

WYROK

Warszawa, dnia 24 lipca 2026 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: M.J.

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 lipca 2026 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lipca 2026 roku przez BETONOX CONSTRUCTION SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Sopocie postępowaniu prowadzonym przez Miasto Oświęcim - Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Oświęcimiu przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego ARCO SYSTEM SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Oświęcimiu

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w części, tj. w zakresie zarzutu podniesionego w punkcie 6 *petitum* odwołania i nakazuje Miastu Oświęcim – Miejskiemu Ośrodkowi Sportu i Rekreacji w Oświęcimiu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach wezwanie ARCO SYSTEM SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Oświęcimiu do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczenia GEMO A.S. w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia w zakresie zlecenia przez ten podmiot osobom trzecim podwykonawstwo części zamówienia.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża BETONOX CONSTRUCTION SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Sopocie w części 5/6 oraz Miasto Oświęcim - Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Oświęcimiu w części 1/6 i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) oraz 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez BETONOX CONSTRUCTION SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Sopocie tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzeń pełnomocnika.
 - 3.2. zasądza od Miasta Oświęcim - Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Oświęcimiu na rzecz BETONOX CONSTRUCTION SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Sopocie kwotę 3 934 zł 00 gr (trzy tysiące dziewięćset trzydzieści cztery złote zero groszy) stanowiącą 1/6 sumy kosztów poniesionych przez BETONOX CONSTRUCTION SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Sopocie tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzeń 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.

Przewodnicząca:

Sygn. akt KIO 3357/26

UZASADNIENIE:

Zamawiający Miasto Oświęcim - Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Oświęcimiu w trybie przetargu nieograniczonego prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Przebudowa i rozbudowa hali lodowej wraz z budową parkingów, pylonu, masztów flagowych, zagospodarowaniem terenu oraz infrastrukturą towarzyszącą - Etap I w ramach zadania „Przebudowa i rozbudowa Hali lodowej przy ul. Chemików 4 w Oświęcimiu”, wewnętrzny identyfikator: ZP.260.01.2026.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 stycznia 2026 r. pod numerem: 68729-2026.

W postępowaniu tym wykonawca BETONOX CONSTRUCTION SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Sopocie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 10 lipca 2026 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności Zamawiającego, polegającej na wyborze oferty wykonawcy ARCO SYSTEM Sp. z o.o., który podlegał wykluczeniu z postępowania, a także na bezpodstawnej odmowie odtajnienia dokumentów.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 18 ust. 1 - 3 PZP oraz art. 16 pkt 1) i 2) PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „znku”), poprzez błędne ich zastosowanie, a więc błędną ocenę skuteczności zastrzeżenia przez Wykonawcę jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień do Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (Załącznik „Pismo wyjaśniające do JEDZ”), a w konsekwencji zaniechanie ujawnienia wyjaśnień oraz naruszenie zasady jawności, przejrzystości i uczciwej konkurencji poprzez ograniczenie innym wykonawcom, w tym Odwołującemu możliwości weryfikacji przedstawionych okoliczności faktycznych i argumentacji mających rzekomo

uzasadniać brak podstaw do wykluczenia Wykonawcy z postępowania publicznego.

- 2.art. 239 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1) i 2) PZP poprzez ich niezastosowanie i wybór jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty Wykonawcy w sytuacji gdy czynność ta nastąpiła z naruszeniem zasad przejrzystości i uczciwej konkurencji do tego stopnia, iż pozostali wykonawcy pozbawieni zostali możliwości zbadania motywów i prawidłowości rozstrzygnięcia Zamawiającego;
- 3.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7) PZP w związku z art. 16 pkt 1) i 2) PZP i art. 17 PZP poprzez jego niezastosowanie poprzez nieprawidłowe badanie i błędną ocenę oferty Wykonawcy, w szczególności oświadczenia - Załącznik „Pismo wyjaśniające do JEDZ” i błędne uznanie, że wobec Wykonawcy nie zachodzą podstawy wykluczenia z postępowania o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp a tym samym że oferta nie podlega odrzuceniu jako złożona przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania, w konsekwencji zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania, 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 odstąpienia od umowy;
- 4.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5) PZP w związku z art. 16 pkt 1) i 2) PZP i art. 17 PZP poprzez jego niezastosowanie poprzez nieprawidłowe badanie i błędną ocenę oferty Wykonawcy, w szczególności oświadczenia - Załącznik „Pismo wyjaśniające do JEDZ” i błędne uznanie, że wobec Wykonawcy nie zachodzą podstawy wykluczenia z postępowania o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP a tym samym że oferta nie podlega odrzuceniu jako złożona przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania, w konsekwencji zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania, który z poprzez jego niezastosowanie, a więc niewykluczenie z postępowania oraz wybór oferty Wykonawcy, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co poskutkowało zastosowaniem sankcji w postaci odstąpienia od umowy i naliczenia kar umownych;
- 5.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PPZ w zw. z art. 109 ust 1 pkt 8) i 10) PZP w związku z art. 109 ust. 1 pkt 5) i 7) PZP poprzez nieprawidłowe badanie i błędną ocenę oferty Wykonawcy, w szczególności oświadczenia - Załącznik „Pismo wyjaśniające do JEDZ” i błędne uznanie, że wobec wykonawcy nie zachodzą podstawy wykluczenia z udziału w postępowaniu, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania podczas gdy Wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5) i 7) PZP, w zakresie wskazanym przez Zamawiającego w SWZ w związku z odstąpieniem przez zamawiającego od umowy z Wykonawcą i naliczonych mu przez zamawiających kar umownych – w zakresie szczegółowo opisanym w punkcie III i IV uzasadnienia odwołania,
- 6.art. 223 ust. 1 PZP i art. 239 pkt 1) PZP w związku z art. 118 ust. 2 PZP oraz w związku z art. 16 pkt 1 PZP poprzez brak wezwania Wykonawcy do wyjaśnienia zakresu i sposoby wykonawstwa przez podmiot trzeci prac w zakresie wykazanego warunku dotyczącego doświadczenia (rozdział VI ust. 2 pkt. 2 lit. a tiret 1-3 SWZ) i wybór oferty, w której Wykonawca powołuje się na doświadczenie podmiotu trzeciego – podmiotu de facto pozornego, który zamierza zlecić podwykonawcom prace w zakresie w jakim wykazuje spełnienie warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia, do których osobistego wykonania się zobowiązał.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.odtąjnienia informacji wnioskowanych przez Odwołującego;
- 2.unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy;
- 3.ponownego badania i oceny oferty, w tym oferty Wykonawcy i w konsekwencji wykluczenia Wykonawcy z postępowania, a następnie odrzucenia oferty Wykonawcy jako podlegającego wykluczeniu z postępowania;
- 4.przeprowadzenia czynności oceny a następnie wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem zarzutów niniejszego odwołania.

W złożonej pismem z dnia 20 lipca 2026 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Wykonawca ARCO SYSTEM SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Oświę głosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym ww. wykonawcę. Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione. Co za tym idzie wykonawca skutecznie zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego, stając się uczestnikami postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania wyrażone odpowiednio w odwołaniu,

odpowiedzi na odwołanie, pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowody niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożone przez:

1. Odwołującego wraz z odwołaniem oraz pismem procesowym z dnia 20 lipca 2026 roku, tj.: odpowiedź gminy Andrychów na zapytanie z dnia 28 maja 2026 roku; wypowiedzenie umowy z dnia 9 marca 2022 roku; pismo Gminy Andrychów do Arco System Sp. z o.o. nr 25/W/2021 z dnia 06.12.2021, nr 26/W/2021 z dnia 14.12.2021, z dnia 29.12.2021; pismo Parku Śląskiego z dnia 20.05.2026 r.; nota księgowa nr 2/2024 z dnia 19.01.2024 r.; odpowiedź Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach na wniosek o udzielenie informacji publicznej; pismo Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach z dnia 17 lutego 2023 r. zawierające oświadczenie o częściowym odstąpieniu od umowy nr RZP/129/2019, nota księgowa GKFK 68/E/2022 z dnia 28 grudnia 2022 r., nota księgowa GKFK/15//2023 z dnia 7 marca 2023 r.; nota księgowa GKFK/16//2023 z dnia 7 marca 2023 r.; nota księgowa GKFK/106//2023 z dnia 29 czerwca 2023 r. - *na fakt*: nienależytego wykonywania umów przez Uczestnika postępowania.
2. ogłoszenie nr 2024/BZP 00063790 z dnia 2024-01-24; protokół odbioru końcowego z dnia 4.12.2023 r. oraz 21.12.2023 r.; referencje wystawione przez Zamawiającego z dnia 27.04.2024 r.; protokół odbioru końcowego z dnia 7.07.2021 r. - *na fakt*: należytego wykonywania umów przez Uczestnika postępowania.

Izba dała wiarę w całości dowodom z dokumentów złożonych przez Odwołującego oraz Uczestnika postępowania, gdyż nie były one przez strony kwestionowane, a Izba nie znalazła podstaw, aby z urzędu podważać ich wiarygodność.

Izba nie poczyniła ustaleń w zakresie tego, czy Uczestnik postępowania z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego z uwagi na upływ 3 letniego okresu od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Izba pominęła jako nieistotne dla rozstrzygnięcia sprawy dowody niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożone przez:

1. Odwołującego wraz z odwołaniem, tj.: dokument „Dodatkowe informacje i objaśnienia” stanowiący załącznik do sprawozdania finansowego Wykonawcy za 2024 rok.
2. Uczestnika postępowania wraz z pismem procesowym z dnia 22 lipca 2026 roku, tj.: opinię prawną.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny istotny dla rozstrzygnięcia sprawy:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych polegających na przebudowie i rozbudowie hali lodowej wraz z budową parkingów, pylonu, masztów flagowych, zagospodarowaniem terenu oraz infrastrukturą towarzyszącą - Etap I w ramach zadania „Przebudowa i rozbudowa Hali lodowej przy ul. Chemików 4 w Oświęcimiu”.

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert z dnia 12 maja 2026 roku w postępowaniu sześciu wykonawców złożyło oferty, a mianowicie:

1. BUDIMEX Spółka Akcyjna, ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa
2. ARCO SYSTEM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Unii Europejskiej 24, 32 600 Oświęcim
3. Konsorcjum firm: NDI Spółka Akcyjna, ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot - lider konsorcjum, NDI SOPO Spółka Akcyjna, ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot - partner konsorcjum.
4. Konsorcjum firm: MERITUM GRUPA BUDOWLANA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Jugowicka 8a, 31 443 Kraków - lider konsorcjum, PRZEDSIĘBIORSTWO PRODUKCYJNE I USŁUGOWE "CONCRET" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, ul. Fabryczna 10, 43-100 Tychy - partner konsorcjum.
5. BETONOX CONSTRUCTION Spółka Akcyjna, ul. Mikołaja Reja 13/15, 81-874 Poczta Sopot
6. BIELSKIE PRZEDSIĘBIORSTWO BUDOWNICTWA PRZEMYSŁOWEGO Spółka Akcyjna, ul. Gen. Mieczy Boruty-Spiechowicza 27, 43-300 Bielsko-Biała.

Zgodnie z rozdziałem VII. (PODSTAWY WYKLUCZENIA Z POSTĘPOWANIA) specyfikacji warunków zamówienia *Z postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia wyklucza się wykonawcę oraz odpowiednio inny podmiot wskazany w SWZ, względem którego zachodzą przesłanki wykluczenia, o których mowa w:*

- 4) art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, tj.: który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego

uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów;

5) art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, tj.: 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;

6) art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, tj.: 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;

7) art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, tj.: 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;

Uczestnik postępowania w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia w punkcie C w części III (Podstawy wykluczenia) oświadczył, że znajduje 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. Uczestnik postępowania dołączył do oferty załącznik – Pismo_wyjaśniające_do_JEDZ, który to dokument zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Uczestnik postępowania w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia w punkcie C w części II (Informacja dotyczące wykonawcy) oświadczył, że polega na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji określonych poniżej w części IV oraz (ewentualnych) kryteriów i zasad określonych poniżej w części V. Z kolei w punkcie D oświadczył, że zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo części zamówienia wskazując dalej na podwykonawcę GEMO a.s. - zakres zgodnie z zobowiązaniem (niezbędne do spełnienia warunku udziału w postępowaniu o którym mowa w SWZ w rozdziale VI, ust. 2 pkt 2) lit a) tiret pierwszy, drugi, trzeci. - pozostali podwykonawcy nieznani na etapie składania oferty.

Podmiot udostępniający zasoby GEMO a.s. w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia w punkcie D w części II (Informacja dotyczące wykonawcy) oświadczył, że zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo części zamówienia, którzy nieznani są na etapie składania oferty. W zobowiązaniu podmiot udostępniający zasoby wskazał w punkcie 3 (Informacja, czy i w jakim zakresie Podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego Wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane, których wskazane zdolności dotyczą): *Faktyczne wykonanie jako podwykonawca wszelkich prac, robót budowlanych niezbędnych do spełnienia podmiotowego warunku udziału w postępowaniu o którym mowa w SWZ w rozdziale VI, ust. 2 pkt 2) lit a) tiret pierwszy, drugi, trzeci.*

Zamawiający pismem z dnia 1 lipca 2026 roku zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty Uczestnika postępowania.

Oś sporu koncentrowała się w niniejszej sprawie wokół trzech zarzutów. Pierwszy dotyczył zaniechania Zamawiającego odtajnienia treści dokumentu „Pismo wyjaśniające do JEDZ”, stanowiącego załącznik do JEDZ złożonego przez Uczestnika postępowania. W ocenie Odwołującego zastrzeżenie dokonane przez Uczestnika postępowania nie spełnia przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz utrwalonego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych, gdyż Uczestnik postępowania nie wykazał w sposób skuteczny, że informacje te mają wartość gospodarczą, nie są powszechnie znane oraz że podjęto wobec nich działania w celu zachowania ich poufności. Drugi dotyczył wykluczenia Uczestnika postępowania z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 5, pkt 7, pkt 8, i pkt 10 ustawy Pzp. Trzeci dotyczył oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby GEMO a.s. w zakresie zlecenia przez ten podmiot osobom trzecim podwykonawstwo części zamówienia.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w części, tj. w zakresie zarzutu podniesionego w punkcie 6 *petitum* odwołania.

Zgodnie z wymaganiami art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, przepisy stanowiące podstawą prawną zapadłego rozstrzygnięcia: art. 18 ust. 1 - 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp (zarzut nr 1); art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp w zw. art. 109 ust. 1 pkt. 5, pkt 7, pkt 8, i pkt 10 ustawy Pzp, art. 111 pkt 4 ustawy Pzp (zarzut 3-5); art. 128 ust. 1 ustawy Pzp (zarzut nr 6); art. 239 ust. 1 ustawy Pzp. Izba za zbędne uznała przywoływanie treści przepisów z uwagi na to, że ich

treść jest publicznie dostępna.

Zarzut nr 6 – *naruszenie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp i art. 239 pkt 1 ustawy Pzp w związku z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp oraz w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez brak wezwania wykonawcy do wyjaśnienia zakresu i sposoby wykonawstwa przez podmiot trzeci*

Izba uznała zarzut dotyczący rozbieżności pomiędzy oświadczeniem w JEDZ-u a zobowiązaniem podmiotu udostępniającego zasoby w zakresie ewentualnego powierzenia części zamówienia za zasadny. Zamawiający winien ustalić czy rzeczywiście podmiot udostępniający zasoby zamierza powierzyć osobom trzecim wykonanie części zamówienia, a jeżeli tak to w jakim zakresie.

Obowiązkiem Zamawiającego jest ocena realności wykorzystania udostępnionego zasobu przez podmiot trzeci. Bez wątpienia tylko rzeczywiste uczestnictwo podmiotu udostępniającego swoje zasoby daje gwarancję należytego wykonania umowy we wskazanym zakresie. Z tego też względu istotne jest uzyskanie informacji czy roboty zostaną wykonane przez podmiot udostępniający zasoby, czy zostaną zlecone innemu podmiotowi (podwykonawcy).

Zdaniem Izby w przedmiotowej sprawie zastosowanie znajdzie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, a nie jak wskazywał Odwołujący art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

W pozostałym zakresie odwołanie należało oddalić.

Zarzut nr 1 i nr 2 – *naruszenie art. 18 ust. 1 - 3 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ujawnienia treści dokumentu „Pismo wyjaśniające do JEDZ”, stanowiącego załącznik do JEDZ, a w konsekwencji naruszenie zasady jawności, przejrzystości i uczciwej konkurencji poprzez ograniczenie innym wykonawcom, w tym Odwołującemu możliwości weryfikacji przedstawionych okoliczności faktycznych i argumentacji mających rzekomo uzasadniać brak podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*

Zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp *Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.*

Co do zasady rację miał Odwołujący podnosząc, że Uczestnik postępowania nie zdołał wykazać spełnienia wszystkich przesłanek definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. Powyższe nie mogło skutkować uwzględnieniem odwołania w tym zakresie, bowiem zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp *Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* Odwołujący podniósł zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty Uczestnika postępowania, przedkładając obszernie stanowisko wraz z dowodami. Co równie istotne, Izba oddaliła zarzuty w tym zakresie, zatem naruszenie przez Zamawiającego wskazanych przepisów nie miało istotnego wpływu na wynik postępowania.

Zarzut nr 3, nr 4 i nr 5 – *naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5, pkt 7, pkt 8 i pkt 10 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp i art. 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania*

Izba w pełni podziela twierdzenia Uczestnika postępowania w zakresie upływu terminu wykluczenia. Art. 111 pkt 4 ustawy Pzp wskazuje na 3 letni okres od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Zaistnienie zdarzenia oznacza moment, kiedy coś się wydarzyło, miało miejsce. Nie ma przy tym znaczenia data odstąpienia od umowy, czy też naliczenie kary umownej. To są skutki niewykonania czy też nienależytego wykonania istotnych zobowiązań umownych. Prościej rzecz ujmując, nastąpiło jakieś zdarzenie, które w konsekwencji doprowadziło do odstąpienia od umowy, naliczenia kar umownych czy końcowo wszczęcia postępowania sądowego. Z kolei art. 111 pkt 4 ustawy Pzp odnosi się wprost do zdarzenia a nie skutków tego zdarzenia.

Odnosząc się do zamówienia realizowanego na rzecz Alinox Sp. z o.o. wskazać należy, że przesłanka z art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp referuje do zamówienia, a nie jakiegokolwiek umowy z prywatnym kontrahentem. Art. 7 pkt 32 ustawy Pzp stanowi, że *Ileokroć w niniejszej ustawie jest mowa o: zamówieniu - należy przez to rozumieć umowę odpłatną między zamawiającym a wykonawcą.* Z kolei zgodnie z pkt 31 zamawiający to osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, obowiązana na podstawie ustawy do jej stosowania. Gdyby zatem intencją ustawodawcy było objęcie regulacją art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp każdą umowę, byłoby to wskazane. W aktualnym stanie prawnym, dyspozycją tego przepisu są objęte wyłącznie zamówienia o których mowa w art. 7 pkt 32 ustawy Pzp.

Poza sporem było to, że umowa realizowana na rzecz Alinox Sp. z o.o. nie była zamówieniem w rozumieniu ustawy Pzp. Zatem zarzut należało oddalić.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1, ust. 3 i ust. 6 w zw. § 2 ust. 2 pkt 2 w zw. § 5 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b

Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

Izba częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Spośród sześciu zarzutów jeden okazał się zasadny, zaś pięć było niezasadnych. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem Odwołujący w części 5/6 i Zamawiający w części 1/6. Na koszty postępowania składał się: wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego w kwocie 20 000 PLN oraz koszt wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 PLN. Izba nie zaliczyła kosztów dojazdu wobec nieuzasadnienia wysokości kosztu przez Odwołującego. Łącznie koszty postępowania odwoławczego wyniosły 23 600 PLN.

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 23 600 PLN - tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia swego pełnomocnika, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 19 666,67 PLN. Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego (po zaokrągleniu na podstawie § 7 ust. 6 ww. rozporządzenia) kwotę 3 934 PLN, stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: