

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Izabela Niedziałek-Bujak

Danuta Dziubińska

Monika Szymanowska

Protokolant:

Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 lipca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lipca 2024 r. przez Odwołującego – Wykonawcę **Budimex Spółka Akcyjna**, ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna**, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa

z udziałem przystępującego po stronie Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **PORR Spółka Akcyjna**, ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa, **Trakcja Systemy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** Al. Lipowa 3, 53-124 Wrocław

z udziałem przystępującego po stronie Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **ZUE Spółka Akcyjna**, ul. Kazimierza Czapińskiego 3, 30-048 Kraków, **Fabe Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Cybernetyki 19B, 02-677 Warszawa

z udziałem przystępującego po stronie Zamawiającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno-Torowe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** ul. Sandomierska 19, 80-051 Gdańsk, **Trakcja Spółka Akcyjna**, ul. Aleje Jerozolimskie 100 IIp, 00-807 Warszawa, **Zakład Robót Komunikacyjnych DOM w Poznaniu Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Mogileńska 10G, 61-052 Poznań

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

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

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 2391/24

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – PKP PLK SA z siedzibą w Warszawie, w trybie podstawowym na *zaprojektowanie i wykonanie robót pn. Odcinek B – roboty budowlane na linii kolejowej nr 201 odc. Somonino – Gdańsk Osowa w ramach projektu „Prace na odcinku Kościerzyna – Gdynia”* (nr postępowania: 9090/IRZR1/13340/03590/23P), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 04.08.2024 r., 2024/S 149-473005, wobec czynności badania, oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno-Torowe Sp. z o.o., Trakcja S.A., Zakład Robót Komunikacyjnych – DOM w Poznaniu Sp. z o.o. (Konsorcjum PPMT), wniesione zostało w dniu 08.07.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie Wykonawcy Budimex S.A. z/s w Warszawie (sygn. akt KIO 2391/24).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum PPMT w sytuacji, gdy wobec PPMT została wydana ostateczna decyzja administracyjna o naruszeniu przez tego wykonawcę obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska, którą to decyzją wymierzono PPMT karę pieniężną,
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy

Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum PPMT w sytuacji, gdy wykonawca ten, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu z Postępowania, tj. zataił informację, że wobec PPMT została wydana ostateczna decyzja administracyjna o naruszeniu przez tego wykonawcę obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska, którą to decyzją wymierzono na PPMT karę pieniężną, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu,

- 3)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum PPMT w sytuacji, gdy wykonawca ten, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd w zakresie odnoszącym się do podstaw wykluczenia PPMT z Postępowania w oparciu o przepis art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
- 4)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 oraz pkt 10 ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp i w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z Postępowania i odrzucenia oferty Konsorcjum PPMT, a w konsekwencji wybór oferty tego Wykonawcy, pomimo że w niniejszej sprawie zmaterializowały się wobec Wykonawcy przesłanki wykluczenia, o których mowa w przepisach art. 109 ust. 1 pkt 8) oraz pkt 10) ustawy Pzp, ponieważ Konsorcjum PPMT, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawiło Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd oraz zataiło informacje, mające wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, dotyczące naliczenia wykonawcy Trakcja S.A. kar umownych na inwestycji dotyczącej „Projektu i budowy drogi ekspresowej S5 na odcinku Nowe Marzy – Bydgoszcz - granica województwa kujawsko-pomorskiego i wielkopolskiego z podziałem na 4 części: Część 4 - Projekt i budowa drogi ekspresowej S-5 na odcinku od węzła „Szubin” (z węzłem) do węzła „Jaroszewo” (z węzłem) o długości około 19,3 km”,
- 5)art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „UZNK”) poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia dokumentów i informacji złożonych przez wykonawcę Konsorcjum PPMT, a zastrzeżonych przez tego wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa i dotychczas nieodtajnionych przez Zamawiającego, w terminie umożliwiającym wykonawcom skuteczne kwestionowanie wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 6)art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp i w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum PPMT, a w konsekwencji wybór oferty tego wykonawcy, pomimo, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, co w efekcie prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości postępowania, a co zostało szczegółowo opisane w treści uzasadnienia niniejszego odwołania,
- 7)art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp i w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum PPMT pomimo, że w ofercie Wykonawcy cena za wykonanie wzmocnień jest rażąco niska w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia i nie jest możliwe wykonanie tego zakresu zamówienia za cenę wskazaną przez Konsorcjum PPMT,
- 8)art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 UZNK w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez Konsorcjum PPMT wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, co w efekcie prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości postępowania, a co zostało szczegółowo opisane w treści uzasadnienia niniejszego odwołania,
- 9)art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 UZNK w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez Konsorcjum PPMT wyjaśnień dotyczących ceny za wykonanie wzmocnień, pomimo że cena tego zakresu jest rażąco niska w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, co w efekcie prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości postępowania, a co zostało szczegółowo opisane w treści uzasadnienia niniejszego odwołania,
- 10)art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp i w zw. z art. 3 ust. 1 UZNK poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum PPMT, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów UZNK, a w konsekwencji naruszenie art. 16 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty Konsorcjum PPMT- na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5, 7 i 8 ustawy Pzp i

powtórzenia czynności oceny ofert.

Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 27.06.2024 r.

I. Zarzut dotyczący naruszenia przepisów ochrony środowiska.

Wobec Konsorcjum PPMT zachodzić ma podstawa do wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, *wobec którego wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska, prawa pracy lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym, jeżeli wymierzono tą decyzją karę pieniężną*, co powinno skutkować odrzuceniem oferty. Niezależnie od wysokości naliczonej kary, Wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania w związku z ostateczną decyzją administracyjną GIOŚ z 26.01.2024 r. utrzymującą decyzję WIOŚ z 25.11.2022 r. o naruszeniu obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska, nakładającą karę pieniężną w wysokości 767,35 zł. Wykonawca zobowiązany był podać tą informację Zamawiającemu w JEDZ. Również w oświadczeniu o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, w o którym mowa w art. 125 ust. 1 potwierdził stanowisko co do braku zaistnienia przypadku naruszenia obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska. Tymi oświadczeniami Zamawiający został wprowadzony w błąd, co również stanowi podstawę do wykluczenia z postępowania w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego w sprawie nie może mieć zastosowania zasada proporcjonalności w oparciu o art. 109 ust. 3 ustawy Pzp. Ustawodawca w ramach przykładów, intencjonalnie nie odniósł się do wysokości naliczonej kary pieniężnej. Ponadto, zastosowanie zasady proporcjonalności może mieć zastosowanie w sytuacji, gdy Zamawiający otrzyma informację od Wykonawcy o wystąpieniu podstaw wykluczenia.

