

WYROK

Warszawa, 5 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 14 października 2024 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Drogowo - Mostowe spółkę akcyjną z siedzibą w Dębicy przy ul. Drogowców 1(39-200 Dębica) w postępowaniu prowadzonym przez Województwo Podkarpackie - Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich

z siedzibą w Rzeszowie przy ul. T. Boya Żeleńskiego 19a (35-105 Rzeszów)

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy ANTEX II spółki

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lubyczy Królewskiej przy ul. Dolnej 1/2 (22-680 Lubycza Królewska)

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie w części dotyczącej zarzutów podniesionych w pkt II tiret pierwsze i trzecie *petitum* odwołania, które wskazywały na naruszenie:

- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b w zw. z art. 118 oraz art. 16 pkt 1 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), względnie art. 128 ust. 3 w zw. z art. 16 tejże ustawy;

- art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 oraz z art. 16 Pzp ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.).

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Przedsiębiorstwo Drogowo - Mostowe spółkę akcyjną z siedzibą w Dębicy i:

3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 20 000 zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty ww. wykonawcy poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

3.2. zasądza od wykonawcy Przedsiębiorstwa Drogowo - Mostowego spółki akcyjnej z siedzibą w Dębicy na rzecz zamawiającego Województwa Podkarpackiego - Podkarpackiego Zarządu Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Rzeszowie kwotę w wysokości 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 3774/24

Uzasadnienie

Województwo Podkarpackie - Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Rzeszowie zwane dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego pn. *Budowa drogi wojewódzkiej obsługującej Tarnobrzeską Specjalną Strefę Ekonomiczną EURO-PARK Wisłosan oraz Strategiczny Park Inwestycyjny w Stalowej Wolib* numerze: PZDW/WZP/243/WI/21/2023, zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 30 sierpnia 2023 r., pod numerem: 2023/S 166-523894.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

14 października 2024 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Drogowo - Mostowe S.A.

z siedzibą w Dębicy (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie wobec czynności

i zaniechań zamawiającego polegających na:

- dokonaniu w postępowaniu wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę ANTEX II Sp. z o.o. (zwanego dalej jako: „ANTEX”);
- zaniechaniu wykluczenia wykonawcy ANTEX i odrzucenia jego oferty, uwzględnienie zaniechanie wezwania tego wykonawcy do złożenia dodatkowych dokumentów.

Zaskarżonym czynnościom odwołujący zarzucił naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b Pzp w zw. z art. 118 Pzp oraz art. 16 pkt 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty ANTEX, mimo iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału

w postępowaniu odnoszącego się do zdolności technicznej (doświadczenie w wykonaniu robót budowlanych), nie udowadniając, że podmiot udostępniający mu swoje zasoby w celu wykazania tego warunku udziału w postępowaniu będzie faktycznie, realnie uczestniczył

w wykonaniu zamówienia w zakresie, w jakim do wykonywania zamówienia konieczne jest posiadanie wiedzy i doświadczenia objętych warunkiem udziału w postępowaniu, względnie art. 128 ust. 3 Pzp w zw. z art. 16 Pzp przez zaniechanie wezwania ANTEX do złożenia prawidłowych podmiotowych środków dowodowych, tj. zobowiązania, które w sposób realny, faktyczny potwierdzałyby spełnienie warunku udziału w postępowaniu;

2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp (jak i pkt. 8) i w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp (jak i pkt. 5) oraz art. 16 pkt 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty ANTEX, mimo że wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania z uwagi na okoliczność, iż składając oświadczenie z art. 125 Pzp, nie poinformował zamawiającego o nałożeniu na niego kar umownych i wprowadzeniu wykonawstwa zastępczego, mogących wyczerpywać przesłankę do wykluczenia wykonawcy z postępowania z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp (jak i pkt. 5), a tym samym wprowadził zamawiającego w błąd, co dodatkowo wyklucza możliwość wezwania wykonawcy do złożenia w tym zakresie samooczystczenia z art. 110 ust. 2 Pzp;

3) art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp oraz z art. 16 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty ANTEX, mimo iż wykonawca ten, składając wyjaśnienia z art. 224 ust. 1 Pzp, nie udowodnił, że jego cena ma charakter rynkowy i pozwala na pokrycie wszystkich kosztów wykonania zamówienia wynikających z warunków zamówienia i obowiązujących przepisów prawa.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 4 października 2024r., ponowienie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenie oferty wykonawcy ANTEX, względnie nakazanie zamawiającemu wezwania wskazanego wykonawcy do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego;
- zobowiązanie – na podstawie art. 536 Pzp ANTEX, w razie przystąpienia tego wykonawcy do postępowania odwoławczego, do przedstawienia dokumentów istotnych dla rozstrzygnięcia odwołania, tj. ugody nr KR-801-119/24/PNW), zawartej 6 maja 2024r. przez Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. (jako członka konsorcjum) z Gminą Olsztyn;
- zasądzenie od zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.

