

Sygn. akt: KIO 2497/25

**WYROK**  
z dnia 25 lipca 2025 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodnicząca: Justyna Tomkowska**

**Protokolant: Oskar Oksiński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 lipca 2025 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **18 czerwca 2025 roku** przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Jarocinie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gajówce** (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Wielkopolskie Centrum Recyklingu Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Witaszyczkach**

przy udziale **Przystępującego** zgłaszającego przystąpienie **po stronie Zamawiającego: wykonawcy EKO – DBAJ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Cielczy**

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego - Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w Jarocinie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gajówce** w następujący sposób:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) poniesioną przez **Odwołującego** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, oraz kwotę **3 772 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy siedmuset siedemdziesięciu dwóch złotych zero groszy) poniesioną przez **Zamawiającego** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów dojazdu i opłaty skarbowej;

2.2. zasądza od **Odwołującego - Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w Jarocinie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gajówce** na rzecz **Zamawiającego -- Wielkopolskiego Centrum Recyklingu Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Witaszyczkach** kwotę **3 772 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy siedmuset siedemdziesięciu złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów dojazdu i opłaty skarbowej.

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

**Przewodnicząca:**

.....

**KIO 2497/25**

**UZASADNIENIE**

Zamawiający: Wielkopolskie Centrum Recyklingu Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Witaszyczkach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji o wartości zamówienia poniżej progów unijnych na „*Prowadzenie eksploatacji podczyszczalni ścieków*”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych dnia 28 marca 2025 roku pod numerem sprawy 2025/BZP 00167953/01.

Dnia 18 czerwca 2025 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 505 ust. 1 i art. 513 ustawy Pzp odwołanie złożyli wykonawcy Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Jarocinie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gajówce, dalej jako „Odwołujący”.

Odwołujący powziął wiadomość o czynnościach i zaniechaniach Zamawiającego dnia 13 czerwca 2025 r., kiedy poinformowany został o wyborze oferty najkorzystniejszej. Termin na złożenie odwołania został zachowany. Odwołujący uiścił wpis od odwołania w kwocie stosownej na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

Odwołanie złożono na czynności i zaniechania Zamawiającego polegających na:

1. wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę EKO – DBAJ

Sp. z o.o. z siedzibą w Cielczy (dalej jako: „EKO – DBAJ”);

2. zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy EKO – DBAJ a w konsekwencji również zaniechania odrzucenia jego oferty – pomimo zaistnienia przesłanek do jego wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 228 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp – poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy EKO – DBAJ, a w konsekwencji – zaniechanie odrzucenia jego oferty, pomimo iż wykonawca ten wielokrotnie dopuszczał się niewykonywania oraz nienależytego wykonywania, w tym w sposób długotrwały, istotnych zobowiązań wynikających z umowy w sprawie zamówienia publicznego, czego skutkiem było obciążenie EKO - DBAJ karami umownymi o charakterze odszkodowawczym, naliczonymi przez Odwołującego. Zachowanie wykonawcy miało charakter zawiniony w rozumieniu;

2.art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z przepisem art. 266 Pzp – poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy EKO – DBAJ Sp. z o.o., pomimo że wykonawca ten podlegał wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, a jego oferta – odrzuceniu;

3.art. 128 ust. 1–5 Pzp – poprzez nierzetelną ocenę wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w trybie art. 128 ust. 1 Pzp oraz zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień uzupełniających, mimo że – jak wynika z decyzji Zamawiającego – złożone wyjaśnienia nie zostały uznane za wystarczające;

4.art. 16 pkt 1–3 Pzp oraz art. 17 ust. 1 pkt 1 Pzp – poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności, a także w sposób, który nie zapewnia wyboru oferty przedstawiającej najlepszą jakość usług, uzasadnioną charakterem zamówienia.

Odwołujący wnosil o przeprowadzenie dowodów z dokumentów:

1.umowy nr 3/12/DZ/2023 z dnia 29 grudnia 2023 roku oraz umowy 4/12/DZ/2023 z dnia 29 grudnia 2023 roku w Cielczy – celem wykazania istnienia stosunków prawnych łączących Odwołującego z wykonawcą EKO – DBAJ, ustalenia treści oraz charakteru tego stosunku prawnego, w tym odszkodowawczego charakteru kar umownych przewidzianych w umowie;

2.wezwań oraz monitów Odwołującego do EKO – DBAJ do wykonywania przedmiotu umowy w sposób należyty nr 4/12/DZ/2023 z dnia 29 grudnia 2023 roku w Cielczy w sposób należyty 365/ZT/2024, 380/ZT/2024, 1423/TE/2024, 2403/ZT/2024, 160/TE/2025, 210/ZT/2025, 242/ZT/2025, 244/ZT/2025, 257/ZT/2025, 544/TE/2025, 601/ZT/2025, 938/TE/2025, 978/TE/2025, 979/TE/2025, 1098/ZT/2025, 1100/ZT/2025 – celem wykazania niewykonywania oraz nienależytego wykonywania istotnych zobowiązań wynikających

z umowy przez EKO – DBAJ, obciążenia EKO – DBAJ karami umownymi przez Odwołującego się, odszkodowawczego charakteru kar umownych;

3.not obciążeniowych Nota księgową nr 1/2025, Nota księgową nr 2/2025, Nota księgową nr 3/2025, Nota księgową nr 4/2025, Nota księgową nr 5/2025, Nota księgową nr 6/2025, Nota księgową nr 8/2025, Nota księgową nr 9/2025, Nota księgową nr 10/2025, Nota księgową nr 11/2025, Nota księgową nr 13/2025, Nota księgową nr 14/2025, Nota księgową nr 15/2025, Nota księgową nr 17/2025, Nota księgową nr 18/2025, Nota księgową nr 19/2025, Nota księgową nr 20/2025, Nota księgową nr 21/2025, Nota księgową nr 22/2025 – celem wykazania obciążenia wykonawcy karami umownymi, a także ustalenia ich wysokości oraz charakteru odszkodowawczego;

4.pisma z dnia 12 maja 2025 roku, pisma odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 26 maja 2025 roku – celem poinformowania Zamawiającego o naruszeniach, jakich dopuścił się wykonawca EKO – DBAJ, złożenia dodatkowych wyjaśnień przez Odwołującego oraz przedłożenia materiału dowodowego, który został przez Zamawiającego pominięty;

5.zawiadomienia o wszczęciu śledztwa w sprawie z art. 296 § 1 kk w zw. z art. 305 § 2 k.k. a także w sprawie z art. 296 § 1 k.k. przeciwko ówczesnemu Prezesowi Zarządu Spółki Odwołującego – celem wykazania prowadzenia śledztwa przeciwko byłym władzom spółki Odwołującego oraz jego przedmiotu.

Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2.wykluczenie wykonawcy EKO – DBAJ z udziału w postępowaniu, a w konsekwencji – odrzucenia jego oferty;

3.dokonania ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, z pominięciem oferty wykonawcy wykluczonego.

Odwołujący oświadczył, że posiada interes faktyczny i prawny w wniesieniu odwołania. Odwołujący złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu, która – zgodnie z informacjami przekazanymi przez Zamawiającego – została sklasyfikowana na drugim miejscu.

W przypadku uwzględnienia odwołania oraz wykluczenia wykonawcy EKO – DBAJ, oferta Odwołującego zostanie wybrana jako najkorzystniejsza.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania podniesiono, że Zamawiający w dniu 28 marca 2025 roku zamieścił ogłoszenie o zamówieniu dotyczącym usługi polegającej na prowadzeniu eksploatacji podczyszczalni ścieków.

W postępowaniu oferty złożyli: Odwołujący oraz EKO – DBAJ, a także C.T. prowadzący działalność gospodarczą CHEM TOP C.T. – którego oferta została finalnie z postępowania odrzucona.

Odwołującego oraz EKO – DBAJ łączą umowa nr 3/12/DZ/2023 oraz 4/12/DZ/2023 z dnia 29 grudnia 2023 roku, zawarta w Cielczy (dalej: „Umowa”). Przedmiotem Umowy jest obsługa i utrzymanie ciągu technologicznego Zakładu Odzysku Surowców w Cielczy (oczyszczalni ścieków), obejmującego m.in. utrzymanie porządku. Zakład składa się z trzech części: ściekowej, fosforowej oraz osadowej.

W toku realizacji Umowy EKO – DBAJ nie wykonał szeregu zobowiązań, w szczególności dopuszczając się następujących naruszeń:

a) niewłaściwego zarządzania procesem oczyszczania ścieków i gospodarką osadową, w tym niedostatecznego i nieefektywnego działania w zakresie optymalizacji procesów oraz niewykorzystania potencjału energetycznego możliwego do uzyskania

z osadów. Brak prawidłowej eksploatacji odsiarczalnika doprowadził do zatrzymania pracy kogeneracji, co skutkowało stratami w postaci braku produkcji energii elektrycznej;

b) licznych zaniedbań w zakresie konserwacji i utrzymania urządzeń oczyszczalni, skutkujących częstymi awariami oraz zakłóceniami w jej prawidłowym funkcjonowaniu, co przełożyło się negatywnie na ogólną efektywność zakładu. Przykładowo:

- w przypadku sprężarki (obiekt 58/1) doszło do utraty gwarancji oraz odmowy naprawy przez producenta, w związku z ingerencją mechaniczną w urządzenie oraz zaniechaniem regularnych czynności serwisowych;

- w przypadku przekładni systemu pras śrubowych, doszło do jej uszkodzenia w wyniku działania strumienia wody pod wysokim ciśnieniem.

