

WYROK

Warszawa, dnia 17 lipca 2026 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Bienias
Adriana Urbanik
Anna Wojciechowska
Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 maja 2026 r. przez wykonawcę **Unibep S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim** w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu**,

A. przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego wykonawcy **Mirbud S.A. z siedzibą w Skierniewicach**,
B. przy udziale uczestnika po stronie odwołującego wykonawcy **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie**
orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Unibep S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim** i

2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Unibep S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim**, tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

2.2. Zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 2602/26

Uzasadnienie

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, pn. „Zaprojektowanie i rozbudowa drogi krajowej nr 25 na odcinku Kokanin z węzłem – Biskupice Ołoboczne (obwodnica Kalisza)”, nr ref.: OPO.D-3.2410.8.2025.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 829889-2025 w dniu 15 grudnia 2025 r.

W dniu 29 maja 2026 r. wykonawca Unibep S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechania czynności Zamawiającego polegających na:

1) dokonaniu wyboru oferty MIRBUD S.A. (dalej jako: „MIRBUD”) pomimo tego, że to oferta Odwołującego powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza;

2) zaniechaniu wykluczenia MIRBUD z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp, pomimo że wykonawca z przyczyn leżących po jego stronie w znacznym stopniu lub zakresie nienależycie wykonał istotne zobowiązania wynikające z wcześniejszych umów w sprawie zamówień publicznych z (i) Generalnym Dyrektorem Dróg Krajowych i Autostrad oraz (ii) Sądem Apelacyjnym we Wrocławiu, co doprowadziło do nałożenia kar umownych stanowiących sankcje porównywalne z odszkodowaniem oraz realizacji uprawnień wynikających z rękojmi lub gwarancji, a okoliczności te pozostawały relewantne dla oceny rzetelności wykonawcy i jego zdolności do należytego wykonania zamówienia;

3) zaniechaniu wykluczenia MIRBUD z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp, pomimo że wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji dotyczących podstaw wykluczenia, zatajając istotne informacje dotyczące wcześniejszych

sankcji kontraktowych, kar umownych, realizacji uprawnień z rękojmi lub gwarancji oraz innych okoliczności związanych z wykonywaniem wcześniejszych umów w sprawie zamówień publicznych z (i) Generalnym Dyrektorem Dróg Krajowych i Autostrad oraz (ii) Sądem Apelacyjnym we Wrocławiu, które mogły mieć wpływ na ocenę jego sytuacji podmiotowej;

4) zaniechaniu wykluczenia MIRBUD z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp, pomimo że wykonawca w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu, względnie zataił informacje istotne dla oceny podstaw wykluczenia, nie ujawniając w JEDZ oraz pozostałych składanych oświadczeniach okoliczności związanych z wcześniejszymi karami umownymi, sankcjami kontraktowymi oraz realizacją uprawnień wynikających z rękojmi lub gwarancji związanymi z wykonywaniem wcześniejszych umów w sprawie zamówień publicznych z (i) Generalnym Dyrektorem Dróg Krajowych i Autostrad oraz (ii) Sądem Apelacyjnym we Wrocławiu;

5) zaniechaniu odrzucenia oferty MIRBUD na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, pomimo że treść tej oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, w szczególności w zakresie zgodności proponowanych rozwiązań z decyzją o środowiskowych uwarunkowaniach (DŚU) oraz wymaganiami Programu Funkcjonalno-Użytkowego (PFU), a nadto wobec warunkowego charakteru zobowiązania ofertowego MIRBUD, wynikającego z systematycznego zastrzegania przez tego wykonawcę możliwości zmiany przyjętych rozwiązań technicznych na etapie realizacji zamówienia, w tym deklarowanej konieczności uzyskania nowej lub zmienionej decyzji środowiskowej;

6) zaniechaniu wezwania MIRBUD na podstawie art. 223 ust. 1 oraz art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia dalszych wyjaśnień dotyczących treści oferty oraz sposobu kalkulacji ceny ofertowej, pomimo istnienia licznych i obiektywnych wątpliwości co do tego, jakie rozwiązania projektowe, techniczne i technologiczne zostały rzeczywiście przyjęte do oferty i uwzględnione w cenie ofertowej, w szczególności w zakresie (i) niwelety trasy głównej, (ii) bilansu robót ziemnych, (iii) geometrii Węzła nr 4, (iv) przebiegu łącznicy względem gazociągu i wiaduktu, (v) zgodności urządzeń odwodnieniowych z granicami decyzji środowiskowej, (vi) sposobu rozwiązania kolizji branżowych oraz zgodności przyjętych rozwiązań z PFU, odpowiedziami Zamawiającego, stanowiskami branżowymi i koncepcją programową, podczas gdy z wyjaśnień MIRBUD wynikało, że zasadnicze elementy inwestycji mają zostać dopiero ustalone lub zweryfikowane na etapie projektowania, uzgodnień branżowych albo prac przygotowawczych, co uniemożliwiało Zamawiającemu ustalenie rzeczywistej treści oferty oraz ocenę prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej;

7) prowadzeniu Postępowania w sposób naruszający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) **art. 239 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez dokonanie wyboru oferty MIRBUD z Postępowania pomimo tego, że to oferta Odwołującego powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza;

2) **art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp** poprzez zaniechanie wykluczenia MIRBUD z Postępowania, pomimo że wykonawca z przyczyn leżących po jego stronie w znacznym stopniu lub zakresie nienależycie wykonał istotne zobowiązania wynikające z wcześniejszych umów w sprawie zamówień publicznych z (i) Generalnym Dyrektorem Dróg Krajowych i Autostrad oraz (ii) Sądem Apelacyjnym we Wrocławiu, co doprowadziło do nałożenia kar umownych stanowiących sankcje porównywalne z odszkodowaniem oraz realizacji uprawnień wynikających z rękojmi lub gwarancji, a okoliczności te pozostawały relewantne dla oceny rzetelności wykonawcy i jego zdolności do należytego wykonania zamówienia;

3) **art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp** poprzez zaniechanie wykluczenia MIRBUD z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp, pomimo że wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji dotyczących podstaw wykluczenia, zatajając istotne informacje dotyczące wcześniejszych sankcji kontraktowych, kar umownych, realizacji uprawnień z rękojmi lub gwarancji oraz innych okoliczności związanych z wykonywaniem wcześniejszych umów w sprawie zamówień publicznych z (i) Generalnym Dyrektorem Dróg Krajowych i Autostrad oraz (ii) Sądem Apelacyjnym we Wrocławiu, które mogły mieć wpływ na ocenę jego sytuacji podmiotowej;

4) **art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp** poprzez zaniechanie wykluczenia MIRBUD z Postępowania, pomimo że wykonawca w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu, względnie zataił informacje istotne dla oceny podstaw wykluczenia, nie ujawniając w JEDZ oraz pozostałych składanych oświadczeniach okoliczności związanych z wcześniejszymi karami umownymi, sankcjami kontraktowymi oraz realizacją uprawnień wynikających z rękojmi lub gwarancji związanymi z wykonywaniem wcześniejszych umów w sprawie zamówień publicznych z (i) Generalnym Dyrektorem Dróg Krajowych i Autostrad oraz (ii) Sądem Apelacyjnym we Wrocławiu;

5) **art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp** poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MIRBUD na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, pomimo że treść tej oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, w szczególności w zakresie zgodności proponowanych rozwiązań z decyzją o środowiskowych uwarunkowaniach (DŚU) oraz wymaganiami Programu

Funkcjonalno-Użytkowego (PFU), a nadto wobec warunkowego charakteru zobowiązania ofertowego MIRBUD wynikającego z systematycznego zastrzegania przez tego wykonawcę możliwości zmiany przyjętych rozwiązań technicznych na etapie realizacji zamówienia, w tym deklarowanej konieczności uzyskania nowej lub zmienionej decyzji środowiskowej;

a ewentualnie

6) **art. 223 ust. 1 oraz art. 224 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez zaniechanie wezwania MIRBUD do złożenia dalszych wyjaśnień dotyczących treści oferty oraz sposobu kalkulacji ceny ofertowej, pomimo istnienia licznych i obiektywnych wątpliwości co do tego, jakie rozwiązania projektowe, techniczne i technologiczne zostały rzeczywiście przyjęte do oferty i uwzględnione w cenie ofertowej, w szczególności w zakresie (i) niwelety trasy głównej, (ii) bilansu robót ziemnych, (iii) geometrii Węzła nr 4, (iv) przebiegu łącznicy względem gazociągu i wiaduktu, (v) zgodności urządzeń odwodnieniowych z granicami decyzji środowiskowej, (vi) sposobu rozwiązania kolizji branżowych oraz zgodności przyjętych rozwiązań z PFU, odpowiedziami Zamawiającego, stanowiskami branżowymi i koncepcją programową, podczas gdy z wyjaśnień MIRBUD wynikało, że zasadnicze elementy inwestycji mają zostać dopiero ustalone lub zweryfikowane na etapie projektowania, uzgodnień branżowych albo prac przygotowawczych, co uniemożliwiało Zamawiającemu ustalenie rzeczywistej treści oferty oraz ocenę prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej;

7) **art. 16 pkt. 1 – 3 ustawy Pzp** poprzez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Opierając się na przedstawionych zarzutach Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie wyboru oferty MIRBUD jako oferty najkorzystniejszej;
- 2) przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert;
- 3) wykluczenie MIRBUD z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7), 8) oraz 10) ustawy Pzp a w konsekwencji uznanie oferty tego wykonawcy za odrzuconą na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp;
- 4) odrzucenie oferty MIRBUD na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp;

a ewentualnie

5) wezwanie MIRBUD do złożenia dodatkowych wyjaśnień na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę Unibep S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 14 czerwca 2026 r. (pismo z dnia 14 czerwca 2026 r.) wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Mirbud S.A. z siedzibą w Skierniewicach.

Izba stwierdziła, że ww. Przystępujący zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego skutecznie przystąpił wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie.

Izba stwierdziła, że ww. Przystępujący zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść odwołującego.

Przystępujący - Mirbud S.A. z siedzibą w Skierniewicach - pismem z dnia 15 czerwca 2026 r. wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 16 pkt 1-3 ustawy PZP, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, 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.

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;

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP, Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

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

Zgodnie z art. 223 ust 1 ustawy PZP, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i , dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy PZP, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego (Mirbud S.A) , konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, a także uczestnika postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, *tj.* ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony i przystępującego, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba zważyła, iż zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- 1)art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia MIRBUD z Postępowania, pomimo że wykonawca z przyczyn leżących po jego stronie w znacznym stopniu lub zakresie nienależycie wykonał istotne zobowiązania wynikające z wcześniejszych umów w sprawie zamówień publicznych z (i) Generalnym Dyrektorem Dróg Krajowych i Autostrad oraz (ii) Sądem Apelacyjnym we Wrocławiu, co doprowadziło do nałożenia kar umownych stanowiących sankcje porównywalne z odszkodowaniem oraz realizacji uprawnień wynikających z rękojmi lub gwarancji, a okoliczności te pozostawały relewantne dla oceny rzetelności wykonawcy i jego zdolności do należytego wykonania zamówienia,
- 2)art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia MIRBUD z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp, pomimo że wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji dotyczących podstaw wykluczenia, zatajając istotne informacje dotyczące wcześniejszych sankcji kontraktowych, kar umownych, realizacji uprawnień z rękojmi lub gwarancji oraz innych okoliczności związanych z wykonywaniem wcześniejszych umów w sprawie zamówień publicznych z (i) Generalnym Dyrektorem Dróg Krajowych i Autostrad oraz (ii) Sądem Apelacyjnym we Wrocławiu, które mogły mieć wpływ na ocenę jego sytuacji podmiotowej;
- 3)art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia MIRBUD z Postępowania, pomimo że wykonawca w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu, względnie zataił informacje

istotne dla oceny podstaw wykluczenia, nie ujawniając w JEDZ oraz pozostałych składanych oświadczeniach okoliczności związanych z wcześniejszymi karami umownymi, sankcjami kontraktowymi oraz realizacją uprawnień wynikających z rękojmi lub gwarancji związanymi z wykonywaniem wcześniejszych umów w sprawie zamówień publicznych z (i) Generalnym Dyrektorem Dróg Krajowych i Autostrad oraz (ii) Sądem Apelacyjnym we Wrocławiu,

są w ocenie Izby niezasadne.

Izba w pierwszej kolejności zważa, iż Zamawiający w pkt 9.2 SWZ wskazał, że: „Dodatkowo Zamawiający wykluczy Wykonawcę:

7) 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 umowę koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady;

8) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że niepodlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych;

10) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia”.

Izba zważa, iż Przystępujący w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia (JEDZ) w części III pkt: Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi, na pytanie: *Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?*, Przystępujący odpowiedział „TAK”, wskazując: „Wykonawca wskazuje w Załączniku do JEDZ okoliczności związane z nałożeniem kary umownej na Wykonawcę, która jednak z uwagi na brak ziszczenia się okoliczności, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp nie może stanowić podstawy wykluczenia Wykonawcy z postępowania”.

Jednocześnie Przystępujący do JEDZ dołączył załącznik nr 1 (Wyjaśnienia Wykonawcy dotyczące treści Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia składanego w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w których przewidziano podstawę wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Informacja dodatkowa do odpowiedzi w JEDZ w Części III lit. C), w którym wskazał, iż: „brak jest podstaw do uznania, że w stosunku do Wykonawcy ziszczyły się okoliczności z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Niniejszy dokument ma charakter informacyjny oraz czyni zadość aktualnemu stanowisku Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych, zgodnie z którym udział wykonawcy w postępowaniu ma mieć charakter transparentny oraz powinien umożliwiać Zamawiającemu samodzielne zweryfikowanie wszystkich istotnych okoliczności potwierdzających, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania”.

Izba zważa, iż Przystępujący ww. dokumencie wskazał przypadek naliczenia kary umownej wynikającej z Umowy nr IM.272.5.1.2U.2022 z 29.03.2022 r., która odnosiła się do postępowania, pn. „Budowa Zbiorczej Drogi Południowej w Legnicy — Etap III od al. Rzeczypospolitej do ul. Sikorskiego. Przystępujący między innymi wskazał, że przedmiot zamówienia został wykonany w całości, odebrany bez istotnych zastrzeżeń i znajduje się w użytkowaniu zamawiającego, a żądanie zapłaty kary umownej w wysokości 14.609.270,85 zł zarówno co do zasady, jak i wysokości zostało zakwestionowane.

Następnie, na wezwanie Zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych z dnia 8 kwietnia 2026 r. na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy PZP, Przystępujący w dniu 15 kwietnia 2026 r. złożył aktualizację oświadczenia w zakresie istnienia wobec wykonawcy przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, tj. Załącznik nr 1 do OŚWIADCZENIA wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp (Nota informacyjna), oświadczając:

„Aktualizacja pkt „III. Przypadki naliczenia kar umownych” pisma

2) Umowa nr 292/32/2023 z 1 grudnia 2023 r.