Odwołujący wyjaśnił, że ma interes w rozstrzygnięciu postępowania odwoławczego na jego korzyść. Wskazał, że jego oferta została skalsyfikowana na drugiej pozycji tzw. listy rankingowej, bezpośrednio za ofertą ANTEX. W tej sytuacji, odrzucenie oferty tego wykonawcy, czego domagał się odwołujący, mogłoby doprowadzić do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej i zawarcia z nim umowy w sprawie realizacji zamówienia. W ocenie odwołującego naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp wskazanych w odwołaniu, których skutkiem było zaniechanie odrzucenia oferty ANTEX, uniemożliwiło mu uzyskanie zamówienia mimo tego, że jego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Odwołujący stwierdził również, że działania i zaniechania zamawiającego uniemożliwiają mu realizację zamówienia, co prowadzi do powstania po jego stronie szkody równej co najmniej zyskom, jakie osiągnąłby, realizując zamówienie.

W uzasadnieniu odwołania, odwołujący przedstawił stanowisko odnoszące się do podniesionych zarzutów.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca ANTEX II Sp. z o.o. z siedzibą w Lubyczy Królewskiej.

30 października 2024 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o:

- odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b Pzp w zw. z art. 118 Pzp oraz art. 16 pkt 1 Pzp względnie art. 128 ust. 3 Pzp w zw. z art. 16 Pzp;

- oddalenie odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp (jak i pkt 8) i w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp (jak i pkt 5) oraz art. 16 pkt 1 Pzp;
- odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp oraz z art. 16 Pzp;
- przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania i korespondencji prowadzonej z wykonawcami, a także dowodów, które zostaną przedstawione na rozprawie;
- zasądzenie na jego rzecz kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

Wykonawca zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego 30 października 2024 r. przekazał pismo procesowe zawierające stanowisko popierające wniosek o:

- odrzucenie odwołania w części dotyczącej zarzutu pierwszego i trzeciego na podstawie art. 528 pkt 3 Pzp;
- oddalenie odwołania w zakresie zarzutu drugiego.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego przez wykonawcę ANTEX II Sp. z o.o. z siedzibą w Lubyczy Królewskiej (zwanego dalej: „przystępującym”), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba stwierdziła, że zasługiwały na uwzględnienie wnioski zamawiającego i przystępującego dotyczące odrzucenia odwołania w części odnoszącej się do zarzutów podniesionych w pkt II tiret pierwsze i trzecie *petitum* odwołania (tj. zarzutu pierwszego i trzeciego).

W zakresie zarzutu pierwszego Izba ustaliła, że zamawiający w pkt VIII.1 *Instrukcji dla wykonawców* (zwanej dalej jako: „IDW”) stanowiącej rozdział I SWZ, a dokładniej w załączniku nr 1 do IDW *Podstawowe informacje dotyczące postępowania*, określił następujący warunek udziału w postępowaniu, odnoszący się do zdolności technicznej i zawodowej:

W zakresie robót budowlanych:

W ciągu ostatnich 7 lat (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) wykonał:

- min. 1 zadanie polegające na budowie/rozbudowie/przebudowie drogi publicznej klasy min. GP o długości min. 3 km

Przystępujący składając ofertę zadeklarował, że powyższy warunek, spełni dzięki zasobowi podmiotu trzeciego tj. Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. W ślad za tym do oferty dołączono zobowiązanie Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. z 6 listopada 2023 r., w którym Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. oświadczyła:

2. Sposób i okres udostępniania wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia:

Zrealizuję jako podwykonawca roboty budowlane, do wykonania których udostępnione zdolności (tj. wiedza i doświadczenie) są wymagane, a także każdy inny sposób, który okaże się niezbędny do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Udostępniam wskazane wyżej zdolności na cały okres realizacji zamówienia, celem jego należytego wykonania.

3. Czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający te zasoby zrealizuje roboty budowlane lub usługi

Zrealizuję w pełnym zakresie koniecznym do wykonania prac objętych przedmiotem zamówienia realizowanego przez Wykonawcę.

Zamawiający w odniesieniu do tego zarzutu wskazał, że został on oparty o informacje

o powołaniu się przez przystępującego na zasoby podmiotu trzeciego oraz informacje przekazane przez przystępującego w wyjaśnieniach ceny rażąco niskiej. W ocenie zamawiającego, zarzut ten był spóźniony, gdyż odwołujący powziął informację o kilku podwykonawcach przystępującego w ramach procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny, które zostały złożone przed pierwszym wyborem oferty najkorzystniejszej, który miał miejsce 25 stycznia 2024 r. (oferta przystępującego była sklasyfikowana na drugim miejscu, zaś oferta odwołującego – na trzecim). Odwołujący wystąpił do zamawiającego z prośbą o udostępnienie dokumentacji postępowania, w tym korespondencji z wykonawcami 26 stycznia 2024 r.

W odpowiedzi zamawiający udostępnił wnioskowane dokumenty 26 stycznia 2024 r. Zdaniem zamawiającego, odwołujący mógł zatem domagać się na pierwszej rozprawie przed Izbą w dniu 20 lutego 2024 r. w sprawie o sygn. akt KIO 368/24 – mając interes w świetle art. 505 ust. 1 Pzp – odrzucenia oferty przystępującego po pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej. Oferta najkorzystniejsza podlegała odrzuceniu,

co potwierdzono wyrokami Izby oraz Sądu Okręgowego w Warszawie, a zatem odwołujący miał interes w domaganiu się odrzucenia obu ofert wyżej sklasyfikowanych.