Wykonawca nie realizował również pomiarów wynikających z DTR biofiltra, jak również nie prowadził wymaganych badań biogazu zasilającego kogeneratory – co ma istotne znaczenie dla utrzymania gwarancji producenta.

c) niewłaściwego zarządzania zbiornikiem retencyjnym – polegającego na braku zapewnienia stałego nadzoru oraz niezrealizowaniu zaleceń Zamawiającego dotyczących jego obsługi w okresie jesienno-zimowym;

d) braku należytej dbałości o przestrzeganie norm środowiskowych

i technologicznych, w szczególności w zakresie wykorzystywania wody technologicznej do obsługi procesów w obiektach oczyszczalni, co było wynikiem niewłaściwego zarządzania procesem oczyszczania;

e) braku troski o efektywność kosztową, w tym niewykonaniu założeń ekonomicznych Zamawiającego, wadliwego zarządzania kosztami związanymi z eksploatacją oczyszczalni (w szczególności w zakresie przeróbki osadów i procesów technologicznych),

a także powstania znacznych kosztów operacyjnych wynikających z nieprawidłowej organizacji pracy, braku optymalizacji oraz niedbałości o oszczędności;

f) niewystarczającej, spóźnionej i nieadekwatnej reakcji na zgłaszane przez Zamawiającego problemy, która skutkowałą koniecznością podejmowania przez Zamawiającego osobistych interwencji – mimo że obowiązki w tym zakresie obciążały wykonawcę.

Odwołujący podkreślił, że wszystkie powyższe obowiązki miały charakter istotny, a ich nienależyte wykonanie doprowadziło do powstania szkody po stronie Odwołującego. Naruszenia te miały również wpływ na funkcjonowanie przedsiębiorstwa Odwołującego jako Zamawiającego oraz na szeroko pojęty interes publiczny.

Z uwagi na powyższe, Odwołujący obciążył EKO – DBAJ następującymi karami umownymi:

a) na podstawie § 6 ust. 1 pkt 3 Umowy – za brak realizacji zaleceń wynikających z dokumentacji techniczno-ruchowej odsiarczalni Suffix typ SFA przez okres 326 dni – karą umowną w wysokości 163.000,00 zł, o czym poinformowano w piśmie z dnia 19 lutego 2025 roku, nr 365/ZT/2024; nota księgową nr 1/2025;

b) na podstawie § 6 ust. 1 pkt 2 Umowy – za zwłokę w przekazaniu harmonogramu uwzględniającego uwagi Zamawiającego przez okres 29 dni – karą umowną w wysokości 29.000,00 zł, o czym poinformowano w piśmie z dnia 20 lutego 2025 roku, nr 367/ZT/2025; nota księgową nr 2/2025;

c) na podstawie § 6 ust. 1 pkt 3 Umowy – za uchybienie terminowi ustalёнemu

w harmonogramie w odniesieniu do wykonania prac kontrolnych mierzenia zawartości H<sub>2</sub>S na dolocie i nad złożem, zawartości NH<sub>3</sub> na dolocie i nad złożem, przepływu objętościowego, pH wody w komorze zraszania, temp. gazów dolotowych, poboru prądu przez wentylator, ciśnienia wody w przyłączy i w układzie obiegowym, straty na U-rurce przez okres 181 dni – karą umowną w wysokości 181.500,00 zł, o czym poinformowano w piśmie z dnia 31 marca 2025 roku, nr 652/ZF/2025; nota księgową nr 3/2025;

d) na podstawie § 6 ust. 1 pkt 3 Umowy – za uchybienie terminowi przeglądu technicznego/gwarancyjnego silosu osadu odwodnionego przez okres 363 dni – karą umowną w wysokości 181.500,00 zł, o czym poinformowano w piśmie z dnia 31 marca 2025 roku, nr 653/ZF/2025; nota księgową nr 4/2025;

e) na podstawie § 6 ust. 1 pkt 3 Umowy – za uchybienie terminowi w odniesieniu do wymiany czujnika UV w pochodni biogazu przez okres 335 dni – karą umowną w wysokości 167.000,00 zł, o czym poinformowano w piśmie z dnia 31 marca 2025 roku, nr 654/ZF/2025; nota księgową nr 5/2025;

f)na podstawie § 6 ust. 1 pkt 3 Umowy – za uchybienie terminowi w odniesieniu do wymiany elektrod w pochodni biogazu przez okres 335 dni – karą umowną w wysokości 167.000,00 zł, o czym poinformowano w piśmie z dnia 31 marca 2025 roku, nr 655/ZF/2025; nota księgową nr 6/2025;

g)na podstawie § 6 ust. 1 pkt 3 Umowy – za uchybienie terminowi w odniesieniu do sprawdzenia stanu łożysk oraz dokonania smarowania krąt ręcznych i mechanicznych przez okres 90 dni – karą umowną w wysokości 45.000,00 zł, o czym poinformowano w piśmie z dnia 31 marca 2025 roku, nr 657/ZF/2025; nota księgową nr 8/2025;

h)na podstawie § 6 ust. 1 pkt 3 Umowy – za uchybienie terminowi w odniesieniu do czyszczenia, dokręcenia poluzowanych nakrętek, sprawdzenia zawartości oleju, smarowania łożysk w przenośniku ślimakowym przez okres 59 dni – karą umowną

w wysokości 29.500,00 zł, o czym poinformowano w piśmie z dnia 31 marca 2025 roku,

nr 658/ZF/2025; nota księgową nr 9/2025;

i)na podstawie § 6 ust. 1 pkt 3 Umowy – za uchybienie terminowi w odniesieniu do czyszczenia filtra wlotowego powietrza, wszystkich elementów zewnętrznych silnika

i pompy kompresora przez okres 59 dni – karą umowną w wysokości 29.500,00 zł, o czym poinformowano w piśmie z dnia 31 marca 2025 roku, nr 659/ZF/2025; nota księgową

nr 10/2025;

j)na podstawie § 6 ust. 1 pkt 3 Umowy – za uchybienie terminowi w odniesieniu do przeprowadzenia kontroli złącz śrubowych i połączeń sworzniowych (łożysk kół, motoreduktora, napędów zgrzebeł, łączenie segmentów oraz elementów mocowania zgrzebeł do ramy), usunięcia zauważonych luzów, sprawdzenia stanu gumowej listwy szczotki czyszczącej bieżnię i dokonania niezbędnej regulacji położenia, sprawdzenia stanu kabli i ich połączeń, przeprowadzenia smarowania łożysk kół jezdnych, skontrolowania i ewentualnego dokręcenia śrub mocujących koła jezdne, usunięcia zauważonych usterek, w razie potrzeby oczyszczenia i przesmarowania gwintów śrub regulacyjnych zgrzebeł, czyszczenia gwintów, sprawdzenia poziomu oleju w motoreduktorze i w razie potrzeby uzupełnienia przez okres 59 dni – karą umowną w wysokości 29.500,00 zł, o czym poinformowano w piśmie z dnia 31 marca 2025 roku, nr 660/ZF/2025; nota księgową nr 11/2025;

k)na podstawie § 6 ust. 1 pkt 3 Umowy – za uchybienie terminowi w odniesieniu do czyszczenia lub wymiany filtra wlotowego przez okres 59 dni – karą umowną w wysokości 29.500,00 zł, o czym poinformowano w piśmie z dnia 31 marca 2025 roku, nr 662/ZF/2025; nota księgową nr 13/2025;

l)na podstawie § 6 ust. 1 pkt 3 Umowy – za uchybienie terminowi w odniesieniu do smarowania łożysk kulkowych w osi obrotu zgarniacza przez okres 121 dni – karą umowną w wysokości 60.500,00 zł, o czym poinformowano w piśmie z dnia 31 marca 2025 roku,

nr 663/ZF/2025; nota księgową nr 14/2025;

m)na podstawie § 6 ust. 1 pkt 3 Umowy – za uchybienie terminowi w odniesieniu do sprawdzenia połączeń elektrycznych w szafie sterującej przez okres 121 dni – karą umowną w wysokości 60.500,00 zł, o czym poinformowano w piśmie z dnia 31 marca 2025 roku, nr 664/ZF/2025; nota księgową nr 15/2025;

n)na podstawie § 6 ust. 1 pkt 3 Umowy 3/12/DZ/2023 – za uchybienie terminowi w odniesieniu do wyczyszczenia specjalistycznym samochodem odcinka kanalizacji deszczowej o długości 5,4 km przez okres 10 dni – karą umowną w wysokości 5.000,00 zł,

o czym poinformowano w piśmie z dnia 8 kwietnia 2025 roku, nr 714/ZF/2025; nota księgową nr 17/2025;

o)na podstawie § 6 ust. 1 pkt 3 Umowy 3/12/DZ/2023 – za uchybienie terminowi w odniesieniu do wyczyszczenia specjalistycznym samochodem odcinka kanalizacji deszczowej o długości 5,4 km przez okres 32 dni – karą umowną w wysokości 16.000,00 zł,

o czym poinformowano w piśmie z dnia 8 kwietnia 2025 roku, nr 715/ZF/2025; nota księgową nr 18/2025;

p)na podstawie § 6 ust. 1 pkt 10 Umowy 3/12/DZ/2023 – za nienależyte wykonanie umowy polegające na niewykonaniu pomiarów elektrycznych pomimo ponownego wezwania – karą umowną w wysokości 1.000,00 zł, o czym poinformowano w piśmie z dnia

8 kwietnia 2025 roku, nr 716/ZF/2025; nota księgową nr 19/2025;

q)na podstawie § 6 ust. 1 pkt 3 Umowy 3/12/DZ/2023 – za uchybienie terminowi w odniesieniu do wyczyszczenia wskazanego odcinka sieci kanalizacyjnej– przez okres 30 dni karą umowną w wysokości 15.000,00 zł, o czym poinformowano w piśmie z dnia 8 kwietnia 2025 roku, nr 717/ZF/2025; nota księgową nr 20/2025;

r)na podstawie § 6 ust. 1 pkt 3 Umowy 3/12/DZ/2023 – za uchybienie terminowi w odniesieniu do wyczyszczenia wskazanego odcinka sieci kanalizacyjnej – przez okres 11 dni karą umowną w wysokości 5.500,00 zł, o czym poinformowano w piśmie z dnia 8 kwietnia 2025 roku, nr 718/ZF/2025; nota księgową nr 21/2025.

Ponadto Odwołujący poniósł istotną szkodę na skutek zaniedbań EKO – DBAJ w zakresie konserwacji i eksploatacji urządzeń zgodnie z dokumentacją techniczno–ruchową. W szczególności

doprowadzono do wyłączenia z użytkowania odsiarczalnika w okresie od

3 do 28 stycznia 2025 roku. W konsekwencji Odwołujący został zmuszony do zakupu energii elektrycznej, która w normalnym trybie pracy instalacji byłaby wytwarzana przez kogeneratory – jak miało to miejsce w poprzednich miesiącach.

Na podstawie wyliczeń Odwołującego szkoda poniesiona z tego tytułu wynosi 63.611,60 zł i odpowiada wartości utraconej produkcji energii elektrycznej. Pismem z dnia 21 lutego 2025 roku, nr 380/ZT/2024, nota księgową nr 22/2025 na podstawie § 1 ust. 10 Umowy, Odwołujący obciążył EKO – DBAJ powyższą kwotą tytułem odszkodowania.

Niestety, wszelkie informacje przekazane przez Odwołującego, jak również złożone przez niego dodatkowe wyjaśnienia oraz przedstawione dowody, nie zostały przez Zamawiającego w żaden sposób uwzględnione ani zweryfikowane. Zamawiający ograniczył się jedynie do formalnego przyjęcia stanowiska wykonawcy EKO – DBAJ, nie dokonując rzeczywistej, merytorycznej oceny przesłanek wykluczenia – mimo że okoliczności świadczące o rażących uchybieniach wykonawcy były w pełni udokumentowane oraz wiadome Zamawiającemu jeszcze przed wyborem oferty.

Pomimo powyższego, w dniu 13 czerwca 2025 roku oferta EKO – DBAJ – mimo istnienia ewidentnych i obiektywnie potwierdzonych podstaw do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp – została uznana za najkorzystniejszą.

Taka decyzja budzi uzasadniony sprzeciw Odwołującego. Wybierając ofertę złożoną przez EKO – DBAJ, Zamawiający dopuścił się zaniechania zastosowania przepisów ustawy, które mają na celu ochronę interesu publicznego, równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. Zamawiający zignorował swoją powinność dokonania samodzielnej, rzetelnej oceny zachowania wykonawcy w toku realizacji innej umowy w sprawie zamówienia publicznego, mimo że dysponował obszernym materiałem dowodowym wskazującym na istnienie przesłanek wykluczenia.

Aby Zamawiający mógł wykluczyć wykonawcę na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, muszą zostać spełnione następujące przesłanki:

- wykonawca musi nie wykonać lub długotrwale nie wykonywać istotnego zobowiązania;
- zobowiązanie to musi wynikać z umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesyjnej;
- następstwem niewykonania lub nienależytego wykonania tej umowy musi być jej wypowiedzenie, odstąpienie od niej, naliczenie odszkodowania, wykonanie zastępcze lub skorzystanie z rękojmi za wady;
- działanie wykonawcy musi być zawinione.

W ocenie Odwołującego wszystkie powyższe przesłanki zostały spełnione w sposób jednoznaczny. EKO – DBAJ w sposób długotrwały i powtarzalny uchybiał realizacji zobowiązań wynikających z umowy nr 3/12/DZ/2023 oraz umowy 4/12/DZ/2023, dotyczącej eksploatacji oczyszczalni ścieków – zawartej w trybie ustawy Pzp.

Uchybienia te dotyczyły obowiązków o charakterze zasadniczym – istotnych zarówno z perspektywy zapewnienia ciągłości działania infrastruktury technicznej, jak i realizacji interesu Zamawiającego jako podmiotu publicznego. Nie były to uchybienia incydentalne ani nieistotne – miały charakter poważny, systemowy i naruszały elementarne wymogi należytej staranności w wykonywaniu usług.

Skutkiem niewywiązywania się z zobowiązań umownych było obciążenie wykonawcy karami umownymi o funkcji kompensacyjnej o znacznej ilości oraz wysokości. Zarówno treść umowy, jak i sposób sformułowania zapisów dotyczących kar, jednoznacznie wskazują,

że miały one funkcję odszkodowawczą – ich celem była rekompensata za realnie poniesione straty. To właśnie tego rodzaju kara – tj. kara umowna o charakterze odszkodowawczym – może stanowić przesłankę zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Zwrócić należy uwagę,

że każdorazowo Odwołujący się, w pisemnym upomnieniu jak i w monitach przesyłanych razem z notami obciążeniowymi, wskazywał jednoznacznie jaką szkodę poniósł (wskazywał jej zakres), nawet jeżeli w aktualnym momencie nie potrafił jej wykluczyć.

W sprawie spełniony został zatem zarówno warunek formalny (naliczenie kary), jak i materialny (istnienie szkody). Odszkodowawcza funkcja kary potwierdzona została nie tylko konstrukcją umowy, lecz również szeregiem informacji, które zostały przekazane przez Odwołującego się Zamawiającemu.

Obok kar umownych Odwołujący obciążył również EKO - DBAJ kwotą odpowiadającą powstałej szkodzie po stronie Odwołującego, w tym w szczególności kosztów zakupu energii elektrycznej, która – w prawidłowo funkcjonującym systemie – powinna być produkowana na miejscu z wykorzystaniem instalacji kogeneracyjnej. Kary umowne zostały naliczone

w związku z naruszeniami świadczeń niepieniężnych, których realizacja miała bezpośredni wpływ na techniczne i energetyczne funkcjonowanie oczyszczalni.

Z ostrożności Odwołujący zaznaczył, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, fakt, że wykonawca podważa swoją odpowiedzialność lub nie uznaje zasadności nałożonych kar, nie może skutkować

automatycznym pominięciem przesłanek wykluczenia. Ustawa nie uzależnia możliwości wykluczenia od istnienia prawomocnego orzeczenia sądu ani od tego, czy wykonawca zgadza się z oceną swojego postępowania. Zamawiający, dysponując dokumentacją potwierdzającą istnienie przesłanek określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, zobowiązany jest do ich samodzielnej i obiektywnej oceny. Obowiązek ten wynika z roli Zamawiającego jako podmiotu wydatkującego środki publiczne – nie może on biernie tolerować udziału w postępowaniu wykonawcy, którego zachowanie nosi cechy rażącej nierzetelności i nielojalności wobec uprzednio zawartej umowy publicznej.

Zachowanie EKO – DBAJ należy przy tym ocenić jako zawinione – w rozumieniu przyjętym na gruncie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Wykonawca miał pełną świadomość konsekwencji wynikających z niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Był wielokrotnie wzywany do podjęcia działań naprawczych, otrzymywał szczegółowe monity i przypomnienia. Pomimo tego, nie zmienił sposobu działania, co świadczy o rażącym braku należytej staranności. Nieprzypadkowość i powtarzalność tych uchybień wskazuje na to, że wykonawca lekceważył swoje zobowiązania i nie podejmował realnych prób ich poprawy –

a to wprost wpisuje się w przesłankę zawinienia, o której mowa w ustawie.

Reasumując, EKO – DBAJ spełnił w sposób oczywisty wszystkie warunki wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Obowiązkiem Zamawiającego – wynikającym z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp – było dokonanie oceny tych przesłanek oraz wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu. Zaniechanie tej czynności nie znajduje uzasadnienia w żadnych okolicznościach faktycznych lub prawnych i stanowi istotne naruszenie przepisów ustawy.

Zamawiający zignorował przekazane przez Odwołującego obszernie wyjaśnienia i materiał dowodowy – obejmujące m.in. noty obciążeniowe, wezwania, dokumentację wewnętrzną, wyjaśnienia operacyjne – które jednoznacznie potwierdzały spełnienie przesłanek wykluczenia wykonawcy. Zamawiający nie uwzględnił w żaden sposób, wielości naruszeń oraz kwoty łącznej kar umownych. Pominięcie tych informacji naruszyło zasady przejrzystości i proporcjonalności, prowadząc do uprzywilejowania wykonawcy, który w innym postępowaniu rażąco nienależycie wykonywał podobne zobowiązania. Efektem tego była decyzja o wyborze oferty złożonej przez wykonawcę, który nie tylko nie dawał gwarancji należytego wykonania zamówienia, ale którego wcześniejsze działania pozostawały w sprzeczności z celem postępowania, o którym mowa w art. 17 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Dodatkowo, wyjaśnienia Odwołującego zostały złożone na skutek wezwania w trybie art. 128 ust. 1 Pzp. Mimo ich szczegółowego charakteru i oparcia na konkretnych, możliwych do weryfikacji danych, Zamawiający nie tylko ich nie uwzględnił, ale nie wskazał również, które ich elementy uznaje za niewiarygodne, niekompletne lub niewystarczające. Tymczasem, mając wątpliwości co do ich treści, powinien – zgodnie z art. 128 ust. 5 Pzp – wystąpić z kolejnym wezwaniem do złożenia dodatkowych wyjaśnień. Zaniechanie tej czynności świadczy o naruszeniu nie tylko przepisów proceduralnych, ale również zasad dobrej administracji oraz rzetelnego prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Takie działanie – polegające na zignorowaniu materiału przedstawionego przez wykonawcę i niewykorzystaniu mechanizmów wyjaśniających przewidzianych w ustawie – prowadziło do wadliwej czynności wyboru oferty. Wybór ten został dokonany z naruszeniem art. 128 ust. 1–5 Pzp oraz fundamentalnych zasad określonych w art. 16 i art. 17 ust. 1 pkt 1 Pzp. W konsekwencji, oferta złożona przez wykonawcę, który nie powinien być dopuszczony do udziału w postępowaniu, została niezasadnie uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący wskazał również, że aktualnie toczy się postępowanie przygotowawcze w formie śledztwa, przeciwko byłemu prezesowi zarządu spółki Odwołującego, o przestępstwa określone w art. 296 oraz art. 305 Kodeksu karnego. W przedmiotowej sprawie istnieje podejrzenie niegospodarności, wpływania na przebieg przetargów publicznych czy też uczestniczenie w zмовie przetargowej. Sytuacja ta mogła doprowadzić do zawarcia umów

i kształtować zobowiązań Odwołującej się spółki w sposób naruszający jej interesy,

w szczególności poprzez doprowadzenie od zawarcia uzależnienia logistycznego

i funkcjonalnego spółki Odwołującego się od innych podmiotów. Przedmiotowe czyny sprawcze miały miejsce w okresie 2020 – 2024 roku, co pokrywa się z zawarciem umów 3/12/DZ/2023 oraz 4/12/DZ/2023 z dnia 29 grudnia 2023 roku.

Mając powyższe na uwadze, zdaniem Odwołującego przedmiotowe odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie

zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem, który złożył ofertę w postępowaniu i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Zaniechanie odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą godzi w interesy ekonomiczne Odwołującego i naraża go na szkodę w postaci niemożliwości uzyskania zamówienia, co prowadzić może do utraty zamówienia i możliwości osiągnięcia zysku z realizacji przedmiotu zamówienia.

Zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył wykonawca EKO – DBAJ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Cielczy. Izba potwierdziła skuteczność zgłoszenia przystąpienia i dopuściła wykonawcę jako Przystępującego. Przystępujący złożył pisemne stanowisko wraz z materiałem dowodowym, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości.

#### ZARZUT 1

Zamawiający, w dniu 13.05.2025 r. otrzymał od Odwołującego pismo, w którym informowano, że „EKO-DBAJ z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu nienależycie wykonał istotne zobowiązania wynikające z umowy w sprawie zamówienia publicznego zawartej w dniu 29.12.2023 r. o nr 4/12/DZ/2023 co doprowadziło do nałożenia na ten podmiot kar umownych jako formy odszkodowania.

W konsekwencji powyższego, Zamawiający wezwał Odwołującego oraz Przystępującego do złożenia wyjaśnień. Po przeanalizowaniu udzielonych wyjaśnień, Zamawiający podjął decyzję, iż nie zachodzą przesłanki do wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP.

Za Krajową Izbą Odwoławczą wskazać należy, że „*aby mogło dojść do wykluczenia wykonawcy z postępowania na wskazanej wyżej podstawie prawnej musi dojść do:*

1)*niewykonania lub nienależytego wykonania bądź długotrwałego nienależytego wykonywania obowiązków wynikających z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji,*

2)*musi ono dotyczyć znacznego zakresu umowy albo być naruszeniem znacznego stopnia,*

3)*przyczyna musi tkwić po stronie wykonawcy,*

4)*musi to doprowadzić do skutków w postaci wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. (...) Wskazać należy, iż obowiązkiem Zamawiającego jest wykazanie, że określone we wcześniejszej umowie zobowiązanie, którego Wykonawca nie wykonał lub wykonał nienależycie, było dla tej umowy istotne. Oznacza to, że Zamawiający musi wykazać, że Wykonawca albo nie wykonał umowy w ogóle albo wykonał ją nienależycie w stopniu znaczącym lub nienależyte wykonywanie miało charakter uporczywy, nawet jeśli niedociągnięcia nie były znaczące.”*

Aby zatem możliwe i konieczne było wykluczenie Przystępującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP, konieczne było łączne zaistnienie wszystkich wymienionych wyżej przesłanek. Tymczasem, w ocenie Zamawiającego sytuacja taka nie miała miejsca. Ponadto, przesłanki wynikające z art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP nie mogą być interpretowane dowolnie, z uwagi na sankcyjny charakter przepisu.

Zamawiający nie kwestionuje faktu, iż Odwołujący nałożył na Przystępującego kary umowne z tytułu realizacji umów z dnia 29.12.2023 r. nr 4/12/DZ/2023 i nr 3/12/DZ/2023, jednak sam fakt naliczenia kar umownych nie przesądza jeszcze o konieczności wykluczenia Przystępującego z postępowania. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 23.02.2023 r., kara umowna nie jest odszkodowaniem, a jedynie jego zamiennikiem, a przepisy o charakterze sankcji nie powinny być wykładane rozszerzająco: „*Z powyżej cytowanych zapisów dyrektywy, rozporządzenia jak i instrukcji do rozporządzenia wynika, że w przedmiotowej sprawie*

*w związku z zarzutem na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP ma zastosowanie lit. D. Inne podstawy wykluczenia, które mogą być przewidziane w przepisach krajowych państwa członkowskiego instytucji zamawiającej lub podmiotu zamawiającego i według dyspozycji pkt 7 art. 109 ust. 1 ustawy PZP i przewidzianych tam sankcji wymienionych wyczerpująco, wśród których nie ma kar umownych tylko odszkodowanie. Ustawodawca krajowy sprecyzował przesłanki odpowiedzialności do następujących sankcji: wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępcze lub do realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady, nie przy tym używając zwrotu "w szczególności", czy też zwrotu "bądź inne porównywalne sankcje". W toku postępowania odwoławczego wśród wymienionych sankcji, co potwierdził odwołujący, zastosowane były sankcje kar umownych za nieterminowe wykonanie. (...) Przy ocenie sankcji przewidzianych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP należy stosować na mocy art. 8 ust. 1 ustawy PZP, przepisy kodeksu cywilnego. (...) Tak więc zarówno kara umowna jak i odszkodowanie mają na celu pokrycie szkody z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania, które co do zasady nie zwalniają dłużnika z wykonania zobowiązania. Niemniej różne zasady i podstawy dochodzenia obowiązują przy odszkodowaniu i przy karze*

umownej, gdzie w pierwszym przypadku należy wykazać związek przyczynowo - skutkowy w działaniu lub zaniechaniu w związku z wystąpieniem szkody jak

i udowodnić jej wysokość. W drugim przypadku to jest kary umownej wystarczy wykazać spełnienie okoliczności, dla których przewidziano karę umowną. Mimo, że karę umowną nazywa się surogatem odszkodowania to odszkodowanie i kara umowna są odrębnymi instytucjami prawa cywilnego i przez to nie są pojęciami tożsamymi w prawie cywilnym.

To sam Odwołujący przywołuje art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, jako podstawę wykluczenia, nie wykazując spełnienia jego przesłanek poza przyznaną przez (...) zresztą okolicznością co do zapłaty kar umownych we wcześniejszych zamówieniach przystępującego. Sam fakt zapłaty kar umownych, a nie odszkodowania, wyłącza odpowiedzialność z przyczyn leżących po stronie wykonawcy wybranego, od których to wykazania przyczyn PZP uzależnia wykluczenie z postępowania. Podsumowując odwołujący nie wykazał zastosowania sankcji wymienionych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp to jest wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady, które to powinny wynikać "z przyczyn leżących po jego stronie, w sytuacji znacznego stopnia lub zakresu nie wykonania lub nienależytego wykonania albo długotrwałego nienależytego wykonywania istotnego zobowiązania

z wcześniejszej umowy", które to okoliczności powinien wykazać, na etapie postępowania odwoławczego odwołujący. Tak więc dla zastosowania tej sankcji nie jest wystarczającym wykazanie jednej przesłanki nie wykazując pozostałych, pomijawszy okoliczność, że kara umowna nie jest odszkodowaniem, a jedynie jego zamiennikiem, a przepisy o charakterze sankcji nie powinny być wykładane rozszerzająco, na zasadzie podobieństw."

Zatem fakt naliczania Przystępującemu kar umownych, a nie odszkodowania, wyłącza zastosowanie art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP.

Niezależnie od powyższego, wskazać należy, że w ocenie Zamawiającego w rozpatrywanej sprawie nie zachodzą także inne przesłanki warunkujące możliwość zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP wobec Przystępującego.

Odwołujący naliczył Przystępującemu kary umowne za uchybienia terminowe w wykonaniu poszczególnych obowiązków wynikających z umów nr 4/12/DZ/2023

i nr 3/12/DZ/2023. Mimo naliczenia kar umownych, według wiedzy Zamawiającego obie umowy są nadal realizowane, co przemawia za uznaniem, że naruszenia obowiązków umownych przez Przystępującego nie były na tyle istotne i znaczące, by uzasadniały wypowiedzenie czy odstąpienie od umów. „Nie każde nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części daje podstawę do wykluczenia wykonawcy.

Przy ocenie, czy stopień niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania jest wystarczająco "znacznym", należy wziąć pod uwagę zarówno kryteria jakościowe, takie jak brak wymaganej staranności lub stopień wadliwości dostarczonego produktu, świadczonej usługi lub wykonanego obiektu budowlanego, jak i ilościowe, biorąc pod uwagę zakres niewykonanych lub nienależytych wykonanych świadczeń oraz rozmiar wynikłych stąd szkód. (...) Według ustawodawcy europejskiego poważnym brakiem w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów w ramach wcześniejszego zamówienia jest np. niedostarczenie produktu lub niewykonanie zamówienia, znaczące wady dostarczonego produktu lub świadczonej usługi, które spowodowały ich niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem."

W rozpatrywanej sprawie, mimo niedochowania terminu na wykonanie niektórych obowiązków wynikających z umów, obie umowy były i są nadal realizowane w sposób przydatny dla Odwołującego. Odwołujący, wbrew ciężącemu na nim obowiązkowi, w treści odwołania nie wykazał, by działania Przystępującego skutkujące naliczeniem kar umownych dotyczyły znacznego zakresu umowy albo były naruszeniem znacznego stopnia. Odwołujący ograniczył się jedynie do krótkiego stwierdzenia, iż „uchybienia te dotyczyły obowiązków o charakterze zasadniczym – istotnych zarówno z perspektywy zapewnienia ciągłości działania infrastruktury technicznej, jak i realizacji interesu Zamawiającego jako podmiotu publicznego.”; nie precyzując które z uchybień i w jaki sposób mogły wpłynąć na zapewnienie ciągłości działania infrastruktury technicznej. Zamawiający zwraca również uwagę, że ilość czy wysokość kar umownych nie przesądza o zaistnieniu przesłanki wykluczenia wynikającej z art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP, co znalazło potwierdzenie w wyroku KIO z dnia 09.09.2024 r.: „nie sposób jest wykazać istotności naruszenia jedynie poprzez wysokość naliczonej wykonawcy kary umownej. Istotność kary, nawet jeśli uznać, że owe 10% wartości umowy jest wartością istotną - nie przesądza o wypełnieniu przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania.(...) Sama tylko wysokość naliczonej wykonawcy kary nie jest wystarczająca do uznania, że doszło po stronie wykonawcy do zależnego od niego niewykonania, nienależytego wykonania lub długotrwałego nienależytego wykonywania istotnych zobowiązań, wynikających z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego."

Podsumowując w ocenie Zamawiającego nie zostało wykazane, że Przystępujący dopuścił się niewykonania lub nienależytego wykonania bądź długotrwałego nienależytego wykonywania obowiązków wynikających z wcześniejszej

umowy w sprawie zamówienia publicznego, które dotyczyło znacznego zakresu umowy albo było naruszeniem znacznego stopnia.

Aby zasadne było wykluczenie Przystępującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP, niezbędne było również stwierdzenie przez Zamawiającego, że do niewykonania lub nienależytego wykonania wcześniejszej umowy doszło z przyczyn leżących po stronie Przystępującego. Z dokumentów, które Zamawiający zebrał w trakcie postępowania, a także z dokumentów załączonych do odwołania nie wynika w sposób jednoznaczny, że przyczyny niedochowania terminów w wykonaniu poszczególnych obowiązków wynikających z umów nr 4/12/DZ/2023 i nr 3/12/DZ/2023 leżą wyłącznie po stronie Przystępującego. Niewątpliwie powody, dla których wykonawca nie wykonuje lub nienależyte wykonuje umowę, mogą wynikać z różnych okoliczności, w tym również okoliczności leżących po stronie zamawiającego, z którym była zawarta wcześniejsza umowa lub okoliczności niezależnych od żadnej ze stron tej umowy. W piśmie z dnia 03.06.2025 r. Przystępujący wskazał, że „*żadna kara umowna czy odszkodowanie nie zostały zapłacone dobrowolnie. EKO-DBAJ sp. z o.o. nie uznaje swojej winy w żadnym przypadku naliczonej kary. (...) Sprawa ta również, podobnie jak sprawy potrąceń zostanie dopiero rozpoznana przez Sąd powszechny w zainicjowanym przez EKO-DBAJ sp. z o.o. procesie.*” Z powyższego wynika, że Odwołujący i Przystępujący pozostają w sporze co do zasadności naliczenia kar umownych. W tym miejscu warto przytoczyć stanowisko KIO wyrażone w wyroku z dnia 19.10.2017 r.: „*Izba wskazuje, że w analizowanej sprawie nie wykazano przede wszystkim, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy wynika z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Przeciwnie, jak wynika z wyjaśnień Odwołującego oraz samego pisma Miasta R., sprawa naliczenia kar umownych za nienależyte wykonanie lub niewykonanie umowy oraz z tytułu rozwiązania umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy jest kwestią sporną, zawisłą przed Sądem Okręgowym w Gliwicach I Wydział Cywilny. Odwołujący sprzeciwił się rozwiązaniu umowy przez Zamawiającego i nałożeniu kary umownej, wskazując, że nie doszło do naruszenia umowy przez wykonawcę, a brak możliwości realizacji umowy leżał po stronie Zamawiającego, który nie określił granic poszczególnych lokalizacji i nie dostarczył informacji i dokumentów pozwalających na identyfikację obszaru świadczenia usługi. Zatem, sprawa rozwiązania umowy jest sprawą sporną i brak jednoznacznego dowodu na to, że rozwiązanie umowy nastąpiło w przyczyn leżących wyłącznie po stronie wykonawcy.*” Zatem, istnienie między Przystępującym a Odwołującym sporu co do zasadności naliczenia kar umownych niewątpliwie wpływa na możliwość oceny, po której stronie leżą przyczyny niedochowania terminów. Załączone do odwołania noty księgowe wraz z przyporządkowanymi do nich pismami również w ocenie Zamawiającego nie potwierdzają w sposób jednoznaczny, że przyczyny naliczenia kar umownych leżą wyłącznie po stronie Przystępującego.

„*Samo naliczenie kar umownych nie może automatycznie oznaczać, że do nienależytego wykonania rzeczywiście doszło. Zamawiający może zastosować sankcję wykluczenia wykonawcy z postępowania tylko wtedy, jeżeli jest w stanie ustalić i wykazać, że miało miejsce nienależyte wykonanie zamówienia i że nastąpiło to w warunkach opisanych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Odwołujący, zarzucając Zamawiającemu zaniechanie zastosowania tego przepisu, obciążony był obowiązkiem wykazania zaistnienia przesłanek określonych w tym przepisie, czego w rozpoznawanej sprawie nie zrobił, ograniczając się do wskazania na niesporną okoliczność nałożenia na członka Konsorcjum Przystępującego kar umownych.*” Odwołujący nie sprostował obowiązkowi wykazania zaistnienia przesłanek określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP, skupiając się na fakcie naliczenia kar umownych, które same w sobie nie przesądzą o obowiązku wykluczenia Przystępującego z postępowania.

Zarzut nr 1 nie zasługuje na uwzględnienie.

#### ZARZUT 2

Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 PZP w związku z art. 266 PZP nie zasługuje na uwzględnienie. Zarzut ten sprowadza się do twierdzenia, że Zamawiający w sposób błędny dokonał wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej, podczas gdy Przystępujący powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona. W świetle uznania przez Zamawiającego zarzutu numer 1 za niezasadny, również zarzut numer 2 nie zasługuje na uwzględnienie. Przywołany przez Odwołującego art. 239 ust. 1 PZP dotyczy wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, a Odwołujący nie zarzucał Zamawiającemu błędnego zastosowania kryteriów oceny ofert.

#### ZARZUT 3

Zarzut naruszenia art. 128 ust. 1-5 PZP nie zasługuje na uwzględnienie. Niezrozumiałe jest dla Zamawiającego stawianie zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1-4 PZP w kontekście rzekomo nierzetelnej oceny wyjaśnień złożonych przez Odwołującego. Odwołujący został wezwany do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 128 ust. 5 PZP, a nie na podstawie art. 128 ust. 1-5 PZP.

Zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie również z tego powodu, że fakt, iż Zamawiający nie wykluczył Przystępującego z postępowania nie oznacza, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia zostały uznane za

niewystarczające. Zamawiający, po dokonanej ocenie wyjaśnień złożonych przez Odwołującego uznał, że nie ma podstaw do wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP. W takim stanie rzeczy Zamawiający nie był zobowiązany by kierować do Odwołującego kolejne wezwania do złożenia wyjaśnień.

#### ZARZUT 4

Ostatni postawiony przez Odwołującego zarzut dotyczy naruszenia przepisu art. 16 pkt 1–3 PZP oraz art. 17 ust. 1 pkt 1 PZP – poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności, a także w sposób, który nie zapewnia wyboru oferty przedstawiającej najlepszą jakość usług, uzasadnioną charakterem zamówienia. Zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie. Jak wskazuje się w doktrynie: „Naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców może odnosić się właściwie do każdego elementu postępowania, wszędzie tam, gdzie następuje różnicowanie szans wykonawców nie tylko w możliwości uzyskania zamówienia, lecz również w możliwości złożenia korzystniejszej oferty. Należy pamiętać, że zamawiający powinien traktować wszystkich wykonawców na równych zasadach, wymagając realizacji zamówienia według tych samych reguł bez różnicowania ich sytuacji np. ze względu na cechy tych wykonawców.” Właśnie w taki sposób Zamawiający prowadził postępowanie. Zamawiający nie wprowadził żadnych dyskryminujących reguł, a dokonując oceny złożonych ofert kierował się ustawą Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący nie sprecyzował, na czym w jego ocenie polegało naruszenie zasady przejrzystości i proporcjonalności, jednak w ocenie Zamawiającego o naruszeniu tej zasady nie może być mowy. Wszystkie warunki i zasady postępowania wynikały albo z opublikowanej Specyfikacji Warunków Zamówienia albo z ustawy PZP. Sam fakt, iż Odwołujący nie zgadza się z dokonaniem przez Zamawiającego wyborem najkorzystniejszej oferty, nie oznacza, że działania Zamawiającego naruszały podstawowe zasady prawa zamówień publicznych.

Załączone do odwołania zawiadomienie o wszczęciu śledztwa dotyczy wewnętrznych spraw Odwołującego i nie ma żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Dlatego też zdaniem Zamawiającego odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

#### Izba ustaliła:

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że Zamawiający w Rozdziale IX SWZ podał, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się Wykonawców, w stosunku do których zachodzi którakolwiek z okoliczności wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt. 4, 7 Pzp, tj.:

- a) w stosunku do którego otwarto likwidację, ogłoszono upadłość, którego aktywami zarządza likwidator lub sąd, zawarł układ z wierzycielami, którego działalność gospodarcza jest zawieszona albo znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury;
- b) 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.

Dalej Zamawiający podał, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 4 lub 7 uPzp, jeżeli udowodni Zamawiającemu, że spełnił łącznie następujące przesłanki:

1) naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne;

2) wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym;

3) podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności:

a) zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy,

b) zreorganizował personel,

c) wdrożył system sprawozdawczości i kontroli,

d) utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów,

e) wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.

Zamawiający zaznaczył, że oceni, czy podjęte przez Wykonawcę czynności, o których mowa w pkt. 6., są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę

i szczególne okoliczności czynu Wykonawcy. Jeżeli podjęte przez Wykonawcę czynności, o których mowa w pkt 6. powyżej, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, Zamawiający wyklucza Wykonawcę.

Przystępujący złożył wraz z ofertą oświadczenie, że nie podlega wykluczeniu.

Na wezwanie Zamawiającego, aby potwierdzić aktualność występowania lub nie występowania przesłanek wykluczenia, ponownie oświadczył, że nie zachodzi wobec niego żadna z podstaw wykluczenia.

W toku badania i oceny ofert, Odwołujący złożył Zamawiającemu stanowisko, zbieżne w treści z odwołaniem, że w Przystępujący podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Zamawiający, w trybie art. 128 ust. 5 ustawy Pzp poprosił Odwołującego do złożenia dalszych informacji w zakresie niezbędnym do oceny zaistnienia przesłanek wykluczenia. Zamawiający zaznaczył, że nie może opierać się wyłącznie na fakcie, że doszło w znacznym stopniu do nienależytego wykonania istotnych zobowiązań wynikających z umowy zawartej między Odwołującym a Przystępującym. W związku z powyższym Zamawiający prosił o wskazanie:

- 1) przedmiotu umowy nr 4/12/DZ/2023 z dnia 29/12/2023 r.,
- 2) czy powyższa umowa została rozwiązana z przyczyn Wykonawcy,
- 3) jakich istotnych zobowiązań nie wykonał wykonawca w ramach umowy,
- 4) czy zasądzone kary umowne w formie odszkodowania zostały zapłacone przez Wykonawcę,
- 5) czy posiadają Państwo korespondencję z Wykonawcą wzywającą do wykonania zobowiązań wynikających z umowy,
- 6) czy Wykonawca w trakcie realizacji zgłaszał jakiegokolwiek problemy uniemożliwiające prawidłową realizację przedmiotu umowy,
- 7) czy niewykonanie umowy nastąpiło w stopniu znacznym,
- 8) czy niewykonanie umowy w znacznym stopniu jest następstwem okoliczności, za które Wykonawca ponosi tylko i wyłącznie odpowiedzialność.

Odwołujący odpowiedział, że:

1. Przedmiot umowy nr 4/12/DZ/2023 z dnia 29 grudnia 2023 roku dotyczył całodobowej obsługi i utrzymania ciągu technologicznego Zakładu Odzysku Surowców w Cielczy (oczyszczalnia ścieków) w tym utrzymanie porządku, w 3 częściach oczyszczalni: części ściekowej, części fosforowej, części osadowej.

2. Przedmiotowy stosunek prawny nie został rozwiązany z przyczyn Wykonawcy.

Do dnia dzisiejszego umowa obowiązuje, z uwagi na konieczność realizacji interesu publicznego.

3. Wykonawca nie wykonał szeregu zobowiązań w ramach przedmiotowej umowy, polegających w szczególności na:

c) Niewłaściwym zarządzaniu procesem oczyszczania ścieków i gospodarką osadową, a w szczególności niewystarczającym i nieefektywnym działaniem w zakresie optymalizacji procesów oraz niewystarczającym wykorzystaniu potencjału energetycznego, który można by uzyskać z osadów. Brak prawidłowej eksploatacji odsiarczalnika doprowadził do przerwy pracy kogeneracji, co doprowadziło do strat wynikających z braku produkcji energii elektrycznej.

d) Dopuszczeniu się licznych zaniedbań w zakresie konserwacji i utrzymania urządzeń oczyszczalni, które skutkowały częstymi awariami oraz utrudnieniami w prawidłowym funkcjonowaniu oczyszczalni, co również przełożyło się na jej efektywność. Brak prawidłowego używania urządzeń doprowadził m.in. do:

- w przypadku sprężarki (obiekt 58/1) do utraty gwarancji oraz odmowy jej naprawy przez producenta. Okazało się, że w trakcie używania sprężarki dopuszczono się ingerencji mechanicznej w urządzenie oraz nie dokonywano regularnych czynności serwisowych;

- w przypadku przekładni systemu myjącego pras śrubowych, do jej uszkodzenia doprowadziło działanie strumienia wody o wysokim ciśnieniu.

Wykonawca nie realizował również wykonywania pomiarów wynikających z DTR Biofiltra a także badań biogazu zasilającego kogeneratory wynikających z DTR, co również jest kluczowe dla utrzymania gwarancji producenta.

c) Niewłaściwym zarządzaniem zbiornikiem retencyjnym, poprzez niezapewnienie ciągłego nadzoru nad nim oraz niezrealizowaniu zaleceń zamawiającego w zakresie jego obsługi w okresie jesienno – zimowym.

d) Brakiem dbałości o przestrzeganie norm środowiskowych i technologicznych, co było spowodowane m.in. niewłaściwym zarządzaniem procesem oczyszczania, w szczególności w zakresie wykorzystywania wody technologicznej do obsługi procesów technologicznych w obiektach oczyszczalni.

e) Brakiem dbałości o efektywność kosztową oraz nierealizowaniu założeń ekonomicznych zamawiającego,

niewłaściwym zarządzaniem kosztami związanymi

z eksploatacją oczyszczalni, w tym z przeróbką osadów i procesami technologicznymi, powstaniu wysokich kosztów operacyjnych związanych z niewłaściwą organizacją pracy, brakiem optymalizacji procesów oraz niedbałością o oszczędności.

f) Niewystarczającej, spóźnionej i nieadekwatnej reakcji na zgłaszane przez zamawiającego problemy, która doprowadziła do sytuacji, że w wielu przypadkach zamawiający musiał interweniować osobiście, mimo tego, że poszczególne obowiązki ciążyły na wykonawcy.

Zamawiający podkreśla, że wszelkie obowiązki, którym uchybiał wykonawca są obowiązkami przedmiotowo istotnymi oraz doprowadziły do powstania daleko idącej szkody po stronie zamawiającego. Zamawiający podkreśla, że przedmiotowe uchybienia wykonawcy negatywnie wpłynęły na działanie przedsiębiorstwa zamawiającego jak również na szeroko pojęty interes publiczny.

4. Kary umowne przedłożone w poprzednim piśmie, którymi został obciążony wykonawca nie zostały przez niego uregulowane – pozostają sporne. Spółka w stosunku do dwóch kar umownych dokonała na podstawie art. 498 kodeksu cywilnego potrącenia należności.

5. Zamawiający posiada korespondencję, wzywającą wykonawcę do wykonania zobowiązań wynikających z przedmiotu umowy. W okresie od sierpnia 2024 roku do maja 2025 roku, zamawiający wzywał wykonawcę kilkunastokrotnie do wykonywania przedmiotu umowy w sposób prawidłowy.

6. Wykonawca w trakcie realizacji umowy nie zgłaszał problemów uniemożliwiających mu prawidłową realizację przedmiotu umowy, aż do momentu, w którym to zamawiający zaczął formułować zarzuty wobec realizacji przedmiotu umowy przez wykonawcę. W ocenie zamawiającego, zgłaszane uwagi przez wykonawcę nie mają pokrycia w rzeczywistości oraz stanowią wyłącznie polemikę z twierdzeniami zamawiającego.

7. Niewykonanie umowy, którego dopuścił się wykonawca, w ocenie zamawiającego ma charakter istotny. Wykonawca dopuścił się szeregu naruszeń, które dotyczą kluczowych aspektów realizacji przedmiotu umowy oraz świadczenia usług przez zamawiającego na rzecz mieszkańców Gminy Jarocin. Ponadto przedmiotowe naruszenia spowodowały istotną szkodę po stronie zamawiającego, jak również wpłynęły negatywnie na funkcjonowanie przedsiębiorstwa zamawiającego. Wykonawca w okresie ostatnich miesięcy pozostawał wielokrotnie w zwłoce w realizacji świadczeń wzajemnych wynikających z umowy 4/12/DZ/2023. Charakter naruszeń odzwierciedla również wysokość kary umownej, którą został obciążony wykonawca.

8. Niewykonanie umowy w ocenie zamawiającego jest następstwem okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi wyłącznie wykonawca.

9. Zamawiający traktuje kary umowne, którymi został obciążony wykonawca jako formę odszkodowania. Zakres przedmiotowych kar umownych pokrywa się w pełni z zakresem ogólnej odpowiedzialności wykonawcy za niewykonanie zobowiązania (art. 471 k.c.).

Co należy również podkreślić, kary umowne związane są bezpośrednio z niewykonaniem zobowiązania przez wykonawcę, ponieważ istnieje istotny związek przyczynowo skutkowy pomiędzy nienależytym wykonaniem przedmiotu umowy przez wykonawcę (jego odpowiedzialnością kontraktową) a szkodą, którą poniósł zamawiający.

Zamawiający deklaruje pełną współpracę, w zakresie przewidzianym powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, celem udzielenia wszelkich niezbędnych informacji w zakresie dotyczącym nienależytego wykonania przedmiotu umowy 4/12/DZ/2023 przez wykonawcę.

W załączeniu Przedsiębiorstwo przekazuje korespondencję wskazującą uchybienia w wykonywaniu przedmiotowej umowy, a także wzywającą Eko-Daj do wykonywania czynności zgodnie z umową. Oświadczenie o potrąceniu, a także wezwanie do uiszczenia kary.

Zamawiający, na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień co do podstaw naliczenia kar umownych, w związku ze stanowiskiem otrzymanym od drugiego z Wykonawców.

Zamawiający podał, że w zgodnie z treścią art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp możliwe jest wykluczenie wykonawcy, 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 (...), co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. W przypadku umowy zostały naliczone kary umowne jako forma odszkodowania, w związku z powyższym złożenie wyjaśnień jest niezbędne dla Zamawiającego celem weryfikacji podstaw wykluczenia Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Przystępujący odpowiedział, że:

1. bezpośrednim konkurentem Wykonawcy jest PWiK sp. z o.o. w Jarocinie, której oferta uplasowała się na miejscu drugim w rankingu ofert z otwarcia. Działanie obejmujący fakt naliczenia kar umownych w ramach umowy 4/12/DZ/2023 z dnia 29 grudnia 2023 roku, realizowanej obecnie (umowa się nie zakończyła, nie została wypowiedziana i nie

odstąpiono od niej) przez naszą spółkę właśnie dla PWiK sp. z o.o. w Jarocinie. Spółka ta ma więc bezpośredni cel biznesowy w swoim działaniu, a znając stan faktyczny i formułując donosy działa z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji w postępowaniu.

2. Przepis art. 109 ust. 1 pkt. 7) ustawy Pzp mówi o możliwości wykluczenia wykonawcy (a nie o obowiązku, jak w przypadku przesłanek obligatoryjnych) *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;*

Istotny może być również przepis ust. 3 przepisu art. 109 o treści: *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.*

(...) sytuację ocenia zamawiający. W sposób ścisły oraz uwzględniając fakt, że przesłanki zawarte w komentowanym przepisie muszą być spełnione łącznie. Ewentualna szkoda powinna być znaczna i istotna dla postępowania. W tej ocenie mogą pomóc

w szczególności dwa wyroki Krajowej Izby Odwoławczej tj. wyrok z dnia 22 marca 2023 – KIO 620/23 oraz wyrok z dnia 9 września 2024 r. KIO 298/24. W pierwszym z nich Krajowa Izba Odwoławcza, mówiąc o stanie faktycznym w danym postępowaniu określa, że przesłanki wykluczenia z postępowania nie mogą odnosić się do innych zamawiających, w szczególności w braku potwierdzenia wyrokiem lub ostateczną decyzją, co jest związane z użyciem przez ustawodawcę w treści przepisu art. 109 ust. 1 pkt 7) odniesienia do „wcześniejszych umów”. Tymczasem Zamawiający ma wiedzę, co do realizacji naszej obecnej umowy w tym samym przedmiocie, w ramach której nie wystąpiła żadna przesłanka opisana w przepisie art. 109 ust. 1 pkt 7) PZP.

3. (...) przepis nie odnosi się do kar umownych, ale wskazuje na wypowiedzenie, odstąpienie, odszkodowanie, czy wykonanie zastępcze. W ramach umowy nr 4/12/DZ/2023 oraz innych zawartych z PWiK sp. z o.o. strony prowadzą wiele sporów, z których żaden na dzień dzisiejszy nie doczekał się wyroku sądowego, czy ostatecznej decyzji administracyjnej. Strony prowadząc spory, co do wykładni zawartych umów w zakresie praw i obowiązków, realizują umowę nadal, z tym że PWiK sp. z o.o. w Jarocinie jest dłużnikiem EKO-DBAJ w zakresie istotnych i wymagalnych kwot wynagrodzenia, którego PWiK sp. z o.o. nie kwestionuje, ale odmawia zapłaty, gdyż nie ma środków na pokrycie zobowiązań. Za to szuka możliwości naliczenia kar umownych, czy bezzasadnych odszkodowań, które mogą umniejszyć niekwestionowane zobowiązania z tytułu obsługi i wynagrodzenia umownego. Żadna kara umowna, czy odszkodowanie nie zostały zapłacone dobrowolnie. EKO-DBAJ nie uznaje swojej winy w żadnym przypadku naliczonej kary. Naliczane (bezzasadnie) kary umowne PWiK sp. z o.o. potrąca z swoim długiem względem EKO-DBAJ, a jedyne zapłacone odszkodowanie z kwietnia br. na kwotę nieznaczną ok. 62. tys. złotych (patrz przepis art. 109 ust. 3 PZP) zostało zapłacone z „zastrzeżeniem zwrotu”. Sprawa ta również, podobnie jak sprawy potrąceń zostanie dopiero rozpoznana przez Sąd powszechnych w zainicjowanym przez EKO-DBAJ procesie. Zapłata odszkodowania została poprzedzona pismem z dnia 24 kwietnia 2025 roku (w załączeniu), które stanowi odpowiedź na wezwanie.

4. Niemniej jednak na gruncie przepisów prawa polskiego kary umowne nie są odszkodowaniami. Kodeks cywilny odróżnia zarówno karę umowną, jak i odszkodowanie. Są to instytucje prawa służące podobnemu celowi, ale odmienne choćby dlatego, że jeśli kara umowna jest zasadnie nałożona (a to EKO-DBAJ kwestionuje), to jest ona należna bez względu na to, czy zamawiający w ogóle poniósł szkodę i w jakiej wysokości. Przepisy polskie nie utożsamiają obu instytucji. Przy karach umownych zamawiający nie ma obowiązku wykazywania podstawowych elementów zasadności odszkodowania. To zdarzenie faktyczne powoduje obowiązek zapłaty kary naliczonej, za wystąpienie tego zdarzenia. Szkoda nie ma znaczenia. Przy odszkodowaniu sprawca szkody może wykazać przyczynienie się poszkodowanego do szkody i jej rozmiaru, co niweczy albo w ogóle szkodę, albo ma wpływ na wysokość odszkodowania. W przypadku kar umownych występuje instytucja miarkowania kar, która nie może prowadzić do całkowitego zniesienia obowiązku jej zapłacenia. Mierniki należą do sądu orzekającego, który nie jest związany żadnymi przesłankami, które konkretnie wpływają na możliwość obliczenia kar umownych po miarkowaniu. Ocenia się wiele czynników, w tym rzeczywistą szkodę, ale nie jest to odniesienie do wartości szkody 1:1.

5. Ostatnia i być może najważniejsza rzecz z punktu widzenia formalno - prawnego.

W mediach w ostatnim miesiącu rozgorzała dyskusja, która doprowadziła do dymisji prezesa zarządu PWiK sp. z o.o. z zajmowanego stanowiska w PWiK sp. z o.o. Przyczyną zgodnie z informacjami prasowymi, potwierdzonymi w KRS było posiadanie udziałów w spółce kapitałowej w czasie jego powołania w czerwcu 2024 roku na to stanowisko i przynajmniej do kwietnia 2025 roku. Przepisy prawa w takim

przypadku przewidują sankcję bezwzględnej nieważności powołania na stanowisko członka zarządu osoby, która będąc członkiem zarządu spółki komunalnej, jest jednocześnie współnikiem spółki kapitałowej. Niezależnie od twierdzeń – ewentualnych PWiK sp. z o.o., wynika to z mocy prawa, a fakt posiadania udziałów jest stwierdzony w KRS. Fakt odwołania Prezesa i powołania tej samej osoby na to samo stanowisko po wyzbyciu się udziałów w spółce kapitałowej nie sanuje nieważności powołania. Skoro więc zarząd PWiK sp. z o.o. został powołany wadliwie, to również prokurent powołany przez ten zarząd został powołany wadliwie, a czynności w postaci naliczenia kar umownych (podpisy zarówno prokurenta jak i Prezesa zarządu), czy inne oświadczenia zarządu wadliwie powołanego są nieważne z mocy prawa. Brak jest więc formalnie również przyczyn do rozważania, czy nałożone (bezzasadnie i nieważnie) kary umowne, czy też żądanie (bezzasadnego i także nieważnego) odszkodowania (zapłaconego z zastrzeżeniem zwrotu w wyniku zagrożenia odstąpieniem od umowy) mają jakiegokolwiek znaczenie dla tej sprawy.

Mając powyższe na względzie Wykonawca wnosił o dokonanie wyboru spółki, z uwagi na złożenie ważnej, najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający dokonał wyboru oferty Przystępującego.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie w całości podlegało oddaleniu.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp możliwe jest wykluczenie wykonawcy, 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 (...), co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Na podstawie informacji przedstawionych przez Odwołującego nie sposób stwierdzić, iż Przystępujący realizując wskazywane umowy w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonywał lub nienależycie je wykonywał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie z nich i skutkowało m.in. zapłatą odszkodowania. Przystępujący z Odwołującym pozostają w trwającym już kilka lat sporze. Ze stanowiska przedstawionego przez Przystępującego na zarzuty Odwołującego wynika, że w sądach powszechnych toczy się co najmniej 12 spraw i to na dodatek z powództwa Przystępującego. Podstawą roszczeń jest naliczenie kar umownych w nieprawidłowej wysokości, kwestionowanie co do zasady naliczenia kar umownych, niewykonywanie obowiązków umownych przez pozwanego (czyli Odwołującego), nieprawidłowa interpretacja zapisów umowy, nakładanie na powoda (czyli Przystępującego) obowiązku wykonania zobowiązań, które z zapisów umowy nie wynikają. Dotychczas w żadnej ze spraw nie zapadł wiążący wyrok.

Co więcej Odwołujący poza jednostronnym przedstawieniem stanowiska, co polegało na wymienieniu wystawionych w stosunku do Przystępującego not obciążeniowych pozostał całkowicie bierny dowodowo. Nie złożył materiału dowodowego, z którego wynikałoby, że Przystępujący wykonuje obowiązki nienależycie, odmawia ich wykonania, zaś naliczone kary są zawinione przez Przystępującego. Odwołujący nie wykazał również, że wykonywane nienależycie są istotne elementy zobowiązania umownego łączącego obie strony. Odwołujący, zarówno w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jak też w postępowaniu odwoławczym ograniczył się do twierdzeń. Tym twierdzeniom Przystępujący zaprzeczył

w swoim stanowisku w postępowaniu przed Zamawiającym, jak również w pismach procesowych. Nie jest rolą Izby rozstrzygać, która strona w tym sporze ma rację. Ocenie Izby podlega czynność bądź zaniechanie Zamawiającego, czy miał on obowiązek zastosować art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Na etapie postępowania odwoławczego udowodnienie stawianych tez spoczywało na Odwołującym. Przy czym przez udowodnienie nie należy rozumieć samych tez, ale wiarygodny, niezależny materiał, choćby opinie specjalistów, z których wynikałoby, że Przystępujący nieprawidłowo serwisuje sprzęt. Jak już wspomniano, Odwołujący nie przedstawił takich dowodów.

Odwołujący wskazywał także, że umowa łącząca go z Przystępującym nie została dotychczas wypowiedziana, ani od niej nie odstąpiono. Wobec tak dużego stopnia i zakresu naruszeń, jaki zarzuca Odwołujący, w ocenie Izby takie działanie byłoby uzasadnione. Tymczasem Odwołujący z dużą dozą lekkomyślności podchodzi do tego zagadnienia.

Brak wypowiedzenia lub odstąpienia tłumaczy bliżej niesprecyzowanym interesem publicznym. Skoro, jak twierdzi Odwołujący, działania i zaniechania Przystępującego prowadzą do znacznego uszczerplenia lub szkód w majątku Odwołującego, dla Izby brak działań zapobiegawczych takim zjawisko ze strony władz samorządowej spółki gospodarującej majątkiem publicznym, jest niezrozumiały. Zauważyć należy, że aby ziściły się przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, konieczne jest odstąpienie lub wypowiedzenie umowy, na dodatek w znacznym stopniu. Już tylko z powodu braku takiego działania, nie można stwierdzić, że wszystkie przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp miały miejsce.

Zauważenia ponadto wymaga, że wystąpienie przy realizacji umów pojedynczych naruszeń, skutkujących nałożeniem kar umownych, jest zjawiskiem bardzo częstym i nie może być automatycznie utożsamiane z nienależytym wykonaniem umowy (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, sygn. akt: KIO 251/25 z dnia 17 lutego 2025 r.).

Izba popiera stanowisko i przyjmuje za własne podglądy doktryny, z których można wyprowadzić wniosek, że

dopiero wystąpienie szkody może mieć znaczenie dla oceny niewłaściwego, nienależytego wykonania zobowiązania umownego przez dany podmiot.

Sam zaś fakt nałożenia kary umownej nie dyskwalifikuje Wykonawcy i nie czyni go podmiotem nienależycie wykonującym umowę lub jej niewykonującym. Każdorazowo rozważyć należy okoliczności, w których doszło do naliczenia danej kary. Izba nie podziela zapatrywań Odwołującego, że umowa łącząca go z Przystępującym kwalifikuje się do umów nienależycie wykonanych. Odwołujący takich dowodów nie przedstawił. Umowę można uznać za nienależycie wykonaną lub wykonywaną, gdyby jej cel całkowicie lub w znaczącym stopniu został przez Przystępującego niewykonany. W przedmiotowym przypadku jak wykazywał Przystępujący, a Odwołujący nie przeczył, obiekt będący przedmiotem umowy, nieprzerwanie działa, pracownicy Przystępującego wykonują na nim niezbędne czynności. Naliczanie kar umownych w ramach łączącej strony umowy nie ma charakteru odszkodowawczego ale wynika z zapisów samej umowy.

W ocenie składu orzekającego Izby Zamawiający postąpił prawidłowo oceniając ofertę i spełnianie warunków podmiotowych przez Przystępującego. Po otrzymaniu stanowiska Odwołującego, poprosił go o dodatkowe naświetlenie sytuacji, złożenie dodatkowych wyjaśnień. Ponadto Zamawiający prawidłowo także wezwał Przystępującego do przedstawienia stanowiska i argumentacji w zakresie kierowanych wobec Wykonawcy zarzutów. Następnie Zamawiający dokonał w sposób obiektywny i kompleksowy oceny otrzymanych dokumentów i stanowisk, celnie zauważając, że zaistniała sytuacja nie wypełnia przesłanek zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Jest to podstawa wykluczenia Wykonawcy, której zastosowanie wymaga szczególnego zaangażowania się Zamawiającego w ocenę podmiotową. Zamawiający winien wszechstronnie zbadać przedstawione mu przez Wykonawców okoliczności, ustalić, że po pierwsze doszło do rozwiązania umowy. Następnie konieczne jest wykazanie, że powody rozwiązania umowy miały miejsce z przyczyn leżących po stronie danego Wykonawcy, czyli jego działań lub zaniechań w ramach ocenianego zobowiązania umownego. Działania lub zaniechania Wykonawcy doprowadziły do niewykonania lub nienależytego wykonania w znacznym stopniu zobowiązania albo jego długotrwałego nienależytego wykonania, a elementy te były dla zobowiązania wynikającego

z umowy istotne. Izba uważa, że Zamawiający właśnie takie wnioskowanie przeprowadził.

Odnosząc się do podnoszonego naruszenia art. 128 ust. 1-5 ustawy Pzp, to za Zamawiającym powtórzyć należy, iż wywody Odwołującego są w tym zakresie niezrozumiałe. Odwołujący został poproszony o złożenie dodatkowych wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 5 ustawy Pzp, ponieważ sam złożył zawiadomienie o podmiotowej sytuacji Przystępującego.

W takim przypadku Zamawiający, w ocenie Izby, był wręcz zobowiązany, a nie tylko uprawniony, do uzyskania szczegółowych wyjaśnień. Sama zaś ocena wyjaśnień należy do Zamawiającego, jeżeli Odwołujący uważał, że proces oceny otrzymanych informacji został przeprowadzony nieprawidłowo, to winien był w odwołaniu i na rozprawie powyższe udowodnić. Izba uważa, że Zamawiający dokonując oceny zgromadzonych informacji wyprowadził prawidłowe wnioski i zasadnie nie wykluczył Przystępującego z postępowania, a także nie odrzucił jego oferty. Ocena prawidłowości działania danego podmiotu w ramach wykonywanego zobowiązania umownego wymaga od Zamawiającego odniesienia się w ramach wskazywanych przez Strony umowy nieprawidłowości do konkretnego przedmiotu zamówienia, jego zakresu, specyfiki, zasad współpracy, współdziałania podmiotów. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ten obowiązek wypełnił.

Z tych powodów nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 239 ustawy Pzp. Jako zarzut wynikowy wobec pozostałych, skoro inne zarzuty się nie potwierdziły, nie można również stwierdzić, że nieprawidłowo dokonano wyboru oferty najkorzystniejszej.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

**Przewodnicząca:**

.....