

**WYROK**

Warszawa, dnia 21 lutego 2025 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

Przewodniczący: Maksym Smorczewski

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 stycznia 2025 r. przez wykonawcę Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Alba spółka akcyjna z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Skoki

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Anny Michalskiej, prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą A.M. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe "Wspólnota", oraz M.a Jarzembowskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą M.J. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe "Wspólnota" s. c., zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Alba spółka akcyjna z siedzibą we Wrocławiu i zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Alba spółka akcyjna z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3.617 zł (trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych) poniesioną przez Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Alba spółka akcyjna z siedzibą we Wrocławiu tytułem wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika i innych uzasadnionych wydatków.

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

Przewodniczący:.....

**Sygn. akt: KIO 301/25**

**UZASADNIENIE**

27 stycznia 2025 r. wykonawca Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Alba spółka akcyjna z siedzibą we Wrocławiu (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie na czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz unieważnienia postępowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi o tytule „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu gminy Skoki w latach 2025- 2026” (dalej jako „Postępowanie”), prowadzonym przez zamawiającego Gminę Skoki (dalej jako „Zamawiający”).

Odwołujący zarzucił:

- „1. naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) p.z.p. w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p. oraz art. 16 p.z.p. i art. 17 ust. 1 p.z.p. poprzez uznanie, że zachodzą przesłanki wykluczenia Odwołującego z postępowania, a w konsekwencji także przesłanki do odrzucenia złożonej przez niego oferty, z uwagi na fakt wprowadzenia Zamawiającego w błąd poprzez udzielenie odpowiedzi „NIE” w oświadczeniu składanym na formularzu JEDZ 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” oraz poprzez złożenie oświadczenia o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 p.z.p. w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez Zamawiającego, co narusza podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych;
2. naruszenie przepisu art. 255 pkt 3 p.z.p. poprzez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na fakt, że oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w sytuacji gdy oferta Odwołującego, która została niesłusznie odrzucona, mieści się w budżecie Zamawiającego, a zatem nie jest spełniona przesłanka unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.”.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- „1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
  2. unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia złożonej przez niego oferty;
  3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego”,
- a ponadto o „obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą”.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia A.M., prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą A.M. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe "Wspólnota", oraz M.J., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą M.J. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe "Wspólnota" s. c. (dalej jako „Przystępujący”). Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi Postępowanie z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp”) w trybie przetargu nieograniczonego. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 20 września 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 565574-2024.

W rozdziale 4 pkt 4.3 specyfikacji warunków zamówienia w Postępowaniu (dalej jako „SWZ”) Zamawiający określił, iż „W postępowaniu mogą brać udział Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia w okolicznościach, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 1, 4, 5, 7, 8, 9, 10 PZP. Na podstawie: (...) 4.3.4. art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP Zamawiający wykluczy Wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady, (...) 4.3.7. art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP Zamawiający wykluczy Wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. (...)”.

W rozdziale 6 pkt 6.1 SWZ Zamawiający określił, że „W celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania, o których mowa w pkt 4.1. i pkt 4.3. oraz w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 5.1. jak również w celu wykazania zgodności oferowanych usług z wymaganiami opisanymi przez Zamawiającego, Wykonawca będzie obowiązany przedstawić Zamawiającemu następujące oświadczenia i dokumenty (w terminach wskazanych w SWZ): WRAZ Z OFERTĄ 6.1.1. Oświadczenie Wykonawcy o niepodleganiu wykluczeniu i spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 PZP złożone na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia („JEDZ/ESPD”), sporządzonego zgodnie ze wzorem określonym w Rozporządzeniu Wykonawczym Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającym standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz. Urz. UE seria L 2016 r. Nr 3, s. 16). JEDZ/ESPD stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia i spełnienie warunków udziału w postępowaniu, na dzień składania ofert, tymczasowo zastępujący wymagane przez Zamawiającego podmiotowe środki dowodowe. (...) NA WEZWANIE ZAMAWIAJĄCEGO: (...) W celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia, Zamawiający przy wyborze najkorzystniejszej oferty, działając na podstawie art. 126 ust. 1 PZP wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia następujących podmiotowych środków dowodowych: (...) 6.1.16. Oświadczenie wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 PZP złożonym na formularzu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ), w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez Zamawiającego, o których mowa w: (...) f) art. 109 ust. 1 pkt 5,7-10 PZP; wzór oświadczenia Wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 PZP złożonym na formularzu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania stanowi załącznik nr 3 do SWZ. (...)”

Oferty w Postępowaniu złożyli Odwołujący i Przystępujący.

Odwołujący wraz z ofertą złożył Zamawiającemu oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnieniu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, sporządzonym zgodnie ze wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającym standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (dalej jako „JEDZ”), którego część III: Podstawy wykluczenia sekcja C: Podstawy związane z niewyplacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi miała treść „W art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE określono następujące powody wykluczenia (...) rozwiązanie umowy przed czasem, odszkodowania lub inne porównywalne sankcje 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? Proszę podać odpowiedź Tak Nie”.

Zamawiający przekazał Odwołującemu datowane na 13 listopada 2024 r. pismo zatytułowane „Wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych” o treści „Działając na podstawie art. 126 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r., poz. 1320 ze zmianami), w celu zapewnienia odpowiedniego

przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, Zamawiający wzywa do złożenia, aktualnych na dzień złożenia, następujących podmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia oraz na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu: (...) 7) oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 PZP złożonym na formularzu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ), w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez Zamawiającego, o których mowa w: (...) f) art. 109 ust. 1 pkt 5,7-10 PZP. Wzór oświadczenia Wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 PZP złożonym na formularzu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania stanowi załącznik nr 3 do SWZ (...).

Odwolujący przekazał Zamawiającemu datowane na 25 listopada 2024 r. oświadczenie Wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 PZP złożonym na formularzu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania, sporządzone zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ o treści „W związku ze złożeniem oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn., Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Skoki w latach 2025-2026”, ZP.271.16.2024, Ja, niżej podpisany Sylwia Sacha – pełnomocnik działając w imieniu i na rzecz Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S. A., ul. Szczecińska 5, 54-517 Wrocław oświadczam, że informacje zawarte w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, przedłożonym wraz z ofertą na formularzu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ) przez Wykonawcę, którego reprezentuję, są aktualne w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania określonych w: (...) - art. 109 ust. 1 pkt 5, 7-10 PZP (...).

Zamawiający przekazał Odwołującemu datowane na 13 grudnia 2024 r. pismo zatytułowane „Wezwanie do złożenia wyjaśnień” o treści „Działając na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r., poz. 1320 ze zmianami), dalej „ustawy PZP”, Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień treści oświadczenia składanego na podstawie art. 125 ust. 1 ww. ustawy. Dołączyli Państwo do oferty Jednolity europejski dokument zamówienia (ESPD) o niepodleganiu wykluczeniu i spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP, złożony na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia („JEDZ/ESPD”), sporządzonego zgodnie ze wzorem określonym w Rozporządzeniu Wykonawczym Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającym standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz. Urz. UE seria L 2016 r. Nr 3, s. 16). Oświadczenie JEDZ, w części III pn. podstawy wykluczenia, sekcja c pn. podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi, na pytanie: "Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową? Proszę podać odpowiedź" zaznaczono "Nie". Powyższe wyraża treść przesłanki wykluczenia wynikającej z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, która zgodnie z Rozdziałem nr 4, pkt 4.3.4 została przez Zamawiającego przewidziana w przedmiotowym postępowaniu. Następnie, w związku z skierowanym przez Zamawiającego wezwaniem na podstawie art. 126 ust. 2 ustawy PZP, w dniu 25 listopada 2024 r. dosłali Państwo oświadczenie o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP w zakresie postaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez Zamawiającego, w tym również w zakresie podstaw określonych w art. 109 ust. 1 pkt 5, 7-10 ustawy PZP. W każdym z ww. dokumentów zaprzeczono, by zaistniały jakiegokolwiek okoliczności wymienione w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP. Byli Państwo stroną umowy zawartej z Zamawiającym Miastem i Gminą Skoki nr 183/ROŚ/2023 z 29 maja 2023 r. na realizację zamówienia publicznego pn. „Odbiór niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych, bioodpadów, metali, tworzyw sztucznych, odpadów opakowaniowych wielomateriałowych, szkła, papieru, odpadów wielkogabarytowych, odpadów budowlanych i rozbiórkowych z terenu gminy Skoki”, w ramach której, w okresie od czerwca 2023 r. do lutego 2024 r., w związku z jej wykonywaniem, zostały naliczone kary umowne w łącznej wysokości 114.000 zł. Niezależnie jednak od powyższego, Zamawiający ustalił, iż sankcje były Państwu naliczane w związku z realizacją innych zamówień publicznych. Pozyskane informacje przedstawiają się następująco: 1. Urząd Gminy Kobierzyce, w związku z realizacją umowy o zamówienie publiczne pn. „Świadczenie usługi polegającej na odbiorze, zbieraniu, transporcie odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości na terenie Gminy Kobierzyce” w 2021 r. naliczył Państwu łącznie noty obciążeniowe w wysokości 160.870,00 zł. W kolejnym roku, tj. 2022 r. była to kwota łącznie 59.390 zł. 2. Gmina Wrocław, w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem sp. z o.o.: - w związku z realizacją umowy o zamówienie publiczne pn. „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora IV – Psie Pole”, nr ref. 19/2022; Termin wykonania umowy: 2023-06-27; naliczył Państwu łącznie kary umowne w wysokości 46.700 zł, - w związku z realizacją umowy o zamówienie publiczne pn. „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora IV – Psie Pole”, nr ref. 8/2023; Termin wykonania umowy: 2023-10-18; naliczył

