

WYROK

Warszawa, dnia 12 czerwca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska
Piotr Kozłowski
Luiza Łamejko

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 maja 2025 r. przez wykonawcę: **Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa,**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy: **Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1877/25 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu pkt 1.3 odwołania i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;
3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża w części ½ zamawiającego: **Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa** oraz w części ½ wykonawcę: **Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa,** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania, koszty wynagrodzenia pełnomocników stron znosi wzajemnie;
 - 3.2. zasądza kwotę: **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) od zamawiającego: **Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa** na rzecz wykonawcy: **Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa** stanowiącą ½ kosztów poniesionych z tytułu 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.

Przewodniczący:.....

.....

.....

Sygn. akt: KIO 1877/25

Uzasadnienie

Zamawiający, Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, w przedmiocie: „*Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S8 Wrocław– Kłodzko, zadanie 4 - odc. węzeł Łagiewniki Zachód (bez węzła) - węzeł Niemcza (z węzłem), długości ok. 9,34 km*”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej - Dz. UE 251/2023 z dnia 29.12.2023 r. pod numerem 00795320-2023.

Pismem z dnia 30.04.2025 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty – oferty złożonej przez wykonawcę Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie.

Wykonawca, Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, wniósł odwołanie dotyczące czynności oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, w tym zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Budimex S.A. ze względu na niezgodność złożonej oferty z warunkami zamówienia, prowadzenia niedozwolonych negocjacji treści oferty oraz wprowadzenia Zamawiającego w błąd, poprzez zatajenie informacji istotnych, a dotyczących jego sytuacji podmiotowej w kontekście możliwego zaistnienia podstaw wykluczenia, co miało istotny wpływ na decyzję Zamawiającego w tym postępowaniu, bowiem doprowadziło do wyboru oferty Budimex jako najkorzystniejszej bez uprzedniej pełnej oceny sytuacji podmiotowej tego wykonawcy na dzień wyboru jego oferty przez Zamawiającego.

W związku z powyższym, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów Pzp:

1.1 art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 Pzp zd. 2 w zw. z art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Budimex w sytuacji, gdy złożona przez niego oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia, tj. wbrew wymogom przewidzianym w PFU (pkt 1.1.3.11 i 2.1.17.2.2) Budimex nie uwzględnił w swojej ofercie konieczności pozyskania dodatkowej lub uzupełniającej decyzji DŚU, a wykonawca w wyniku złożonych na wezwanie Zamawiającego wyjaśnień dokonał niedopuszczalnej zmiany treści oferty, poprzez uwzględnienie w niej prac, co do których wcześniej zadeklarował, że nie będą one wymagane, a więc nie przewidział ich w swojej ofercie, podczas gdy Zamawiający powinien w takim przypadku odrzucić ofertę wykonawcy Budimex ze względu na jej niezgodność z warunkami zamówienia, tj. z postanowieniami PFU, oraz ze względu na prowadzenie przez Zamawiającego niezgodnych z ustawą Pzp negocjacji treści oferty;

1.2 art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp, poprzez niezasadne zaniechanie wykluczenia wykonawcy Budimex z postępowania oraz odrzucenia jego oferty w związku z przekazaniem przez wykonawcę Budimex informacji na temat naliczonych kar umownych i skorzystania z wykonawstwa zastępczego w ramach budowy Szpitala Rydygiera w Toruniu dopiero kilka dni po wyborze najkorzystniejszej oferty, w sytuacji, gdy miał pełną możliwość poinformowania o tym we wcześniejszym okresie, tj. wraz z informacją o aktualności informacji zawartych w JEDZ, podczas gdy tak późne przekazanie ww. informacji Zamawiającemu spowodowało wprowadzenie go w błąd, w zakresie badania podstaw wykluczenia Budimex oraz zadecydowało o wyborze najkorzystniejszej oferty, poprzez zatajenie informacji w zakresie potencjalnych okoliczności mających znaczenie pod kątem oceny podmiotowej wykonawcy Budimex w zakresie podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, a zatem powinien zostać wykluczony na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp;

ewentualnie

1.3. art. 253 ust. 1 Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp, poprzez zaniechanie unieważnienia decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz przystąpienia do ponownej oceny sytuacji podmiotowej wykonawcy Budimex w związku z okolicznościami naliczenia kar umownych i skorzystania z wykonawstwa zastępczego w ramach budowy Szpitala Rydygiera w Toruniu, pod kątem podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, podczas gdy Zamawiający, otrzymując kilka dni po wyborze najkorzystniejszej oferty informacje na temat nienotyfikowanej wcześniej ani w oświadczeniu JEDZ, ani w oświadczeniu o aktualności informacji zawartych w JEDZ, inwestycji realizowanej przez wykonawcę Budimex, w ramach której doszło do komplikacji wchodzących potencjalnie w zakres art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, powinien co najmniej unieważnić decyzję o wyborze o najkorzystniejszej oferty i ponownie przystąpić do oceny sytuacji podmiotowej wykonawcy Budimex, pod kątem okoliczności zaistniałych w ramach budowy Szpitala Rydygiera w Toruniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania i innych dowodów w przypadku ich złożenia przez Odwołującego na rozprawie oraz nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności z 30 kwietnia 2025 r. polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej, przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, wykluczenia wykonawcy Budimex z postępowania i odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) oraz pkt 5 Pzp oraz wykluczenia wykonawcy Budimex na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 8 lub 10 Pzp, a w konsekwencji odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit.a Pzp;

ewentualnie:

przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, zweryfikowania zasadności zastosowania względem wykonawcy Budimex podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w związku z naliczeniem kar umownych i skorzystaniem z wykonawstwa zastępczego w ramach budowy Szpitala Rydygiera w Toruniu, oraz o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wyjaśnił, że oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert. Zamawiający nieprawidłowo ocenił ofertę wykonawcy Budimex, co spowodowało, że w postępowaniu została wybrana oferta, która powinna zostać odrzucona. W wyniku czynności podjętych i zaniechanych przez Zamawiającego, Odwołujący utracił możliwość uzyskania zamówienia oraz uzyskania zakładanego zysku. W związku z powyższym Odwołujący w wyniku wyżej opisanych czynności i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu może ponieść szkodę, co oznacza, że posiada on interes we wniesieniu odwołania.

Odwołujący wskazał, że w postępowaniu oferty zostały złożone przez ośmiu wykonawców. Termin składania ofert minął w dniu 28 marca 2024 r. Wraz z ofertami wykonawcy złożyli oświadczenie w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia („JEDZ”), w którym musieli odpowiedzieć między innymi na pytanie dotyczące fakultatywnej przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp (pkt 9.2 ppkt 7 SWZ).

Wykonawca Budimex w odpowiedzi na pytanie przewidziane w Części III lit.C: *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 twierdząco i wskazał, że załączył stosowne dokumenty. W załączniku do oświadczenia JEDZ wykonawca Budimex poinformował o przypadkach rozwiązania umów przed czasem oraz naliczonych karach umownych i odszkodowaniach.

Zamawiający w dniu 16 kwietnia 2025 r. wezwał wykonawcę Budimex do wyjaśnienia założeń cenowych oraz wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty:

Pytanie 10. Czy Wykonawca w swojej ofercie przewidywał konieczność pozyskania dodatkowej lub uzupełniającej decyzji DŚU wynikającej z rozwiązań przyjętych przez Wykonawcę. Jeśli tak prosimy o wskazanie dla jakich zakresów Wykonawca założył powyższe.

W odpowiedzi z dnia 9 maja 2024 r. wykonawca Budimex wskazał, że: „Wykonawca na etapie opracowania oferty nie przewidywał pozyskania dodatkowej lub uzupełniającej decyzji DŚU, uwzględniając przy tym zapisy rozdz. 1.2 PFU „Zmiana lub uzyskanie nowej decyzji środowiskowej możliwe jest tylko i wyłącznie wtedy, gdy nie ma możliwości technicznych realizacji przedmiotu umowy w ramach granic określonych w DŚU. Powyższe wymaga potwierdzenia przez Inżyniera Kontraktu i akceptacji przez Zamawiającego. Jeżeli w wyniku przyjętych rozwiązań zajdzie konieczność wyjścia poza granice określone w DŚU należy uzyskać zmiany tej decyzji w koniecznym zakresie lub uzyskać dodatkowe decyzje środowiskowe”.

Zamawiający, pismem z dnia 29 maja 2024 r., wezwał wykonawcę Budimex do złożenia uzupełniających informacji, wskazując, że: „W nawiązaniu do zapisów decyzji DŚU – „charakterystyka przedsięwzięcia - budowa Miejsc Obsługi Podróżnych (MOP) poprzez m.in. przygotowanie korpusu ziemnego i przyłączy (bez projektu zagospodarowania), prosimy o potwierdzenie że Wykonawca w swojej ofercie wycenił uzyskanie nowej decyzji DŚU w zakresie zagospodarowania terenów MOP opisanego w PFU 1.1.3.11 i 2.1.17.2.2.”

W odpowiedzi na ww. wezwanie wykonawca Budimex w dniu 5 czerwca 2024 r. wskazał, że: „(...) w swojej ofercie wycenił uzyskanie nowej decyzji DŚU w zakresie zagospodarowania terenów MOP opisanego w PFU 1.1.3.11 i 2.1.17.2.2.”

Po wyborze najkorzystniejszej oferty w dniu 30 kwietnia 2025 r., w dniu 5 maja 2025 r. wykonawca Budimex zaktualizował informację dotyczącą okoliczności związanych z podstawą wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, poprzez dodanie do niej okoliczności zaistniałych w trakcie realizacji umowy pn. *Przebudowa i rozbudowa Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego im. L. Rydygiera w Toruniu* Zgodnie z podaną przez wykonawcę Budimex informacją, zamawiający Kujawsko-Pomorskie Inwestycje Medyczne sp. z o.o. naliczył pismami z dnia 13 maja 2024 r., 23 lipca 2024 r. i 16 kwietnia 2025 r. kary umowne na łączną wartość 28.607.740,99 zł z tytułu zwłoki w usunięciu zaległych prac i wad, zwłoki w usunięciu usterek w zakresie automatycznego systemu dozowania i dystrybucji leków Unit Dose One, a także skorzystał z wykonawstwa zastępczego na łącznej kwocie 8.488.874,31 zł w zakresie naprawy niektórych wad i usterek oraz roszczeń związanych z systemem Unit Dose One. Zamawiający w związku z otrzymaniem powyższych informacji nie unieważnił decyzji w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty.

1.1. Zarzut niezgodności oferty z warunkami zamówienia oraz niedopuszczalnego negocjowania treści oferty

Wykonawca Budimex w odpowiedzi na pierwsze wezwanie do wyjaśnień z dnia 9 maja 2024 r., jednoznacznie wskazał, że (...) na etapie opracowania oferty nie przewidywał pozyskania dodatkowej lub uzupełniającej decyzji DŚU, po czym w odpowiedzi na ponowne wezwanie do wyjaśnień, w którym Zamawiający dopytał o tę kwestię, w piśmie z dnia 5 czerwca 2024 r. wykonawca BUDIMEX wskazał już, że (...) w swojej ofercie wycenił uzyskanie nowej decyzji DŚU w zakresie zagospodarowania terenów MOP opisanego w PFU 1.1.3.11 i 2.1.17.2.2.

Z powyższego wynika, że:

- a) w wyjaśnieniach z 9 maja 2024 r. wykonawca Budimex wyraźnie oświadczył, że nie przewiduje pozyskania dodatkowej lub uzupełniającej decyzji DŚU [decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach];
- b) na skutek wezwania z 29 maja 2024 r., w którym Zamawiający zwrócił wykonawcy Budimex uwagę, że zgodnie z PFU, Zamawiający wprost wymaga pozyskania decyzji DŚU w zakresie zagospodarowania terenów MOP wykonawca Budimex, pod wpływem ponownego wezwania do wyjaśnień, całkowicie zmienił swoje wcześniejsze oświadczenie, wskazując, że jednak przewiduje pozyskanie dodatkowej lub uzupełniającej decyzji DŚU. Całkowita zmiana stanowiska wykonawcy Budimex wynika z tego, że potrzeba uzyskania takiej dodatkowej lub uzupełniającej decyzji DŚU była wprost przewidziana w Specyfikacji Warunków Zamówienia, dokładnie w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (pkt 1.1.3.11 i 2.1.17.2.2) w zakresie zagospodarowania terenów MOP. Zwrócił na to uwagę Zamawiający w wezwaniu z dnia 29 maja 2024 r., w którym zwrócił uwagę na wskazaną w SWZ potrzebę uzyskania takiego dokumentu.

Z powyższego w sposób jednoznaczny wynika, co potwierdzono w wyjaśnieniach z dnia 9 maja 2024 r., że wykonawca Budimex na potrzeby przygotowania oferty nie uwzględnił konieczności pozyskania dodatkowej lub uzupełniającej decyzji DŚU. Dopiero na etapie uzupełniających wyjaśnień, orientując się, że wcześniejsze stanowisko z

odpowiedzi na pytanie nr 10 było wprost sprzeczne z warunkami zamówienia, w szczególności z PFU, wykonawca Budimex przyjął całkowicie odmienne podejście, deklarując w piśmie z dnia 5 czerwca 2024 r., że jednak uwzględnił koszty pozyskania takiej decyzji. Oświadczenie to nie sposób jednak uznać za zgodne z rzeczywistością, lecz złożone tylko na potrzeby uniknięcia odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Należy zatem uznać, że oferta wykonawcy Budimex w tym zakresie jest niezgodna z warunkami zamówienia, tj. wbrew wymogom przewidzianym w PFU (pkt 1.1.3.11 i 2.1.17.2.2) wykonawca nie uwzględnił w wycenie oferty pozyskania dodatkowej lub uzupełniającej decyzji DUŚ. Bez znaczenia pozostaje przy tym późniejsza deklaracja wykonawcy, jakoby uwzględnił w ofercie pozyskanie takiej decyzji, ponieważ oświadczenie takie zostało złożone całkowicie wbrew wcześniejszym wyjaśnieniom i wyłącznie w celu uniknięcia wyeliminowania go z postępowania.

Mając powyższe na uwadze, należało odrzucić ofertę wykonawcy Budimex na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, jako niezgodną z warunkami zamówienia określonymi w PFU (pkt 1.1.3.11 i 2.1.17.2.2) w zakresie potrzeby uzyskania dodatkowej lub uzupełniającej decyzji DUŚ. (por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 20 grudnia 2021 r. KIO 3555/21, Wyrok KIO z 19 maja 2023 r., KIO 1204/23).

Działanie wykonawcy Budimex stanowiło przejaw niedopuszczalnego negocjowania treści oferty oraz dokonywania w niej zmian po terminie składania ofert w rozumieniu art. 223 ust. 1 zd. 2 Pzp. Jak bowiem jednoznacznie wynika z pierwotnych wyjaśnień z dnia 9 maja 2024 r., wykonawca Budimex nie uwzględnił w wycenie oferty kosztów pozyskania dodatkowej lub uzupełniającej decyzji DŚU i dopiero pod wpływem wezwania z dnia 29 maja 2024 r. zmienił zdanie, składając zupełnie odmienne stanowisko.

W tym przypadku nie ma zatem wątpliwości co do dokonania w treści oferty zmiany po terminie składania ofert oraz z przypadkiem negocjowania jej treści z Zamawiającym. W tym drugim przypadku całkowicie niezrozumiałe było ponowne wezwanie wykonawcy Budimex do wyjaśnień skoro już z odpowiedzi na pytanie nr 10 udzielonej w piśmie z dnia 9 maja 2024 r. jednoznacznie wynika, że pozyskanie dodatkowej lub uzupełniającej decyzji DŚU nie zostały uwzględnione w ofercie wykonawcy Budimex. Z ww. odpowiedzi nie sposób wnioskować, że mogły istnieć jakiegokolwiek wątpliwości co treści oferty Budimex w zakresie dotyczącym dodatkowej lub uzupełniającej decyzji DŚU – oświadczenie złożone przez tego wykonawcę w wyjaśnieniach z dnia 9 maja 2024 r. było w tym względzie jednoznaczne.

Wbrew jasnej treści wyjaśnień wykonawcy Budimex, Zamawiający, widząc jawną ich sprzeczność z treścią PFU, postanowił ponownie wezwać do wyjaśnień celem otrzymania odpowiedzi zgodnej z dokumentacją PFU. Ponowne wezwanie do wyjaśnień z 29 maja 2024 r. i odpowiedź wykonawcy Budimex stanowi jednoznaczny przykład niedopuszczalnego negocjowania treści oferty. Zamawiający wzywając do uzupełniających wyjaśnień umożliwił wykonawcy Budimex zmodyfikowanie swojego stanowiska celem dostosowania go do treści PFU. Zamiast tego powinien już na podstawie wyjaśnień z 9 maja 2024 r. odrzucić jego ofertę jako niezgodną z warunkami zamówienia. Nie czyniąc tego i wzywając go do uzupełniających wyjaśnień podjął zatem niedopuszczalne w świetle art. 223 ust. 1 zd. 2 Pzp negocjacje treści oferty. W przedmiotowym przypadku zasadne powinno być zatem odrzucenie oferty wykonawcy Budimex również na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 zd. 2 Pzp.

1.2.Zarzutek zaniechania wykluczenia wykonawcy Budimex z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd

Wykonawca Budimex, po opublikowaniu informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, dopiero w dniu 5 maja 2025 r. poinformował Zamawiającego o dodatkowych okolicznościach mających znaczenie pod kątem podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, a które to okoliczności wystąpiły kilka miesięcy wcześniej.

Zgodnie z podaną przez wykonawcę Budimex informacją, zamawiający Kujawsko-Pomorskie Inwestycje Medyczne sp. z o.o. naliczył wykonawcy Budimex kary umowne na łączną wartość 28.607.740,99 zł z tytułu zwłoki w usunięciu zaległych prac i wad, zwłoki w usunięciu usterek w zakresie automatycznego systemu dozowania i dystrybucji leków Unit Dose One, zwłoki w usunięciu usterek w pomieszczeniu kompresorów, a także skorzystał z wykonawstwa zastępczego w łącznej kwocie 8.488.874,31 zł w zakresie naprawy niektórych wad i usterek oraz roszczeń związanych z systemem Unit Dose One (pisma inwestora z dnia 13 maja 2024 r., 23 lipca 2024 r. i 16 kwietnia 2025 r.).

Choć naliczane Budimex ww. kary umowne były notyfikowane mu przez inwestora poczynawszy już od 13 maja 2024 r., w aktualizacji oświadczenia JEDZ ani w uzupełniających wyjaśnieniach do oświadczenia JEDZ wykonawca Budimex nie poinformował o żadnych karach umownych czy zastosowanym przez inwestora wykonawstwie zastępczym w ramach budowy Szpitala Rydygiera w Toruniu. Kary te, oraz koszty wykonawstwa zastępczego, jak wyżej wskazano, były notyfikowane wykonawcy Budimex przez inwestora już 13 maja 2024 r., a następnie 23 lipca 2024 r. i jeszcze raz 16 kwietnia 2025 r. Wykonawca Budimex miał zatem pełną świadomość o ich naliczeniu, składając 18 kwietnia 2025 r. oświadczenie o aktualności informacji zawartych w JEDZ. Wszystkie bowiem noty dotyczące ww. kar umownych czy kosztów wykonawstwa zastępczego były znane w dniu 18 kwietnia 2025 r. wykonawcy Budimex, nie mówiąc już o karach umownych notyfikowanych mu przez inwestora w datach 13 maja i 23 lipca 2024 r. To samo dotyczy wykonawstwa zastępczego, o którym było wiadomo również przed 18 kwietnia 2025 r., a zatem wykonawca Budimex z łatwością mógł o tym poinformować Zamawiającego. Oznacza to, że wykonawca Budimex, składając oświadczenie o

aktualności informacji zawartych w JEDZ, pomimo pełnej świadomości co do komplikacji mających miejsce w trakcie budowy Szpitala Rydygiera w Toruniu, nie poinformował o tym Zamawiającego, przemilczając zarówno fakt naliczenia kar umownych, jak i skorzystania przez inwestora z wykonawstwa zastępczego. Informując o tych okolicznościach dopiero 5 maja 2025 r., a zatem pięć dni po wyborze najkorzystniejszej oferty, gdy upływał już okres uprawnomocnienia się tej decyzji, wykonawca Budimex pozbawił Zamawiającego możliwości uwzględnienia tych okoliczności w trakcie oceny jego sytuacji podmiotowej.

Powyższe wskazuje na zamiar Budimex w utajeniu powyższych informacji i oświadczeniu nieprawdy w oświadczeniu o aktualności informacji zawartych w JEDZ. Trudno bowiem doszukiwać się w takim działaniu tylko niedbalstwa. Ukrywanie zdarzeń dotyczących kar umownych i wykonawstwa zastępczego na kwotę ponad 28 mln zł przez prawie rok trwania niniejszego postępowania przed Zamawiającym nie można klasyfikować jako przejawu „niedbalstwa”, nawet określonego jako: „rażące”.

Zdaniem Odwołującego, w przedmiotowym przypadku mamy do czynienia z klasycznym przypadkiem wprowadzenia Zamawiającego w błąd w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp, ponieważ choć wykonawca Budimex doskonale zdawał sobie sprawę z zaistniałych komplikacji w trakcie budowy Szpitala Rydygiera w Toruniu, to jednak przez prawie rok ukrywał tę informację i ujawnił ją dopiero gdy Zamawiający zakończył już badanie i ocenę ofert i dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty. Fakt, że ostatecznie wykonawca Budimex zdecydował się o poinformowaniu o tym Zamawiającego potwierdza, że również uznał on naliczone w ramach tej inwestycji kary umowne oraz wykonawstwo zastępcze za mogące wchodzić w zakres podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

W tym zakresie należy wskazać, że naliczone kary umowne dotyczyły niewykonania części przedmiotu umowy w sprawie zamówienia publicznego, tj. nieusunięcia zaległych prac i wad, nieusunięcia usterek w pomieszczeniu kompresorów oraz nieusunięcia usterek w zakresie automatycznego systemu dozowania i dystrybucji leków Unit Dose One. W przypadku natomiast wykonawstwa zastępczego, to inwestor skorzystał z tej instytucji w celu niezwłocznej naprawy niektórych wad i usterek oraz roszczeń związanych z systemem Unit Dose One. Nie ma zatem wątpliwości, że niewykonane przez wykonawcę Budimex prace lub wykonane nienależycie należały do istotnych części składowych przedmiotu umowy o zamówienie publiczne i bez nich nie było możliwe prawidłowe korzystanie z wybudowanego obiektu.

Również z perspektywy finansowej zaistniałe nieprawidłowości miały istotną wartość, ponieważ, jeżeli chodzi o kary umowne, to ich wartość wynosiła 28.607.740,99 zł, natomiast w przypadku wykonawstwa zastępczego mówimy o kolejnych 8.488.874,31 zł. Mając na względzie wartość całkowitą przedmiotu zamówienia, wynoszącą 425.012.539,83 zł, to wartość naliczonych kar umownych i wykonawstwa zastępczego stanowi odpowiednio 8,73% wartości umowy. Otrzymany odsetek nie stanowi zatem wartości bagatelnej, nieznaczącej, lecz jest na tyle wysoki, że graniczy z przyjmowanymi przez wykonawców zyskami (odpowiadającymi często 5-10% wartości umowy). Budimex sam przyznaje, że nie bagatelizuje merytorycznej wagi tych kar.

Charakter wymierzonych względem wykonawcy Budimex sankcji, tj. naliczenie kar umownych oraz skorzystanie z wykonawstwa zastępczego, wchodzi jednoznacznie w zakres zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Do przeciwnego wniosku nie sposób przy tym dojść po lekturze pisma wykonawcy Budimex z 5 maja 2025 r., ponieważ sformułowane tam wyjaśnienia są lakoniczne, nieoparte żadnym materiałem dowodowym oraz mało szczegółowe. Wątpliwości powinno wzbudzić już samo użycie przez wykonawcę takich sformułowań, że naliczenie kar umownych było konsekwencją „wyłącznie niefrasobliwości Zamawiającego”.

Mając powyższe na uwadze, nie budzi wątpliwości to, że wykonawca Budimex zobowiązany był w świetle podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp poinformować Zamawiającego o komplikacjach zaistniałych w trakcie realizacji zamówienia, czego jednak nie zrobił do momentu wyboru najkorzystniejszej oferty, powodując przez to po stronie Zamawiającego fałszywe przeświadczenie o braku istnienia okoliczności, które mogłyby uzasadniać zastosowanie jednej z podstawy wykluczenia. W przedmiotowym przypadku mamy zatem do czynienia z wprowadzeniem Zamawiającego w błąd w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp.

W odniesieniu do tej podstawy wykluczenia, na gruncie najnowszego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej i Sądu Okręgowego (Sądu Zamówień Publicznych) ukształtowało się stanowisko, zgodnie z którym formularz JEDZ, polegający w gruncie rzeczy na składaniu oświadczeń, służy zachowaniu przejrzystości i transparentności procedur, zgodnie z którymi zamawiający prowadzi postępowanie. Aby zamawiający posiadał pełną wiedzę na temat podmiotowej sytuacji wykonawców składających ofertę, a zatem by mógł prowadzić postępowanie w sposób jak najbardziej transparentny, powinien otrzymać dane o okolicznościach mających wpływ na ocenę podmiotową wykonawcy. Przekazanie danych nie równa się jednak dokonaniu oceny i podjęciu decyzji przez wykonawcę, bowiem to nie wykonawcy kwalifikują konkretny przypadek w zakresie przesłanek wykluczenia. Muszą jedynie wskazać fakt zaistnienia określonego przypadku i opisać okoliczności mu towarzyszące, wykazując tym samym, że nie zasługują na wykluczenie. Ten jednak ostatni element, związany z oceną konkretnego przypadku, należy już do samego Zamawiającego. Izba

jednoznacznie potwierdza stanowisko o konieczności podawania wszystkich informacji w JEDZ w zakresie rozwiązania przed czasem umowy w sprawie zamówienia publicznego (wyrok KIO w sprawie o sygn. akt KIO 499/22). W taki sam sposób Izba oceniła obowiązek podawania przez wykonawców wszystkich informacji dotyczących m.in. nałożenia kar umownych, również w sytuacji, gdy sam wykonawca nie czuje się odpowiedzialny za nałożenie kary umownej (wyrok z dnia 27 listopada 2023 r. w sprawie o sygn. akt KIO 3383/23). Pamiętać bowiem należy, że wykonawca nie może stać się „sędzią” we własnej sprawie i samodzielnie decydować, jakie informacje ma on obowiązek przekazać w JEDZ, a których nie. Tylko i wyłącznie zamawiający może dokonywać oceny okoliczności wskazanych w JEDZ - nie może robić tego wykonawca. Dlatego istnieje obowiązek wskazania wszystkich informacji w JEDZ czy w oświadczeniu o jego aktualności przez wykonawców, które mogą dotyczyć (choćby potencjalnie) przesłanek wykluczenia.

Odwolujący podniósł, że bez znaczenia dla niniejszej sprawy jest aspekt winy w rozwiązaniu umowy i nałożeniu kar umownych, gdyż JEDZ czy oświadczenie o jego aktualności nie odnosi się do konieczności wskazania okoliczności, za które winę ponosi wykonawca – a do wszystkich okoliczności: *Ta rubryka pomija całkowicie element odpowiedzialności/winy po którejkolwiek stronie umowy o zamówienie publiczne. Ten aspekt jest dopiero w kolejnej rubryce JEDZ, która powinna być zostać uzupełniona przez (...), gdyż stanowiła konsekwencję rozwiązania przed czasem umowy z (...). Rubryka ta brzmi następująco: "Jeżeli tak, czy wykonawca przedsięwziął środki w celu samooczyszczenia? () Tak () Nie Jeżeli tak, proszę opisać przedsięwzięte środki:" (...) nie wypełniło tej rubryki gdyż uznało, że nie znajdowało się w sytuacji wyżej wskazanej. Całkowicie bezpodstawnie, powinno było to uczynić* (wyrok Sądu Okręgowego w sprawie o sygn. akt XXIII Ga 928/17).

Ponadto, Sąd Okręgowy w powyższej sprawie stwierdził, że nie było żadnych przeszkód, aby wykonawca celem uniknięcia wykluczenia z postępowania, wykazał szczegółowo zamawiającemu z jakich przyczyn nie podlega on wykluczeniu z postępowania. Niemniej warunkiem takiego działania wykonawcy jest w pierwszej kolejności przekazanie zamawiającemu niezbędnych informacji o okolicznościach mających znaczenie w sprawie.

Odwolujący podkreślił, że obowiązek wskazywania okoliczności mogących choćby potencjalnie wpływać na decyzje podejmowane przez zamawiającego w toku postępowania o zamówienie publiczne ciąży na wykonawcy przez cały okres jego trwania. Wykonawca jest zobowiązany do przedstawiania niezwłocznie informacji mogących wpływać na aktualność złożonych przez niego dokumentów.

Odwolujący zauważył, że wykonawca może podlegać wykluczeniu również w momencie wyboru jego oferty, a nie tylko do czasu złożenia JEDZ i oświadczenia o jego aktualności. Zgodnie z treścią komentarza UZP *Po pierwsze, że wykluczenie może nastąpić na dowolnym etapie postępowania, gdy tylko ujawnią się podstawy wykluczenia. Konieczne jest jedynie, aby postępowanie było wszczęte i niezakończone. Wykonawca może zatem zostać wykluczony z postępowania aż do zawarcia umowy w sprawie zamówienia albo unieważnienia postępowania. Po drugie zaś, że powodem wykluczenia są zarówno okoliczności powstałe przed wszczęciem postępowania, jak i w jego trakcie. Brak podstaw wykluczenia musi zatem zachodzić przez cały czas trwania postępowania, a nie tylko na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.* Przyjęcie odmiennego stanowiska prowadziłoby do sytuacji, w której wykonawcy, wobec których nałożono kary umowne lub skorzystano z wykonawstwa zastępczego przed złożeniem JEDZ lub oświadczenia o jego aktualności byłiby w innej, gorszej sytuacji niż wykonawcy, wobec których zaszły te same okoliczności, lecz po złożeniu JEDZ. Doszłoby do zróżnicowania pozycji wykonawców w postępowaniu i tym samym naruszenia zasady równości wykonawców określonej w art. 16 pkt 1 Pzp. Na wykonawcach spoczywa bowiem obowiązek przekazywania zamawiającemu prawdziwych i rzetelnych informacji, natomiast ostateczna ocena dotycząca ewentualnego wykluczenia z postępowania należy do zamawiającego. Tak też wielokrotnie orzekł Sąd Zamówień Publicznych – Sąd Okręgowy w Warszawie: wyrok z dnia 23 sierpnia 2019 r., sygn. akt XXIII Ga 469/19, wyrok z dnia 28 czerwca 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 66/22, wyrok z dnia 14 czerwca 2023 r., sygn. akt XXIII Zs 28/23, wyrok z dnia 26 września 2023 r., sygn. akt XXIII Zs 12/23.

Zamawiający, nie otrzymując takich informacji przed wyborem najkorzystniejszej oferty, został realnie wprowadzony w błąd, ponieważ bez świadomości komplikacji, jakie miały miejsce w trakcie budowy Szpitala Rydygiera w Toruniu, dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty. Z tym dniem możemy zatem mówić o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd, ponieważ na podstawie fałszywego przeświadczenia podjął decyzję o udzieleniu zamówienia określonego wykonawcy. Bez znaczenia pozostaje przy tym fakt, czy wykonawca Budimex rzeczywiście podlegałby w związku z komplikacjami w budowie Szpitala Rydygiera w Toruniu wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Jak wynika bowiem powszechnie z orzecznictwa, w tym z wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 28 czerwca 2022 r. (sygn. akt XXIII Zs 66/22), stwierdzenie wystąpienia przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp nie jest warunkiem wykluczenia wykonawcy za wprowadzenie w błąd. Oznacza to, że informacje, do podania których zobowiązany jest każdy wykonawca, nie muszą prowadzić do jego wykluczenia, w tym przypadku na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, ale mają pozwolić zamawiającemu na zweryfikowanie, czy aby z taką sytuacją nie mamy do czynienia.

Zatajone przez wykonawcę Budimex informacje mogły i miały wpływ na decyzje Zamawiającego, gdyż oferta

wykonawcy Budimex została wybrana jako najkorzystniejsza, podczas gdy podlega ona odrzuceniu. Brak informacji o nałożeniu kar umownych i skorzystaniu z wykonawstwa zastępczego stanowi przedstawienie informacji wprowadzającej w błąd, gdyż dochodzi do sprzeczności pomiędzy treścią dokumentu (w tym przypadku JEDZ) a rzeczywistością. Wprowadzenie Zamawiającego w błąd powinno być zatem klasyfikowane jako podstawa do wykluczenia wykonawcy Budimex na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp. Nie ma przy tym znaczenia to, że wprowadzenie w błąd nastąpiło na skutek zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa (art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp) czy też w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa (art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp).

W ocenie Odwołującego, wszelkie okoliczności opisane w niniejszym odwołaniu świadczą o zamierzonym działaniu wykonawcy Budimex, który mając pełną wiedzę na temat naliczonych kar umownych i wykonawstwie zastępczym, zwlekał z poinformowaniem o tym Zamawiającego, w tym nie wspominał o tym w oświadczeniu o aktualności informacji zawartych w JEDZ, aż do wyboru najkorzystniejszej oferty, a zatem najpewniej mając nadzieję, że okoliczności te nie zostaną już uwzględnione w ocenie jego sytuacji podmiotowej, a także nie będą brane pod uwagę przy ustaleniu zasadności wykluczenia go z postępowania.

1.3. Zarzut ewentualny - zaniechania unieważnienia decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz przystąpienia do ponownej oceny sytuacji podmiotowej wykonawcy Budimex w związku z okolicznościami naliczenia kar umownych i skorzystania z wykonawstwa zastępczego w ramach budowy Szpitala Rydygiera w Toruniu

Odwołujący podniósł, że w przypadku braku uznania wprowadzenia Zamawiającego w błąd, należy uznać za niezbędne unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty w celu przeprowadzenia badania oferty wykonawcy Budimex pod kątem podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w związku z faktem naliczenia kar umownych oraz skorzystania z wykonawstwa zastępczego w ramach budowy Szpitala Rydygiera w Toruniu.

Wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania. Pismem z dnia 09 czerwca 2025 r. przedstawił swoje stanowisko w sprawie. Przystępujący podkreślił, że przedstawiona przez niego oferta uwzględnia wszystkie wymagania określone w SWZ, wszystkie okoliczności charakterystyczne dla przedmiotu zamówienia, jakie Zamawiający podał i opisał w dokumentach przetargowych wraz z uwzględnieniem warunków rynkowych oraz ryzyka, które Zamawiający podał w dokumentach przetargowych jako ryzyka wykonawcy. Wykonawca potwierdził po dokonaniu szczegółowej analizy przedmiotu zamówienia, że wszystkie niezbędne prace w ofercie zostały skalkulowane z należytą starannością w oparciu przede wszystkim o Opis Przedmiotu Zamówienia, istniejącą dokumentację projektową, odpowiedzi Zamawiającego z etapu postępowania, Wymagania, Instrukcje i Procedury Zamawiającego oraz doświadczenie własne Wykonawcy w zakresie realizacji podobnych inwestycji.

Przystępujący wskazał, że w wezwaniu z dnia 16 kwietnia 2024 r. Zamawiający zapytał o „przewidzenie konieczności pozyskania dodatkowej lub uzupełniającej decyzji DŚU, wynikającej z rozwiązań przyjętych przez Wykonawcę”. W przypadku, jeśli wykonawca przewidział konieczność pozyskania dodatkowej lub uzupełniającej decyzji DŚU wynikającej z przyjętych przez siebie rozwiązań, wówczas Zamawiający wymagał „wskazania, dla jakich zakresów Wykonawca założył powyższe.” W ramach pytania Zamawiającego nie znalazło się w ogóle odniesienie do dokumentacji postępowania, w tym nie znalazło się odniesienie do postanowień PFU. Zamawiający sformułował pytanie jedynie w zakresie przewidzenia pozyskania dodatkowej lub uzupełniającej DŚU, która wynikałaby z rozwiązań przyjętych przez Wykonawcę, a nie wynikającą z wymagań określonych w treści PFU. Przystępujący Budimex udzielił odpowiedzi dokładnie na takie pytanie, zgodnie z treścią wezwania. Wykonawca odnosił się do przypadku, w którym – zgodnie z pytaniem Zamawiającego – dojdzie do przyjęcia przez Wykonawcę rozwiązań wymagających pozyskania dodatkowej lub uzupełniającej DŚU. Wykonawca odpowiedział zatem zgodnie z treścią pytania, wprost odnosząc się do tego, czego oczekiwał Zamawiający zadając tak sformułowane pytanie.

W ocenie Przystępującego, Zamawiający miał jednak najwyraźniej inną intencję odnoszącą się do tej kwestii, bowiem skorygował lub też uzupełnił swoje pytanie kolejnym wezwaniem z dnia 29 maja 2024 r. Zamawiający tym razem nie zadał już tak ogólnego pytania, jak za pierwszym razem, ale doprecyzował jego brzmienie. Zamawiający odniósł się wprost do treści DŚU i do części dotyczącej charakterystyki przedsięwzięcia – budowy MOP, Zamawiający poprosił wprost o odniesienie się do wyceny uzyskania nowej decyzji DŚU w zakresie zagospodarowania terenów MOP opisanych w konkretnych postanowieniach PFU.

Na tak sformułowane, konkretne pytanie, Przystępujący odpowiedział w sposób równie konkretny, tj. wyjaśnił i potwierdził, że w swojej ofercie wycenił uzyskanie nowej decyzji DŚU w zakresie zagospodarowania terenów MOP opisanego w PFU 1.1.3.11 i 2.1.17.2.2. (które przecież nie wynika z przyjętych przez Wykonawcę rozwiązań, ale wynika wprost z wymagań Zamawiającego określonych w dokumentacji postępowania). Przystępujący odpowiedział zatem konkretnie i wprost na konkretne i wprost zadane pytanie.

Przystępujący wskazał, że w jego wyjaśnieniach nie ma sprzeczności, tylko są one ze sobą komplementarne, czego Odwołujący zdaje się nie dostrzegać. Przystępujący udzielił bowiem wyczerpujących odpowiedzi na wszystkie

wątpliwości Zamawiającego, wyjaśniając i uzasadniając wszystkie elementy, o które pytał Zamawiający. Nie zachodzi w tym przypadku żadna sprzeczność z żadnym postanowieniem PFU ani innym dokumentem stanowiącym część dokumentacji postępowania, a tym bardziej sprzeczność uzasadniająca konieczność odrzucenia oferty Przystępującego z postępowania.

W związku z powyższym, należy stwierdzić, że w działaniu zarówno Zamawiającego, jak i Przystępującego nie znajdował się żaden element niedozwolonych negocjacji treści oferty oraz dokonywania jej zmian po terminie składania ofert w rozumieniu art. 223 ust. 1 zd. 2 Pzp. Aby można było mówić o zaistnieniu niedopuszczalnych na gruncie ustawy Pzp negocjacji po upływie terminu na składanie ofert, Odwołujący musiałby wykazać, że doszło do istotnej ewolucji w stanowisku wykonawcy, która miałaby wpływ na składane w postępowaniu oświadczenia. W niniejszym przypadku, oba pytania zadane w ramach dwóch wezwań skierowanych przez Zamawiającego do Przystępującego odnosiły się do zagadnienia konieczności pozyskania dodatkowej lub uzupełniającej decyzji DŚU, ale w ramach zupełnie różnych okoliczności faktycznych. W przypadku pierwszego wezwania chodziło bowiem o konieczność pozyskania DŚU wynikającej z rozwiązań przyjętych przez Wykonawcę, podczas gdy w przypadku drugiego wezwania Zamawiający dopytywał o konieczność pozyskania dodatkowej lub uzupełniającej DŚU w przypadkach, o których mowa w postanowieniach PFU. Przystępujący Budimex odpowiedział na każde z tych pytań zgodnie z prawdą, z własnymi założeniami przyjętymi do wyceny oferty, a przede wszystkim w zgodzie z dokumentacją niniejszego postępowania. Efektem prawidłowo złożonej oferty zgodnej z dokumentacją postępowania był wybór oferty Przystępującego Budimex jako oferty najkorzystniejszej.

W odniesieniu do oferty złożonej przez Przystępującego Budimex nie zaistniały zatem przesłanki do jej odrzucenia na żadnej podstawie, w tym również na podstawie z art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 zd. 2 Pzp.

Ad 2) Zgłoszenie dodatkowego przypadku dotyczącego naliczenia kar umownych i skorzystania z wykonawstwa zastępczego w odniesieniu do budowy Szpitala Rydygiera w Toruniu

Przystępujący wskazał, że niezwłocznie, w momencie, w którym wystąpiła okoliczność uzasadniająca takie działanie, poinformował nie tylko Zamawiającego, ale wszystkich zamawiających w czyich postępowaniach składał oferty, o zaistnieniu nowego przypadku kwalifikującego się do zgłoszenia. Przystępujący wyjaśnił, że w dniach 13 maja 2024 r. oraz 23 lipca 2024 r. zamawiający tj. Kujawsko-Pomorskie Inwestycje Medyczne sp. z o.o. naliczył Budimex kary umowne o wartości nie przekraczającej wysokości 1% wartości przedmiotu zamówienia, co jest aktualnie powszechnie uznawane jako wysokość „bagatelna”, nie uzasadniająca konieczności zgłoszenia zamawiającym w ramach składanego formularza JEDZ, czy jego aktualizacji. Wartość przedmiotu zamówienia dotycząca Szpitala Rydygiera w Toruniu to 425.012.539,83 zł. W dniu 13 maja 2024 r. zamawiający naliczył Budimex karę umowną w wysokości 1.783.285,07 zł z tytułu zwłoki w usunięciu drobnych zaległych prac i wad. W dniu 23 lipca 2024 r. zamawiający naliczył Budimex karę umowną w wysokości 1.737.947,04 zł z tytułu zwłoki wykonawcy w usunięciu usterek w pomieszczeniu kompresorów na dachu budynku. Obie kary łącznie opiewają na kwotę 3.521.232,11 zł, co stanowi 0,83% wartości przedmiotu zamówienia. Próg 1% wartości przedmiotu zamówienia w odniesieniu do naliczonych kar umownych został przekroczony dopiero w dniu 16 kwietnia 2025 r., a Przystępujący Budimex podjął niezwłocznie działania celem złożenia kompleksowych wyjaśnień tego przypadku w jak najszybszym możliwym terminie, a więc wraz z kolejną aktualizacją swojego formularza JEDZ i załączników do niego. Nastąpiło to konkretnie w dniu 5 maja 2025 r.

Przystępujący nie bagatelizuje ani wartości, ani przedmiotowego wymiaru naliczonych kar, jednakże w swoim działaniu kieruje się wytycznymi Krajowej Izby Odwoławczej, która dotychczas siedmiokrotnie potwierdziła prawidłowość działania Budimex w zakresie przesłanek wykluczenia i sposobu składania oświadczeń dotyczących podlegania wykluczeniu. Za każdym razem wynik tej weryfikacji był pozytywny. Przystępujący przekazał spis postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wraz z sygnaturami spraw toczących się przed Krajową Izbą Odwoławczą, w których wszelkie zarzuty odnoszące się do przesłanek wykluczenia były jednomyślnie oddalane i podkreślił, że wszystkie powyższe orzeczenia są prawomocne i mogą stanowić punkt odniesienia do oceny stanu faktycznego i prawnego niniejszej sprawy.

Przystępujący podkreślił, że w niniejszym przypadku nie doszło do zmiany treści formularza JEDZ. Przystępujący Budimex zarówno w treści pierwotnie złożonego dokumentu, jak i w ramach aktualizacji z dnia 18 kwietnia 2025 r. w dalszym ciągu oświadczał, że znajdował się w sytuacji, w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową. W przytoczonych przez Przystępującego sprawach Krajowa Izba Odwoławcza nakazywała cofnięcie się o jeden krok wstecz przed wybór oferty najkorzystniejszej z jednego kluczowego powodu – mianowicie, tylko w sytuacji, w której zmieniała się istotnie treść oświadczenia wykonawcy Budimex czy konsorcjanta wykonawcy Budimex, tj. Gulermak. Zarówno w przypadku inwestycji w Katowicach jak i w Limanowej, do zmiany tych oświadczeń doszło po wyborze oferty najkorzystniejszej, co uzasadniało unieważnienie decyzji o wyborze i powrót do badania i oceny ofert.

W niniejszym postępowaniu sytuacja jest odmienna. Wykonawca Budimex zaktualizował swoje wyjaśnienia o jeden dodatkowy przypadek kary, tłumacząc jednocześnie, że wobec niego nie zaistniały przesłanki wykluczenia wynikające z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, natomiast dodatkowe informacje przekazuje jedynie z ostrożności i w celu zachowania pełnej transparentności swoich działań. Treść oświadczenia składanego w ramach JEDZ nie uległa jednak zmianie. Prawdopodobność takiego działania jest wprost podyktowana orzeczeniami Izby w sprawach wydawanych w odniesieniu do sytuacji podmiotowej wykonawcy Budimex.

Wykonawca Budimex wskazał, że informację o nowym zaistniałym przypadku naliczenia kar umownych i wykonawstwa zastępczego (przypadku Szpitala Rydygiera w Toruniu) przekazał Zamawiającemu w dniu 5 maja 2025 r., a zatem niezwłocznie po otrzymaniu informacji o wysokości i tytule naliczonych kar, a także po dokonaniu niezbędnej analizy przekazanych przez zamawiającego, tj. Kujawsko-Pomorskie Inwestycje Medyczne sp. z o.o. dokumentów. Pomiędzy otrzymaniem noty księgowej opiewającej na końcową kwotę – dnia 16 kwietnia 2025 r., a dniem zgłoszenia tego przypadku Zamawiającemu upłynęło zatem 19 dni, przy czym okres ten obejmował zarówno Święta Wielkanocne, jak i tzw. „długi weekend majowy”. W tym czasie dni roboczych było zaledwie 9. Przystępujący Budimex wykorzystał ten czas na weryfikację dokumentacji związanej z notami księgowymi, a także na przygotowanie odpowiednich wyjaśnień. Jednocześnie Przystępujący wyjaśnił, że wcześniej naliczone na tym kontrakcie kary umowne z dnia 13 maja 2024 r. oraz z dnia 23 lipca 2024 r. stanowiły łącznie 0,83% wartości przedmiotu zamówienia, a zatem stanowiły wartość tzw. „bagatelną”. Dopiero w dniu 16 kwietnia 2025 r., po otrzymaniu kolejnych not księgowych, wartość naliczonych kar uzasadniała szczegółowe zgłoszenie tego przypadku w ramach tzw. „Pisma z wyjaśnieniami” wykonawcy Budimex. Przystępujący przekleja tzw. „print screeny” z otrzymanych not księgowych. Wszystkie wartości wynikające z otrzymanych not księgowych w roku 2024 oraz 2025 stanowią łącznie 8,73 % całkowitej wartości przedmiotu zamówienia – o czym Przystępujący również poinformował Zamawiającego w ramach zaktualizowanego pisma z wyjaśnieniami.

Przystępujący przekazał Zamawiającemu odpowiednie wyjaśnienie dotyczące przypadku Szpitala Rydygiera w Toruniu w pierwszym możliwym momencie, w chwili, kiedy obiektywnie mógł to zrobić w ramach całej swojej organizacji. Spółka składa oferty w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego niemal codziennie. W związku z taką intensywnością procesów ofertacji, należało przede wszystkim mieć pewność, że Budimex jak najlepiej przygotował się do złożenia wyjaśnień. W drugiej kolejności należało zadbać, aby we wszystkich postępowaniach, w których wykonawca złożył już oferty, oraz w tych, w których dopiero zamierzał złożyć oferty, zamawiający otrzymali lub otrzymają takie same informacje. Choćby już z tego punktu widzenia operacja, jaką Spółka wdrożyła, była przedsięwzięciem stanowiącym duże wyzwanie logistyczne. Przystępujący cyklicznie dokonuje aktualizacji załączników do składanego przez siebie formularza JEDZ, tj. w każdym przypadku, w którym dochodzi do wystąpienia okoliczności wymagających notyfikacji zamawiającym. Za każdym razem musi liczyć się z tym, że wykonawcy konkurencyjni będą starali się ten wyraz rzetelności, transparentności i profesjonalizmu Spółki wykorzystać na swoją korzyść. Na to Budimex nie ma wpływu, ale też świadomość takiego działania konkurencji nie oddziałuje na przeświadczenie Spółki o konieczności dopełnienia obowiązków informacyjnych względem zamawiających. Takie obowiązki nakładają na Budimex, ale i na wszystkich wykonawców uczestniczących w procedurach przetargowych, przepisy ustawy Pzp i aktualne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (w tym w szczególności wyrok Izby o sygn. akt KIO 449/23, wydany w sprawie Budimex) i sądów.

Przystępujący wskazał, że w tym samym dniu (5 maja 2025 r.) poinformował wszystkich innych zamawiających o zaistniałym przypadku Szpitala Rydygiera w Toruniu. Nadmieniał, że zgodnie z Poleceniem Członka Zarządu, Dyrektora Pionu Prawno-Organizacyjnego Budimex S.A. z dnia 17 maja 2023 r. w sprawie zasad periodicznej weryfikacji „Centralnego Rejestru Zdarzeń” i terminów wprowadzania nowych zidentyfikowanych przypadków do Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia składanego wraz z ofertami lub wnioskami w postępowaniach o zamówienia publiczne, ustalono konieczność aktualizowania oświadczeń składanych wraz z dokumentem JEDZ w terminie miesięcznym, który został w ramach Spółki określony, jako termin umożliwiający dokładne zapoznanie się z okolicznościami sprawy, a także stanem faktycznym i prawnym, oraz umożliwiający podjęcie określonych środków. Dotrzymanie wskazanego miesięcznego terminu miało w sposób oczywisty miejsce w tym przypadku.

Przystępujący wskazał, że w niniejszym postępowaniu aktualizował dokumenty stanowiące załączniki do formularza JEDZ sześciokrotnie, w poniższych datach: 3 lipca 2024 r., 2 września 2024 r., 5 listopada 2024 r., 4 grudnia 2024 r., 31 stycznia 2025 r., 5 maja 2025 r. Celem przyświecającym wykonawcy jest pełna transparentność podejmowanych działań i umożliwienie zamawiającym samodzielne zweryfikowanie zaistniałych okoliczności, co również w tym przypadku miało miejsce.

Zdaniem Przystępującego, w tych okolicznościach faktycznych i prawnych trudno uznać, by niezwłoczne zgłoszenie nowego zaistniałego w ramach sytuacji podmiotowej Budimex przypadku naliczenia kar umownych, które dodatkowo nie zmienia treści złożonego w ramach JEDZ oświadczenia, stanowiło o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd. Jest wręcz przeciwnie. Dowiedziawszy się o wystąpieniu przypadku uzasadniającego dokonanie powiadomienia

Zamawiającego, wykonawca Budimex podjął niezwłocznie niezbędne kroki, aby jak najszybciej przekazać niezbędne do oceny informacje.

W dniu 05 czerwca 2025 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Zarzut nr 1 – naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 Pzp zd.2 w zw. z art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp,

Zamawiający nie zgodził się z przedstawionymi zarzutami. Wskazał, że przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp odnosi się przede wszystkim do treści oferty. „Treść oferty” to zobowiązanie wykonawcy do spełnienia wymagań zamawiającego, zawarte w formularzu ofertowym i towarzyszących mu dokumentach. Obejmuje to między innymi cenę, termin realizacji, zakres świadczenia i inne istotne elementy związane z realizacją zamówienia. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na złożeniu w postępowaniu oferty nieodpowiadającej wymaganiom zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji i innych warunków zamówienia określonych m.in. w art. 91–98 Pzp.

W orzecznictwie przez pojęcie treści oferty należy rozumieć deklarowane w ofercie spełnienie wymagań zamawiającego przede wszystkim co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia publicznego zamówienia. Zgodnie z wyrokiem KIO z 29.02.2024 r. sygn. 472/24 odrzucenie oferty z powodu jej niezgodności z warunkami zamówienia może mieć miejsce tylko i wyłącznie w razie jednoznacznego i niewątpliwego stwierdzenia takiej niezgodności. Przy czym niezgodność taka zachodzi, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w dokumentach zamówienia wymaganiom, które są jasne i precyzyjne. W przypadku wątpliwości zamawiający działając na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń.

Zamawiający wyjaśnił, że na etapie procedury przetargowej Zamawiający, w ramach art. 223 ust. 1 Pzp zadał Wykonawcom 2 pytania:

Pytanie nr 10 „Czy Wykonawca w swojej ofercie przewidział konieczność pozyskania dodatkowej lub uzupełniającej decyzji DŚU wynikającej z rozwiązań przyjętych przez Wykonawcę. Jeśli tak prosimy o wskazanie dla jakich zakresów Wykonawca założył powyższe.”

Pytanie to dotyczyło uzyskania informacji od oferentów w zakresie pozyskania dodatkowych lub uzupełniających decyzji wynikających z rozwiązań projektowych – a więc decyzji, które zakresem wykraczałyby poza zakres przewidziany decyzją środowiskową; celem Zamawiającego było m.in. uzyskanie odpowiedzi na pytania: jakie rozwiązanie projektowe przyjęli Wykonawcy czy odpowiadają przyjętej przez Zamawiającego koncepcji programowej, na którą uzyskano decyzję DŚU czy wykonawcy zamierzają wprowadzić rozwiązania indywidualne, które będą wykraczały poza określone decyzją DŚU linie rozgraniczające, a co za tym idzie uzyskanie nowej decyzji środowiskowej.

Wykonawcy (Budimex oraz Odwołujący – Mostostal S.A.) w toku trwania postępowania przetargowego odpowiedzieli, że nie przewidują pozyskania dodatkowej lub uzupełniającej decyzji które mogłyby skutkować zmianą decyzji do własnych rozwiązań projektowych oraz – w związku z udzieleniem odpowiedzi negatywnej - nie wskazali dla jakich zakresów.

Zamawiający wskazał, że warunki kontraktu przewidywały - pkt 1.2 PFU *Zmiana lub uzyskanie dodatkowej decyzji środowiskowej możliwe jest tylko i wyłącznie wtedy, gdy nie ma możliwości technicznych realizacji przedmiotu umowy w ramach granic określonych w DŚU. Powyższe wymaga potwierdzenia przez Inżyniera Kontraktu i akceptacji przez Zamawiającego. Jeżeli w wyniku przyjętych rozwiązań zajdzie konieczność wyjścia poza granice określone w DŚU należy uzyskać zmiany tej decyzji w koniecznym zakresie lub uzyskać dodatkowe decyzje środowiskowe.*

Zarówno Budimex jak i Odwołujący poinformowali Zamawiającego, iż na ten kontrakt została już uzyskana decyzja środowiskowa (dalej DUŚ) i zamierzają wykonywać zadanie na jej podstawie.

Pytanie nr 26 „Czy Wykonawca uwzględnił w Ofercie wszelkie wymagania środowiskowe wynikające z zapisów decyzji środowiskowej oraz zapisów PFU i pozostałych dokumentów odniesienia?”

Powyższe pytanie w zamiarze Zamawiającego miało na celu sprawdzenie, czy wykonawca w swojej ofercie uwzględnił wszystkie wymagania środowiskowe, które wynikały z wymienionych w pytaniu dokumentów.

W odpowiedziach wykonawcy Budimex oraz Odwołujący potwierdzili, że wszystkie wymagania narzucone przez RDOŚ, PFU uwzględnili.

Zamawiający wskazał, iż decyzja Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska (RDOŚ) z dnia 16.11.2021 r., znak: WOŚ.420.47.2020.AMA.28 z dnia 16 listopada 2021 r. została wydana na teren inwestycji łącznie z terenem MOP, ale tylko i wyłącznie na prace ziemne i przygotowanie korpusu i przyłączy (nie obejmuje zagospodarowania MOP). Jednocześnie PFU w pkt. 1.1.3.11. oraz pkt. 2.1.17.2.2. jasno wskazuje, co obejmuje zagospodarowanie MOP, jakie elementy należy zaprojektować i wybudować.

Z zapisów decyzji RDOŚ:

- strona 39 - Następnie w ok. km 85+620 na wariantie WPR3, przewiduje się przygotowanie terenu pod budowę MOP „Kietlin”;
- strona 47 - Zakłada się, że Miejsca Obsługi Podróżnych również zostaną wyposażone w urządzenia odwadniające i podczyszczające. Zgodnie z uzupełnieniem raportu oos przedłożonym pismem z dnia 16 kwietnia 2021 r. na odpływie wód opadowych z MOP "Kietlin" zastosowany zostanie separator substancji ropopochodnych. Dokładne parametry urządzeń oraz ich lokalizacja zostaną określone na etapie zagospodarowania tych obiektów, gdyż przedmiotowa inwestycja obejmuje jedynie przygotowanie terenu pod ww. obiekty;
- strona 68 - Ponadto odnosząc się do uwag Pana Marka Gendaja dotyczących lokalizacji MOP „Kietlin” oraz jego wpływu na obszar Natura 2000 i zaproponowanie usytuowania w tym miejscu np. wału ziemnego i wprowadzenie nasadzeń, należy podkreślić, iż w wariantie planowanym do realizacji WPR1 MOP „Kietlin” zlokalizowany jest poza granicami obszaru Natura 2000 Wzgórza Niemczańskie PLH020082 i znajduje się w odległości około 500 m od niego. Ponadto zakres planowanych prac przy budowie ww. obiektu (MOP kategorii I) wiąże się jedynie z wykonaniem prac ziemnych poprzez przygotowanie korpusu ziemnego, odwodnienia, budowę stanowisk postojowych, jezdni manewrowych, urządzeń wypoczynkowych oraz sanitarnych. Odrębne opracowanie będzie obejmowało zaprojektowanie tych MOP-ów. Zatem planowane przedsięwzięcie nie powinno znacząco negatywnie oddziaływać na ww. obszar Natura 2000. Należy przy tym również wskazać, gdyż w ramach realizacji budowy drogi S8 planowane są nowe nasadzenia drzew i krzewów, w tym również w obrębie MOP-ów, co wskazane jest w niniejszej decyzji;
- strona 73 - charakterystyka przedsięwzięcia [...] budowa Miejsc Obsługi Podróżnych (MOP) poprzez m.in. przygotowanie korpusu ziemnego i przyłączy (bez projektu zagospodarowania).

Pkt. 1.1.3.11 PFU Miejsca Obsługi Podróżnych (MOP) Tabela nr 1.5. Identyfikacja MOP

Roboty ziemne, odwodnienie oraz zasilanie w media (w tym przyłącza), należy zaprojektować i wykonać zgodnie z przewidzianymi usługami komercyjnymi na MOP. W zagospodarowaniu MOP z przewidzianymi usługami komercyjnymi należy uwzględnić miejsce na obsługę komunikacyjną zapewniającą możliwość powrotu do pierwszego elementu wyposażenia MOP, np. stacja paliw, stanowisko do ważenia (ze stanowiskiem postojowym i zasilaniem dla służb WITD oraz bezpiecznym skomunikowaniem ruchu kontrolera z początkiem wjazdu na MOP). Pozostałe elementy MOP należy wykonać jak dla MOP o funkcjach podstawowych. Zagospodarowanie MOP obejmuje:

- 1) budynek sanitariatu, zgodnie z załączonym typowym projektem architektonicznobudowlanym, w zakresie architektury, powierzchni użytkowej i rozkładu pomieszczeń,
 - 2) niezbędne sieci uzbrojenia
 - 3) miejsca kontroli i ważenia pojazdów,
 - 4) zbiornik przeciwpożarowy (ppoż.),
 - 5) elementy małej architektury i inne wyposażenie,
 - 6) teren pod budowę ogólnodostępnej stacji ładowania pojazdów elektrycznych,
 - 7) stanowiska postojowe wraz z drogami manewrowymi i oświetleniem terenu
- w ilości:

- a) dla samochodów osobowych - min. 80 stanowisk, w tym 2 stanowiska postojowe zapewniające dostęp do 2 punktów ładowania,
- b) dla samochodów ciężarowych - min. 40 stanowisk, w tym 5 stanowisk dla pojazdów ciężarowych zasilanych energią elektryczną
- c) dla autokarów - min. 3 stanowisk,
- d) dla samochodów osób posiadających kartę parkingową, o której mowa w art. 8 ustawy Prawo o ruchu drogowym [69], w ilości wynikającej z Ustawy o drogach publicznych [2].

Zmianą nr 5 Zamawiający dokonał zmiany zapisów w treści PFU

Istniejący zapis:

1.1.3.11. Miejsca Obsługi Podróżnych (MOP)

- 7) stanowiska postojowe wraz z drogami manewrowymi i oświetleniem terenu

w ilości:

- a) dla samochodów osobowych - min. 80 stanowisk, w tym 2 stanowiska postojowe zapewniające dostęp do 2 punktów ładowania,

Otrzymuje brzmienie:

1.1.3.11. Miejsca Obsługi Podróżnych (MOP)

- 7) stanowiska postojowe wraz z drogami manewrowymi i oświetleniem terenu w ilości:

- a) dla samochodów osobowych - min. 80 stanowisk, w tym 4 stanowiska postojowe zapewniające dostęp do 4 punktów ładowania,

Pkt. 2.1.17.2.2. Miejsce Obsługi Podróżnych (MOP)

Należy przyjąć zasadę podziału terenu działki pod MOP na następujące strefy:

- 1) strefa parkingowo-techniczna położona w pasie najbliższej drogi ekspresowej;
- 2) strefa wypoczynku położona w głębi działki.

Podłączenie miejsc obsługi podróżnych do drogi ekspresowej należy wykonać za pomocą oświetlonych pasów włączania i wyłączania. Na terenie MOP należy przyjąć zasadę jednokierunkowej organizacji ruchu, za wyjątkiem odcinka łączącego MOP z drogą innej kategorii lub jezdnią dodatkową obsługującą przyległy teren. Należy zapewnić, aby układ jezdni obsługujących teren MOP, na którym została przewidziana budowa stacji paliw był tak zaprojektowany, aby była możliwość powrotu dla każdego typu pojazdów do miejsca, w którym będzie zlokalizowana stacja paliw. W przypadku, gdy na MOP przewidziano miejsca do kontroli pojazdów ciężarowych, teren należy zaprojektować w taki sposób, aby służby miały możliwość przekierowania pojazdu zaparkowanego na miejscu parkingowym na wyznaczone miejsce do przeprowadzenia kontroli. Stanowiska postojowe dla pojazdów ciężarowych zlokalizowane w pierwszej ukośnej linii postojowej należy projektować tak, aby kabiny pojazdów usytuowane były tyłem do jezdni głównej drogi ekspresowej.

Oprócz opisanych parkingów i obiektów kubaturowych, dla każdego MOP należy zapewnić, w tym zaprojektować i wybudować:

- 1) zadaszone miejsca piknikowe wraz z elementami służącymi do wypoczynku (np. ławki, stoły) w liczbie 6 niezależnych wiat piknikowych, każda dla min. 4 osób. Zadaszenie miejsc piknikowych powinno zapewniać ochronę przed warunkami atmosferycznymi (ochrona przed słońcem oraz przed zacinającym deszczem). Słupy nośne zadaszenia powinny być ceglane, natomiast elementy nośne konstrukcji ławek betonowe, ceglane lub żelazne. Siedziska ławek powinny być drewniane;
- 2) miejsce zabaw dla dzieci w postaci ogrodzonego placu zabaw zawierającego co najmniej 4 niezależne urządzenia do zabawy oraz bezpieczną nawierzchnię z tworzywa sztucznego. Urządzenia i nawierzchnia powinny spełniać wymogi norm PN-EN 1176 oraz PN-EN 1177. Na terenie ogrodzonym należy dodatkowo umieścić dwie niezależne ławki dla opiekunów oraz regulamin korzystania z placu zabaw;
- 3) punkty czerpania wody pitnej;
- 4) miejsce na kontenery na odpady;
- 5) abonencką stację transformatorową SN/nN oraz abonencką linię elektroenergetyczną SN, jeśli taka konieczność wynikać będzie z technicznych warunków przyłączenia do sieci elektroenergetycznej określonych przez Gestora sieci.

MOP - zagospodarowanie terenu w funkcje podstawowe

Należy na każdym MOP zaprojektować i wykonać:

- 1) jezdnie manewrowe o nawierzchni podatnej i miejsca postojowe o nawierzchni sztywnej, chodniki o nawierzchni z kostki betonowej brukowej oraz granitowe krawężniki, w tym:
 - a) stanowiska postojowe dla samochodów osobowych;
 - b) stanowiska postojowe dla samochodów ciężarowych;
 - c) stanowiska postojowe dla autokarów;
 - d) stanowiska postojowe dla samochodów z ładunkiem niebezpiecznym (dla ochrony stanowisk pojazdów z materiałami niebezpiecznymi przed wyladowaniami atmosferycznymi na terenie MOP należy zamontować urządzenia ochrony odgromowej, zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami);
 - e) 1 stanowisko dla służb pełniących obowiązki kontrolne, tj. wydzielone 1 stanowisko do kontroli i ważenia pojazdów ciężarowych zlokalizowane przy wlocie na teren MOP; należy zapewnić możliwość poruszania się, postoju oraz możliwość kontroli pojazdów nienormatywnych (rozwiązanie należy uzgodnić z Zamawiającym)
 - f) miejsca pod budowę stacji ładowania elektrycznych pojazdów osobowych o mocy nie mniejszej niż 200 kW z minimum 2 punktami ładowania, z czego jeden punkt o mocy nie mniejszej niż 150 kW wraz z miejscami postojowymi przynależnymi dla każdego punktu ładowania.
 - g) miejsce pod budowę ogólnodostępnej stacji ładowania elektrycznych pojazdów osobowych o mocy nie mniejszej niż 600 kW:
 - (dla sieci bazowej TEN-T) z minimum 2 punktami ładowania o mocy nie mniejszej niż 150 kW wraz z miejscami postojowymi przynależnymi dla każdego punktu ładowania,
 - (dla sieci kompleksowej TEN-T) z minimum 1 punktem ładowania o mocy nie mniejszej niż 150 kW wraz z miejscami postojowymi przynależnymi dla każdego punktu ładowania;
 - h) miejsce pod budowę ogólnodostępnej stacji ładowania elektrycznych pojazdów ciężarowych o mocy nie mniejszej niż:
 - (dla sieci bazowej TEN-T) 3500 kW z minimum 2 punktami ładowania o mocy co najmniej 350 kW, (dotyczy wybranych lokalizacji) wraz z miejscami postojowymi przynależnymi dla każdego punktu ładowania,
 - (dla sieci kompleksowej TEN-T) 1400 kW z minimum 1 punktem ładowania o mocy co najmniej 350 kW (dotyczy wybranych lokalizacji) wraz z miejscami postojowymi przynależnymi dla każdego punktu ładowania;

Ponadto dla każdego MOP należy zaprojektować:

- linię kablową niskiego napięcia od złącza kablowo-pomiarowego budowanego przez Gestora sieci lub od rozdzielnic abonenckiej stacji transformatorowej SN/nN zgodnie z warunkami przyłączenia do sieci elektroenergetycznej, dla potrzeb zasilania w energię elektryczną ogólnodostępnej stacji ładowania pojazdów elektrycznych. Linię kablową niskiego napięcia należy doprowadzić do miejsca przeznaczonego pod budowę ww. stacji ładowania, którą należy zakończyć złączem kablowym o parametrach umożliwiającym przyłączenie doziemną linią kablową stacji ładowania;

- abonencką linię elektroenergetyczną SN wraz ze stacją transformatorową SN/nN, jeśli taka konieczność wynikać będzie z technicznych warunków przyłączenia do sieci elektroenergetycznej określonych przez Gestora sieci.

Zasilanie ogólnodostępnej stacji ładowania pojazdów elektrycznych o mocy nie mniejszej niż 600 kW dla elektrycznych pojazdów osobowych oraz nie mniejszą niż 3500 kW (dla sieci bazowej TEN-T) /1400 kW (dla sieci kompleksowej TEN-T) musi wynikać z oddzielnych warunków przyłączenia do sieci elektroenergetycznej.

Należy przyjąć parametry:

- prędkość do projektowania V_{dp} : 30 km/h;
- kategoria ruchu jezdni manewrowych: KR 4, w poniższej konstrukcji:
- Warstwa ścieralna z mieszanki mineralno-asfaltowej z zastosowaniem PMB 45/80-65, grubość 4 cm,
- Warstwa wiążąca z betonu asfaltowego, grubość 6 cm,
- Warstwa podbudowy zasadniczej z betonu asfaltowego, grubość 10 cm,
- Warstwa podbudowy zasadniczej z mieszanki niezwiązanej z kruszywem C90/3, grubość 20 cm oraz dolne warstwy konstrukcyjne zgodne z Tab. 8.3 KTKNPiP.
- kategoria ruchu dla miejsc postojowych KR 5, konstrukcja nawierzchni sztywna, wykonana zgodnie z Tab. 9.4 KTKNS dla górnych warstw konstrukcji nawierzchni oraz zgodnie z Tab. 8.2 KTKNS dla dolnych warstw konstrukcyjnych;
- szerokość jezdni manewrowej: 4m – 7.5 m (uzależnione od strefy ruchu, przeznaczenia, usytuowania stanowiska postojowego w stosunku do krawędzi jezdni, promienia łuku);
- szerokość chodników: min. 2,0m;
- szerokość pobocza ziemnego: 1m – 2m;
- spadek poprzeczny jezdni manewrowych 2 % (z wyłączeniem łuków i prostych przejściowych);
- spadek poprzeczny chodników 1-3 %.

2) wolnostojący budynek toalety zaprojektowany według załączonego "projektu typowego obiektu budowlanego toalety wolnostojącej na obszarze MOP", stanowiącym załącznik nr 28 do PFU. W budynkach należy zaprojektować i wykonać oświetlenie wyłącznie z wykorzystaniem opraw oświetleniowych wykonanych w technologii LED z czujnikami ruchu.

Ponadto należy zaprojektować i wykonać armaturę bezdotykową (np. pisuary, baterie);

3) elementy małej architektury;

4) hydranty dla potrzeb Straży Pożarnej;

5) zbiornik ppoż.;

6) oczyszczalnię ścieków socjalno-bytowych, dostosowaną do zrzutów ścieków

7) 2 stanowiska dla zrzutu ścieków z autokarów, z 5% pochyleniem płyty zlewnej w kierunku kratki ściekowej;

8) 3 zestawy śmietników pozwalających na segregację odpadów, rozmieszczone w każdej ze stref oraz przy toalecie;

9) kolumnę alarmową na MOP (dla autostrady);

10) telewizję przemysłową;

11) instalację elektryczną odbiorczą na całym obszarze MOP oraz przyłączy, jeśli taka konieczność wynikać będzie z technicznych warunków przyłączenia do sieci elektroenergetycznej określonych przez Gestora sieci lub uwarunkowań technicznoterminowych;

12) oświetlenie terenu MOP w oparciu o wszystkie wymagania normy PN-EN 12464-2:2014-05 w zakresie terenu stanowiącego miejsca pracy na zewnątrz oraz dla dróg komunikacyjnych, a także pozostałego terenu w obszarze MOP jako spełniające wszystkie wymagania określone w zeszytach normy: PKN CEN/TR 13201-1:2016-02; PN-EN 13201-2:2016-03; PN-EN 13201-3:2016-03; PN-EN 13201-4:2016-03 i PNEN 13201-5:2016-03. Dla każdej projektowanej do wykonania oraz przebudowy, modernizacji, itp. instalacji oświetleniowej Zamawiającego, należy wyznaczyć wskaźniki energetyczne tj. minimum wskaźnik gęstości mocy (D_p) oraz wskaźnik rocznego zużycia energii (DE) w odniesieniu do poszczególnych lat eksploatacji w cyklu życia instalacji oświetleniowej. W sytuacji zastosowania rozwiązań materiałowych i technicznych zapewniających utrzymanie stałej wielkości strumienia świetlnego emitowanego na zewnątrz drogowych opraw oświetleniowych w czasie użytkowania, lecz zarazem zwiększających prądysterowania, a tym samym moc opraw i zużycie energii elektrycznej, należy każdorazowo jednoznacznie wskazać i odzwierciedlić ten fakt w obliczeniach wskazanych powyżej wskaźników energetycznych. Ponadto należy wyznaczyć i odzwierciedlić skuteczność świetlną dla każdego rodzaju, typu, itp. zastosowanych opraw w odniesieniu dla poszczególnych lat eksploatacji w cyklu życia instalacji oświetleniowej. Obliczenia będą stanowiły załącznik do dokumentacji projektowej - projektu technicznego oraz

wykonawczego. Ze względu na ograniczenia w prędkości poruszania się pojazdów na terenie MOP, nieznaczny ruch pieszych w porze od zmierzchu do świtu oraz wymóg oświetlenia całego terenu MOP, nie należy stosować dodatkowego dedykowanego oświetlenia przejść dla pieszych zlokalizowanych w obrębie MOP. Przyjąć należy, że energia elektryczna nie będzie wykorzystywana do ogrzewania pomieszczeń za wyjątkiem sanitariatu na MOP.

Jezdnie manewrowe i miejsca postojowe należy zaprojektować i wykonać wraz z włączeniem do projektowanego systemu odprowadzenia wód deszczowych, z autokarów; Wykonanie elektrycznych instalacji odbiorczych nie obejmuje instalacji zasilających w energię elektryczną ogólnodostępnych stacji ładowania pojazdów elektrycznych oraz ogólnodostępnych stacji ładowania pojazdów elektrycznych o dużych mocach dla pojazdów osobowych, a także dla pojazdów ciężarowych. Jednocześnie cała kompletna dokumentacja projektowa dla instalacji zasilających w energię elektryczną ogólnodostępne stacje ładowania pojazdów elektrycznych oraz ogólnodostępne stacje ładowania pojazdów elektrycznych o dużych mocach dla pojazdów osobowych, a także dla pojazdów ciężarowych, musi stanowić oddzielne opracowanie.

MOP z usługami komercyjnymi

W ramach inwestycji należy wykonać zagospodarowanie MOP-u zgodnie z opisanym powyżej standardem dla MOP o funkcjach z uwzględnieniem rezerwy terenu pod rozbudowę o elementy zagospodarowania przewidziane na usługi komercyjne (m.in. stacja paliw, obiekt gastronomiczny, obiekt hotelarski). Koncepcja docelowego kształtu MOP, w tym przyjęta rezerwa terenu wymaga akceptacji Zamawiającego. Roboty ziemne, odwodnienie oraz zasilanie w media, należy zaprojektować i wykonać, zgodnie z przewidzianymi usługami komercyjnymi na MOP. Wykonanie zasilania w media nie obejmuje zasilania w energię elektryczną ogólnodostępnych stacji ładowania pojazdów elektrycznych oraz ogólnodostępnych stacji ładowania pojazdów elektrycznych o dużych mocach dla pojazdów osobowych, a także dla pojazdów ciężarowych. Ponadto cała kompletna dokumentacja projektowa dla instalacji zasilających w energię elektryczną ogólnodostępne stacje ładowania pojazdów elektrycznych oraz ogólnodostępne stacje ładowania pojazdów elektrycznych o dużych mocach dla pojazdów osobowych, a także dla pojazdów ciężarowych, musi stanowić oddzielne opracowanie.

Zamawiający podkreślił, że konstruując Pytanie nr 10 Zamawiający miał na względzie tylko i wyłącznie otrzymanie odpowiedzi na pytanie o uzyskanie decyzji DŚU wynikającej z rozwiązań projektowych przyjętych przez wykonawcę (nowe decyzje, które dotyczyły „wyjścia” poza obszar określony DŚU). Z uwagi na wątpliwość, czy wszyscy potencjalni wykonawcy zrozumieli zadane pytanie oraz w celu wyeliminowania niepewności co do tego, czy wszyscy oferenci zrozumieli przekaz Zamawiającego, Zamawiający pismami z dnia 29 maja 2024 r. podjął decyzję o dopytaniu Budimex oraz Odwołującego i wezwaniu do złożenia dodatkowych wyjaśnień.

Zamawiający podkreślił, iż pytania kierowane do wykonawców nie dotyczyły badania rażąco niskiej ceny tylko wyjaśnień do treści oferty, o które Zamawiający – jeżeli ma jakieś wątpliwości – może pytać wielokrotnie. Zamawiający nie może pozostawić żadnych elementów treści oferty do końca niewyjaśnionych. W tym celu zamawiający powinien dążyć do wyjaśnienia ewentualnej niezgodności oferty z warunkami zamówienia wzywając wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

W odpowiedzi na zarzut dotyczący prowadzenia niedozwolonych negocjacji treści oferty, Zamawiający wskazał, że działania wykonawcy Budimex oraz Zamawiającego mieściły się w granicach dopuszczalnych przez ustawę Pzp, w szczególności art. 223 ust. 1 Pzp. Niezgodne z ustawą Pzp negocjacje wystąpiłyby wtedy, gdyby Zamawiający naciskał na wykonawcę, aby ten dostosował ofertę do nowych wymagań, lub gdyby wykonawca próbował zmienić warunki oferty po jej złożeniu. Taka sytuacja w niniejszej sprawie nie miała miejsca, a Zamawiający prowadził postępowanie z zachowaniem przepisów prawa i uczciwej konkurencji, w granicach przewidzianych ustawą Pzp.

W świetle powyższego, nie doszło - jak twierdzi Odwołujący - do zmiany zakresu prac przez wykonawcę Budimex, gdyż zakres prac, który potwierdził Budimex wynikał z warunków i dokumentacji zamówienia. W toku postępowania Budimex udzielił wyjaśnień dotyczących treści oferty, które miały na celu jedynie doprecyzowanie jej zgodności z wymaganiami zamówienia, bez dokonywania jakiegokolwiek zmiany treści oferty.

Zgodnie z art. 223 ust. 1 Pzp, niedopuszczalne jest prowadzenie negocjacji dotyczących treści oferty, jednak dopuszczalne jest żądanie wyjaśnień. W niniejszym przypadku nie doszło do zmiany oferty, a jedynie do wyjaśnienia jej treści, co nie narusza zasady niezmienności oferty po upływie terminu składania ofert.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 k.c., tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje, zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W ocenie Zamawiającego, Budimex nie przedstawił oferty, która byłaby sprzeczna z warunkami zamówienia, nie może być również mowy o próbie jakiegokolwiek modyfikacji treści oferty, czy – jak twierdzi Odwołujący - negocjowania jej

treści, poprzez uzupełnienie swoich wyjaśnień.

Zgodnie z pkt. 1.2. PFU Wykonawca w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej i Czasu na Ukończenie zaprojektuje rozwiązania i wykona Roboty zgodnie z Wymaganiami Zamawiającego na podstawie poniższych wiążących dokumentów, przekazanych przez Zamawiającego (...). W katalogu dokumentów tam wymienionych znalazła się m.in. decyzja DUŚ, która klarownie wskazywała, jaki zakres jest nią przewidziany, a jaki wymaga podjęcia przez potencjalnych Wykonawców dodatkowych działań, w tym uzyskania dodatkowych decyzji, pozwoleń, itd.

Ponadto, w sytuacji, kiedy po stronie zamawiającego wystąpią uzasadnione wątpliwości co do zgodności oferty z treścią SWZ, właściwe przeprowadzenie badania i oceny ofert wymaga uzyskania jednoznacznego potwierdzenia, że została wypełniona hipoteza art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Zamawiający nie może poprzestać na własnej interpretacji treści oferty, a winien zadać wykonawcy jasne pytania w tym zakresie. Ustawodawca wyposażył zamawiającego w instrument wyjaśnienia treści oferty po to, aby uniknąć subiektywnych założeń i niepotwierdzonych dywagacji, w miejsce obowiązku pozyskania faktycznej wiedzy co uwzględniono w ofercie, od podmiotu ją sporządzającej. Nie można także zapomnieć, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego biorą udział podmioty profesjonalne - wykonawcy prowadzący działalność gospodarczą i jednostki zamawiające wydatkujące środki publiczne w ramach procedury określonej ustawą Pzp. Nie tylko od wykonawców należy wymagać zawodowej staranności w przetargu, tożsamy obowiązek dotyczy jednostek zamawiających. Przy czym dokonanie rzetelnej oceny złożonych ofert jest także przejawem zachowania zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu, polegającej również na sumiennym wypełnieniu obowiązków, które na zamawiającego nakłada ustawodawca w toku przeprowadzenia postępowania, tak aby właściwie zabezpieczyć interes wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. Dlatego Zamawiający nie może pozostawić żadnych elementów treści oferty do końca niewyjaśnionych. W tym celu Zamawiający powinien dążyć do wyjaśnienia ewentualnej niezgodności oferty z warunkami zamówienia, wzywając wykonawcę do wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 Pzp.

Zamawiający wskazał, iż w zakresie, w jakim ww. zarzut nr 1 dotyczy art. 16 ust. 1 Pzp stwierdzić należy, że „zarzut tworzą okoliczności faktyczne i prawne wskazujące na naruszenie przepisów ustawy w związku z dokonaną czynnością lub zaniechaniem czynności, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy” (tak w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lutego 2022 r., o sygn. KIO 124/22). W odwołaniu nie wskazano, w jakim zakresie Zamawiający przeprowadził postępowanie w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji lub równego traktowania wykonawców. W tym stanie rzeczy nie było jakichkolwiek podstaw do uznania, że przepis ten został naruszony przez Zamawiającego.

Zarzut nr 2 – naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp

ewentualnie

3. Zarzut nr 3 – naruszenie art. 253 ust. 1 Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp

W zakresie zarzutów nr 2 i 3 Zamawiający uznał je za bezzasadne z następujących względów:

Aby ustosunkować się do zarzutu nr 2, tj. braku wykluczenia Budimex na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp, w związku z wprowadzeniem zamawiającego w błąd należy zacząć od rozpatrzenia zarzutu ewentualnego zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia Wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Art. 109 ust. 1 pkt. 7 stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Aby wykluczyć wykonawcę z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, zamawiający musi stwierdzić i potwierdzić wystąpienie wszystkich przesłanek łącznie, a ponadto przesłanki te nie mogą być rozumiane dowolnie. A zatem, aby wykluczenie na podstawie tego przepisu było możliwe, konieczne jest wykazanie, że:

- wykonawca dopuścił się niewykonania lub nienależytego wykonania albo długotrwałego nienależytego wykonywania zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji;
- niewykonanie, nienależyte wykonanie lub długotrwale nienależyte wykonywanie musi być znaczące co do stopnia lub zakresu naruszenia zobowiązań umownych;
- przywołane powyżej zachowanie wykonawcy musi dotyczyć istotnego zobowiązania;
- niewykonanie, nienależyte wykonanie bądź też długotrwale nienależyte wykonywanie umowy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy;
- konsekwencją powyższego było wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy, odszkodowanie, wykonanie zastępcze lub realizacja uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Dodatkowo, z uwagi na sankcyjny charakter omawianego przepisu, którego skutkiem jest pozbawienie wykonawcy możliwości ubiegania się o zamówienie, wszystkie określone w przepisie przesłanki muszą wystąpić łącznie

i muszą być interpretowane ściśle.

Zamawiający musi również wykazać, że określone we wcześniejszej umowie w sprawie zamówienia publicznego lub umowy zobowiązanie, którego wykonawca nie wykonał lub wykonał nienależycie, było dla tej umowy istotne („w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał”). W świetle dyrektywy 2014/24/UE oznacza to, że zamawiający musi wykazać, że wykonawca albo nie wykonał umowy w ogóle albo wykonał ją nienależycie w stopniu znaczącym lub nienależyte wykonywanie miało charakter uporczywy, nawet jeśli niedociągnięcia nie były znaczące. Jako przykład nienależytego wykonywania umowy Ustawodawca unijny podaje znaczące wady dostarczonego produktu, które spowodowały jego niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem, niemniej jednak zamawiający w zakresie każdej konkretnej umowy zobowiązany jest każdorazowo sprecyzować, co zostało niewykonane lub nienależycie wykonane i jakie okoliczności przesądzają o tym, że to niewykonanie lub nienależyte wykonanie miało charakter znaczący lub uporczywy, a zatem było istotne dla realizacji umowy. Ponadto, niezależnie od wykazania istotności zachowania wykonawcy, zamawiający musi jeszcze wykazać, że wskazane niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w ogóle nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Powody, dla których wykonawca nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, mogą wynikać z różnych okoliczności, w tym również okoliczności leżących po stronie zamawiającego, z którym była zawarta wcześniejsza umowa lub okoliczności niezależnych od żadnej ze stron tej umowy.

Rolą zamawiającego jest zebranie dowodów świadczących o wystąpieniu wszystkich, określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, przesłanek łącznie i uzasadnienie zaistnienia każdej z nich. Jest to istotne dla zachowania zasady proporcjonalności i przejrzystości postępowania oraz zachowania uczciwej konkurencji, a także dla możliwości skorzystania przez wykonawcę z procedury tzw. samooczyszczenia lub skorzystania przez niego ze środków ochrony prawnej.

W odniesieniu do sytuacji naliczenia kar umownych sam fakt ich naliczenia nie stanowi automatycznie podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. W katalogu sankcji wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp mieści się jedynie kara umowna mająca charakter odszkodowawczy. W tej kwestii orzecznictwo potwierdza, że sam fakt naliczenia wykonawcy kar umownych nie oznacza automatycznie nienależytego wykonania zamówienia. Zamawiający musi wykazać istotny charakter oraz, że wykonawca rzeczywiście dopuścił się uchybień w sposób i warunkach określonych w przepisie art. 109 ust. 1 pkt 1 Pzp.

W uzupełnienie JEDZ wraz z załącznikami Budimex przedstawił kolejny przypadek, w którym doszło do naliczenia kar na kontrakcie pn.: Przebudowa i rozbudowa Wojewódzkiego Szpitala Zespołowego im. L. Rydgiera w Toruniu. Zamawiający zapoznał się z treścią uzupełnionych dokumentów i stwierdził, że nie ma podstaw ani do wykluczenia wykonawcy ani też konieczności składania dodatkowych wyjaśnień przez Budimex. Złożenie aktualizacji JEDZ w dniu 30 kwietnia 2025 r. nie miało żadnego wpływu na przebieg i wynik postępowania. Wykonawca szczegółowo opisał przebieg wydarzeń związanych z ww. inwestycją i naliczeniem kar przez inwestora Kujawsko-Pomorskie Inwestycje Medyczne Sp. z o.o. (KPIM). Wyszczególnione fakty opisane przez wykonawcę nie wskazują na spełnienie przesłanek określonych w art. 109 ust. 1 pkt. 7. Wydarzenie dotyczy zgłoszenia szeregu drobnych wad i usterek zgłoszonych w okresie rękojmi, a także kar umownych o łącznej kwocie nie przekraczającej 10% wartości całego kontraktu. Przedmiot zamówienia dotyczący omawianych kar i zgłoszonych wad został przez KPIM odebrany, a cała inwestycja została zakończona. Nie zaistniało tu ani przewlekłe nienależyte wykonywanie przedmiotu umowy, ani odstąpienie od umowy, ani też zasądzenie odszkodowania. Zamawiający i wykonawca prowadzą spór w zakresie tej inwestycji, który nadal jest w trakcie. Nie ma zatem podstaw, aby stwierdzić całkowitą winę wykonawcy w tym konflikcie. Jednocześnie wykonawca na tyle szczegółowo opisał przedmiot sporu i obszernie wyjaśnił, na czym polegały rzekome wady, usterek, a także sposób i powód naliczenia kar przez inwestora oraz ich wysokość, że Zamawiający nie widział konieczności wzywania wykonawcy o dodatkowe wyjaśnienia.

Odwolujący, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 109 ust. 1 pkt. 7 Pzp, powinien wykazać zaistnienie przesłanek określonych w tym przepisie, czego w niniejszej sprawie nie zrobił, ograniczając się do przede wszystkim do wskazania w pierwszej kolejności, iż Budimex fakt nałożenia kar powinien Zamawiającemu zgłosić wcześniej, aby Zamawiający mógł się z tym zapoznać, a dopiero na samym końcu zarzutów wskazuje, że ewentualnie należałoby zweryfikować wykonawcę pod kątem wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 7. Faktem jest, że Budimex nie zaktualizował informacji/dokumentów w zakresie kar, niemniej jednak w ocenie Zamawiającego – nawet gdyby Budimex zaktualizował te dokumenty przed wyborem najkorzystniejszej oferty, okoliczność ta nie miałaby żadnego wpływu na przebieg postępowania, gdyż doświadczenie Zamawiającego w zakresie analizy tego typu dokumentów stanowi, że nie byłoby to podstawą do wykluczenia Wykonawcy, czy nawet przedmiotem dopytania.

W kontekście powyższego, zarzut określony w pkt 2. jest całkowicie bezpodstawny, bowiem, aby skutecznie wykluczyć wykonawcę z art. 109 ust 1 zarówno w zakresie pkt 8 jak i 10 musi dojść do celowego wprowadzenia

Zamawiającego w błąd co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego.

Reasumując, Odwołujący dokonał wybiórczej analizy dokumentów zamówienia, w sposób wybiórczy i selektywny ocenił wyjaśnienia Budimex oraz dokumenty złożone przez tego wykonawcę; zarzuty zaniechania odrzucenia oferty wybranej oraz wykluczenia wykonawcy z postępowania nie mają uzasadnienia w okolicznościach niniejszej sprawy. O istnieniu niezgodności oferty z warunkami zamówienia nie może przesadzać wybiórcza analiza wyjaśnień i dokumentów, bez uwzględnienia kontekstu udzielonych odpowiedzi, jak i związana charakterem samego zadania inwestycyjnego.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje:
Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do dyspozycji art. 505 ust. 1 Pzp.

Wykonawca Budimex S.A. skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do przepisów art. 525 ust. 1, 2 i 3 Pzp, stając się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, jak poniżej:

W przedmiotowym postępowaniu do upływu terminu składania ofert - 28 marca 2024 r. wpłynęło osiem ofert. Wraz z ofertami wykonawcy zostali oświadczeni na formularzu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia. W JEDZ wykonawcy byli m.in. zobowiązani odpowiedzieć na pytanie dotyczące fakultatywnej przesłanki wykluczenia, określonej w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp (pkt 9.2 ppkt 7 SWZ).

Wykonawca Budimex, w odpowiedzi na pytanie zawarte w JEDZ dotyczące fakultatywnej przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w Części III lit. C, o treści: *Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?*, odpowiedział twierdząco i załączył stosowne dokumenty. W załączniku do oświadczenia JEDZ wykonawca Budimex poinformował o przypadkach rozwiązania umów przed czasem oraz naliczonych mu karach umownych i odszkodowaniach.

Nie była sporna pomiędzy stronami i uczestnikiem postępowania okoliczność, że decyzja Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska (RDOŚ) z dnia 16.11.2021 r., znak: WOOŚ.420.47.2020.AMA.28 z dnia 16 listopada 2021 r. została wydana na teren inwestycji łącznie z terenem MOP, ale tylko i wyłącznie na prace ziemne i przygotowanie korpusu i przyłączy (nie obejmuje zagospodarowania MOP – strona 73 ww. decyzji), podczas gdy PFU w pkt. 1.1.3.11. oraz pkt. 2.1.17.2.2. jednoznacznie wskazuje zakres prac obejmujący zagospodarowanie MOP, tj. jakie elementy należy zaprojektować i wybudować [Pkt. 1.1.3.11 PFU Miejsce Obsługi Podróżnych (MOP)] Tabela nr 1.5. Identyfikacja MOP wraz ze zmianą nr 5 oraz Pkt. 2.1.17.2.2. Miejsce Obsługi Podróżnych (MOP)].

Zamawiający w toku badania i oceny ofert w dniu 16 kwietnia 2024 r. na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp wezwał wykonawcę Budimex do złożenia wyjaśnień tzw. technicznych dotyczących treści złożonej oferty, w tym wyjaśnienia (Pytanie 10): *„Czy Wykonawca w swojej ofercie przewidział konieczność pozyskania dodatkowej lub uzupełniającej decyzji DŚU wynikającej z rozwiązań przyjętych przez Wykonawcę. Jeśli tak prosimy o wskazanie dla jakich zakresów Wykonawca założył powyższe.”*

Wykonawca Budimex złożył wyjaśnienia w piśmie z dnia 9 maja 2024 r. Na pytanie nr 10 wykonawca Budimex odpowiedział następująco: *„Wykonawca na etapie opracowania oferty nie przewidywał pozyskania dodatkowej lub uzupełniającej decyzji DŚU, uwzględniając przy tym zapisy rozdz. 1.2 PFU „Zmiana lub uzyskanie nowej decyzji środowiskowej możliwe jest tylko i wyłącznie wtedy, gdy nie ma możliwości technicznych realizacji przedmiotu umowy w ramach granic określonych w DŚU. Powyższe wymaga potwierdzenia przez Inżyniera Kontraktu i akceptacji przez Zamawiającego. Jeżeli w wyniku przyjętych rozwiązań zajdzie konieczność wyjścia poza granice określone w DŚU należy uzyskać zmiany tej decyzji w koniecznym zakresie lub uzyskać dodatkowe decyzje środowiskowe”.*

Pismem z dnia 29 maja 2024 r. Zamawiający ponownie wezwał wykonawcę Budimex do złożenia dodatkowych informacji wskazując w pytaniu nr 26, że: *„W nawiązaniu do zapisów decyzji DŚU – „charakterystyka przedsięwzięcia - budowa Miejsc Obsługi Podróżnych (MOP) poprzez m.in. przygotowanie korpusu ziemnego i przyłączy (bez projektu zagospodarowania), prosimy o potwierdzenie że Wykonawca w swojej ofercie wycenił uzyskanie nowej decyzji DŚU w zakresie zagospodarowania terenów MOP opisanego w PFU 1.1.3.11 i 2.1.17.2.2.”*

W odpowiedzi na powyższe wezwanie w dniu 5 czerwca 2025 r. wykonawca Budimex potwierdził, że: *„(...) w swojej ofercie wycenił uzyskanie nowej decyzji DŚU w zakresie zagospodarowania terenów MOP opisanego w PFU 1.1.3.11 i 2.1.17.2.2.”*

W dniu 10 kwietnia 2025 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Budimex do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Wykonawca Budimex przedłożył wymagane dokumenty w dniu 18 kwietnia 2025 r., przedkładając jednocześnie oświadczenie o aktualności informacji zawartych w JEDZ. W dniu 30 kwietnia 2025 r. Zamawiający

poinformował o wyborze oferty wykonawcy Budimex w prowadzonym postępowaniu, jako najkorzystniejszej.

W dniu 5 maja 2025 r. (po wyborze oferty najkorzystniejszej) wykonawca Budimex przedłożył Zamawiającemu kolejną aktualizację informacji dotyczących okoliczności związanych z podstawą wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, przedstawiającą okoliczności zaistniałe w trakcie realizacji umowy pn. Przebudowa i rozbudowa Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego im. L. Rydygiera w Toruniu („Szpital Rydygiera w Toruniu”). Zgodnie z podaną informacją, zamawiający Kujawsko-Pomorskie Inwestycje Medyczne sp. z o.o., naliczył wykonawcy Budimex, pismami z dnia 13 maja 2024 r., 23 lipca 2024 r. i 16 kwietnia 2025 r. kary umowne na łączną wartość 28.607.740,99 zł z tytułu zwłoki w usunięciu zaległych prac i wad, zwłoki w usunięciu usterek w zakresie automatycznego systemu dozowania i dystrybucji leków Unit Dose One, a także skorzystał z wykonawstwa zastępczego w łącznej kwocie 8.488.874,31 zł w zakresie naprawy niektórych wad i usterek oraz roszczeń związanych z systemem Unit Dose One.

Zamawiający w związku z otrzymaniem powyższych informacji nie unieważnił decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 30 kwietnia 2025 r., uznając, że powyższa informacja nie ma wpływu na sytuację podmiotową wykonawcy Budimex w postępowaniu, a tym samym nie ma wpływu na wynik postępowania.

W danym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje:

Zarzut 1.1 – naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 Pzp zd.2 w zw. z art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Budimex w sytuacji, gdy złożona przez niego oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia, tj. wbrew wymogom przewidzianym w PFU (pkt 1.1.3.11 i 2.1.17.2.2) Budimex nie uwzględnił w swojej ofercie konieczności pozyskania dodatkowej lub uzupełniającej decyzji DUS, a wykonawca, w wyniku złożonych na wezwanie Zamawiającego wyjaśnień, dokonał niedopuszczalnej zmiany treści oferty, poprzez uwzględnienie w niej prac, co do których wcześniej zadeklarował, że nie będą one wymagane, a więc nie przewidział ich w swojej ofercie, podczas gdy Zamawiający powinien w takim przypadku odrzucić ofertę wykonawcy Budimex ze względu na jej niezgodność z warunkami zamówienia, tj. z postanowieniami PFU, oraz ze względu na prowadzenie przez Zamawiającego niezgodnych z ustawą Pzp negocjacji treści oferty.

W ocenie Izby, zarzut nie potwierdził się.

W kontekście powyższego zarzutu konieczne było wykazanie przez Odwołującego, że oferta wykonawcy Budimex nie uwzględnia wymogów PFU oraz że w wyniku wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty doszło do istotnej zmiany treści złożonej oferty, co było wynikiem niezgodnych z Pzp negocjacji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą Budimex.

Wskazać należy, że w świetle art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na złożeniu w postępowaniu oferty nieodpowiadającej wymaganiom zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji i innych warunków zamówienia. Stosownie do definicji zawartej w art. 7 pkt 3 Pzp, przez dokumenty zamówienia – należy rozumieć dokumenty sporządzone przez zamawiającego lub dokumenty, do których zamawiający odwołuje się, inne niż ogłoszenie, służące do określenia lub opisanie warunków zamówienia, w tym specyfikacja warunków zamówienia oraz opis potrzeb i wymagań, natomiast zgodnie z definicją zawartą w pkt 29 tego przepisu, przez warunki zamówienia – należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Ponadto, jak wynika z ugruntowanego orzecznictwa Izby, odrzucenie oferty z powodu niezgodności jej treści z warunkami zamówienia może mieć miejsce tylko i wyłącznie w przypadku jednoznacznego i niewątpliwego stwierdzenia przez Zamawiającego takiej niezgodności. Izba podkreśla, że niezgodność taka może być stwierdzona wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w dokumentach zamówienia wymaganiom, które są jasne i precyzyjne. W przypadku wątpliwości, zamawiający, działając na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp, powinien zawsze żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty.

W niniejszej sprawie Zamawiający na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp zwrócił się do wykonawcy Budimex i Odwołującego o wyjaśnienie treści oferty - Zamawiający do obu wykonawców skierował wezwania zawierające m.in. pytanie nr 10 (wezwanie z dnia 16 kwietnia 2025 r.) oraz pytanie nr 26 (wezwanie z dnia 29 maja 2025 r.). Pytania zostały sformułowane przez Zamawiającego do obu wykonawców w ten sam sposób.

Jak wynika z treści pytania nr 10, pytanie to ma charakter ogólny i czytając literalnie - dotyczący kwestii pozyskania przez wykonawców dodatkowych lub uzupełniających decyzji DŚU „*wynikających z rozwiązań projektowych przyjętych przez Wykonawcę*”. Treść powyższego pytania nie wskazuje wprost, że jego istotą jest uzyskanie informacji, czy wykonawca zamierza wprowadzić rozwiązania projektowe, które będą wykraczały poza linie rozgraniczające określone w decyzji DŚU, która została wskazana w dokumentacji postępowania -PFU, co będzie wiązało się z koniecznością uzyskania przez wykonawcę uzupełniającej decyzji środowiskowej w celu realizacji zakresu przedmiotu zamówienia polegającego na zagospodarowaniu MOP. Z treści powyższego pytania wynika, że dotyczy ono zamiaru

uzyskania przez wykonawcę dodatkowej/uzupełniającej decyzji DŚU w zakresie rozwiązań projektowych przyjętych przez wykonawcę, co można rozumieć w taki sposób, że chodzi tu o rozwiązania proponowane przez wykonawcę, a nie wynikające wprost z dokumentacji postępowania. Charakter ogólny tego pytania pozwala na różne interpretacje, co powoduje, że mało prawdopodobne staje się udzielone przez wszystkich wykonawców takiej samej odpowiedzi i zgodnie z intencją i oczekiwaniem Zamawiającego. Taka też sytuacja miała miejsce w niniejszej sprawie.

W kontekście treści ww. pytania odpowiedź przecząca wykonawcy Budimex, że nie zamierza ubiegać się o dodatkowe decyzje DŚU w związku z przyjętymi przez wykonawcę rozwiązaniami projektowymi nie może być rozumiana jako potwierdzenie, że wykonawca Budimex nie uwzględnił w ofercie wymagań wynikających z dokumentów zamówienia, tj. decyzji środowiskowej oraz PFU. Przeczy temu również powołanie się przez wykonawcę Budimex w drugiej części odpowiedzi na pytanie nr 10 na postanowienie zawarte w pkt 1.2 PFU. Wykonawca Budimex, odpowiadając przecząco na pytanie nr 10, uczynił zastrzeżenie powołując się na postanowienie pkt. 1.2. PFU, zgodnie z którym, *„Wykonawca w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej i Czasu na Ukończenie zaprojektuje rozwiązania i wykona Roboty zgodne z Wymaganiami Zamawiającego na podstawie poniższych wiążących dokumentów, przekazanych przez Zamawiającego (...).”* Jak wynika z dokumentacji postępowania, w katalogu dokumentów przekazanych przez Zamawiającego w ramach dokumentacji postępowania wymieniona jest m.in. decyzja DŚU, która wskazuje, jaki zakres jest nią przewidziany, a jaki wymaga uzyskania dodatkowej decyzji DŚU. Powyższe prowadzi do wniosku, że wykonawca Budimex udzielił odpowiedzi przeczącej tylko w zakresie dotyczącym rozwiązań indywidualnie przyjętych przez wykonawcę, a nie tych, które wynikają w sposób jasny z dokumentacji postępowania.

W ocenie Izby, ze względu na ogólny charakter pytania nr 10 nie można przyjąć, że jedyną prawidłową odpowiedzią na to pytanie była odpowiedź w kontekście obowiązku uzyskania decyzji środowiskowej w zakresie obejmującym zagospodarowanie MOP. Izba jednoznacznie podziela pogląd prezentowany w orzecznictwie, że wykonawcy nie mogą domyślać się intencji Zamawiającego zawartych w pytaniu, a jeżeli treść pytania nie wyraża dokładnie tych intencji w sposób jasny i jednoznaczny, to wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji z tego tytułu. Wezwanie do wyjaśnień (pytanie) powinno być sformułowane w sposób jasny i konkretny w celu uzyskania jasnej i jednoznacznej odpowiedzi ze strony wykonawcy.

Izba stwierdziła zatem w danym stanie faktycznym, że ogólny charakter pytania nr 10 mógł spowodować to, że każdy wykonawca mógł zinterpretować treść tego pytania nieco inaczej. Zamawiający, w konsekwencji zadania wykonawcom niedoprecyzowanego pytania otrzymał odpowiedź od wykonawcy Budimex, która wymagała następnie dodatkowego wyjaśnienia w celu usunięcia powstałych wątpliwości.

W ocenie Izby, w tych okolicznościach uzasadnione było kolejne wezwanie wykonawcy Budimex do wyjaśnień, w tym zadanie pytania nr 26 *„Czy Wykonawca uwzględnił w Ofercie wszelkie wymagania środowiskowe wynikające z zapisów decyzji środowiskowej oraz zapisów PFU i pozostałych dokumentów odniesienia?”*, które dotyczyło wprost kwestii uwzględnienia w ofercie wymagań narzuconych w dokumentacji postępowania - RDOŚ, PFU. W odpowiedzi na to pytanie wykonawca Budimex potwierdził jednoznacznie, że w ofercie uwzględnił wszystkie powyższe wymagania.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba stwierdziła, że w niniejszej sprawie Zamawiający podjął słuszną decyzję o dopytaniu wykonawcy Budimex w wezwaniu z dnia 29 maja 2024 r. o kwestie, które mogły budzić wątpliwości w kontekście pytania nr 10 zawartego w wezwaniu z dnia 16 kwietnia 2024 r. i udzielonej na to pytanie odpowiedzi. Izba podkreśla jednocześnie, że Zamawiający nie może pozostawić żadnych elementów treści oferty niewyjaśnionych, a powinien dążyć do jednoznacznego wyjaśnienia treści ofert, wzywając wykonawców do złożenia wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 Pzp. Należy zauważyć, że przepis ten nie ogranicza możliwości wielokrotnego wzywania wykonawcy do wyjaśnień, jeśli taka konieczność jest uzasadniona.

W ocenie Izby, działanie Zamawiającego polegające na dodatkowym wezwaniu wykonawcy Budimex do wyjaśnienia treści oferty mieściło się w granicach dyspozycji art. 223 ust. 1 zd. 1 Pzp. Biorąc pod uwagę treść skierowanych do wykonawcy wezwań, brak jest podstaw do twierdzenia, że w ramach złożonych przez wykonawcę Budimex wyjaśnień doszło do zmiany treści złożonej oferty, w szczególności do zmiany zakresu prac uwzględnionego w ofercie tego wykonawcy. Wykonawca Budimex potwierdził jednoznacznie w ofercie zakres prac wynikający z warunków i dokumentacji zamówienia. Złożone wyjaśnienia również potwierdzają, że wykonawca Budimex złożył ofertę, która nie jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W zakresie naruszenia art. 16 ust. 1 Pzp Izba stwierdziła, że w danym stanie faktycznym nie wystąpiły przesłanki do uznania, że Zamawiający przeprowadził postępowanie, w tym postępowanie wyjaśniające treść ofert, w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji lub równego traktowania wykonawców. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że wykonawca Budimex, pod wpływem ponownego wezwania do wyjaśnień, całkowicie zmienił swoje wcześniejsze oświadczenie, wskazując, że jednak przewiduje pozyskanie dodatkowej lub uzupełniającej decyzji DŚU.

Odwolujący nie wykazał, że oferta wykonawcy Budimex w danym zakresie jest niezgodna z warunkami zamówienia wynikającymi z PFU (pkt 1.1.3.11 i 2.1.17.2.2), dotyczącymi konieczności uwzględnienia w ofercie pozyskania dodatkowej lub uzupełniającej decyzji DŚU.

Mając powyższe na uwadze nieuzasadniony jest zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Budimex na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 zd. 2 Pzp.

Zarzut 1.2. – naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp, poprzez niezasadne zaniechanie wykluczenia wykonawcy Budimex oraz zaniechanie odrzucenia jego oferty w związku z przekazaniem informacji na temat naliczonych kar umownych i skorzystania z wykonawstwa zastępczego w ramach budowy Szpitala Rydygiera w Toruniu dopiero kilka dni po wyborze najkorzystniejszej oferty, w sytuacji gdy miał pełną możliwość poinformowania o tym we wcześniejszym okresie, tj. wraz z informacją o aktualności informacji zawartych w JEDZ, podczas gdy tak późne przekazanie ww. informacji Zamawiającemu spowodowało wprowadzenie go w błąd, w zakresie badania podstaw wykluczenia Budimex oraz zadecydowało o wyborze najkorzystniejszej oferty, poprzez zatajenie informacji w zakresie potencjalnych okoliczności mających znaczenie pod kątem oceny podmiotowej wykonawcy Budimex w zakresie podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, a zatem powinien zostać wykluczony na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp.

W ocenie Izby, zarzut niniejszy nie zasługuje na uwzględnienie.

Wykonawca Budimex w dniu 5 maja 2025 r. poinformował Zamawiającego o dodatkowych okolicznościach mających znaczenie pod kątem podstaw wykluczenia określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Okoliczności te w części wystąpiły kilka miesięcy wcześniej, natomiast kluczowe jest to, że jak wyjaśnił wykonawca Budimex, dodatkowa notyfikacja z dnia 16 maja 2024 r. przesądziła o wartości kar umownych, które w tym momencie łącznie przekroczyły tzw. wartość bagatelną, nieistotną z punktu widzenia przesłanek wykluczenia.

Fakt, że powyższe informacje zostały przekazane Zamawiającemu po opublikowaniu informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty nie dowodzi wprost zamiaru wykonawcy co do wprowadzenia Zamawiającego w błąd, w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp, w zakresie zaistniałych okoliczności. Nie ma również żadnych wątpliwości co do faktu, że Zamawiający został poinformowany przez wykonawcę o wszystkich karach i kosztach wykonania zastępczego. Wykonawca Budimex wyjaśnił, że informację o nowym zaistniałym przypadku naliczenia kar umownych i wykonawstwa zastępczego (przypadku Szpitala Rydygiera w Toruniu) przekazał Zamawiającemu w terminie niezwłocznym od otrzymania informacji o wysokości i tytule naliczonych kar, z uwzględnieniem czasu niezbędnego do dokonania niezbędnej analizy dokumentów przekazanych temu wykonawcy przez zamawiającego - Kujawsko-Pomorskie Inwestycje Medyczne sp. z o.o. Pomiedzy otrzymaniem noty księgowej opiewającej na końcową kwotę – dnia 16 kwietnia 2025 r., a dniem zgłoszenia tego przypadku Zamawiającemu w przedmiotowym postępowaniu upłynęło 19 dni, w tym - 9 dni roboczych. Należy zgodzić się z Przystępującym, że czas ten był konieczny do weryfikacji dokumentacji związanej z notami księgowymi, a także do przygotowania odpowiednich wyjaśnień. Jednocześnie Przystępujący wyjaśnił, że wcześniej naliczone na tym kontrakcie kary umowne z dnia 13 maja 2024 r. oraz z dnia 23 lipca 2024 r. stanowiły łącznie 0,83% wartości przedmiotu zamówienia, a zatem stanowiły wartość tzw. „bagatelną”. Dopiero w dniu 16 kwietnia 2025 r., po otrzymaniu kolejnych not księgowych, wartość naliczonych kar uzasadniała szczegółowe zgłoszenie tego przypadku Zamawiającemu w ramach tzw. „Pisma z wyjaśnieniami” wykonawcy Budimex. Przystępujący wyjaśnił, że wszystkie wartości wynikające z otrzymanych not księgowych w roku 2024 oraz 2025 stanowią łącznie 8,73 % całkowitej wartości przedmiotu zamówienia – o czym Przystępujący również poinformował Zamawiającego w ramach zaktualizowanego pisma z wyjaśnieniami. Przystępujący przekazał zatem Zamawiającemu odpowiednie wyjaśnienie dotyczące przypadku Szpitala Rydygiera w Toruniu w terminie, w którym obiektywnie mógł tego dopełnić, ze względu na okoliczności sprawy i uwzględniając warunki organizacyjne wykonawcy.

Jednocześnie należy zauważyć, że przekazując ww. informacje Zamawiającemu po wyborze oferty najkorzystniejszej, wykonawca Budimex nie posiadał żadnej wiedzy co do tego, jaką decyzję podejmie Zamawiający po otrzymaniu informacji. Zatem sam fakt, że wykonawca składa Zamawiającemu informacje dotyczące przesłanek wykluczenia po wyborze oferty najkorzystniejszej nie przesądza o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd. Zamawiający, uzyskując od wykonawcy stosowne informacje, niezależnie od etapu, na jakim je otrzymuje, ma obowiązek dokonać oceny tych informacji. W niniejszej sprawie, skoro Zamawiający otrzymał omawiane informacje po wyborze oferty wykonawcy Budimex jako najkorzystniejszej, powinien unieważnić wybór oferty najkorzystniejszej oraz ponowić czynności badania i oceny ofert, a także czynność wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zarzut 1.3. – naruszenie art. 253 ust. 1 Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp, poprzez zaniechanie unieważnienia decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz przystąpienia do ponownej oceny sytuacji podmiotowej wykonawcy Budimex, w związku z okolicznościami naliczenia kar umownych i skorzystania z wykonawstwa zastępczego w ramach budowy Szpitala Rydygiera w Toruniu, pod kątem podstawy wykluczenia z art. 109

ust. 1 pkt 7 Pzp.

W ocenie Izby, zarzut powyższy jest uzasadniony.

Przepis art. 109 ust. 1 pkt. 7 Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Aby wykluczyć wykonawcę z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, zamawiający musi zbadać i dokonać oceny konkretnego stanu faktycznego pod kątem wystąpienia łącznie wszystkich przesłanek określonych w tym przepisie, tj. czy wykonawca dopuścił się niewykonania lub nienależytego wykonania albo długotrwałego nienależytego wykonywania zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji; czy niewykonanie, nienależyte wykonanie lub długotrwale nienależyte wykonywanie jest znaczące co do stopnia lub zakresu naruszenia zobowiązań umownych; czy dane zachowanie wykonawcy dotyczy istotnego zobowiązania; czy niewykonanie, nienależyte wykonanie bądź też długotrwale nienależyte wykonywanie umowy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy; oraz czy konsekwencją powyższego było wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy, odszkodowanie, wykonanie zastępcze lub realizacja uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

W uzupełnieniu JEDZ wraz z załącznikami w dniu 5 maja 2025 r., tj. po podjęciu przez Zamawiającego w dniu 30 kwietnia 2025 r. decyzji o wyborze oferty złożonej przez wykonawcę Budimex jako najkorzystniejszej, wykonawca Budimex przedstawił Zamawiającemu kolejny przypadek, w którym doszło do naliczenia wykonawcy kar umownych na kontrakcie pn.: *Przebudowa i rozbudowa Wojewódzkiego Szpitala Zespólnego im. L. Rydygiera w Toruniu* Wykonawca przedstawił Zamawiającemu w powyższym zakresie szczegółowe wyjaśnienia i informacje.

Zamawiający twierdził w niniejszej sprawie, że zapoznał się z treścią uzupełnionych dokumentów i uznał, że nie ma podstaw do wykluczenia wykonawcy Budimex z postępowania ani też nie ma potrzeby składania przez wykonawcę Budimex dodatkowych wyjaśnień, gdyż w ocenie Zamawiającego, złożenie przez tego wykonawcę aktualizacji JEDZ po dniu 30 kwietnia 2025 r. nie miało żadnego wpływu na przebieg i wynik postępowania.

Izba nie podzieliła powyższego stanowiska Zamawiającego. Biorąc pod uwagę formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności procedury gwarantujące poszanowanie zasady przejrzystości postępowania, zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dostępu wykonawców do środków ochrony prawnej, w ocenie Izby, nie ulega wątpliwości fakt, że po otrzymaniu nowych informacji od wykonawcy Budimex, które nie były oceniane w ramach czynności badania i oceny ofert przed dokonaniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, Zamawiający miał obowiązek powrócić do etapu badania ofert, a zatem powinien unieważnić czynność wyboru oferty wykonawcy Budimex jako najkorzystniejszej oraz dokonać badania tej oferty, a następnie powtórzyć ocenę ofert i wybór oferty najkorzystniejszej. Bez powrotu do etapu badania ofert nie można przyjąć, że nowe informacje pozyskane od wykonawcy zostały przez Zamawiającego zbadane i ocenione. Czynności badania i oceny ofert zamawiający dokonuje na etapie badania i oceny ofert, tj. przed wyborem oferty najkorzystniejszej. Dlatego też, z punktu widzenia obowiązującej procedury, zgodnie z Pzp, w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie mógł dokonać oceny uzupełnionych dokumentów, przedłożonych przez wykonawcę Budimex po wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej, jeżeli nie unieważnił czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Ponadto, powrót do etapu badania i oceny ofert, i w konsekwencji, powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, daje pozostałym wykonawcom gwarancję skorzystania ze środka ochrony prawnej w zakresie dokonanej przez Zamawiającego oceny sytuacji podmiotowej danego wykonawcy w kontekście prawidłowej jego weryfikacji pod kątem przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt. 7 Pzp. Zamawiający powinien dochować należytej staranności w zakresie wypełnienia wymaganej prawem procedury, zgodnie z którą, czynność wyboru oferty najkorzystniejszej jest efektem zakończenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem wszystkich dokumentów i informacji uzyskanych od wykonawców - złożonych w danym postępowaniu.

Reasumując Izba stwierdziła, że w niniejszej sprawie zachodzi konieczność unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert - w celu pełnego zweryfikowania zasadności zastosowania względem wykonawcy Budimex podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w związku z informacjami uzyskanymi przez Zamawiającego od ww. wykonawcy w dniu 5 maja 2025 r., dotyczącymi naliczenia przez inwestora kar umownych i skorzystania z wykonawstwa zastępczego w ramach budowy Szpitala Rydygiera w Toruniu.

Uwzględniając powyższy stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 553 i art. 554 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 lit a i b Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320) oraz § 5 pkt 1 i 2 oraz § 7 ust. 2 i 3 rozporządzenia Prezesa

Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2020 r. 2437).

Przewodniczący:.....

.....

.....