Przystępujący wniosek o odrzucenie przedmiotowego zarzutu argumentował wskazując, że zarzut ten oparty został o informacje o powołaniu się przez przystępującego na zasoby podmiotu trzeciego oraz informacje przekazane przez przystępującego w wyjaśnieniach ceny rażąco niskiej. Procedura wyjaśnień ceny rażąco niskiej miała miejsce przed pierwszym wyborem oferty najkorzystniejszej (tj. w grudniu 2023 r.). Zamawiający nie dokonywał jakichkolwiek czynności związanych z wyjaśnieniem ceny rażąco niskiej po tym terminie,

a w szczególności przed drugim wyborem oferty najkorzystniejszej. Odwołujący mógł więc domagać się odrzucenia oferty przystępującego z powodów, jakie podał w zarzucie pierwszym, po pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej. Oferta najkorzystniejsza (złożona przez Strabag S.A.) podlegała odrzuceniu (co potwierdzono wyrokami KIO oraz SO), a więc nie było przeszkód, aby odwołujący domagał się odrzucenia obu ofert sklasyfikowanych przed jego ofertą. Przystępujący podkreślił, że zarzut został sformułowany w oparciu o zobowiązanie Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. do udostępnienia zasobów z 6 listopada 2023 r. złożone wraz z ofertą oraz o wyjaśnienia ceny rażąco niskiej z 15 grudnia 2023 r. Dokumenty te były więc dostępne od prawie roku, zaś ich ocena została dokonana przez zamawiającego przy pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej – zamawiający nie odrzucił oferty przystępującego.

W odniesieniu do zarzutu trzeciego Izba ustaliła, że przystępujący został wezwany do wyjaśnień rażąco niskiej ceny przez zamawiającego pismem z 30 listopada 2023 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia w odpowiedzi na powyżej wskazany wniosek pismem

z 15 grudnia 2024 r. 25 stycznia 2024 r. zamawiający dokonał pierwszego wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Z informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty wynikało, że oferta przystępującego nie została odrzucona. Po unieważnieniu czynności z 25 stycznia 2024 r. skład orzekający nie stwierdził, aby z akt sprawy wynikało, że zamawiający podejmował dodatkowe działania czy też czynności związane badaniem rażąco niskiej ceny w stosunku do oferty przystępującego.

W stanowisku popierającym wniosek o uznanie tego zarzutu jako wniesionego po terminie zamawiający wskazał, że wyjaśnienia ceny rażąco niskiej zostały złożone przez przystępującego pismem z 15 grudnia 2023 r. i zamawiający uznał te wyjaśnienia za wystarczające i w dniu wyboru oferty najkorzystniejszej poinformował, że oferta przystępującego podlegała ocenie, a zatem nie podlegała odrzuceniu z powodu ceny rażąco niskiej. W ocenie zamawiającego zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego,

z powodu ceny rażąco niskiej, mógł zostać podniesiony przez odwołującego – mającego interes w świetle art. 505 ust. 1 Pzp – po pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej.

Przystępujący popierając przedmiotowy wniosek stwierdził, że zarzut trzeci dotyczył wyłącznie wyjaśnień ceny rażąco niskiej złożonych przez przystępującego 15 grudnia 2023 r. Zamawiający uznał wyjaśnienia za wystarczające i w dniu pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej (25 stycznia 2024 r.) poinformował, że oferta przystępującego podlegała ocenie i nie jest odrzucona. Odwołujący nie zakwestionował tej oceny przez wniesienie odwołania, w którym podniósłby zarzuty przeciwko ofercie przystępującego. Ponowna ocena ofert nakazana wyrokiem o sygn. akt KIO 368/24 w żaden sposób nie dotyczyła wyjaśnień ceny rażąco niskiej złożonych przez przystępującego. Zdaniem przystępującego termin na wniesienie odwołania w zakresie zarzutu dotyczącego wyjaśnień ceny rażąco niskiej

i rzekomego zaniechania odrzucenia jego oferty upłynął więc 5 lutego 2024 r.

Izba uznała powyżej zaprezentowane wnioski zamawiającego i przystępującego za zasadne. Ponadto skład orzekający w tym zakresie oparł się na argumentacji wynikającej

z postanowienia Izby z 25 kwietnia 2024 r. zapadłego w sprawie o sygn. akt KIO 1203/24, uznając ją za słuszną i zasadną.

W pierwszej kolejności skład orzekający wskazał, że zgodnie z art. 528 pkt 3 Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Jednocześnie stosownie do art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp, odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie, 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Oczywistym jest i nie wymaga szerszego komentarza, że termin na wniesienie odwołania jest terminem prekluzyjnym, co oznacza, że jego upływ powoduje wygaśnięcie uprawnienia do skutecznego wniesienia środka ochrony prawnej. Początek terminu jest z kolei wyznaczany czynnością zamawiającego, która jest dokonywana w oznaczonym dniu.

