Sygn. akt: KIO 3200/25

WYROK

Warszawa, dnia 9 września 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Danuta Dziubińska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 lipca 2025 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów „ERBEDIM" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim
w postępowaniu prowadzonym przez Powiat Łódzki Wschodni

Uczestnik postępowania po stronie odwołującego: COLAS Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pałędziu

Uczestnik postępowania po stronie zamawiającego: A.M. prowadzący w Boronowie działalność gospodarczą pod firmą: A.M. Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „DOMAX"

orzeka:

1.uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów zawartych w pkt VII oznaczonych nr 1, 3, 4 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, ujawnienie wyjaśnień z 11 lipca 2025 r., złożonych przez wykonawcę: A.M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: A.M. Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „DOMAX" oraz wykluczenie z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych i odrzucenie oferty tego wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych;

2. oddala odwołanie w zakresie zarzutu nr 2;

3.kosztami postępowania obciąża zamawiającego:

3.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

3.2.zasądza od zamawiającego - Powiat Łódzki Wschodni na rzecz odwołującego - Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów „ERBEDIM" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością kwotę 13 600 zł 00 gr (trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

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

Przewodnicząca: …….

Sygn. akt: KIO 3200/25

Uzasadnienie

Powiat Łódzki Wschodni (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp" lub „Pzp"), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Rozbudowa drogi powiatowej nr 2906E na terenie gminy Brójce i gminy Rzgów",* numer referencyjny: IRID.BI.272.1.6.2025.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 22 maja 2025 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2025/BZP 00243486.

25 lipca 2025 r. Zamawiający przekazał drogą elektroniczną zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawcę P.U.H. „DOMAX" A.M. (dalej: „DOMAX" lub „Wykonawca").

Wykonawca Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów „ERBEDIM" Sp. z o.o. (dalej: Odwołujący") wniósł odwołanie wobec:

1)zaniechania doręczenia Odwołującemu dokumentacji postępowania, w tym odtajnienia dokumentów i wyjaśnień złożonych przez wykonawcę DOMAX zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, a nawet samego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonego przez wykonawcę DOMAX,

2)badania i oceny złożonych ofert,

3)zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy DOMAX oraz dokonania wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej,

4)zaniechania dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1)art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „uznk") w zw. z naruszeniem art. 74 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprzez:

a)błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie uprawniony jest do utrzymania zastrzeżenia w całości dokumentów, informacji i wyjaśnień złożonych wraz z ofertą oraz w toku prowadzonego postępowania wyjaśniającego i zastrzeżonych przez wykonawcę DOMAX jako tajemnica przedsiębiorstwa, w tym także treści uzasadnienia zastrzeżenia tej tajemnicy, choć zastrzeżone dokumenty i informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a Wykonawca nie wykazał spełnienia przesłanek koniecznych dla skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa;

b)bezpodstawne przyjęcie, że wykonawca DOMAX skutecznie zastrzegł także samo uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa, a także że wykazał niezbędne ku temu przesłanki, pomimo, że zasadnicza większość informacji zawartych w tych dokumentach nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i nie uprawnia Zamawiającego do odmowy odtajnienia tych dokumentów, a wykonawca DOMAX nie dochował obowiązków ustawowych dla wykazania, że ww. dokumenty faktycznie posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, a tym samym są jawne i powinny zostać uznane przez Zamawiającego za podlegające udostępnieniu, a zgodnie z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej „TSUE" lub „Trybunał") z dnia 17 listopada 2022 r. w sprawie C-54/21 instytucja zamawiająca musi, w przypadku odmowy pełnego dostępu do informacji, udzielić konkurencyjnemu oferentowi dostępu do zasadniczej treści zastrzeżonych informacji, tak aby zapewnić poszanowanie prawa do skutecznego środka prawnego;

2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp oraz art. 111 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy, a następnie odrzucenia jego oferty, pomimo, że Wykonawca 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, co doprowadziło do odstąpienia przez zamawiającego Gminę Siemianowice Śląskie od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, oraz obciążenia wykonawcy DOMAX karą umowną tytułem odszkodowania, zgodnie z załączoną notą księgową nr 1/RD/2022 z dnia 13 grudnia 2022 r. w zakresie postępowania na: Wykonanie zadania inwestycyjnego pn.: „Nowe Połączenie drogowe ul. Wł. Jagiełły z ul. Węglową w Siemianowicach Śląskich" - Etap II" na podstawie umowy nr RD.272.003.2022 z 1 kwietnia 2022 r. z Gminą Siemianowice Śląskie, oraz koniecznością ogłoszenia przez zamawiającego w dniu 25 stycznia 2023 r.: Gminę Siemianowice Śląskie - Urząd Miasta Siemianowice Śląskie postępowania na dokończenie inwestycji pn. Nowe połączenie drogowe ul. Wł. Jagiełły z ul. Węglową w Siemianowicach Śląskich - Etap II- dokończenie inwestycji;

3) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy, a następnie odrzucenia jego oferty, pomimo, że Wykonawca składając Oświadczenie z 1 lipca 2025 r. Załącznik nr 2 wraz z Ofertą w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa przedstawił nieprawdziwe informacje, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć (i miało) istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego mimo, że na dzień składania oświadczenia informacja ta była nieprawdziwa, lub który zataił informacje, że mają zastosowanie wobec niego przesłanki wykluczenia wskazane co najmniej w art. 109 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp, a dotyczące nie wykonania lub nienależytego wykonania z przyczyn leżących po jego stronie w znacznym stopniu lub zakresie istotnego zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego na rzecz Gminy Siemianowice Śląskie pn. „Nowe Połączenie drogowe ul.

Wł. Jagiełły z ul. Węglową w Siemianowicach Śląskich" - Etap II" na podstawie umowy nr RD.272.003.2022 z dnia 01.04.2022 r., co doprowadziło do odstąpienia przez zamawiającego Gminę Siemianowice Śląskie od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy oraz obciążenia go karą umowną zgodnie z załączoną notą księgową nr 1/RD/2022 z 13 grudnia 2022 r. oraz koniecznością ogłoszenia przez zamawiającego w dniu 25 stycznia 2023 r.: Gminę Siemianowice Śląskie - Urząd Miasta Siemianowice Śląskie postępowania na dokończenie inwestycji pn. Nowe połączenie drogowe ul. Wł. Jagiełły z ul. Węglową w Siemianowicach Śląskich - Etap II- dokończenie inwestycji;

4) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a oraz pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 110 ust. 1, art. 109 ust. 1 pkt 7 i/lub 8, art. 111 pkt 4 oraz art. 3 ust. 1 uznk poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego na podaniu, w celu przysporzenia korzyści majątkowej (tj. uzyskania zamówienia), wbrew prawu i dobrym obyczajom niezgodnych z prawdą informacji w zakresie braku podstaw wykluczenia pomimo, że na dzień złożenia oferty i oświadczenia z 1 lipca 2025 r. Wykonawca podlegał wykluczeniu z uwagi na spełnianie przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp,

co skutkuje naruszeniem art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp oraz 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu i ma bezpośredni wpływ na jego wynik.

Wskazując na powyższe, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu, aby:

1)unieważnił wybór oferty najkorzystniejszej,

2)odtajnił (ujawnił) i niezwłocznie udostępnił Odwołującemu dokumenty i wyjaśnienia zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Wykonawcę DOMAX, w tym złożone przez niego wyjaśnienia wraz z ewentualnymi załącznikami,

3)dokonał ponownego badania i oceny ofert,

4)dokonał odrzucenia oferty wykonawcy DOMAX,

5)dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert.

W uzasadnieniu pierwszego zarzutu, Odwołujący podał w szczególności, że pismem z 30 lipca 2025 r. Zamawiający poinformował go, że prowadzona była korespondencja z wykonawcą DOMAX, ale z uwagi na zastrzeżenie przez niego tajemnicy przedsiębiorstwa (TP), dokumenty te nie podlegają udostępnieniu. Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu nawet uzasadnienia zastrzeżenia złożonego przez Wykonawcę, co pozbawia Odwołującego prawa do zweryfikowania jakie argumenty stały za zastrzeżeniem TP i czy mogą być one zasadne. Z pisma Zamawiającego z 30 lipca 2025 r. wykonawca DOMAX zastrzegł całość dokumentów / wyjaśnień przedłożonych Zamawiającemu, a niezbędnych do oceny ofert w postępowaniu bez żadnych wyłączeń, a Zamawiający powyższe zastrzeżenie respektuje i uznaje za skuteczne. Utajnienie przez Wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy, jak również brak udostępnienia tego uzasadnienia przez Zamawiającego, należy traktować w kategoriach rażącego naruszenia zasady jawności postępowania określonej w art. 18 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Brak udostępnienia uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa uniemożliwia Odwołującemu jakąkolwiek dyskusję z dokonanym zastrzeżeniem oraz zakwestionowanie dokonanej przez Zamawiającego oceny jego skuteczności. Odwołujący, nie może się zapoznać z uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, nie jest w stanie go podważyć i w rezultacie doprowadzić do odtajnienia (ujawnienia) dokumentów i informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa Wykonawcy. Odwołujący, po zapoznaniu się uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, będzie mógł ocenić, czy Zamawiający słusznie respektuje powyższe zastrzeżenie i prawidłowo uznał je za skuteczne. Tak samo dopiero po zapoznaniu się uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołujący będzie w stanie sformułować konkretne zarzuty dotyczącego tego zastrzeżenia i je podważyć. Zamawiający w sposób bezpodstawny pozbawił Odwołującego nawet prawa zapoznania się z argumentami wykonawcy DOMAX – uzasadnieniem zastrzeżenia TP.

W uzasadnieniu drugiego zarzutu, Odwołujący wskazał w szczególności, że wykonawca DOMAX wskutek przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego Gminę Siemianowice Śląskie, zawarł 1 kwietnia 2022 r. umowę nr RD.272.003.2022 na realizację zadania pn. „Nowe Połączenie drogowe ul. Wł. Jagiełły z ul. Węglową w Siemianowicach Śląskich" - Etap II". Jak wynika z pisma zamawiającego Gminy Siemianowice Śląskie z 29 marca 2023 r. nr ZO.1431.65.2023 w okresie od 1 sierpnia 2022 r. do 28 lutego 2023 r. zamawiający odstąpił od ww. umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy DOMAX. Jak wynika z pisma z dnia 09.11.2022 r. nr RD.7013.0004.2022 przyczyną odstąpienia od umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego było pozostawanie przez wykonawcę w zwłoce z wykonaniem przedmiotu umowy oraz brak przystąpienia przez niego do rozbiórki i ponownego wykonania podbudowy z mieszanki związanej cementem C5/6, która została wykonana

wadliwie i niezgodnie ze specyfikacją techniczną. Z ww. tytułu Wykonawca został obciążony karą umowną w wysokości 136.115,44 zł. Następnie ww. zamawiający 25 stycznia 2023 r. ogłosił kolejne zamówienie pn. Nowe połączenie drogowe ul. Wł. Jagiełły z ul. Węglową w Siemianowicach Śląskich Etap II- dokończenie inwestycji oraz w jego toku wyłonił kolejnego wykonawcę celem dokończenia inwestycji.

Odwołujący stwierdził, że wprowadzenie w postępowaniu fakultatywnych przesłanek wykluczenia powoduje co do zasady taki skutek, że w przypadku zaistnienia którejkolwiek z nich, Zamawiający jest zobowiązany do podjęcia czynności wykluczenia danego wykonawcy z postępowania. Co do zasady sankcją wykluczenia objęte jest nienależyte wykonanie lub nienależyte wykonanie w znacznym stopniu lub zakresie lub długotrwałe nienależyte wykonywanie istotnego zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji. Wykluczenie może zatem nastąpić nie tylko w przypadku nienależytego wykonania zamówienia, ale również jeśli jedno ze zobowiązań składających się na to zamówienia nie było należycie zrealizowane. Zdaniem Odwołującego wszystkie z ww. przesłanek wystąpiły w odniesieniu do wykonawcy DOMAX, a Zamawiający nie miał podstaw by odstąpić od czynności wykluczenia Wykonawcy z postępowania. Brak jest ponadto podstaw do przyjęcia, że wykluczenie Wykonawcy byłoby nieproporcjonalne.

O doniosłości niewykonania / nienależytego wynikania Umowy nr RD.272.003.2022 przesądza fakt, że zamawiający po złożeniu oświadczenia o odstąpieniu od ww. umowy, nałożeniu na Wykonawcę kar umownych ogłosił kolejne postępowanie celem dokończenia inwestycji. Niewykonanie / nienależyte wykonanie ww. umowy dotyczyło zatem istotnego zobowiązania umownego. Fakt, że zamawiający zdecydował się od tej umowy odstąpić powoduje, że wady w wykonaniu umowy miały charakter istotny i zasadniczy dla tego zamawiającego. Nie można tu zatem mówić o niewielkich czy nieistotnych wadach, które uzasadniałyby ich przemilczenie przez Wykonawcę w tym postepowaniu. Wykonawca z tytułu odstąpienia od Umowy nr RD.272.003.2022 został obciążony karami umownymi, zgodnie z załączoną notą. Kara umowna stanowi zryczałtowane odszkodowanie należne Gminie Siemianowice Śląskie z tytułu sankcji odstąpienia od umowy / niewykonania lub nienależytego jej wykonania. Zgodnie z art. 484 § 1 KC kara umowna należy się wierzycielowi bez względu na wysokość szkody, a roszczenie o odszkodowanie jest następstwem wyrządzenia szkody. Należy wziąć pod uwagę brzmienie art. 57 ust. 4 lit. g Dyrektywy 2014/24/UE który odnosi się do „odszkodowań lub porównywalnych sankcji". Należy zatem naliczenie kar umownych kwalifikować jako odszkodowanie, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W okresie wskazanym w art. 111 pkt 4 ustawy Pzp, tj. 3 lat przed złożeniem oferty w postępowaniu, nastąpiło niewykonanie / nienależyte wykonanie zobowiązania przez Wykonawcę z przyczyn leżących po jego stronie w znacznym stopniu lub zakresie, z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do odstąpienia od umowy oraz obciążenia Wykonawcy karą umowną. Wykonawca natomiast nie dokonał skutecznego samooczyszczenia, a faktycznie przemilczał ww. kwestię.

W uzasadnieniu trzeciego zarzutu, Odwołujący podał, że Zamawiającyprzewidział sytuacje, które mają eliminować wykonawców, którzy na etapie postępowania przedstawiają informacje wprowadzające go w błąd. Z taką sytuacją mamy do czynienia w zakresie przypadku opisanego powyżej oraz w kontekście złożonego przez Wykonawcę oświadczenia z 1 lipca 2025 r., że brak jest po stronie DOMAX przesłanek wykluczenia. Do katalogu informacji wprowadzających w błąd należy zaliczyć takie informacje, które nie są zgodne z rzeczywistością, istniejącym stanem faktycznym. Są to więc informacje nieprawdziwe, oddające fałszywie stan faktyczny, który ma znaczenie dla danego postępowania. Na skutek podania takich informacji zamawiający pozostaje w błędzie, czyli ma mylne wyobrażenie o rzeczywistości lub też nie ma jakiegokolwiek wyobrażenia o niej. Oświadczenie DOMAX. o braku podstaw wykluczenia miało determinujące znaczenie dla decyzji podjętych przez Zamawiającego. Gdyby Wykonawca przyznał, że istnieją po jego stronie przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp to z dużą dozą prawdopodobieństwa nie doszłoby do wyboru oferty DOMAX jako najkorzystniejszej. Informacje w zakresie braku przesłanek wykluczenia mają istotny wpływ na decyzje każdego zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Są to informacje, które są wymagane od wykonawcy już we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ofercie lub inne przekazywane przez wykonawcę w toku postępowania w celu uzyskania zamówienia publicznego, wyznaczone odpowiednimi przepisami. Jak wskazuje ugruntowane orzecznictwo KIO, do zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 8 lub pkt 10 ustawy Pzp wystarczy, aby przedstawione informacje cechowały się zdolnością do wprowadzenia w błąd. Zamawiający nie musi zostać skutecznie wprowadzony w błąd (tak: „Prawo zamówień publicznych. Komentarz" pod red. Huberta Nowaka, Matusza Winiarza, UZP Warszawa 2021, str. 410). Przekazane przez Wykonawcę niezgodne ze stanem faktycznym informacje nie tylko mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ale w rzeczywistości taki wpływ wywarły. Oferta Wykonawcy została bowiem oceniona jako najkorzystniejsza. W oświadczeniu złożonym przez DOMAX wskazane jest wprost brak podstaw do wykluczenia go z postępowania. Wykonawca nie ujawnił Zamawiającemu, że w okresie ostatnich 3 lat przed dniem złożenia oferty inny zamawiający odstąpił od umowy w sprawie wcześniejszego zamówienia publicznego, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy,

wobec niewykonania / nienależytego wykonania zobowiązania lub istotnej jego części, a także, że z tego tytułu został obciążony obowiązkiem odszkodowawczym. Zgodnie z art. 111 pkt 5 ustawy Pzp Wykluczenie wykonawcy następuje w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8, na okres 2 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Zdarzenia opisane powyżej przy uwzględnieniu treści złożonych przez Wykonawcę oświadczeń w postępowaniu wskazują na zaistnienie przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 8 ustawy Pzp, a tym samym odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp. Wykonawca nie złożył z ofertą wyjaśnień i dowodów celem zainicjowania procedury samooczyszczenia, o której mowa w art. 110 ust 2 ustawy Pzp. W przepisie tym wskazano podstawy wykluczenia z postępowania, od których przysługuje samooczyszczenie – obligatoryjne, tj. mające zastosowanie w każdym postępowaniu (wskazane w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 ustawy Pzp), jak również fakultatywne, tj. mające zastosowanie, o ile przewidział je zamawiający w dokumentacji postępowania (wskazane w art. art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10 ustawy Pzp). Skuteczne przeprowadzenie procedury wymaga bezwarunkowego przyznania się do zaistnienia zdarzenia, które może skutkować wykluczeniem Wykonawcy z postępowania. Wykonawca nie uczynił tego i nie skorzystał z możliwości udowodnienia, że przedsięwziął stosowne środki naprawcze, które potwierdzają jego rzetelność. Jeżeli Wykonawca od początku udziału w postępowaniu był świadomy tego, że podawane przez niego informacje dotyczące okoliczności wynikających z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp są informacjami niezgodnymi ze stanem faktycznym, działanie Wykonawcy winno zostać ocenione jako świadome, zamierzone i zawinione.

W uzasadnieniu czwartego zarzutu Odwołujący wskazał w szczególności, że pozostają aktualne powyżej przedstawione argumenty. Wprowadzenie Zamawiającego w błąd w tym zakresie stanowi przesłankę do uznania działania Wykonawcy za czyn nieuczciwej konkurencji. Dla oceny czy zaistniała przesłanka wprowadzenia Zamawiającego w błąd istotna jest treść przedstawionej Zamawiającemu informacji i to, jaki skutek ona wywołała lub mogła wywołać w świadomości Zamawiającego, niezależnie od tego, czy wprowadzenie w błąd rzeczywiście nastąpiło (np. Wyrok SO w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych z dnia 11.10.2021 r. XXIII Zs 80/21). W ocenie Odwołującego wybór oferty Wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej, w oparciu m.in. o złożone przez Wykonawcę nieprawdziwe i niepełne (nierzetelne) oświadczenia, potwierdza, że Zamawiający został wprowadzony w błąd. Oświadczenie nieprawdy w celu uzyskania zamówienia jest czynem nieuczciwej konkurencji. Wykonawca, oświadczając nieprawdę dopuszcza się działania sprzecznego z dobrymi obyczajami, narusza także interes innych przedsiębiorców, którzy konkurując z nieuczciwym wykonawcą tracą szansę na uzyskanie zamówienia. W takiej sytuacji narażony jest również interes Zamawiającego, który może udzielić zamówienia podmiotowi niemającemu odpowiednich kompetencji do jego zrealizowania. Spełniona jest więc dyspozycja art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy uznk. Trudno przypuszczać by nieprawdziwe oświadczenie Wykonawcy zostało złożone z innych względów niż próba celowego wprowadzenia w błąd Zamawiającego lub z powodu rażącego niedopełnienia ciążących na nim obowiązków związanych z profesjonalnym charakterem jego działalności. W ocenie Odwołującego możliwe jest w tym zakresie przypisanie Wykonawcy co najmniej rażącego niedbalstwa. Biorąc pod uwagę sposób sformułowania oświadczeń w przedłożonym Wykazie usług, zasadne jest przyjęcie twierdzenia, że Wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd w sposób zamierzony i celowy, by pozyskać przedmiotowe zamówienie, a więc w celu uzyskania korzyści majątkowych. Złożenie przez Wykonawcę nieprawdziwego oświadczenia celem uzyskania zamówienia, daje się zakwalifikować co najmniej jako sprzeczne z dobrymi obyczajami. Informacje podawane w postępowaniu o zamówienie są oświadczeniami wiedzy składanymi w sposób celowy, w odpowiedzi na warunki określone przez Zamawiającego, zatem ich podanie powinno być rozpatrywane w kategorii staranności wymaganej w danych okolicznościach, z uwzględnieniem profesjonalnego, zawodowego charakteru prowadzonej przez wykonawców działalności. Poprzez złożenie nieprawdziwego oświadczenia naruszony został także interes pozostałych oferentów, którzy utracili szansę na uzyskanie zamówienia wobec nieuczciwego podejścia Wykonawcy. Zgodnie z wyrokiem KIO 259/25:Na wykonawcę jako profesjonalnego uczestnika rynku zamówień publicznych nałożony został podwyższony miernik staranności, który charakteryzuje się tym, że musi on dokładnie zweryfikować własną sytuację podmiotową, ocenić poziom faktycznych ewentualnych podstaw do wykluczenia i w odpowiedni do tego sposób zareagować, z wszelkimi tego konsekwencjami. Podanie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji skutkuje złożeniem oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji nawet w sytuacji, gdy Zamawiający w treści SWZ nie przewidział przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych (tak np. wyrok KIO 140/25).

W podsumowaniu Odwołujący podniósł, że Zamawiający w sposób bezpodstawny dokonał wyboru oferty DOMAX, która nie jest najkorzystniejsza. W ten sposób Zamawiający dopuścił się nierównego traktowania wykonawców, braku zachowania zasady uczciwej konkurencji, przejrzystości. Wykonawca DOMAX nie może być stawiany ponad innych wykonawców i preferowany przez Zamawiającego, a brak odrzucenia jego oferty stanowi rażące naruszenie zasad określonych w art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Do odwołania zostały załączone dowody wskazane w treści jego uzasadnienia, tj. pismo z dnia 29 marca 2023 r. nr

ZO.1431.65.2023, pismo z 9 listopada 2022 r. nr RD.7013.0004.2022, 7) nota księgowa nr 1/RD/2022 z 13 grudnia 2022 r., ogłoszenie o zamówieniu Nowe połączenie drogowe ul. Wł. Jagiełły z ul. Węglową w Siemianowicach Śląskich -Etap II- dokończenie inwestycji z 23 stycznia 2023 r., pismo Zamawiającego z 30 lica 2025 r.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający podniósł w szczególności, że z przekazanego mu przez Odwołującego po otwarciu ofert raportu, sporządzonego przez Centrum Zamówień Publicznych P.S., pt. „Sytuacja A.M. Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „DOMAX" na gruncie prawa zamówień publicznych" (dalej: „raport") wynika, że w okresie 2021 - 2023 P.U.H. „DOMAX" A.M. był kilkakrotnie obciążany karami umownymi w związku z realizacją zamówień publicznych, raz zamawiający odstąpił od umowy z powodu nienależytego jej wykonania, a w jednym przypadku toczy się postępowanie sądowe w związku z brakiem dobrowolnej zapłaty kary umownej. Zamawiający wezwał w dniu 8 lipca 2025 r. wykonawcę DOMAX do złożenia wyjaśnień. Wykonawca przedłożył obszerne wyjaśnienia 11 lipca 2025 roku, które następnie Zamawiający poddał weryfikacji, a także zlecił wydanie wewnętrznej opinii prawnej, sporządzonej 14 lipca 2025 roku.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 7 i 8 ustawy Pzp Zamawiający stwierdził, że w świetle art. 111 ustawy Pzp zastosowanie przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 jest limitowane czasowo, albowiem ustawodawca zakreślił trzyletni okres badania danej przesłanki, licząc od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Tym samym art. 111 ustawy Pzp wyklucza stwierdzenie wystąpienia tej przesłanki w stosunku do P.U.H. „DOMAX" A.M. w kilku przypadkach wskazanych w raporcie Centrum Zamówień Publicznych.

W zakresie najistotniejszego zarzutu związanego z realizacją umowy przez P.U.H. „DOMAX" A.M. na rzecz Gminy Siemianowice Śląskie, gdzie według Odwołującego doszło do odstąpienia przez zamawiającego Gminę Siemianowice Śląskie od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy oraz obciążenia Wykonawcy przez P.U.H. „DOMAX" A.M. karą umowną, Zamawiający podał, że w toku przeprowadzonego badania oferty Zamawiający stwierdził, iż w danej sprawie nie można mówić o powadze rzeczy osądzonej, albowiem zachodzi zawisłość sporu sądowego co do zasadności odstąpienia przez Gminę Siemianowice Śląskie od umowy z danym Wykonawcą. Tym samym dana okoliczność nie mogła być brana pod uwagę w zakresie ewentualnego uchybienia art. 109 ust. 1 pkt. 7 i 8 ustawy Pzp.

W pozostałym zakresie wskazanym w raporcie Centrum Zamówień Publicznych chodzi o nakładanie kar umownych przez zamawiających na Wykonawcę, jednak samoistne występowanie kar umownych, zwłaszcza nie będących karami istotnymi co do wysokości i rodzaju nie może stanowić samodzielnie przesłanki do wykluczenia danego Wykonawcy. Zamawiający nie może ograniczać konkurencyjności poprzez wykluczenie Wykonawcy z postepowania o udzielenie zamówienia publicznego wyłączenie z uwagi na fakt nałożenia na Wykonawcę kar umownych.

W ocenie Zamawiającego nie zachodziły przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7, a tym samym zastosowanie art. 109 ust. 1 pkt 8 jest niemożliwe.

Następnie Zamawiający poinformował, że przed rozpoznaniem sprawy przekazał Odwołującemu treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonego przez wykonawcę DOMAX, ajednocześnie podtrzymuje, iż treść wyjaśnień tego wykonawcy zasługuje na ochronę jako tajemnica przedsiębiorstwa, tym samym odrzuca zarzut zaniechania w tym zakresie. Zamawiający oświadczył, że przeprowadził rzetelne i kompleksowe badanie i ocenę ofert i nie znalazł podstaw do odrzucenia oferty firmy DOMAX, a tym samym wybrał tą ofertę jako najkorzystniejszą.

Z zachowaniem wymogów ustawowych do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca A.M., prowadzący w Boronowie działalność gospodarczą po firmą A.M. Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „DOMAX" (dalej również: „Przystępujący").

W piśmie z 2 września 2025 r. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania oraz wskazał, że nie obejmował tajemnicą przedsiębiorstwa uzasadniania zastrzeżenia wyjaśnień złożonych Zamawiającemu. Nadto Przystępujący stwierdził, że w piśmie podaje to uzasadnienie w całości, a także przedstawia fragmenty złożonych Zamawiającemu wyjaśnień. W związku z tym brak jest substratu zaskarżenia w tym zakresie.

Przystępujący przedstawił również swoją zdarzeń i okoliczności opóźniających, realizowanych przez niego umów oraz obciążenia go z tego tytułu karami umownymi, a także co do odstąpienia od umowy przez Gminę Siemianowice Śląskie, wskazując w tym zakresie min., że przed Sądem Okręgowym w Katowicach XIV Wydział Gospodarczy toczy się spór w sprawie obciążenia go karami umownymi przez tego zamawiającego oraz o zapłatę wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane. Nadto Przystępujący podał, że kwestionuje odstąpienie od umowy przez Gminę Siemianowice Śląskie, a także, że również odstąpił od tej umowy. Nastąpiło to 10 stycznia 2023 r. O tym, które

odstąpienie od umowy, tj. wcześniejsze zmawiającego, czy późniejsze Wykonawcy zdecyduje Sąd Okręgowy w Katowicach w sprawie o sygn. akt XIV GC 137/24.

Do pisma, złożonego do Izby, Przystępujący załączył swoje pismo z 10 stycznia 2023 r. o odstąpieniu od umowy nr RD.272.0003.2022 z 1 kwietnia 2022 r. oraz pozew wzajemny z 28 czerwca 2024 r. w sprawie sygn. akt XIV GC 137/24.

Krajowa Izba Odwoławcza(w treści także: „KIO" lub „Izba") stwierdziła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy Pzp.

Na posiedzeniu z udziałem stron Strony i Przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Odwołujący stwierdził, że udostępniona mu przez Zamawiającego po wniesieniu odwołania pierwsza strona pisma dotyczącego wyjaśnień, złożonych przez Przystępującego, co do okoliczności przedstawionych w raporcie, zawiera wskazanie na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, ale jest to tylko fragment mieszczący się na połowie strony pisma i nie zawiera podpisu, przez co zakłada, że jest to tylko część uzasadnienia. Oznacza to, że nie otrzymał pełnego uzasadnienia przekazanego przez DOMAX wraz z wyjaśnieniami, złożonymi na wezwanie w związku z badaniem przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, także po wniesieniu odwołania. Nie otrzymał także po wniesieniu odwołania wyjaśnień złożonych przez wykonawcę DOMAX.

Zamawiający i Przystępujący stwierdzili, że Odwołującemu po wniesieniu odwołania zostało przedstawione pełne uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przekazane Zamawiającemu przez wykonawcę DOMAX.

W ocenie Izby przekazanie Odwołującemu przez Przystępującego za pismem z 2 września 2025 r.treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa co do składanych wyjaśnień oraz – według oświadczenia zawartego w tym piśmie - fragmentów tych wyjaśnień, nie uzasadnia twierdzenia Przystępującego, że nie istnieje już substrat zaskarżenia w tym zakresie.

Stosownie do zarzutów odwołania, w zakresie oceny co do skuteczności zastrzeżenia przez wykonawcę DOMAX tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień oferty, złożonych przez wykonawcę DOMAX na wezwanie Zamawiającego w trybie 223 ust. 1 ustawy Pzp, ocenie Izby podlega, czy na skutek braku udostępnienia Odwołującemu przez Zamawiającego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz udzielonych przez Przystępującego wyjaśnień, doszło do naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów prawa, czy Zamawiający zasadnie uznał, że Przystępujący skutecznie zastrzegł wyjaśnienia, tj. że wykazał, iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Fakt udostępnienia przez Przystępującego w toku postępowania odwoławczego fragmentów jego pisma z 11 lipca 2025 r., złożonego na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień, nie powoduje, że substrat zaskarżenia nie istnieje. Tym samym Izba stwierdziła, że nie zachodzi przypadek, iż dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne, jak też, że stało się niedopuszczalne.

Tym samym rozpoznaniu przez Izbę podlegały wszystkie zarzuty odwołania.

Izba dopuściła w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania, przekazaną przez Zamawiającego oraz ww. dowody załączone do złożonych pism, za wyjątkiem złożonego przez Przystępującego pozwu wzajemnego z 28 czerwca 2024 r., który jak się okazało na rozprawie nie został przekazany Odwołującemu za tym pismem Według twierdzeń Przystępującego, pozew wzajemny, został zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa w uzasadnieniu złożonym wraz z wyjaśnieniami z 11 lipca 2025 r. Zwraca przy tym uwagę m.in., że pozew przekazany Izbie nie jest odpowiednio oznaczony jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska zaprezentowane w sprawie, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały bowiem wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Następnie Izba ustaliła:

Jak wynika z informacji z otwarcia ofert z 1 lipca 2025 r., w postępowaniu oferty złożyło sześciu wykonawców, w tym Odwołujący i Przystępujący.

W pkt 6 ppkt 2 Specyfikacji Warunków Zamówienia (w treści: „SWZ") Zamawiający wskazał, że przewiduje wykluczenie wykonawców m.in. na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 i 8 ustawy Pzp.

Wykonawca DOMAX złożył wraz z ofertą oświadczenie, w którym stwierdził, że nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 4, 5, 7 i 8 ustawy Pzp.

Pismem z 8 lipca 2025 r., znak IRID.B1.272.1.6.2025 Zamawiający wezwał Przystępującego do wyjaśnień wskazując:

Działając w oparciu o art. 223 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 z późn. zm.), Powiat Łódzki Wschodni żąda złożenia wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, złożonego w ww. postępowaniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1, w zakresie niepodlegania wykluczeniu z art. 109. ust 1 pkt 7. Zamawiający pozyskał informacje dotyczące naliczeń kar umownych oraz rozwiązań umów zawartych w wyniku przeprowadzonych procedur przetargowych. Wzywamy do odniesienia się do treści załączonego Raportu w kontekście złożonego oświadczenia. W przypadku zakwestionowania treści raportu prosimy o złożenie stosownych dokumentów na potwierdzenie własnego stanowiska, pod rygorem uznania, iż treść Raportu odpowiada stanowi faktycznemu. Wyznaczamy termin na udzielenie odpowiedzi do dnia 1 1.07.2025 r. do godz. 12.00.

W odpowiedzi, w piśmie z 11 lipca 2025 r., Przystępujący przedstawił wyjaśnienia zastrzegając je jako tajemnicę przedsiębiorstwa, na uzasadnienie czego podał:

Powyższy fragment stanowi całość uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. W dalszej części pisma, co wynika z wyraźnego wskazania, zostały zawarte *informacje poufne, objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.*

Na złożony przez Odwołującego wniosek o udostępnienie m.in. korespondencji między Zamawiającym a wykonawcą DOMAX, wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę DOMAX wraz z ewentualnymi załącznikami, Zamawiający w piśmie z 30 lipca 2025 r. podał, że przekazuje: wezwanie skierowane do wykonawcy DOMAX z 8 lipca 2025 r., opinię prawną z 14 lipca 2025 r. oraz dwa protokoły z posiedzenia Komisji Przetargowej z 15 i 23 lipca 2025 r. Na koniec pisma Zamawiający podał: *Jednocześnie, informuję, że przekazane przez P.H.U. „DOMAX" A.M. wyjaśnienia zostały objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy PZP, w związku z czym nie podlegają one udostępnieniu.*

Zostało ustalone, że wskazane w ww. piśmie Zamawiającego z 30 lipca 2025 r. dokumenty, wbrew jego treści, nie zostały przekazane Odwołującemu przed wniesieniem przez niego odwołania.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie co do zarzutów nr 1, 3 i 4. W zakresie zarzutu nr 2 odwołanie podlega oddaleniu.

Ad zarzut nr 1 dotyczący naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 uznk w zw. z naruszeniem art. 74 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp

Zgodnie z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty.*

W myśl art. 18 ustawy Pzp: 1. *Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. 2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. 3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r.), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w .*

Stosownie do art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji *przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.*

Art. 74 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp stanowi: *2. Załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że: 1) oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem lub zdanie drugie*

Z przepisu art. 18 ustawy Pzp wynika, że zasadą obowiązującą na gruncie zamówień publicznych jest jawność postępowania, zaś ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w ściśle określonych przypadkach. Oznacza to, że wykonawcy, którzy zamierzają brać udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego muszą liczyć się z tym, że składane przez nich dokumenty i

przekazywane informacje mogą zostać ujawnione, chyba, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i zostanie to przez nich wykazane wraz z przekazaniem tych informacji. Zwrócenia uwagi wymaga, że chodzi o informacje, a zatem nie o całe dokumenty, gdy w całości nie zawierają one informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

W toku badania złożonych przez wykonawców ofert, obowiązkiem zamawiającego jest ustalenie czy wykonawca, który wyraził wolę utrzymania w poufności określonych informacji, wykazał należycie, że zastrzeżone przez wykonawcę informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, przy czym nie wystarcza złożenie w tym zakresie ogólnikowych oświadczeń co do objęcia danych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, lecz konieczne jest rzeczywiste wykazanie, że ściśle określone informacje, przekazywane w danym postępowaniu, wypełniają wszystkie przesłanki definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. Z tych względów wraz z przekazaniem zastrzeganych informacji, dla skuteczności zastrzeżenia informacji, wykonawcy zobowiązani są wykazać łączne wystąpienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w ww. art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Powinno to nastąpić z uwzględnieniem, że wymóg posiadania wartości gospodarczej odnosi się do każdej z informacji, tj. nie tyko „innej", ale także informacji mających charakter techniczny, technologiczny i organizacyjny. Nie jest wystarczające stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny lub organizacyjny, lecz musi ona także przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy z tego powodu, że pozostanie poufna, np. może być dla wykonawcy źródłem zysków lub pozwalać na zaoszczędzenie określonych kosztów.

Rolą zamawiającego jest zbadanie czy wykonawca należycie uzasadnił zastrzeżenie informacji, bowiem to jakość tego uzasadnienia decyduje o tym, czy w jawnym, co do zasady, postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, dane informacje, mogą stanowić wyjątek od tej zasady i pozostać niejawne. Zamawiający ocenia zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w oparciu o treść uzasadnienia przedstawionego przez wykonawcę, nie zaś w oparciu o własne przekonania o tym, co może albo nie może być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. To wykonawca ma tę zasadność wykazać i jeśli temu ciężarowi nie podoła, obowiązkiem zamawiającego jest ujawnić zastrzeżone przez wykonawcę informacje. Wykonawca, jako profesjonalista, powinien mieć zatem świadomość, że konsekwencją braku wykazania przez niego, że informacje, które chciałby utrzymać w poufności, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jest obowiązek ich ujawnienia przez zamawiającego. Powinien zatem dołożyć należytej staranności, celem wykazania, że zastrzegane przez niego informacje (a nie całe dokumenty, jeśli w całości nie zawierają informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa) stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Badaniu przez Izbę podlega czynność zamawiającego polegająca na ocenie przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zgodnie z ukształtowanym orzecznictwem KIO, składane przez wykonawcę uzasadnienie zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest jawne. Służy ono bowiem weryfikacji prawidłowości wykazania przez wykonawcę objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa składnych informacji.

Przechodząc od tych uwag na grunt analizowanej sprawy, w pierwszej kolejności stwierdzenia wymaga, że Zamawiający powinien przekazać Odwołującemu, na jego wniosek, uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, sporządzone przez wykonawcę DOMAX, czego bezzasadnie zaniechałprzed upływem terminu na wniesienie odwołania.

Niezależnie od powyższego, zważywszy na postawione w odwołaniu zarzuty, w analizowanym przypadku rozstrzygnięcia Izby wymaga, czy Zamawiający zasadnie uznał, że wykonawca DOMAXw ustawowym terminie należycie wykazał, że zastrzeżone przez niego wyjaśnienia, złożone na wezwanie Zamawiającego w związku z badaniem podstaw wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa i w związku z tym mogą stanowić wyjątek od zasady jawności postępowania i nie powinny być udostępnione konkurencyjnym wykonawcom celem ich zweryfikowania pod względem zaistnienia przesłanek wykluczenia, o których mowa w ww. przepisie.

W ocenie Izby, treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę DOMAX oraz stanowisko Zamawiającego, zaprezentowane w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie, wskazuje, że wbrew ciążącemu na nim obowiązkowi, Zamawiający nie dokonał rzetelnej oceny uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawionego przez DOMAX i w konsekwencji ogólnikowe stwierdzenia uznał za skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa.

Skład orzekający Izby podziela stanowisko wyrażone w wyroku KIO z 4 kwietnia 2023 r., KIO 599/23, w którym zostało stwierdzone: *Nie jest właściwe traktowanie uprawnienia do zastrzeżenia określonych informacji jako narzędzia służącego uniemożliwieniu wykonawcom konkurencyjnym oceny ofert i dokumentów składanych w postępowaniu. Stąd wykonawcy nie powinni nadużywać tego narzędzia i ograniczać jego wykorzystanie do wypadków zaistnienia*

rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji, zaś z perspektywy zamawiającego - powinny być badane z wyjątkową starannością. Zamawiający przychylając się do wniosku danego wykonawcy o zastrzeżeniu określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa winien dokonać weryfikacji prawdziwości stanowiska oferenta odnośnie charakteru (statusu) tych informacji. Weryfikacja prawdziwości stanowiska oferenta nie może odbyć się wyłącznie przez bezkrytyczne przyjęcie wyjaśnień danego wykonawcy, ale powinna być poparta obiektywnymi przesłankami, gdyż tylko na ich podstawie można zweryfikować prawdziwość subiektywnych twierdzeń wykonawcy.

Jak wyżej ustalono, Wykonawca w uzasadnieniu, jako na objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, wskazał informacje, które stanowią pewien zbiór informacji technicznych, technologicznych oraz organizacyjnych, które dotyczą w głównej mierze toczących się sporów sądowych z jego udziałem w zakresie technologii wykonywania robót oraz konkretnych przypadków zarzucanych mu odchyleń od umownych terminów realizacji zadań i związanych z tym kar umownych w konkretnych wartościach, które mają znaczenie dla prowadzonej działalności. Informacje te nie są powszechnie znane lub łatwo dostępne, dla osób które zwykle zajmują się tą dziedziną, co oznacza, że muszą być chronione przed ujawnieniem.

Tymczasem informacje o uchybieniach związanych z realizacją poszczególnych umów i naliczonych Wykonawcy karach umownych zostały zawarte w raporcie, opisanym powyżej w odpowiedzi na odwołanie, w posiadanie którego wszedł Odwołujący a następnie Zamawiający. Nie jest więc tak, że informacje te nie są dostępne.

Jeśli zaś chodzi o lakonicznie podniesioną kwestię technologii wykonywania robót, to zauważenia wymaga, że skoro chodzi o umowy zawarte w reżimie zamówień publicznych, to zarówno dokumentacja jak i zawarte umowy są co do zasady możliwe do pozyskania.

Wykonawca DOMAX nie przedstawił przy tym żadnych dowodów potwierdzających, że co do zawartych w wyjaśnieniach treści podjął działania w celu utrzymania ich w poufności.

Nadto w sprawie zwraca uwagę, że sam Przystępujący w piśmie z 2 września 2025 r. przekazał, jak stwierdził, fragmenty złożonych wyjaśnień. Potwierdza to, że nie traktuje ich jako poufne.

Z powyższego wynika, że celem zastrzeżenia wyjaśnień było jedynie uniemożliwienie innym wykonawcom weryfikacji czynności Zamawiającego, polegających na badaniu i ocenie jego oferty, w szczególności pod względem zaistnienia przesłanek wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Takie działanie Wykonawcy nie podlega ochronie.

W ocenie Izby należy podzielić stanowisko Odwołującego, przedstawione w odwołaniu z powołaniem się na orzecznictwo Izby, że możliwość powoływania się na ochronę określonych informacji związanych z działalnością przedsiębiorstwa wymaga albo precyzyjnego określenia przez wykonawcę informacji jakie winny zostać objęte ochroną i wykazania w stosunku do tak wyselekcjonowanych informacji przesłanek koniecznych do ochrony, albo wykazania przez wykonawcę, że określone zestawienie informacji podlega ochronie z uwagi na spełnienie przesłanek ustawowych. Nie stanowi takiego wykazania samo powołanie się na tajemnicę przedsiębiorstwa. Sam fakt zamieszczenia określonych informacji w dokumencie zastrzeżonym jako tajemnica przedsiębiorstwa nie czyni takich informacji poufnymi.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego co do zasady jest jawne. Wykonawca DOMAX nie wykazał skutecznie tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień złożonych na wezwanie Zamawiającego, dotyczących umów rozwiązanych przez terminem, w tym zawartej z Gminą Siemianowice Śląskie. Zamawiający był zatem zobowiązany do odtajnienia otrzymanych wyjaśnień i przekazania ich Odwołującemu wraz z jawnym uzasadnienie ich zastrzeżenia.

Wyjaśnienia podlegały ujawnieniu w całości, bowiem brak wykazania przez Wykonawcę wraz z ich przekazaniem, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa oznacza rezygnację z ich utajnienia. Brak takiego ujawnienia przez Zamawiającego skutkuje naruszeniem wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Ad zarzut nr 2 dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp oraz art. 111 pkt 4 ustawy Pzp

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania*

Art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy 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

W myśl art. 111 pkt 4 ustawy Pzp *wykluczenie wykonawcy* następuje *w przypadkach, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5, art. 109 ust. 1 pkt 4, 5, 7 i 9, na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia*

Dla wykluczenia z postępowania na ww. podstawie Zamawiający powinien ustalić i wykazać istnienie okoliczności, których łączne wystąpienie stanowi o wypełnieniu się przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, tj. że wykonawca 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.

W przypadku wykluczenia wykonawcy z postępowania na ww. podstawie, ciężar wykazania wystąpienia ww. przesłanek obciąża zamawiającego. W przypadku gdy Zamawiający nie dokona tej czynności, a zdaniem innego wykonawcy powinien to zrobić, to podnosząc zarzut zaniechania jej dokonania to odwołujący powinien wykazać, że wszystkie przesłanki określone w tym przepisie wystąpiły wobec konkurencyjnego wykonawcy.

W okolicznościach analizowanej sprawy zatem to na Odwołującym, na podstawie 6 Kodeksu cywilnegow zw. z art. 8 ustawy Pzp, spoczywał ciężar wykazania wypełnienia się wobec wykonawcy DOMAX przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Odwołujący, pomimo, iż wobec braku ujawnienia przez Zamawiającego wyjaśnień złożonych przez wykonawcę DOMAX, nie znał treści tych wyjaśnień, a jedynie, jak wynika z odwołania, znałstanowisko Gminy Siemianowice Śląskie, w tym wyrażone w oświadczeniu z 11 listopada 2022 r. o odstąpieniu od umowy, zdecydował jednak o postawieniu zarzutu. W związku z tym podlegał on rozpoznaniu Izby.

W sprawie zostało wykazane, że za pismem z 9 listopada 2022 r. zamawiający - Gmina Siemianowice Śląskie odstąpił od umowy nr RD.272.003.2022 na wykonanie zadania inwestycyjnego pn.: Nowe połączenie drogowe ul. Wł. Jagiełły z ul. Węglową w Siemianowicach Śląskich – Etap II, zawartej w wykonawcą DOMAX 1 kwietnia 2022 r. *w zakresie niewykonanych prac oraz nieprawidłowo wykonanych i nie odebranych prac.* Z pisma wynika, że ma to związek z tym, że zamawiający stwierdził brak realizacji robót zgodnie z harmonogramem robót w zakresie branży drogowej oraz elektrycznej, że wykonawca DOMAX nie zastosował się do wezwania z 12 października 2022 r. i dalej pozostaje w zwłoce z wykonaniem przedmiotu umowy oraz nie przystąpił do rozbiórki i ponownego wykonania podbudowy wskazanej mieszanki związanej cementem, która jak wynika z badań była wykonana wadliwie i niezgodnie ze specyfikacją techniczną. W następstwie odstąpienia 25 stycznia 2023 r. zostało wszczęte postępowanie na dokończenie tej inwestycji. Zostało także wykazane, że Gmina Siemianowice Śląskie wystała notę księgową nr 1/RD/2022 z 13 grudnia 2022 r. na kwotę 136 115,44 zł tytułem kary umownej, którą obciążyła wykonawcę DOMAX ze wskazaniem na określony paragraf ww. umowy.

Jak wynika z pisma Przystępującego z 2 września 2025 r., obecnie toczy się spór sądowy dotyczący skuteczności tego odstąpienia oraz braku odbioru przez Gminę Siemianowice Śląskie warstwy stabilizacji oraz zapłaty wynagrodzenia z tego tytułu. Wynika z tego, że Wykonawca DOMAX kwestionuje skuteczność odstąpienia od ww. umowy przez zamawiającego. Nadto Przystępujący wskazał, że 10 stycznia 2023 r. sam odstąpił od spornej umowy, zarzucając zamawiającemu brak współdziałania, przejawiający się nieuzasadnionym zaniechaniem odbioru warstwy stabilizującej C 5/6, pomimo prawidłowego jej wykonania, co zostało potwierdzone licznymi opiniami, a także brakiem udostępnienia Przystępującemu frontu prac, a także brakiem bieżącego uzgadniania kwestii realizacyjnych. Powyższe wskazuje, że Przystępujący kwestionuje skuteczność odstąpienia od umowy przez Gminą Siemianowice Śląskie, że w tej sprawie toczy się spór przed sądem powszechnym.

Wbrew stanowisku Zamawiającego, wdanie się w spór przez Przystępującego samo w sobie nie przesądza o tym, że nie jest możliwe zastosowanie przesłanki wykluczenia z postępowania, o którem mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, a zatem automatycznie nie przesądza o ocenie Zamawiającego w danym postępowaniu co do wypełnienia się przewidzianych w tym postępowaniu podstaw wykluczenia, w tym co do rzetelności tego wykonawcy, bowiem ocena ta jest autonomiczna, jednak nie może ona być dowolna (por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 4 kwietnia 2024 r, w sprawie XXIII Zs 131/23). Zamawiający dla wykluczenia z postępowania wykonawcy DOMAX powinien dysponować dowodami wskazującymi, że odstąpienie od umowy przez Gminę Siemianowice Śląskie było uzasadnione. Odwołujący nie wykazał, że Zamawiający dysponował takimi dowodami, nie zakwestionował również skutecznie stanowiska Przystępującego zawartego w piśmie z 2 września 2025 r., z którego wynika m.in., że w okolicznościach analizowanej sprawy, nawet jeśliby przyjąć, że wystąpiły przesłanki wykluczenia na ww. podstawie, to Zamawiający stosownie do art. 109 ust. 3 ustawy Pzp mógł uznać, że wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne i nie wykluczyć

Przystępującego z postępowania na ww. podstawie. Nie wykazał, że naliczona Wykonawcy kara umowa, w tym jej wysokość, w relacji do przedmiotu i wartości umowy jest istotna.

Odwołujący w odwołaniu wskazał, że uchybienia w realizacji zamówienia, które będą skutkowały wykluczeniem z postępowania, muszą prowadzić do zmiany jakości przedmiotu zamówienia lub w ogóle uniemożliwiać osiągnięcie celu, w jakim została zawarta umowa, jednak nie wykazał, że Przystępujący dopuścił się takich uchybień z przyczyn leżących po jego stronie.

W podsumowaniu należy stwierdzić, że dla zaistnienia podstaw wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wymagane jest ustalenie w sposób obiektywny i niebudzący wątpliwości łącznego wypełnienia przesłanek w nim wskazanych. Nie jest wystarczająca ocena jednej strony umowy. Zamawiający przy ocenie wypełnienia się tych przesłanek nie jest związany stanowiskiem innego zamawiającego. Może bowiem samodzielnie zdecydować czy wykonawca jest rzetelny i wiarygodny. W sprawie nie zostało natomiast wykazane, że Zamawiający dysponował dowodami wskazującymi w sposób nie budzący wątpliwości, że wobec DOMAX wypełniły się wszystkie elementy przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, a zatem, że z naruszeniem ww. przepisu zaniechał wykluczenia tego wykonawcy z postępowania na podstawie tego przepisu. Jakkolwiek Odwołujący nie dysponował wyjaśnieniami wykonawcy DOMAX, przekazanymi Zamawiającemu, to jednak Przystępujący w postępowaniu odwoławczym w piśmie z 2 września 2025 r. przedstawił szereg informacji związanych umową z Gminą Siemianowice Śląskie, co do których możliwe było wypowiedzenie się przez Odwołującego i przedstawienie przekonujących kontrargumentów w tym zakresie, co nie nastąpiło.

Jak wyżej wskazano ciężar dowodu w tym zakresie obciążał Odwołującego. Zarzut, jako nie udowodniony, podlega zatem oddaleniu.

Ad zarzut nr 3 dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp *z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.*

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż nie można podzielić stanowiska Zamawiającego, przedstawionego w odpowiedzi na odwołanie, z którego wynika, że skoro zachodzi zawisłość sporu sądowego co do zasadności odstąpienia przez Gminę Siemianowice Śląskie od umowy z Wykonawcą, to ta okoliczność nie mogła być brana pod uwagę w zakresie ewentualnego uchybienia z art. 109 ust. 1 pkt 7 i 8 ustawy Pzp i w związku z tym w ocenie Zamawiającego nie zachodziły przesłanki wykluczenia Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7, a tym samym nie jest możliwe zastosowanie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Jak wyżej ustalono, Zamawiający w analizowanym postępowaniu przewidział przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania wskazaną w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, a zatem był zobowiązany do dokonania oceny, czy przesłanka ta wystąpiła co do wykonawcy DOMAX, w sytuacji, gdy wykonawca tan nie ujawnił w oświadczeniu składanym wraz z ofertą okoliczności związanych z odstąpieniem od umowy przez Gminę Siemianowice Śląskie ze wskazaniem, że następuje to z przyczyn leżących po stronie tego wykonawcy, o czym dowiedział się z raportu przedstawionego przez Odwołującego, którego otrzymanie spowodowało wystąpienie o wyjaśnienia do wykonawcy DOMAX na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

Wskazanie przez wykonawcę DOMAX potencjalnych podstaw wykluczenia powinno nastąpić w oświadczeniu składanym wraz z ofertą. Treść oświadczenia składanego przez wykonawców z ofertą według wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do SWZ, została bowiem skorelowana m.in. z przesłanką wykluczenia z art. 107 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

W związku z tym, skoro nie jest sporne, że Gmina Siemianowice Śląskie złożyła oświadczenie o odstąpieniu od umowy z wykonawcą DOMAX, wskazując, iż czyni to z przyczyn leżących po jego stronie, naliczyła kary umowne i wszczęła nowe postępowanie na dokończenie inwestycji, to niezależnie od własnej (subiektywnej) oceny Wykonawcy co do tego oświadczenia o odstąpieniu i pozostałych okolicznościach temu twowarzyszacych, powinien on poinformować Zamawiającego o tych faktach. Wpisują się one bowiem w elementy przesłanek wykluczenia przewidzianych przez Zamawiającego.

Za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 4 kwietnia 2024 r. sygn. akt XXIII Zs 131/23 należy stwierdzić, że*Wykonawca zawsze powinien poinformować zamawiającego o przedterminowym rozwiązaniu umowy, gdy jako przyczynę rozwiązania wskazano przyczyny leżące po stronie*

wykonawcy, tj. gdy wg oświadczenia o wypowiedzeniu spełnione są przesłanki art. 109 ust. 1 pkt 7. Niemniej art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp stanowi samoistną przesłankę wykluczenia. Zamawiający może wykluczyć wykonawcę tylko na tej podstawie, nie sięgając do podstawy z pkt 7 co do przemilczanej umowy.

Odstąpienie od umowy przez Gminę Siemianowice Śląskie, zawartej przez DOMAX w wyniku wcześniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz związane z tym okoliczności podlegały zatem ujawnieniu przez Wykonawcę, bowiem potencjalnie spełniają przesłanki określone w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W sytuacji, gdy inny zamawiający złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy, wskazując w nim, że czyni to ze względu na nienależyte jej wykonywanie na skutek okoliczności leżących po stronie wykonawcy DOMAX,to niezależnie od tego czy Wykonawca zgadza się z takim stanowiskiem czy nie, to powinien poinformować o tym Zamawiającego. Mógł przy tym podjąć środki w celu obrony przed wykluczeniem, w tym podać okoliczności wskazane w piśmie procesowym z 2 września 2025 r. Jak wyżej wskazano, ciężar wykazania, że zaistniały przesłanki wykluczenia, spoczywa bowiem na zamawiającym, który wyklucza z postępowania.

Zamawiający określając w SWZ przesłanki wykluczenia wskazane w ustawie Pzp, jako fakultatywne, powinien dokonać oceny w zakresie ich zaistnienia co do Wykonawcy. Umożliwieniu tego służy składane przez Wykonawcę wraz z ofertą oświadczenie, w którym było wyraźne wskazanie m.in. na przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 i 8 ustawy Pzp.

W okolicznościach analizowanej sprawy wykonawca DOMAX nie przekazał z własnej inicjatywy Zamawiającemu informacji o odstąpieniu od umowy przez Gminę Siemianowice Śląskie. Wskazuje to na zatajenie tej informacji przez DOMAX w ofercie i brak woli przedstawienia Zamawiającemu okoliczności z tym związanych, w tym naliczeniem przez zamawiającego kary umownej i wszczęciem postępowania na dokończenie inwestycji, co skutkuje mylnym wyobrażeniem Zamawiającego o sytuacji tego wykonawcy.

Izba nie podziela stanowiska Przystępującego, z którego wynika, że skoro w analizowanym postępowaniu na potrzeby oceny wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, nie jest składane oświadczenie w formie JEDZ, lecz w formie oświadczenia opracowanego przez Zamawiającego, to sam wykonawca(a nie Zamawiający) dokonuje oceny i w związku z tym nie był zobowiązany do wskazania w oświadczeniu składanym w trybie art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, informacji dotyczących odstąpienia od umowy przez Gminę Siemianowice Śląskie. Ustawa Pzp nie różnicuje istnienia podstaw wykluczenia, w zależności od wartości zamówienia. W każdym przypadku oceny, w zakresie wypełnienia się przesłanek wykluczenia z postępowania określonych w SWZ, dokonuje zamawiający a nie wykonawca, który powinien przedstawić zamawiającemu zaistniałe zdarzenia, które obiektywnie wpisują się w przesłanki wykluczenia z postępowania określone w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp celem umożliwienia oceny pod kątem wypełnienia się tych przesłanek. Podstawa wykluczenia z 109 ust. 1 pkt 8 ustawy przewiduje m.in. wariant wprowadzenie w błąd oraz zatajenie informacji. Przepis ten nie różnicuje podstaw wykluczenia w zależności od wartości szacunkowej zamówienia, tj. od tego czy informacje zostały zatajone w postępowaniu wartości poniżej czy powyżej progów.

W podsumowaniu należy stwierdzić, że w analizowanym postępowaniu, w oświadczeniu składanym wraz z ofertą, według wzoru określonego w załączniku nr 2 do SWZ, Zamawiający wymagał złożenia oświadczenia co do podstaw wykluczenia m.in. z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, wraz z ewentualnym wskazaniem środków naprawczych i zapobiegawczych. Wykonawca DOMAX zataił informacje o odstąpieniu od umowy przez Gminę Siemianowice Śląskie i naliczeniu kar umownych, pomimo, iż o okolicznościach tego odstąpienia musiał mieć świadomość przed składaniem oferty w postępowaniu, jak też powinien wiedzieć, że jego subiektywna ocena tego odstąpienia, nie zwalnia go z obowiązku poinformowania o tym fakcie Zamawiającego. To bowiem Zamawiający, który przewidział fakultatywne przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jest władny do oceny, czy określone zdarzenie, które wystąpiło wobec wykonawcy, ją wypełnia, czy nie. Podmiotem tym, niezależnie od wartości zamówienia, nie jest sam wykonawca.

W związku z tym, zaniechanie wykonawcy DOMAX podania ww. informacji dotyczących odstąpienia od umowy przez Gminę Siemianowice Śląskie należy uznać jako zamierzone lub jako wynik jego rażącego niedbalstwa. Należy przy tym podzielić wyrażone w odwołaniu, z powołaniem się na przytoczone orzecznictwo, stanowisko, z którego wynika, że zgodnie z art. 355 § 1 k.c. dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Oznacza to, że przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności, przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności. W stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, ponieważ przepis art. 355 § 2 k.c. stanowi, że należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego

charakteru tej działalności. Za profesjonalistę co do zasady należy uznać wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości.

Na skutek złożonego przez DOMAX oświadczenia, które nie zawiera informacji o odstąpieniu od umowy przez Gminę Siemianowice Śląskie Zamawiający miał mylne wyobrażenie na temat sytuacji DOMAX. To, że po otrzymaniu wyjaśnień, o które wystąpił, nie wykluczył tego wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, błędnie przyjmując, że skoro toczy się spór sadowy, to nie jest władny oceniać wypełnienia się przewidzianych w SWZ przesłanek wykluczenia, nie oznacza, że nie wystąpiła samoistna przesłanka wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Jak wyżej wskazano za stanowiskiem Sądu Okręgowego w Warszawiem wyrażonym w wyroku w sprawie XXIII ZS 131/23, Zamawiający może wykluczyć wykonawcę tylko na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, nie sięgając do podstawy z pkt 7 co do przemilczanej umowy. W wyroku tym Sąd Okręgowy stwierdził również, że *nie może być tak, że wystarczy, aby wykonawca podlegający potencjalnie wykluczeniu wdał się w spór sądowy i zakwestionował przyczyny odstąpienia, aby nie można było stosować tej podstawy wykluczenia.*

W ocenie Izby, okoliczności tej sprawy w sposób wyraźny potwierdzają słuszność stanowiska Sądu Okręgowego w Warszawie wyrażonego w ww. wyroku, że art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp stanowi samoistną przesłankę wykluczenia, co nie pozbawia wykonawcy obrony, że odstąpienie od umowy nie nastąpiło z przyczyn leżących po jego stronie.

W podsumowaniu należy stwierdzić, że w sprawie zostało wykazane, że Przystępujący składając ofertę w postępowaniu wiedział o odstąpieniu od umowy przez Gminę Siemianowice Śląskie i pozostałych związanych z tym zdarzeniach. Jako profesjonalista musiał też wiedzieć, że podane w tym odstąpieniu okoliczności wpisują się w przesłanki określone w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, a mimo to zataił te informacje, czym wywołał u Zamawiającego mylne wyobrażenie co do rzeczywistego stanu rzeczy. Informacje te mogły mieć decydujący wpływ na decyzje Zamawiającego co do jego ewentualnego wykluczenia z postępowania i odrzucenia jego oferty, a w konsekwencji na wynik postępowania.

To, że Zamawiający po otrzymaniu wyjaśnień, złożonych przez Wykonawcę na jego wezwanie (a nie z własnej inicjatywy), nie zdecydował o jego wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, mylnie uznając, że skoro trwa spór sądowy to nie zachodziły przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7, a tym samym nie jest możliwe zastosowanie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, nie oznacza, że przesłanka z pkt 8 tego przepisu nie wystąpiła. Jak wyżej wskazano to Zamawiający autonomicznie dokonuje oceny, czy wypełniły się przesłanki wykluczenia, a zatem Wykonawca był zobowiązany umożliwić Zamawiającemu dokonanie tej oceny, podając w ofercie stosowne informacje i ewentualnie przedstawiając okoliczności wskazujące jego zdaniem, że mimo odstąpienia od umowy przez innego zamawiającego ze wskazaniem na okoliczności leżące po stronie Wykonawcy, jest rzetelny i wiarygodny.

Zgodnie z art. 554 ust. 555 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały zawarte w odwołaniu. Przez zarzut rozumie się nie tylko wskazanie podstawy prawnej ale także wskazane w odwołaniu okoliczności faktyczne. W okolicznościach analizowanej sprawy, nie zostało przesądzone, że odstąpienie od umowy przez Gminę Siemianowice Śląskie było nieuzasadnione, a jedynie, że nie zostało wykazane, że w okolicznościach tej sprawy, Zamawiający, którego czynności/zaniechania są oceniane przez Izbę, dysponował niebudzącymi wątpliwości dowodami dla stwierdzenia, że wykonawca DOMAX z tego powodu podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, jak też nie zostało wykazane, że nie wystąpiły okoliczności, o których mowa w art. 109 ust. 3 ustawy Pzp. W związku z czym zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy DOMAX na tej podstawie został oddalony, co nie oznacza, że zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp jest niezasadny. Przeciwnie.

W ocenie Izby, informacje przedstawione przez wykonawcę DOMAX w postępowaniu odwoławczym jakakolwiek nie pozwalają na jednoznaczne stwierdzenie, która ze stron, tj. Gmina Siemianowice Śląskie czy Przystępującyma rację co istnienia podstaw do odstąpienia przez zamawiającego od łączącej je umowy, to jednak potwierdzają, że Przystępujący powinien informacje w tym zakresie przedstawić w oświadczeniu złożonym wraz z ofertą i umożliwić Zamawiającemu dokonanie oceny co do wypełnienia się przesłanek wykluczenia z postępowania.

To, że, jak wynika z pisma Przystępującego z 2 września 2025 r., kilka miesięcy po odstąpieniu od umowy przez zamawiającego, Wykonawca także złożył oświadczenie o odstąpieniu od tej umowy, samo w sobie nie oznacza, że odstąpienie zamawiającego było nieskuteczne. Także to, że przed Sądem Okręgowym w Katowicach toczy się spór w tym przedmiocie, nie jest wystarczające do stwierdzenia, że wcześniejsze odstąpienie od umowy przez zamawiającego nie nastąpiło skutecznie. Powyższe natomiast potwierdza, że Zamawiający w analizowanym postępowaniu, w związku z

ww. zdarzeniem, celem wypełnienia ciążącego na nim obowiązku zbadania pod względem podmiotowym i oceny w zakresie przesłanek wykluczenia Wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, powinien mieć możliwość dokonania samodzielnej oceny co do rzetelności i wiarygodności wykonawcy DOMAX. Skoro Zamawiający przewidział fakultatywne przesłanki wykluczenia, w tym z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, to powinien być poinformowany przez wykonawcę DOMAX o zdarzeniach wpisujących się w przesłanki w nim określone, a za takie należy uznać ww. okoliczności związane z odstąpieniem od umowy przez Gminę Siemianowice Śląskie.

W związku z tym zarzut podlega uwzględnieniu.

Ad zarzut nr 4 dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a oraz pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 110 ust. 1, art. 109 ust. 1 pkt 7 i/lub 8, art. 111 pkt 4 oraz art. 3 ust. 1 uznk i art. 14 ust. 1 uznk,

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp *zamawiający odrzuca ofertę jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*

Zgodnie z art. 3 ust. 1 uznk *czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.*

Zgodnie z art. 14 uznk *czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody.*

Przepis 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp zawiera samodzielną przesłankę odrzucenia oferty.

*Skład orzekający Izby podziela stanowisko wyrażone w*wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 21 lutego 2022 r., KIO 265/21, zgodnie z którym: *Czyn nieuczciwej konkurencji to nie tylko zachowanie niezgodne z prawem, czy warunkami postępowania o udzielenie zamówienia, ale także takie zachowanie wykonawcy, która podlega nagannej ocenie moralnej z punktu widzenia klauzuli generalnej jakimi są dobre obyczaje. Generalnie dobre obyczaje powinny wyrażać się w szacunku dla drugiej strony, uczciwości, rzetelności, zaufaniu, lojalności, szczerości, fachowości, poszanowaniu godności, prywatności, interesów drugiej strony czy niewprowadzaniu w błąd*. Jak słusznie zostało stwierdzone w wyroku Izby z 21 sierpnia 2024 r., KIO 2701/24 *ustawa Prawo zamówień publicznych zakazuje składania ofert w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Definicja czynu nieuczciwej konkurencji jest definicją nieostrą, a wymieniony w przepisach ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji katalog przykładowych czynów nieuczciwej konkurencji jest katalogiem otwartym. Znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.* Za wyrokiem Izby z 2 kwietnia 2024 r. KIO 802/24, należy stwierdzić, że *wykonawca, który oświadcza nieprawdę celem potwierdzenia spełniania wymagań postępowania, dopuszcza się działania sprzecznego z dobrymi obyczajami, które wymagają kierowania się prawdą. Działanie takie narusza interes innych przedsiębiorców, którzy konkurując z nierzetelnym wykonawcą tracą szansę na uczciwe uzyskanie zamówienia. W takiej sytuacji narażony jest również interes zamawiającego, który wybrał do realizacji zamówienia wykonawcę, który nie posiada odpowiednich zdolności i kompetencji do jego zrealizowania.* W ocenie składu orzekającego Izby, analogicznie należy traktować działanie wykonawcy, jeżeli zataja on w ofercie informacje mające istotne znaczenie dla oceny podlegania wykluczeniu z postępowania na wskazanych przez zamawiającego podstawach, skutkujące mylnym wyobrażeniem po stronie zamawiającego co do sytuacji danego wykonawcy.

Jak wynika ze stanowiska Przystępującego, wezwany przez Zamawiającego do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, w związku z informacjami przekazanymi przez Odwołującego, a dotyczącymi przewidzianych w postępowaniu podstaw wykluczenia wykonawcy, dał wyraz temu, że przed złożeniem oferty miał wiedzę o odstąpieniu od umowy przez Gminę Siemianowice Śląskie ze wskazaniem na przyczyny leżące po jego stronie, jak też o naliczeniu kary umownej przez tego zamawianego w związku z tą umową. Potwierdza to, że świadomie złożył w ofercie oświadczenie, które obiektywnie wywołuje mylne wyobrażenie na temat jego sytuacji, bowiem nie przedstawia informacji, które według oświadczenia innego zamawiającego, zawartego w odstąpieniu od umowy oraz okoliczności z tym związanych, wpisują się potencjalnie w przesłanki wskazane w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, co powinno być zbadane i ocenione przez Zamawiającego (a nie Wykonawcę) w związku z przewidzeniem w SWZ tej przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Takie działanie Wykonawcy należy uznać za działanie sprzeczne co najmniej z dobrymi obyczajami, bowiem narusza interes innych przedsiębiorców, którzy konkurując w tym postępowaniu tracą szansę na uzyskanie zamówienia, jak też naraża interes zamawiającego, który wybrał do realizacji zamówienia wykonawcę, który nierzetelnie złożył ofertę. Należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwania co do skrupulatności i rzetelności przy wypełnianiu przez

wykonawców oświadczeń na potrzeby postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Brak wskazania w oświadczeniu składanym wraz z ofertą zdarzenia potencjalnie wpisującego się w przesłanki wykluczenia z postępowania należy uznać za próbę uniknięcia badania przez Zamawiającego pod względem zaistnienia podstaw do wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty, a w konsekwencji za próbę uniknięcia takich potencjalnych, niekorzystnych dla Wykonawcy decyzji Zamawiającego. Takie działanie Wykonawcy nie wpisuje się w zasady obowiązujące na gruncie zamówień publicznych, w tym zasadę przejrzystości, jak też jest to działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami, bowiem zagraża interesowi innych wykonawców w postępowaniu, którzy złożyli rzetelnie swoje oferty.

W związku z tym zarzut podlega uwzględnieniu.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp: *Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.*

W myśl art. 17 ust. 2 ustawy Pzp *zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.*

Zarzuty dotyczące naruszenia ww. przepisów są związane z pozostałymi zarzutami odwołania. Wobec potwierdzenia się zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, potwierdziły się również zarzuty dotyczące wyboru oferty złożonej przez Przystępującego.

Stosownie do art. 552 ust. 1 Pzp 1. *Wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.* Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.*

W analizowanej sprawie, w zakresie zarzutów nr 1, 3 i 4, zostało wykazane naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W związku z tym odwołanie podlegało uwzględnieniu.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.*

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b § 7 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba odstąpiła od rozdzielenia kosztów postępowania z uwagi na okoliczności sprawy, w szczególności wagę uwzględnionych zarzutów dla rozstrzygnięcia odwołania.

Przewodnicząca: ……..……