1. Wykonawca, jako partner Konsorcjum, wspólnie ze spółką KOBYLARNIA S. A., jako liderem Konsorcjum, w dniu 1 grudnia 2023 r, zawarł umowę nr 292/32/2023 pn. „Rozbudowa ciągu dróg powiatowych: nr 2911W Goślice – Smolino – Sędek – Kłaki – Drobin i 2920W Opatówiec

– Zagroba” z Powiatem Płockim (dalej „Umowa”). Zawarta Umowa przewidywała wynagrodzenie ryczałtowe brutto za wykonanie całego zakresu przedmiotu zamówienia (prace projektowe i przygotowawcze i realizacja robót) w wysokości 72 112 953, 49 zł. Udział MIRBUD S.A. w Konsorcjum wynosił 99%. Zgodnie z Aneksem nr 2 z dnia 30 maja 2025 r. postanowiono, że całość przedmiotu Umowy (z wyjątkiem gwarancji i rękojmi) wykonana zostanie w terminie nie

dłuższym niż 36 miesięcy od dnia zawarcia Umowy. Postanowiono również, że termin realizacji Etapu I (prace projektowe i przygotowawcze) to 24 miesiące od dnia zawarcia Umowy, z kolei termin realizacji Etapu II (realizacja robót budowlanych) to 36 miesięcy od dnia zawarcia Umowy. Pierwszy z Etapów – prace projektowe i przygotowawcze – został przez Konsorcjum zrealizowany. W dniu 13 lutego 2026 r. dokonano odbioru częściowego, w którym Powiat Płocki potwierdził zgodność wykonanych robót z dokumentacją kontraktową. Wartość odebranej części przedmiotu Umowy wyniosła 27 341 497, 44 zł.

2. W dniu 3 marca 2026 r. KOBYLARNIA S. A., jako lider konsorcjum otrzymała od Powiatu Płockiego – Zarządu Dróg Powiatowych w Płocku informację o naliczeniu kar umownych, m. in. o treści jak poniżej:

„1. Kara umowna za zwłokę w wykonaniu Etapu I Przedmiotu umowy

Zgodnie § 12 ust. 1 pkt 1) Umowy, w przypadku przekroczenia terminu wykonania któregośkolwiek z etapów, określonego w § 2 ust. 2 umowy, za każdy dzień zwłoki naliczana jest kara w wysokości 0,01 % kwoty netto, określonej w § 3 ust. 1 umowy.

Termin umowny na zakończenie Etapu I, zgodnie z Aneks nr 2 z dnia 30 maja 2025 roku do Umowy, został określony na dzień 1 grudnia 2025 r. Faktyczne zakończenie i odbiór nastąpił w dniu 13 lutego 2025 r. Zwłoka w wykonaniu Etapu I wynosi zatem 74 dni.

•Wartość netto umowy: 58.628.417,47 zł

•Stawka kary za dzień zwłoki: 0,01 % x 58.628.417,47 zł= 5.862,84 zł

•Liczba dni zwłoki: 74

•Wysokość kary: 74 x 5.862,84 zł= 433.850,16 zł”

(...)

„Informujemy, że naliczone kary umowne podlegają potrąceniu w ramach końcowego rozliczenia zadania”.

3. Konsorcjum KOBYLARNIA S. A. i MIRBUD S. A. kwestionuje zasadność i prawidłowość naliczenia kary umowne. Konsorcjum stoi na stanowisku, że ewentualne niedochowanie terminu, o ile w ogóle nastąpiło, było niezależne od Konsorcjum (przedłużające się procedury administracyjne) lub przyczyny leżą wyłącznie po stronie Zamawiającego (podejmowane decyzje w toku realizacji).

4. Niezależnie od tego, że Konsorcjum KOBYLARNIA S. A. i MIRBUD S. A. kwestionuje swoją odpowiedzialność z niedochowanie terminu realizacji Etapu I, to jednocześnie wskazać należy, że termin końcowy jeszcze nie upłynął. Tymczasem, zgodnie z § 12 ust. 3 Umowy „W przypadku dotrzymania przez Wykonawcę terminu końcowego realizacji Przedmiotu umowy, Zamawiający zastrzega możliwość odstąpienia od obciążenia Wykonawcy karami umownymi za zwłokę w wykonaniu poszczególnych etapów, określonych w § 2 ust. 2 umowy”. Postanowienie to potwierdza, że sam Zamawiający nadał przedmiotowej karze charakter stymulacyjny/prewencyjny a nie kompensacyjny (odszkodowawczy). Nie można w tym przypadku zapominać, że nie każda kara umowna będzie mieścić się w katalogu sankcji wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W katalogu zdarzeń uzasadniających wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp mieścić się jedynie kara mająca charakter odszkodowawczy, co zostało wskazane w stanowisku Wykonawcy z dnia 18 lutego 2026 r. Ze względu na fakt, że przesłanek wykluczenia, jako sankcji quasi karnych, nie można wyklądać rozszerzająco, już nieziszczenie się jednej z kumulatywnych przesłanek odpowiedzialności wykonawcy (brak odszkodowawczego charakteru kary, czy też brak okoliczności długotrwałego nienależytego wykonywania przedmiotu zamówienia), potwierdza, że nie ma podstaw do wykluczenia Wykonawcy”.

Izba zważyła, iż istota sporu w ramach zarzutów nr 2-4 opierała się na tym, iż zdaniem Odwołującego, Przystępujący złożył w JEDZ oraz w Nocie Informacyjnej z dnia 15 kwietnia 2026 r.: „informacje niepełne i selektywne, zatajając przed Zamawiającym istotne okoliczności dotyczące swojej historii kontraktowej. W szczególności MIRBUD nie ujawnił wielokrotnych kar umownych naliczonych przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w ramach co najmniej trzech (3) kontraktów infrastrukturalnych (budowa drogi ekspresowej S1, budowa drogi ekspresowej S74, budowa obwodnicy Olesna). Kary te nie dotyczyły drobnych uchybień formalnych, lecz powtarzających się naruszeń obowiązków o istotnym znaczeniu dla prawidłowej realizacji zamówień publicznych - nieprzedłożenia w terminie umów podwykonawczych, nieterminowej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom oraz braku zatrudnienia na umowę o pracę kluczowego personelu. Łączna wysokość kar naliczonych w samym kontrakcie S1 sięga prawie pół miliona złotych, a analogiczne naruszenia powtórzyły się w kolejnych kontraktach, co świadczy o systemowym charakterze uchybień. MIRBUD zataił również karę umowną naliczoną przez Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w związku z naruszeniem obowiązków dotyczących ochrony informacji niejawnych, skutkującym cofnięciem przez ABW świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, a także fakt korzystania przez tego zamawiającego z uprawnień wynikających z gwarancji i rękojmi”.

W pierwszej kolejności, Izba zważyła, iż Odwołujący odnosi się do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 stycznia 2026 r. o sygn. akt KIO 4908/25, KIO 5105/25, KIO 5144/25, KIO 5152/25, w postępowaniu prowadzonym przez PKF Polskie Linie Kolejowe S.A. dotyczącym realizacji inwestycji E75 Rail Baltica, w którym to wyroku Izba nakazała

wykluczenie oraz odrzucenie konsorcjum TORPOL-MIRBUD na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy PZP, w związku z nieujawnieniem przez MIRBUD S.A. kary administracyjnej w wysokości 15 000 zł nałożonej za naruszenie obowiązków z zakresu ochrony środowiska.

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, a co pomija Odwołujący, że w sprawie Rail Baltica wykluczenie konsorcjum TORPOL-MIRBUD nie było związane z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, lecz z art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c, zgodnie z którym, *z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę wobec którego wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska, prawa pracy lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym, jeżeli wymierzono tą decyzją karę pieniężną.*

Należy zauważyć, że w przypadku art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c nie jest badana funkcja nałożonej kary w przeciwieństwie do kary, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, która odnosi się do odszkodowawczego jej charakteru. Nie można również tracić z pola widzenia, że wyrok Krajowej Izby Odwoławczej pod sygn. akt KIO 5144/25 został zaskarżony do Sądu Okręgowego w Warszawie, zaś co do samej kary środowiskowej został wydany korzystny dla Przystępującego wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego, co kompletnie pomija Odwołujący w treści odwołania.

Tym samym, w ocenie Izby, powoływanie się przez Odwołującego na sprawę Rail Baltica jest irrelewantne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Podobnie ma się sytuacja w sprawie dotyczącej zatajenia przez Budimex S.A. informacji na temat kar nałożonych w ramach umowy realizowanej na rzecz Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodnego i Kanalizacyjnego i powołanego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej przez Odwołującego w tej samej sprawie. Należy bowiem zauważyć, że w wyroku z dnia 24 listopada 2025 r. o sygn. akt KIO 4225/25, Izba stwierdziła, że: „w złożonych dokumentach JEDZ, jak również załącznikach do JEDZ zataił informację o dochodzeniu od niego przez MPWiK odszkodowania w wysokości 55 253 509,84 złotych. BUDIMEX ograniczył się do poinformowania o równoległym nałożeniu w ramach wykonywania tego samego kontraktu kary umownej opiewającej na kwotę 7 683 694,75 złotych”. Oznacza to, że Izba w ww. wyroku uznała, że kara umowna w wysokości 55 253 509,84 złotych stanowiła roszczenie odszkodowawcze, co jest w ocenie Izby warunkiem sine qua non art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP. Tym samym, Budimex S.A. podlegał wykluczeniu z uwagi na fakt zatajenia nie jakiegokolwiek kary umownej, lecz kary umownej o charakterze odszkodowawczym.

W ocenie Izby, również powoływane przez Odwołującego w treści odwołania pozostałe orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, gdyż dotyczą albo kar o charakterze odszkodowawczym, albo dotyczą sytuacji całkowicie odmiennej od niniejszej sprawy, tj. brak poinformowania Zamawiającego o odstąpieniu od wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, w związku z rozwiązaniem umowy.

Niezależnie od powyższego, Izba w tym miejscu odnieść się do wskazanych przez Odwołującego kar umownych nałożonych na Przystępującego w związku z realizacją umów w sprawie zamówienia publicznego. I tak na podstawie przedłożonego dowodu przez Odwołującego w postaci pisma Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 10 lutego 2026 r. wynika, iż wobec Mirbud S.A. zostały naliczone następujące kary umowne wynikające z poniższych umów:

„1. Umowa nr O.KA.D-3.2410.3.2018 z 10 października 2019 r. na budowę drogi ekspresowej S1 na odcinku od Przybędzy do Miłówki. Zamawiający w okresie trzech ostatnich lat naliczył kary umowne z tytułu:

- nieprzedłożenia w terminie poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy podwykonawczej, w wysokości 100 000,00 zł,
- nieterminowej zapłaty wynagrodzenia Podwykonawcy, w wysokości 25 000,00 zł.
- nieprzedłożenia w terminie poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy podwykonawczej, w wysokości 50 000,00 zł.
- nieprzedłożenia w terminie poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy podwykonawczej, w wysokości 275 000,00 zł.

2. Umowa nr 12/13/RR.2021/22 z 9 marca 2022 r. na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla drogi ekspresowej S74 na odcinku Przełom – Mniów – Kielce.

Zamawiający w okresie trzech ostatnich lat naliczył karę umowną z tytułu nieterminowej zapłaty wynagrodzenia Podwykonawcy, w wysokości 260,09 zł.

3. Umowa nr 83/2018 z 20 maja 2019 r. na zaprojektowanie i budowę obwodnicy Olesna w ciągu drogi krajowej nr 11.

Zamawiający w okresie trzech ostatnich lat naliczył kary umowne z tytułu:

- braku zatrudnienia na umowę o pracę Kierownika Robót Drogowych, w wysokości 20 000,00 zł,
- nieprzedłożenia w terminie poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy podwykonawczej, w wysokości 75 000,00 zł.
- nieterminowej zapłaty wynagrodzenia Podwykonawcy, w wysokości 25 000,00 zł.”

Powyższe potwierdza także dowód Odwołującego w postaci pisma Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 8 lipca 2026 r., a także dowody wykonawcy Mirbud S.A. w postaci not księgowych i noty obciążeniowej.

Z kolei z dowodu w postaci pisma Prezesa Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 22 stycznia 2026 r. wynika, iż wobec Mirbud S.A zostały naliczone następujące kary umowne wynikające z poniższej umowy:

„w związku z Umową nr 42/2021/A z dnia 11.08.2021 r. § 15 ust. 2 pkt 18 Wykonawca został obciążony karą tytułem naruszenia przewidzianych w Umowie obowiązków związanych z ochroną informacji niejawnych, w związku z cofnięciem przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego posiadanego bezpieczeństwa przemysłowego potwierdzającego zdolność do ochrony informacji niejawnych o klauzuli „Poufne”;

- odszkodowania nie były wypłacane;

- zamawiający korzysta z uprawnień wynikających z gwarancji lub rękojmi. Wykonawca usuwa w ramach gwarancji na bieżąco wady, które powstają w trakcie eksploatacji przekazanego do użytku budynku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu przy ul. T. Zielińskiego 1;

- zamawiający nie korzystał z instytucji wykonawstwa zastępczego;

- kara w wysokości 25.000 zł tytułem naruszenia przewidzianych w Umowie obowiązków związanych z ochroną informacji niejawnych została rozliczona w dniu 12.12.2024 r. na podstawie oświadczenia o potrąceniu. Wykonawca w skierowanym do Zamawiającego piśmie kwestionował podstawy naliczenia kary umownej;

- wobec Wykonawcy nie toczą się sądowe spory o zapłatę związaną z wykonywaniem umowy na rzecz Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu”.

W pierwszej kolejności, Izba zważy, iż zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależyte wykonał albo długotrwale nienależyte 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.

Izba zważy, iż podstawa do wykluczenia wykonawcy z postępowania w oparciu o ww. przepis aktualizuje się w przypadku, gdy niewykonanie, nienależyte wykonanie czy długotrwale nienależyte wykonywanie istotnego zobowiązania umownego doprowadzi co najmniej do jednej z następujących sytuacji: do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Przepis ten stanowi implementację do krajowego porządku prawnego art. 57 ust. 4 lit. g dyrektywy klasycznej, zgodnie z którym instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy, jeżeli wykonawca wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym lub wcześniejszej umowy w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji.

Tak więc wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP jest dopuszczalne jedynie w przypadku zajścia wszystkich określonych w tym przepisie przesłanek łącznie, a ponadto przesłanki te nie mogą być rozumiane dowolnie. Dla wykluczenia wykonawcy nie jest zatem wystarczające, że doszło do dochodzenia odszkodowania, do odstąpienia czy wypowiedzenia wcześniejszej umowy zawartej z wykonawcą, ale konieczne jest także m.in. wykazanie, że doszło do tego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy oraz że wykonawca nie wykonał lub nienależyte wykonywał zamówienie w znacznym stopniu lub zakresie lub długotrwale. Brak wystąpienia którejkolwiek przesłanki określonej w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP powoduje, że wykluczenie wykonawcy jest niedopuszczalne.

Nie można również zapominać, jaki jest cel dyspozycji art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP. W ocenie Izby, niewątpliwie, celem dyspozycji art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP jest możliwość wyeliminowania z postępowania wykonawców nierzetelnych, którzy z powodu nienależytej realizacji zamówień, utracili zaufanie zamawiającego i co do których istnieje ryzyko, że nie wykonają kolejnego zamówienia w sposób należyty (tak też: M. Jaworska (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. 6, 2025).

Przy czym, oczywistym jest, że wykonawca nie może być „sędzią we własnej sprawie” i zastępować Zamawiającego w ocenie przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP. Jednakże, patrząc przez pryzmat formularza JEDZw części III pkt C, zdaniem Izby obowiązkowi notyfikacji na gruncie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP podlegają wyłącznie te kary umowne, które wpisują się w hipotezę normy art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, a więc mają charakter odszkodowawczy. Nie dotyczy to więc kar o charakterze porządkowym, dyscyplinującym, motywującym, czy też zabezpieczającym.

Takie rozumienie korelacji między wypełnieniem oświadczenia w formularzu JEDZ a notyfikacją kar umownych potwierdza opinia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych: *Kara umowna w kontekście przesłanki wykluczenia wykonawcy z powodu nieprawidłowości w realizacji wcześniejszych umów a sposób wypełnienia JEDZ* z dnia 2 listopada 2022 r., w której wskazano: „Podkreślić należy jednak, że **nie każda kara umowna będzie mieścić się w katalogu**

sankcji wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W katalogu tym mieścić się będzie jedynie kara mająca charakter odszkodowawczy. Określane w umowach kary – w zależności od sposobu ukształtowania postanowień umownych – mogą bowiem pełnić różne funkcje, nie tylko funkcję kompensacyjną. Warto jednak mieć na uwadze, że to funkcja kompensacyjna (odszkodowawcza) jest uznawana za podstawową funkcję kary umownej, gdyż co do zasady kara ta stanowi surogat odszkodowania należnego z tytułu szkody spowodowanej naruszeniem zobowiązania niepieniężnego. Innymi słowy, sam fakt naliczenia kary umownej nie stanowi automatycznie podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania. (...) Należy zatem przyjąć, że kierując się wymogami przejrzystości postępowania, w oświadczeniu składanym na formularzu JEDZ wykonawca powinien poinformować zamawiającego o uprzednich nieprawidłowościach w realizacji umów, przy czym informacja ta powinna być skorelowana z przesłanką wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp (tj. wykluczenie z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, który 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). Skoro oświadczenie składane jest w związku z przesłanką wykluczenia określoną w ww. przepisie, to uwzględniając treść przepisu, w przywołanej wyżej części formularza JEDZ nie wskazuje się umów, przy których realizacji wystąpiły inne niż określone w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp okoliczności”.

Potwierdza powyższe także orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w tym między innymi wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 lutego 2024 r. o sygn. akt KIO 251/24, w którym Izba wskazała: *„W pierwszej kolejności wskazania wymaga, że zarówno art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, jak i formularz JEDZ wymagają przedstawienia tylko kar umownych o charakterze odszkodowawczym. Potwierdza to także powoływana już wyżej opinia UZP z 2 listopada 2022 r. Niewątpliwie kary umowne za nieprzedłożenie odpisu umowy podwykonawczej, programu czy raportu nie mają charakteru odszkodowawczego, a porządkowy, dyscyplinujący”.*

W podobnym duchu wypowiedziała się także Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 5 marca 2025 r. o sygn. akt KIO 562/25: *„Izba tym samym nie podzieliła argumentacji Odwołującego wskazującej na to, iż jeśli wykonawca został w przeszłości obciążony karami umownymi, to powinien on zawrzeć informacje w JEDZ o wszystkich zastosowanych wobec niego sankcjach, a nie samemu arbitralnie oceniać, o których sankcjach poinformuje Zamawiającego, a które pominie, czy tej że Zamawiający musi mieć możliwość uzyskania od wykonawcy pełnego spektrum informacji o zastosowanych wobec niego sankcjach oraz samodzielnie ocenić czy wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania. Izba w tym miejscu zwraca uwagę na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2024 r. sygn. akt XXIII Zs 142/23, który wskazuje w swoim stanowisku: „że nie każde rozwiązanie umowy w sprawie zamówienia publicznego i nie każde odszkodowanie lub kara stanowi zdarzenie, z którym ustawa wiąże obowiązek wykonawcy notyfikacji zamawiających w JEDZ, którego zaniechanie stanowić może podstawę wykluczenia. Obowiązek ten powinien być ograniczony do zdarzeń, które zgodnie z ustawą PZP stanowiły albo potencjalnie stanowić mogłyby i powinny podstawę wykluczenia. Interpretacja postanowienia JEDZ wskazana przez skarżącego oczekująca notyfikacji o każdym zdarzeniu opisanym w JEDZ prowadziłaby do nieuzasadnionego treścią PZP ani JEDZ - w tym także w świetle ratio legis przepisów (zapewnienie realizacji zamówień przez rzetelnych wykonawców) - obowiązku notyfikacji zamawiających o każdym rozwiązaniu umowy lub każdym nałożeniu kary umownej - odszkodowawczej. Niezasadne jest twierdzenie, że wykonawca (...) w oświadczeniu JEDZ powinien wskazać w zasadzie wszystkie przypadki zastosowania kar umownych, a ich niewymienienie w JEDZ stanowi o zatajeniu tych okoliczności przed zamawiającym i stanowi w istocie przesłankę wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy PZP”.*

Tym samym, Izba nie popiera argumentacji Odwołującego, że „aktualna linia orzecnicza KIO prowadzi do wniosku, iż nieujawnienie nawet pozornie „drobnych” kar administracyjnych lub umownych może zostać uznane za okoliczność uzasadniającą zastosowanie art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy PZP”, czy też „samo zaniechanie ujawnienia określonej informacji, nawet dotyczącej sankcji relatywnie niewielkiej wartości, może zostać ocenione jako naruszenie zasady transparentności oraz przejaw co najmniej niedbalstwa po stronie wykonawcy”.

Przenosząc powyższe do kanwę niniejszej sprawy, Izba w pierwszej kolejności odniesie się do kar umownych nałożonych na Przystępującego w związku z Umową nr O.KA.D-3.2410.3.2018 z 10 października 2019 r. na budowę drogi ekspresowej S1 na odcinku od Przybędzy do Miłówki.

Izba zważy, iż na podstawie ww. Umowy zostały naliczone kary umowne wobec nieprzedłożenia w terminie poświadczonych za zgodność z oryginałem kopii zawartych umów o podwykonawstwo w wysokościach: 100.000 zł, 50.000 zł oraz 275.000 zł – łącznie 17 przypadków oraz nieterminowej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy w wysokości 25.000 zł – 1 przypadek.

Przy czym, Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, iż z dowodów przedłożonych przez Odwołującego i Przystępującego wynika, iż nieprzedłożenie w terminie poświadczonych za zgodność z oryginałem kopii umów podwykonawczych dotyczyły umów najmu maszyn, np. wozu wierząco kotwiącego i stosunków między podwykonawcą – dalszym podwykonawcą lub dalszym podwykonawcą - dalszym podwykonawcą (nota księgowa -42, nota księgowa -1).

Taki sam stosunek podwykonawczy (podwykonawca-dalszy podwykonawca) wynikał z noty księgowej-63. Jedyne z noty księgowej- 48 wynika, iż kara umowna została naliczona z tytułu nieterminowej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy, czyli w stosunku wykonawca-podwykonawca.

Izba zważa, iż z dowodu w postaci „Szczególne warunki kontraktu” dla S1 wynika, iż zgodnie z Subklauzulą 8.7 lit. e) kara umowna zostanie nałożona na wykonawcę „za nieprzedłożenie do zaakceptowania Zamawiającemu projektu Umowy o podwykonawstwo (w tym również Umowy o podwykonawstwo z PUZ lub Podwykonawcami PUZ), której przedmiotem są roboty budowlane lub projektu jej zmiany, zgodnie z Subklauzulą 4.4 [Podwykonawcy] - w wysokości 25 000 PLN (słownie: dwadzieścia pięć tysięcy złotych) za każdy taki przypadek”, zaś w myśl w myśl Subklauzuli 8.7 lit. f) „za nieprzedłożenie w terminie poświadczony za zgodność oryginałem kopii zawartej Umowy o podwykonawstwo (w tym również Umowy o podwykonawstwo z PUZ lub Podwykonawcami PUZ) lub jej zmiany, zgodnie z Subklauzulą 4.4 [Podwykonawcy] - w wysokości 25 000 PLN (słownie: dwadzieścia pięć tysięcy złotych) za każdy taki przypadek.

Jednocześnie, w ww. Subklauzuli 8.7, wprowadzono zapis, iż: „Zamawiający zastrzega sobie prawo do żądania odszkodowania uzupełniającego przenoszącego wysokość Kar umownych do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody, powstałej lub mogącej powstać w związku z nienależytym wykonywaniem przez Wykonawcę Umowy”, przy czym, wbrew twierdzeniom Odwołującego, z ww. zapisu Umowy nie można wyciągać wniosek, że zapis Umowy wskazuje na odszkodowawczy charakter, a nie motywujący czy dyscyplinujący charakter wszystkich kar.

W ocenie Izby, ww. kary umowne nałożone na wykonawcę Mirbud S.A. miały charakter dyscyplinujący, porządkowy, a nie odszkodowawczy. Miały one bowiem za zadanie z dyscyplinować wykonawcę do terminowego wywiązywania się z obowiązków wynikających względem podwykonawców albo dalszych podwykonawców.

Nie można również tracić z pola widzenia, że Przystępujący ostatecznie przedłożył Zamawiającemu poświadczony za zgodność z oryginałem kopie zawartych umów o podwykonawstwo oraz dokonał zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy i w ostatecznym rachunku został podpisany z Przystępującym Protokół Odbioru Ostatecznego Robót z dnia 17 października 2025 r., z którego między innymi wynika, że: „W zakresie terminowości wykonania Robót – zgodnie z Umową tj. całkowite zakończenie Robót oraz gotowość do odbioru ostatecznego przekazane za pismem Wykonawcy nr M-0232/426765/2025 z dnia 14.10.2025 roku oraz potwierdzona wpisem do Dziennika Budowy nr 1/2019 tom I – roboty zakończono w dniu 05.09.2025 roku – Załącznik nr 3”, „W zakresie jakości wykonanych robót ocenionej na podstawie uzyskanych wyników badań – zgodnie z wymaganiami postawionymi w STWiORB z uwzględnieniem dokonanych potrąceń i proponowanych do potrącenia, zgodnie z instrukcją DP-T14 Ocena Jakości Robót – Załącznik nr 6”, co stanowi dowód przedłożony przez Przystępującego.

Tym samym, kary nałożone na Przystępującego nie były związane ani z terminowością wykonania Umowy nr O.KA.D-3.2410.3.2018 z 10 października 2019 r. na budowę drogi ekspresowej S1 na odcinku od Przybędzy do Miłówki, ani nie były związane z jakością jego wykonania, a w konsekwencji kary te nie stanowiły istotnej części zobowiązania umownego.

Poza tym, jak wskazywał Przystępujący w piśmie procesowym, nałożone kary umowne w łącznej wysokości 450 000,00 zł stanowią około 0,0266% kwoty 1 691 561 280,57 zł (tj. ponad półtora miliarda złotych) będącą maksymalną wartością zobowiązania wynikającą z Kontraktu S1, a tym samym w ocenie Izby, kary te nie stanowiły znacznej wartości, patrząc przez pryzmat zawartej Umowy.

Odnosząc się do Umowy nr 12/13/RR.2021/22 z 9 marca 2022 r. na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla drogi ekspresowej S74 na odcinku Przełom – Mniów – Kielce, Izba zważa, iż kara umowna została nałożona na Przystępującego, w związku z nieterminową zapłatą należnego wynagrodzenia przez podwykonawcę dalszemu podwykonawcy w kwocie 260,09 zł, co wynika z dowodu w postaci pisma Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 8 lipca 2026 r. i pisma Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 13 lutego 2025 r. wraz z notą obciążeniową nr 4052500010.

W ocenie Izby, kara ta nie ma charakteru odszkodowawczego (kompensacyjnego), w szczególności patrząc na wysokość tej kary w skali całego zamówienia publicznego. Jak wskazywał Przystępujący w piśmie procesowym „przedmiotowa kara umowna z wartością Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej wynoszącą - zgodnie z ofertą Przystępującego – 537.699.999,99 złotych brutto”, skutkuje w ocenie Izby tym, że kara ta nie tylko miała charakter porządkowy i bagatelny, ale co istotne, kara nałożona na Przystępującego nie była związana ani z terminowością wykonania Umowy nr 12/13/RR.2021/22 z 9 marca 2022 r. na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla drogi ekspresowej S74 na odcinku Przełom – Mniów – Kielce ani nie była związana z jakością jego wykonania, a w konsekwencji kara ta nie stanowiła istotnej części zobowiązania umownego.

Izba zważa, iż Odwołujący z dowodu w postaci „Warunki Szczególne Kontraktu” dla S74 wyprowadza tezę, iż zapisy dotyczące Subklauzuli 8.8 lit. h) – l) dotyczące kar umownych związanych z „podwykonawstwem” oraz zapis, iż:

„Zamawiający zastrzega sobie prawo do żądania odszkodowania uzupełniającego przenoszącego wysokość Kar umownych do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody, powstałej lub mogącej powstać w związku z nienależytym wykonywaniem przez Wykonawcę Umowy”, miałyby wynikać wnioski, że zapis Umowy wskazuje na odszkodowawczy charakter, a nie motywujący czy dyscyplinujący charakter wszystkich kar. Zdaniem Izby, w żaden sposób nie można z tego zapisu Umowy wyciągać wniosku taki, jak to widzi Odwołujący.

W ocenie Izby, kara umowna nałożona na wykonawcę Mirbud S.A. miała za zadanie zdyscyplinować wykonawcę do terminowego wywiązywania się z obowiązków wynikających względem podwykonawców (w tym przypadku w stosunku podwykonawca- dalszy podwykonawca).

Nie można również tracić z pola widzenia, iż przedmiotowa kara została w całości opłacona przez Przystępującego, na co wskazywał Przystępujący w piśmie procesowym.

Odnosząc się do Umowy nr 83/2018 z 20 maja 2019 r. na zaprojektowanie i budowę obwodnicy Olesna w ciągu drogi krajowej nr 11, Izba zważy, iż kary umowne zostały nałożone na Przystępującego, w związku z nieterminową zapłatą wynagrodzenia podwykonawcy w kwocie 25 000,00 zł wynikającej z zapisów Subklauzuli 4.4 (Podwykonawcy), za nieprzedłożenie w terminie poświadczonyj za zgodność z oryginałem kopii umowy podwykonawczej w wysokości 75 000,00 zł wynikającej z zapisów Subklauzuli 4.4 (Podwykonawcy) , za brak zatrudnienia na umowę o pracę Kierownika Robót Drogowych w wysokości 20 000,00 zł, co wynika z dowodu w postaci pisma Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 8 lipca 2026 r. i pisma Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 1 marca 2024 r. i 17 kwietnia 2024 r. oraz noty księgowej nr 4102300010.

W ocenie Izby, kary te nie miały charakteru odszkodowawczego (kompensacyjnego), w szczególności, że kary nałożone na Przystępującego nie były związane ani z terminowością wykonania Umowy nr 83/2018 z 20 maja 2019 r. na zaprojektowanie i budowę obwodnicy Olesna w ciągu drogi krajowej nr 11, ani nie były związane z jakością jego wykonania, a w konsekwencji kary te nie stanowiły istotnej części zobowiązania umownego.

Izba zważy, iż Odwołujący z dowodu w postaci „Szczególne Warunki Kontraktu” dla S11 wyprowadza tezę (podobnie, jak w przypadku Kontraktu S1 i S74), iż zapisy dotyczące Subklauzuli 8.7 dotyczące kar umownych związanychz „podwykonawstwem” oraz zapis, iż: „Zamawiający zastrzega sobie prawo do żądania odszkodowania uzupełniającego przenoszącego wysokość Kar umownych do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody, powstałej lub mogącej powstać w związku z nienależytym wykonywaniem przez Wykonawcę Umowy”, miałyby wynikać wnioski, że zapis Umowy wskazuje na odszkodowawczy charakter, a nie motywujący czy dyscyplinujący charakter wszystkich kar. Zdaniem Izby, w żaden sposób nie można z tego zapisu Umowy wyciągać wniosku taki, jak to widzi Odwołujący.

W ocenie Izby, kary umowne nałożone na wykonawcę Mirbud S.A. miały za zadanie zdyscyplinować wykonawcę do terminowego wywiązywania się z obowiązków wynikających z poszczególnych zobowiązań umownych. Oznacza to, że kary umowne za naruszenie obowiązków wobec podwykonawców/dalszych podwykonawców miały charakter motywujący i zabezpieczający, a nie odszkodowawczy. Potwierdza powyższe uchwała Sądu Najwyższego z dnia 30 czerwca 2020 roku, III CZP 67/19, z której wynika, iż: „Przepis art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. a p.z.p. został dodany - jako część wprowadzanych art. 143a-143d p.z.p., poświęconych podwykonawstwu - mocą art. 1 pkt 5 ustawy z dnia 8 listopada 2013 r. (Dz. U. z 2013 r. poz. 1473 - dalej "Nowelizacja"). Z uzasadnienia Nowelizacji wynika, że wprowadzane nią kary umowne miały pełnić przede wszystkim funkcję dyscyplinującą (stymulującą), a ustawodawca miał na względzie nie tylko - a nawet nie głównie - potrzebę ochrony interesu majątkowego podwykonawcy, ale przede wszystkim ochronę interesów zamawiającego, w tym mniej wymiernych i wykraczających poza sferę czysto prywatnoprawną, interesów majątkowych (niezakłócona realizacja zamówienia mającego zaspokajać potrzeby publiczne, komplikacje związane z koniecznością oceny należytego wykonania umowy podwykonawczej przed dokonaniem bezpośredniej zapłaty - por. art. 143c ust. 4-5) i niemajątkowych (zaufanie do organów władzy publicznej jako inwestorów). W orzecznictwie nie budzi zaś wątpliwości, że kara umowna może służyć także ochronie interesów niemajątkowych (por. uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r. - zasada prawna, III CZP 61/03, OSNC 2004, Nr 5, poz. 69 oraz wyroki Sądu Najwyższego z dnia 5 października 2006 r., IV CSK 157/06, OSNC 2007, nr 7-8, poz. 114 i z dnia 10 grudnia 2019 r., IV CSK 443/18, nie publ.). Rozwiązanie przewidziane w art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. a p.z.p. zostało podtrzymane także w art. 437 ust. 1 pkt 7 lit. a ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019)”.

Izba wzięła pod uwagę również to, że „Zamawiający naliczył zaledwie trzy kary umowne z tytułu trzech różnych „naruszeń”, których wystąpienie nastąpiło jednokrotnie („naruszenia” nie powtarzały się)”, na co wskazywał Przystępujący w piśmie procesowym, a w konsekwencji, w ocenie Izby, nie zachodziła przesłanka, że wykonawca „w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego”.

Nie można również tracić z pola widzenia, iż Przystępujący zrealizował Kontrakt S11 w całości, uzyskując Świadectwo Wykonania z dnia 15 marca 2024 r., co potwierdza dowód przedłożony przez Przystępującego. Tym samym, wbrew

twierdzeniom Odwołującego, nie jest tak, jak to widzi Odwołujący, że wykonawca Mirbud S.A. jest jakoby wykonawcą nierzetelnym, niedającym rękojmi prawidłowego wykonania zamówienia.

Odnosząc się do Umowy nr 42/2021/A z dnia 11 sierpnia 2021 r. na podstawie, której została naliczona Przystępującemu kara umowna w wysokości 25.000 zł tytułem naruszenia przewidzianych w ww. Umowie obowiązków związanych z ochroną informacji niejawnych, w związku z cofnięciem przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego posiadanego bezpieczeństwa przemysłowego potwierdzającego zdolność do ochrony informacji niejawnych o klauzuli „Poufne”, należy zauważyć, jak podkreślał Przystępujący w piśmie procesowym oraz na rozprawie, że „do naliczenia kary umownej doszło wobec wystąpienia okoliczności niezawinionej przez Przystępującego”.

Niezależnie od powyższego, istotne w ocenie Izby jest to, że na podstawie Protokołu Konieczności nr 12 z dnia 14 lipca 2023 r. został zawarty aneks nr 7 z dnia 20 lipca 2023 r. do Umowy nr 42/2021/A (dowody przedłożone przez Odwołującego), na mocy którego w § 1 ust. 1 oświadczono, że: „Część opisana w załączniku nr 1 do niniejszego Aneksu – Protokół Konieczności nr 12 z dnia 14.07.2023 r. wraz z załącznikiem nr 1 do niego, zostaje wyłączona z zakresu realizacji przedmiotu Umowy”, a w dniu 10 grudnia 2024 r. został podpisany Protokół Odbioru Końcowego-Ostatecznego, z którego jednoznacznie wynika z pkt 7 ust. 3, że: „Roboty zostały wykonane zgodnie z warunkami umowy nr 42/2021/A z dnia 11.08.2021 roku wraz z późniejszymi Aneksami”, co potwierdza dowód przedłożony przez Przystępującego.

W konsekwencji powyższego, Izba doszła do przekonania, że ww. kara umowna nie miała charakteru odszkodowawczego, bowiem Zamawiający nie poniósł szkody, w związku z wyłączeniem z zakresu realizacji przedmiotu Umowy, budowy sali o charakterze specjalnym (niejawnym), a w konsekwencji kara ta nie stanowiła istotnej części zobowiązania umownego. Tym samym, kara nałożona na Przystępującego nie była związana ani z terminowością wykonania Umowy nr 42/2021/A z dnia 11.08.2021 roku, ani nie była związana z jakością jego wykonania. W ocenie Izby, również z dowodu w postaci pisma Prezesa Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 29 czerwca 2026 r. nie wynika, aby naliczona kara umowna miała charakter odszkodowawczy. Nie wynika to w żaden sposób z odpowiedzi Prezesa Sądu Apelacyjnego: „Kara została naliczona zgodnie z § 15 ust. 2 pkt 18 Umowy nr 42/2021/A. Pytanie dotyczące żądania interpretacji prawnej czy opinii prawnej nie podlega udostępnieniu w zakresie dostępu do informacji publicznej. Dodatkowo informuję, że Umowa nr 42/2021/A z dnia 11 sierpnia 2021 r. – zwana dalej Umową, została Państwu przesłana na wniosek z dnia 25 maja 2026 r. wraz z Notą księgową”.

Poza tym, Izba nie zgadza się z tezą Odwołującego jakoby z § 1 ust. 2 aneksu nr 7 z dnia 20 lipca 2023 r.: „W związku z zaniechaniem robót, o których mowa w ust. 1, wynagrodzenie wskazane w § 6 ust. 1 Umowy ulegnie obniżeniu o kwotę 4.702.914,16 zł brutto (...)”, należałoby interpretować jako konieczność „wykonania zastępczego”. W żadnym wypadku nie wynika to z ww. zapisu ani z okoliczności sprawy.

Dodatkowo Odwołujący podnosi, że: „w sprawie występuje również element realizacji uprawnień z rękojmi lub gwarancji. Sąd Apelacyjny we Wrocławiu wskazał wprost, że korzysta z uprawnień wynikających z gwarancji lub rękojmi, a wykonawca usuwa w ramach gwarancji wady powstające w trakcie eksploatacji budynku. Ten element ma szczególne znaczenie, ponieważ art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp wprost wymienia realizację uprawnień z rękojmi za wady jako skutek relewantny dla tej podstawy wykluczenia”.

Izba uważa, iż z pisma Prezesa Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 22 stycznia 2026 r., co prawda mowa jest o tym, że „zamawiający korzysta z uprawnień wynikających z gwarancji lub rękojmi. Wykonawca usuwa w ramach gwarancji na bieżąco wady, które powstają w trakcie eksploatacji przekazanego do użytku budynku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu przy ul. T. Zielińskiego 1”, jednakże w ocenie Izby po pierwsze, stwierdzenie Prezesa Sądu Apelacyjnego o tym, że „zamawiający korzysta z uprawnień wynikających z gwarancji lub rękojmi” wcale nie oznacza, że w realiach niniejszej sprawy spełnione zostały pozostałe przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, co miałyby zdaniem Odwołującego implikować wykluczeniem wykonawcy z ww. podstawy prawnej, a po drugie, co bardziej istotne, stwierdzenie, iż: „Wykonawca usuwa w ramach gwarancji na bieżąco wady, które powstają w trakcie eksploatacji przekazanego do użytku budynku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu przy ul. T. Zielińskiego 1”, nie ma żadnego znaczenia dla zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, ponieważ norma prawna art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP odnosi się wyłącznie do „realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady”, a nie z tytułu realizacji z „gwarancji”.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba doszła do przekonania, iż w realiach niniejszej sprawy, wykonawca Mirbud S.A. nie notyfikując ww. kar umownych nałożonych na Mirbud S.A. przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad oraz kary nałożonej przez Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w JEDZ oraz w Nocie Informacyjnej z dnia 15 kwietnia 2026 r., nie skutkuje wykluczeniem wykonawcy Mirbud S.A. z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, ponieważ w ocenie Izby, kary te nie miały charakteru odszkodowawczego oraz nie dotyczyły istotnej części zobowiązania umownego wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, a w konsekwencji nie wpłynęły one ani na realizację, ani na jakość przedmiotu zamówienia. To samo dotyczy, braku konieczności notyfikacji w JEDZ i ww. Nocie Informacyjnej korzystania przez Zamawiającego (Sąd Apelacyjny we Wrocławiu) z

„uprawnień wynikających z rękojmi lub gwarancji” w okolicznościach sprawy.

Z kolei odnosząc się do naruszenia przez Zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy PZP, Izba zważy, iż 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, zaś w myśl art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, aby wykluczyć wykonawcę z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy PZP niezbędne jest spełnienie w sposób łączny wszystkich przesłanek określonych w tych przepisach. Po pierwsze, wykonawca musi przedstawić Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd. Przesłanka ta polega na przedstawieniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, czyli zaistnienia sprzeczności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę a rzeczywistością. Stan ten zaistnieje, gdy przedstawione zostaną informacje obiektywnie nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy. Po drugie, przedstawienie wprowadzających w błąd informacji powinno być wynikiem „zamierzonego działania” lub „rażącego niedbalstwa” (art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP), „lekkomyślności” lub „niedbalstwa” (art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP).

Po trzecie, informacje wprowadzające w błąd powinny należeć do kategorii informacji, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie Izby, biorąc pod uwagę całokształt okoliczności sprawy oraz zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, prowadzi do uznania, że Przystępujący (wykonawca Mirbud S.A.) nie notyfikując kar umownych nałożonych na Mirbud S.A. przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad oraz kary nałożonej przez Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w JEDZ oraz w Nocie informacyjnej z dnia 15 kwietnia 2026 r., czy też nie notyfikując korzystania przez Sąd Apelacyjny we Wrocławiu z „uprawnień wynikających z rękojmi lub gwarancji”, nie wprowadził Zamawiającego w błąd poprzez podanie informacji nieprawdziwych.

Wykonawca Mirbud S.A. nie znalazł się bowiem w sytuacji, w której doszłoby do nienależytego wykonania istotnej części zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, w związku z naliczonymi karami umownymi, a patrząc przez pryzmat funkcji zastosowanych kar umownych jako motywujących, dyscyplinujących, Izba doszła do przekonania, że nie sposób uznać, aby Przystępujący nie notyfikując ww. kar umownych działał z zamiarem lub z rażącym niedbalstwem albo lekkomyślnie lub niedbale przy przedstawieniu informacji w JEDZ i późniejszej Nocie Informacyjnej. Tym samym, w ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał spełnienia łącznie wszystkich przesłanek wynikających z normy prawnej art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy PZP.

Konkludując, zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP oraz art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP, są w ocenie Izby chybione.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MIRBUD na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, pomimo że treść tej oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, w szczególności w zakresie zgodności proponowanych rozwiązań z decyzją o środowiskowych uwarunkowaniach (DŚU) oraz wymaganiami Programu Funkcjonalno-Użytkowego (PFU), a nadto wobec warunkowego charakteru zobowiązania ofertowego MIRBUD, wynikającego z systematycznego zastrzegania przez tego wykonawcę możliwości zmiany przyjętych rozwiązań technicznych na etapie realizacji zamówienia, w tym deklarowanej konieczności uzyskania nowej lub zmienionej decyzji środowiskowej, jest w ocenie Izby niezasadny.

W pierwszej kolejności, należy podkreślić, jak przyjmuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, iż niezgodność oferty z warunkami zamówienia musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny. Potwierdza to między innymi wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 stycznia 2022 r. o sygn. akt KIO 40/22, w którym Izba wskazała: „aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. musi być możliwe do określenia na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SWZ. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią SWZ w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z SWZ niemających istotnego charakteru”.

W podobnym duchu wypowiedziała się również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13 lutego 2024 r. o sygn. akt KIO 199/24: „Niezgodność oferty z warunkami zamówienia musi być oczywista i niewątpliwa, czyli zamawiający musi mieć pewność co do niezgodności oferty z jego oczekiwaniami, przy czym postanowienia SWZ powinny być jasne i klarowne. Odrzucenie oferty nie może nastąpić z błahych, czysto formalnych powodów nie wpływających na treść złożonej oferty, jak również, gdy zamawiający ma możliwość poprawienia błędów, jakie zawiera oferta. Aby możliwe było odrzucenie oferty

na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia musi być pewna i oczywista, tym samym nie może to być niezgodność wyinterpretowana z treści niestanowiących pełnych danych o planowanym rozwiązaniu projektowym”.

Izba zważa, iż istotne w niniejszej sprawie jest to, że przedmiotem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wykonanie robót budowlanych w formule „zaprojektuj i wybuduj”, co oznacza, że założenia koncepcyjne, czy też finansowe planowanej inwestycji opracowywane są inaczej niż w przypadku formuły „wybuduj”. Nie można bowiem pomijać faktu, że w przypadku robót budowlanych w formule „zaprojektuj i wybuduj” nie istnieje wiążąca dokumentacja projektowa, która dopiero zostanie opracowana po zawarciu umowy.

Jak wskazuje się bowiem w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 sierpnia 2021 r. o sygn. akt KIO 1466/21: „Należy tu podkreślić, że wobec takiego sformułowania przedmiotu zamówienia i treści oferty, jaki ma miejsce w niniejszym postępowaniu wykonawcy składają ofertę w oparciu o wstępną koncepcję wykonania zamówienia, która zostanie sprecyzowana dopiero po wykonaniu dokumentacji projektowej, która, co oczywiste, będzie musiała uwzględniać wszystkie wymagania PFU, DŚU, przepisów prawa oraz sztuki budowlanej”.

Poza tym, co należy podkreślić, iż Zamawiający w SWZ nie żądał od potencjalnych wykonawców przedstawienia koncepcji projektowych, czy też planowanych przez wykonawców rozwiązań technicznych, a co całkowicie pomija Odwołujący w treści odwołania. Nie wynika to także w żaden sposób z pytań skierowanych do Przystępującego.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy, Izba w tym miejscu odniesie się do poszczególnych zarzutów ujętych w treści odwołania, a które odnoszą się do pytania nr 7, 9, 12, 17, 21, 23, 24 oraz w ramach „innych niezgodności”: pytania nr 2, 19, 22.

Izba zważa, iż w dniu 2 marca 2026 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień treści oferty w trybie art. 223 ust. 1 ustawy PZP, zadając kilkanaście pytań do wykonawcy. W odpowiedzi na ww. wezwanie, Przystępujący w dniu 24 marca 2026 r. udzielił stosownych wyjaśnień.

I tak na pytanie nr 7 o następującym brzmieniu: „Prosimy o przedstawienie założonego w Ofercie bilansu robót ziemnych. W zakresie robót ziemnych prosimy o wskazanie ile m³ materiału potrzebnego do budowy nasypów Wykonawca założył do pozyskania z wykopów, w tym jaka ilość będzie wymagała uszlachetnienia celem spełnienia wymagań WWiORB oraz Polskich Norm, oraz ile m³ materiału Wykonawca będzie pozyskiwał z dokopu?”, Przystępujący udzielił następującej odpowiedzi: „Wykonawca informuje, że dla potrzeb sporządzenia Oferty założył następujący bilans robót ziemnych:

- Wykop = około 740.526,00 m³
- Nasyp (bez GWN i bez zasypek) = około 1.039.540,00 m³ w tym:
 - ilość pozyskana z wykopu = około 701.732,00 m³, w tym ilość wymagająca uszlachetnienia = około 601.052,00 m³
 - ilość z dokopu = 337.808,00 m³

Jednocześnie Wykonawca wskazuje, że inwestycja realizowana jest w systemie „projektuj i buduj”, a więc ostateczny bilans robót ziemnych wskazany zostanie na etapie opracowywania dokumentacji projektowej.”

Izba zważa, iż w ramach powyższego pytania nr 7, Odwołujący zarzuca, że „odpowiedź MIRBUD nie zawiera żadnych materiałów pozwalających na dokonanie takiej oceny. Wykonawca nie przedstawił niwelety trasy głównej, nie przedłożył profili podłużnych, przekrojów ani zestawień wysokościowych umożliwiających zweryfikowanie, w jaki sposób osiągnięto deklarowany bilans robót ziemnych. (...) Wątpliwości te mają charakter szczególnie istotny w świetle danych wynikających z koncepcji programowej. Z dokumentacji Zamawiającego wynika bowiem, że orientacyjny bilans robót ziemnych przewidziany dla inwestycji obejmuje około 500 000 m³ wykopów oraz około 2 000 000 m³ nasypów. Tymczasem MIRBUD wskazał bilans obejmujący około 740 526 m³ wykopów oraz około 1 039 540 m³ nasypów. Rozbieżność pomiędzy bilansem wynikającym z koncepcji programowej a bilansem przedstawionym przez MIRBUD ma charakter fundamentalny”, przy czym, zdaje się nie zauważać Odwołujący, iż z ww. pytania nie wynika, aby Zamawiający żądał przedstawienia niwelety trasy głównej, przedłożenia profili podłużnych, przekrojów, czy też zestawień wysokościowych. Pytanie bowiem dotyczyło wyłącznie bilansu robót ziemnych, tj. ilości materiału z wykopów, ilości wymagającej uszlachetnienia oraz wielkości dokopu, na które Zamawiający otrzymał szczegółowe dane liczbowe.

Jak już Izba wskazała powyżej, ze względu na fakt, iż przedmiotowe postępowanie jest prowadzone w formule „zaprojektuj i wybuduj”, skutkuje tym, iż ostateczne profile podłużne, przekroje, przebieg niwelety powstaną dopiero na etapie dokumentacji projektowej.

Nadto, Odwołujący powołuje się na „Koncepcję Programową”, przy czym Izba podkreśla, iż nie ma ona charakteru wiążącego, ponieważ zgodnie z pkt 1.2 PFU jest wiążąca tylko w zakresie lokalizacji infrastruktury technicznej sieci uzbrojenia terenu i urządzeń melioracji wodnych i urządzeń wodnych.

Poza tym, jak wskazywał Przystępujący w „Koncepcji Programowej”: „nie ma wskazanej ilości 2 mln m³ nasypów. Koncepcja wskazuje na różne warianty bilansu robót ziemnych w zależności od typu konstrukcji i rozpatrywanych wariantów, bez informacji, czy ilości te dotyczą tylko branży drogowej, czy także pozostałych branż, GWN, wymian gruntów itp. Ale żaden z rozpatrywanych wariantów nie wskazuje na łączną ilość 2 mln m³ nasypów”.

W konsekwencji powyższego, teza Odwołującego, że: „Tak daleko idące zmniejszenie ilości nasypów oznaczałoby konieczność przyjęcia istotnie odmiennej niwelety trasy głównej, odmiennego sposobu prowadzenia drogi, zmiany wysokości obiektów inżynierskich, zmiany geometrii skarp, rowów i odwodnienia albo przyjęcia innych założeń projektowych niż wynikające z dokumentacji Zamawiającego”, jest w ocenie Izby argumentacją chybioną, patrząc przez pryzmat niewiążącej „Koncepcji Programowej” i prowadzonego postępowania w formule „zaprojektuj i wybuduj”, gdzie zgodnie z tą formułą Wykonawca ma dopiero po zawarciu umowy zaprojektować i opracować wielobranżowy projekt budowlany (dokumentację projektową).

Co istotne, Odwołujący formułując swój zarzut nie odnosi się do konkretnych postanowień (punktów) SWZ, w tym PFU. Argumentacja Odwołującego znajdująca się w dowodzie przedłożonym na posiedzeniu odnosząca się do pkt 1.2 PFU, zasad projektowania nawierzchni zgodnie z Katalogiem (Zarządzenie nr 30 i 31 GDDKiA), jak również teza, iż „MIRBUD drastycznie zaniżył ilość humusu do wywiezienia”, nie znajduje się w treści odwołania w uzasadnieniu zarzutu, tj. („Odpowiedź na pytanie nr 7 – niweleta trasy głównej oraz przyjęty bilans robot ziemnych”), a w konsekwencji Izba je pominęła.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba nie dostrzega niezgodności oferty z warunkami zamówienia, co prowadzi do uznania przez Izbę, iż zarzut odnoszący się do pytania nr 7 jest w ocenie Izby niezasadny.

Odnosząc się zarzutu dotyczącego pytania nr 9, Izba wskazuje, iż Zamawiający zadał pytanie o następującym brzmieniu: „W jaki sposób Wykonawca zamierza utylizować materiał pochodzący z wymiany gruntu?”, Przystępujący udzielił następującej odpowiedzi: „Wykonawca informuje, że materiał z wymiany gruntu zostanie zutylizowany w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami:

- protokolarne przekazywanie odpadu osobom fizycznym, zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 10 listopada 2015 roku w sprawie listy rodzajów odpadów, które osoby fizyczne lub jednostki organizacyjne niebędące przedsiębiorcami mogą poddawać odzyskowi na potrzeby własne, oraz dopuszczalnych metod ich odzysku (Dz.U. 2016 poz. 93), wraz z ewidencjonowaniem przekazanych mas w systemie BDO.
- przekazywanie odpadu na podstawie karty przekazania odpadów generowanej w systemie BDO odbiorcom posiadającym stosowne zezwolenia zgodnie z ustawą o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 roku (Dz.U. 2023 poz. 1587 ze zm.), przykładowo kopalniom do rekultywacji wyrobisk
- zastosowanie procedury utraty statusu odpadu zgodnie z art. 14 ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 roku (Dz.U. 2023 poz. 1587 ze zm.) i przekazanie/zbycie mas ziemnych osobom fizycznym lub podmiotom gospodarczym.

Decyzja o ostatecznym sposobie utylizacji zostanie podjęta po podpisaniu umowy na realizację zadania objętego Postępowaniem, z uwzględnieniem lokalnych uwarunkowań i czynników oraz obowiązujących w tym zakresie przepisów”.

W ramach powyższego pytania nr 9, Odwołujący zarzuca, że: „MIRBUD nie wskazał bowiem, jakie rozwiązanie zostało faktycznie przyjęte do realizacji zamówienia oraz uwzględnione w ofercie. Wykonawca przedstawił jedynie katalog potencjalnych możliwości, nie identyfikując żadnego konkretnego sposobu zagospodarowania materiałów. Nie wiadomo zatem, czy do oferty przyjęto rekultywację wyrobisk, przekazywanie materiałów odbiorcom zewnętrznym, wykorzystanie gruntów w innych lokalizacjach czy też inne rozwiązanie logistyczne. (...) Wykonawca nie przedstawia bowiem żadnego konkretnego rozwiązania, które mogłoby zostać poddane ocenie i weryfikacji przez Zamawiającego”, przy czym, zdaje się nie zauważać Odwołujący, iż z ww. pytania nie wynika, aby Przystępujący miał obowiązek wskazać jeden, konkretny sposób utylizacji materiału z wymiany gruntu.

W ocenie Izby, Przystępujący przedstawiając różne metody utylizacji materiału z wymiany gruntu zgodnie z przepisami ustawy o odpadach i rozporządzeniem Ministra Środowiska w sprawie listy rodzajów odpadów, które osoby fizyczne lub jednostki organizacyjne niebędące przedsiębiorcami mogą poddawać odzyskowi na potrzeby własne, oraz dopuszczalnych metod ich odzysku, jednocześnie nie wskazując szczegółów związanych z realizacją zamówienia w powyższym zakresie, w żaden sposób nie powoduje niezgodności z warunkami zamówienia.

Jak już Izba wskazała powyżej, ze względu na fakt, iż przedmiotowe postępowanie jest prowadzone w formule „zaprojektuj i wybuduj”, skutkuje tym, iż wybór konkretnej metody utylizacji następuje dopiero po zawarciu umowy, kiedy znane są lokalne warunki, dostępność odpadów i możliwości logistyczne, na co słusznie wskazywał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie. Tym samym, nie sposób zgodzić się z Odwołującym, iż „różne metody oznaczają różne koszty – brak decyzji oznacza brak wyceny”.

Co istotne, Odwołujący formułując swój zarzut nie odnosi się do konkretnych postanowień (punktów) SWZ, w tym PFU. Argumentacja Odwołującego znajdująca się w dowodzie przedłożonym na posiedzeniu odnosząca się do protokolarnego przekazania osobom fizycznym, przekazania podmiotom posiadającym zezwolenie, procedury utraty statusu z art. 14 ustawy o odpadach, nie znajduje się w treści odwołania w uzasadnieniu zarzutu, tj. („Odpowiedź na pytanie nr 9 – zagospodarowanie materiałów”), a w konsekwencji Izba je pominęła.

Tym samym, zarzut odnoszący się do pytania nr 9 jest w ocenie Izby niezasadny.

Odnosząc się zarzutu dotyczącego pytania nr 12, Izba wskazuje, iż Zamawiający zadał pytanie o następującym brzmieniu: „Jaki zakres robót Wykonawca przewidział w związku z koniecznością podłączenia odcinka drogi DK25 od km ok. 16+200 do km 18+541 do sąsiedniego odcinka drogi DK25 i skomunikowanie go z istniejącą drogą krajową DK25 poprzez Węzeł nr 4?”, Przystępujący udzielił następującej odpowiedzi: „Wykonawca informuje, że podłączenie odcinka drogi DK25 od km ok. 16+200 do km 18+541 do sąsiedniego odcinka drogi DK25 i skomunikowanie go z istniejącą drogą krajową DK25 realizowane będzie poprzez Węzeł nr 4. Wykonawca zamierza wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z warunkami zamówienia, co oznacza że przyjął do Oferty m.in. zaprojektowanie i wykonanie:

- frezowania istniejących nawierzchni;
- rozebrania konstrukcji nawierzchni istn. odcinka DK25;
- rozebrania istn. elementów zagospodarowania terenu tj. bram, ogrodzeń, zatok autobusowych, chodników, barier, przepustów, sieci podziemnych i naziemnych, budynków i obiektów;
- robót przygotowawczych, w tym wycinki drzew;
- robót ziemnych;
- budowy odcinka DK25 zachowującego ciągłość istn. DK25 oraz możliwość dostępu do proj. DK25 poprzez rondo turbinowe;
- budowy odcinka DK25 w ciągu obiektu WD wraz z 2 rondami;
- budowy drogi gminnej od ul. Bielawskiej wraz z obiektem MDJ;
- budowy odcinka DP 5305P umożliwiającego przełożenie istn. DK25 i włączenie jej do skrzyżowania z ulicą Ostrowską;
- budowy odcinka DG 793876P umożliwiającego przełożenie ul. Ostrowskiej i włączenie jej do istn. ul. Osada;
- budowy drogi dojazdowej DJP12 oraz DJL15 pozwalających zachować ciągłość z istn. przebiegiem DK25;
- budowy drogi dojazdowej DJL16 stanowiącej kontynuację DJL1;
- budowy pasów technologicznych;
- obiektu inżynierskiego WD - wiaduktu drogowego nad trasą główną;
- wykonanie obiektów inżynierskich w km 16+603 oraz w km 17+240;
- węzła drogowego nr 4 z czterema łącznicami;
- infrastruktury dla pieszych i rowerów dla zachowania ciągłości;
- Systemu Zarządzania Ruchem;
- kanału technologicznego;
- budowy systemu odwodnienia – rowów drogowych, kanalizacji deszczowej i zbiorników retencyjnych;
- budowę oświetlenia drogowego i zasilania;
- robót wykończeniowych, ogrodzeń, nasadzeń zieleni, ekranów;
- przebudowy i zabezpieczenia istniejącej infrastruktury, w tym między innymi: kanalizacji sanitarnej, sieci wodociągowej, gazociągów oraz w zakresie branż: teletechnicznej i elektroenergetycznej, melioracyjnej;
- przebudowy i zmiany organizacji ruchu wynikającej z przyjętych rozwiązań.

Ponadto, Wykonawca informuje, że inwestycja realizowana jest w formule „projektuj i buduj”, w związku z czym Wykonawca zastrzega, że przyjęte rozwiązania koncepcyjne na etapie przetargu nie ograniczają go do wprowadzenia innych, kolejnych rozwiązań zgodnych z przepisami prawa, wymaganiami Zamawiającego oraz przekazaną przez niego dokumentacją postępowania, które mogą zostać wprowadzone na etapie projektowania”.

W ramach powyższego pytania nr 12, Odwołujący zarzuca, że: „(...) odpowiedź MIRBUD na pytanie nr 12 nie zawiera żadnego materiału pozwalającego na zweryfikowanie, czy rozwiązanie przyjęte do oferty rzeczywiście spełnia powyższy warunek. Wykonawca ograniczył się wyłącznie do ogólnego wymienienia kategorii robót obejmujących budowę DK25, dodatkowych jezdni, obiektów inżynierskich, odwodnienia oraz przebudowę infrastruktury gazowej. MIRBUD nie przedstawił jednak żadnych planów sytuacyjnych, przekrojów, schematów geometrycznych ani innych materiałów projektowych pokazujących rzeczywisty przebieg łącznicy względem gazociągu oraz istniejącego wiaduktu. W szczególności wykonawca nie wykazał, w jaki sposób wydłużono łącznicę zgodnie ze stanowiskiem zarządcy drogi, jakie odległości zachowano względem gazociągu, czy przyjęte rozwiązanie wymaga ingerencji w lokalizację wiaduktu oraz czy zachowane zostały wymagane parametry geometryczne łącznicy i całego układu drogowego”, przy czym, zdaje się nie zauważać Odwołujący, iż z ww. pytania nie wynika, aby Przystępujący miał obowiązek przedstawić materiały projektowe (plany sytuacyjne, przekroje, schematy geometryczne) pokazujące przebieg łącznicy względem gazociągu. Potwierdził to sam Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie „Zamawiający nie żądał żadnych materiałów projektowych ani przedstawienia geometrii łącznicy”.

Jak już Izba wskazała powyżej, ze względu na fakt, iż przedmiotowe postępowanie jest prowadzone w formule „zaprojektuj i wybuduj”, skutkuje tym, iż materiały projektowe, rozwiązania graficzne przedstawiające geometrię łącznicy, powstają dopiero na etapie projektowania, po zawarciu umowy z danym wykonawcą.

Izba zważa, iż Odwołujący formułując swój zarzut odnosi się do pkt 1.1.1. ppkt 32 PFU, zgodnie z którym: „wykonanie

wszelkich Robót uwzględniających analizę oraz zapisy audytu BRD z etapu Koncepcji Programowej zgodnie ze Stanowiskiem Zamawiającego (sprawozdania z realizacji zaleceń Wyniku Audytu BRD do wprowadzenia na etapie PB oraz etapu KP wyłącznie w przypadku przyjęcia w PB rozwiązań podobnych /tożsamyh do rozwiązań w KP”, co zdaniem Odwołującego wyklucza jakąkolwiek „przebudowę gazociągu”.

Izba nie zgadza się z takim poglądem Odwołującego. Należy bowiem zauważyć, że jeśli wykonawca wprost przyjmie rozwiązania z „Koncepcji Programowej”, to wtedy faktycznie wykonawca nie może przebudować gazociągu i musi występować wtedy zgodność z BRD, jednakże, jeśli wykonawca przyjmie inne rozwiązania, co niewątpliwie dopuszcza PFU, na co wskazywał Przystępujący na rozprawie, to w takim przypadku należy przebudować gazociąg.

Nie można również tracić z pola widzenia, iż postanowienie pkt 1.1.1. ppkt 32 PFU jednoznacznie wskazuje, iż: „wykonanie wszelkich Robót uwzględniających analizę oraz zapisy audytu BRD z etapu Koncepcji Programowej” następuje „wyłącznie w przypadku przyjęcia w PB rozwiązań podobnych /tożsamyh do rozwiązań w KP”, a w konsekwencji Izba nie dostrzega zaproponowanych rozwiązań przez Przystępującego jako niezgodnych z warunkami zamówienia.

Nadto, argumentacja Odwołującego znajdująca się w dowodzie przedłożonym na posiedzeniu odnosząca się do Uwagi D4 z Audytu BRD (etap STES), podręcznika Audytu BRD – Zarządzenie GDDKiA nr 1z 2023 r., nie znajduje się w treści odwołania w uzasadnieniu zarzutu, tj. („Odpowiedź na pytanie nr 12 – rozwiązania kolizji z infrastrukturą gazową”), a w konsekwencji Izba je pominęła.

Tym samym, zarzut odnoszący się do pytania nr 12 jest w ocenie Izby niezasadny.

Odnosząc się zarzutu dotyczącego pytania nr 17, Izba wskazuje, iż Zamawiający zadał pytanie o następującym brzmieniu: „Czy Wykonawca w cenie ofertowej zakłada wyjście z rozwiązaniami projektowymi poza granice określone i udostępnione w DŚU? Jeżeli tak, to jakich?”, Przystępujący udzielił następującej odpowiedzi: „Wykonawca informuje, że zgodnie z zapisami SWZ, w tym między innymi zapisami PFU, oraz odpowiedziami Zamawiającego z etapu przetargu, dla przyjętych do Oferty rozwiązań projektowych (Odcinek 1), Wykonawca nie zakłada „wyjścia” poza granice określone i udostępnione w DŚU. Wykonawca informuje, że inwestycja realizowana jest w trybie „projektuj i buduj”, w związku z czym Wykonawca nie wyklucza, iż na etapie opracowywania dokumentacji projektowej wystąpi konieczność zmiany lub uzyskania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach. W sytuacjach indywidualnych, jeżeli w wyniku przyjętych rozwiązań na etapie projektowania, zajdzie konieczność wyjścia poza granice określone w DŚU, to Wykonawca zobowiązany będzie uzyskać zmiany tej decyzji w koniecznym zakresie lub uzyskać dodatkowe decyzje środowiskowe, zgodnie z zapisami pkt. 1.2 PFU. Wszystkie ewentualne zmiany w tym zakresie będą procedowane zgodnie z Warunkami Kontraktu (a szerzej: warunkami zamówienia).

Ponadto, Wykonawca informuje, że zgodnie z zapisami dokumentów postępowania Wykonawca uzyska nową / dodatkową DŚU dla wykonania zadania opisanego jako Odcinek 2, tj. dla budowy węzła na istniejącej drodze krajowej nr 25 tzw. obwodnicy Nowych Skalmierzyc.”.

W ramach powyższego pytania nr 17, Odwołujący zarzuca, że: „MIRBUD nie zweryfikował, czy rozwiązania przyjęte do kalkulacji ceny są rzeczywiście możliwe do zaprojektowania w granicach wynikających z decyzji środowiskowej. Wykonawca ograniczył się wyłącznie do ogólnej deklaracji, że „nie zakłada” wyjścia poza DŚU, jednocześnie przyznając, że na etapie projektowania może zaistnieć konieczność zmiany decyzji środowiskowej lub uzyskania nowych decyzji. Oznacza to, że wykonawca nie przedstawił żadnego dowodu potwierdzającego, iż już na etapie składania oferty zweryfikował możliwość technicznego wdrożenia wszystkich rozwiązań projektowych w granicach określonych decyzją środowiskową (...) Wykonawca nie złożył planów sytuacyjnych, schematów odwodnienia, lokalizacji zbiorników retencyjnych, rowów, separatorów ani innych urządzeń związanych z odwodnieniem drogi. Nie wykazał również, w jaki sposób rozwiązano przebieg trasy głównej w relacji do granic DŚU”, przy czym, zdaje się nie zauważać Odwołujący, iż z ww. pytania nie wynika, aby Przystępujący miał obowiązek przedstawić dowody potwierdzające techniczną weryfikację wszystkich rozwiązań projektowych względem granic DŚU już na etapie składania ofert. Potwierdził to sam Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie „Zamawiający nie żądał przedstawienia dowodów technicznej weryfikacji rozwiązań projektowych ani dokumentów projektowych”.

Nadto, Izba zważa, iż ze względu na fakt, iż przedmiotowe postępowanie jest prowadzone w formule „zaprojektuj i wybuduj”, skutkuje tym, iż rozwiązania projektowe względem granic DŚU, w tym dowody mające potwierdzać rozwiązania projektowe, powstają dopiero na etapie projektowania, tj. po zawarciu umowy z wykonawcą.

Co istotne, w ocenie Izby, z udzielonej odpowiedzi przez Przystępującego, jednoznacznie wynika, iż Przystępujący „nie zakładał „wyjścia” poza granice określone i udostępnione w DŚU”, przy czym ewentualne wyjście poza DŚU może nastąpić w sytuacjach wyjątkowych, tj. gdy konieczność ta wyniknie na etapie opracowywania dokumentacji projektowej, co jest zgodne z przyjętą formułą „zaprojektuj i wybuduj”. Zdaniem Izby, w żaden sposób okoliczność ta nie powoduje niezgodności oferty z warunkami zamówienia.

Tym samym, zarzut odnoszący się do pytania nr 17 jest w ocenie Izby niezasadny.

Odnosząc się zarzutu dotyczącego pytania nr 21, Izba wskazuje, iż Zamawiający zadał pytanie o następującym brzmieniu: „W jaki sposób i jaką ilość humusu Wykonawca założył do utylizacji?”, Przystępujący udzielił następującej odpowiedzi: „Wykonawca informuje, że założył do utylizacji około 290 tys. m³ humusu. Wykonawca założył utylizację w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami, przy założeniu m.in. następujących reguł:

- protokolarne przekazywanie odpadu osobom fizycznym następuje zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 10 listopada 2015 r. w sprawie listy rodzajów odpadów, które osoby fizyczne lub jednostki organizacyjne niebędące przedsiębiorcami mogą poddawać odzyskowi na potrzeby własne, oraz dopuszczalnych metod ich odzysku (Dz.U. 2016 poz. 93), wraz z ewidencjonowaniem przekazanych mas w systemie BDO,
- przekazywanie odpadu na podstawie karty przekazania odpadów generowanej w systemie BDO odbiorcom posiadającym stosowne zezwolenia zgodnie z ustawą o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r. (Dz.U. 2023 poz. 1587 ze zm.), przykładowo kopalniom do rekultywacji wyrobisk,
- zastosowanie znajduje procedura utraty statusu odpadu zgodnie z art. 14 ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r. (Dz.U. 2023 poz. 1587 ze zm.) i przekazanie/zbycie mas ziemnych osobom fizycznym lub podmiotom gospodarczym.

Decyzja o ostatecznym sposobie utylizacji zostanie podjęta po podpisaniu umowy, z uwzględnieniem lokalnych uwarunkowań i czynników. W każdym wypadku wykonawca będzie przetwarzał odpad zgodnie z obowiązującym w tym zakresie przepisami prawa oraz warunkami zamówienia”.

W ramach powyższego pytania nr 21, Odwołujący zarzuca, że: „Wyjaśnienia MiRBUD pozostają w sprzeczności zarówno z podstawowymi zasadami technologii robót drogowych, jak również z dokumentacją projektową i programową (...) ilości wskazane przez MiRBUD nie pozostają w żadnej racjonalnej relacji do zakresu inwestycji oraz do parametrów wynikających z dokumentacji projektowej i programowej (...) wartości przyjęte przez MiRBUD w zakresie ilości humusu przeznaczonego do zdjęcia i wywozu są rażąco zaniżone i nie odpowiadają rzeczywistemu zakresowi inwestycji wynikającemu z dokumentacji postępowania (...) Tymczasem z dokumentacji Postępowania nie wynika, aby Zamawiający podjął jakąkolwiek pogłębioną analizę w tym zakresie. Nie zażądano przedstawienia szczegółowego bilansu mas ziemnych, nie zweryfikowano relacji pomiędzy powierzchnią odhumusowania a deklarowaną kubaturą humusu przeznaczonego do wywozu, nie skonfrontowano danych ofertowych z parametrami wynikającymi z koncepcji programowej oraz nie dokonano analizy zgodności wyjaśnień z dokumentacją geotechniczną i projektową”, w tym przedstawiając tabelę obejmującą wyliczenia odhumusowania, zahumusowania skarp, zahumusowania pasa dzielącego, odhumusowania przestrzeni płaskich między drogami, zahumusowania przestrzeni płaskich między drogami.

W pierwszej kolejności, Izba zważa, iż zakres pytania dotyczył wyłącznie ilości humusu przeznaczonego do utylizacji oraz sposobu jego zagospodarowania, a nie bilansu mas ziemnych, czego zdaje się nie zauważać Odwołujący. Pytanie to nie dotyczyło ani bilansu robót ziemnych, ani bilansu humusu. Z treści pytania nie wynika, aby Przystępujący miał obowiązek przedstawienia, ile przewidział humusu do zdjęcia z terenu i ile do ułożenia. Potwierdza to sam Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie: „Zamawiający nie oczekiwał przekazania szczegółowego bilansu mas ziemnych”.

Nadto, Odwołujący powołuje się na „Koncepcję Programową”, która, jak już Izba wskazywała powyżej, nie ma charakteru wiążącego, a w konsekwencji nie może stanowić punktu odniesienia przyjętych rozwiązań przez Odwołującego. Co istotne, Przystępujący nie zakładał i nie przyjmował rozwiązań z „Koncepcji Programowej”, na co wskazywał Przystępujący w piśmie procesowym oraz na rozprawie.

Poza tym, w ocenie Izby, Odwołujący pomija fakt, że Przystępujący z uwagi na przyjęte przez siebie rozwiązania mógł założyć inną ilość powierzchni do odhumusowania i zahumusowania, co potwierdzają słowa Przystępującego „Mirbud z uwagi na przyjęte przez siebie rozwiązania mógł założyć inną ilość powierzchni do odhumusowania a kubaturę przyjmował zgodnie z DGI (...), z uwagi na przyjęte przez siebie rozwiązania projektowe założył większą ilość powierzchni i tym samym kubatury do zahumusowania – a więc tym samym różnica pomiędzy ilością humusu zdjętego a humusu ułożonego (zagospodarowanego na terenie budowy) jest mniejsza. (...) z uwagi na przyjęte rozwiązania założył większą ilość powierzchni i kubatury do zahumusowania (...) Mirbud założył większą ilość materiału do wbudowania, niż wskazuje Odwołujący (wg. Koncepcji 88 tys. m³)” to też ilość do utylizacji w Ofercie jest mniejsza”.

Izba wzięła również pod uwagę okoliczność, że ww. pozycja stanowi tylko 0,04 % wartości całego zamówienia.

W konsekwencji powyższego, zdaniem Izby, Wykonawca Mirbud S.A. wskazując konkretną ilość humusu przyjętą do utylizacji, tj. 290 tys. m³ oraz opisując metody utylizacji wraz z podstawami prawnymi, działał nie tylko zgodnie z zadaniem pytaniem, ale również przyjmując przez siebie określone rozwiązania, nie opierając się na założeniach „Koncepcji Programowej”, nie sposób uznać, że oferta Przystępującego jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Tym samym, zarzut odnoszący się do pytania nr 21 jest w ocenie Izby niezasadny.