Państwu łącznie kary umowne w wysokości 44.300 zł, - w związku z realizacją umowy o zamówienie publiczne pn. „Całoroczne utrzymanie czystości i porządku na terenie gminy Wrocław obrębzie dzielnicy Śródmieście”, nr ref. 4/2024; Termin wykonania umowy: 2024-06-30; naliczył Państwu łącznie kary umowne w wysokości 19.600 zł. 3. Miejski Zakład Oczyszczania sp. z o.o. z siedzibą w Lesznie, w związku z realizacją umowy o zamówienie publiczne pn. „Odbiór i zagospodarowanie odpadów opakowaniowych z tworzyw sztucznych o kodzie 15 01 02”, nr ref. ZP.PN.04.2022; Termin wykonania umowy: 2022-09-08; naliczył Państwu łącznie noty obciążeniowe w wysokości 15.000 zł. 4. Gmina Swarzędz, w związku z realizacją umowy o zamówienie publiczne pn. „Odbiór i transport odpadów komunalnych i zbieranych w sposób selektywny z terenu gminy Swarzędz”, nr ogłoszenia o wyniku postępowania 2022/S 120-341260, Termin wykonania umowy 2022-09-30, naliczyła Państwu łącznie kary umowne w wysokości 132.335,99 zł. Tym samym Zamawiający powziął wątpliwości co do prawdziwości twierdzeń ujętych w części III pn. podstawy wykluczenia, sekcja c pn. podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi, bowiem nawet jeśli dany wykonawca sam nie uznaje się za spełniającego przesłanki wykluczenia, to spoczywa na nim bezwzględny obowiązek powiadomienia Zamawiającego w JEDZ, że w stosunku do niego wystąpiły okoliczności, o których mowa w treści pytania. Jest to obowiązek notyfikowania zamawiającemu obiektywnych faktów, które miały miejsce w toku realizacji innego zamówienia przez wykonawcę, czyli wystąpienia określonych obiektywnych zdarzeń, które następnie podlegają ocenie zamawiającego. Pytanie nie dotyczy bowiem oceny takich zdarzeń przez wykonawcę w kontekście zaistnienia przesłanek wykluczenia z postępowania, ale notyfikacji obiektywnych faktów. (zob. wyrok z dnia 27 listopada 2023 r., KIO 3383/23). W związku z powyższym, Zamawiający wzywa do złożenia szczegółowych i wyczerpujących wyjaśnień w zakresie powodów braku podania w JEDZ, a następnie w oświadczeniu o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP informacji przywołanych powyżej. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wyrażany jest pogląd, że obowiązek wezwania wykonawcy do wyjaśnień aktualizuje się w sytuacji, gdy złożone oświadczenia lub dokumenty budzą wątpliwości zamawiającego (zob. wyrok z dnia 9 czerwca 2016 r., KIO 905/16). Ponadto, uprawnienie takie aktualizuje się również w momencie, gdy kolejne wątpliwości nasunęły się po uzupełnieniu dokumentów. Przekazywane odpowiedzi na pytania w JEDZ winny być transparentne i rzetelne. (...).

Odwołujący przekazał Zamawiającemu datowane na 20 grudnia 2024 r. pismo o treści „W odpowiedzi na wezwanie z dnia 13 grudnia 2024 r. wzywającego wykonawcę do wyjaśnienia treści złożonego wraz z ofertą oświadczenia o braku podstaw wykluczenia z postępowania składanego na podstawie art. 125 ust. 1 p.z.p. jako ustanowiony w postępowaniu pełnomocnik potwierdzam prawidłowość i aktualność złożonego oświadczenia. Wobec Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania ALBA S.A. nie aktualizuje się żadna z przewidzianych w SWZ podstaw wykluczenia, tj. nie zachodzą przesłanki wykluczenia z postępowania, o których mowa w art. 108 ust. 1 oraz w art. 109 ust. 1 pkt 4-10 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych. W tych okolicznościach brak jest podstaw, aby dokonywać poprawienia/uzupełnienia złożonego oświadczenia o braku podstaw wykluczenia z postępowania. Odnosząc się do zapytania Zamawiającego, dlaczego w oświadczeniu nie wskazano o fakcie naliczenia wykonawcy kar umownych na podstawie umów: 1. z Miastem i Gminą Skoki nr 183/ROŚ/2023 z 29 maja 2023 r. na realizację zamówienia publicznego pn. „Odbiór niesegregowanych(zmieszanych) odpadów komunalnych, bioodpadów, metali, tworzyw sztucznych, odpadów opakowaniowych wielomateriałowych, szkła, papieru, odpadów wielkogabarytowych, odpadów budowlanych i rozbiórkowych z terenu gminy Skoki”, w ramach której, w okresie od czerwca 2023 r. do lutego 2024 r., w związku z jej wykonywaniem, zostały naliczone kary umowne w łącznej wysokości 114.000 zł. 2. Urząd Gminy Kobierzyce, w związku z realizacją umowy o zamówienie publiczne pn. „Świadczenie usługi polegającej na odbiorze, zbieraniu, transporcie odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości na terenie Gminy Kobierzyce” w 2021 r. naliczył Państwu łącznie noty obciążeniowe w wysokości 160.870,00 zł. W kolejnym roku, tj. 2022 r. była to kwota łącznie 59.390 zł. 3. Gmina Wrocław, w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem sp. z o.o.: - w związku z realizacją umowy o zamówienie publiczne pn. „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębzie Sektora IV – Psie Pole”, nr ref. 19/2022; Termin wykonania umowy: 2023-06-27; naliczył Państwu łącznie kary umowne w wysokości 46.700 zł, - w związku z realizacją umowy o zamówienie publiczne pn. „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębzie Sektora IV – Psie Pole”, nr ref. 8/2023; Termin wykonania umowy: 2023-10-18; naliczył Państwu łącznie kary umowne w wysokości 44.300 zł, - w związku z realizacją umowy o zamówienie publiczne pn. „Całoroczne utrzymanie czystości i porządku na terenie gminy Wrocław obrębzie dzielnicy Śródmieście”, nr ref. 4/2024; Termin wykonania umowy: 2024-06-30; naliczył Państwu łącznie kary umowne w wysokości 19.600 zł. 4. Miejski Zakład Oczyszczania sp. z o.o. z siedzibą w Lesznie, w związku z realizacją umowy o zamówienie publiczne pn. „Odbiór i zagospodarowanie odpadów opakowaniowych z tworzyw sztucznych o kodzie 15 01 02”, nr ref. ZP.PN.04.2022; Termin wykonania umowy: 2022-09-08; naliczył Państwu łącznie noty obciążeniowe w wysokości 15.000 zł. 5. Gmina Swarzędz, w związku z realizacją umowy o zamówienie publiczne pn. „Odbiór i transport odpadów komunalnych i zbieranych w sposób selektywny z terenu gminy Swarzędz”, nr ogłoszenia o wyniku postępowania 2022/S 120-341260, Termin

wykonania umowy 2022-09-30, naliczyła Państwu łącznie kary umowne w wysokości 132.335,99 zł. wskazując, że samo nałożenie kar umownych w toku realizacji kontraktu nie stanowi o zaistnieniu przesłanki wykluczenia, o której mowa a art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Zgodnie z ww. przepisem z postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. W świetle poglądów doktryny oraz orzecznictwa, aby wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp było możliwe, spełnione musi być łącznie 5 przesłanek: 1) wykonawca dopuścił się niewykonania lub nienależytego wykonania albo długotrwałego nienależytego wykonywania zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji; 2) niewykonanie, nienależyte wykonanie lub długotrwale nienależyte wykonywanie musi być znaczące co do stopnia lub zakresu naruszenia zobowiązań umownych; 3) przywołane powyżej zachowanie wykonawcy musi dotyczyć istotnego zobowiązania; 4) niewykonanie, nienależyte wykonanie bądź też długotrwale nienależyte wykonywanie umowy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy; 5) konsekwencją powyższego było wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy, odszkodowanie, wykonanie zastępcze lub realizacja uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Przesłanka wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wymaga dla jej zastosowania kumulatywnego zaistnienia kilku elementów – brak jednego z nich wyłącza możliwość uznania, że przesłanka wykluczenia została spełniona. Jak wskazano w Opinii Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych<sup>1</sup> [przy czym przypis oznaczony<sup>1</sup> miał treść „Opinia dostępna na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych pod adresem <https://www.gov.pl/web/uzp/kara-umowna-a-sposob-wypelniania-jedz>” – KIO] pt. „Kara umowna w kontekście przesłanki wykluczenia wykonawcy z powodu nieprawidłowości w realizacji wcześniejszych umów a sposób wypełnienia JEDZ, z uwagi na sankcyjny charakter omawianego przepisu, którego skutkiem jest pozbawienie wykonawcy możliwości ubiegania się o zamówienie, wszystkie określone w przepisie przesłanki muszą wystąpić łącznie i muszą być interpretowane ściśle. Prawdopodobność takiego stanowiska potwierdza także orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych (zob. wyrok KIO z dnia 28 marca 2022 r. sygn. akt KIO 665/22; wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2023 r. sygn. akt KIO 3448/22). Przesłanka z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp stanowi transpozycję do polskiego porządku prawnego art. 57 ust. 4 lit. g) 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 którym: instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy znajdującego się w którejkolwiek z poniższych sytuacji: g) 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”. Oznacza to, że przy wykładni art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp nie sposób abstrahować od konieczności dokonywania pro unijnej wykładni art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Ustawodawca unijny operuje pojęciami "znaczącego lub uporczywego niedociągnięcia" dotyczącego "istotnego wymogu". Z tego też powodu każdorazowo należy ocenić, czy zarzucane zachowanie może być uznane choćby za znaczące lub uporczywe niedociągnięcie dotyczące istotnego wymogu. Nie sposób przy tym pomijać, że w motywie 101 dyrektywy wskazano, że "stosując fakultatywne podstawy wykluczenia, instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności. Drobne nieprawidłowości powinny jedynie w wyjątkowych okolicznościach prowadzić do wykluczenia wykonawcy. Powtarzające się przypadki drobnych nieprawidłowości mogą jednak wzbudzić wątpliwości co do wiarygodności wykonawcy, co może uzasadniać jego wkluczenie (zob. wyrok KIO z dnia 15 listopada 2023, sygn. akt KIO 3196/23). Sam fakt naliczenia kary umownej nie stanowi automatycznie podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Jedynie kara umowna mająca charakter odszkodowawczy będzie obligowała do dokonania samooczystczenia. Kary umowne nałożone przez wskazanych w wezwaniu Zamawiających nie miały charakteru odszkodowawczego, ponieważ po stronie tych Zamawiających nie wystąpiła żadna szkoda o charakterze majątkowym, tj. nie doszło do uszczerplenia majątku gminy. Co więcej kary te nie dotyczyły nieprawidłowości, które mogą świadczyć do nieprawidłowym wykonywaniu umów w znacznym stopniu lub zakresie ani długotrwałej nienależytej realizacji istotnych zobowiązań umownych. Dodatkowo podkreślić należy fakt, że dla wskazanych przez Zamawiającego umów (oznaczonych dla ułatwienia 1-5) poszczególni Zamawiający, publikując ogłoszenia o wykonaniu umowy, w punkcie 5.6 ogłoszenia potwierdzili, że umowy te zostały wykonane należycie, na dowód czego w załączeniu przedstawiamy przywołane ogłoszenia. Jedynie Gmina Skoki nie opublikowała ogłoszenia o wykonaniu powoływanej umowy mimo takiego obowiązku. W związku z realizacją wskazanych przez Zamawiającego Gminę Skoki umów zostały nałożone na Wykonawcę WPO ALBA S. A. poniższe kary: 1. Miasto i Gmina Skoki nr 183/ROŚ/2023 z 29 maja 2023 r. na realizację zamówienia publicznego pn. „Odbiór niesegregowanych(zmieszanych) odpadów komunalnych, bioodpadów, metali, tworzyw sztucznych, odpadów opakowaniowych wielomateriałowych, szkła,

papieru, odpadów wielkogabarytowych, odpadów budowlanych i rozbiórkowych z terenu gminy Skoki", w ramach której, w okresie od czerwca 2023 r. do lutego 2024 r., w związku z jej wykonywaniem, zostały naliczone kary umowne w łącznej wysokości 114.000 zł. - dla wartości umowy w wysokości 1 386 045,91 zł brutto wskazane kary stanowią 8,22% wynagrodzenia. Kary te zostały nałożone na podstawie § 10 ust. 1 pkt 3 umowy, który przewidywał za każdy przypadek nieodebrania odpadów w terminach określonych w harmonogramach wywozu odpadów komunalnych w wysokości 300 zł. Wskazać należy, że najwięcej kar umownych zostało nałożonych na wykonawcę w pierwszych miesiącach świadczenia usługi. W całym okresie wykonywania umowy dokonano około 330 000 odbiorów odpadów, zaś stwierdzono zaledwie 380 przypadków nieodebrania odpadów zgodnie z harmonogramem, co stanowi jedynie 0,11% 2. Urząd Gminy Kobierzyce, w związku z realizacją umowy o zamówienie publiczne pn. „Świadczenie usługi polegającej na odbiorze, zbieraniu, transporcie odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości na terenie Gminy Kobierzyce” w 2021 r. naliczył Państwu łącznie noty obciążeniowe w wysokości 160.870,00 zł. W kolejnym roku, tj. 2022 r. była to kwota łącznie 59.390 zł. - dla wartości wypłaconego wynagrodzenia w wysokości 15 257 808,00 zł brutto kary stanowią 1,44% wynagrodzenia 3. Gmina Wrocław, w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem sp. z o.o.: - w związku z realizacją umowy o zamówienie publiczne pn. „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora IV – Psie Pole”, nr ref. 19/2022; Termin wykonania umowy: 2023-06-27; naliczył Państwu łącznie kary umowne w wysokości 46.700 zł.- dla wartości wypłaconego wynagrodzenia 19 060 625,81 zł brutto kary stanowią 0,25% wynagrodzenia - w związku z realizacją umowy o zamówienie publiczne pn. „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora IV – Psie Pole”, nr ref. 8/2023; Termin wykonania umowy: 2023-10-18; naliczył Państwu łącznie kary umowne w wysokości 44.300 zł.- dla wartości wypłaconego wynagrodzenia w wysokości 27 680 676,33 zł brutto kary stanowią 0,16% wynagrodzenia - w związku z realizacją umowy o zamówienie publiczne pn. „Całoroczne utrzymanie czystości i porządku na terenie gminy Wrocław obrębie dzielnicy Śródmieście”, nr ref. 4/2024; Termin wykonania umowy: 2024-06-30; naliczył Państwu łącznie kary umowne w wysokości 19.600 zł.- dla wartości wypłaconego wynagrodzenia w wysokości 3 982 648,41 zł brutto kary stanowią 0,49% wynagrodzenia 4. Miejski Zakład Oczyszczania sp. z o.o. z siedzibą w Lesznie, w związku z realizacją umowy o zamówienie publiczne pn. „Odbiór i zagospodarowanie odpadów opakowaniowych z tworzyw sztucznych o kodzie 15 01 02”, nr ref. ZP.PN.04.2022; Termin wykonania umowy: 2022-09-08; naliczył Państwu łącznie noty obciążeniowe w wysokości 15.000 zł.- dla wartości wypłaconego wynagrodzenia w wysokości 1 769 040,00 zł brutto kary stanowią 0,85% wynagrodzenia 5. Gmina Swarzędz, w związku z realizacją umowy o zamówienie publiczne pn. „Odbiór i transport odpadów komunalnych i zbieranych w sposób selektywny z terenu gminy Swarzędz”, nr ogłoszenia o wyniku postępowania 2022/S 120-341260, Termin wykonania umowy 2022-09-30, naliczyła Państwu łącznie kary umowne w wysokości 132.335,99 zł - dla wartości wypłaconego wynagrodzenia w wysokości 4 076 770,99 zł brutto kary stanowią 3,25% wartości zamówienia. Kary nałożone na WPO ALBA S.A. w ramach realizacji powyższych umów dotyczyły m.in. nieodstawienia pojemnika na miejsce, przepełnień pojemników, braku umieszczenia notatki z odbioru w systemie (dla odbioru odpadów) lub m.in. braku posypania fragmentu jezdni, reklamacji sprzętania terenów zewnętrznych (dla utrzymania czystości) lub też np. braku dostarczenia dokumentu w wyznaczonym terminie (dla obu rodzajów umów). Kary nałożone zostały za marginalne, nieznaczące uchybienia w realizacji usług i nie wpływały negatywnie na ogólną ocenę prawidłowości wykonania całego zamówienia, co potwierdzają wzmiankowane już ogłoszenia o wykonaniu umów. Również patrząc poprzez pryzmat wysokości nałożonych kar umownych w stosunku do wartości, na jaką opiewała dana umowa lub wartości wypłaconego wynagrodzenia, należy uznać, że kary nałożone na Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A., będące przedmiotem wyjaśnień mają charakter nieznaczny. Podkreślenia wymaga, że gdy podstawą do naliczenia kar umownych było niezrealizowanie odbioru odpadów komunalnych z terenu nieruchomości położonych na terenie Gminy w terminie zgodnym z harmonogramem nie można uznać, że sam fakt nałożenia kar umownych automatycznie powoduje, że umowa realizowana była nienależycie, co potwierdza orzecznictwo (zob. wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO 3448/22). Wielkość kar umownych nie potwierdza nienależytego realizowania umowy, wręcz przeciwnie wskazuje na marginalny charakter nieprawidłowości. Należy też przywołać wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 20 maja 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 22/22, w którym wskazano, że „(...) nie każde też uchybienie w realizacji umowy stanowi przesłankę wykluczenia, ale takie, które ma charakter kwalifikowany. Muszą być to takie uchybienia, które zasadniczo zmieniają jakość przedmiotu zamówienia lub w ogóle uniemożliwiają osiągnięcie celu, w jakim została zawarta umowa. W konsekwencji wymagana jest ich ocena, a także odniesienie się do stwierdzonych nieprawidłowości do konkretnego przedmiotu zamówienia, jego zakresu i specyfiki. (...) Tym samym, w ocenie Sądu Okręgowego nie zasługuje na aprobatę argumentacja skarżącego zmierzająca do uznania, iż sam fakt mających miejsce nieprawidłowości oraz odstąpienia od umowy i naliczenia kar umownych przesądza o dopuszczalności zakwalifikowania tychże nieprawidłowości, jako poważnego naruszenia obowiązków zawodowych oraz niewykonania lub nienależytego wykonania istotnego zobowiązania w znacznym stopniu." Instytucja samooczyszczania ma zastosowanie wtedy, gdy wobec

wykonawcy zachodzi podstawa wykluczenia, ale wykonawca zamierza wykazać, że mimo to jest podmiotem rzetelnym i wiarygodnym. Instytucja ta nie ma zatem zastosowania w sytuacji, gdy wobec wykonawcy w ogóle nie zachodzi podstawa wykluczenia. W tych okolicznościach brak było podstaw do informowania Zamawiającego o nałożonych karach umownych. Brak też podstaw do poprawienia/uzupełnienia złożonego przez Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. oświadczenia o braku podstaw wykluczenia z postępowania.”.

Wraz z ww. pismem Odwołujący złożył ogłoszenia o wykonaniu umowy dotyczące powołanych w ww. piśmie zamówień wykonanych na rzecz Gminy Kobierzyce, Gminy Wrocław, Miejskiego Zakładu Oczyszczania spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Lesznie i Gminy Swarzędz, w których wskazano, że umowy zostały wykonane należycie.

16 stycznia 2025 r. Zamawiający opublikował zawiadomienie o unieważnieniu postępowania o treści „Działając na podstawie art. 260 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r., poz. 1320), dalej zwaną ustawą „ustawą PZP”, Zamawiający informuje o unieważnieniu przedmiotowego postępowania. Uzasadnienie prawne: Postępowanie należy unieważnić na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy PZP, ponieważ oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Uzasadnienie faktyczne: W prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w terminie składania oferty wpłynęły trzy oferty:

Numer oferty	Wykonawca	Cena oferty brutto
1.	PPHU Wspólnota S.C. A.M. M.J., ul. Rogozińska 12, 62-085 Skoki	9.234.098,00 zł
2.	Remondis Sanitech Poznań sp. z o.o., ul. Górecka 104, 61-483 Poznań	10.542.436,20 zł
3.	Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A., ul. Szczecińska 5, 54-517 Wrocław	7.680.280,19 zł

Przed otwarciem ofert Zamawiający podał jaką kwotę zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. kwotę 8.500.000,00 zł. Oferta nr 3, która zawierała najniższą cenę podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP ze względu na fakt wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Po dokonanej analizie możliwości finansowych Zamawiający uznał, że nie jest możliwe zwiększenie kwoty pierwotnie przeznaczonej na realizację zamówienia do ceny oferty nr 1. Zamawiający, zgodnie z dyspozycją art. 255 pkt 3 ustawy PZP, unieważnia postępowanie jeśli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że Zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty. Wyrażanie „może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty” należy interpretować jako uprawnienie Zamawiającego i to do jego decyzji należy kwestia możliwości zwiększenia środków finansowych na dany cel. Zamawiający Gmina Skoki nie ma w chwili obecnej możliwości zwiększenia posiadanej kwoty do ceny otrzymanej oferty nr 1. Jak słusznie podkreśla się w doktrynie, Zamawiający nie obowiązku poszukiwania dodatkowych środków finansowych na sfinansowanie zamówienia ponad kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Sformułowanie przepisu art. 255 pkt 3 ustawy PZP prowadzi do wniosku, że ustawowy przymus unieważnienia postępowania zachodzi od razu, gdy tylko okaże się, że zachodzi jedna z dwóch alternatywnych przesłanek, a Zamawiający nie może zwiększyć kwoty pokrycia finansowego. W związku z powyższym przedmiotowe postępowanie ulega unieważnieniu. Informacja o odrzuceniu oferty złożonej przez Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP. Uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia oferty: Wykonawca złożył w dniu 29 października 2024 r. ofertę na realizację ww. zadania publicznego. Do oferty dołączony został Jednolity europejski dokument zamówienia (ESPD) o niepodleganiu wykluczeniu i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP, złożony na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia („JEDZ/ESPD”), sporządzonego zgodnie ze wzorem określonym w Rozporządzeniu Wykonawczym Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającym standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz. Urz. UE seria L 2016 r. Nr 3, s. 16). Oświadczenie JEDZ, w części III pn. podstawy wykluczenia, sekcja c pn. podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi, na pytanie: "Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową? Proszę podać odpowiedź" zaznaczono "Nie". Powyższe wyraża treść fakultatywnej przesłanki wykluczenia wynikającej z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, która zgodnie z Rozdziałem nr 4, pkt 4.3. SWZ została przez Zamawiającego przewidziana w przedmiotowym postępowaniu. Ponadto, stosownie do postanowień SWZ (pkt 4.3. SWZ), w postępowaniu mogą brać udział Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia także w okolicznościach, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 1, 4, 5, 8, 9 i 10 ustawy PZP. Następnie, w związku z skierowanym przez

Zamawiającego wezwaniem na podstawie art. 126 ust. 2 ustawy PZP, w dniu 25 listopada 2024 r. Wykonawca dosłał oświadczenie o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP w zakresie postaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez Zamawiającego, w tym również w zakresie podstaw określonych w art. 109 ust. 1 pkt 5, 7-10 ustawy PZP. W każdym z ww. oświadczeń zaprzeczono, by zaistniały jakiegokolwiek okoliczności wymienione w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP. Ponieważ ww. Wykonawca był stroną umowy o realizację zamówienia publicznego pn. „Odbiór niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych, bioodpadów, metali, tworzyw sztucznych, odpadów opakowaniowych wielomateriałowych, szkła, papieru, odpadów wielkogabarytowych, odpadów budowlanych i rozbiórkowych z terenu gminy Skoki” z Zamawiającym, tj. Gminą Skoki, w ramach której, w okresie od czerwca 2023 r. do lutego 2024 r., w związku z jej wykonywaniem zostały naliczone kary umowne w łącznej wysokości 114.000 zł, Zamawiający powziął wątpliwości co do prawdziwości twierdzeń ujętych w części III pn. podstawy wykluczenia, sekcja c pn. podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi, bowiem nawet jeśli dany wykonawca sam nie uznaje się za spełniającego przesłanki wykluczenia, to spoczywa na nim bezwzględny obowiązek powiadomienia Zamawiającego w JEDZ, że w stosunku do niego wystąpiły okoliczności, o których mowa w treści pytania. Jest to obowiązek notyfikowania zamawiającemu obiektywnych faktów, które miały miejsce w toku realizacji innego zamówienia przez wykonawcę, czyli wystąpienia określonych obiektywnych zdarzeń, które następnie podlegają ocenie zamawiającego. Pytanie nie dotyczy bowiem oceny takich zdarzeń przez wykonawcę w kontekście zaistnienia przesłanek wykluczenia z postępowania, ale notyfikacji obiektywnych faktów. - vide. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 listopada 2023 r., KIO 3383/23. Niezależnie od powyższego, Zamawiający ustalił, iż Wykonawcy naliczane były sankcje w związku z realizacją innych zamówień publicznych: 1. Urząd Gminy Kobierzyce, w związku z realizacją umowy o zamówienie publiczne pn. „Świadczenie usługi polegającej na odbiorze, zbieraniu, transporcie odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości na terenie Gminy Kobierzyce” w 2021 r. naliczył Wykonawcy łącznie noty obciążeniowe w wysokości 160.870,00 zł. W kolejnym roku, tj. 2022 r. była to kwota łącznie 59.390 zł. 2. Gmina Wrocław, w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem sp. z o.o.: - w związku z realizacją umowy o zamówienie publiczne pn. „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora IV – Psie Pole”, nr ref. 19/2022; Termin wykonania umowy: 2023-06-27; naliczył Wykonawcy łącznie kary umowne w wysokości 46.700 zł, - w związku z realizacją umowy o zamówienie publiczne pn. „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora IV – Psie Pole”, nr ref. 8/2023; Termin wykonania umowy: 2023-10-18; naliczył Wykonawcy łącznie kary umowne w wysokości 44.300 zł, - w związku z realizacją umowy o zamówienie publiczne pn. „Całoroczne utrzymanie czystości i porządku na terenie gminy Wrocław obrębie dzielnicy Śródmieście”, nr ref. 4/2024; Termin wykonania umowy: 2024-06-30; naliczył Wykonawcy łącznie kary umowne w wysokości 19.600 zł. 3. Miejski Zakład Oczyszczania sp. z o.o. z siedzibą w Lesznie, w związku z realizacją umowy o zamówienie publiczne pn. „Odbiór i zagospodarowanie odpadów opakowaniowych z tworzyw sztucznych o kodzie 15 01 02”, nr ref. ZP.PN.04.2022; Termin wykonania umowy: 2022-09-08; naliczył Wykonawcy łącznie noty obciążeniowe w wysokości 15.000 zł. 4. Gmina Swarzędz, w związku z realizacją umowy o zamówienie publiczne pn. „Odbiór i transport odpadów komunalnych i zbieranych w sposób selektywny z terenu gminy Swarzędz”, nr ogłoszenia o wyniku postępowania 2022/S 120-341260, Termin wykonania umowy 2022-09-30, naliczyła Wykonawcy łącznie kary umowne w wysokości 132.335,99 zł. Zamawiający w dniu 13 grudnia 2024 r. skierował do Wykonawcy, na podstawie art. 128 ust. 4 PZP, wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie powodów braku podania w JEDZ, a następnie w oświadczeniu o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP, informacji przywołanych powyżej, podając jednocześnie, iż w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wyrażany jest pogląd, że obowiązek wezwania wykonawcy do wyjaśnień aktualizuje się w sytuacji, gdy złożone oświadczenia lub dokumenty budzą wątpliwości zamawiającego (zob. wyrok z dnia 9 czerwca 2016 r., KIO 905/16). Ponadto, uprawnienie takie aktualizuje się również w momencie, gdy kolejne wątpliwości nasunęły się po uzupełnieniu dokumentów. Zamawiający podał, iż przekazywane odpowiedzi na pytania w JEDZ winny być transparentne i rzetelne. W tym miejscu Zamawiający podkreśla, że reguła zawarta w art. 16 ustawy PZP nakazuje zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców i „nie można (...) dopuścić do różnicowania sytuacji wykonawców, w zależności od tego, na czyją rzecz realizowane było zamówienie, którego dotyczy nieprawdziwa informacja. Doprowadziłoby to bowiem sytuacji, (...) nie byłiby wykluczani wykonawcy podający nieprawdziwą informację dotyczącą zamówienia realizowanego na rzecz zamawiającego prowadzącego to postępowanie, ale byłiby wykluczani wykonawcy, którzy podali nieprawdziwą informację - ale dotyczącą zamówienia realizowanego na rzecz innych zamawiających”. – vide. Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 11 marca 2024 r. sygn. akt XXIII Zs 1/24, lex nr 3742599. Wykonawca w dniu 20 grudnia 2024 r. udzielił odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie, podając, iż potwierdza prawidłowość i aktualność złożonego oświadczenia, albowiem nie aktualizuje się żadna z przewidzianych w SWZ podstaw wykluczenia i w tych okolicznościach brak jest podstaw aby dokonywać poprawienia/uzupełnienia złożonego oświadczenia o braku podstaw

wykluczenia z postępowania. Wykonawca następnie w treści pisma potwierdził, iż nie wskazano w oświadczeniu faktu naliczenia kar umownych na podstawie ww. umów, bowiem samo nałożenie kar umownych w toku realizacji kontraktu nie stanowi o zaistnieniu przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP. Podał, iż jedynie kara umowna mająca charakter odszkodowawczy obliguje do dokonania samooczyszczenia, natomiast kary umowne nałożone przez wskazanych w wezwaniu Zamawiających nie miały charakteru odszkodowawczego, ponieważ po stronie tych Zamawiających nie wystąpiła żadna szkoda o charakterze majątkowym, tj. nie doszło do uszczerplenia majątku gminy. Co więcej, naliczone kary, w ocenie Wykonawcy, nie dotyczyły nieprawidłowości, które mogą świadczyć o nieprawidłowym wykonywaniu umów w znacznym stopniu lub zakresie ani długotrwałej nienależytej realizacji istotnych zobowiązań umownych. Wykonawca dodatkowo podał, iż poszczególni Zamawiający opublikowali ogłoszenia o wykonaniu umowy podając, iż zostały one wykonane należycie (z wyjątkiem Gminy Skoki, która nie opublikowała ogłoszenia o wykonaniu powoływanej umowy). W dalszej kolejności Wykonawca podawał procentową wartość naliczonych kar umownych w odniesieniu do wartości poszczególnych kontraktów, a jako załączniki do pisma dołączył opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o wykonaniu umów. Wykonawca podniósł również, że nałożone kar dotyczy m.in. nieodstawienia pojemnika na miejsce, przepelnień pojemników, braku umieszczenia notatki z odbioru w systemie, braku posypania fragmentu jezdni, reklamacji sprzętania terenów zewnętrznych, czy też braku dostarczenia dokumentu w wyznaczonym terminie. Podał, iż kary wynikały z nieznaczących uchybień w realizacji usług i nie wpływały na ogólną ocenę prawidłowości wykonania zamówień, a za takim stanowiskiem przemawiać ma również ich wysokość. Wykonawca przywołał orzeczenie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 20 maja 2022 r. o sygn. akt XXIII Zs 22/22, wyjaśniające pojęcie uchybień przy realizacji zamówienia, które skutkować mogą wykluczeniem z postępowania. W konsekwencji Wykonawca stwierdził, że z powyższych powodów brak było podstaw do informowania Zamawiającego o nałożonych karach umownych i brak jest podstaw do poprawienia/uzupełnienia oświadczenia o braku podstaw wykluczenia z postępowania. W związku powyższym Zamawiający uznaje, iż Wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP. Zgodnie z treścią ww. przepisu, z postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. „Istotą obydwu przesłanek wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 p.z.p.) jest wyeliminowanie z możliwości ubiegania się o zamówienia wykonawców nieuczciwych, którzy poprzez swoje zachowanie (wprowadzenie w błąd zamawiającego) w sposób istotny wpływają na podejmowane przez niego decyzje”. – vide. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 kwietnia 2023 r. sygn. akt KIO 732/23. W pierwszej kolejności wskazać należy, że Zamawiający nie wezwał Wykonawcy do poprawienia/uzupełnienia oświadczenia o braku podstaw wykluczenia z postępowania, a o złożenie wyjaśnień w zakresie powodów braku podania w JEDZ okoliczności, iż Wykonawcy nałożono kary umowne. Należy wskazać za wyrokiem KIO z dnia 28 listopada 2022 r., KIO 2960/22, że „JEDZ jest dokumentem kategoriowym, jeżeli chodzi o wagę oświadczeń i informacji, jakie wykonawca przedstawia zamawiającemu za jego pomocą. W przypadku zaznaczenia „NIE” wykonawca staje się niejako <sędzią we własnej sprawie> i uniemożliwia zamawiającemu oraz ewentualnie Izbie dokonania oceny, czy wykonawca daje rękojmię prawidłowego wykonania umowy, pomimo zaistnienia sytuacji, której dotyczy pytanie JEDZ. Trudno przyjąć, że profesjonalny wykonawca, ubiegający się o liczne zamówienia publiczne, nie miał wiedzy o konsekwencjach wynikających z niepodania tego typu informacji.” Niezależnie jednak od powyższej kwestii, Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie potwierdził, iż przedmiotowe kary umowne zostały mu naliczone. Jest to zatem okoliczność bezsporna. Wskazać jednak należy, że treść odpowiedzi Wykonawcy na przedmiotowe wezwanie związana jest z uzasadnieniem – w ocenie Wykonawcy - niepodlegania wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP w kontekście ujawnionych przez Zamawiającego kar i not obciążeniowych naliczonych Wykonawcy podczas realizacji zamówień publicznych. Wykonawca despotycznie uznał, że owe kary faktycznie były nałożone, lecz wynikały z okoliczności nieistotnych na gruncie realizacji danych umów. Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający wskazuje, iż Wykonawca winien dobrowolnie i samodzielnie poinformować Zamawiającego, że istnieją okoliczności, które można rozpatrywać w perspektywie przesłanki eliminacyjnej wyrażonej w art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP. W tym miejscu warto przytoczyć wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 października 2024 r. wydany w sprawie o sygn. akt KIO 3250/24, zgodnie z którym „nawet jeśli dany wykonawca sam nie uznaje się za spełniającego przesłanki wykluczenia, to spoczywa na nim bezwzględny obowiązek powiadomienia Zamawiającego w JEDZ, że w stosunku do tego wykonawcy wystąpiły okoliczności, o których mowa w treści pytania. Jest to obowiązek podania Zamawiającemu obiektywnych faktów, które miały miejsce w toku realizacji innego zamówienia przez Wykonawcę, czyli wystąpienie określonych obiektywnych zdarzeń, które następnie podlegają ocenie Zamawiającego. Pytanie nie dotyczy bowiem oceny takich zdarzeń przez Wykonawcę w kontekście zaistnienia przesłanek wykluczenia z postępowania, ale odnotowania obiektywnych faktów.” Dalej Izba powołała się na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 23 sierpnia 2019 r. o sygn. akt XXII Ga 469/19, w którym Sąd wskazał m.in., 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 sankcją”. Z uwagi na takie działania Wykonawcy, Zamawiający został pozbawiony dokonania rzetelnej oceny zaktualizowania się wobec przesłanki wyrażonej w art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP, albowiem Wykonawca wbrew rzeczywistości stanowi faktycznemu oświadczył, że nie istnieją jakiegokolwiek okoliczności, które można rozpatrywać przez pryzmat ww. przesłanki. Wykonawca nie wskazał w złożonym oświadczeniu JEDZ, by kiedykolwiek znalazł się w takiej sytuacji, że nałożone zostało na niego odszkodowanie lub równoważna sankcja. W ślad za stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej „przy uzupełnieniu JEDZ nie ma przyzwolenia na dokonywanie przez Wykonawcę samodzielnej, subiektywnej oceny, czy w stosunku do niego zachodzą przesłanki wykluczenia, albowiem jest to rola zamawiającego. Pytanie w JEDZ – jego formuła dotyczy obiektywnych zdarzeń i daje Zamawiającemu możliwość dokonania sprawdzenia czy problemy, na które natknął się Wykonawca w toku realizacji innych inwestycji są na tyle poważne i na tyle wpływają na obraz Wykonawcy, że uzasadniają wykluczenie go z postępowania w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP”. Co nader istotne, „konstrukcja JEDZ umożliwia Wykonawcy pełne wykazanie niepodlegania wykluczeniu i daje możliwość szerokiego odniesienia się do udzielonych informacji (...) – po zaznaczeniu „tak” na sporne pytanie w JEDZ mamy pole do wypełnienia pn. „proszę je opisać”, gdzie Wykonawca ma możliwość szczegółowego odniesienia się do udzielonej odpowiedzi. Odwołujący, który zaznacza odpowiedź „nie”, przedstawiając jednocześnie historię kontraktową przetrzuca na siebie ryzyko ustaleń, jakich dokona Zamawiający i także, co do decyzji o wykluczeniu Wykonawcy z postępowanie o udzielenie zamówienia”. – vide. Wyrok KIO z dnia 19 kwietnia 2022 r., sygn. akt KIO 866/22, lex nr 3410587. Obowiązkiem Wykonawcy nie była [samodzielna] ocena swojej sytuacji pod kątem dyspozycji art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, a udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy znalazł się w określonej sytuacji wynikającej z pytania zawartego w JEDZ. Do obowiązków Zamawiającego należy ocena zawartych w oświadczeniu informacji, a może ona zostać dokonana tylko w oparciu o pełną i rzetelną informację pochodzącą od Wykonawcy. Wykonawca powyższemu obowiązkowi uchybił i to dwukrotnie, składając wraz z ofertą oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez Zamawiającego, a następnie w odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych (skierowane na podstawie art. 126 ust. 2 ustawy PZP), gdzie potwierdził aktualność informacji zawartych w ww. oświadczeniu. Mając na uwadze powyższe, Zamawiający stwierdza, że Wykonawca przedstawił w JEDZ nieprawdę informacje, które spowodowały zaistnienie sprzeczności pomiędzy treścią złożonego dokumentu [JEDZ], a rzeczywistością. „Stan ten zaistnieje, gdy przedstawione zostaną informacje obiektywnie nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy” – vide. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 października 2024 r. sygn. akt KIO 3250/24, lex nr 3785792. Tym samym Wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP, a oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP.”.

Ustalając stan faktyczny Izba oparła się na dokumentach znajdujących się w dokumentacji Postępowania.

Mając na uwadze art. 531 Pzp, zgodnie z którym „przedmiotem dowodu są fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie”, Izba pominęła dokumenty złożone na rozprawie przez Odwołującego.

Dokumenty dotyczące powołanych w ww. zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania opublikowanym 16 stycznia 2025 r. zamówień wykonanych na rzecz Gminy Kobierzyce, Gminy Wrocław, Miejskiego Zakładu Oczyszczania spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Lesznie i Gminy Swarzędz mogły służyć ustaleniu okoliczności w zakresie wykonywania tych zamówień - ilości odebranych przez Odwołującego odpadów i wysokości jego wynagrodzenia, stwierdzonych nieprawidłowości w zakresie wykonywania tych zamówień, wysokości naliczonych kar umownych oraz że zamówienia te zostały należycie wykonane, a ustalenie faktów w tym zakresie nie miało znaczenia dla oceny zasadności zarzutów przedstawionych w odwołaniu, a tym samym dla rozstrzygnięcia sprawy. Natomiast okoliczność, że w zakresie wykonywania tych zamówień naliczono Odwołującemu kary umowne, nie była sporna.

Ustaleniu faktów mających dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie nie mógł także służyć wydruk ze strony internetowej Gminy Damasławek, który miałby służyć ustaleniu, że Przystępujący informował o możliwości wystąpienia sytuacji stanowiącej nienależyte wykonywanie umowy w sprawie zamówienia publicznego. To, że taka możliwość istnieje, pozostaje bez wpływu na ocenę zasadności zarzutów przedstawionych w odwołaniu, w szczególności czy zaistniały przesłanki do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp.

Z kolei wydruk dotyczący kar umownych nałożonych przez Zamawiającego, który nie był podpisany, nie mógł zostać uznany nawet za dokument prywatny, który - jak określono w art. 245 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego - stanowi dowód tego, że osoba, która go podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie. Tym samym Izba potraktowała go jako graficzne przedstawienie stanowiska Odwołującego.

#### Izba zważyła, co następuje:

W świetle art. 505 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym „środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego

przepisów ustawy”, należało uznać, że Odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania. Izba nie stwierdziła przy tym, aby zachodziła którakolwiek z określonych w art. 528 Pzp okoliczności skutkujących odrzuceniem odwołania.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w związku z art. 109 ust. 1 pkt 10 oraz art. 16 i art. 17 ust. 1 Pzp nie był uzasadniony.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a Pzp „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania”. Stosownie do art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp „z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia”. Art. 16 Pzp stanowi, że „zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny”, zaś art. 17 ust. 1 Pzp, iż „zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający: 1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów”.

Należy stwierdzić, że w odwołaniu nie kwestionowano zgodności stanu faktycznego w zakresie przedstawionych w ww. zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania opublikowanym w 16 stycznia 2025 r. okoliczności dotyczących naliczonych Odwołującemu kar umownych. Nie budziła wątpliwości również treść złożonych przez Odwołującego w Postępowaniu JEDZ i datowanego na 25 listopada 2024 r. oświadczenia Wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 PZP złożonym na formularzu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania, sporządzonego zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ. Tym samym w zakresie ww. zarzutu stan faktyczny nie był sporny pomiędzy stronami i uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Spór dotyczył wyłącznie kwestii stosowania przepisów prawa, a kluczowym zagadnieniem było to, czy w złożonym w Postępowaniu JEDZ Odwołujący zobowiązany był podać odpowiedź „Tak” 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?” w stanie faktycznym opisanym w ww. zawiadomieniu, czyli w sytuacji, gdy Odwołującemu naliczono kary umowne w nim opisane.

Należy wskazać, że - nie podzielając w tym zakresie stanowiska Odwołującego - odpowiedź na to pytanie jest twierdząca. Zdaniem Izby pytanie to jest proste, a udzielenie odpowiedzi na nie sprowadza się do stwierdzenia, czy wystąpiły opisane w nim sytuacje. W przypadku, gdy doszło do wystąpienia takiej sytuacji (jednej bądź wielu), wykonawca zobowiązany jest podać odpowiedź „Tak” i ją (czy je) opisać.

Wobec przedstawionej w odwołaniu argumentacji wymaga zauważenia, że z treści art. 109 ust. 1 pkt 7 i pkt 10 Pzp nie wynika, aby któryś z nich zawierał normę nakazującą wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którą stosuje się wyłącznie wtedy, gdy stosuje się inną normę nakazującą wykluczenie wykonawcy z postępowania. Wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp nie jest zatem uzależnione od wystąpienia innej podstawy wykluczenia, w szczególności określonej w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. W konsekwencji aby uznać, że wykonawca powinien zostać wykluczony na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp nie jest niezbędne stwierdzenie istnienia przesłanek wykluczenia określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Zatem podnoszona przez Odwołującego okoliczność, że „Zamawiający wykluczając Odwołującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p. nie uznał jednocześnie, aby Odwołujący podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p.”, nie znaczenia dla oceny zgodności z przepisami Pzp czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 marca 2022 r. wydanego w postępowaniu toczącym się pod sygn. KIO 449/22, formuła ww. pytania „daje zamawiającemu możliwość dokonania sprawdzenia czy problemy, na które natknął się wykonawca w toku realizacji innych inwestycji są na tyle poważne i na tyle wpływają na obraz wykonawcy, że uzasadniają wykluczenie go z postępowania w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. Weryfikacja ta nie będzie możliwa, jeżeli wykonawca nie dokona notyfikacji takich okoliczności w oświadczeniu JEDZ. W szczególności, że udzielenie pozytywnej odpowiedzi na sporne pytanie nie oznacza automatycznego wyeliminowania wykonawcy z postępowania, co będzie możliwe dopiero po stwierdzeniu przez zamawiającego zaistnienia wszystkich przesłanek podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. Niemniej, w sytuacji, w której wykonawca nie uznaje się za podlegającego eliminacji, nadal obciąża go obowiązek powiadomienia jednostki zamawiającej o określonych w omawianym pytaniu zdarzeniach (nie zaś o całej historii kontraktowej). Podobnie stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie, gdzie wskazano: „Trudno oczekiwać, aby Zamawiający powierzył wykonanie zamówienia wykonawcy, który został uznany przez innego zamawiającego za podmiot nienależycie

wykonujący umowę, bez dokonania szczegółowych wyjaśnień wykonawcy, który „oczyściłby się” z tych zarzutów. Inicjatywa spoczywała jednak po stronie oferenta/wykonawcy. To on 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 sankcją” (tak wyrok z dnia 23.08.2019 r. sygn. akt XXIII Ga 469/19). Warto również zaznaczyć, że konstrukcja JEDZ umożliwia wykonawcy pełne wykazanie niepodlegania wykluczeniu i daje możliwość szerokiego odniesienia się do udzielonych informacji, oczywiście pod warunkiem, że taka informacja zostanie wskazana – po zaznaczeniu odpowiedzi „tak” na sporne pytanie w JEDZ mamy pole do wypełnienia pn. „proszę je opisać”, gdzie wykonawca ma możliwość szczegółowego odniesienia się do udzielonej odpowiedzi.”

Ujmując rzecz prosto, zawarte w JEDZ 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?” nie jest pytaniem „Czy podlegasz wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp?”, lecz pytaniem „Czy wystąpiła sytuacja, która mogłaby skutkować twoim wykluczeniem na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp?”.

Wymaga przy tym wskazania, że w zawartym w JEDZ pytaniu „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?” jest wymienione nie tylko „nałożenie odszkodowania”, ale także „nałożenie porównywalnej sankcji”. Zdaniem Izby kara umowna jest „porównywalną sankcją”, o której jest mowa w tym pytaniu, do odszkodowania, a żądanie zapłaty kary umownej stanowi „nałożenie porównywalnej sankcji”.

Przepisem definiującym karę umowną jest art. 483 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, zgodnie z którym „można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna)”. W art. 484 § 1 zdanie pierwsze tej ustawy określono przy tym, że „w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody”. Stosownie zaś do art. 471 tej ustawy „dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi”.

Z przepisów tych wynika, że ziszczenie się przesłanek powstania obowiązku zapłaty kary umownej - niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania niepieniężnego oraz powstanie szkody w wyniku tego niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania – oznacza, że ziszczyły się także przesłanki powstania obowiązku naprawienia szkody na podstawie art. 471 ww. ustawy, który może zostać spełniony przez zapłatę odszkodowania.

W konsekwencji, niezależnie od tego, że – jak podnosi Odwołujący - „funkcja odszkodowawcza jest jedynie jedną z funkcji kar umownych” oraz czy „w przypadku umów o zamówienie publiczne kary umowne pełnią przede wszystkim funkcję prewencyjną oraz funkcję motywacyjną, a ich celem jest egzekwowanie realizacji postanowień umów zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego”, w rozumieniu zawartym w pytaniu „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?” porównywanie kary umownej z odszkodowaniem znajduje uzasadnienie, a każda kara umowna, o której mowa w art. 483 § 1 ww. ustawy, stanowi „porównywalną sankcję”, o której mowa w tym pytaniu, bez względu na to, w jakim stopniu pełni ona funkcję odszkodowawczą.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że to, czy zażądanie od wykonawcy zapłaty określonej kary umownej w związku z wykonywaniem wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, skutkuje obowiązkiem wykluczenia tego wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp jest przedmiotem oceny w zakresie zastosowania tego przepisu, natomiast nie powoduje, że wykonawca nie znalazł się w sytuacji, o której mowa w ww. pytaniu.

Nie zasługuje na aprobatę stanowisko, że „wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne, wypełniając JEDZ, zobowiązany jest udzielić odpowiedzi twierdzącej na przedmiotowe pytanie wyłącznie w sytuacji, w której zachodzi względem niego podstawa wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p.” ze względu na to, że „konstrukcję formularza JEDZ” – iż ww. pytanie zawarte jest części odnoszącej się do podstaw związanych z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi. Za pytanie odnoszące się do podstaw wykluczenia związanych z wykroczeniami zawodowymi należy uznać nie tylko pytanie o to, czy wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp (bezsporne jest, że okoliczności, o których w nim mowa, stanowią wykroczenia zawodowe), ale

także pytanie, na które odpowiedź ma dać zamawiającemu wiedzę co do istnienia okoliczności, które mogłyby skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania na podstawie tego przepisu – czemu jak wskazano powyżej służy 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?”.

Zdaniem Izby ani z treści Instrukcji wypełniania JEDZ, zamieszczonej na stronie <https://www.gov.pl/web/uzp/jednolity-europejski-dokument-zamowienia>, w części odnoszącej się do ww. pytania, w której wskazano, że „w tym miejscu formularza wykonawca składa oświadczenie odnośnie nieprawidłowości w zakresie realizacji przez niego wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji w okolicznościach wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp”, ani z treści wydanej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych opinii opublikowanej na stronie <https://www.gov.pl/web/uzp/kara-umowna-a-sposob-wypelniania-jedz> pt. „Kara umowna w kontekście przesłanki wykluczenia wykonawcy z powodu nieprawidłowości w realizacji wcześniejszych umów a sposób wypełnienia JEDZ, w której stwierdzono, iż „wykonawca powinien poinformować zamawiającego o uprzednich nieprawidłowościach w realizacji umów, przy czym informacja ta powinna być skorelowana z przesłanką wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp”, nie wynika, że owo oświadczenie czy informacja mają obejmować wyłącznie takie nieprawidłowości, które sam wykonawca ocenia jako stanowiące podstawę jego wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Jak wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 11 marca 2024 r. wydanego w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 1/24, dla zastosowania tego przepisu „Stan wiedzy, czy w ogóle zachowanie zamawiającego, nie mają tu żadnego znaczenia. W szczególności nie ma znaczenia to, czy zamawiający skutecznie został w wprowadzony w błąd, na skutek czego podjął jakiegokolwiek decyzje, czy wykonał jakiegokolwiek czynności (...) samo podanie informacji nieprawdziwej wypełnia przesłankę wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia (...) Wystarczające jest samo przedstawienie (w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa) informacji "wprowadzających w błąd" zamawiającego, które to informacje mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Z powyższego wynika, że po stronie zamawiającego nie musi powstać mylne wyobrażenie o faktach, na skutek przedstawionych przez wykonawcę informacji, wystarczającym jest, iż takie wyobrażenie mogło powstać. Istotna jest sama treść informacji i to, jaki skutek mogły one wywołać w świadomości zamawiającego, niezależnie od okoliczności czy wprowadzenie w błąd rzeczywiście nastąpiło (...) wykonawca ma obowiązek składania w postępowaniu każdorazowo oświadczeń prawdziwych”.

Dla oceny, czy Odwołujący 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 bez znaczenia zatem jest, że w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień treści JEDZ złożonego w Postępowaniu Odwołujący „nie zaprzeczył, że zostały na niego nałożone wyspecyfikowane w treści wezwania kary umowne”. Przedstawienie przez wykonawcę informacji prawdziwej (także poprzez przyznanie czy nie zaprzeczenie) po poinformowaniu go przez zamawiającego o niezgodności z rzeczywistym stanem rzeczy informacji podanej wcześniej przez wykonawcę nie powoduje, że owa wcześniej podana informacja przestaje być informacją wprowadzającą w błąd ani że nie mogła ona mieć istotnego wpływu na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Nie może budzić wątpliwości, że podając odpowiedź „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?”, Odwołujący przedstawił informację, że nie 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, czym potwierdził brak podstawy do wykluczenia Odwołującego z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. To zaś mogło skutkować uznaniem przez Zamawiającego, że Odwołujący nie podlega wykluczeniu z Postępowania, a w konsekwencji dokonaniem wyboru jego oferty jako oferty najkorzystniejszej. Tym samym mogło to mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu.

W związku z przedstawioną w odwołaniu argumentacją w zakresie koniecznością brania pod uwagę pod uwagę zasady proporcjonalności przy dokonywaniu czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy wskazać, że nawet gdyby przyjąć, że wynikający z art. 16 pkt 3 Pzp obowiązek prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób proporcjonalny dotyczy czynności wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp (pomimo treści art. 109 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym „w przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 1-5 lub 7, zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, jeżeli wykluczenie

byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne, w szczególności gdy kwota zaległych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne jest niewielka albo sytuacja ekonomiczna lub finansowa wykonawcy, o którym mowa w ust. 1 pkt 4, jest wystarczająca do wykonania zamówienia” – z którego wynika, że w przypadku określonym w art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp zamawiający nie jest uprawniony do niewykluczania wykonawcy nawet gdyby wykluczenie było „oczywiście nieproporcjonalne”), to w odwołaniu nie wskazano okoliczności faktycznych i prawnych, które miałyby uzasadniać uznanie, iż pomimo że Odwołujący podlega wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, jego wykluczenie jest nieproporcjonalne, ograniczając się do wskazywania, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Z art. 555 Pzp, zgodnie z którym „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu”, biorąc pod uwagę, że „zarzut tworzą okoliczności faktyczne i prawne wskazujące na naruszenie przepisów ustawy w związku z dokonaną czynnością lub zaniechaniem czynności, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy” (tak w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lutego 2022 r., wydanego w postępowaniu o sygn. KIO 124/22), wynika, iż wydając wyrok, Izba orzeka w granicach przedstawionych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych, wskazujących na naruszenie w związku z tą czynnością przepisów Pzp, których naruszenie zarzucono w odwołaniu.

Wobec powyższego nie było możliwe uznanie, że wykluczenie Odwołującego z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp było nieproporcjonalne i naruszało art. 16 pkt 3 Pzp/

Okoliczności faktyczne i prawne przedstawione w odwołaniu nie uzasadniały więc stwierdzenia, iż Zamawiający błędnie uznał, iż Odwołujący 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, podając w JEDZ złożonym w Postępowaniu odpowiedź „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?” w stanie faktycznym opisanym w ww. zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania opublikowanym 16 stycznia 2025 r., i niezgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie tego przepisu.

W tym stanie rzeczy brak więc było podstaw do stwierdzenia, że Odwołujący nie podlegał wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, a Zamawiający nie był zobowiązany odrzucić jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp., a więc iż odrzucając ofertę Odwołującego Zamawiający naruszył te przepisy.

W odwołaniu nie wskazano przy tym, na czym polegało naruszenie przez Zamawiającego art. 16 pkt 1 i 2 oraz art. 17 ust. 1 Pzp w odniesieniu do czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Izba nie miała zatem jakichkolwiek podstaw do stwierdzenia naruszenia tych przepisów.

Konsekwencją uznania za nieuzasadniony zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w związku z art. 109 ust. 1 pkt 10 oraz art. 16 i art. 17 ust. 1 Pzp było uznanie za nieuzasadniony zarzutu naruszenia art. 255 pkt 3 Pzp.

Zgodnie z tym przepisem „Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty”.

W sytuacji, gdy Izba nie stwierdziła, aby oferta Odwołującego została odrzucona z naruszeniem przepisów Pzp, cena tej oferty nie mogła być brana pod uwagę przy określeniu, czy zachodzą określone w ww. przepisie przesłanki unieważnienia Postępowania. Brak więc było podstaw do uznania, że czynność unieważnienia Postępowania została dokonana z naruszeniem tego przepisu, ze względu na to, że cena tej oferty nie przewyższa kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W tym stanie rzeczy odwołanie należało oddalić w całości.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła w punkcie 2. wyroku na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 1 pkt 2, § 5 pkt 1 i 2 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

Zgodnie z art. 557 Pzp „w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego”. Art. 575 Pzp stanowi, że „strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku”. W § 2 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia określono, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na usługi o wartości przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp, wynosi 15.000 złotych. Stosownie do § 5 pkt 1 i 2 ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz „uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, (...) w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt

sprawy, obejmujące: a) koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę, b) wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych, (...) d) inne uzasadnione wydatki, w tym koszty przeprowadzenia innych dowodów w postępowaniu odwoławczym niż dowód z opinii biegłego, dopuszczonych przez Izbę na wnioski strony lub uczestnika postępowania odwoławczego”. Zgodnie z § 8 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia „W przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego (...)”.

Zgodnie z § 5 pkt 1 ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zaliczono wpis w wysokości uiszczony przez Odwołującego, tj. 15.000 złotych.

Odwołujący na rozprawie był reprezentowany przez pełnomocnika. Jak wynika ze złożonych do akt sprawy spisu kosztów i faktur, koszty postępowania odwoławczego Odwołującego obejmują wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 4.428 złotych, „koszty podróży pełnomocnika na posiedzenie i rozprawę” w wysokości 851 złotych, „koszty noclegu i parkingu pełnomocnika” w wysokości 495,10 złotych oraz wydatek na opłatę skarbową od pełnomocnictwa w wysokości 17 złotych.

Zgodnie z § 5 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia, do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego wynagrodzenie i wydatki pełnomocnika mogą być zaliczone wyłącznie do kwoty 3.600 złotych. W konsekwencji wobec wysokości wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego, przekraczającej 3.600 złotych, do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego wynagrodzenie pełnomocnika go reprezentującego mogło być zaliczone w kwocie 3.600 złotych, a koszty postępowania odwoławczego Odwołującego nie mogły obejmować dodatkowo ww. „kosztów podróży pełnomocnika na posiedzenie i rozprawę” oraz „kosztów noclegu i parkingu pełnomocnika”.

Brak było podstaw do zaliczenia ww. „kosztów podróży pełnomocnika na posiedzenie i rozprawę” oraz „kosztów noclegu i parkingu pełnomocnika” do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego, o których mowa w § 5 pkt 2 lit. a ww. rozporządzenia. W świetle treści § 5 pkt 2 lit. a i b ww. rozporządzenia należy uznać, że „koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę”, o których mowa w § 5 pkt 2 lit. a ww. rozporządzenia to „koszty związane z dojazdem” samej strony bądź uczestnika postępowania odwoławczego, które zalicza się do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego tejże strony bądź uczestnika, jeżeli na wyznaczonym posiedzeniu lub rozprawie stawi się sama strona bądź uczestnik postępowania odwoławczego, zaś „koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę” pełnomocnika strony bądź uczestnika postępowania odwoławczego zaliczyć należy do „wydatków pełnomocnika”, o których mowa w § 5 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia.

W zakresie ww. „kosztów podróży pełnomocnika na posiedzenie i rozprawę” należy ponadto stwierdzić, że jak wynika z treści ww. spisu kosztów, wysokość kosztów dojazdu pełnomocnika Odwołującego została obliczona jako iloczyn liczby 370 kilometrów, stanowiących odległość od Wrocławia do siedziby Urzędu Zamówień Publicznych, pomnożonej przez 2, oraz stawki 1,15 zł za 1 kilometr, określonej w § 2 pkt 1 lit. b rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 25 marca 2002 r. w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy.

Brak jest podstaw do przyjęcia, że koszty dojazdu pełnomocnika Odwołującego na rozprawę powinny być rozliczane ryczałtowo według stawki 1,15 zł za 1 przejechany kilometr, określonej w określonej w § 2 pkt 1 lit. b ww. rozporządzenia. Stawka ta jest maksymalną stawką, według której pracodawca pokrywa koszty używania przez pracownika w celach służbowych dojazd lokalnych samochodów osobowych o pojemności silnika powyżej 900 cm<sup>3</sup> niebędących własnością pracodawcy. Brak jest zaś uzasadnienia dla uznania, że pełnomocnik Odwołującego jest pracownikiem, któremu pracodawca pokrywa koszty używania samochodu osobowego niebędącego własnością pracodawcy ani iż ww. stawka znajduje zastosowanie do kosztów używania samochodu osobowego przez pełnomocnika Odwołującego dojazd innych niż jazdy lokalne, jakimi niewątpliwie są przejazdy na trasie Wrocław - siedziba Urzędu Zamówień Publicznych czy z powrotem.

Nie sposób ponadto uznać ww. „kosztów noclegu i parkingu pełnomocnika” za uzasadniony koszt Odwołującego jako „kosztu związanego z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę”, w przypadku, gdy nie ma podstaw do wniosku, że wzięcie przez pełnomocnika Odwołującego udziału w wyznaczonym posiedzeniu i rozprawie nie byłoby racjonalnie możliwe bez poniesienia kosztu noclegu, a więc że jego poniesienie było uzasadnione, co wyklucza uznanie tego kosztu za uzasadniony koszt postępowania odwoławczego w rozumieniu § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

Zgodnie więc z § 5 pkt 2 lit. B ww. rozporządzenia do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego zaliczono wynagrodzenie pełnomocnika go reprezentującego w wysokości 3.600 złotych oraz wydatek na opłatę skarbową od złożenia jednego pełnomocnictwa w kwocie 17 złotych.

Zważywszy, że odwołanie zostało oddalone, stosownie do § 8 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia Izba obciążyła Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:.....