II. Zarzut zaniechania ujawnienia okoliczności związanych z naliczeniem kary umownej.

Konsorcjum PPMT zaniechało ujawnienia okoliczności związanych z naliczeniem Trakcja S.A. kary umownej. W formularzu JEDZ Trakcja S.A. udzieliła odpowiedzi „TAK” na pytanie skorelowane z przesłanką z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Trudno jednakże tylko na podstawie tego wpisu stwierdzić, czy liczba mnoga przy sformułowaniu „kary umowne” odnosi się omyłkowo w dalszym ciągu do kary umownej związanej z inwestycją Budowa szczecińskiej kolei metropolitalnej, czy też użycie liczby mnogiej – „kary umowne” odnosi się jeszcze do jakichś innych kar umownych, które nie zostały przez wykonawcę Trakcja S.A. opisane w sposób szczegółowy.

W dniu 25 marca 2024 r. (data w podpisie elektronicznym) wykonawca Trakcja S.A. złożył również oświadczenie o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 przedkładając równocześnie załącznik zawierający informacje dotyczące aktualności danych zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp. Z dodatkowego pisma z wyjaśnieniami wynika, że „doszło do zmiany statusu sporu stron (wykonawcy i zamawiającego) jednej z umów zrealizowanych przez Trakcja. Status ten przybrał formę sporu sądowego, z uwagi na fakt doręczenia Trakcji pozwu o zapłatę wraz z nakazem zapłaty w postępowaniu upominawczym gospodarczym”. Omawiany przypadek dotyczy inwestycji „Przebudowa torowiska tramwajowego w ciągu ul. Krakowskiej na odcinku od ul. Rollego do ul. Dietla wraz z przebudową istniejącego układu drogowego, chodników, ścieżek, towarzyszącej infrastruktury technicznej, węzła rozjazdów Krakowska-Dietla-Stradomska wraz z przebudową ul. Dietla na odcinku od ul. Bożego Ciała do ul. Augustańskiej oraz z przebudową istniejącego mostu Piłsudskiego przez rzekę Wisłę”.

Z powyższego wynika, że zarówno Lider Konsorcjum PPMT, jak i wykonawca Trakcja S.A. w sposób świadomy i celowy nie uwzględnili w ramach składanego przez Trakcja S.A. oświadczenia w treści formularza JEDZ przypadku naliczenia kar umownych na kontrakcie „Projekt i budowa drogi ekspresowej S5 na odcinku Nowe Marzy – Bydgoszcz - granica województwa kujawsko-pomorskiego i wielkopolskiego z podziałem na 4 części: Część 4 - Projekt i budowa drogi ekspresowej S-5 na odcinku od węzła „Szubin” (z węzłem) do węzła „Jaroszewo” (z węzłem) o długości około 19,3 km” (dalej również jako: „S5 Nowe Marzy”).

Trakcja S.A. nie uwzględnił w ramach swojego oświadczenia zawartego w formularzu JEDZ faktu naliczenia kar umownych z tytułu niedotrzymania czasu na ukończenie realizacji inwestycji.

Według najlepszej wiedzy Odwołującego na dzień składania niniejszego odwołania, stan sprawy nie uległ zmianie, w tym w szczególności nie doszło do cofnięcia not księgowych, czy też miarkowania wysokości naliczonych kar. Strony nie zawarły również ugody ani innego porozumienia w tej sprawie. Okoliczności towarzyszące omawianemu przypadkowi nie eliminują konieczności dopełnienia obowiązków informacyjnych względem Zamawiającego, mogą mieć jedynie wpływ na ocenę danego przypadku z punktu widzenia spełniania przesłanek wykluczenia. Pytanie ze standardowego formularza JEDZ nie zawiera bowiem istotnego z punktu widzenia polskiej ustawy elementu „przyczyn leżących po jego stronie”, co oznacza, że pytanie to jest zobiektywizowane, w przeciwieństwie do treści art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp, który zawiera elementy ocenne, wartościujące, subiektywne.

III. Zarzut zaniechania odtajnienia informacji i wyjaśnień Konsorcjum PPMT.

W dniu 2 lipca 2024 r. Odwołujący skierował do Zamawiającego Wniosek o odtajnienie informacji nie stanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa, wyznaczając jednocześnie Zamawiającemu termin na odtajnienie i udostępnienie wyjaśnień i informacji zastrzeżonych przez Konsorcjum PPMT jako tajemnica przedsiębiorstwa do dnia 4 lipca 2024 r. do godziny 11.00. Do dnia wniesienia niniejszego odwołania Zamawiający nie ustosunkował się do treści niniejszego pisma. W związku z powyższym, w ramach uzasadnienia swojego zarzutu Odwołujący bazuje na posiadanych przez siebie dokumentach i informacjach, które pozostały w tym postępowaniu jawne.

Biorąc pod uwagę porównanie złożonych w Postępowaniu ofert w zakresie wzmocnień, według rankingu przekazanego przez Zamawiającego w treści Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, w szczególności przy uwzględnieniu ryczałtowej ceny za ten zakres oszacowanej przez Konsorcjum PPMT, zachodzi uzasadnione podejrzenie, że przyjęty zakres wzmocnień jest mniejszy niż w ofertach pozostałych wykonawców.

Z analizy udostępnionych Odwołującemu dokumentów wynika, że również Zamawiający powziął uzasadnione podejrzenie dotyczące kwestii wzmocnień, bowiem najpierw w dniu 12 marca 2024 r. wezwał Konsorcjum PPMT do złożenia wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp (zgodność oferty z dokumentacją Postępowania), a następnie w dniu 23 maja 2024 r. skierował do Konsorcjum PPMT odrębne wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp (wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny w kontekście badania ceny rażąco niskiej).

Sądząc po dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum PPMT złożone w tym zakresie wyjaśnienia przekonały Zamawiającego, jednakże inni wykonawcy biorący udział w Postępowaniu zostali pozbawieni możliwości zapoznania się z wyjaśnieniami złożonymi przez Konsorcjum PPMT w tym aspekcie, mimo że cena zaoferowana za wzmocnienia przez Konsorcjum PPMT budzi uzasadnione wątpliwości.

Odwołujący podkreśla, że konieczność ujawnienia wyjaśnień dotyczących oferty w zakresie obszarów wzmocnień (zarówno lokalizacji jak i przewidzianej technologii) jest kluczowa dla zapewnienia pełnej transparentności postępowania przetargowego. Odtajnienie tych informacji umożliwi wszystkim zainteresowanym stronom, w tym konkurencyjnym wykonawcom, weryfikację zaproponowanych rozwiązań technicznych, ich lokalizację oraz ich zgodność z wymaganiami zawartymi w PFU. Wzmacnianie podtorza, w tym w szczególności zabezpieczenie skarp, są kluczowymi elementami wpływającymi na bezpieczeństwo i trwałość infrastruktury kolejowej.

Działanie Konsorcjum PPMT polegające na zastrzeżeniu w ofercie określonych informacji – w szczególności kwestii wzmocnień ze względu na tak dużą dysproporcję cenową, o czym była już mowa, miało na celu jedynie utrudnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz zachwianie zasady równego traktowania wykonawców.