Jak już wskazano powyżej, zamawiający 25 stycznia 2024 r., opublikował pierwszą informację o wyborze oferty najkorzystniejszej. Z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia wynikało, że zamawiający dokonał badania i oceny złożonych ofert, w tym oferty przystępującego w zakresie rażąco niskiej ceny wzywając tego wykonawcę do wyjaśnień pismem z 30 listopada 2023 r. Ponadto zamawiający był w posiadaniu dokumentów dotyczących tego czy przystępujący będzie korzystał z potencjału podmiotów trzecich

w związku ze spełnieniem warunków udziału w postępowaniu (formularz ofertowy oraz zobowiązanie Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. złożone wraz z ofertą). W wyniku dokonanych czynności na pierwszym miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta wykonawcy Strabag Sp. z o.o., na miejscu drugim oferta przystępującego, a na miejscu trzecim oferta odwołującego. Niewątpliwie zatem oferta przystępującego przed pierwszym wyborem oferty najkorzystniejszej (25 stycznia 2024 r.) została zbadana przez zamawiającego pod kątem rażąco niskiej ceny. Ponadto zamawiający był w posiadaniu dokumentów związanych

z zobowiązaniem podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów przystępującemu. Zarzut pierwszy dotyczył *de facto* realności udostępnienia zasobów. Skoro zamawiający dysponował tymi dokumentami przed pierwszym wyborem najkorzystniejszej oferty to był zobowiązany pod tym względem badać ofertę przystępującego tj. w zakresie realności udostępnienia zasobów w związku ze spełnieniem warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający w ramach czynności z 25 stycznia 2024 r. nie odrzucił oferty przystępującego, ani nie wyjaśniał tej kwestii (podobnie jak przy okazji drugiego wyboru z 4 października 2024 r.), stąd należało uznać, że zamawiający zbadał ofertę przystępującego pod kątem realności udostępnienia zasobów już przy okazji pierwszego wyboru. Zamawiający co prawda zastosował procedurę odwróconą

w postępowaniu, która charakteryzuje się tym, że zamawiający wzywa do złożenia podmiotowych środków dowodowych tylko zwycięskiego wykonawcę. W okolicznościach przedmiotowej sprawy fakt zastosowania procedury odwróconej przez zamawiającego nie był argumentem dla zasadności rozpoznania pierwszego zarzutu, ponieważ zarzut ten nie dotyczył badania podmiotowych środków dowodowych złożonych przez przystępującego, ale dokumentów związanych z realnością udostępnienia zasobów przystępującemu, które zostały złożone wraz z ofertą i powinny być przez zamawiającego zbadane w ramach badania i oceny ofert, którego wynikiem był wybór najkorzystniejszej oferty z 25 stycznia 2024 r. Co więcej głównym argumentem odwołującego na poparcie zasadności zarzutu pierwszego było powołanie się na treść wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez przystępującego pismem z 15 grudnia 2024 r. Z dokumentacji postępowania jednoznacznie wynikało, że zamawiający dokonał badania oferty przystępującego w zakresie rażąco niskiej ceny przed pierwszym wyborem i nie badał już oferty przystępującego w tym zakresie po unieważnieniu tej czynności. Tym samym powyżej wskazany argument odwołującego potwierdził *de facto*, że zarzut pierwszy również był spóźniony.

Czynność zamawiającego z 25 stycznia 2024 r. została zakwestionowana przez wniesienie pierwszego odwołania w wyniku, którego Izba wyrokiem z 23 lutego 2024 r. w sprawie o sygn. akt KIO 368/24 nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenie oferty wykonawcy Strabag Sp. z o.o.

Skład orzekający stwierdził, że po pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej do dnia wniesienia odwołania w przedmiotowej sprawie nie zaistniały jakiegokolwiek zmiany lub zdarzenia w stosunku do oferty przystępującego, które dotyczyłyby badania rażąco niskiej ceny czy realności udostępnienia zasobów przystępującemu przez Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. Z akt sprawy niewątpliwie wynikało, że procedura rażąco niskiej ceny w stosunku do oferty przystępującego oraz realność udostępnienia zasobów przystępującemu przez Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. dokonane zostały przed pierwszym wyborem oferty najkorzystniejszej (25 stycznia 2024 r.). Tym samym zdaniem Izby należało uznać, że czynność badania oferty przystępującego pod tym kątem, została zakończona i zakomunikowana wykonawcom

w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z 25 stycznia 2024 r. W tym miejscu Izba zwróciła uwagę na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie, XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych z 31 maja 2021 roku (sygn. akt: XXIII Zs 28/21),

w którym Sąd wskazał, że: *Kluczowa na tle niniejszego stanu faktycznego jest, słusznie wyekspozowana przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu zaskarżonego postanowienia, zasada koncentracji środków ochrony prawnej, którą statuuje ustawa Prawo zamówień publicznych, polegająca na konieczności zgłaszania, w ściśle określonym terminie, przez wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu, zarzutów dotyczących działań lub zaniechań zamawiającego, pod rygorem utraty prawa do ich podnoszenia na dalszym etapie postępowania. Ponadto celem zasady koncentracji środków ochrony prawnej jest zapewnienie sprawnego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co sprzyja terminowemu dokonywaniu wydatków publicznych. Zasada ta ma na celu również, wespół z przepisami dotyczącymi łącznego rozpoznawania odwołań, eliminację rozbieżnych rozstrzygnięć organów rozpoznających środki ochrony prawnej, w tym w postępowaniu*