Odnosząc się zarzutu dotyczącego pytania nr 23, Izba wskazuje, iż Zamawiający zadał pytanie o następującym brzmieniu: „Prosimy o opis robót przyjętych do oferty w zakresie wykonanie Węzła na istniejącej obwodnicy Nowych Skalmierzyc?”, Przystępujący udzielił następującej odpowiedzi: „Wykonawca informuje, że zgodnie z SWZ, w tym PFU

oraz Zmianami do SWZ i odpowiedziami Zamawiającego z etapu przetargu, Wykonawca przyjął do Oferty, w zakresie wykonania Węzła na istniejącej obwodnicy Nowych Skalmierzyc, między innymi zaprojektowanie i wykonanie:

- frezowania istniejących nawierzchni;
- rozebrania konstrukcji nawierzchni istn. odcinka DK25;
- rozebrania konstrukcji nawierzchni istn. odcinka drogi DP5303P rozebrania konstrukcji nawierzchni istn. odcinków dróg dojazdowych wzdłuż istn. DK25;
- rozebrania istn. elementów zagospodarowania terenu tj. sieci podziemnych i naziemnych;
- budowy DK25 z dowiązaniem do istn. DK25;
- budowy DP 5303P z dowiązaniem do istn. DP wraz ze skrzyżowaniami: DP 5301P i łącznicami węzłowymi oraz przyszlą drogą gminną i łącznicami węzłowymi
- budowy węzła z czterema łącznicami;
- budowy drogi gminnej;
- budowy dodatkowej jezdni (po stronie północno - zachodniej istn. DK25) wraz z podłączeniem jej do DP 5303P;
- budowy dodatkowej jezdni (po stronie północnej istn. DK25) wraz z podłączeniem jej do DP 5303P;
- budowy systemu odwodnienia – rowów drogowych, kanalizacji deszczowej i zbiorników retencyjnych;
- budowy infrastruktury dla pieszych i rowerów między innymi wzdłuż proj. DP5303P oraz wzdłuż drogi gminnej;
- przebudowy i zabezpieczenia istniejącej infrastruktury, w tym między innymi: kanalizacji sanitarnej, sieci wodociągowej, gazociągów oraz w zakresie branż: teletechnicznej i elektroenergetycznej;
- budowy oświetlenia drogowego i zasilania”.

W ramach powyższego pytania nr 23, Odwołujący zarzuca, że: „MIRBUD nie wskazał rodzaju przyjętych skrzyżowań, nie przedstawił układu geometrycznego węzła, nie wyjaśnił sposobu prowadzenia relacji ruchowych ani nie wykazał, że rozwiązanie przyjęte do kalkulacji odpowiada wymaganiom Zamawiającego. W szczególności wykonawca nie potwierdził wprost, że przyjęto rozwiązanie w postaci skrzyżowań zwykłych w obrębie węzła (...) Zamawiający miał prawo oczekiwać, tj. jednoznacznego potwierdzenia, że w ofercie rzeczywiście przyjęto wymagany modyfikacją SWZ nr 4 węzeł typu WB ze skrzyżowaniami zwykłymi w obrębie węzła”, przy czym, zdaje się nie zauważać Odwołujący, iż treść pytania ograniczała się wyłącznie do żądania przedstawienia opisu robót przyjętych do oferty w zakresie wykonania węzła na istniejącej obwodnicy Nowych Skalmierzyc. Pytanie to, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie obejmowało obowiązku przedstawienia układu geometrycznego węzła, rodzaju skrzyżowań, ani sposobu prowadzenia relacji ruchowych.

W ocenie Izby, Wykonawca Mirbud S.A. udzielił odpowiedzi w pełni odpowiadającej zakresowi pytania, przedstawiając szczegółowy wykaz robót ujętych w ofercie. Odpowiedź obejmowała zarówno roboty rozbiórkowe, jak i budowę DK25, DP5303P, węzła z czterema łącznicami, dróg dodatkowych, systemu odwodnienia, infrastruktury pieszo-rowerowej, przebudowę sieci oraz oświetlenie drogowe. Tym samym, należy uznać, że Wykonawca Mirbud S.A. przyjął do oferty pełny zakres robót wynikający z dokumentacji postępowania.

W ocenie Izby, argumentacja Odwołującego de facto dotyczy jego oczekiwań, co „kryje się pod pytaniem”, co potwierdzają słowa Odwołującego „Zamawiający miał prawo oczekiwać”, tj. jednoznacznego potwierdzenia, że w ofercie rzeczywiście przyjęto wymagany modyfikacją SWZ nr 4 węzeł typu WB ze skrzyżowaniami zwykłymi w obrębie węzła”, a w konsekwencji Odwołujący próbuje dokonać nieuprawnionego rozszerzenia zakresu pytania, na co słusznie wskazywał również Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie. Stwierdzenie Odwołującego, że „Samo wskazanie, że przewidziano „węzeł z czterema łącznicami”, nie stanowi odpowiedzi na pytanie Zamawiającego” jest w ocenie Izby wyłącznie interpretacją Odwołującego, co w żadnej mierze nie może stanowić o niezgodności oferty z warunkami zamówienia.

Co istotne, Odwołujący formułując swój zarzut nie odnosi się do konkretnych postanowień (punktów) SWZ, w tym PFU. Nadto, argumentacja Odwołującego znajdująca się w dowodzie przedłożonym na posiedzeniu odnosząca się do PFU („PFU wymaga przebudowy drogi powiatowej na długości nie mniejszej niż 500 m, korekty jezdni dodatkowej po stronie północno- zachodniej na długości nie mniejszej niż 200 m oraz rozbudowy jezdni dodatkowej po stronie południowo-wschodniej na długości nie mniejszej niż 650 m- Mirbud nie potwierdził żadnej z tych minimalnych długości), pytania nr 11, brak rozbiórki ogrodzeń, brak wycinki drzew, nie znajduje się w treści odwołania w uzasadnieniu zarzutu, tj. („Odpowiedź na pytanie nr 23 – zastosowanie węzła typu WB”), a w konsekwencji Izba je pominęła.

Tym samym, zarzut odnoszący się do pytania nr 23 jest w ocenie Izby niezasadny.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego pytania nr 24, Izba wskazuje, iż Zamawiający zadał pytanie o następującym brzmieniu: „Jaki rodzaj rozwiązania projektowego w celu optymalizowania zajętości terenu pod DK 25 przyjął Wykonawca w sąsiedztwie działek ewidencyjnych Salonu Samochodowego Mercedes-Benz, minimalizując zajętość parkingu?”, Przystępujący udzielił następującej odpowiedzi: „Wykonawca informuje, iż w celu optymalizacji zajętości terenu pod DK25, w sąsiedztwie działek ewidencyjnych Salonu Samochodowego Mercedes-Benz nr 246/4, 246/14, 246/15, 246/19 obręb Skalmierzyc, przyjęto rozwiązania polegające na kształtowaniu niwelety drogi po istniejącym terenie,

tym samym brak przebiegu drogi w nasypie lub wykopie oraz zaprojektowaniu przebiegu drogi DJP-12 w możliwym zbliżeniu do projektowanej DK25, oraz przyjęto ukształtowanie rowów drogowych o możliwie płytkim przebiegu, co ostatecznie pozwoliło na minimalizację zajętości parkingu. Ponadto, Wykonawca informuje, że inwestycja realizowana jest w formule „projektuj i buduj”, w związku z czym Wykonawca zastrzega, że przyjęte rozwiązania koncepcyjne na etapie przetargu nie ograniczają go do wprowadzenia innych, kolejnych rozwiązań zgodnych z przepisami prawa, wymaganiami Zamawiającego oraz przekazaną przez niego dokumentacją postępowania, które mogą zostać wprowadzone na etapie projektowania”.

W ramach powyższego pytania nr 24, Odwołujący zarzuca, że: „(...) wykonawca nie przedstawił rozwiązania projektowego w rozumieniu, którego wymagało pytanie (...) Wykonawca nie przedstawił planu sytuacyjnego, przekroju poprzecznego, profilu podłużnego, rzędnych projektowanych, rzędnych istniejących, przebiegu linii rozgraniczających, lokalizacji krawędzi jezdni, lokalizacji rowów, parametrów DJP-12, minimalnych odległości od granic działek, zakresu zajęcia parkingu, obliczeń odwodnienia ani uzasadnienia, w jaki sposób przyjęta geometria ma pozostać zgodna z wymaganiami dokumentacji. Nie wskazał również, czy w tym miejscu konieczne są mury oporowe, ściany oporowe, kanalizacja deszczowa zamiast rowów, umocnienia skarp albo inne rozwiązania konstrukcyjne umożliwiające rzeczywistą minimalizację zajętości terenu (...) Nie wyjaśnił, czy „możliwie płytkie rowy” są hydraulicznie wystarczające, czy mają wymagany spadek, dokąd odprowadzają wody, czy mieszczą się w ograniczonej przestrzeni między DK25, DJP-12 i parkingiem, ani czy nie będą wymagały zastąpienia kanalizacją deszczową albo umocnionymi korytami”, przy czym, zdaje się nie zauważać Odwołujący, iż treść pytania ograniczała się wyłącznie do wskazania, jaki rodzaj rozwiązania projektowego został przyjęty w celu minimalizacji zajętości terenu w rejonie działek Salonu Samochodowego Mercedes-Benz. Pytanie to, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie obejmowało obowiązku przedstawienia „planu sytuacyjnego, przekroju poprzecznego, profilu podłużnego, rzędnych projektowanych, rzędnych istniejących, przebiegu linii rozgraniczających, lokalizacji krawędzi jezdni, lokalizacji rowów, parametrów DJP-12, minimalnych odległości od granic działek, zakresu zajęcia parkingu, obliczeń odwodnienia”. Potwierdza to sam Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie: „Zamawiający informuje, że nie wymagał przedstawienia jakiegokolwiek dokumentacji projektowej (...) Zamawiający podkreśla, że nie oczekiwał żadnych danych geometrycznych ani rysunków”, a w konsekwencji nie sposób uznać, że oferta wykonawcy Mirbud S.A. jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Izba zważy, iż Przystępujący w swojej odpowiedzi na pytanie nr 24, wskazał na trzy założenia projektowe minimalizujące zajętość terenu, tj. prowadzenie niwelety po istniejącym terenie, maksymalne zbliżenie DJP-12 do DK25, projektowanie płytkich rowów. W ocenie Izby, Przystępujący wskazując ww. założenia projektowe udzielił odpowiedzi na pytanie o „rodzaj rozwiązania projektowego”, a więc działał zgodnie z zadaniem pytaniem przez Zamawiającego.

Nadto, ze względu na fakt, iż przedmiotowe postępowanie jest prowadzone w formule „zaprojektuj i wybuduj”, skutkuje tym, iż szczegółowe rozwiązania projektowe, w tym dowody mające potwierdzać te rozwiązania projektowe, powstają dopiero na etapie projektowania, tj. po zawarciu umowy z wykonawcą.

Izba wzięła również pod uwagę fakt, że Odwołujący nie udowodnił, że Zamawiający w treści SWZ wskazał na przyjęcie konkretnych rozwiązań w zakresie objętym zarzutem. Izba zważy, iż Zamawiający w pkt 1.1.1. ppkt 35 PFU wskazał na: „dokonanie optymalizacji zajętości terenu pod drogę krajową klasy GP, w celu dalszego, nie pogorszonego prowadzenia działalności, za pomocą odpowiednich rozwiązań projektowych, np. murów oporowych w sąsiedztwie działek ewidencyjnych:

- nr 985/4 obręb Kościelna Wieś (projektowany sklep Dino), zapewniając bezkolizyjny dojazd w obszarze węzła 3,

Nr 1416/3 obręb Skalmierzyce (Zajazd Osada), minimalizując zajętość parkingu,

-nr 264/4, 264/14, 246/15, 246/19 obręb Skalmierzyce (Salon Samochodowy Mercedes – Benz) minimalizując zajętość parkingu,

- nr 350/10, 351/10 obręb Skalmierzyce (planowana inwestycja handlowo-usługowa), co w ocenie Izby skutkuje uznaniem, że Zamawiający pozostawił w tym zakresie swobodę projektową Wykonawcy.

Co istotne, Odwołujący formułując swój zarzut nie odnosi się do konkretnych postanowień (punktów) SWZ, w tym PFU. Nadto, argumentacja Odwołującego znajdująca się w dowodzie przedłożonym na posiedzeniu odnosząca się do norm technicznych WR-D 63-1 pkt 8.15, WR-D 22-2 pkt. 8.1 (5) lit. b, wymagania co do obniżenia wody gruntowej do wysokości mniej niż 1 m pod konstrukcją pojawia się także w pkt 2.1.11 PFU, poszerzenia poboczy, pominiętej pompowni, kosztów dodatkowych wygenerowanych przez rozwiązanie Mirbud, nie znajduje się w treści odwołania w uzasadnieniu zarzutu, tj. („Odpowiedź na pytanie nr 23 – brak przedstawienia rozwiązania w zakresie dróg dojazdowych i odwodnienia”), a w konsekwencji Izba je pominęła.

Tym samym, zarzut odnoszący się do pytania nr 24 jest w ocenie Izby niezasadny.

Odnosząc się do zarzutów „innych niezgodności” Izba wskazuje, że w ramach zarzutu dotyczącego pytania nr 2, Zamawiający zadał pytanie o następującym brzmieniu: „Czy Wykonawca w swojej Ofercie założył potrzebę uzyskiwania odstępstw od warunków technicznych? Jeśli tak, to prosimy o wskazanie zakresu planowanego wniosku?”,

Przystępujący udzielił następującej odpowiedzi: „Wykonawca informuje, że w swojej Ofercie, na podstawie wymagań Zamawiającego opisanych w SWZ, założył potrzebę uzyskania odstępstw od przepisów techniczno – budowlanych, w zakresie robót prowadzonych w bliskiej odległości, przy i nad liniami kolejowymi, tj. między innymi od *Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 7 sierpnia 2008 r. w sprawie wymagań w zakresie odległości i warunków dopuszczających usytuowanie drzew i krzewów, elementów ochrony akustycznej i wykonywania robót ziemnych w sąsiedztwie linii kolejowej, a także sposobu urządzania i utrzymywania zasłon odśnieżnych oraz pasów przeciwpożarowych.* ; *Rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 9 lipca 2015 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać skrzyżowania linii kolejowych oraz bocznic kolejowych z drogami i ich usytuowanie oraz warunków technicznych ich użytkowania; Ustawy z dnia 28 marca 2003r. o transporcie kolejowym (Dz. U. z 2003 r. Nr 86, poz. 789 z późn. zmianami).* Wykonawca informuje ponadto, że przedmiotowa inwestycja realizowana jest w formule „projektuj i buduj”, w związku z czym Wykonawca nie wyklucza, iż na etapie opracowywania dokumentacji projektowej wystąpi konieczność uzyskania odstępstw od warunków technicznych i przepisów techniczno – budowlanych”.

W ramach powyższego pytania nr 2, Odwołujący zarzuca, że: „MIRBUD planuje zaprojektować drogę z parametrami niższymi niż wymagane, co jest sprzeczne z PFU”.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Przystępujący udzielił odpowiedzi zgodnie z zakresem zadanego pytania. Izba zważa, iż Przystępujący udzielając odpowiedzi na ww. pytanie, założył konieczność uzyskania odstępstw od przepisów techniczno-budowlanych, wynikającą z wymagań Zamawiającego określonych w SWZ, w zakresie robót prowadzonych w bliskiej odległości, przy i nad liniami kolejowymi, w szczególności od rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 7 sierpnia 2008 r. w sprawie robót w sąsiedztwie linii kolejowych, rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Rozwoju z 9 lipca 2015 r. w sprawie warunków technicznych skrzyżowań linii kolejowych, ustawy o transporcie kolejowym, jednocześnie zastrzegając możliwość dodatkowych odstępstw, jeżeli będzie to konieczne, co wcale nie oznacza, że mamy do czynienia z niezgodnością warunkami zamówienia, zwłaszcza patrząc przez pryzmat przedmiotowego postępowania, które jest realizowane w formule „zaprojektuj i wybuduj”, na co wskazywał Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach.

W związku powyższym, w ocenie Izby, nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że „MIRBUD planuje zaprojektować drogę z parametrami niższymi niż wymagane”, ze względu na to, że w żaden sposób nie wynika to z treści udzielonej odpowiedzi przez Przystępującego.

Co istotne, Odwołujący formułując swój zarzut nie odnosi się do konkretnych postanowień (punktów) SWZ, w tym PFU.

Tym samym, zarzut odnoszący się do pytania nr 2 jest w ocenie Izby niezasadny.

Odnosząc się zarzutu dotyczącego pytania nr 19, Izba wskazuje, iż Zamawiający zadał pytanie o następującym brzmieniu: „Jaki rodzaj posadowienia Wykonawca założył pod każdy obiekt inżynierski na zadaniu?”, Przystępujący udzielił następującej odpowiedzi: „Wykonawca w odpowiedzi na pytanie, przekazuje *załącznik nr 1 – Rodzaj posadowienia pod obiektami inżynierskimi*, w którym wskazano założenia dotyczące rodzaju posadowienia pod obiektami inżynierskimi, wykazanymi w tabeli 1.1 PFU. Ponieważ inwestycja realizowana jest w trybie „projektuj i buduj”, Wykonawca nie wyklucza zmian na etapie opracowywania dokumentacji projektowej w zakresie sposobu posadowienia obiektów inżynierskich. W związku z tym Wykonawca zastrzega, że przyjęte rozwiązania koncepcyjne na etapie przetargu nie ograniczają go do wprowadzenia innych, kolejnych rozwiązań zgodnych z przepisami prawa, wymaganiami Zamawiającego oraz przekazaną przez niego dokumentacją postępowania, które mogą zostać wprowadzone na etapie projektowania”.

W ramach powyższego pytania nr 19, Odwołujący zarzuca, że: „Zmiana sposobu posadowienia – np. z posadowienia bezpośredniego na palowe lub odwrotnie – może wymagać zmiany DŚU i generować zasadnicze modyfikacje projektu. Zastrzeżenie tak istotnej zmiany świadczy o tym, że MIRBUD nie potrafi na dzień złożenia oferty określić sposobu realizacji kluczowego elementu zamówienia”.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Przystępujący udzielił odpowiedzi zgodnie z zakresem zadanego pytania. Izba zważa, iż Przystępujący udzielając odpowiedzi na ww. pytanie wskazał jednoznacznie, że przekazał załącznik nr 1 – Rodzaj posadowienia pod obiektami inżynierskimi, zawierający przyjęte założenia dotyczące posadowienia obiektów wymienionych w tabeli 1.1. PFU, zastrzegając jednocześnie, że „przyjęte rozwiązania koncepcyjne na etapie przetargu nie ograniczają go do wprowadzenia innych, kolejnych rozwiązań zgodnych z przepisami prawa, wymaganiami Zamawiającego oraz przekazaną przez niego dokumentacją postępowania, które mogą zostać wprowadzone na etapie projektowania”, nie oznacza, że mamy do czynienia z niezgodnością warunkami zamówienia, patrząc przez pryzmat przedmiotowego postępowania, które jest realizowane w formule „zaprojektuj i wybuduj”, na co słusznie wskazywał Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach.

Izba wskazuje, iż z ww. załącznika nr 1 (tabela 1.1. PFU) wynika wykaz posadowienia obiektów, jakie założył Przystępujący składając ofertę (posadowienie bezpośrednie, posadowienie pośrednie – pale, posadowienie pośrednie – pale Φ 800 wiercone, posadowienie bezpośrednie na podłożu wzmocnionym – kolumny DSM Φ 800). Przy czym, co

istotne, Zamawiający w SWZ nie narzuca rodzaju posadowienia, lecz, aby przyjęty rodzaj posadowienia był zgodny z wiążącą DGI, czyli posadowieniem bezpośrednim lub pośrednim, a taki rodzaj posadowienia wynika jednoznacznie z załącznika nr 1 – Rodzaj posadowienia pod obiektami inżynierskimi (tabela 1.1. PFU)

Tym samym, racje ma Przystępujący, iż, ze względu na obowiązującą formułę „zaprojektuj i wybuduj” w przypadku, gdyby „badania gruntu pod obiektami, które są obligatoryjne do wykonania na etapie projektu, wykazały konieczność zmiany posadowienia bezpośredniego na pośrednie, to oczywistym jest, że taka zmiana musiałaby nastąpić”.

Co istotne, Odwołujący formułując swój zarzut nie odnosi się do konkretnych postanowień (punktów) SWZ, w tym PFU. Nadto, argumentacja Odwołującego znajdująca się w dowodzie przedłożonym na posiedzeniu odnosząca się do „przyjętych przez Mirbud rozwiązań technicznych dla co najmniej dwóch obiektów są sprzeczne z dokumentami wiążącymi”, wycofanej normy obciążeniowej dla mostów w punkcie 5.3, „Mirbud wycenił posadowienie bezpośrednie, przez co zaniżył cenę oferty w tej pozycji”, nie znajduje się w treści odwołania w uzasadnieniu zarzutu, tj. („Posadowienie obiektów inżynierskich (pytanie nr 19)”, a w konsekwencji Izba je pominęła.

Tym samym, zarzut odnoszący się do pytania nr 19 jest w ocenie Izby niezasadny.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego pytania nr 22, Izba wskazuje, iż Zamawiający zadał pytanie o następującym brzmieniu: „Czy Wykonawca założył w swojej Ofercie zbrojenie nasypów, jak tak to w jakiej lokalizacji?”, Przystępujący udzielił następującej odpowiedzi: „Wykonawca informuje, iż zgodnie z dokumentami postępowania, do Oferty nie zakładał zbrojenia nasypów. Po analizie załączonych dokumentów, w tym między innymi DGI, przyjęto wzmocnienia podłoża pod nasypami oraz technologię budowy konstrukcji gruntowych etapowo, wraz z prowadzeniem monitoringu geotechnicznego, a także z zastosowaniem odpowiedniego rodzaju odwodnienia. Ponadto, Wykonawca informuje, że inwestycja realizowana jest w formule „projektuj i buduj”, w związku z czym Wykonawca zastrzega, że przyjęte rozwiązania koncepcyjne na etapie przetargu nie ograniczają go do wprowadzenia innych, kolejnych rozwiązań zgodnych z przepisami prawa, wymaganiami Zamawiającego oraz przekazaną przez niego dokumentacją postępowania, które mogą zostać wprowadzone na etapie projektowania, po wykonaniu szczegółowych badań podłoża. Zgodnie z udzieloną odpowiedzią z etapu przetargu, Zamawiający nie precyzuje technologii wzmocnienia skarp nasypów i wykopów, a obowiązek prawidłowego zaprojektowania skarp nasypów i wykopów, łącznie ze sprawdzeniem ich stateczności, oraz zaprojektowaniem i wykonaniem odpowiedniego wzmocnienia, zgodnego z SWZ należy do zadań Wykonawcy”.

W ramach powyższego pytania nr 22, Odwołujący zarzuca, że: „MIRBUD nie uwzględnił zbrojenia nasypów w swojej ofercie, jednocześnie zastrzegając sobie prawo do jego dodania na etapie realizacji. W kontekście formuły „projektuj i buduj” zbrojenie nasypów wpływa na koszt robót ziemnych (jest to świadczenie dodatkowe, kosztowne). Jeśli MIRBUD nie uwzględnił zbrojenia w kalkulacji cenowej, a następnie okaże się ono konieczne, powstanie kwestia, czy zaoferowana cena obejmuje pełen zakres świadczenia. Jeśli natomiast zbrojenie zostało uwzględnione w cenie, choć nie jest wykazane w opisie technicznym oferty – mamy do czynienia z wewnętrzną sprzecznością oferty”.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Przystępujący udzielił odpowiedzi zgodnie z zakresem zadanego pytania. Izba zważyła, iż Przystępujący udzielając odpowiedzi na ww. pytanie oraz wskazując jednoznacznie, że nie zakładał zbrojenia nasypów – przyjął wzmocnienie podłoża pod nasypami oraz technologię budowy konstrukcji gruntowych etapowo wraz z prowadzeniem monitoringu i zastosowaniem odpowiedniego odwodnienia, nie oznacza, że mamy do czynienia z niezgodnością warunkami zamówienia, patrząc przez pryzmat przedmiotowego postępowania, które jest realizowane w formule „zaprojektuj i wybuduj”, na co słusznie wskazywał Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach.

Przy czym, co istotne, Zamawiający w SWZ nie narzuca rodzaju i sposobu wzmocnienia nasypów, lecz, aby przyjęte rozwiązania były zgodne z wiążącą DGI.

Co istotne, Odwołujący formułując swój zarzut nie odnosi się do konkretnych postanowień (punktów) SWZ, w tym PFU. Nadto, argumentacja Odwołującego znajdująca się w dowodzie przedłożonym na posiedzeniu, co do tego, że „wzmocnienia wgłębne są wykluczone przez Zamawiającego w danej lokalizacji. Na analizowanym obszarze zgodnie z warunkami Zamówienia w okolicach co najmniej dwóch obiektów w km 12+100 oraz 17 +240,96 występują nasypy rzędu 9 i 8 metrów. Dla odcinka nasypu przy obiekcie w km 12+10 nie zostały wykonane badania geologiczne (...) Jedną z metod wskazanych przez Mirbud, czyli zastosowanie wzmocnień wgłębnych, nie może być przewidziana na odcinku, na którym nie było badań geologicznych”, nie znajduje się w treści odwołania w uzasadnieniu zarzutu, tj. („Zbrojenie nasypów (pytanie nr 22)”, a w konsekwencji Izba je pominęła.

Tym samym, zarzut odnoszący się do pytania nr 22 jest w ocenie Izby niezasadny.

Odnosząc się do zarzutów ewentualnych, tj. naruszenia przez Zamawiającego art. 223 ust. 1 oraz art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania MIRBUD do złożenia dalszych wyjaśnień dotyczących treści oferty oraz sposobu kalkulacji ceny ofertowej, pomimo istnienia licznych i obiektywnych wątpliwości co do tego, jakie rozwiązania projektowe, techniczne i technologiczne zostały rzeczywiście przyjęte do oferty i uwzględnione w cenie ofertowej, w szczególności w zakresie (i) niwelety trasy głównej, (ii) bilansu robót ziemnych, (iii) geometrii Węzła nr 4, (iv) przebiegu łącznicy względem gazociągu i wiaduktu, (v) zgodności urządzeń odwodnieniowych z granicami decyzji środowiskowej, (vi) sposobu

rozwiązania kolizji branżowych oraz zgodności przyjętych rozwiązań z PFU, odpowiedziami Zamawiającego, stanowiskami branżowymi i koncepcją programową, podczas gdy z wyjaśnień MIRBUD wynikało, że zasadnicze elementy inwestycji mają zostać dopiero ustalone lub zweryfikowane na etapie projektowania, uzgodnień branżowych albo prac przygotowawczych, co uniemożliwiało Zamawiającemu ustalenie rzeczywistej treści oferty oraz ocenę prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej, są w ocenie Izby niezasadne.

Izba zważa, iż zgodnie z art. 223 ust 1 ustawy PZP, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści, zaś w myśl art. 224 ust. 1 ustawy PZP, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Izba zważa, że przepis art. 223 ust. 1 ustawy PZP, jest przepisem, który jest uprawnieniem i jednocześnie obowiązkiem Zamawiającego, ale materializuje się wyłącznie w przypadku powstania wątpliwości, co do treści złożonej oferty, co do sposobu jej rozumienia. Zastosowanie art. 223 ust. 1 ustawy PZP materializuje się w wielu stanach faktycznych, szczególnie w postępowaniach, w których Zamawiający wymaga jednoznacznego wyspecyfikowania przez wykonawcę przedmiotu zamówienia w ofercie, chociażby poprzez podanie określonych parametrów, a Zamawiający w toku oceny ofert dostrzega wątpliwości co do zgodności wskazanych w ofercie parametrów z opisem przedmiotu zamówienia, które jednak udaje się wyeliminować poprzez uzyskanie od wykonawcy wyjaśnień.

W ocenie Izby przepis ten referuje w sposób oczywisty do sytuacji, kiedy treść oferty zawiera niejasności, których nie można wyeliminować w inny sposób, jak właśnie na skutek złożenia przez wykonawcę wyjaśnień. Inaczej mówiąc, przepis dotyczy stanów faktycznych, w których po stronie Zamawiającego powstają wątpliwości co do znaczenia treści wyrażonej w ofercie. Zamawiający jest zatem uprawniony zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienie w trybie art. 223 ust. 1 ustawy PZP w sytuacji powzięcia uzasadnionych wątpliwości, przykładowo co do poprawności zaoferowania przedmiotu zamówienia.

Biorąc powyższe pod uwagę, w tym całokształt okoliczności sprawy, obowiązującą formułę przedmiotowego postępowania w postaci „zaprojektuj i wybuduj”, udzielonymi odpowiedziami przez Przystępującego zgodnie z zakresem zadanych pytań, Izba doszła do przekonania, że po stronie Zamawiającego nie powstały dalsze wątpliwości co do znaczenia treści wyrażonej w ofercie, co do zgodności wskazanych rozwiązań w ofercie Przystępującego z opisem przedmiotu zamówienia.

Z powyższych względów, zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy PZP jest zdaniem Izby niezasadny. To samo dotyczy wskazywanego przez Odwołującego naruszenia przez Zamawiającego art. 224 ust. 1 ustawy PZP.

Jak wskazuje się w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lutego 2025 r. o sygn. akt KIO 348/25: „(...) przepis art. 224 ust. 1 ustawy Pzp z jednej strony zobowiązuje zamawiającego do zwrócenia się o wyjaśnienia do wykonawcy, gdy cena wydaje się rażąco niska i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia, z drugiej zaś, ustanawiając prawo do zwrócenia się o wyjaśnienia, uzależnia ją od określonych podejrzeń, których zamawiający winien nabrać. Jeśli takie wątpliwości po stronie zamawiającego nie zaktualizują się, to żądanie wyjaśnień w takich przypadkach należy uznać za bezpodstawne”.

W ocenie Izby, w realiach niniejszej sprawy, Zamawiający na podstawie udzielonych odpowiedzi przez Przystępującego na konkretne zadane pytania, nie miał wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, w związku z zaoferowaną ceną. W konsekwencji, nie jest tak, jak sugeruje to Odwołujący, że Zamawiający powinien skierować do Przystępującego wezwanie w trybie art. 224 ust. 1 ustawy PZP celem złożenia szczegółowych wyjaśnień dotyczących sposobu kalkulacji ceny oferty, przyjętych założeń projektowych oraz zakresu robót uwzględnionych w cenie.

Tym samym, zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 224 ust.1 ustawy PZP, jest zdaniem Izby niezasadny, a w konsekwencji zarzut nr 1 (naruszenie art. 239 ust. 1 ustawy PZP) i zarzut nr 7 (naruszenie art. 16 pkt 1-3 ustawy PZP).

Nadto, Izba zważa, iż pozostałe dowody złożone przez Odwołującego i Przystępującego nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 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. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

.....