W szczególności Odwołujący wskazuje, że Konsorcjum PPMT w sposób szczątkowy (a właściwie – nieistniejący) opisało wartość gospodarczą zastrzeganych informacji, a także w szczególności działania podjęte w celu zachowania poufności zastrzeganych informacji. W ocenie Odwołującego Konsorcjum PPMT nie dopełniło swoich obowiązków w zakresie rzeczywistego wykazania tych okoliczności, ze szczegółowym odniesieniem do wszystkich przesłanek możliwości zastrzeżenia, ograniczając się do kilkustronicowego ogólnego uzasadnienia oraz do zamieszczenia informacji dotyczącej zastrzeżenia treści jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący następnie odniósł się do pisma z 5 czerwca 2024 r., zawierającego uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Generalny wniosek, jaki należy wysnuć z lektury przekazanego uzasadnienia dokonania zastrzeżenia sprowadza się w gruncie rzeczy to stwierdzenia, że Konsorcjum PPMT nie ujawnia swoich wyjaśnień, bo nie ma dostępu do wyjaśnień składanych przez innych wykonawców, a dzięki utajnieniu danych jest szansa, że inni wykonawcy nie dowiedzą się, jak to się stało, że PPMT udało się zaoferować aż tak niską cenę.

IV. Zarzut niezgodności oferty z treścią dokumentacji postępowania.

Po dokonaniu analizy cen zaoferowanych za wykonanie wskazanego zakresu Odwołujący na przykładzie pozycji dotyczącej umocnienia skarp wykaże, że oferta Konsorcjum PPMT jest niezgodna z warunkami określonymi przez Zamawiającego. Biorąc pod uwagę założenia przyjęte przez Zamawiającego na etapie projektu, należało do oferty wliczyć wykonanie wzmocnienia (zabezpieczenia) skarp nasypów i wykopów za pomocą siatki w ilości 9.975 m2 oraz gwoździ gruntowych w ilości 32.392 mb i łączną wartość tych elementów ująć w ramy dwóch pozycji kosztorysu. W celu oszacowania orientacyjnej wartości tych elementów i ustalenia odpowiedniego punktu odniesienia, Odwołujący odnosi się w tym miejscu do ogólnodostępnej publikacji Biuletynu cen Sekocenbud przy założeniu, że do wyceny wykorzystano stawki i narzuty obowiązujące w czwartym kwartale 2023 r. dla województwa pomorskiego, a poniższe pozycje z Sekocenbud odnoszą się odpowiednio do gwoździ gruntowych („mikropale samowiercące”) i siatki („geosiatki”). Biorąc pod uwagę, że Zamawiający w ramach projektu wprost wskazał, że zabezpieczenie skarp nasypów i wykopów ma

zostać wykonane na obszarze obejmującym łącznie 9.975 m² i przyjmując za wartość wyjściową wskazanych elementów wartość 13.932.988,94 zł wynikającą z Sekocenbud, średnia cena wykonania zabezpieczenia skarp wynosi 1.396,79 zł za m² (13.932.988,94 zł podzielone przez 9.975 m²). Na omawiany zakres zamówienia Odwołujący bowiem pozyskał ofertę wiodącego na rynku podwykonawcy i dostawcy – firmy Keller. Z otrzymanej oferty wynika, że łączna wartość wzmocnienia skarp na obszarze obejmującym łącznie 9.975 m² wynosi 10.342.312,50 zł, a zatem średnia cena wykonania zabezpieczenia skarp wynosi 1.036,82 zł za m². Konsorcjum PPMT tymczasem w omawianym zakresie wzmocnień, w odniesieniu do wykonania umocnienia skarp (w całości) podało kwotę ryczałtową w wysokości jedynie 1.089.363,59 zł. Gdyby cenę zaoferowaną za wzmocnienie skarp przez Konsorcjum PPMT (1.089.363,59 zł) odnieść do cen wskazanych jako wytyczne w Sekocenbud (1.396,79 zł za m²), wówczas należy wskazać, że ilość wzmocnień do wykonania przyjęta przez Konsorcjum PPMT wynosi zaledwie 780 m². Powyższe wskazuje, że Konsorcjum PPMT przyjęło do wzmocnienia jedynie 7,8% obszaru niezbędnego do wzmocnienia na terenie, na którym zlokalizowana jest inwestycja! Jest to zatem działanie dalece niewystarczające.

Przyjmując natomiast rynkową ofertę firmy Keller, przyjmując podobny sposób liczenia Konsorcjum PPMT miało przyjąć do wzmocnienia jedynie 1.051 m² obszaru, co stanowi jedynie 10,5% obszaru przewidzianego do wzmocnienia przez Zamawiającego w pierwotnym projekcie.

Nawet możliwość „optymalizacji” w stosunku do pierwotnych wartości przyjętych w projekcie nie może uzasadniać zmniejszeniu obszaru wzmocnień o 90%.

Odwołujący zlecił wykonanie analizy optymalizacji prac pozwalającą przyjąć wielkość 4.787 m², którą następnie zestawiał z zaoferowanymi cenami, wskazując na istotną rozbieżność wyceny oferty Konsorcjum – stanowiącej ok 22% do oszacowanej ceny.

Odwołujący wskazał następnie na uwarunkowania przedmiotowej inwestycji wynikające m.in. z „Osuwiska na obszarze C2”, wymagającego wzmocnienia, co powinno zostać uwzględnione w dokonanej wycenie. Na podstawie średnich cen z Sekocenbud oraz oferty Keller Odwołujący oszacował koszty tego wzmocnienia na 4.610.910 zł. i 4.406.499,06 zł. Natomiast na podstawie zleconych analiz (przy mniejszej ilości materiałów) koszty wykonania wzmocnienia dla tego osuwiska to 1.725.288,74 zł (Sekocenbud) i 2.663.599,08 zł (oferta Keller).

V. Zarzut rażąco niskiej ceny.

W wyjaśnieniach z 5 czerwca 2024 r. w zakresie rażąco niskiej ceny część dotycząca wzmocnień nie została ujawniona.

Po dokonaniu analizy części ogólnej złożonych wyjaśnień należy stwierdzić, że sformułowania tam zawarte okazują się wyłącznie ogólnikowe i oparte na schematycznym zestawie stwierdzeń, deklaracji i oświadczeń, które nie są dostosowane do konkretnej sytuacji (wbrew wymogom wynikającym z aktualnego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych).

Zarzut ten jest wynikowym w odniesieniu do zarzutu związanego z niezgodnością oferty z treścią dokumentacji postępowania. Zamawiający nie dopuszczał możliwości wliczenia kosztów wykonania jakiegokolwiek pozycji RCO w inną pozycję RCO.

VI. Zarzut czynu nieuczciwej konkurencji w ofercie Konsorcjum PPMT.

Biorąc pod uwagę charakter pozycji, które w ocenie Odwołującego nie zostały w kalkulowane przez Konsorcjum PPMT do oferty, należy stwierdzić, że w opisanych okolicznościach wykonawca ten nie daje rękojmi wykonania zakresu prac przewidzianych do realizacji zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, co świadczy w istocie o niepełnej i niekompletnej wycenie. Takie działanie należy jednoznacznie zakwalifikować jako działanie na szkodę i ryzyko Zamawiającego, a także jako zakłócenie funkcjonowania uczciwej konkurencji poprzez wprowadzenie nierzetelnego współzawodnictwa w zakresie zaoferowanych cen. Takie praktyki bezpośrednio zagrażają interesom innych wykonawców, którzy kalkulując swoją cenę uczciwie, nie są w stanie realnie konkurować z podmiotem, który wprost i świadomie jakiegoś elementu czy elementów nie wycenia. Tego typu działanie wypełnia definicję czynu nieuczciwej konkurencji, określoną w art. 3 ust. 1 UZNK, co skutkuje obowiązkiem odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum PPMT na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpiło po stronie Zamawiającego Konsorcjum firm: Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno-Torowe Sp. z o.o. z/s w Gdańsku, Trakcja S.A. z/s w Warszawie, Zakład Robót Komunikacyjnych DOM w Poznaniu Sp. z o.o. z/s w Poznaniu (Konsorcjum PPMT).

Po stronie Odwołującego skutecznie przystąpili: Konsorcjum firm w składzie ZUE S.A. z/s w Krakowie, Fabe Polska Sp

z o.o. z/s w Warszawie (Konsorcjum ZUE), a także Konsorcjum firm w składzie: PORR S.A. z/s w Warszawie, Trakcja System Sp. z o.o. z/s we Wrocławiu (Konsorcjum PORR).

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości (pismo z 30.07.2024 r.).

Stanowisko pisemne w przedmiocie zarzutów złożył również przystępujący po stronie Zamawiającego – Konsorcjum PPMT.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.).

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym swz, a także stanowiska stron i Przystępującego po stronie Zamawiającego prezentowane w pismach oraz ustnie na rozprawie.

Izba włączyła w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania jak również dowody złożone na rozprawie przez Odwołującego, Zamawiającego oraz Przystępującego.

Odwołanie spełniało przesłanki z art. 505 ust. 1 Ustawy i podlegało rozpoznaniu w całości.

Odwołujący wykazał interes prawny we wniesieniu odwołania na czynność oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej, która pozbawiała Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia w sytuacji, gdy jego oferta była drugą pod względem ceny ofertą złożoną w postępowaniu.

Izba ustaliła i zważyła.

Zamawiający prowadził postępowanie w mieszanej formule w podziale na zakres podstawowy: część A: „Buduj” i część B – „Projektuj i buduj”.

W IDW pkt 8.7 Zamawiający wskazał fakultatywne podstawy wykluczenia mające zastosowanie w procedurze przetargowej objęte przepisami art. 109 ust. 1 pkt 2, 3, 4, 7, 8, 9, 10 Ustawy.

Wykonawcy składali oświadczenie w dokumencie JEDZ stanowiącym tymczasowy dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia i spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Termin składania ofert upływał w dniu 15.12.2023 r. godzina 10:00.

Oferty w postępowaniu złożyło dziewięciu wykonawców. Cena oferty składana na formularzu ofertowym, jako cena całkowita (netto i brutto) z rozbiem na składowe obejmowała cenę za zakres podstawowy część A, cenę za zakres podstawowy część B i cenę za opcję na interfejs.

Konsorcjum PPMT zaoferowało cenę za całość robót w wysokości 1.541.915.358,77 zł brutto (w tym za część B: 212.865.744,21 zł brutto). Oferta Odwołującego opiewała natomiast na cenę brutto 1.586.679.552,88 zł. (w tym za część B: 200.970.012,68 zł brutto).

Zamawiający na sfinansowanie zamówienia przewidywał kwotę 2.148.581.495,98 zł brutto.

Załącznikami do oferty były przedmiary (dla części A) oraz RCO (dla części B i opcji na interfejs). Poz. 2.5 RCO dotyczyła „wzmocnienie podłoża” i wyceniana była w kwocie globalnej.

Konsorcjum PPMT w ofercie złożyło oświadczenia wstępne. Wszyscy konsorcjanci w JEDZ w części III lit. C na pytanie o podstawy wykluczenia: *naruszenie obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska* zaznaczyli odpowiedź „NIE”. Na kolejne pytania dotyczące *rozwiązania umowy przed czasem, odszkodowania lub inne porównywalne sankcje oraz winien wprowadzenia w błąd, zatajenia informacji lub niemożności przedstawienia wymaganych dokumentów lub uzyskania poufnych informacji na temat przedmiotowego postępowania*, lider konsorcjum (PPMT Sp. z o.o.) na oba pytania udzielił odpowiedzi „NIE”. Trakcja S.A. na pierwsze ze wskazanych pytań odpowiedziała „TAK”, zamieszczając informacje dotyczące nadal realizowanego kontraktu z 27.07.2018 r. zawartego z Zamawiającym PKP PLK S.A. W odpowiedzi na kolejne pytanie zaznaczona została odpowiedź „NIE”. ZRK-DOM w Poznaniu Sp. z o.o. na oba pytania zaznaczył odpowiedź „NIE”.

W oświadczeniu o aktualizacji informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Trakcja S.A. potwierdziła zgodność danych z prawdą, a w załączniku do oświadczenia przedstawiła dodatkowe informacje (pismo z 25.03.2024 r.), dotyczące zmiany statusu jednej z umów zawartej z Zarządem Dróg Miasta Krakowa (pozew o zapłatę wraz z nakazem zapłaty w postępowaniu upominawczym gospodarczym).

Pismem z 12.03.2024 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum PPMT do wyjaśnień w formule odpowiedzi na wątpliwości ujęte w 88 pytaniach, w tym w zakresie pytania nr 56: „*Prosimy wymienić technologie wzmocnienia podłoża i umocnienia skarp przyjęte do wyceny z podaniem lokalizacji poszczególnych typów wzmocnień oraz wyjaśnieniem na jakiej podstawie przyjęto zakresy i metody wzmocnienia podłoża i umocnienia skarp*”.

W piśmie, z 9 kwietnia 2024 r. Konsorcjum PPMT odpowiedziało na pytania składając wyjaśnienia wraz z załącznikami w części objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Odpowiedź na pytanie 56 została w całości zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa. Odpowiedź odnosi się do technologii dla przyjętych typów robót z podziałem na kilometr linii. Od str. 31 do 35 ujęte zostało uzasadnienie dla zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa uzupełnione załącznikami do wyjaśnień.

Pismem z 15.04.2024 r. Zamawiający wezwał do wyjaśnienia szczegółowej kalkulacji pozycji przedmiarowych (część A) oraz pozycji RCO (część B). Wykonawca udzielił odpowiedzi w piśmie z 8.05.2024 r.

Pismem z 21.05.2024 r. Zamawiający wezwał do dalszych wyjaśnień wynikających z odpowiedzi na pytanie nr 56 z 9.04.2024 r. mających potwierdzić zgodność wyceny z OPZ.

W wyjaśnieniach z 24.05.2024 r. Konsorcjum PPMT potwierdziło zgodność z OPZ.

Zamawiający wezwał pięciu wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny na podstawie art. 224 ust 1 Ustawy wskazując na pozycje przedmiarowe (część A) oraz pozycje RCO (część B). Konsorcjum PPMT zostało wezwane, m.in. do wyjaśnienia poz. 2.5 RCO „Wzmocnienie podłoża”. Poza wskazaniem pozycji budzących wątpliwości Zamawiający nie sprecyzował ich podstawy, w tym nie odniósł się ani do różnicy cen zaoferowanych w ofertach, jak również do szacowanej wartości zamówienia.

Wszystkie wyjaśnienia zostały przez wykonawców objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Konsorcjum PPMT złożyło wyjaśnienia w piśmie z 5.06.2024 r. przedstawiając również uzasadnienie objęcia wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa.

Kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej stanowiła „Cena”.

Zamawiający w piśmie z dnia 27.06.2024 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty Konsorcjum PPMT.

Izba oddaliła odwołanie w całości.

Mając na uwadze zakres zarzutów i ich podstawy faktyczne, odwołanie można podzielić na trzy grupy powiązane okolicznościami, z jakich Odwołujący wywodził twierdzenia mające uzasadniać żądanie odrzucenia oferty wybranej w oparciu o wskazane podstawy prawne.

I.

Pierwsza grupa zarzutów wskazanych w pkt od 1 do 3 powiązana została z oceną spełnienia przesłanki wykluczenia z postępowania objętej podstawą z art. 109 ust. 1 pkt 2 lit c Ustawy, tj. ustaleniem, iż wobec PPMT (Lider konsorcjum) miała zostać wydana ostateczna decyzja administracyjna o naruszeniu przez tego wykonawcę obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska, którą to decyzją wymierzono karę pieniężną. Ponieważ Konsorcjum PPMT zataiło te informacje w JEDZ, miałyby również zachodzić podstawa do odrzucenia oferty w związku z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Ustawy.

Odwołujący swoje wnioski wywodził z decyzji Kujawsko-Pomorskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z 25 listopada 2022 r., utrzymanej decyzją GIOŚ z 26 stycznia 2024 r., ustalającej stawką dzienną kary 767,35 zł za przekroczenie dopuszczalnego poziomu hałasu przenikającego do środowiska w porze dnia.

Odwołujący podtrzymując zarzut wskazywał, iż dla wypełnienia przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 2 lit c Ustawy znaczenie ma fakt wydania decyzji ustalającej WIOŚ (decyzji ostatecznej), stwierdzającej naruszenie obowiązków z zakresu ochrony środowiska. Jednocześnie w odpowiedzi na twierdzenia Zamawiającego i Przystępującego o tym, iż nie jest to decyzja wymierzająca karę pieniężną, Odwołujący wskazywał, iż decyzja Kujawsko-Pomorskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 13 czerwca 2024 r. wymierzająca karę pieniężną za okres od 15 września 2022 r., do 31 grudnia 2022 r. w wysokości 58.319 zł. (złożona jako dowód przez Odwołującego), stanowiła jedynie techniczną konsekwencję decyzji WIOŚ z listopada 2022 r.

W sprawie nie było spornym ustalenie, iż wobec PPMT została wydana decyzja WIOŚ **ustalająca wymiar kary biegnącej** (na podstawie art. 300 ust. 1 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska), utrzymana decyzją GIOŚ z 26 stycznia 2024 r. Odwołujący na rozprawie złożył jako dowód decyzję **wymierzającą karę** za okres od 15 września 2022 r., do 31 grudnia 2022 r., od której strona wniosła odwołanie do Głównego Inspektora Ochrony

Środowiska.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c Ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę *wobec którego wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska, prawa pracy lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym, jeżeli wymierzono tą decyzją karę pieniężną.*

Izba podziela stanowisko Zamawiającego i Przystępującego Konsorcjum PPMT, poparte wskazanym w pismach orzecnictwem sądów powszechnych, iż decyzja WIOŚ z 25.11.2022 r. nie wypełnia przesłanki ustawowej, nie jest bowiem decyzją wymierzającą karę pieniężną. Przepisu ustawy Prawo ochrony środowiska w sposób jasny regulują podstawy wymierzenia kary pieniężnej, co następuje w oparciu o art. 302 ust. 1 POŚ w drodze decyzji, dla której podstawę stanowi ostateczna decyzja określająca wymiar kary biegnącej. Wydanie decyzji ustalającej wymiar kary biegnącej stanowi pierwszy etap postępowania, które może zakończyć się wydaniem decyzji wymierzającej karę pieniężną za okres, w którym trwało przekroczenie norm środowiskowych. Decyzja administracyjna WIOŚ o wymierzeniu kary pieniężnej stanowi odrębną od decyzji ustalającej wymiar kary biegnącej decyzję i to z tą właśnie decyzją związana jest przesłanka z art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c Ustawy. Jak wynika z przedłożonej na rozprawie decyzji WIOŚ z dnia 13.06.2024 r. wymierzona została PPMT Sp. z o.o. kara pieniężna za naruszenie norm głośności za okres, w którym to przekroczenie trwało tj. od 15.09.2022 r. do 31.12.2022 r. Ponieważ strona odwołała się od tej decyzji nie została spełniona przesłanka dotycząca ostateczności decyzji, co stwierdza sam organ w piśmie z 19.07.2024 r., stanowiącym odpowiedź na wniosek Odwołującego, w którym podkreśla, iż decyzja nie jest ostateczna.

Na marginesie należy wskazać, iż przyjęcie wniosku Odwołującego, iż ostateczna decyzja ustalająca wymiar kary biegnącej stanowiłaby o wypełnieniu przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c Ustawy, oznaczałoby brak możliwości samooczyszczenia, w tym podjęcia kroków w celu usunięcia skutków wyrządzonej szkody. Jak wskazano w przywołanym przez Konsorcjum PPMT stanowisku WSA w Warszawie *bezpośrednim następstwem wydania decyzji w przedmiocie ustalenia wymiaru kary biegnącej nie jest obowiązek jej zapłaty (...). Decyzja ta nie określa obowiązku zapłaty kary w określonej wysokości, a jedynie stwierdza, że skarżąca spółka przekroczyła dopuszczalny poziom hałasu emitowanego do środowiska (...). W zakresie wymierzenia kary, którą będzie musiał uiścić podmiot, który dopuścił się naruszenia, konieczne jest wszczęcie odrębnego postępowania w przedmiocie wymierzenia kary. Dopiero na podstawie ostatecznych decyzji określających wymiar kary biegnącej, wojewódzki inspektor ochrony środowiska, podejmie decyzję o wymierzeniu kary (art. 302 ust. 1 ustawy Prawo ochrony środowiska). Tym samym, dopiero wydanie przez organ decyzji o wymierzeniu kary, na podstawie art. 302 ust. 1 ustawy Prawo ochrony środowiska nakłada obowiązek uiszczenia określonej kwoty kary i podlega przymusowemu wykonaniu.*

Jak wynika z decyzji WIOŚ z 25.11.2022 r. ustala ona początkowy termin naliczania kary biegnącej na dzień 15.09.2022 r., a wskazana w niej stawka dobowo 767,35 zł nie stanowi jeszcze o wymierzeniu kary pieniężnej do zapłaty, której zobowiązany zostałby podmiot dopuszczający się naruszenia obowiązków ochrony środowiska. Potwierdza to wprost decyzja GIOŚ ze stycznia 2024 r., w której treści wprost wskazano, iż decyzja wydana przez WIOŚ (ustalająca wymiar kary biegnącej) nie ustala administracyjnej kary pieniężnej. Powyższe oznacza zatem, że wykonawca wobec, którego wydana została decyzja ustalająca wymiar kary biegnącej, nie ma możliwości naprawienia szkody poprzez zapłatę kary, której wymiar nie jest określony decyzją ustalającą, do czego konieczne jest wydanie ostatecznej decyzji wymierzającej karę pieniężną. Również Zamawiający pozbawiony jest możliwości oceny na podstawie art. 109 ust. 2 Ustawy, czy decyzja o wykluczeniu wykonawcy nie będzie oczywiście nieproporcjonalna. Dopiero decyzja ostateczna wydana na podstawie art. 302 ust. 1 POŚ, stanowi podstawę dla ustalenia, czy wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c Ustawy.

Izba na tej podstawie stwierdza, iż PPMT nie było zobowiązane do potwierdzenia w JEDZ, iż miało dopuścić się naruszenia obowiązków w dziedzinie ochrony środowiska, które to naruszenie oceniane musi być z uwzględnieniem przesłanki opisanej w przepisie krajowym, tj. art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c Ustawy. Ponadto, z uwagi na wniesienie odwołania od decyzji WIOŚ z dnia 13.06.2024 r. o wymierzeniu kary pieniężnej, również w ramach aktualizacji oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Ustawy, nie miała miejsca zmiana sytuacji prawnej Wykonawcy wskazująca na obowiązek jego aktualizacji w trakcie prowadzonej procedury przetargowej.

W tych okolicznościach nie było podstawy do uwzględnienia zarzutów opisanych w pkt 1-3 odwołania.

II.

Kolejna podstawa zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum PPMT dotyczy przesłanek wykluczenia z postępowania objętych przepisami art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Ustawy, w związku z oświadczeniem Trakcja S.A., w którym

pominięto okoliczność naliczenia kar umownych na inwestycji dotyczącej „Projektu i budowy drogi ekspresowej S5 na odcinku Nowe Marzy – Bydgoszcz – granica województwa kujawsko-pomorskiego i wielkopolskiego z podziałem na 4 części”.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż Odwołujący formułując zarzut w pkt 4 odwołania w sposób zamierzony pominął, jako mającą zostać naruszoną normę art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy wskazując przesłankę wykluczenia powiązaną z nienależytym wykonaniem wcześniejszego kontraktu. Zabieg ten miał na celu uniknięcie potrzeby wykazania, iż uchybienia w realizacji zamówienia publicznego miały przyczyny leżące po stronie wykonawcy, jak również potrzeby badania stopnia i skali tych uchybień, co jest objęte normą art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy. Jak wskazał na rozprawie konstrukcja zarzutu, w którym nie ma odniesienia do art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy czyni zbędną ocenę przyczyn, które miały doprowadzić do naliczenia kar umownych.

Powyższe miało zasadnicze znaczenie dla oceny skuteczności zarzutu podniesionego w odwołaniu. Mając bowiem na uwadze orzecznictwo przywoływane obszernie w stanowiskach stron, weryfikacja wstępnego oświadczenia w JEDZ dokonywana musi być z uwzględnieniem brzmienia przepisów krajowych, definiujących przesłanki, do których refuje treść pytania, które mogą odbiegać od brzmienia ustawowego. Celem oświadczenia wstępnego składanego na formularzu JEDZ jest bowiem potwierdzenie wystąpienia lub brak przesłanek prowadzących do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Wskazane w odwołaniu okoliczności dotyczące naliczenia kar umownych wprost mają odniesienie do normy prawnej z art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy. Tym samym, w ocenie składu orzekającego, dla stwierdzenia, czy Zamawiający miał być wprowadzony w błąd niezbędne było wykazanie, iż sytuacja dotycząc kontraktu S5 „Nowe Marzy” wypełniała przesłanki uzasadniające wykluczenie z postępowania w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy. Odniesienie się w zarzutach i uzasadnieniu wyłącznie do stwierdzenia, czy informacje mogły wprowadzać w błąd bez uwzględnienia kontekstu badania wynikającego z przesłanki związanej z oceną naruszenia obowiązków kontraktowych, nie mogło stanowić samodzielnej podstawy do odrzucenia oferty. Należy bowiem mieć na uwadze, iż informacje przekazywane są zamawiającemu w konkretnym celu związanym z przesłankami wykluczenia. W sytuacji, gdy wprowadzenie w błąd odnosi się w sposób bezpośredni do okoliczności powiązanych z badaniem przesłanek stanowiących samodzielną podstawę wykluczenia, faktycznie badanie oświadczenia wstępnego nie może być ograniczone do narzuconego treścią zarzutu kontekstu badania. Zamawiający prowadząc postępowanie dokonuje weryfikacji podmiotowej sytuacji wykonawcy w postępowaniu w sposób całościowy, uwzględniając wszystkie okoliczności mogące mieć wpływ na uznanie, czy nie zachodzą podstawy do odrzucenia oferty. Podważając zatem decyzje wynikające z badania przesłanki fakultatywnej wykluczenia objętej przepisem art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy, czy to w drodze zakwestionowania prawidłowości oceny, czy też konieczności uzupełnienia tego badania o nowe okoliczności, które miały zostać pominięte w oświadczeniu w JEDZ, po stronie Odwołującego leżało nie tylko wskazanie na kontrakt, na którym miało dojść do naliczenia kar umownych, ale przede wszystkim wykazanie, iż brak informacji w tym zakresie mógł mieć znaczenie dla oceny podmiotowej Wykonawcy, a tym samym wprowadzał Zamawiającego w błąd. Tymczasem Odwołujący formułował zarzutu wprowadzenia w błąd w oderwaniu od okoliczności związanych z badaniem przesłanki objętej pkt 7 wskazanego artykułu.

W ocenie składu orzekającego takiej oceny nie można dokonać z pominięciem badania, czy do nałożenia kary finansowej doszło na skutek okoliczności leżących po stronie wykonawcy. Ponieważ Odwołujący nie formułował zarzutu w zakresie braku zastosowania przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy, zarzut wprowadzenia Zamawiającego w błąd nie mógł już z tego powodu być rozpoznany pozytywnie.

Ponadto, w sytuacji gdy członek konsorcjum w oświadczeniu w JEDZ udzielił odpowiedzi twierdzącej na pytanie referujące do przesłanki opisanej w art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy, to wywodzenie możliwości wprowadzenia Zamawiającego w błąd w sposób automatyczny musi referować do tej przesłanki. W ocenie składu orzekającego nie jest prawidłowym oczekiwaniem, że wykonawca w JEDZ zobowiązany jest prezentować całą historię kontraktową, co wiązałoby się z koniecznością badania przez zamawiającego szeregu okoliczności, co do których wykonawca zaprzecza, aby miały mieć znaczenie dla badania podstaw wykluczenia. Prowadzić mogłoby to do nadmiernego przeniesienia na zamawiającego obowiązku weryfikacji sytuacji podmiotowej wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. To po stronie wykonawcy spoczywa odpowiedzialność za rzetelną ocenę własnej sytuacji podmiotowej, którą przedstawia zamawiającemu. Jednocześnie, w sytuacji kwestionowania prawdziwości oświadczeń, to po stronie odwołującego spoczywa ciężar wykazania informacji nieprawdziwych mających znaczenie dla decyzji podjętych w postępowaniu.

Przesłanki, do których referuje Odwołujący objęte przepisami art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Ustawy nie są oderwane od znaczenia informacji, co do których miało zostać stwierdzone, iż wprowadzały Zamawiającego w błąd. W obu

przepisach ustawodawca wskazuje na istotny wpływ informacji na decyzje podejmowane w postępowaniu przez zamawiającego. Bez odniesienia znaczenia informacji dla czynności podjętych w postępowaniu, nie jest możliwe stwierdzenie zaistnienia podstawy wykluczenia z postępowania w związku z wprowadzeniem zamawiającego w błąd.

Jednocześnie skład orzekający przyjmuje jako istotną dla oceny obecnego odwołania okoliczność, iż przepisy Ustawy nie określają stopnia szczegółowości opisu sytuacji objętych oświadczeniem wstępnym. Już samo potwierdzenie wystąpienia sytuacji mogącej wypełniać przesłanki wykluczenia z postępowania umożliwia dalszą weryfikację sytuacji faktycznej w drodze dalszych wyjaśnień oświadczenia. Mając na uwadze cel wstępnego oświadczenia, jak również możliwość stosowania procedury odwróconej, z punktu widzenia ekonomiki postępowania, uzasadniają one ograniczenie szczegółowego badania wyłącznie do podmiotu, który złożył ofertę najwyższej ocenioną. Utartą praktyką w procedurze przetargowej jest umożliwienie wykonawcy wyjaśnienia wstępnego oświadczenia potwierdzającego wystąpienie okoliczności mogących wyczerpywać fakultatywne przesłanki wykluczenia. Odwołujący nie wskazywał przy tym, aby Zamawiający zaniechał wyjaśnienia okoliczności, które miały mieć znaczenie dla oceny podmiotowej Konsorcjum PPMT.

W świetle powyższego zarzuty wskazane powyżej nie zasługiwały na uwzględnienie.

III.

Trzecia grupa zarzutów związana jest z treścią oferty Konsorcjum PPMT wycenioną w pozycji RCO 2.5 „Wzmocnienie podłoża”. Odwołujący kwestionuje zarówno zasadność objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień związanych z wycenianą pozycją RCO, jak również wskazuje w oparciu o tę pozycję, iż oferta Konsorcjum jest niezgodna z warunkami zamówienia, jak również zawiera rażąco niską cenę i stanowi o złożeniu oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa skład orzekający uznał, iż w odwołaniu zarzut ten został sformułowany w sposób nieprecyzyjny, tj. ze wskazaniem wprost na wyjaśnienia objęte tajemnicą przedsiębiorstwa w piśmie z 5 czerwca 2024 r. i uzasadnienie tej tajemnicy. W treści odwołania nie można natomiast wskazać, iż zarzut odnosi się do uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa zastrzeżonej w wyjaśnieniach z dnia 9 kwietnia 2024 r., w których Konsorcjum PPMT odpowiedziało na pytania składając wyjaśnienia wraz z załącznikami w części objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Odpowiedź na pytanie 56 została w całości zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa i odnosi się do technologii wykonania wzmocnień dla przyjętych typów robót z podziałem na kilometraż linii. Wyjaśnienia, których skuteczność objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa została omówiona w odwołaniu (z 5.06.2024 r.) stanowiły wyjaśnienia w zakresie kalkulacji ceny. Odwołujący na rozprawie podnosił, iż zarzut odnosi się ogólnie do wyjaśnień, co miałyby obejmować również zastrzeżenie co do skuteczności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa odpowiedzi na pytanie nr 56 z 9.04.2024 r.

W ocenie składu orzekającego, w sytuacji gdy Wykonawca zastrzegał tajemnicę przedsiębiorstwa w kilku wyjaśnieniach wskazując za każdym razem uzasadnienie, dla objęcia odwołaniem każdego lub wybranego zastrzeżenia wyjaśnień należało odnieść się do konkretnego wyjaśnienia wraz z uzasadnieniem. Odwołujący dokonał tego wyłącznie w odniesieniu do wyjaśnień z 5.06.2024 r. dotyczących ceny. Ponieważ wyjaśnienia z 9.04.2024 r., jako pierwsze prezentują informacje o przyjętej technologii wykonania wzmocnień wraz ze wskazaniem konkretnego kilometrażu, stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, ocena zasadności zarzutu nr 5 zaniechania odtajnienia i udostępnienia dokumentów i informacji, musiała uwzględniać fakt, iż zasadność zastrzeżenia tych wyjaśnień nie była objęta treścią zarzutu. Ma to istotne znaczenie, czyniąc skutecznym zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji precyzujących sposób wykonania wzmocnienia podłoża. W sytuacji, gdy kolejne wyjaśnienia w zakresie ceny również utrzymują w tajemnicy te informacje, stwierdzenie zaniechania udostępnienia informacji wyłącznie w oparciu o uzasadnienia tajemnicy dołączone do wyjaśnień z 5.06.2024 r., nie mogło być skuteczne. Nie można bowiem pozbawiać znaczenia wcześniejszego zastrzeżenia, którego Odwołujący skutecznie nie objął zarzutem. Same wyjaśnienia w zakresie ceny zawierają uzupełniające informacje w zakresie wyceny i nie mogły być odnoszone do wcześniejszych wyjaśnień w zakresie treści oferty, jako podważające zasadność objęcia odpowiedzi na pytanie nr 56 tajemnicą przedsiębiorstwa. Już tylko z tej przyczyny zarzut nie mógł być uznany za skuteczny.

Odwołujący wykazując konieczność odtajnienia informacji o technologii wykonania wzmocnień podkreślał znaczenie, jakie informacja ta mieć dla zachowania przejrzystości decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, jednocześnie sam zastrzegł w całości wyjaśnienia dotyczące wyceny oferty, wykazując zasadność objęcia tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Zamawiający oceniając skuteczność objęcia wyjaśnień klauzulą poufności powinien mieć na uwadze potrzebę wyważenia prawa wykonawców do ochrony tajemnicy handlowej, przy zachowaniu uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W sytuacji gdy wszyscy uczestnicy przetargu uznają tożsame dane za tajemnicę przedsiębiorstwa wraz z podobnym uzasadnieniem znaczenia tych informacji, ocena nie powinna prowadzić do równej

sytuacji w postępowaniu przetargowym.

Z uwagi na oczywiste powiązanie zastrzeżenia informacji związanych z wyceną pozycji RCO z wcześniejszymi wyjaśnieniami objętymi tajemnicą przedsiębiorstwa, nie jest celowe odnoszenie się do samego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy dla wyjaśnień z 5.06.2024 r.

W świetle powyższego zarzut związany z tajemnicą przedsiębiorstwa Izba oddaliła jako nieuzasadniony.

Odnosząc się łącznie do pozostałych zarzutów (od 6 do 10) miały one wspólną podstawę faktyczną związaną ze wskazanym w wyjaśnieniach z 9.04.2024 r. wzmocnieniem podtorza wraz z późniejszymi wyjaśnieniami kalkulacji pozycji RCO.

Na wstępie należy zauważyć, iż element ten stanowił przedmiot ceny oferty ujęty w RCO i nie był wyceniany na podstawie przedmiarów objętych częścią A. Zamawiający w trakcie procedury dokonał istotnej zmiany usuwając z dokumentacji postępowania dokumentację projektową początkowo opisującą zakres wzmocnień do wyceny. Zamawiający odstąpił od narzucenia wykonawcom konkretnych rozwiązań projektowych i sposobów wykonania wzmocnień podtorza i zabezpieczenia skarp.

Powyższe miało istotne znaczenie dla ustalenia wymaganej treści oferty. Zamawiający w odniesieniu do tego elementu prac wymagał samego wskazania ceny ryczałtowej bez identyfikacji technologii, czy też zakresów przyjętych do wyceny wzmocnień lub materiałów. Pozostali wykonawcy poza Konsorcjum PPMT nie określali technologii i zakresu wzmocnień przyjętych do wyceny. Powyższe oznaczało, że wyłącznie Konsorcjum PPMT w odpowiedzi na pytania podało informacje, których Zamawiający nie wymagał w dokumentacji przetargowej. Jednocześnie Odwołujący zarzut niezgodności oferty z wymaganiami Zamawiający opierał na przyjętej pierwotnie w dokumentacji zamówienia technologii wykonania wzmocnień, co stanowiło podstawę do prezentowanych wniosków o niedostatecznym (mniejszym) obszarze wzmocnień, opartym na przeliczeniu materiałów wykorzystanych do wykonania wzmocnienia (gwoździe, siatka).

Warto wskazać na przyczyny, dla których Zamawiający zdecydował o wycofaniu dokumentacji projektowej, pierwotnie opisującej sposób wzmocnienia dla przedmiotowej inwestycji. Jak wskazał Zamawiający jego doświadczenia z innego kontraktu potwierdzały znaczące przeszacowania w dokumentach zamówienia dla tego zakresu prac. Odwołujący na podstawie tych założeń prezentował wyliczenia mające wskazywać na niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia.

W pierwszej kolejności zastrzeżenia co do słuszności tej tezy dotyczyć mogą samego stwierdzenia, czy w treści oferty wykonawcy zobowiązani byli do wskazania tego elementu prac w sposób pozwalający na zweryfikowanie poprawności założeń. A tym samym, czy możliwe jest stwierdzenie niezgodności treści oferty, w sytuacji gdy wykonawcy nie mieli obowiązku wskazania jakiegokolwiek elementu identyfikującego założenia, np. co do materiałów lub technologii. Pytania Zamawiającego na etapie badania oferty nie zmieniają treści oferty w tym znaczeniu, że nie mogą prowadzić do jej uzupełnienia o elementy, których wskazania Zamawiający nie wymagał. W niniejszej sprawie istotnym w tym aspekcie jest, iż ostateczny kształt rozwiązań będzie znany dopiero po wykonaniu dokumentacji projektowej, a zatem wyjaśnienia mogły wyłącznie prezentować wstępne założenia, jakie Wykonawca mógł przyjąć dla przygotowania oferty.

Istotną pozostaje jednak przede wszystkim podstawa, na jakiej Odwołujący opierał argumentację, a tą stanowiły niewiążące i oderwane od przyjętych przez Konsorcjum PPMT założenia, dodatkowo wspierane wyliczeniami bazującymi na ofercie przygotowanej dla Odwołującego, a bazującej na pierwotnej treści dokumentacji projektowej. Wnioski jakie przedstawione zostały w uzasadnieniu nie mogły zatem być odniesione do oferty Konsorcjum PPMT, co miało również odniesienie do zarzutu rażąco niskiej ceny. Zarówno wyliczenia, jak i ekspertyza bazowały na odmiennych założeniach, niż zostało to przyjęte przez Konsorcjum PPMT, a tym samym nie były przydatne dla oceny oferty Konsorcjum i nie mogły uzasadniać żądania jej odrzucenia.

Uzupełniając do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum PPMT, jako zawierającej rażąco niską cenę wskazać należy, że cena oferty Konsorcjum za część B była wyższa od oferty Odwołującego. Nie zostało również w żaden sposób wykazane, iż poz. 2.5 RCO stanowiłaby istotną część składową. Ani w wezwaniu do złożenia wyjaśnień, ani w samym odwołaniu nie ma uzasadnienia dla takiej kwalifikacji tej pozycji. W piśmie Przystępujący po stronie Zamawiającego przedstawił procentowe znaczenie wartości tej pozycji dla całego kontraktu, która w ofercie Konsorcjum stanowi 1,96%.

Ponieważ zarzut czynu nieuczciwej konkurencji był wynikowym wcześniejszych oddalonych, również w tym elemencie odwołanie nie mogło odnieść skutku.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 w zw. z § 8 poz. 2437).

Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis w wysokości 20.000 zł i obciążyła nimi w całości Odwołującego.

Przewodnicząca:.....