o udzielenie zamówienia. Aktualny jest pogląd wyrażony przez Sąd Okręgowy w Warszawie

z dnia 26 listopada 2007 r. (V CA 2056/07), zgodnie z którym wykonawca ubiegający się

o udzielenie zamówienia publicznego ma obowiązek działania z należytą starannością – zatem również tak, aby w pełni mogła być realizowana zasada koncentracji środków ochrony prawnej, a postępowanie o udzielenie zamówienia nie było zbędnie przedłużane, gdyż nie leży to w interesie publicznym. Zachowaniem odpowiadającym profesjonalnemu charakterowi działalności skarżącego (zob. art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 14 dpzp) byłoby dążenie do zachowania swoich

praw przez wniesienie odwołania w ustawowo określonym terminie. Podkreślenia wymaga, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, a tym bardziej postępowanie odwoławcze, stanowi fragment profesjonalnego obrotu gospodarczego. Uczestnictwo w nim, możliwość uzyskania zamówienia zależne jest od aktywności, przezorności i zapobiegliwości wykonawców, dokładania aktów należytej staranności w celu zabezpieczenia swoich praw w postępowaniu oraz możliwości uzyskania zamówienia.

Izba stwierdziła, że po pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej w odniesieniu do oferty przystępującego nie wystąpiły nowe okoliczności związane z badaniem rażąco niskiej ceny lub realnością udostępnienia zasobów przez Polimex Infrastruktura Sp. z o.o., które uzasadniałyby rozpoznanie zarzutów pierwszego i trzeciego w terminie licznym od powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 4 października 2024 r. Zdaniem Izby powtórzenie przez zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej nie przywracało odwołującemu terminu na wniesienie odwołania na zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego z powodu rażąco niskiej ceny lub realności udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci. Oferty są bowiem jawne od chwili ich otwarcia, natomiast treść wyjaśnień przystępującego w zakresie dotyczącym rażąco niskiej ceny została złożona przed pierwszym wyborem oferty najkorzystniejszej i nie została zakwestionowana przez wykonawców. Wskazać należy, że ponowne dokonanie przez zamawiającego określonych czynności w postępowaniu nie otwiera automatycznie możliwości wnoszenia kolejnych środków ochrony prawnej podlegających rozpoznaniu co do istoty. Kwestionowanie przez wykonawców czynności ponownie dokonanych przez zamawiającego jest dopuszczalne jedynie w sytuacji, gdy podstawę zarzutów stanowią okoliczności, które zaistniały w związku z powtórzeniem czynności

w postępowaniu. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty przystępującego sklasyfikowanej pierwotnie na drugiej pozycji rankingu ofert. W trakcie ponownej oceny ofert zamawiający nie prowadził czynności związanych z badaniem rażąco niskiej ceny w stosunku do oferty przystępującego, ani nie wyjaśniał kwestii związanych z realnością udostępnionych zasobów przez Polimex Infrastruktura Sp. z o.o.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie w części dotyczącej zarzutu pierwszego i trzeciego podlegało odrzuceniu ponieważ przedmiotowe zarzuty zostały wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Tym samym na rozprawę Izba skierowała wyłącznie jeden zarzut tj. zarzut drugi.

Izba uznała, że odwołujący posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie DVD, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego 21 października 2024 r., w tym w szczególności:

- ogłoszenie o zamówieniu;
- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej nadal jako: „SWZ”) wraz z załącznikami;
- ofertę złożoną przez przystępującego;
- podmiotowe środki dowodowe złożone przez przystępującego w tym wykaz robót oraz dokumenty złożone przez podmiot trzeci udostępniający zasoby tj. Polimex Infrastruktura Sp. z o.o.;
- informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z 4 października 2024 r.;

2) dokumenty złożone na posiedzeniu przez odwołującego:

- pismo Urzędu Miasta Olsztyna z 15 października 2024 r. wraz z wydrukami informacji ze stron internetowych tj. artykułów oznaczonych nagłówkami: *Spór o olsztyńskie tramwaje zmierza do mediacji?*, *Milionowe ustalenia w sprawie projektu tramwajowego w Olsztynie pozostają tajne*, *Budowa linii tramwajowej powinna się już zakończyć*;
- oświadczenie z 15 lipca 2024 r. Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. uzupełniające JEDZ;
- aneks nr 4 do umowy nr 72/KP-8/2021 z 24 czerwca 2021 r. pn. *Budowa obwodnicy Brzezia w ciągu drogi krajowej nr 25*;
- strony nr 1, 2 i 33 umowy nr 300/022/R/20 na wykonanie robót budowlanych dla zadania inwestycyjnego: *Budowa budynku Centrum Ekoinnowacji wraz z wyposażeniem i zagospodarowaniem terenu w ramach realizacji projektu "Budowa w Gdańsku Centrum Ekoinnowacji Politechniki Gdańskiej*;
- strony nr 1, 2, 3, 4, 25, 26, 27 i 28 umowy nr ZP/118/055/R/23 z 1 sierpnia 2023 r. na wykonanie robót budowlanych w przedmiocie: *Dokończenie robót budowlanych w zakresie budowy budynku Centrum Ekoinnowacji wraz z wyposażeniem i zagospodarowaniem terenu w ramach realizacji projektu "Budowa w Gdańsku Centrum Ekoinnowacji Politechniki Gdańskiej*;

