

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 lutego 2025 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 stycznia 2025 r. przez wykonawcę **ERBUD S.A**

z siedzibą w Warszawie, ul. Klimczaka 1, 02-797 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez **Pomorski Uniwersytet Medyczny w Szczecinie, ul. Rybacka 1, 70-204 Szczecin**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy **Przedsiębiorstwo Budowlane „Calbud” Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, ul. Kapitańska 2, 71-602 Szczecin**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności polegającej na wezwaniu odwołującego z dnia 3 stycznia 2025 r. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) z wszelkimi konsekwencjami wynikającymi z unieważnienia tej czynności.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża **Pomorski Uniwersytet Medyczny w Szczecinie, ul. Rybacka 1, 70-204 Szczecin** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Klimczaka 1, 02-797 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę **ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Klimczaka 1, 02-797 Warszawa** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę **455 zł 10 gr** (słownie: czterysta pięćdziesiąt pięć złotych dziesięć groszy) poniesioną przez wykonawcę **ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Klimczaka 1, 02-797 Warszawa** tytułem dojazdu pełnomocnika na posiedzenie i rozprawę.
 - 2.2. zasądza od **Pomorskiego Uniwersytetu Medycznego w Szczecinie, ul. Rybacka 1, 70-204 Szczecin** na rzecz wykonawcy **ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Klimczaka 1, 02-797 Warszawa** kwotę **24 055 zł 10 gr** (słownie: dwadzieścia cztery tysiące pięćdziesiąt pięć złotych dziesięć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu pełnomocnika na posiedzenie i rozprawę.

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

Przewodnicząca:

Sygn. akt KIO 127/25

Uzasadnienie

Pomorski Uniwersytet Medyczny w Szczecinie, zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na „Kompleksową rozbudowę Katedry Medycyny Sądowej PUM w Szczecinie o nowy budynek przy al. Powstańców Wielkopolskich 72”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 5 listopada 2024 r. pod nr 215/2024, 670240-2024.

W dniu 13 stycznia 2025 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „odwołującym”, wniósł odwołanie na niezgodne z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego, polegające na wezwaniu odwołującego w dniu 3 stycznia 2025 r. – na podstawie formalnie powołanego art. 128 ust. 4 ustawy Pzp – do wyjaśnienia treści oferty odwołującego w zakresie oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia, (...) wskazanych w wyjaśnieniach odwołującego do JEDZ wraz z załącznikami, (...), w tym udzielenia odpowiedzi na sugestywne pytania zamawiającego zawarte w powyższym wezwaniu (str. 1 i nast. wezwania zamawiającego), a nadto – na podstawie formalnie powołanych art. 128 ust. 4 w zw. z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp – do wskazania, czy wśród kontraktów

wymienionych w wyjaśnieniach do JEDZ z dnia 11.12.2024 r. złożonych wraz z oświadczeniem JEDZ przez odwołującego znajdują się kontrakty realizowane na rzecz podmiotów prywatnych, nie zobowiązanych do stosowania ustawy Pzp, a w przypadku jeśli wszystkie z ww. kontraktów realizowane były na rzecz podmiotów publicznych, to czy istnieją inne niż zastrzeżenie wykonawcy podstawy do wyłączenia ich jawności (str. 5 i nast. wezwania zamawiającego), zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1)art. 128 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) - 3) (z uwzględnieniem art. 18 ust. 3 ustawy Pzp) ustawy Pzp i art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7-8 i 10 ustawy Pzp w zw. z art. 125 ust. 1-3 i 126 ust. 1, poprzez wezwanie odwołującego w dniu 3 stycznia 2025 r. (pismem zamawiającego z dnia 3 stycznia 2025 r. o numerze DZP.6.2025.JT) do przedstawienia wyjaśnień i dokumentów wykraczających poza treść złożonych oświadczeń i dokumentów oraz poza cele przewidziane w przepisie art. 128 ust. 4 w związku z art. 16 pkt 1) - 3) i art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7-8 i 10 ustawy Pzp w zw. z art. 125 ust. 1-3 i 126 ust. 1, w szczególności poprzez wezwanie:

- nieproporcjonalne,

- sformułowane z naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców lub prowadzące do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

- i przejrzystości, uwzględniając zasadę proporcjonalności i tajemnicę przedsiębiorstwa

a nadto nadmierne, tj. nie mogące prowadzić do samodzielnego ustalenia przez zamawiającego czy zachodzą w stosunku do odwołującego przesłanki wykluczenia z postępowania, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7-8 i 10 ustawy Pzp, tym bardziej mając na uwadze, że odwołujący złożył w toku postępowania oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 125 ust. 1 - 3 ustawy Pzp, a nadto, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 16.12.2024 r. potwierdził ich aktualność pismem z dnia 19.12.2024 r. w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niewłaściwe zastosowanie przepisów dotyczących wezwania do złożenia dokumentów podmiotowych i ich wyjaśniania w celu badania przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania, co skutkuje możliwością powstania szkody po jego stronie, w zakresie w którym wezwanie to dotyczy wyjaśnienia treści oferty odwołującego w zakresie oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia, (...) wskazanych w wyjaśnieniach odwołującego do JEDZ wraz z załącznikami, (...), w tym udzielenia odpowiedzi na sugestywne pytania zamawiającego zawarte w powyższym wezwaniu, tj.: (...); podczas gdy czynność ta ma charakter nadmierny i nieuzasadniony w świetle czynności zamawiającego polegającej na obowiązku rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w zakresie badania i oceny ofert wykonawców, w tym oferty odwołującego, zaś żądanie zamawiającego nią objęte jest sprzeczne z wynikającym z art. 128 ust. 4 ustawy Pzp celem, w jakim wykonawcy zobowiązani są na wezwanie zamawiającego do udzielania wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp;

2)art. 128 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1)-3) ustawy Pzp i art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7-8 i 10 ustawy Pzp w zw. z art. 125 ust. 1-3 i 126 ust. 1 w zw. z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 7 pkt 32 ustawy Pzp, poprzez wezwanie odwołującego w dniu 3 stycznia 2025 r. (pismem zamawiającego z dnia 3 stycznia 2025 r. o numerze DZP.6.2025.JT) do przedstawienia wyjaśnień i dokumentów wykraczających poza treść złożonych oświadczeń i dokumentów oraz poza cele przewidziane w przepisie art. 128 ust. 4 w związku z art. 16 pkt 1)-3) i w zw. z art. 125 ust. 1-3 i 126 ust. 1 w zw. z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, w świetle definicji zamówienia wskazanej w art. 7 pkt 32 ustawy Pzp, poprzez żądanie ujawnienia informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, bez wykazania potrzeby uzyskania takich informacji dla prawidłowego przebiegu postępowania, tj. do wskazania, czy wśród kontraktów wymienionych w wyjaśnieniach do JEDZ z dnia 11.12.2024 r. złożonych wraz z oświadczeniem JEDZ przez odwołującego znajdują się kontrakty realizowane na rzecz podmiotów prywatnych, nie zobowiązanych do stosowania ustawy Pzp, a w przypadku jeśli wszystkie z ww. kontraktów realizowane były na rzecz podmiotów publicznych, to czy istnieją inne niż zastrzeżenie wykonawcy podstawy do wyłączenia ich jawności (str. 5 i nast. wezwania zamawiającego), podczas gdy czynność ta ma charakter nadmierny i nieuzasadniony w świetle czynności zamawiającego polegającej na obowiązku rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w zakresie badania i oceny ofert wykonawców, w tym oferty odwołującego, zaś żądanie zamawiającego nią objęte jest sprzeczne z wynikającym z art. 128 ust. 4 ustawy Pzp celem, w jakim wykonawcy zobowiązani są na wezwanie zamawiającego do udzielania wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wezwaniu odwołującego w dniu 3 stycznia 2025 r. (pismem zamawiającego z dnia 3 stycznia 2025 r. o numerze DZP.6.2025.JT) – w zakresie całej jego treści, a w konsekwencji doprowadzenie do nieudostępniania treści samego wezwania z dnia 3 stycznia 2025 r. oraz odpowiedzi wykonawcy z dnia 09.01.2025 r.

Jednocześnie odwołujący wniósł o przeprowadzenie rozprawy z wyłączeniem jawności rozprawy w części, podczas której omawiane mogą być sprawy opisane w niejawnej części odwołania ze względu na fakt, że przy

rozpoznawaniu odwołania może być ujawniona informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego oraz w niezbędnym zakresie ograniczenie stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego prawa wglądu do materiału dowodowego załączonego do akt sprawy, gdyż udostępnienie tego materiału groziłoby ujawnieniem informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego.

Nadto odwołujący wniósł o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, zgodnie z przedłożonymi podczas rozprawy rachunkami.

Odwołujący podał w odwołaniu uzasadnienie do podniesionych zarzutów, przywołując pisma składane w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający w dniu 14 stycznia 2025 r. przesłał kopię odwołania do pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowy postępowaniu.

W dniu 15 stycznia 2025 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlane „Calbud” Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, zwany dalej „przystępującym”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie to każdy interes, tj. interes faktyczny i prawny w uzyskaniu zamówienia lub nagrody. Ocena istnienia interesu badana jest na moment wniesienia odwołania, w związku z czym ewentualne przyszłe czynności zamawiającego, nieobjęte zakresem zaskarżenia odwołania wniesionego przez odwołującego nie mogą przesądzać o tym, czy wykonawca ten miał lub ma interes w uzyskaniu zamówienia. Co więcej kwestia interesu badana jest na gruncie okoliczności faktycznych konkretnej sprawy. Tak więc ocena interesu odwołującego przez pryzmat czynności unieważnienia postępowania, która to czynność miała miejsce dopiero po wniesieniu odwołania nie stanowi o braku jego interesu. Wykonawca ten może bowiem zakwestionować i tę czynność zamawiającego. Termin na wniesienia odwołania jeszcze nie upłynął. Odwołujący oświadczył także na rozprawie, że zarząd odwołującego rozważa skorzystanie w tym zakresie ze środków ochrony prawnej. W konsekwencji Izba uznała, że odwołujący się wykonawca wykazał interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż – jak wskazał - jest wykonawcą zdolnym do jego wykonania, który złożył ofertę najkorzystniejszej ocenianą w świetle kryteriów oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu i ubiega się o jego udzielenie. Spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu. To dopiero skierowane do niego wezwanie zamawiającego, które zakwestionował wnosząc odwołanie, może prowadzić do bezpodstawnego wykluczenia go z postępowania, a tym samym pozbawienia możliwości uzyskania tego zamówienia, jak również w przyszłości prowadzić do niekorzystnego dla niego rozstrzygnięcia spraw sądowych lub przyszłych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Kolejną przesłanką wniesienia odwołania jest zaistnienie lub potencjalne zaistnienie szkody. Ustawa Pzp nie wskazuje przy tym, czy chodzi o szkodę majątkową, czy także o szkodę niemajątkową. Niemniej jednak przyjmuje się, że szkoda rozumiana jest jako szkoda majątkowa. W tym stanie faktycznym odwołujący, którego oferta jest ofertą najkorzystniejszą (jedyne kryterium stanowi cena) może ponieść realną szkodę w postaci nie uzyskania tego konkretnego zamówienia, które niewątpliwie ma możliwość uzyskać. Tak więc skierowane do niego przez zamawiającego wezwanie z dnia 3 stycznia 2025 r. może – jak słusznie wskazał odwołujący - doprowadzić do wykluczenia go z postępowania a tym samym odrzucenia jego oferty i pozbawienia go korzyści wynikających z wykonania zamówienia na skutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Tym samym ziściły się przesłanki interesu do wniesienia odwołania, których istnienie wykazał odwołujący.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane „Calbud” Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, zwanego dalej „przystępującym”, do udziału w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 127/25 po stronie zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma

składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska złożone ustnie przez strony do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba dopuściła zawnioskowane przez zamawiającego i załączone do odpowiedzi na odwołanie dowody, tj.:

1. Informacja o unieważnieniu postępowania z dnia 12.02.2025 r.
2. Wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 03.01.2025 r.
3. Pismo wykonawcy z dnia 09.01.2025 r.
4. JEDZ Wykonawcy wraz z wyjaśnieniami Wykonawcy z dnia 11.12.2024 r. z uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.
5. Cztery wnioski z dnia 17.12.2024 r. o udostępnienie informacji i dokumentów skierowane do czterech różnych podmiotów.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzuty naruszenia:

1.art. 128 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1)-3) (z uwzględnieniem art. 18 ust. 3 ustawy Pzp) ustawy Pzp i art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7–8 i 10 ustawy Pzp w zw. z art. 125 ust. 1-3 i 126 ust. 1 ustawy Pzp (zarzut 1 odwołania);

2.art. 128 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1)-3) ustawy Pzp i art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7–8 i 10 ustawy Pzp w zw. z art. 125 ust. 1-3 i 126 ust. 1 w zw. z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 7 pkt 32 ustawy Pzp, oraz art. 128 ust. 4 w związku z art. 16 pkt 1)-3) i w zw. z art. 125 ust. 1-3 i 126 ust. 1 w zw. z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, w świetle definicji zamówienia wskazanej w art. 7 pkt 32 ustawy Pzp (zarzut 2 odwołania)

potwierdziły się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny (tożsamy dla obydwu zarzutów).

Odwołujący w treści JEDZ „C: Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi” na pytanie „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?” odpowiedział „Tak”, podając dalej „Szczegółowe informacje na ten temat zawarte są w załączonym piśmie Wykonawcy - Wyjaśnienia ERBUD S.A. (zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa) w zakresie sposobu wypełnienia JEDZ w zakresie punktu: „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:” z dnia 11.12.2024 r. wraz z załącznikami do tego pisma.”, załączając wskazane dokumenty.

Zamawiający, pismem z dnia 3 stycznia 2025 r., działając na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy z Pzp wezwał odwołującego „do wyjaśnienia treści oferty w zakresie oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia, tj. w zakresie podstaw faktycznych i prawnych naliczenia kar umownych przez zamawiających wskazanych w wyjaśnieniach Erbud S.A. do JEDZ wraz z załącznikami, w szczególności przedstawienia stanowiska zamawiających, z których wynikać będą przyjęte przez nich podstawy prawne i faktyczne odstąpienia od umowy/naliczenia kar umownych (w treści wyjaśnień do JEDZ oraz w załącznikach wykonawca wypukła wyłącznie własny pogląd i stanowisko w sprawie, bez przedstawienia szerszego uzasadnienia stanowiska zamawiających)”, zadając ponad 40 szczegółowych pytań.

Odwołujący, pismem z dnia 9 stycznia 2025 r., odniósł się do treści wezwania, wskazując że – w jego ocenie - czynność zamawiającego z dnia 3 stycznia 2025 r. polegająca na wezwaniu wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących treści dokumentu JEDZ złożonego przez wykonawcę jest niezgodna z przepisami ustawy Pzp, jednocześnie odpowiadając na zadane pytania.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 128 ust. 4 ustawy Pzp stanowi „Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.”.

Przepis ten służy wyłącznie wyjaśnieniu treści oświadczeń i dokumentów złożonych w postępowaniu przez wykonawcę, nie zaś tworzeniu treści w nich uprzednio niezawartych. Zamawiający może z niego skorzystać tylko wówczas, gdy treść złożonego przez wykonawcę dokumentu lub dokumentów jest niejasna.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należy, że odwołujący złożył w JEDZ ściśle określone oświadczenie. Przyznał bowiem, że 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”, składając w załączeniu wyjaśnienia i załączając plik dokumentów odnoszących się do treści złożonych wyjaśnień. Wyjaśnienia oraz dokumenty opatrzył przy tym tajemnicą przedsiębiorstwa.

W konsekwencji powyższego zamawiający zwrócił się do innych zamawiających (zamawiających, których dotyczyły wskazane realizacje) w trybie art. 128 ust. 5 ustawy Pzp o przedstawienie informacji lub dokumentów „w zakresie niezbędnym dla zamawiającego do oceny złożonego przez ww. wykonawcę oświadczenia o braku podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu”. Przepis art. 128 ust. 5 ustawy Pzp pozwala bowiem zamawiającemu w sytuacji gdy złożone oświadczenia lub dokumenty budzą jego wątpliwości o zwrócenie się „bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia” o przedstawienie informacji lub dokumentów. I w tym stanie faktycznym tak też się stało. Zamawiający zwrócił się do innych podmiotów (innych zamawiających) o przekazanie mu określonych informacji i dokumentów. I takie informacje oraz dokumenty otrzymał.

To dopiero w oparciu o otrzymane informacje i dokumenty zwrócił się do odwołującego z wezwaniem z dnia 3 stycznia 2025 r. i wezwał go do złożenia wyjaśnień i udzielenie odpowiedzi na ponad czterdzieści szczegółowych pytań. Pytania te odnoszą się przy tym do treści dokumentów i informacji pozyskanych przez zamawiającego od innych zamawiających a nie do dokumentów złożonych przez tego wykonawcę. Co więcej zamawiający oczekuje, co wprost wynika z treści pytań, złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów dotyczących tych innych postępowań, a które nie zostały złożone przez wykonawcę w tym postępowaniu (np. 1a), 1b), itp.), jak również „przedłożenia dokumentów” dotyczących szczegółowej argumentacji a dotyczących spornych kwestii. Zastosowana przez zamawiającego procedura wykracza więc poza treść art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, który dotyczy wyłącznie sytuacji, w której zamawiający ma wątpliwości co do rozumienia treści oświadczeń lub dokumentów złożonych przez wykonawcę.

Zadane pytania są więc nieadekwatne do tego czemu mają służyć. Ich analiza prowadzi bowiem do wniosku, że zmierzają one wyłącznie – jak słusznie podniósł odwołujący - do poznania strategii i stanowiska procesowego wykonawcy w ewentualnych procesach sądowych toczących się lub potencjalnie mogących się toczyć w odniesieniu do inwestycji wymienionych w wezwaniu zamawiającego lub do opisanie przez wykonawcę okoliczności mogących w przyszłości prowadzić do podejmowania prób wykluczania odwołującego z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Charakter pytań wykracza poza cel przepisu, któremu miał on służyć. Te informacje i te dokumenty, których oczekuje zamawiający temu nie służą.

Zamawiający oczekuje wręcz jednoznacznych deklaracji w sprawach, które będą weryfikowane przez sąd, a które będą wręcz decydować o przebiegu procesu sądowego. Mogą też zaważyć o wyniku rozstrzygnięcia.

Co więcej zamawiający nigdzie nie odwołuje się do wątpliwości jakie powziął po zapoznaniu się z treścią JEDZ ani też dokumentów i oświadczeń złożonych przez wykonawcę ale do dokumentów pochodzących od innych podmiotów, a które pozyskał od innych zamawiających. Tymczasem z wyjaśnień do JEDZ złożonych przez wykonawcę wraz z ofertą i JEDZ wprost wynika, że do wskazanych tam realizacji mogą się toczyć lub ewentualnie toczą się postępowania sądowe między wykonawcą (odwołującym w tej sprawie) a zamawiającymi, gdyż wykonawca – jak wskazał - kwestionuje je zarówno co do zasady, jak i wysokości.

Dlatego też i w oparciu o powyższe Izba uznała, że zamawiający powinien unieważnić czynność wezwania odwołującego z dnia 3 stycznia 2025 r. do złożenia wyjaśnień w trybie art.128 ust. 1 ustawy Pzp z wszelkimi konsekwencjami wynikającymi z unieważnienia tej czynności. Skoro bowiem nie ma czynności wezwania do złożenia wyjaśnień to nie ma też odpowiedzi na nieprawidłowo zadane pytania.

Tym samym Izba uznała, że zarzut ten potwierdził się.

Odnosząc się do drugiego z podniesionych zarzutów, tj. zarzutu dotyczącego m.in. żądania przez zamawiającego podania w wezwaniu z dnia 3 stycznia 2025 r. informacji odnoszących się do kontraktów prywatnych stwierdzić należy, że – jak słusznie podniósł odwołujący - zakres zastosowania ustawy Pzp ogranicza się do zamówień publicznych udzielanych przez te podmioty, tych zamawiających, którzy są zobowiązani stosować ustawę Pzp. A tym samym kontrakty realizowane na rzecz podmiotów prywatnych nie podlegają regulacjom ustawy, chyba że same strony umowy zdecydują się odwołać do tych kontraktów w ramach danego postępowania. Dlatego też żądanie przedstawienia jakichkolwiek informacji dotyczących realizacji tych kontraktów jest nieuprawnione.

Tym niemniej jeśli jednak jakaś z wymienionych realizacji budziłaby wątpliwości zamawiającego, co do tego czy była ona realizowana na rzecz podmiotów prywatnych czy też nie, to zamawiający powinien jasno i jednoznacznie wskazać, których z wyspecyfikowanych realizacji wątpliwość dotyczy i w tym zakresie tą wątpliwość wyjaśnić.

Zamawiający - jak wynika z akt sprawy - nie zdecydował o odtajnieniu dokumentów złożonych przez odwołującego i zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Taka informacja z akt sprawy nie wynika. Z treści spornego wezwania wynika jedynie, że podjął on czynności dotyczące wyjaśnienia zasadności ich zastrzeżenia. A takie czynności - czynności wyjaśnienia w tym zakresie może podjąć. Izba w tej części zarzutu nie dopatrzyła się więc naruszenia.

Niemniej jednak z uwagi na to, że podniesiony był jeden konkretny zarzut i w pewnej części jest on zasadny, w pewnej zaś jest bezzasadny a na co wskazano już wyżej Izba uznała, że i ten zarzut potwierdził się.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz § 7 ust. 1 pkt 1) w związku § 5 pkt 1) i pkt 2) lit. a) i b) 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodnicząca: