

WYROK

z dnia 5 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 listopada 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 października 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **PBI Infrastruktura S.A., ul. Kolejowa 10e; 23-200 Kraśnik, PBI WMB sp. z o.o. z siedzibą w Sandomierzu** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie, ul. T. Boya Żeleńskiego 19a; 35-105 Rzeszów,**

przy udziale wykonawcy **STRABAG sp. z o.o., ul. Parzniewska 10; 05-800 Pruszków,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **PBI Infrastruktura S.A., ul. Kolejowa 10e; 23-200 Kraśnik, PBI WMB sp. z o.o. z siedzibą w Sandomierzu** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **PBI Infrastruktura S.A., ul. Kolejowa 10e; 23-200 Kraśnik, PBI WMB sp. z o.o. z siedzibą w Sandomierzu,** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **PBI Infrastruktura S.A., ul. Kolejowa 10e; 23-200 Kraśnik, PBI WMB sp. z o.o. z siedzibą w Sandomierzu** na rzecz wykonawcy **STRABAG sp. z o.o., ul. Parzniewska 10; 05-800 Pruszków,** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące

sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Rzeszowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest *„Budowa nowego odcinka drogi wojewódzkiej nr 865 Jarosław - Bełżec w m. Narol wraz z przebudową, budową niezbędnej infrastruktury technicznej, budowli i urządzeń budowlanych w ramach zadania pn. „Budowa obwodnicy Narola w ciągu drogi wojewódzkiej nr 865”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 2 czerwca 2020 r., pod nr 2020/S 105-252828.

Dnia 12 października 2020 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 20 października 2020 roku, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: PBI Infrastruktura S.A. z siedzibą w Kraśniku, PBI WMB sp. z o.o. z siedzibą w Sandomierzu (dalej „Odwołujący”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu, polegających na:

- 1) zaniechaniu wykluczenia z postępowania STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, dalej jako „STRABAG”, pomimo wystąpienia wobec tego podmiotu przesłanek wykluczenia z postępowania,
- 2) wyborze oferty STRABAG, jako najkorzystniejszej,
- 3) zaniechaniu uznania za bezskuteczne zastrzeżenia dokonane przez STRABAG w zakresie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny i załączonych do nich dokumentów, jako tajemnicy przedsiębiorstwa i udostępnienia odwołującemu tej części dokumentacji postępowania,
- 4) zaniechaniu wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia STRABAG z postępowania, pomimo że STRABAG w wyniku zamierzonego działania, bądź co najmniej rażącego niedbalstwa, odpowiadając na pytanie zawarte w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia: „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 lub inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?” - zaniechał udzielenia zamawiającemu wyczerpującej informacji o wszystkich takich sytuacjach,

gdyż nie poinformował zamawiającego o tym, że w związku z realizacją umowy nr 325/05/2017 z dnia 22 maja 2017 r. zawartej z Gminą Miejską Tczew w ramach zamówienia publicznego pn. „*Rozbudowa węzła integracyjnego - przebudowa ul. Gdańskiej w Tczewie (etap II), budowa systemu tras rowerowych; przebudowa ul. Jedności Narodu w Tczewie (etap III)*” - został obciążony karami umownymi z tytułu nieterminowej realizacji umowy, a tym samym przedstawił zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd, które w dodatku doprowadziły do powstania u zamawiającego błędnego przekonania o rzeczywistym stanie rzeczy,

2. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, a także w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,
3. art. 96 ust. 3 oraz art. 8 ust. 11 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2019 r. po z. 1010), dalej jako „z.n.k.”, poprzez ich błędne zastosowanie oraz błędną wykładnię, a w konsekwencji zaniechanie uznania za bezskuteczne zastrzeżenia dokonane przez STRABAG w zakresie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny i załączonych do nich dokumentów, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a w konsekwencji zaniechania udostępnienia odwołującemu tej części dokumentacji postępowania, pomimo, że STRABAG w żaden sposób nie wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisu art. 11 ust. 2 z.n.k.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez STRABAG,
- 2) uznania czynności zastrzeżenia dokonane przez STRABAG w zakresie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny i załączonych do nich dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jako zastrzeżenia bezskutecznego i niespełniającego wymogów określonych w art. 11 ust. 2 z.n.k. oraz odtajnienia tej części dokumentacji postępowania i udostępnienia jej odwołującemu,
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 4) wykluczenia STRABAG z postępowania oraz uznania oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej.
- 5) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania i nakazanie zamawiającemu ich wypłaty na rzecz odwołującego w wysokości wynikającej z przedłożonych rachunków. Jednocześnie odwołujący wyjaśnił, iż do odwołania zostały przedłożone dowody:

uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, wpisu od odwołania oraz poniesionych przez odwołującego kosztów zastępstwa procesowego.

Interes odwołującego. Odwołujący wskazał, że spełnia przesłanki umożliwiające wniesienie odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiada interes w uzyskaniu zamówienia i w związku z tym może ponieść szkodę na skutek dokonania przez zamawiającego zaskarżonych czynności z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Odwołujący jest podmiotem profesjonalnym działającym na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji realizowanych w trybie ustawy Pzp. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu oczekując, że jego oferta zostanie uznana za ofertę najkorzystniejszą. Co więcej, gdyby STRABAG został wykluczony z postępowania, to oferta odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, gdyż uplasowała się na drugiej pozycji pod względem liczby uzyskanych punktów. Naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp miało lub co najmniej mogło mieć, istotny wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący wskazał, iż wobec odformalizowania postępowań w sprawach zamówień publicznych - JEDZ stał się podstawowym źródłem informacji na temat wykonawców na etapie następującym po złożeniu oferty, a zatem wszystkie informacje w nim ujęte muszą być pełne, precyzyjne i kategoryczne. Tym samym, JEDZ zyskał status dokumentu, który ma dostarczać zamawiającym informacji o wszystkich okolicznościach, które mogą przemawiać za wykluczeniem z postępowania danego wykonawcy, w tym z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania wcześniejszych umów. Nie można dojść do odmiennej konstatacji skoro większość pytań w nim wskazanych skorelowana jest z przesłankami wykluczenia, o których mowa w art. 24 ustawy Pzp, w tym z przesłanką, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Jakkolwiek art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, uzależnia wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego od zaistnienia okoliczności w postaci obciążenia wykonawcy przyczynami zaistniałej sytuacji, to przesłanka ta nie pojawia się w treści JEDZ, a konkretnie w pytaniu: *„Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której 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?”*. Pytanie to sprowadza się bowiem jedynie do weryfikacji, czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której: wcześniejsza umowa została rozwiązana przed czasem, lub w związku z którą na wykonawcę nałożone zostało odszkodowanie bądź inne sankcje. Dlatego też, wykonawca na etapie wypełniania JEDZ nie może założyć, że skoro w jego opinii nie zasługuje na wykluczenie z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp (gdyż nie ponosi winy za niewykonanie/nienależyte wykonania umowy), to ma prawo udzielić odpowiedzi przeczącej, bądź też nie podawać wszystkich sytuacji dotyczących rozwiązania umów lub

nałożenia na niego odszkodowania/innych sankcji. Bezspornym bowiem jest, iż w ten sposób wykonawca odebrałby zamawiającemu prawo do oceny, czy i która z tych okoliczności (rozwiązanie wcześniejszej umowy, bądź nałożenie odszkodowania lub innej sankcji) w istocie rzutuje na jego wiarygodność, rzetelność i uczciwość. Na obowiązek wskazania przez wykonawcę wszystkich sytuacji dotyczących wcześniejszego rozwiązania umowy, bądź nałożenia na niego odszkodowania - wskazuje również sama treść JEDZ, która nakazuje, aby każdy wykonawca przedstawił szczegółową informację w tym zakresie, a zatem informację możliwie jak najbardziej precyzyjną i uwzględniającą wszystkie sytuacje.

W ocenie odwołującego - uznanie, że wykonawcy mogą niejako wybiórczo przedstawiać informacje o rozwiązaniu, bądź też nałożeniu odszkodowania w związku z realizacją wcześniejszych umów w sprawach zamówień publicznych - oznaczałoby dopuszczenie do sytuacji, w której nawet ci wykonawcy, którzy regularnie nienależycie realizują swoje zobowiązania - mogliby poprzestawać na wskazaniu tylko jednej takiej sytuacji, celowo pomijając przy tym te, które w rzeczywistości mogłyby być podstawą do ich wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. W dodatku, nie sposób uznać, iż ilość nieprawidłowości, których dopuszcza się wykonawca - nie ma dla zamawiającego żadnego znaczenia. Rzeczą oczywistą bowiem jest, iż każdy zamawiający preferuje nie tych wykonawców, którzy regularnie dopuszczają się licznych uchybień na kontraktach, lecz tych którzy gwarantują terminowe i należyte ich zrealizowanie. Tym samym, tylko i wyłącznie kompletna informacja o wszystkich sytuacjach pozwala zamawiającemu podjąć ostateczną decyzję, czy powierzyć danemu wykonawcy realizację zamówienia, czy też nie.

Konkluzją powyższego winno być zatem stwierdzenie, że bezwzględnym obowiązkiem każdego wykonawcy udzielającego odpowiedzi na zacytowane powyżej pytanie jest wskazanie wszystkich sytuacji (rozwiązanie umowy, nałożenie odszkodowania/innej sankcji), które miały miejsce w ramach jego dotychczasowej współpracy z instytucjami zamawiającymi. Obowiązek podania przez wykonawcę wszystkich takich sytuacji potwierdził chociażby wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 24 października 2017 r., sygn. akt XXIII Ga 9218/17, w którym wskazano, że to wykonawca „(...) *musiał być transparentny w tym zakresie i „zaoferować” zamawiającemu pełną informację o dotychczasowych doświadczeniach w zakresie realizowanych umów, jeśli umowy te zakończyły się przed czasem, nałożeniem na wykonawcę odszkodowania lub inną podobną sytuacją*”.

Tymczasem STRABAG ponownie nie sprostął powyższemu obowiązkowi, gdyż składając ofertę po raz kolejny przedstawił zamawiającemu informację, które były nie tylko informacjami wprowadzającymi w błąd, ale które w rzeczywistości w ten błąd zamawiającego wprowadziły. Odwołujący podkreślił, że taki sposób procedowania STRABAG nie jest wyjątkiem. Przypomniał, iż KIO w wyroku z dnia 18 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 706/20 rozstrzygało już zbliżony stan faktyczny. Wówczas odwołanie wniesione zostało przez spółkę

UNIBEP S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim oraz spółkę Przedsiębiorstwo Drogowo - Mostowe S.A. z siedzibą w Dębicy. Ówcześni odwołujący zarzucali, iż zamawiający - Zarząd Dróg Wojewódzkich w Lublinie - naruszył art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia STRABAG, pomimo że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd, mające istotne znaczenie dla decyzji podejmowanych przez zamawiającego w postępowaniu, polegającym na udzieleniu przeczącej odpowiedzi na pytanie w JEDZ: *„Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której 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?”*, podczas, gdy informacja ta była nieprawdziwa wobec rozwiązania umowy pn. *„Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 226 na odcinkach węzeł Rusocin autostrada A1 - Pruszcz Gdański i Pruszcz Gdański - Przejazdowo”* oraz umowy *„Budowa drogi wojewódzkiej od drogi wojewódzkiej nr 455 do drogi krajowej nr 98 - w formule „zaprojektuj i wybuduj”*. Ostatecznie KIO w wyroku z dnia 18 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 706/20 - uwzględniło odwołanie UNIBEP S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim oraz Przedsiębiorstwa Drogowo - Mostowego S.A. z siedzibą w Dębicy i nakazało zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru ofert, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wykluczenie STRABAG z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp.

W ocenie odwołującego, kluczowym jest, iż STRABAG mając świadomość powyższego wyroku KIO - w niniejszym postępowaniu w dalszym ciągu nie dostosował informacji przedstawionych w JEDZ do rzeczywistego stanu faktycznego, a tym samym przedstawił zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd. STRABAG składając ofertę załączył bowiem do niej JEDZ, w którym w rubryce: *„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? Jeżeli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat”* - zaznaczył „TAK”, lecz wymienił jedynie 4 umowy (...).

Zakres informacji przedstawionych przez STRABAG w odpowiedzi na ww. pytanie wskazuje, że STRABAG w dalszym ciągu nie postąpił jak rzetelny wykonawca, gdyż w niepełnym zakresie poinformował instytucję zamawiającą o swojej przeszłości, a tym samym zataił przed zamawiającym swoje negatywne doświadczenia związane z realizacją jeszcze jednej (przynajmniej według wiedzy odwołującego) umowy. Prawdą jest, iż STRABAG na skutek wyroku KIO wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 706/20 przedstawił cztery sytuacje, w których umowa rozwiązana została przed czasem, lecz pominął kwestie

związane z nałożeniem na niego kary umownej z tytułu opóźnienia w realizacji umowy zawartej w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Rozbudowa węzła integracyjnego - przebudowa ul. Gdańskiej w Tczewie (ETAP II), budowa systemu tras rowerowych; przebudowa ul. Jedności Narodu w Tczewie (ETAP III)”. Informacja o nałożeniu na STRABAG kar umownych jest powszechnie dostępna i można ją zweryfikować już w Internecie: np. strona internetowa - <https://tczew.naszemiasto.pl/tczew-miasto-porozumialo-sie-ze-strabagiem-kara-za/ar/c3-4932366> (dowód: wydruk ze strony internetowej: <https://tczew.naszemiasto.pl/tczew-miasto-porozumialo-sie-ze-strabagiem-kara-za/ar/c3-4932366> - na wykazanie faktu: nałożenie na STRABAG kar umownych w związku z realizacją inwestycji pn. „Rozbudowa węzła integracyjnego - przebudowa ul. Gdańskiej w Tczewie (ETAP II), budowa systemu tras rowerowych; przebudowa ul. Jedności Narodu w Tczewie (ETAP III)”).

Odwołujący wskazał, iż fakt nałożenia na STRABAG kar umownych w ramach ww. zadania inwestycyjnego, potwierdzony został również przez zamawiającego tamtej inwestycji, tj. przez Gminę Miejską Tczew Zakład Usług Komunalnych Miejski Zarząd Dróg w Tczewie w piśmie z dnia 5 sierpnia 2020 r., znak: MZD.MR.5125-145/20, odpowiadając na wniosek odwołującego z dnia 27 lipca 2020 r., wskazał bowiem, iż „STRABAG jako wykonawca zamówienia publicznego w okresie od 23 grudnia 2017 r. (dzień następujący po dniu określonym w umowie jako termin wykonania umowy) do 20 kwietnia 2018 r. (termin zakończenia robót określony w protokole odbioru) wykonywał roboty budowlane w ramach umowy nr 325/05/2017 z dnia 22 maja 2017 r. po terminie wskazanym w umowie (przedłużonym aneksem z dnia 30 października 2017 r.). Z tego tytułu naliczone zostały wykonawcy przez Gminę Miejską Tczew kary umowne zgodnie z zapisami umowy”. Co więcej, przedmiotowe kary umowne potrącone zostały z wynagrodzenia STRABAG, a okoliczność tą potwierdza z kolei ugoda zawarta pomiędzy STRABAG a Gminą Miejską Tczew przed Sądem Rejonowym w Tczewie I Wydział Cywilny z dnia 14 listopada 2018 r., sygn. akt I Co 873/18, w której wskazano, iż: „I. Przeciwnik Gmina Miejska Tczew oświadcza, iż notą księgową nr 37/2018 z dnia 18 maja 2018 r. naliczyła i wezwała do zapłaty kary umownej za niewykonanie w terminie przez wnioskodawcę Strabag Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Pruszkowie umowy nr 325/05/2017 z dnia 22 maja 2017 r. (...) 2. Strony ustalają, iż kwota 500.000,00 zł brutto (pięćset tysięcy złotych zero groszy) została skutecznie potrącona przez przeciwnika Gminę Miejską Tczew z wynagrodzenia przysługującego wnioskodawcy Strabag Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Pruszkowie z tytułu, o którym mowa w pkt I” (dowód: kserokopia wniosku o udostępnienie informacji publicznej z dnia 27 lipca 2020 r. - na wykazanie faktu: wystąpienie przez odwołującego o udzielenie przez Miejski Zarząd Dróg Zakład Usług Komunalnych w Tczewie informacji związanych z realizacją przez STRABAG inwestycji pn. „Rozbudowa węzła

integracyjnego - przebudowa ul. Gdańskiej w Tczewie (ETAP II), budowa systemu tras rowerowych; przebudowa ul. Jedności Narodu w Tczewie (ETAP III)”, kserokopia JEDZ złożonego przez STRABAG - na wykazanie faktu: nie wskazanie przez STRABAG w pliku JEDZ sytuacji związanej z nałożeniem na niego kary umownej w związku z realizacją inwestycji pn. „Rozbudowa węzła integracyjnego - przebudowa ul. Gdańskiej w Tczewie (ETAP II), budowa systemu tras rowerowych; przebudowa ul. Jedności Narodu w Tczewie (ETAP III)”, kserokopia pisma Zakładu Usług Komunalnych Miejski Zarząd Dróg w Tczewie z dnia 5 sierpnia 2020 r., znak: MZD.MR.5125-145/20, kserokopia ugody zawartej przed Sądem Rejonowym w Tczewie I Wydział Cywilny z dnia 14 listopada 2018 r., sygn. akt I Co 873/18 - na wykazanie faktu: realizacji przez STRABAG umowy po terminie; nałożenia na STRABAG kar umownych z tytułu opóźnienia w wykonaniu umowy; skutecznego potrącenia kar umownych z wynagrodzenia należnego STRABAG.

Wobec powyższego oczywistym jest, iż STRABAG nie przedstawił, a w konsekwencji zataił przed zamawiającym pełną i wyczerpującą informację o wszystkich sytuacjach, w których rozwiązano z nim umowę, bądź nałożono na niego odszkodowanie, a tym samym pozbawił zamawiającego możliwości poznania wszystkich jego negatywnych doświadczeń związanych z realizowanymi uprzednio inwestycjami. STRABAG nie przedstawił zamawiającemu informacji opartych na prawdzie, rzetelnych i znajdujących odzwierciedlenie w faktach, a w konsekwencji uniemożliwił zamawiającemu zadośćuczynienie podstawowemu celowi przepisów ustawy Pzp, którym jest wybór oferty złożonej przez wykonawcę gwarantującego prawidłowe wykonanie zamówienia finansowanego ze środków publicznych. Taki sposób procedowania STRABAG jest zupełnie niezrozumiały, gdyż w postępowaniu JEDZ został złożony przez niego już po wydaniu przez KIO wyroku z dnia 18 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 706/20. W dodatku STRABAG z całą pewnością zdawał sobie sprawę, że jego obowiązkiem jest wskazanie wszystkich sytuacji, w których rozwiązano z nim umowę, bądź nałożono na niego odszkodowanie - skoro w JEDZ nie poprzestał na wyjaśnieniu jednej, lecz przytoczył aż cztery różne sytuacje.

Odwołujący podkreślił, iż wobec pominięcia ww. sytuacji, STRABAG nie był uprawniony także do udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pytanie: *„Czy wykonawca może potwierdzić, że nie jest winny poważnego wprowadzenia w błąd, przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji; b) nie zataił tych informacji; c) jest w stanie niezwłocznie przedstawić dokumenty potwierdzające wymagane przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający oraz d) nie przedsięwziął kroków, aby w bezprawny sposób wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które*

mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia?”.

Odwołujący podkreślił, iż ma pełną świadomość, iż stan faktyczny mniejszej sprawy różni się od tej, która była rozstrzygana przez KIO w wyroku z dnia z dnia 18 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 706/20. Odwołujący stoi jednakże na stanowisku, iż różnica ta nie ma i nie może mieć decydującego znaczenia dla ostatecznej konstatacji, że STRABAG winien zostać wykluczony z postępowania. Decydującym bowiem jest, iż w obu sprawach STRABAG przedstawił zamawiającemu informację wprowadzające w błąd, a w konsekwencji zamawiającego w ten błąd wprowadził.

Odwołujący wskazał, iż każda z przesłanek wykluczenia wskazana w art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) ustawy Pzp, stanowi samodzielną podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania, przy czym, w przypadku zaistnienia tych przesłanek zamawiający jest zobowiązany wykluczyć wykonawcę z postępowania, na co wskazuje zwrot „*wyklucza się*”. Po drugie, zarówno w przypadku art. 24 ust. 1 pkt 16), jak i pkt 17) ustawy Pzp, ustawodawca wskazał na „*błąd*” jako skutek działania wykonawcy, przez który należy rozumieć rozbieżność między obiektywną rzeczywistością, a wyobrażeniem o niej lub jej odbiciem w świadomości gospodarza postępowania (wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2345/18, Lex). Po trzecie, różnica pomiędzy przesłankami wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 16), a pkt 17) ustawy Pzp, sprowadza się do tego, że w przypadku dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 16) ustawy Pzp, niezbędne jest zaistnienie stanu dokonanego, tj. zaistnienie sytuacji, w której wykonawca poprzez przedstawienie informacji wywołał w świadomości zamawiającego fałszywe wyobrażenie o rzeczywistości, z kolei w przypadku art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp, ustawodawca nakazuje już sankcjonować „*przedstawienie informacji wprowadzających w błąd*”. (wyrok KIO z dnia 2 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2007/17, Lex).

Nie ulega zatem wątpliwości, iż w postępowaniu STRABAG przedstawił zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd, tak jak tego wymaga art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp. Nie można dojść do odmiennej konstatacji, skoro STRABAG podał zamawiającemu jedynie cztery sytuacje, w których wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego została rozwiązana lub w związku, z którą nałożone zostało na STRABAG odszkodowanie. Innymi słowy, treść JEDZ złożonego przez STRABAG zawierała informacje wprowadzające w błąd, gdyż sugerowała, że w przypadku STRABAG nie miały miejsca żadne inne sytuacje, w których STRABAG nie wykonał, bądź nienależycie wykonał umowę. Informacja ta była jednak w oczywisty sposób niezgodna z rzeczywistym stanem rzeczy, gdyż pomijała sytuację, która miała miejsce w toku realizacji zadania inwestycyjnego pn. „*Rozbudowa węzła integracyjnego - przebudowa ul. Gdańskiej w Tczewie (ETAP II), budowa systemu tras rowerowych; przebudowa ul. Jedności Narodu w Tczewie (ETAP III)*”. Co więcej, informacje przedstawione przez STRABAG mogły mieć istotny wpływ na decyzję podjętą przez

zamawiającego w postępowaniu, gdyż brak przytoczenia przez STRABAG sytuacji, która miała miejsce w toku realizacji w/w zamówienia, doprowadził do tego, że zamawiający został pozbawiony możliwości oceny, czy sposób realizacji przez STRABAG tego zamówienia stanowi podstawę do wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4) ustawy Pzp. Tym samym uznać należy, że została spełniona także druga przesłanka warunkująca możliwość wykluczenia STRABAG na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp. Powyższe potwierdza chociażby wyrok KIO z dnia 18 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 706/20, zgodnie z którym: *„Zamawiający powinien zostać poinformowany przez wykonawcę o faktach mających znaczenie dla oceny w zakresie wypełnienia się przesłanki, o której mowa w art. 24 ust 5 pkt 4 p.z.p., oraz o wszystkich okolicznościach im towarzyszących, aby móc dokonać oceny pod kątem wypełnienia się przesłanek zastosowania tego przepisu. Temu służy wstępne oświadczenie składane w JEDZ. Powyższe oznacza, że w sytuacji gdy wystąpiły nieprawidłowości przy realizacji wcześniejszej umowy, w wyniku których doszło do rozwiązania umowy lub zapłaty określonej kwoty odszkodowania lub innej podobnej sankcji wykonawca, mając na uwadze podstawowe zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, określone w art. 7 ust. 1 p.z.p., w tym zasadę przejrzystości i uczciwej konkurencji, Przystępujący powinien notyfikować takie fakty Zamawiającemu oraz w dobrze pojętym własnym interesie podać wszystkie okoliczności pozwalające Zamawiającemu na ocenę rzetelności wykonawcy”.*

Zdaniem odwołującego, informacje przedstawione przez STRABAG w JEDZ wprowadziły zamawiającego w błąd, co wypełnia z kolei przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 16) ustawy Pzp. Nie ulega bowiem wątpliwości, że na skutek działania STRABAG u Zamawiającego powstało błędne wyobrażenie, iż STRABAG jest wykonawcą w przypadku, którego jedynie czterokrotnie miała miejsce sytuacja niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. STRABAG wprowadził zamawiającego w błąd, w ten sposób, że u zamawiającego powstało przeświadczenie, że poza wskazanymi przez STRABAG sytuacjami nie zachodzą żadne inne, które mogłyby być podstawą do wykluczenia go z postępowania. Dodatkowo odwołujący podkreślił, iż sposób postępowania STRABAG nie tylko wprowadził zamawiającego w błąd, ale również polegał na zatajeniu przez niego faktu nałożenia na niego kary umownej w związku z realizacją zadania inwestycyjnego pn. *„Rozbudowa węzła integracyjnego - przebudowa ul. Gdańskiej w Tczewie (ETAP II), budowa systemu tras rowerowych; przebudowa ul. Jedności Narodu w Tczewie (ETAP III)”*. W każdym przypadku STRABAG doprowadził jednak do sytuacji, w której zamawiający uznał, że poza tymi wskazanymi w JEDZ - nie miały miejsca żadne inne sytuacje, które wymagałyby analizy w kontekście podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4) ustawy Pzp.

Odwołujący podkreślił, iż w przypadku przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) ustawy Pzp - STRAGAB poprzez sposób swojego postępowania -

zrealizował również wymagania co do strony podmiotowej tych zarzutów, z tym, że nawet w przypadku przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp (wystarczy co do zasady lekkomyślność lub niedbalstwo) uznać należy, że STRABAG działał w sposób zamierzony, bądź też dopuścił się rażącego niedbalstwa. Trudno dojść do odmiennego stanowiska, skoro STRABAG składał ofertę już po rozstrzygnięciu przez KIO sprawy toczącej się pod sygn. akt KIO 706/20, a zatem doskonale wiedział, w jaki sposób należy uzupełnić JEDZ, aby uniknąć niekorzystnych dla siebie skutków prawnych. Co więcej, STRABAG jest profesjonalnym uczestnikiem obrotu gospodarczego, który bierze udział w licznych postępowaniach w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego - a zatem już przez sam ten fakt zobowiązany jest dochować najwyższej staranności. W dodatku, STRABAG, jako strona umowy zawartej z Gminą Miejską Tczew miał pełną i niczym nieograniczoną wiedzę odnośnie tego kontraktu, a zatem nic nie stało na przeszkodzie, aby wyposażył on zamawiającego w informacje dające pełny obraz tej sytuacji.

W ocenie odwołującego przyjąć również należy, że STRABAG zatajając informację o sytuacji, która miała miejsce w toku realizacji zadania inwestycyjnego pn. *„Rozbudowa węzła integracyjnego - przebudowa ul. Gdańskiej w Tczewie (ETAP II), budowa systemu tras rowerowych; przebudowa ul. Jedności Narodu w Tczewie (ETAP III)”* - liczył na to, że zamawiający nie wejdzie w jej posiadanie, a tym samym nie będzie weryfikował jej w kontekście możliwości wykluczenia go na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4) ustawy Pzp. Odwołujący stoi na stanowisku, że STRABAG celowo nie chciał ujawniać sytuacji związanej z realizacją w/w inwestycji, gdyż w sposób znaczący różni się ona od tych sytuacji, które przedstawione zostały w JEDZ. Różnic tych odwołujący upatruje w fakcie, iż STRABAG w ugodzie z Gminą Miejską Tczew, uznał zasadność nałożenia na niego kar umownych oraz prawidłowość ich potrącenia z należnego mu wynagrodzenia - a taka sytuacja nie miała miejsca w przypadku umów, które zostały przez niego wskazane w JEDZ.

Na wypadek, gdyby STRABAG próbował wyjaśnić zatajenie informacji w JEDZ - odwołujący podkreśla, iż na obecnym etapie postępowania nie istnieją już podstawy do sanowania przez STRABAG stwierdzonych wadliwości. Procedura samooczyszczenia, o której mowa w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, nie może być bowiem traktowana jako forma ratowania wykonawcy, który wprowadził instytucję zamawiającą w błąd. Potwierdza to chociażby wyrok KIO z dnia 28 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 274/18, w którym wskazano, iż: *„Łączna interpretacja art. 24 ust 8 i 9 p.z.p. prowadzi do wniosku, że to wykonawca ma wystąpić z inicjatywą samooczyszczenia i przedstawić zamawiającemu dokumenty dające mu podstawę do odstąpienia od obowiązku wykluczenia tego wykonawcy. Procedura wskazana w art. 24 ust. 8 p.z.p. służy dobrowolnemu naprawieniu szkody - wykonawca winny wprowadzenia w błąd musi się do tego przyznać, zanim fakt ten uświadomi sobie*

zamawiający. W przeciwnym wypadku zastosowanie ma art. 24 ust 1 pkt 16 i 17 p.z.p. Przepis ten nie przewiduje możliwości zaoferowania wykonawcy "drugiej szansy".

W ocenie odwołującego w pełni zasadny jest również zarzut naruszenia art. 8 ust. 1-3 oraz art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 z.n.k. Zgodnie bowiem z art. 8 ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, a zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Jeden z takich wyjątków konstytuuje art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, który przewiduje, iż nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu z.n.k., jeżeli wykonawca nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępnione oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a zatem, że określone informacje są informacjami technicznymi, technologicznymi lub innymi informacjami posiadającymi wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Z powyższego wynika, że zamawiający mógł odmówić odwołującemu dostępu do wyjaśnień złożonych w toku postępowania przez STRABAG w zakresie rażąco niskiej ceny tylko i wyłącznie wówczas, gdyby STRABAG:

- 1) nie później niż w terminie składania wyjaśnień zastrzegł, że nie mogą być one udostępnione,
- 2) wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, tj., gdyby STRABAG wykazał, że:
 - a) są to informacje techniczne, technologiczne lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą,
 - b) informacje te nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tego rodzaju informacjami, albo nie są łatwo dostępnego dla takich osób,
 - c) podjął w stosunku do tych informacji, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Zdaniem odwołującego, STRABAG nie sprostął jednak powyższym wymaganiom, bowiem w swoich pismach z dnia 10 oraz 28 sierpnia 2020 r. wskazał jedynie, iż: 1) dane o sposobie kalkulacji oferty - w tym przyjętych ilościach robót koniecznych do wykonania stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa; 2) w stosunku do zastrzeżonych informacji spełnione są przesłanki formalne uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż STRABAG nigdzie nie ujawnia ani nie publikuje zastrzeżonych informacji; 3) nie jest możliwe uzyskanie tych

informacji przez podmioty prowadzące działalność konkurencyjną; 4) w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji do opracowywania ofert dostęp ma ograniczona liczba osób, a wszystkie osoby uczestniczące w przygotowaniu oferty zobowiązane są do zachowania w poufności informacji dotyczących zarówno przyjętych rozwiązań, jak i treści samej oferty; 5) informacje pomiędzy członkami zespołu przekazywane były przy użyciu technologii zapewniającej bezpieczeństwo teleinformatyczne w ramach chronionej sieci (dowód: kserokopia pisma zamawiającego z dnia 9 października 2020 r. - na wykazanie faktu: częściowego udostępnienia przez zamawiającego wyjaśnień złożonych przez STRABAG w zakresie rażąco niskiej ceny; uznania przez zamawiającego, iż STRABAG skutecznie zastrzegł, że informacje przedstawione w wyjaśnieniach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, kserokopia pisma STRABAG z dnia 10 sierpnia 2020 r., kserokopia pisma STRABAG z dnia 28 sierpnia 2020 r. - na wykazanie faktu: lakonicznego uzasadnienia przez STRABAG, iż informacje przedstawione w wyjaśnieniach w zakresie rażąco niskiej ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, brak przedstawienia przez STRABAG jakichkolwiek dowodów potwierdzających, że STRABAG podjął działania mające na celu zachowanie tych informacji w poufności).

Zdaniem odwołującego, twierdzenie STRABAG, zgodnie z którym sposób kalkulacji ceny już sam w sobie jest tajemnicą przedsiębiorstwa nie zasługuje na uwzględnienie. Potwierdza to chociażby orzecznictwo KIO, zgodnie z którym: *„Sama okoliczność, że cena jest zindywidualizowana dla danego postępowania, nie uzasadnia konieczności zachowania jej w poufności. Wykonawca powinien podać, które składniki kalkulacji ceny stanowią dla niego istotną wartość gospodarczą i dlaczego. Sformułowanie jedynie ogólnego oświadczenia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa, odnoszącego się do wszystkich złożonych informacji, nie stanowi merytorycznej przesłanki uzasadniającej ochronę przed ujawnieniem podanych informacji”* (wyrok KIO z dnia 28 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 1187/18, Lex). Podobnie, *„Zgodnie z art. 8 ust. 3 w związku z art. 86 ust 4 p.z.p nie można zastrzec jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji dotyczących ceny. Poszczególne pozycje, które składają się na cenę w postępowaniu i stanowią jedynie wyjaśnienie ceny składowej, nie powinny zostać utajnione”* (wyrok KIO z dnia 24 sierpnia 2016 r., sygn. akt KIO 1435/16, Lex).

Zastrzeżenie przez STRABAG, iż informacje przekazane przez niego w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa - jest lakoniczne i nie zostało poparte żadnymi konkretnymi dowodami. Tymczasem na obowiązek przedstawienia stosownych dowodów wskazuje orzecznictwo KIO, zgodnie z którym: *„Jeżeli wykonawca nie dochowuje tego obowiązku, składa przykładowo uzasadnienie ogólnikowe, lakoniczne, to nie wypełniając dyspozycji art. 8 ust 3 p.z.p. nie powinien korzystać w dalszym toku postępowania z ochrony wynikającej z tajemnicy przedsiębiorstwa”* (wyrok KIO z dnia 27 lipca 2016 r., sygn. akt KIO 1233/16, Lex). Podobnie: *„w świetle brzmienia art. 8 ust. 3 p.z.p.,*

skuteczne zastrzeżenie informacji zawartych w ofercie jako tajemnicy przedsiębiorstwa może nastąpić na etapie składania ofert i na ten moment powinno nastąpić wykazanie zasadności tego zastrzeżenia przez wykonawcę, a tym samym złożenie przekonujących dowodów” (wyrok KIO z dnia 10 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2376/19, Lex, a także w wyroku KIO z dnia 21 września 2020 r., sygn. akt KIO 2025/20).

Zdaniem odwołującego, STRABAG nie wykazał nawet podjęcia działań, które rzekomo miał podjąć wobec swoich pracowników. Nie ulega bowiem wątpliwości, że okoliczność ta mogła zostać przez STRABAG z łatwością wykazana, chociażby poprzez przedstawienie stosownych umów. Zaniechanie ich przedłożenia przez STRABAG nakazuje zatem uznać, że w rzeczywistości nie podjął on żadnych działań mających na celu zachowanie informacji w tajemnicy. Analogiczne uzasadnienia (do tego przedstawionego przez STRABAG w postępowaniu) dla zastrzeżenia rzekomej tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawione zostało w toku sprawy, która rozstrzygnięta została przez KIO w wyroku z dnia 21 września 2020 r., sygn. akt KIO 2025/20. W toku tej sprawy strona, która zastrzegła tajemnicę przedsiębiorstwa podkreślała bowiem, że: *„W celu zachowania poufności danych stanowiących dla ZDI Sp. z o.o. wartość gospodarczą, Spółka podjęła niezbędne działania, między innymi poprzez wprowadzenie 2008 r. systemu zarządzania jakością ISO (...) Dodatkowo pracownicy Spółki jak i osoby współpracujące z ZDI Sp. z o.o. zobowiązane są na podstawie zawartych umów do zachowania tajemnicy wszelkich informacji dotyczących funkcjonowania i struktury ZDI Sp. z o.o. oraz poufności pozyskanych danych. Sposób kalkulacji ceny ofertowej jak i stosowane rabaty upusty, udostępnione są tylko wąskiemu gronu pracowników posiadających przepisane odpowiednie klauzule poufności”*. KIO w tej sprawie uznało jednak, iż zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie było skuteczne, gdyż strona powoływała się na co prawda na liczne dokumenty lub ich fragmenty/klauzule - lecz żadnych dowodów w tym zakresie nie przedstawiła.

Powyższe prowadzi zatem do konstatacji, że zamawiający bezpodstawnie uznał, iż STRABAG w swoich wyjaśnieniach w zakresie rażąco niskiej ceny - skutecznie zastrzegł, że zawierają one informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie odwołującego oczywistym bowiem jest, iż STRABAG nie tylko ograniczył się do lakonicznych stwierdzeń, lecz przede wszystkim nie wykazał żadnym dowodem, że w stosunku do tych informacji podjął jakiegokolwiek działania, które miałyby na celu zachowanie ich poufności.

Reasumując odwołujący wskazał, przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy, iż:

1) STRABAG winien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) ustawy Pzp, gdyż nie wskazał w JEDZ sytuacji nałożenia na niego kary umownej w ramach zadania inwestycyjnego pn. *„Rozbudowa węzła integracyjnego - przebudowa ul. Gdańskiej w Tczewie (ETAP II), budowa systemu tras rowerowych; przebudowa*

ul. Jedności Narodu w Tczewie (ETAP III)” - a w konsekwencji przedstawił zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd i w ten błąd zamawiającego wprowadził,

2) STRABAG dopuścił się naruszenia, o którym mowa w pkt 1) powyżej w wyniku zamierzonego działania, bądź co najmniej rażącego niedbalstwa. STRABAG liczył, że zamawiający nie pozyska informacji o tej sytuacji, gdyż jest ona jednoznacznym dowodem, na to że STRABAG nienależycie wykonał umowę łączącą go z Gminą Miejską Tczew, w konsekwencji czego zmuszony był uznać zasadność nałożonych na niego kar umownych i prawidłowość ich potrącenia z należnego mu wynagrodzenia,

3) STRABAG zatając informację o nienależycym wykonaniu zamówienia pn. *„Rozbudowa węzła integracyjnego - przebudowa ul. Gdańskiej w Tczewie (ETAP II), budowa systemu tras rowerowych; przebudowa ul. Jedności Narodu w Tczewie (ETAP III)*” - uniknął weryfikacji, czy sytuacja ta stanowiła podstawę do wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4) ustawy Pzp - co w przeciwieństwie do pozostałych uczestników postępowania postawiło go w uprzywilejowanej sytuacji i doprowadziło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, o której mowa w art. 7 ustawy Pzp,

4) STRABAG nie dokonał skutecznego zastrzeżenia, iż złożone przez niego wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Zastrzeżenie to jest bowiem lakoniczne, a w dodatku nie zostało poparte żadnymi dowodami, które wykazałyby, że STRABAG w rzeczywistości podjął działania mające na celu zachowanie tych informacji w tajemnicy.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż uwzględni zarzuty odwołania w całości. Zamawiający wskazał, iż zarzuty przedstawione w odwołaniu zasługują na uwzględnienie w całości ponieważ w świetle dokumentów dołączonych do odwołania oraz korespondencji prowadzonej z Miejskim Zarządem Dróg Zakładem Usług Komunalnych w Tczewie (kopia pism w załączeniu) zamawiający stwierdził, że wykonawca STRABAG odpowiadając na pytanie zawarte w JEDZ *„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 lub inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?”* nie poinformował zamawiającego o tym, że w związku z realizacją umowy nr 325/05/2017 z dnia 22 maja 2017 r. zawartej z Gminą Miejską Tczew w ramach zamówienia publicznego pn. *„Rozbudowa węzła integracyjnego - przebudowa ul. Gdańskiej w Tczewie (etap II), budowa systemu tras rowerowych; przebudowa ul. Jedności Narodu w Tczewie (etap III)*” został obciążony karami umownymi z tytułu nieterminowej realizacji umowy, a tym samym przedstawił zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd, które doprowadziły do powstania

u zamawiającego błędnego przekonania o rzeczywistym stanie rzeczy (dowody: pismo PZDW/WZP/061/29/2020 z 23.10.2020 r., pismo MZD.MG.5125-206/20 z 29.10.2020 (L.dz. 5269/2020)).

Zamawiający dokonując czynności badania i oceny złożonych ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu nie miał pełnej wiedzy na temat sytuacji dotyczących wcześniejszego rozwiązania umowy bądź nałożenia na wykonawcę odszkodowania. W związku z tym działanie zamawiającego dotyczące tych czynności obarczone było błędem spowodowanym przez działanie STRABAG.

Zamawiający stwierdził, że STRABAG w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub zataił te informacje. Tym samym STRABAG w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

STRABAG dokonując powyższych czynności naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, a także w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Zamawiający w oparciu o wydany we własnej sprawie wyrok KIO 2025/20 z dnia 21 września 2020 r. stwierdził również błędne zastosowanie przez zamawiającego oraz błędną wykładnię, a w konsekwencji zaniechanie uznania za bezskuteczne zastrzeżenia dokonane przez STRABAG w zakresie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny i załączonych do nich dokumentów, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a w konsekwencji zaniechanie udostępnienia odwołującemu tej części dokumentacji postępowania, pomimo, że STRABAG w żaden sposób nie wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisu art. 11 ust. 2 z.n.k. STRABAG w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawił działania podjęte w celu zachowania w poufności informacji do opracowywania ofert (ograniczony krąg osób, zobowiązanie do zachowania w poufności informacji dotyczących przyjętych rozwiązań osób uczestniczących w przygotowaniu oferty, technologia zapewniająca bezpieczeństwo teleinformatyczne, system obiegu i zarządzania dokumentami) jednakże nie zostały one poparte konkretnymi dowodami. W związku z powyższym należy przyjąć, że STRABAG nie wykazał, w stosunku do zastrzeżonych informacji podjął działania w celu zachowania ich w poufności.

Zgodnie z treścią orzeczenia KIO, sygn. akt KIO 2025/20 z dnia 21 września 2020 r. złożenie gołosłownych wyjaśnień bez wskazania konkretnych dowodów nie może być podstawą do ograniczenia zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający w całości podzielił argumentację przedstawioną przez odwołującego w odniesieniu do poszczególnych zarzutów wniesionego odwołania.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego - skuteczne przystąpienie zgłosił wykonawca Strabag sp. z o.o. (dalej „Strabag” lub „przystępujący”).

Przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w całości.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne. Izba w całości podziela argumentację przystępującego wyrażoną w piśmie procesowym stanowiącym sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania oraz tą wyrażoną ustnie na rozprawie, a ponadto Izba wskazuje, co następuje.

Wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu jest jedną z podstawowych instytucji prawa zamówień publicznych, służących eliminacji takich wykonawców, którzy nie spełniają ustawowo określonych warunków odnoszących się do cech podmiotowych. Doniosłość tej instytucji polega na tym, iż jej użycie zamyka lub otwiera przed wykonawcą możliwość ubiegania się o uzyskanie zamówienia. Oferta wykonawcy, nawet najkorzystniejsza, nie może zostać przyjęta (wybrana), jeżeli wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania.

Zamknięty katalog przesłanek wykluczenia określa art. 24 ustawy Pzp. Aktualna treść tego przepisu nadana została ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, której celem było wdrożenie do polskiego porządku prawnego dyrektyw Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 65, z późn. zm.). W odniesieniu do podstaw wykluczenia implementacja dotyczyła w szczególności art. 57 tej dyrektywy.

Podstawy wykluczenia dzielą się na obligatoryjne (art. 24 ust. 1) i fakultatywne (art. 24 ust. 5). Wystąpienie obligatoryjnej podstawy nakłada na zamawiającego bezwzględny obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania. Podstawy fakultatywne będą znajdowały natomiast zastosowanie, o ile zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 5 ustawy Pzp, zostaną przewidziane przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu, s.i.w.z. lub w zaproszeniu do negocjacji. Oznacza to, że od decyzji zamawiającego zależy, czy i które z przesłanek fakultatywnych zastosuje w danym postępowaniu. Jednocześnie, jeśli któraś z nich zostanie przewidziana, jej wystąpienie w toku postępowania przekładać się będzie na obowiązek wykluczenia wykonawcy. Wykluczenie w oparciu o daną podstawę jest przy tym możliwe tylko wówczas, gdy zostaną spełnione kumulatywnie wszystkie jej przesłanki.

Zważając na wagę decyzji o eliminacji wykonawcy, niezbędne jest posługiwanie się tym instrumentem przez instytucje zamawiające z należyłą precyzją.

W rozpoznawanej sprawie spór koncentrował się wokół podstawy wykluczenia określonej w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

Powyższy przepis stanowi transpozycję do porządku krajowego regulacji art. 57 ust. 4 akapit pierwszy lit. h) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE. Zgodnie z tą regulacją instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy, jeżeli wykonawca był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji, które wymagane były do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji, zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych na mocy art. 59.

W orzecznictwie KIO podnosi się, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 (a także pkt 17 ustawy Pzp) stanowi sankcję dla nieuczciwych bądź niedbałych wykonawców. Celem tej regulacji jest zmuszanie wykonawców do zachowywania należytej staranności i uczciwego postępowania wobec zamawiającego pod rygorem wykluczenia z postępowania (por. wyrok KIO z 2 lutego 2018 r., sygn. KIO 113/18). Celem tych regulacji nie jest natomiast pozbawienie możliwości uzyskania zamówienia wykonawców, co do których w toku realizacji wcześniejszych umów wykonywanych w ramach uzyskania zamówienia publicznego zachodziły jakiegokolwiek zastrzeżenia, niezależnie od ich rodzaju i skali (por. wyrok KIO z 20 czerwca 2017 r., sygn. KIO 1132/17).

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, zawiera w swojej treści kilka przesłanek, których kumulatywne spełnienie, skutkuje wykluczeniem wykonawcy. Po pierwsze, należy wykazać, iż wykonawca wprowadził zamawiającego w błąd. Po drugie, wprowadzenie zamawiającego w błąd musi być wynikiem podania nieprawdziwych informacji związanych z przesłankami wykluczenia wykonawcy z postępowania, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub w wyniku zatajenia określonych informacji. Informacja niezgodna z rzeczywistością, informacja nieprawdziwa (wprowadzająca w błąd) to złożone przez wykonawcę oświadczenie wiedzy (lub przedstawienie oświadczenia wiedzy podmiotu trzeciego), którego treść pozostaje w sprzeczności z rzeczywistym stanem rzeczy (por. wyrok KIO z 18 kwietnia 2017 r., sygn. KIO 576/17). Po trzecie, należy wykazać, że działanie wykonawcy było wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa.

Analiza orzecznictwa pozwala na wyodrębnienie dwóch sposobów interpretacji analizowanego przepisu. Pierwsza koncepcja oparta jest na powiązaniu podstawy określonej w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp z innymi podstawami wykluczenia. Rodzi to ten skutek, że brak potwierdzenia zarzutu zaniechania wykluczenia np. z powodu nienależytego wykonania lub niewykonania umowy oznacza, że zamawiający nie został wprowadzony w błąd przez wykonawcę, co do związanych z tym okoliczności. Stanowisko takie wyrażone zostało m.in. w wyroku KIO z 12 maja 2017 r., sygn. KIO 782/17, w którym wskazano, że w okolicznościach sporu rzeczywistą podstawą czynności wykluczenia odwołującego są normy zawarte w art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Pzp. Uznanie, że zamawiający nie miał podstaw do zastosowania ich w odniesieniu do odwołującego spowoduje, że i podstawa do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp nie znajdzie zastosowania. Treść oświadczenia składanego przez wykonawcę w formularzu JEDZ nie może być wykładana w oderwaniu od przesłanek wykluczenia, którego dotyczy to oświadczenie. Jakkolwiek powyższe orzeczenie odnosiło się do podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17, to jednak zdaniem Izby należy je odnieść również do podstawy określonej w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, z uwagi na zbieżność przesłanki wprowadzenia zamawiającego w błąd. W orzecznictwie KIO utrwalone jest przy tym stanowisko, iż hipoteza art. 24 ust. 1 pkt 16

stanowi kwalifikowane wprowadzenie zamawiającego w błąd, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Podobne stanowisko, tj. co do powiązania przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 z istnieniem innej konkretnej podstawy wykluczenia przyjęto w sprawach o sygn. KIO 1428/18 i KIO 1166/17.