5) dokumenty złożone na posiedzeniu przez przystępującego:

- pismo z 29 października 2024 r. z Urzędu Miasta Olsztyna;
- oświadczenie z 30 października 2024 r. dotyczące realizacji zadania obejmującego zaprojektowanie i budowę obwodnicy miejscowości Koźmin Wielkopolski w ciągu drogi krajowej nr 15;
- oświadczenie z 21 października 2024 r. dotyczące realizacji zadania inwestycyjnego obejmującego budowę DW 878 od al. Tadeusza Rejtana w Rzeszowie do ul. Generała Stanisława Maczka;
- oświadczenie z 23 października 2024 r. GDDKiA Oddział w Lublinie;
- oświadczenie z 30 października 2024 r. dotyczące zadania inwestycyjnego obejmującego zaprojektowanie i budowę obwodnicy miejscowości Grzymiszew w ciągu drogi krajowej nr 72;
- protokół odbioru końcowego z 22 grudnia 2023 r. dotyczący zadania inwestycyjnego: *Budowa budynku Centrum Ekoinnowacji wraz z wyposażeniem i zagospodarowaniem terenu w ramach realizacji projektu "Budowa w Gdańsku Centrum Ekoinnowacji Politechniki Gdańskiej*.

Izba nie uwzględniła wniosku odwołującego o zobowiązanie przystępującego na podstawie art. 536 Pzp do przedstawienia dokumentów istotnych dla rozstrzygnięcia odwołania, tj. ugody nr KR-801-119/24/PNW), zawartej 6 maja 2024 r. przez Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. (jako członka konsorcjum) z Gminą Olsztyn. W tym zakresie skład orzekający stwierdził, że zarówno odwołujący jak i przystępujący złożyli w trakcie postępowania odwoławczego dokumenty pochodzące od Gminy Olsztyn. Dokumenty te pozwoliły na merytoryczne rozpoznanie podniesionego zarzutu, a co za tym idzie również odwołania. Tym samym w okolicznościach przedmiotowej sprawy wniosek odwołujący izba potraktowała jako powołany jedynie dla zwłoki, co zgodnie z treścią art. 541 Pzp, skutkowało odmową jego przeprowadzenia.

Izba ustaliła co następuje

19 lipca 2024r. przystępujący złożył podmiotowe środki dowodowe, a wśród nich JEDZ. W oświadczeniu tym przystępujący w odpowiedzi na pytanie zawarte w części III sekcji 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? **Jeżeli tak**, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat.; zaznaczył odpowiedź: *Nie*.*

Przystępujący złożył również JEDZ dla podmiotu, który udostępnił mu swoje zasoby w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu tj. Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. Podmiot ten w odpowiedzi na tożsame pytanie, określone w części III sekcji C JEDZ również zaznaczył odpowiedź: *Nie*.

4 października 2024 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta przystępującego. Oferta złożona przez odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu.

Treść przepisów dotyczących rozpoznanych zarzutów:

- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:*

(...)

2) została złożona przez wykonawcę:

a) *podlegającego wykluczeniu z postępowania;*

- art. 109 ust. 1 pkt 5, 7 i 10 Pzp – *Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:*

(...)

5) *który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów;*

(...)

7) *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;*

8) *który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega 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;*

(...)

10) *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.;

- art. 16 pkt 1 Pzp – Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:
1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zgodnie ze stanowiskiem zaprezentowanym powyżej rozpoznaniu podlegał wyłącznie zarzut drugi. Był to jedyny zarzut, który dotyczył dokumentów przystępującego ocenianych przez zamawiającego przy nakazanej przez Izbę powtórnej ocenie ofert.

Odwołujący zarzucił, że przystępujący składając JEDZ – dla siebie oraz dla podmiotu udostępniającego potencjał Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. nie poinformował

o okolicznościach stanowiących podstawę do wykluczenia na podstawie art. 109 ust 1 pkt 5 lub 7 Pzp. Brak tych informacji według odwołującego stanowił o wprowadzeniu zamawiającego w błąd, co miało wypełniać przesłanki wykluczenia wykonawcy zawarte w art. 109 ust 1 pkt 8 lub 10 Pzp.

Zarzut został oparty o twierdzenia, że Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. nieprawidłowo wykonał zamówienia:

1) *Rozbudowa linii tramwajowych w Olsztynie obejmująca całościową budowę infrastruktury tramwajowej zaprojektowanej w ulicach: Piłsudskiego, Wyszyńskiego, Synów Pułku, Krasickiego i Wilczyńskiego do Os. Pieczewo oraz na Placu Jedności Słowiańskiej przy Wysokiej Bramie, konieczną do uruchomienia i prawidłowej eksploatacji komunikacji tramwajowej na liniach nr 4 i 5;*

2) *Budowa budynku Centrum Ekoinnowacji wraz z wyposażeniem i zagospodarowaniem terenu w ramach realizacji projektu „Budowa w Gdańsku Centrum Ekoinnowacji Politechniki Gdańskiej;*

3) *Zaprojektowanie i budowę obwodnicy miejscowości Koźmin Wielkopolski w ciągu drogi krajowej nr 15.*

Dodatkowo odwołujący w uzasadnieniu odwołania wskazał, że również na przystępującego zostały nałożone kary umowne:

4) w zamówieniu *Budowa DW 878 od al. T. Rejtana w Rzeszowie do ul. Gen. S. Maczka;*

5) w bliżej nieokreślonym przedsięwzięciu prowadzonym przez Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad.

Izba uznała, że przystępujący nie wprowadził zamawiającego w błąd, ani nie przedstawił nieprawdziwych informacji w związku z realizacją inwestycji wskazanych powyżej w pkt 1-5.

W przypadku inwestycji wymienionej w pkt 1 Izba ponad wszelką wątpliwość ustaliła, że na Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. nie nałożono kar umownych w związku z jej realizacją. Okoliczność ta wynikała z dowodów złożonych zarówno przez odwołującego jak

i przystępującego. Tym samym Izba przyjęła stanowisko przystępującego, który argumentował, że pomiędzy stronami umowy (konsorcjum, w którego skład wchodziła m. in. Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. oraz Gminą Olsztyn) doszło do zawarcia ugody nr KR-801-119/24/PNW z 6 maja 2024 r., ale jej przedmiotem nie było naliczenie i „kompensacja” jakichkolwiek kar umownych, ale rozliczenie robót wykonanych, a nierozliczonych, a także robót dodatkowych i zamiennych, oraz zmiana, w związku z zaistniałymi okolicznościami, terminu końcowego realizacji przedmiotu zadania. Zawarta ugoda została opatrzona klauzulą poufności w związku z tym strony zobowiązane były do zachowania jej treści w poufności. Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. oświadczył przystępującemu, że w zawartej ugodzie inwestor potwierdził, że wykonawca ukończył przedmiot umowy w terminie. Powyższe oznaczało, że nie mogło dojść do naliczenia kar umownych za jakiegokolwiek opóźnienie, skoro termin końcowy został wydłużony a inwestycja została ukończona z dochowaniem tego terminu.

Stanowiska odwołującego nie potwierdziły również dowody złożone przez niego w tym zakresie tj. pismo Urzędu Miasta Olsztyn z 15 października 2024 r. wraz z wydrukami artykułów ze stron internetowych. Z pisma tego wprost wynikało, że Gmina Olsztyn nie naliczyła wykonawcy kar umownych. Ponadto pismo to informowało również, że w toku realizacji kontraktu Gmina Olsztyn nie wysyłała do wykonawcy pism stanowiących oświadczenie o odstąpieniu od umowy, a także o zawarciu ugody, która została objęta poufnością. Dowód ten w żaden sposób nie podważał argumentacji przystępującego. Na potrzeby rozstrzygnięcia nie miały znaczenia również wydruki artykułów ze stron internetowych. Miały one charakter artykułów prasowych i zawierały co najwyżej niepotwierdzone informacje. Co więcej przystępujący również złożył dowód w postaci pisma pochodzącego od Gminy Olsztyn (pismo z 29 października 2024 r.), z którego również jednoznacznie wynikało, że w związku z realizacją umowy nie zostały naliczone wykonawcy kary umowne. Ponadto Gmina Olsztyn wskazała w tym piśmie, że wykonawca ukończył roboty w *Czasie na Ukończenie*. Tym samym w zakresie przedmiotowej inwestycji argumentacja odwołującego okazała się niezasadna.

W zakresie inwestycji wskazanej powyżej w pkt 2 Izba stwierdziła, że w drodze porozumienia zakres rzeczowy umowy

zawartej pomiędzy konsorcjum w skład którego wchodziła m. in. Polimex infrastruktura Sp. z o.o. a Politechniką Gdańską został ograniczony, tj. wyłączono

z umowy część prac, do wykonania których pierwotnie zobowiązany był wykonawca. Nie można było przy tym stwierdzić, że wykonawca w jakimkolwiek stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nie wykonywał jakichkolwiek istotnych zobowiązań wynikających z umowy. Ponadto skład orzekający nie znalazł potwierdzenia, że na przedmiotowej inwestycji doszło do odstąpienia od umowy, powstania roszczeń odszkodowawczych, jak również zlecenia przez zamawiającego wykonania zastępczego. Przystępujący zaprzeczył twierdzeniom odwołującego, jakoby Politechnika Gdańska w wyniku nienależyciego wykonywania umowy zmuszona była wszcząć postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w celu wykonania zastępczego robót. Zdaniem odwołującego gdyby rzeczywiście było tak, jak wskazał na to odwołujący, to Politechnika Gdańska powierzyłaby wykonanie określonego zakresu robót, do którego zobowiązany był wykonawca, podmiotowi trzeciemu z zachowaniem roszczenia o naprawienie szkody z tego tytułu, w szczególności kosztów wykonawstwa zastępczego, które z zasady jest realizowane na „koszt i ryzyko” pierwotnego wykonawcy. Tymczasem Politechnika Gdańska z takimi roszczeniami wobec wykonawcy nie wystąpiła i nie obciążała wykonawcy jakimkolwiek kosztem lub odszkodowaniem. Ograniczenie zakresu rzeczowego umowy nastąpiło bowiem za zgodnym porozumieniem stron. Izba nie znalazła powodów do zakwestionowania powyżej zaprezentowanej argumentacji przystępującego z uwagi przede wszystkim na stanowisko odwołującego, który nie udźwignął spoczywającego na nim ciężaru dowodu w tym zakresie. Tymczasem przystępujący złożył dowód w postaci protokołu odbioru końcowego sporządzony 22 grudnia 2023 r., w którym strony ustaliły m. in., że:

- *Przedmiot odbioru został wykonany w czasie od 13 maja 2021 r. do 7 grudnia 2023 r. zgodnie z terminem umownym i potwierdzonym w dzienniku budowy;*
- *Roboty zostały wykonane zgodnie z umową i dokumentacją projektową, a wszystkie zmiany nieistotne zostały uwzględnione w dokumentacji powykonawczej.*

Odwołujący złożył co prawda dowody w postaci fragmentów umów nr 300/022/R/20 oraz nr ZP/118/055/R/23, jednak dowody te nie potwierdziły argumentacji podniesionej przez odwołującego. Potwierdzały one co najwyżej, że umowy których dotyczyły zostały zawarte. Nie wynikały z nich żadne konkrety związane z okolicznościami realizacji umowy nr 300/022/R/20 przez co były niewystarczające dla stwierdzenia tak daleko idącej i dolegliwej sankcji jaką niewątpliwie jest wykluczenie wykonawcy w związku z przesłankami określonych w art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp.

W przypadku inwestycji wskazanych powyżej w pkt 3 i 4 argumentacja odwołującego pozostała lakoniczna i gołosłowna. Odwołujący w żaden sposób nie potwierdził ani nie wykazał ogólnikowych twierdzeń wskazanych w uzasadnieniu odwołania, a na rozprawie zupełnie nie odniósł się do tej części. Ponadto przystępujący złożył dowody w postaci oświadczenia przedstawiciela inwestora z 30 października 2024 r. dotyczącego realizacji zadania obejmującego zaprojektowanie i budowę obwodnicy miejscowości Koźmin Wielkopolski w ciągu drogi krajowej nr 15 oraz oświadczenia przedstawiciela inwestora z 21 października 2024 r. dotyczącego realizacji zadania inwestycyjnego obejmującego budowę DW 878 od al. Tadeusza Rejtana w Rzeszowie do ul. Generała Stanisława Maczka, z których wynikało, że na tych inwestycjach nie zostały naliczone kary umowne. Skład orzekający nie znalazł powodów do tego, aby podważyć treść tych oświadczeń szczególnie, że odwołujący nie odniósł się do nich. Tym samym również w zakresie tych dwóch inwestycji stanowisko odwołującego okazało się niepotwierdzone.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał również, że według jego wiedzy, wobec przystępującego i Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. została również nałożona kara umowna przez zamawiającego Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad. Przy czym odwołujący w tym zakresie nie podał żadnych dodatkowych, nie mówiąc już

o szczegółowych informacjach. Dopiero na rozprawie odwołujący złożył dowód w postaci aneksu nr 4 do umowy nr 72/KP-8/2021 z 24 czerwca 2021 r. pn. *Budowa obwodnicy Brzezia w ciągu drogi krajowej nr 25*. W związku z tym dopiero na rozprawie okazało się jaką inwestycję miał na myśli lub mógł mieć na myśli odwołujący formułując w uzasadnieniu odwołania, powyżej wskazany zagadkowy fragment. Izba uznała, że odwołujący nie podniósł w odwołaniu zarzutu dotyczącego inwestycji obejmującej budowę obwodnicy Brzezia

i dopiero na rozprawie próbował w sposób niedopuszczalny rozszerzyć zarzut w tym zakresie. Izba nie mogła rozpoznać odwołania w tym zakresie ponieważ takie działanie byłoby niezgodne z treścią art. 555 Pzp. Zgodnie z tym przepisem Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z tych samych względów Izba pominęła również dowód w postaci oświadczenia z 15 lipca 2024 r. Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. uzupełniające JEDZ, ponieważ dotyczył on okoliczności, które nie zostały wskazane w uzasadnieniu odwołania.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet kosztów postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania oraz koszty poniesione przez strony z tytułu wynagrodzeń pełnomocników. Jednocześnie Izba zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty związane z wynagrodzeniem pełnomocnika (na podstawie rachunku złożonego na rozprawie).

Przewodniczący:.....