dwóch obiektów objętych zarzutami odwołania). Jednocześnie należy wskazać, iż wartości te nie mogą być takie same z uwagi na odmienny sposób ich mierzenia, a jak wynika ze zgodnych oświadczeń stron, istotną dla wyceny obiektów była długość całkowita opisana w projekcie budowlanym, a nie w decyzji ZRID – „długość w świetle min. 90 m".

Izba dokonała sprawdzenia odpowiedzi na pytanie nr 79 w zakresie obu spornych obiektów, która nie była udostępniona Odwołującemu wraz z wyjaśnieniami z 25.05.2023 r. (informacja z tabeli – zaciemniona dla wykonawców) i ustaliła, że nie wynika z niej, aby oferta nie uwzględniała wielkości wynikającej z projektu budowlanego. Chociaż nie została wprost wskazana, to Wykonawca odesłał do właściwego dokumentu, tj. projektu budowlanego. Tym samym treść oferty nie potwierdza, aby Wykonawca popełnił błąd składając ofertę na obiekt o innych parametrach, niż wymagane w dokumentacji postępowania. Nie było zatem podstawy do stwierdzenia, iż oferta podlegać powinna odrzuceniu, jako niezgodna z warunkami zamówienia, co prowadziło do oddalenia zarzutu nr 2.

Zarzuty od 3 do 5 odwołania dotyczą oświadczenia złożonego w JEDZ przez Intercor, w którym Wykonawca udzielił odpowiedzi twierdzącej na pytanie w części III sekcja C rubryka III lit. C o treści: 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?.

Zarzuty wprowadzenia Zamawiającego w błąd Odwołując wywodzi z niekompletności informacji, a dokładniej sposobu prezentowania danych o okolicznościach w jakich doszło do naliczenia kar umownych lub skorzystania z rękojmi przez zamawiających. Co do zasady Odwołujący nie wskazał, aby informacje wymagały uzupełnienia o dodatkowe kontrakty, w których doszło do sytuacji opisanej w pytaniu, jednocześnie zastrzegł, iż nie można wykluczyć, aby miało to miejsce po styczniu 2023 r. Odwołujący wskazał jedynie, że pokazana w piśmie z 22.12.2022 r. przez Intercor została tylko jedna kara za nieuwzględnienie uwag inżyniera, co nie obejmuje sytuacji, która wystąpiła, tj. kary za wypadek. Na tą okoliczność złożył pismo z 23.06.2023 r. od zamawiającego – PKP S.A. Z wyjaśnień złożonych na rozprawie przez Intercor (którym Odwołujący nie zaprzeczył) wynika, że pismo z 23.06.2023 r dotyczy kary z 2019 r. naliczonej z tytułu braku nadzoru przy wykonywaniu prac w kwocie 30.000,00 zł. Intercor wyjaśnił również, że wskazane w piśmie zdarzenie nie było wypadkiem, ale incydentem bez poszkodowanych osób. Są to okoliczności znane Odwołującemu, gdy pismo było skierowane do pracownika, tj. aplikanta radcowskiego mec. reprezentującej stronę Odwołującą. Ponadto odnośnie drugiej z kar za nieuwzględnienie uwag inżyniera do harmonogramu Intercor wyjaśnił, że kontrakt został zakończony w terminie i nie ma sporu co do jakości, a karę tę opisał w piśmie i nie traktował jej jako bagatelnej.

W tych okolicznościach skład orzekający uznał, iż Odwołujący nie wykazał, aby Intercor wprowadził Zamawiającego w błąd składanymi oświadczeniami. Zasadniczym argumentem, na jakim Odwołujący opierał swoje wnioski było twierdzenie, iż Wykonawca nie przedstawił pełnego stanu sprawy, umożliwiającego dokonanie przez Zamawiającego samodzielnej oceny znaczenia naliczonych kar, do której to oceny Wykonawca nie był uprawniony w zastępstwie Zamawiającego.

Oddalając w tym zakresie odwołanie Izba uznała, iż oświadczenie w JEDZ, którym Wykonawca potwierdził fakt naliczenia kar umownych w kontraktach, wskazując te kontrakty, jak i kary, nie może być traktowane jako wprowadzające w błąd. Zawarte dodatkowo w załączniku do JEDZ wyjaśnienia miały mieć na celu wskazanie na brak podstaw do wykluczenia, co należy wiązać również z brakiem decyzji o wszczęciu procedury samooczyszczenia. Nie można zgodzić się co zasady z tym, iż udzielenie w JEDZ odpowiedzi twierdzącej miałoby prowadzić do wprowadzenia w błąd, tym bardziej jeżeli wziąć pod uwagę, iż jest to oświadczenie wstępne, co do którego zachodzi możliwość dopytania o szczegóły, jeżeli te nie zostały przedstawione w dostateczny sposób. Sposób prezentacji informacji przekazanych przez Intercor przedstawiony w odwołaniu nie oddaje

rzeczywistego sensu, w szczególności nie pozwala przyjąć jako zgodne z treścią załącznika do JEDZ, iż Intercor traktuje wszystkie kary jako bagatelne, na podstawie czego Odwołujący buduje narrację zarzutu rzekomego wprowadzenia Zamawiającego w błąd.

Należy wskazać, iż zarzut wprowadzenia w błąd wymagał wykazania – w oparciu o rzeczywisty stan, iż informacje o karach były niezgodne z tym stanem faktycznym. Odwołujący nie przedstawił żadnej nowej okoliczności, które pozwalałaby na taki wniosek. Omówiony na rozprawie dowód – pismo z 23.06.2023 r dotyczy kary z 2019 r. naliczonej z tytułu braku nadzoru przy wykonywaniu prac, która wykracza poza 3 letni okres, w jakim może ona prowadzić do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy.

Ponieważ Odwołujący postawił zarzut wprowadzenia w błąd, który odnosił do oświadczenia wstępnego z JEDZ dotyczącego okoliczności, które miałyby prowadzić do wykluczenia z postępowania na podstawie fakultatywnej przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy wykonawcy, 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 umowę koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady, należało wskazać, iż odpowiedź twierdząca w JEDZ na pytanie zredagowane w sposób odbiegający od ustawowej przesłanki, nie może wprost stanowić o wprowadzeniu w błąd co do podstawy wykluczenia z postępowania. To na stronie Odwołującej spoczywał ciężar wykazania, iż miały miejsce również inne zdarzenia, pominięte oświadczeniem Wykonawcy, które kwalifikowane powinny być, jako wyczerpujące przesłanki wykluczenia z postępowania. Podstawy wykluczenia z postępowania nie mogą być domniemywane, co obejmuje wszystkie przesłanki objęte normą art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy. Zarzut zaniechania wykluczenia Intercor z postępowania została wprost powiązany z przesłanką wskazaną powyżej, w zakresie której Zamawiający miał zostać wprowadzony w błąd. Przy takiej konstrukcji zarzutu, przy odpowiedzi twierdzącej na pytanie w JEDZ, nie było podstaw do stwierdzenia, iż Intercor zataił ważne informacje, czy też poświadczył nieprawdę. Zamawiający na podstawie oświadczeń złożonych w JEDZ (i załączniku) mógł ustalić, czy zachodziła podstawa do wykluczenia z postępowania, a w razie wątpliwości mógł dopytać o szczegóły tak Wykonawcę, jak i drugą stronę umowy, która naliczyła karę umowną. W takim stanie rzeczy nie ma podstaw do stawiania zarzutu wprowadzania zamawiającego w błąd, co prowadziło do oddalenia odwołania w tym zakresie.

Izba oddaliła również zarzut naruszenia art. 128 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Intercor do udzielenia szczegółowych wyjaśnień dotyczących poszczególnych przypadków i

okoliczności nie wykonania przez Intercor lub nienależytego wykonania albo długotrwałego nienależytego wykonywania przez tego wykonawcę istotnych zobowiązań wynikających z wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego lub umów koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady, w sytuacji gdy dotychczas przekazane Zamawiającemu w tym zakresie informacje (ogólnikowe, hasłowe) są niewystarczające do tego, aby ocenić, czy względem wykonawcy Intercornie są spełnione przesłanki do wykluczenia z Postępowania.

W ocenie składu orzekającego zarzut ten miał charakter blankietowy i gołosłowny. Uwzględniając wstępny charakter oświadczenia składanego w JEDZ, jak również rzeczywisty zakres informacji wskazanych przez Intercor, nie było podstaw do twierdzenia, iż stały one na przeszkodzie sprawdzeniu, czy zachodzić miałaby podstawa do wykluczenia Wykonawcy z postępowania. Dopiero w sytuacji objętej normą art. 110 ust. 2, tj. w przypadku samooczyszczenia wymagane jest od wykonawcy aby wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym. Okoliczności ta nie zachodziła w sprawie, gdyż Intercor nie prowadził procedury samooczyszczenia, a Odwołujący nie wykazał, aby doszło do wykluczenia Intercor z jakiegokolwiek wcześniej zakończonego postępowania przetargowego w oparciu o stwierdzenie, iż Wykonawca ten w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Samo stwierdzenie, iż doszło do naliczenia kar umownych na kontraktach realizowanych przez Intercor, nie stanowi wystarczającej podstawy do uznania, iż Zamawiający był zobowiązany do prowadzenia postępowania wyjaśniającego, co do którego nadal nie wiadomo w jakim zakresie miałoby mieć miejsce.

Powyższe prowadziło do oddalenia odwołania w całości.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 i § 8 ust. 2 pkt 1 oz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis, a także koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego i obciążyła nimi Odwołującego.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: …….

Członkowie:

20