Przyjęcie ww. koncepcji w okolicznościach rozpoznawanej sprawy oznaczałoby, że skoro brak było podstaw do wykluczenia przystępującego STRABAG na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, to nie mogło też dojść do wprowadzenia w błąd co podstaw wykluczenia określonych w tych przepisach.

Podkreślić bowiem trzeba, że określona podstawa wykluczenia zachodzi, gdy spełnione są wszystkie jej przesłanki, natomiast pytania w JEDZ niejednokrotnie dotyczą tylko niektórych przesłanek z danej podstawy wykluczenia. Przy tej koncepcji podkreśla się, że na etapie składania JEDZ wykonawca zobowiązany jest do precyzyjnego i rzetelnego przedstawienia informacji, których ocena pozwoli zamawiającemu na sprawdzenie, czy wykonawca spełnia wymagane warunki i czy nie zachodzi podstawa do wykluczenia (np. wyrok KIO z 30 stycznia 2019 r., sygn. KIO 80/19 oraz wyrok SO w Warszawie w sprawie XXIII 469/19). Przy takiej interpretacji wprowadzenie w błąd poprzez podanie nieprawdziwych informacji bądź zatajenie informacji ma miejsce także wówczas, gdy w ostatecznym rozrachunku nie zostanie potwierdzona podstawa wykluczenia, co do przesłanek, której zamawiający został wprowadzony w błąd. Innymi słowy nieprawdziwe oświadczenie w JEDZ, co do konkretnej okoliczności faktycznej stanowiącej jedną z przesłanek określonej podstawy wykluczenia - niezależnie od tego czy dana podstawa wykluczenia rzeczywiście jest spełniona - skutkuje więc wykluczeniem wykonawcy z uwagi na wprowadzenie w błąd.

Przyjęcie tego drugiego stanowiska, przy jednoczesnym stwierdzeniu, że nie zachodzą podstawy wykluczenia wskazane w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, pociąga za sobą konieczność szczegółowej analizy spełnienia wszystkich przesłanek wykluczenia w trybie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. Jak już wskazano jedną z tych przesłanek jest podanie nieprawdziwych informacji związanych z przesłankami wykluczenia wykonawcy z postępowania.

W pierwszej kolejności należało zatem ustalić, czy przystępujący STRABAG podał nieprawdę udzielając w JEDZ odpowiedzi „Nie” 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?”.

Na wstępie należy zauważyć, że formularz JEDZ został określony Rozporządzeniem Wykonawczym Komisji UE 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającym standardowy

formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia. Delegację do wydania tego rozporządzenia przewidziano w art. 59 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE oraz w art. 80 ust. 3 dyrektywy 2014/25/UE.

Zgodnie z instrukcją stanowiącą załącznik nr 1 do ww. rozporządzenia, jednolity europejski dokument zamówienia (JEDZ) jest składanym przez wykonawców oświadczeniem własnym stanowiącym dowód wstępny, zastępujący zaświadczenia wydawane przez organy publiczne lub osoby trzecie. Jak określono w art. 59 dyrektywy 2014/24/UE, stanowi on oficjalne oświadczenie wykonawcy, w którym stwierdza on, że nie znajduje się w jednej z sytuacji, w przypadku której wykonawcy muszą lub mogą zostać wykluczeni, że spełnia stosowne kryteria kwalifikacji, oraz że w stosownych przypadkach, spełnia obiektywne zasady i kryteria ustalone na potrzeby ograniczenia liczby kwalifikujących się kandydatów, którzy zostaną zaproszeni do udziału.

Pytanie, co do którego powstał spór w rozpoznawanej sprawie, zamieszczone jest w części III sekcja C rubryka „rozwiązanie umowy przed czasem, odszkodowania lub inne porównywalne sankcje”. Sekcja C części III dedykowana jest przesłankom wykluczenia przewidzianym w art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE. Chodzi tu między innymi o podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi.

Formularz JEDZ, pomimo że może być dopasowywany przez zamawiającego na potrzeby rodzimych postępowań, jest przede wszystkim dokumentem europejskim, odpowiadającym w pierwszej kolejności dyrektywom. Przekłada się to w szczególności na konstrukcję JEDZ w części odnoszącej się do przesłanek wykluczenia. Odzwierciedla ona dyrektywy, a nie treść art. 24 ustawy Pzp. W praktyce pojawią się zatem problemy, jak prawidłowo wypełniać poszczególne rubryki formularza, który wymienia unijne podstawy wykluczenia, nie w pełni spójne z przesłankami z przesłankami określonymi w art. 24 ustawy Pzp.

Z uwagi na wskazany wyżej charakter JEDZ w instrukcji stanowiącej załącznik nr 1 do Rozporządzenia Wykonawczego Komisji UE 2016/7 wskazano, że aby ułatwić wykonawcom czynność wypełniania jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, państwa członkowskie mogą wydawać wytyczne dotyczące stosowania tego dokumentu, na przykład w celu wyjaśnienia, które przepisy prawa krajowego są istotne w odniesieniu do sekcji A w części III.

W Polsce taką rolę pełni Instrukcja wypełniania JEDZ przygotowana przez Urząd Zamówień Publicznych i opublikowana na jego stronie internetowej. W wyjaśnieniach dotyczących spornego w sprawie pytania wskazano: *„W tym miejscu formularza wykonawca składa oświadczenie odnośnie nieprawidłowości w zakresie realizacji przez niego wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji. W przypadku zaistnienia takich nieprawidłowości formularz wymaga od niego podania szczegółowych informacji na ten temat. Ustawodawca przewidział w tym zakresie fakultatywną przesłankę*

do wykluczenia z postępowania w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający może wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w stopniu rażącym wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. Wskazana podstawa do wykluczenia z postępowania ma charakter fakultatywny, tzn. zamawiający może ją przewidzieć do badania wykonawców w treści ogłoszenia o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji. Wykonawca wypełnia formularz w tym zakresie tylko w sytuacji, gdy zamawiający przewidział taką podstawę wykluczenia.”.

Zamawiający przewidział wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp (pkt 7.1 s.i.w.z.), dlatego też nie budziło wątpliwości, że wykonawca zobligowany był udzielić odpowiedzi na pytanie zamieszczone w części III sekcja C rubryka „rozwiązanie umowy przed czasem, odszkodowania lub inne porównywalne sankcje”.

Podkreślić należy, że w zakresie tego pytania instrukcja odwołuje się do art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, przy czym samo pytanie w JEDZ dotyczy jedynie części przesłanek określonych w tym przepisie. Wykonawca zobligowany jest wskazać, czy wcześniejsza umowa została rozwiązana przed czasem bądź czy w związku z tą wcześniejszą umową nałożone zostało odszkodowanie lub inne porównywalne sankcje. Nie ma natomiast znaczenia, czy doszło do tego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Trzeba też zauważyć, że przepis art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, stanowi transpozycję do polskiego porządku prawnego regulacji art. 57 ust. 4 akapit pierwszy lit. g) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE, która stanowi, że 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 wcześniejszą umową w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej wcześniejszej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji.

Sporne w sprawie pytanie dotyczy m.in. odszkodowań i innych porównywalnych sankcji związanych z wcześniejszą umową. W pytaniu zamieszczonym w JEDZ użyto sformułowania „nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje”, polska ustawa Pzp w art. 24 ust. 5 pkt 4 używa określenia „zasądzono odszkodowanie”, w dyrektywie zaś jest mowa o niedociągnięciu w spełnieniu istotnego wymogu, które doprowadziło do odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji.

Porównanie zapisów dyrektywy i ustawy Pzp prowadzi do wniosku, że polski ustawodawca w art. 24 ust. 5 pkt 4 zawęził przesłankę dotyczącą odszkodowań jedynie do przypadków, w których zostały one zasądzone, a nie tylko nałożone. W doktrynie raczej zgodnie przyjmuje się, że użyte w tym przepisie pojęcie odszkodowania odnosi się także do należności z tytułu kar umownych, które na gruncie prawa cywilnego traktowane są jako surogat odszkodowania (por. Skubiszak-Kalinowska Irena, Wiktorowska Ewa, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany; Opublikowano: LEX/el. 2020). Zasadniczo nie budzi też wątpliwości komentatorów, że na gruncie ww. przepisu, niezbędne jest ustalenie, czy zostało wydane orzeczenie sądowe, w którym zasądzono na rzecz zamawiającego odszkodowanie od wykonawcy ze względu na nienależyte wykonywanie umowy. Nie będzie więc zachodziła podstawa wykluczenia, jeżeli wykonawca dobrowolnie zapłacił kary umowne ze względu na wystąpienie okoliczności uprawniających zamawiającego do żądania takiej kary, które stanowiły o nienależytym wykonaniu zobowiązania. Dopiero w przypadku, gdy powstał spór, co do zasadności naliczenia kar umownych lub odszkodowania na zasadach ogólnych, który został rozstrzygnięty wyrokiem sądu na niekorzyść wykonawcy przez zobligowanie go do zapłaty odszkodowania, zachodzą okoliczności wskazane w przepisie (por. Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. VII; Jaworska M. (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. 11, 2020, Legalis; Pieróg J., Prawo zamówień publicznych, Komentarz, wyd. 15, 2019, Legalis).

W świetle powyższego powstaje pytanie, jak interpretować pytanie w JEDZ dotyczące „nałożenia odszkodowania”. Niewątpliwie bowiem pojęcie „nałożenie” jest szersze od pojęcia „zasądzenie”. Przyjęcie literalnego brzmienia pytania zawartego w JEDZ oznaczałoby, że wykonawca byłby zobligowany do udzielenia odpowiedzi twierdzącej w każdym przypadku nałożenia kary umownej, nawet jeśli nie została ona zasądzona wyrokiem sądu.

W ocenie Izby, mając na względzie zapisy instrukcji wypełniania JEDZ, które w tym zakresie wyraźnie odwołują się do podstawy wykluczenia określonej w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, pytanie dotyczące przesłanek określonych w tym przepisie należy wyklądać z uwzględnieniem brzmienia krajowej przesłanki wykluczenia. Na konieczność takiej interpretacji zwróciła też uwagę KIO m.in. w wyroku z 3 sierpnia 2018 r., sygn. KIO 1428/18. W orzeczeniu tym Izba zauważyła, że odwołujący udzielił negatywnej odpowiedzi na pytanie w JEDZ z uwzględnieniem brzmienia krajowej przesłanki wykluczenia wykonawcy, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Izba zaznaczyła, że wzór formularza JEDZ jest europejskim formularzem zamówienia, w konsekwencji czego jego treść nie odzwierciedla w pełni brzmienia przesłanek wykluczenia wykonawcy określonych w prawie krajowym, tj. w ustawie Prawo zamówień publicznych. Zdaniem Izby zamawiający podczas oceny złożonych przez odwołującego w tamtej sprawie wyjaśnień nie wziął pod uwagę ww.

okoliczności i w sposób nieprawidłowy wysnuł zbyt daleki wniosek, iż ten przedstawił nieprawdziwe informacje w treści JEDZ, pomijając przy tym brzmienie przepisów krajowych, do których referował odwołujący w swoich wyjaśnieniach.

Jak już wskazywano formularz JEDZ jest dokumentem o charakterze uniwersalnym i nie oddaje dokładnie krajowych przesłanek wykluczenia. Bez wątpienia natomiast ma on służyć zamawiającemu w celu weryfikacji braku podstaw wykluczenia obowiązujących w krajowym porządku prawnym. Z tego też względu nie powinien być interpretowany wyłącznie literalnie, ale właśnie przez pryzmat treści przepisów krajowych. Tylko wówczas będzie on w stanie należycie spełniać swoją funkcję. Zarówno pytania, jak i treść oświadczenia składanego przez wykonawcę w formularzu JEDZ, nie mogą być więc wykładane w oderwaniu od przesłanek wykluczenia, których dotyczą.

W kontekście zaś podstawy wykluczenia określonej w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, której dotyczyło sporne pytanie, istotne znaczenie ma tylko to, czy w związku z wcześniejszą umową zostało zasądzone odszkodowanie. Samo tylko naliczenie kary umownej, które nie znalazło odzwierciedlenia w orzeczeniu sądu powszechnego, nie ma znaczenia prawnego, bo nie stanowi przesłanki wykluczenia przewidzianej w ww. przepisie. Wprowadzenie zamawiającego w błąd musi być zaś wynikiem podania nieprawdziwych informacji związanych z przesłankami wykluczenia wykonawcy z postępowania. W ocenie Izby, wymóg zaznaczenia opcji «TAK» przy analizowanym pytaniu JEDZ powstawał zatem w sytuacji zmaterializowania się przesłanki wykluczenia wykonawcy, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, tj. w przypadku gdy w związku z wcześniejszą umową od wykonawcy zostało zasądzone odszkodowanie.

W okolicznościach rozpoznawanej sprawy nie budziło wątpliwości, że w związku z umową zawartą pomiędzy przystępującym STRABAG a Gminą Miejską Tczew, zostały naliczone kary umowne z tytułu niewykonania przedmiotu umowy w terminie. Nałożenie tych kar nie nastąpiło jednak orzeczeniem sądu, jedynie w ramach ugody zawartej przed Sądem ustalono wysokość naliczonych kar. Z tego też względu odpowiadając na pytanie, czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której w związku z wcześniejszą umową w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszą umową z podmiotem zamawiającym lub wcześniejszą umową w sprawie koncesji nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje, przystępujący STRABAG uprawniony był do udzielenia odpowiedzi przeczącej, a jego oświadczenia w tym względzie nie można uznać za nieprawdziwego, a przez to wprowadzającego zamawiającego w błąd co do podstaw wykluczenia.

Powyższe stanowisko Izby wynika z uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 27 maja 2020 roku, sygn. akt III Ca 252/20, które Izba w całości podziela.

Nadto wskazać należy, iż z dowodu złożonego przez przystępującego na rozprawie, tj. pisma zamawiającego, będącego stroną umowy ze STRABAG (realizacja w Tczewie)

jednoznacznie wynika, iż zamawiający, pomimo nieterminowego wykonania umowy przez STRABAG, nie poniósł szkody. Skoro zatem zamawiający nie poniósł szkody, to nie może być mowy o tym, iż naliczona kara umowna za opóźnienie w jej realizacji stanowi odszkodowanie za jej nieterminowe wykonanie.

Izba stwierdziła, iż odwołujący uchybił terminowi na wniesienie odwołania w zakresie zarzutu dotyczącego art. 96 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 8 ust. 11 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2019 r. poz. 1010), gdyż odwołujący otrzymał informację od zamawiającego dotyczącą zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień wraz z załącznikami w zakresie rażąco niskiej ceny w dniu 9 października 2020 roku. Zgodnie natomiast z przepisem art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie albo w terminie 15 dni – jeżeli zostały przesłane w inny sposób – w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Powyższe oznacza, że termin na wniesienie odwołania w zakresie ww. czynności zamawiającego polegającej na odmowie przekazania wyjaśnień z załącznikami zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa, upływał dnia 19 października 2020 roku. Tym samym stwierdzić należało, że odwołanie wniesione w dniu 20 października 2020 roku, w powyższym zakresie, zostało wniesione z uchybieniem terminu na jego wniesienie, dlatego też Izba stwierdziła, że zarzuty odwołującego dotyczące ww. naruszeń są spóźnione i nie podlegają merytorycznemu rozpoznaniu.

W związku z powyższym, jednoznacznym stanowiskiem Izby, za zbędne Izba uznała odniesienie się do pozostałych dowodów zgłoszonych w ramach stanowisk stron.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z §1 ust. 2 pkt 2, §3 pkt 1 i pkt 2 lit. b) oraz §5 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972), uwzględniając koszty poniesione przez odwołującego związane z wpisem od odwołania (20 000,00 zł) oraz koszty przystępującego wykonawcy STRABAG – zgłaszającego sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w całości – związane z wynagrodzeniem pełnomocnika (3 600,00 zł).

Przewodniczący: