

Sygn. akt: KIO 4943/24, KIO 4974/24

WYROK

Warszawa, dnia 27 stycznia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Izabela Niedziałek-Bujak
Andrzej Niwicki
Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 stycznia 2025 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

A) w dniu 27 grudnia 2024 r. przez odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Adamietz Warszawa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Zagadki 19, 02-227 Warszawa, **Climamedic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa**, ul. Stanisława Bodycha 73A, Reguły, 05-816 Michałowice (sygn. akt KIO 4943/24);

B) w dniu 27 grudnia 2024 r. przez odwołującego - Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Erbud International Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** Jasionka 942, 36-002 Jasionka, **Erbud Spółka Akcyjna**, ul. Klimczaka 1, 02-797 Warszawa (sygn. akt KIO 4974/24);

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Instytut Matki i Dziecka**, ul. Kasprzaka 17a, 01-511 Warszawa

przy udziale uczestnika po stronie odwołujących w postępowaniu o sygn. akt KIO 4943/24 i KIO 4974/24 – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków, Ed. Zublin A.G., Albstadtweg Nr 3, D-70567 Stuttgart,

przy udziale uczestnika po stronie odwołującego w postępowaniu o sygn. akt KIO 4974/24 – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Adamietz Warszawa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Zagadki 19, 02-227 Warszawa, **Climamedic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa**, ul. Stanisława Bodycha 73A, Reguły, 05-816 Michałowice,

przy udziale uczestników po stronie zamawiającego:

A. Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Erbud International Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, Jasionka 942, 36-002 Jasionka, **Erbud Spółka Akcyjna**, ul. Klimczaka 1, 02-797 Warszawa w postępowaniu o sygn. akt KIO 4943/24,

B. Wykonawcy **PORR Spółka Akcyjna**, ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa w postępowaniu o sygn. akt KIO 4943/24 i KIO 4974/24.

orzeka:

sygn. akt KIO 4943/24

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 1 na podstawie art. 568 pkt 1 Ustawy.

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.

3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego - Adamietz Warszawa Sp. z o.o., Climamedic Sp. z o.o. sp. k. i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr. (dwadzieścia tysięcy złotych) wpisu, 3.600 zł 00 gr. (trzy tysiące sześćset złotych) kosztów zamawiającego;

3.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego 3.600 zł 00 gr. (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

sygn. akt KIO 4974/24

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego - Erbud International Sp. z o.o., Erbud S.A. i:

- 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr. (dwadzieścia tysięcy złotych) wpisu, 3.600 zł 00 gr. (trzy tysiące sześćset złotych) kosztów zamawiającego;
- 2.2 zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego 3.600 zł 00 gr. (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

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 4943/24, KIO 4974/24

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Instytut Matki i Dziecka w Warszawie, w trybie przetargu nieograniczonego na *utworzenie interdyscyplinarnego centrum leczenia i diagnostyki Instytutu Matki i Dziecka w formule „zaprojektuj i wybuduj”* (nr postępowania A/ZP/SZP.261-34/24), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 07.06.2024 r., S 110/2024 338473-2024, wobec czynności polegających na badaniu, ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej (Porr S.A.), wniesione zostały w dniu 27.12.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania wykonawców: wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Adamietz Warszawa Sp. z o.o. z/s w Warszawie, Climamedic Sp. z o.o. sp. k. z/s w Michałowicach (sygn. akt KIO 4943/24), Erbud International Sp. z o.o. z/s Jasionce, Erbud S.A. z/s w Warszawie (sygn. akt KIO 4974/24).

Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej 17.12.2024 r.

I. Sygn. akt KIO 4943/24 – Adamietz Warszawa Sp. z o.o., Climamedic Sp. z o.o. sp. k. (Odwołujący 1)

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 Pzp przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Porr S.A. jako niezgodnej z warunkami zamówienia, pomimo tego, że oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny z uwagi na zaferowanie wykonania zamówienia przy 8% stawce VAT na część pozycji 15.3 tabeli cenowej obejmującej „zabudowę meblową”, podczas gdy prawidłowa stawka VAT wynosi 23% oraz pomimo tego, że oferta Porr – jeżeli nie obejmuje świadczenia obejmującego wykonanie zabudowy meblowej – jest sprzeczna z warunkami zamówienia określonymi w swz i PFU;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 Pzp przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Erbud, jako niezgodnej z warunkami zamówienia, pomimo tego, że oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny z uwagi na zaferowanie wykonania zamówienia przy 8% stawce VAT na pozycji 4.1 tabeli cenowej podczas gdy prawidłowa stawka VAT wynosi 23% oraz w zakresie zaferowania wykonania zamówienia przy 23% stawce VAT na pozycji 10.1 i 11.1 tabeli cenowej podczas gdy prawidłowa stawka podatku VAT wynosi 8% i pomimo tego, że oferta Erbud zawiera błąd w obliczeniu ceny w powyższym zakresie, a w przypadku uznania, że oferta Erbud w zakresie poz. 10.1 tabeli cenowej obejmuje wykonanie instalacji niebędącej wyrobem medycznym do którego zastosowanie znajduje 8% stawka podatku VAT, polegającej na zaferowaniu świadczenia w zakresie poz. 10.1 tabeli cenowej w sposób niezgodny z warunkami zamówienia określonymi w swz i PFU;
- 3) art. 122 w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 i art. 110 ust. 2 i 3 Pzp przez zaniechanie wezwania Porr do zastąpienia Porr Bau GmbH innym podmiotem lub podmiotami albo wykazania, że Porr samodzielnie spełnia warunek udziału, mając na względzie, że Porr Bau GmbH podlega wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, a jednocześnie w związku z zawarciem przez Porr Bau GmbH z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, co zamawiający mógł stwierdzić na podstawie wiarygodnych przesłanek z uwagi na wydanie w dniu 17 lutego 2022 r. przez OLG wyroku opublikowanego 25.07.2022 r., stwierdzającego że Porr Bau GmbH brał udział w zawarciu 1362 przypadków umów mających na celu zakłócenie konkurencji, czego skutkiem było ukaranie Porr Bau GmbH karą w wysokości ponad 62 mln euro, co wyczerpuje wszystkie przesłanki podstawy wykluczenia opisanej w art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp i do czego przyznał się Porr Bau GmbH w JEDZ Porr Bau GmbH, przy czym Porr Bau GmbH nie udowodnił zamawiającemu, że spełniło przesłanki pozwalające na uznanie, że wykonawca ten nie podlega wykluczeniu w świetle wymagań art. 110 ust. 2 Pzp, a zamawiający nie miał podstaw w świetle art. 110 ust. 3 Pzp do uznania Porr Bau GmbH za rzetelnego wykonawcę, w szczególności uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu Porr Bau GmbH;
- 4) art. 122 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp przez zaniechanie wezwania Porr do zastąpienia Porr Bau GmbH innym podmiotem lub podmiotami albo wykazania, że Porr samodzielnie spełnia warunek udziału, mając na względzie, że Porr Bau GmbH podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, z uwagi na to, że Porr Bau GmbH

w wyniku zamierzonego działania lub co najmniej rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji w zakresie braku wskazania i opisu 1362 przypadków udziału przez Porr Bau GmbH w zawarciu z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, oraz wskazania daty kwiecień 2021, od której należy liczyć okres wykluczenia Porr Bau GmbH lub co najmniej zataił okoliczność, że w dniu 17 lutego 2022 r. OLG wydał wyrok Porr opublikowany 25.07.2022 r., nakładający na grupę Porr, w tym na Porr Bau GmbH karę w wysokości ponad 62 mln euro, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego w zakresie oceny skuteczności podjętych przez Porr Bau GmbH środków samooczyszczenia, o których mowa w art. 110 ust. 2 Pzp w zakresie oceny czy Porr Bau GmbH nadal jest objęty sankcją wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp;

- 5)art. 122 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp przez zaniechanie wezwania Porr do zastąpienia Porr Bau GmbH innym podmiotem lub podmiotami albo wykazania, że Porr samodzielnie spełnia warunek udziału, mając na względzie, że Porr Bau GmbH podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, z uwagi na to, że Porr Bau GmbH w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd w zakresie braku wskazania i opisu 1362 przypadków udziału przez Porr Bau GmbH w zawarciu z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, oraz wskazania daty kwiecień 2021, od której należy liczyć okres wykluczenia Porr Bau GmbH lub co najmniej zataił okoliczność, że w dniu 17 lutego 2022 r. OLG wydał wyrok Porr opublikowany 25.07.2022 r., nakładający na grupę Porr, w tym na Porr Bau GmbH karę w wysokości ponad 62 mln euro, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego w zakresie oceny skuteczności podjętych przez Porr Bau GmbH środków samooczyszczenia, o których mowa w art. 110 ust. 2 Pzp w zakresie oceny czy Porr Bau GmbH nadal jest objęty sankcją wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp;
- 6)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Porr, z uwagi na to Porr w wyniku zamierzonego działania lub co najmniej rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji w zakresie spełniania warunku udziału z wykorzystaniem zasobów Porr Bau GmbH, który nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp w zakresie braku wskazania i opisu 1362 przypadków udziału przez Porr Bau GmbH w zawarciu z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, oraz wskazania daty kwiecień 2021, od której należy liczyć okres wykluczenia Porr Bau GmbH lub co najmniej zataił okoliczność, że w dniu 17 lutego 2022 r. OLG wydał wyrok Porr opublikowany 25.07.2022 r., nakładający na grupę Porr, w tym na Porr Bau GmbH karę w wysokości 62,35 mln euro, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego w zakresie oceny skuteczności podjętych przez Porr Bau GmbH środków samooczyszczenia, o których mowa w art. 110 ust. 2 Pzp w zakresie oceny czy Porr Bau GmbH nadal jest objęty sankcją wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp;
- 7)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Porr, z uwagi na to Porr w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd w zakresie braku wskazania i opisu 1362 przypadków udziału przez Porr Bau GmbH w zawarciu z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, oraz wskazania daty kwiecień 2021, od której należy liczyć okres wykluczenia Porr Bau GmbH lub co najmniej zataił okoliczność, że w dniu 17 lutego 2022 r. OLG wydał wyrok Porr opublikowany 25.07.2022 r., nakładający na grupę Porr, w tym na Porr Bau GmbH karę w wysokości 62,35 mln euro, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego w zakresie oceny skuteczności podjętych przez Porr Bau GmbH środków samooczyszczenia, o których mowa w art. 110 ust. 2 Pzp w zakresie oceny czy Porr Bau GmbH nadal jest objęty sankcją wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp;
- 8)art. 18 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 74 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 16 pkt 1 Pzp przez zaniechanie uznania przez zamawiającego za bezskuteczne zastrzeżenie przez Erbud, jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień i odpowiedzi, a w konsekwencji zaniechanie udostępnienia odwołującemu wyjaśnień i odpowiedzi Erbud, pomimo braku wykazania przez Erbud spełnienia przesłanek wynikających z art. 11 ust. 2 uznk oraz pomimo odtajnienia wyjaśnień odwołującego w analogicznym stanie faktycznym, co świadczy o nierównym traktowaniu wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia ofert Porr i Erbud na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 lub 10 Pzp; odrzucenia oferty Porr na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10, a w przypadku braku uwzględnienia zarzutu nr 4 i 5 wezwanie Porr na podstawie art. 122 do zastąpienia Porr Bau GmbH innym podmiotem lub podmiotami albo wykazania, że Porr samodzielnie spełnia wskazany w rozdziale VII pkt 2.4 ppkt 1 lit. b) swz warunek udziału; uznania za bezskuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w wyjaśnieniach i odpowiedziach Erbud i ich udostępnienie odwołującemu; dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

Na posiedzeniu 22.01.2025 r. odwołujący cofnął zarzut nr 1 dotyczący błędu w obliczeniu ceny w ofercie Porr i w części zarzut nr 8, tj. w zakresie zaniechania odtajnienia wyjaśnień Erbud dotyczących stawki VAT. W pozostałym zakresie

odwołanie podtrzymał.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości (pismo z 17.01.2025 r.).

Do postępowania odwoławczego przystąpili po stronie zamawiającego: Porr S.A. i konsorcjum Erbud International Sp. z o.o./Erbud S.A., a po stronie odwołującego konsorcjum Strabag Sp. z o.o./Ed.ZÜBLING AG.

Stanowisko procesowe złożył przystępujący Porr S.A (pismo z 21.01.2025 r.).

II.Sygn. akt KIO 4974/24 – Odwołujący Erbud International Sp. z o.o., Erbud S.A (Odwołujący nr 2).

Odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 110 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 119, art. 122 i art. 253 ust. 1 Pzp przez wadliwe uznanie, że oświadczenie Porr Bau jest oświadczeniem wykonawcy w rozumieniu art. 110 ust. 2 i 3 Pzp, a co za tym idzie – uznanie, że Porr spełnia warunki udziału w postępowaniu;
- 2.art. 119 Pzp w zw. z art. 110 ust. 3 i art. 122 Pzp przez dokonanie wadliwej oceny – uwzględniając wagę i szczególne okoliczności wykonawcy polegającego na udziale Porr Bau w zmwie cenowej zakończonej nałożeniem kary finansowej w znacznej wysokości, że w stosunku do Porr – opierającego się na zasobach Porr Bau jako podmiotu udostępniającego zasoby – nie zachodzi podstawa wykluczenia opisana w art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp polegająca na zawarciu z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji;
- 3.art. 122 Pzp w zw. z art. 110 ust. 3 Pzp przez zaniechanie zażądania od Porr, na podstawie art. 122 Pzp, w terminie określonym przez zamawiającego, aby Porr zastąpił podmiot udostępniający zasoby, tj. PORR Bau GmbH, dalej „PORR Bau”, innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że Porr samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie: „zdolność techniczna i zawodowa w zakresie warunków udziału w postępowaniu określona w rozdziale VII pkt 2.4. ppkt 1) lit. b) swz, tj.: min. 1 robotę budowlaną obejmującą swoim zakresem przebudowę lub remont lub modernizację istniejącego czynnego, działającego (funkcjonującego) budynku szpitalnego lub zakładu opieki medycznej (wg Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych należące do klasy 1264) o wartości robót min. 20 000 000,00 zł brutto oraz powierzchni użytkowej budynku min. 1000 m²”, gdyż wobec PORR Bau zachodzą podstawy wykluczenia z postępowania opisane w art. 108 ust. 1 pkt 5) Pzp; względnie
- 4.naruszenie art. 110 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 119 Pzp w zw. z art. 253 ust. 1 Pzp przez wadliwe uznanie przez zamawiającego, iż samo oświadczenie bez przedstawienia dowodów na wskazane w nim okoliczności PORR Bau byłoby wystarczające do wykazania, że:
 - i. PORR Bau naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przez PORR Bau w związku z zawarciem z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniądze;
 - ii. Wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z zawarciem przez PORR Bau z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji;
 - iii. Podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności:
 - a) zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy, a co za tym idzie uznanie, że PORR Bau nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5) PZP;
- 5.naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 1 oraz 6 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Porr, w sytuacji w której oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożone przez Porr wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu;
- 6.naruszenie art. 223 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp przez zaniechanie przez zamawiającego wezwania Porr do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie jej zgodności z swz oraz przepisami miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego obowiązującego w miejscu realizacji Inwestycji;
- 7.naruszenie art. 239 ust. 1 i 2 Pzp polegające na dokonaniu wyboru oferty Porr jako najkorzystniejszej w postępowaniu, w sytuacji w której oferta ta powinna zostać odrzucona, gdyż Porr samodzielnie nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie: „zdolność techniczna i zawodowa w zakresie warunków udziału w postępowaniu określona w rozdziale VII pkt 2.4. ppkt 1) lit. b) SWZ, a PORR Bau, który udostępnił Porr ww zasoby, podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5) Pzp, a nadto oferta Porr zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty Porr, ewentualnie wezwanie Porr na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp do wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie jej zgodności z swz oraz przepisami miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego obowiązującego w miejscu realizacji inwestycji, zażądanie od Porr na podstawie art. 122 Pzp, aby zastąpił Porr Bau innym podmiotem lub podmiotami, albo wykazał że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu i dokonanie ponownej oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie z wnioskiem o jego oddalenie w całości (pismo z 17.01.2025 r.).

Do postępowania odwoławczego przystąpili po stronie zamawiającego Porr S.A., a po stronie odwołującego konsorcjum Strabag Sp. z o.o./Ed.ZÜBLING AG. oraz konsorcjum Adamietz Warszawa Sp. z o.o./Climamedic Sp. z o.o. sp. k.

Z uwagi na obszerność stanowisk stron i uczestników zostaną one przywołane w dalszej części uzasadnienia przy omawianiu zarzutów obu odwołań.

Stanowisko Izby

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

Rozpoznając odwołania Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, jak również złożone stanowiska procesowe i dowody.

Izba ustaliła i zważyła.

Oba odwołania w całości podlegały oddaleniu.

Z uwagi na wspólny zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia Porr S.A. z postępowania w związku z oceną samooczyszczenia Porr Bau GmbH stanowisko w tym zakresie zostanie przedstawione wspólnie dla obu odwołań z uwzględnieniem różnic wynikających z zakresu i uzasadnienia zarzutów prezentowanych w odwołaniach.

Odwołujący nr 1 sformułował w tym zakresie zarzuty od 3 do 7 wskazując na naruszenia zamawiającego polegające na zaniechaniu wezwania Porr S.A. do zastąpienia podmiotu Porr Bau GmbH innym podmiotem lub wykazania, że samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu w związku z wystąpieniem podstawy wykluczenia Porr Bau GmbH z art. 108 ust. 1 pkt 5 Ustawy, jak i art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Ustawy. Ponadto, zarzut nr 6 i 7 odwołania wprost odnosi się do zaniechania odrzucenia oferty Porr S.A. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Ustawy w związku z wprowadzeniem zamawiającego w błąd w zakresie braku wskazania i opisu 1362 przypadków udziału Porr Bau GmbH w porozumieniu mającym zakłócać konkurencję, jak również wskazania daty kwiecień 2021 r., od której należy liczyć okres wykluczenia.

Odwołujący nr 2 również wskazał na zaniechanie wezwania Porr S.A. do zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby Porr Bau GmbH innym podmiotem/podmiotami lub wykazania, że Porr S.A. samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu. Ponadto, odwołujący formułował zarzut zaniechania odrzucenia oferty Porr S.A., polegającego na zasobach Porr Bau GmbH, wobec którego miała zachodzić podstawa do wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 Ustawy, w związku z nieprawidłową oceną samooczyszczenia Porr Bau GmbH.

Wspólna podstawa zarzutów obu odwołań odnosi się do zdarzenia związanego z nałożeniem na Grupę Porr wyrokiem Wyższego Sądu Krajowego w Wiedniu (OLG) z dnia 17 lutego 2022 r. (opublikowany 25 lutego 2022 r.) kary w wysokości 62,35 mln euro za udział w zawarciu 1362 przypadków porozumień mających na celu zakłócenie konkurencji i oceną skuteczności samooczyszczenia przez Porr Bau GmbH w prowadzonym postępowaniu przetargowym w świetle art. 110 ust. 2 Ustawy.

Na podstawie dokumentacji postępowania skład orzekający ustalił, że w ofercie Porr S.A. złożone zostały oświadczenia JEDZ Porr S.A. i Porr Bau GmbH, w których na pytanie w cz. III lit *€* *Czy wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji?* zaznaczono odpowiedzi „TAK”, do której załącznikiem jest opis zdarzeń i środków wdrożonych przez Porr Bau GmbH w celu samooczyszczenia ujęty w „Oświadczeniu o wiarygodności PORR Bau GmbH” z 4.07.2024 r. wraz z załącznikami.

Wskazana w „oświadczeniu” data kwiecień 2021 r. odnosi się do wniosku Federalnego Urzędu ds. Konkurencji (BWB) złożonego do Sądu Antymonopolowego o nałożenie kary pieniężnej na Porr AG, w związku z postępowaniem antymonopolowym toczącym się przeciwko spółkom Grupy (w tym Porr Bau GmbH). Postępowanie to zakończyło się ugodą z Federalnym Urzędem ds. Konkurencji (BWB), w ramach której Porr AG przyznała, że pracownicy oskarżonych firm w różnym stopniu uczestniczyli w zмовie. Uгода przewidywała złożenie wniosku przez BWB o nałożenie grzywny do Sądu Antymonopolowego w wysokości 62,35 mln Euro.

Wyrok OLG z 17 lutego 2022 r. obejmuje zdarzenia naruszające prawo antymonopolowe w odniesieniu do przetargów publicznych i prywatnych w dziedzinie budownictwa i inżynierii lądowej Austrii w okresie od lipca 2002 r. do października 2017 r. Pozwanymi są spółki należące do Grupy Porr, w tym spółka Porr Bau GmbH kontrolowana przez Porr AG. Wyrok ten zawiera się na 72 stronach i uwzględnia opis naruszeń do jakich miało dochodzić na terytorium wszystkich austriackich krajów związkowych. Z fragmentów wybranych wynika, że *Respondenci brali udział w porozumieniach i/lub głosach (...) w co najmniej 1362 inwestycjach budowlanych (...)*. W podsumowaniu wskazane zostało, że *Opisane naruszenia dotyczyły wszystkich austriackich krajów związkowych i trwały od lipca 2002 r. do października 2017 r. Respondenci byli, choć regionalnie i z różną intensywnością w zależności od projektu budowlanego, zaangażowani w opisane naruszenia i byli w stanie pomóc w kształtowaniu ich zasadniczej sytuacji i wspólnego celu. Przy udziale respondentów narodził się system zмовy, który objął całe austriackie terytorium federalne i należy go postrzegać jako system jednolity. Miało to na celu zminimalizowanie lub wykluczenie konkurencji, aby pomóc sobie nawzajem w składaniu zamówień i w ten sposób zabezpieczyć udziały w rynku.*

Porr Bau GmbH w „oświadczeniu” wskazał na pozytywną ocenę wiarygodności podmiotu potwierdzoną wyrokiem Federalnego Sądu Administracyjnego („BVwG”) z 24.11.2021 r. (GZ:W 187 2246496-2/41E), który uznał za udowodnione spełnienie wymogów, o których mowa w art. 254 ust 2 ustawy federalnej o zamówieniach publicznych. Sąd ocenił, że spółka w sposób wiarygodny wykazała, że podjęła środki w celu zapewnienia, że podobne naruszenia nie będą miały miejsca w przyszłości.

Porr S.A. korzysta z potencjału Porr Bau GmbH w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej określonej w rozdziale VII pkt 2.4 ppkt 1) lit. b) swz.

Porr S.A. na rozprawie złożył oświadczenie JEDZ podmiotu Porr Bau GmbH złożone w postępowaniu prowadzonym przez Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny im prof. A. Grucy CMKP z dnia 05.11.2021 r., w którym podmiot ten na pytanie z cz. III lit. C dotyczące porozumień z innymi wykonawcami mających na celu zakłócenie konkurencji, udzielił odpowiedzi „TAK”, podejmując procedurę samooczyszczenia.

Termin składania ofert upływał 28.08.2024 r. W terminie tym złożonych zostało 7 ofert.

W uzasadnieniu zarzutów dotyczących Porr Bau GmbH podnoszonych w odwołaniu KIO 4943/24 odwołujący 1 podkreślał znaczenie, jakie dla oceny skuteczności samooczyszczenia powinien mieć brak podania okoliczności faktycznych związanych z naruszeniami, jak również konkretnych osób po stronie Porr Bau GmbH odpowiedzialnych za wskazane naruszenia prawa konkurencji. Odwołujący skupił się na zacytowaniu obszernych fragmentów wyroku OLG opisujących porozumienia w poszczególnych przetargach. Ma to uzasadniać uznanie przez zamawiającego, że Porr Bau GmbH podlega wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 Ustawy, chyba że uznałby samooczyszczenie Porr Bau GmbH za wypełniające przesłanki określone w art. 110 ust. 2 Ustawy (pkt 85 odwołania, str. 35). Następnie odwołujący 1 odniósł się do okresu wykluczenia wskazanego w art. 111 pkt 4 Ustawy, który następuje na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Odwołujący powołał się na wykładnię art. 57 ust. 7 dyrektywy, zgodnie z którą w odniesieniu do podstaw wykluczenia, o których mowa w ust. 1 tego artykułu, okres wykluczenia oblicza się od daty przypadającej niekiedy po popełnieniu czynów wypełniających znamiona naruszenia, tj. od daty skazania prawomocnym wyrokiem, bez względu na datę, w której miały miejsce okoliczności faktycznie leżące u podstaw skazania (wyrok TSUE z 24.10.2018 r. C-124/17 Vossloh Laeis GmbH v. Stadwerke Munchen GmbH). W świetle powyższego, okres 3 letni należy liczyć od daty opublikowania wyroku OLG (25 lipca 2022 r.), względnie od daty decyzji Sądu Antymonopolowego (17 lutego 2022 r.). Porr Bau GmbH objęty jest przesłanką wykluczenia wynikającą z art. 108 ust. 1 pkt 5 Ustawy. O nieskuteczności samooczyszczenia Porr Bau GmbH świadczyć ma niedostateczny opis naruszeń. Jednocześnie odwołujący sam wskazał, że *O ile Sąd był uprawniony do zbiorczego opisu kategorii naruszeń prawa konkurencji, to przepis art. 110 ust. 2 ustawy Pzp wymaga opisu okoliczności każdego poszczególnego przypadku, a także wskazania osób odpowiedzialnych za dokonanie tych naruszeń, ich roli i konsekwencji jakie zostały wobec tych osób wyciągnięte. Skoro skala naruszeń PORR Bau GmbH była aż tak gigantyczna, to PORR Bau GmbH – jeżeli chce ponownie mieć uprawnienie do ubiegania się o udzielenie zamówienia – winien podjąć proporcjonalny wysiłek w celu wyjaśnienia okoliczności wszystkich takich naruszeń.* Odwołujący zakwestionował opisane w samooczyszczeniu wdrożone rozwiązania, które nie pozwalały na wyjaśnienie okoliczności 1362 zмów przetargowych, jak również że ich wdrożenie będzie zapobiegać zмowom przetargowym w przyszłości. Zakwestionował możliwość przyjęcia oceny wiarygodności Porr Bau GmbH potwierdzonej orzeczeniem Federalnego Sądu Administracyjnego (BVwG) z 24 listopada 2021 r., w którym sąd uznał, że spółka udowodniła spełnienie wymogów, o których mowa w art. 254 ust. 2 Ustawy federalnej o zamówieniach publicznych – „w sposób wiarygodny wykazała, że podjęła środki w celu zapewnienia, że podobne naruszenia nie będą miały miejsca w przyszłości”. Oceny zamawiającego nie może zastępować ocena

Federalnego Sądu Administracyjnego. Warunkiem skutecznego samooczyszczenia jest również naprawienie szkody, a w wyjaśnieniach Porr Bau GmbH brak jest o tym informacji.

W ocenie odwołującego 1 Porr S.A., jak i Porr Bau GmbH miały wprowadzić zamawiającego w błąd brakiem przedstawienia informacji dotyczącej liczby i okoliczności udziału Porr Bau GmbH w 1362 porozumieniach mających na celu zakłócenie konkurencji, jak również braku podania informacji o wyroku z 17 lutego 2022 r., od którego należało liczyć okres wykluczenia. Tym samym wykonawca nie ma możliwości zastąpienia Porr Bau GmbH lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych (chyba, że Izba uzna, że Porr S.A. nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Ustawy).

Odwołujący 2 w sprawie KIO 4974/24, w uzasadnieniu zarzutu dotyczącego wykluczenia Porr Bau GmbH na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 Ustawy i zaniechania wezwania Porr S.A do zastąpienia tego podmiotu innym lub wykazania samodzielnie spełnienia warunku udziału w postępowaniu kwestionował skuteczność oświadczenia Porr Bau na gruncie art. 110 ust. 2 i 3 Ustawy, które może być oświadczeniem wykonawcy, a w stosunku do Porr S.A. przesłanka wykluczenia nie zachodzi. Przyjmując możliwość zastosowania art. 119 Ustawy do podwykonawcy, odwołujący 2 wskazał na wadliwą ocenę zamawiającego, że w stosunku do Porr Bau nie zachodzi podstawa wykluczenia opisana w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy. Wskazując na wagę i charakter naruszeń potwierdzoną wyrokiem Austriackiego Sądu Kartelowego z 17 lutego 2022 r., jak i okres wykluczenia wynoszący 3 lata od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, nie może budzić wątpliwości wadliwość uznania, że Porr Bau nie podlega wykluczeniu. *Waga naruszeń na gruncie zarówno prawa konkurencji, jak i prawa karnego uniemożliwia uznanie, że możliwe jest dokonanie samooczyszczenia. Skoro organ konkurencji uznał, że działania podjęte przez PORR Bau nie uzasadniały odstąpienia od wymierzenia kary, a w stosunku do podmiotu nadal toczy się postępowanie karne, nie sposób uznać, że wskazane w oświadczeniu o samooczyszczeniu czynności są wystarczające do wykazania jego rzetelności (art. 110 ust. 3 PZP).* Odwołujący kwestionuje również zasadność oceny skuteczności samooczyszczenia przez Porr Bau GmbH dokonanej na podstawie „Oświadczenia o wiarygodności PORR Bau GmbH”, którą ocenił jako bezrefleksyjną. Porr Bau nie przedstawił w sposób wystarczający okoliczności zdarzenia, które są niewątpliwie istotne z punktu widzenia wagi czynu, powodu zaistniałej sytuacji, a przede wszystkim oceny skuteczności wprowadzonych środków. Nie zostały również przedstawione informacje, czy doszło do naprawienia lub zobowiązania do naprawienia szkody wyrządzonej działaniami. W wyjaśnieniach Porr Bau nie wskazał, aby zerwane zostały powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie.

Izba oddaliła odwołania w tym zakresie.

Zasadniczym dla ustalenia prawidłowości czynności zamawiającego związanej z oceną przesłanki, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 Ustawy było w pierwszej kolejności odniesienie się do kwestii liczenia okresu wykluczenia ustalonego na podstawie art. 111 pkt 4 Ustawy. Zgodnie z tym przepisem wykluczenie wykonawcy następuje, w przypadku o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Obaj odwołujący identyfikowali to zdarzenie z wydaniem wyroku przez Sąd Antymonopolowy 17 lutego 2022 r. lub nawet daty jego publikacji 25 lipca 2022 r. Przyjęcie zatem, jako zdarzenia będącego podstawą wykluczenia wydania/publikacji wyroku oznaczałoby, że okres 3 lat wykluczenia w przypadku podstawy z art. 108 ust. 1 pkt 5 Ustawy nie upłynąłby jeszcze. Przyjęcie natomiast zdarzenia wcześniejszego, tj. z kwietnia 2021 r, jakim był wniosek o ukaranie złożony do Sądu Antymonopolowego, termin ten upłynąłby w kwietniu 2024 r., tj. przed terminem składania ofert (28.08.2024 r.).

Skład orzekający uznał, że okoliczności dotyczące nałożenia kary finansowej na spółki Grupy Porr należy oceniać w szerszej perspektywie, niż ta jaką prezentowali odwołujący. Fakt wydania wyroku nakładającego karę w wysokości 62,35 mln Euro, stanowi pewien etap postępowania antymonopolowego, toczącego się w dłuższej perspektywie czasu, którego równie doniosłym elementem były ustalenia prowadzące do zawarcia ugody przez Porr AG, w której przyznał się przed organem do popełnienia czynów, za jakie następnie wymierzona została kara finansowa. Termin kwiecień 2021 r. stanowił zatem formalny i doniosły z punktu widzenia ustalenia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia moment, w którym nastąpiło skierowanie wniosku o ukaranie do Sądu Antymonopolowego. Złożenie wniosku przez Federalny Urząd ds. Konkurencji stanowiło niewątpliwie moment, w którym nie mogło budzić wątpliwości, że oficjalnie stwierdzony został fakt zawierania przez Porr Bau GmbH porozumień mających na celu zakłócenie konkurencji w przetargach publicznych i prywatnych, co następnie zostało potwierdzone wyrokiem z 17 lutego 2022 r.

Odwołujący nr 1 powołując się na liczne orzecznictwo, w tym TSUE formułuje kategoryczną tezę, co do zdarzenia mającego wyznaczać początek biegu terminu na jaki wykonawca zostaje wykluczony w związku z podstawą wskazaną w art. 108 ust. 1 pkt 5 Ustawy, uznając jako właściwe wydanie wyroku przez Sąd Antymonopolowy. Stanowisko to, w ocenie składu orzekającego nie uwzględnia potrzeby badania okoliczności konkretnej sprawy, w szczególności ustalenia,

czy nie miały miejsce wcześniejsze zdarzenia przed innymi organami, jak również sposobu w jaki sam podmiot postrzegał swoją odpowiedzialność za czyny mające wypełniać przesłankę wykluczenia. W sytuacji kiedy sam podmiot otwarcie potwierdza fakt udziału w porozumieniu mającym na celu zakłócenie konkurencji, powinno to również być brane pod uwagę przy ocenie jego wiarygodności. Uwzględniając charakter naruszeń Porr Bau GmbH właściwym jest wskazanie, że dla stwierdzenia zmywy przetargowej nie jest konieczny wyrok sądu lub decyzja administracyjna. Jak wskazał bowiem Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 23.11.2021, sygn. XXIII Zs 99/21ustawodawca unijny wprost wskazał, że instytucja zamawiająca musi mieć możliwość uznania, że wykonawca stracił wiarygodność także przed wydaniem ostatecznej i wiążącej decyzji o istnieniu obowiązkowych podstaw wykluczenia i dokonać oceny wiarygodności wykonawcy za pomocą dowolnych środków dowodowych.

Wątpliwości w tej sprawie dotyczą wykładni przepisu art. 111 pkt 4, tj. pojęcia „zdarzenia będącego podstawą wykluczenia”. Skład orzekający kierując się wytycznymi Sądu Zamówień Publicznych wskazuje, że stosowanie przepisu wymaga zawsze uwzględnienia konkretnego stanu faktycznego, co w niniejszej sprawie oznaczało konieczność uwzględnienia zdarzenia pewnego, obiektywnie potwierdzającego fakt uczestnictwa w zmywie przetargowej, jakim był wniosek o ukaranie, poprzedzony ugodą, w której zarówno Porr przyznał się do popełnienia czynów, jak i ustalono wymiar orzeczonej następnie wyrokiem kary finansowej na spółki (w tym Porr Bau GmbH). Przyjęcie jako terminu początkowego w tej sprawie wyroku Sądu Antymonopolowego należało oceniać wyłącznie w kategorii zdarzenia potwierdzającego, a nie stwierdzającego zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. W podobny sposób ocena zdarzenia prezentowana była w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 14.11.2023 r., sygn. XXIII Zs 75/23, w którym sąd uznał za niedopuszczalne stosowanie wykładni rozszerzającej, w tym opartej o ciąg czynności podejmowanych już po zdarzeniu i po stwierdzeniu jego zaistnienia.

Należy również podkreślić istotną okoliczność wyróżniającą sytuację Porr S.A. w przetargu, w którym od początku udzielał on, jak i podmiot udostępniający zasoby odpowiedzi TAK na pytanie w JEDZ referujące do przesłanki z art. 108 ust. 1 pkt 5 Ustawy. Nie można zatem przyjmować wykładni prezentowanej przez odwołujących, w tym opartej na wyrokach, które zapadły w istotnie odmiennych okolicznościach faktycznych. Warto jednak przywołać fragment stanowiska TSUE cytowany przez odwołującego 1, w którym wskazano, że *art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24 nie zawiera dalszych wyjaśnień co do charakteru „odnośnego zdarzenia”, ani w szczególności momentu, w którym ono następuje*. Z opisu sprawy wynika, że TSUE dokonała wykładni uwzględniając, że sankcja wykluczenia w badanej sprawie nałożona została na mocy decyzji właściwego organu wydanej w ramach uregulowanego przepisami krajowymi postępowania (przypis nr 5, str. 36). Zatem cytowany fragment z pkt 37 orzeczenia należy odnosić do oceny powiązanej z brakiem wskazania w prawomocnym wyroku okresu wykluczenia. W ocenie składu, orzeczenie to nie może mieć zastosowania w obecnej sprawie, gdyż przesłanka wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 Ustawy nie wymaga wydania wyroku stwierdzającego zawarcie porozumienia naruszającego warunki konkurencji (zmywa przetargowa). Ponadto, uwzględniając fakt, że Porr Bau GmbH już w przetargach prowadzonych w 2021 r. potwierdzał w JEDZ, że zawierał porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji podejmując wysiłek samooczyszczenia, przyjęcie wykładni prezentowanej w odwołaniach, oznaczałoby że okres wykluczenia ulegałby faktycznie wydłużeniu ponad 3 lata. Stanowisko to potwierdza również powoływany przez odwołującego 1 wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 30 marca 2023 r., sygn. XXIII Zs 5/23, w którym sąd podkreślił, że określenie zdarzenia będącego podstawą do wykluczenia jest w ocenie sądu tak ogólne, że pod tym pojęciem mogą się mieścić różne stany faktyczne. Sąd wskazał na zasadę czystych rąk, która oznaczać ma, iż nie może powoływać się na naruszenie zasad współżycia społecznego osoba, która sama zasady te (lub przepisy prawa) narusza (postanowienie SN I CSK 812/19). Skarżący zarówno w tym, jak i wcześniejszych postępowaniach nie przekazywał zamawiającym informacji o toczącym się wobec niego postępowaniu przed austriackim sądem antymonopolowym. Okres wykluczenia miał upłynąć w październiku 2020 r., a w latach 201-2021 brał udział w postępowaniach. Sam wykonawca do czasu wydania orzeczenia nie przyznawał, aby był w zmywie przetargowej, stąd w tych okolicznościach sąd uznał, iż okres wykluczenia liczony jest od daty wydania tego orzeczenia. Dalej sąd odniósł się do sprawy C-124/17, również podkreślając, że stanowisko wyrażone w tym wyroku dotyczy sytuacji, w której sankcja nałożona została na mocy decyzji właściwego organu, której celem było stwierdzenie zachowania stanowiącego naruszenie normy prawnej. W takiej sytuacji Trybunał wskazuje w trosce o spójność z zasadami obliczania terminu przewidzianego dla obowiązkowych podstaw wykluczenia, lecz także o przewidywalność i pewność prawa, iż należy uznać, że okres 3 lat przewidziany w art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24 oblicza się od daty zapadnięcia tej decyzji.

Jednoznacznie w orzecznictwie wskazuje się, że art. 111 Ustawy ogranicza możliwość wykluczenia wykonawców ze względu na upływ czasu, co stanowi jedną z gwarancji realizacji zasady proporcjonalności i równego traktowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W świetle prawa krajowego i unijnego nie sposób uznać bowiem za proporcjonalną sankcję dopuszczającą bezterminową możliwość wykluczenia z postępowania wykonawcy z uwagi na

zaistnienie określonego zdarzenia podważającego jego rzetelność. Art. 111 pkt 4 Pzp wyznacza też okres maksymalny, w jakim może mieć miejsce wykluczenie wykonawcy z powodu danego zdarzenia, a upływ tego okresu powoduje, że zamawiający nie może wykluczyć wykonawcy pomimo, że w stosunku do tego wykonawcy w przeszłości taka podstawa wykluczenia mogła zaistnieć/zaistniała. W przypadku przesłanki określonej w art. 108 ust. 1 pkt 5 Ustawy, po upływie trzyletniego okresu wskazanego w art. 111 pkt 4 pzp, rzetelność wykonawcy nie może być zatem podważana. Możliwość wykluczenia wykonawcy z postępowania z uwagi na porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji zależna jest nie tylko od zaistnienia okoliczności określonych w art. 108 ust. 1 pkt 5 Ustawy (przesłanka pozytywna), ale również od braku upływu okresu trzech lat od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, na co wskazuje art. 111 pkt 4 Pzp (przesłanka negatywna). Tylko i wyłącznie kumulatywnie spełnienie obu tych przesłanek warunkuje możliwość wykluczenia wykonawcy z postępowania i odrzucenia jego oferty jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu.

Powyższe prowadzić musiało do oddalenia odwołań w zakresie dotyczącym zarzutów wywodzonych z nieskutecznej, według odwołujących, procedury samooczyszczenia. Procedura ta bowiem nie może mieć wpływu na ustalenie, że wobec Porr Bau GmbH upłynął okres wykluczenia w związku z czynami objętymi wnioskiem o ukaranie przez Sąd Antymonopolowy. Tym samym Izba pominęła przywoływanie szczegółów podjętych środków naprawczych i ich ocenę, jako nie mające znaczenia dla rozstrzygnięcia. Również konsekwencją uznania, że wobec Porr S.A., jak i Porr GmbH nie zachodzi przesłanka wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy, jest oddalenie zarzutów zaniechania wezwania Porr na podstawie art. 122 Ustawy do zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby.

Izba uznała, że nie ma również podstaw do uznania zarzutu wprowadzania zamawiającego w błąd. Niezależnie od samej oceny „oświadczenia” Porr Bau GmbH nie można pominąć istotnej okoliczności dotyczącej odpowiedzi na pytania w JEDZ, w których oba podmioty potwierdzały fakt udziału w porozumieniach mających na celu zakłócenie konkurencji. Odwołujący 1 nie wykazał również, aby w „oświadczeniu” Porr Bau GmbH zawarte zostały stwierdzenia nieprawdziwe, a forsowana teza o konieczności wskazania wprost na wyrok OLG nie może prowadzić do uznania, że zamawiający miałby zostać wprowadzony w błąd co do ustalenia, czy wobec wykonawcy została spełniona przesłanka pozytywna i negatywna prowadząca do wykluczenia z postępowania. Kierowane zastrzeżenia, co do braku szczegółów opisu wszystkich 1362 naruszeń, jak i terminu wydania wyroku, nie prowadziły do istotnej zmiany okoliczności, która mogłaby wpływać na ustalenie, czy wobec wykonawcy zachodzi przesłanka do wykluczenia z postępowania. W przypadku kiedy wykonawca przyznaje się do odpowiedzialności za zdarzenia, które mogą prowadzić do jego wykluczenia z postępowania, zamawiający ma możliwość dopytania lub wyjaśnienia tych okoliczności, które w jego ocenie mogą mieć znaczenie. W niniejszej sprawie szczegóły, do których odnosił się odwołujący, nie zmieniałyby charakteru naruszeń, co ma zasadnicze znaczenie dla oceny podjętych środków zaradczych, wskazanych w „oświadczeniu”. Ponadto, w sytuacji gdy opis zdarzeń miałby prowadzić do wykazania, że nie powinna mieć zastosowania przesłanka z art. 108 ust. 1 pkt 5 Ustawy, takie szczegóły mogą być potrzebne, jednak ich brak nie świadczy o wprowadzeniu zamawiającego w błąd. Dla takiego stwierdzenia należy uwzględnić konkretne okoliczności, a odwołujący nie wykazał w jakim zakresie informacje prezentowane w „oświadczeniu” były nieprawdziwe. Nie można również twierdzić, że podmiot ukrywał fakt wydania wyroku przez Sąd Antymonopolowy, chociaż rzeczywiście samej daty nie wskazał. Nie może to jednak być traktowane jako wprowadzenie w błąd.

W dalszej części uzasadnienie wyroku sporządzone zostało oddzielnie dla każdej ze spraw.

I. Odwołanie o sygn. akt 4943/24.

Pozostałe zarzuty odwołujący 1 kierował wobec oceny oferty Erbud wskazując na naruszenie:

- art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 Pzp przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Erbud, jako niezgodnej z warunkami zamówienia, pomimo tego, że oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny z uwagi na zaoferowanie wykonania zamówienia przy 8% stawce VAT w pozycji 4.1 tabeli cenowej podczas gdy prawidłowa stawka VAT wynosi 23% oraz w zakresie zaoferowania wykonania zamówienia przy 23% stawce VAT w pozycji 10.1 i 11.1 tabeli cenowej podczas gdy prawidłowa stawka podatku VAT wynosi 8% i pomimo tego, że oferta Erbud zawiera błąd w obliczeniu ceny w powyższym zakresie, a w przypadku uznania, że oferta Erbud w zakresie poz. 10.1 tabeli cenowej obejmuje wykonanie instalacji niebędącej wyrobem medycznym do którego zastosowanie znajduje 8% stawka podatku VAT, polegającej na zaoferowaniu świadczenia w zakresie poz. 10.1 tabeli cenowej w sposób niezgodny z warunkami zamówienia określonymi w swz i PFU;

- art. 18 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 74 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 16 pkt 1 Pzp przez zaniechanie uznania przez zamawiającego za bezskuteczne zastrzeżenie przez Erbud, jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień i odpowiedzi, a w konsekwencji zaniechanie udostępnienia odwołującemu wyjaśnień i odpowiedzi Erbud, pomimo braku wykazania przez Erbud

spełnienia przesłanek wynikających z art. 11 ust. 2 uznk oraz pomimo odtajnienia wyjaśnień odwołującego w analogicznym stanie faktycznym, co świadczy o nierównym traktowaniu wykonawców. Odwołujący zarzut ten ograniczył na posiedzeniu do wyjaśnień dotyczących rozwiązanych przed czasem umów.

Na podstawie swz Izba ustaliła, że zamawiający nie dopuścił składania ofert częściowych, oczekując realizacji całości zadania przez jednego wykonawcę. W rozdziale IV, pkt 3 swz, w uzasadnieniu braku podziału zamówienia na części, zamawiający wskazał, m.in., że *Obiekty objęte zamówieniem są budynkami o charakterze specjalistycznym (budynki kliniczne, sale operacyjne, laboratoria), co implikuje konieczność uwzględnienia szeregu funkcjonalności niezbędnych do świadczenia wydajnej i skutecznej opieki medycznej. Planowane zamówienie wymaga precyzyjnego zaprojektowania i zintegrowanego wykonania całego kompleksu obejmującego nowy budynek D wraz z nowymi łącznikami oraz przebudowywaną infrastrukturą towarzyszącą oraz częściową przebudowę istniejących budynków A i B.*

Opis przedmiotu zamówienia określa, m.in. tabela cenowa, według której wykonawcy wyceniali oferty. Zamawiający w pkt 9, rozdział XV swz określił, że *Wykonawca zobowiązany jest dokonać podziału kosztów realizacji zamówienia w składanej przez siebie ofercie z uwzględnieniem założeń wynikających z tabeli cenowej, stanowiącej załącznik nr 2 do SWZ. Wartości wskazane w tabeli służą m.in. ocenie i porównaniu złożonych ofert. Zamawiający wymaga, aby Wykonawca uwzględnił założenia dotyczące limitu kosztów w przedziale wskazanym w tabeli cenowej pod rygorem uznania oferty za niedopowiadającą treści SWZ i jej odrzucenia z zastrzeżeniem możliwości poprawienia omyłek w zakresie przewidzianym w Pzp.* Wykonawcy dokonywali wyceny pozycji w tabeli z podaniem stawek VAT.

W ofercie wykonawcy składali formularz oferty oraz tabelę cenową, które to dokumenty stanowią treść oferty (rozdział XIV ppkt 3 swz). Cena oferty stanowi wynagrodzenie ryczałtowe wg tabeli cenowej (rozdział XV swz). Cena oferty wskazana w formularzu oferty, wyliczana była na podstawie tabeli cenowej. Cena oferty brutto służyła porównaniu ofert.

Tabela cenowa przygotowana została z podziałem na zadania 1-3, obejmujące w zadaniu nr 1 – budowę nowego budynku D, w zadaniu nr 2 – przebudowę istniejącego budynku B, w zadaniu nr 3 – przebudowę części istniejącego budynku A. W ramach zadań wyszczególnione zostały grupy czynności podlegających wycenieniu ryczałtowej, jak również zamawiający określił limit kosztów brutto dla zadania w poszczególnych grupach. Zgodnie z uwagą zamieszczoną pod tabelą, **W przypadku, gdy w danych pozycjach obowiązują różne stawki VAT, Wykonawca wyszczególni je w tabeli cenowej dodając odpowiednią liczbę wierszy.**

W ofercie Erbud, dokonało rozbicia pozycji tabeli cenowej nr 4.1, 4.4 i 11.1 na dwie, do których przyjęto stawki 23% i 8%.

Zamawiający wezwał wszystkich wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie przyjętych stawek VAT. W wezwaniu z 20.09.2024 r. do wykonawcy Erbud zamawiający wskazał na pozycje z rozbiciem na dwie stawki VAT (4.1, 4.4, 11.1, 15.3) oraz poz. 10.1.

Wykonawca złożył wyjaśnienia z 25.09.2024 r., zastrzegając je jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

01.10.2024 r. wykonawca Erbud wezwany został do wyjaśnienia ceny oferty w zadaniu nr 1 grupa III i IV. Wykonawca złożył wyjaśnienia w piśmie z 18.10.2024 r. w całości zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zamawiający 03.12.2024 r. dokonał odtajnienia treści wyjaśnień Erbud z 25.09.2024 r. (w całości) oraz z 18.10.2024 r. (w części).

Izba oddaliła zarzuty wobec oferty Erbud, których zasadności odwołujący nie wykazał. Przed wskazaniem szczegółowej argumentacji, należy wskazać na główny argument związany z zarzutem błędu w obliczeniu ceny, na podstawie którego odwołujący wnioskował o przyjęciu nieprawidłowej stawki podatku VAT we wskazanych pozycjach. Dotyczył on oceny charakteru zamówienia, jako kompleksowego lub nie. Odwołujący przyjmował raz, że zamówienie ma mieć charakter kompleksowy, aby następnie wskazywać, że takiego charakteru nie ma, co następnie odnosił do stawek VAT wskazanych pozycji. Powyższe prowadzić musiało do uznania argumentacji za niespójną.

Odwołujący 1 zakwestionował rozbicie poz. 4.1 i 11.1 na dwie pozycje z dwoma stawkami (23% i 8%), wskazując, że zamawiający nie przewidział takiego podziału, traktując zadanie „Zagospodarowanie terenu, zieleń + mała architektura”, jako jedną usługę podlegającą jednolitemu rozliczeniu. Stanowisko to pozostaje w sprzeczności z uwagą zamieszczoną we wzorze formularza tabeli cenowej, zgodnie z którą wykonawcy byli uprawnieni i zobowiązani do rozbicia pozycji, w których obowiązują różne stawki podatku VAT i dopisania kolejnych wierszy, tak jak uczynił to wykonawca Erbud. To na wykonawcach spoczywa odpowiedzialność za poprawne ustalenie wysokości stawek VAT, których zamawiający nie wskazał w swz, co zauważa sam odwołujący, jednocześnie formułując błędne wnioski o niezgodności oferty z swz. Uwzględniając szczegółowość pozycji tabeli cenowej, nie można nie zauważyć, że grupy czynności mają bardzo duży stopień ogólności, wynikający z przyjętego podziału na rodzaje prac lub instalacji i innych elementów zamówienia.

Wszystkie pozycje tabeli cenowej prezentować miały koszty (cenę ryczałtową), a tym samym ewentualne błędy przyjętych założeń, nie miałyby znaczenia dla zamawiającego i wysokości wynagrodzenia, jakie ostatecznie może otrzymać wykonawca. Mając jednak na uwadze konieczność porównania ofert, skład orzekający odniósł się do pozycji wskazanych w odwołaniu, które według odwołującego miały zawierać błąd w obliczeniu ceny, wynikający z przyjętej stawki podatku VAT.

Ponieważ część zakresu zieleni jest związana z budynkiem (dachy zielone, elementy patia z placem zabaw i zielenią), według odwołującego, oznaczać ma to konieczność opodatkowania wspólnym podatkiem VAT, jak dla usługi kompleksowej. Minimalny udział procentowy działki czynnej – stanowić ma 20%. (razem z wykonaniem ogrodu na dachu, dachy zielone stanowią 3,9% całego terenu zielonego). Odwołujący wskazywał, że także pozostała zieleń realizowana w ramach inwestycji jest nierozdzielnie związana z wykonaniem budowy nowoprojektowanego budynku D oraz przebudową budynków A i B, funkcjonalnie stanowiąca jedną całość objętą decyzją o pozwoleniu na budowę.

Izba oddaliła w tym zakresie zarzut, uznając, że odwołujący nie wykazał, aby zakres zamówienia uzasadniał traktowanie świadczenia, jako kompleksowego, co stanowi odstępstwo od zasad opodatkowania podatkiem od towarów i usług. Ani opinia podatkowa złożona jako dowód, ani stanowisko odwołującego, nie referują do sposobu spełnienia świadczenia wskazanego w wyjaśnieniach, do których odwołujący miał dostęp. Powyższe prowadzić musiało już tylko z tej przyczyny do oddalenia wniosków, które stanowiły dowolną projekcję odwołującego.

Sam odwołujący wskazując na orzecznictwo polskie i europejskie, dla uznania świadczenia za kompleksowe, podkreślał, że świadczenie obejmujące z ekonomicznego i gospodarczego punktu widzenia jedną czynność nie powinno być sztucznie dzielone. Jednocześnie oceniając przedmiotowe zamówienia wskazywał na okoliczności, które nie mają odniesienia ani do ekonomicznego, ani gospodarczego aspektu świadczenia, tj. brak podziału zamówienia na części, jak również objęcie inwestycji jedną decyzją o pozwoleniu na budowę, czy też potrzeby objęcia całości inwestycji postępowaniem administracyjnym zmierzającym do oddania jej do użytkowania. Duża część argumentów odnosi się do prezentowania ogólnych wywodów, jednak bez odniesienia do okoliczności związanych ze świadczeniem stanowiącym przedmiot zamówienia. Wskazując na str. 20 odwołania, pkt 43 skutki jakie miałyby wyodrębnienie usług w zakresie zieleni, odwołujący nie przedstawia faktycznie przekonujących argumentów, które pozwoliłyby uznać, że ma ona charakter pomocniczy względem świadczenia głównego. W ocenie składu, wykonanie prac z zakresu zieleni, w żaden sposób funkcjonalny, ekonomiczny lub gospodarczy, nie może wpływać na prace związane z budową lub przebudową budynku. Nie ma również podstaw dla odmowy przyjęcia, że możliwe jest wykonanie tych prac po zakończeniu budowy/przebudowy, również w ramach oddzielnego zamówienia. W okolicznościach obecnego zamówienia, o tym że prace dotyczące zieleni będą realizowane w ramach jednego zamówienia, zdecydował zamawiający, co jeszcze nie przesądza o kompleksowym charakterze zamówienia, z punktu widzenia podatkowego. W szczególności nie przekonuje wniosek odwołującego, że *Usługi zagospodarowania zieleni, choć będą stanowiły część całej inwestycji wykonanej w ramach zamówienia, będą czynnościami uzupełniającymi w stosunku do usługi robót budowlanych a tym samym ich charakter i efekt końcowy decyduje o tym, że wpisują się one w usługi budowlane (pkt 44)*. Nie można traktować urządzenia ogrodu i postawienia budynku jako nierozdzielnego świadczenia, nawet, jeżeli część zieleni będzie elementem dachu. Stanowi to co najwyżej element zagospodarowania powierzchni, jednak nie determinuje wykonania konstrukcji dachu, jako koniecznego elementu budynku. Stanowisko odwołującego jest również wewnętrznie sprzeczne, gdyż w odniesieniu do tej pozycji szeroko traktuje wszystkie czynności objęte świadczeniem, jako zamówienie kompleksowe, zmierzające do realizacji jednej całości, aby w dalszej części odwołania, zaprzeczać tej tezie. Ma to odniesienie do poz. 10.1 – *Budowa zbiornika z tlenem wraz z infrastrukturą towarzyszącą*, w której według odwołującego wykonawcy powinni przyjąć preferencyjną stawkę podatku VAT 8% właściwą dla wyrobów medycznych. Dla tej pozycji, efektem końcowym, jaki otrzymać ma zamawiający, staje się sam wyrób medyczny, jako instalacja gazów medycznych (pkt 58). Odwołujący całkowicie pomija wycenę poz. 3.3 (zadanie 1) – dotyczącej wprost gazów medycznych, w której wykonawca przyjął stawkę 8%, co dodatkowo wskazuje na brak uzasadnienia dla oceny prezentowanej w odwołaniu w odniesieniu do pozycji 10 i 11 tabeli cenowej. Słusznie zamawiający wskazał na niekonsekwencję odwołującego w ocenie świadczenia kompleksowego.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 18 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 74 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 16 pkt 1 Pzp przez zaniechanie uznania przez zamawiającego za bezskuteczne zastrzeżenie przez Erbud, jako tajemnicę przedsiębiorstwa, odwołujący zarzut ten ograniczył na posiedzeniu do wyjaśnień dotyczących rozwiązanych przed czasem umów.

Jak wynika z dokumentacji postępowania sam odwołujący tożsame rodzajowo informacje traktuje jako tajemnicę przedsiębiorstwa w swojej ofercie. Mając na uwadze znaczenie, jakie dla niniejszego odwołania miała ocena zasadności zastrzeżenia informacji w ofercie, która nie jest ofertą najkorzystniejszą, przy oddaleniu zarzutów dotyczących oferty Porr

S.A., ewentualne naruszenia w tym zakresie nie mogłyby wpłynąć na wynik postępowania. Izba utrzymała bowiem wynik, w którym ofertą najkorzystniejszą jest oferta Porr S.A., na co nie ma wpływu ocena oferty wykonawcy Erbud.

II.Odwołanie sygn. akt KIO 4974/24

Odwołujący 2 podnosił również zarzut zaniechania odrzucenia oferty Porr S.A., jako zawierającej cenę rażąco niską, jak również niezgodną z warunkami zamówienia, wskazując na naruszenie:

- 1.art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 1 oraz 6 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Porr, w sytuacji w której oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożone przez Porr wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu (zarzut nr 5);
- 2.art. 223 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp przez zaniechanie przez zamawiającego wezwania Porr do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie jej zgodności z swz oraz przepisami miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego obowiązującego w miejscu realizacji Inwestycji (zarzut nr 6);

W uzasadnieniu zarzutu nr 5 odwołujący ograniczył się do przedstawienia skali różnic ceny oferty Porr S.A. do kolejnych ofert, średniej arytmetycznej złożonych ofert, jak i środków, jakie zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Powyższe w konsekwencji oznacza, że *jakkolwiek cena zaoferowana przez Wykonawcę PORR nie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu (art. 224 ust. 2 PZP), to jednak występują obiektywne okoliczności uzasadniające wezwanie wskazanego Wykonawcy do złożenia wyjaśnień i przedłożenia dowodów celem wykluczenia zastosowania przez niego rażąco niskiej ceny, kosztu lub ich istotnych części składowych (art. 224 ust. 1 PZP).* Odwołujący następnie wskazał na poziom różnicy ceny w poszczególnych częściach składowych, porównując ze średnią arytmetyczną pozostałych ofert i dokonując odpowiedniej prezentacji ceny w podziale na zadania. Odwołujący stwierdza, że *PORR nie udowodnił Zamawiającemu w toku postępowania, że jest w stanie zaoferować korzystniejsze warunki realizacji przedmiotowego zamówienia od ceny rynkowych zaoferowanych przez innych wykonawców składający oferty w Postępowaniu, np. w odniesieniu do podwykonawców, czy dostawców warunki cenowe tak znacząco lepsze i korzystniejsze, aby zaoferować tak niską cenę jak w niniejszym postępowaniu przetargowym.*

(...) Okoliczności przytoczone w pkt 5 uzasadnienia niniejszego odwołania prowadzą także do wątpliwości co do tego, czy PORR w ramach złożonej oferty wycenił i zaproponował pełen zakres świadczeń wymaganych przez Zamawiającego i w konsekwencji, czy treść oferty wskazanego Wykonawcy jest zgodna z warunkami zamówienia. W szczególności bowiem zachodzi realne ryzyko dokonania przez PORR na potrzeby obliczenia ceny ofertowej niedopuszczalnych założeń, zmian, ograniczeń, optymalizacji itp. prowadzących w konsekwencji do złożenia oferty niezgodnej z warunkami zamówienia.

Izba ustaliła, że zamawiający pismem z 01.10.2024 r. wezwał Porr S.A. do wyjaśnienia ceny oferty, wskazując na wątpliwości dotyczące wyceny w zadaniu nr 1 (grupa III, IV, VI), w zadaniu nr 2 (grupa III, IV, VI), zadaniu nr 3 (grupa III, IV). Wątpliwości wynikały z poziomu różnicy ceny do szacowanej wartości zamówienia. Porr S.A. złożył wyjaśnienia w piśmie z 18.10.2024 r. zawierające w części tajemnicę przedsiębiorstwa. Do wyjaśnień załączone zostały dowody. W piśmie jawnym na 46 stronach wykonawca przedstawił informacje z odesłaniem do zastrzeżonych załączników, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba oddaliła odwołanie.

W zakresie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny, uzasadnienie w ogóle nie ma odniesienia do wyjaśnień Porr S.A. z 18.10.2024 r., z którymi odwołujący mógł się zapoznać (w części jawnej), co czyni prezentowane wyliczenia, jako niemające odniesienia do opisanych w wyjaśnieniach okoliczności. Samo suche przedstawienie różnicy w wycenie istotnych elementów składowych, nie może zastępować analizy wyjaśnień złożonych w celu rozwiania wątpliwości, jakie miała zamawiający w toku badania oferty. W zasadzie odwołanie w żaden sposób nie koresponduje z wyjaśnieniami, a tym samym, skład orzekający nie może zstępować strony, która w tym zakresie nie podjęła żadnej inicjatywy. Konsekwencją takiego uzasadnienia jest oddalenie odwołania.

Również w odniesieniu do drugiej podstawy odrzucenia oferty Porr, której uzasadnienie opiera się na podejrzeniu przyjęcia przy obliczeniu ceny, niedopuszczalnych założeń, zmian, ograniczeń, optymalizacji, co miałyby prowadzić do złożenia oferty niezgodnej z warunkami zamówienia. Odwołujący w uzasadnieniu podniósł, że *Zamawiający przy okazji badania rażąco niskiej ceny oferty PORR nie zażądał do PORR wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez PORR oferty w zakresie jej zgodności z SWZ (w odniesieniu do ww. kwestii) oraz przepisami miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego obowiązującego w miejscu realizacji przedmiotowej inwestycji. Wskazać należy, że z treść wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez PORR nie udziela odpowiedzi na ww. pytania o zgodność oferty*

PORR z SWZ oraz przepisami miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego, a przedłożone przez PORR kalkulacje nie dają podstaw do jednoznacznego potwierdzenia lub wykluczenia realizacji przez PORR prac w ww. zakresach zgodnie z postanowieniami SWZ oraz miejscowym planem zagospodarowania przestrzennego. Z tych względów, przed wyborem oferty PORR Zamawiający powinien był zwrócić się do PORR na podstawie art. 233 ust. 1 PZF z ww. pytaniami o zgodność oferty z warunkami zamówienia, gdyż tylko pozytywne rozwianie wątpliwości Zamawiającego w tym zakresie mogłoby wykluczyć możliwość odrzucenia oferty PORR na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP.

Uwzględniając podstawę faktyczną i uzasadnienie zarzutu, Izba uznała, że odwołujący nie przedstawił żadnego faktycznego uzasadnienia, które pozwalałoby na stwierdzenie, że oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia. W szczególności, odnosząc się do złożonych wyjaśnień w zakresie ceny, odwołujący nie sprecyzował w jakim zakresie miałyby one uzasadniać wątpliwość, co do zgodności z postanowieniami swz oraz miejscowym planem zagospodarowania przestrzennego. Faktycznie nie zostało w żaden sposób zakreślone, w jakim zakresie takie wątpliwości miałyby mieć podstawy. Samo stwierdzenie, że wyjaśnienia nie udzielają odpowiedzi na wątpliwości wskazane w odwołaniu, nie mogło prowadzić do stwierdzenia naruszenia przepisów Ustawy. Wyjaśnienia miały bowiem na celu rozwianie wątpliwości w zakresie opisanym w wezwaniu, a tym samym brak informacji referujących do miejscowego planu zagospodarowania terenu, lub innego elementu dokumentacji, nie mógł stanowić jedynej podstawy zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Porr S.A. Powyższe prowadziło do uznania odwołania za bezzasadne.

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 ust. 2 poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpisy wniesione w sprawach połączonych do wspólnego rozpoznania i obciążyła nimi odwołujących oraz uzasadnione koszty zamawiającego wykazane rachunkami złożonymi do każdej ze spraw oddzielnie w wysokości łącznej 7.200,00 zł. i obciążyła nimi w całości obu odwołujących w każdej ze spraw.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....

.....

.....