

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Jolanta Markowska  
**Martyna Mieszkowska**  
**Aneta Młacka**

**Protokolant:** Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 sierpnia 2025 r. przez wykonawcę - **MIRBUD S.A., ul. Unii Europejskiej 18,**

**96-100 Skierniewice** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa,**

A.przy udziale uczestnika po stronie odwołującego – wykonawcy: **UNIBEP S.A.,**

**ul. 3 Maja 19, 17-100 Bielsk Podlaski,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 3448/25 po stronie odwołującego,

B.przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy: **BUDIMEX S.A.,**

**ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 3448/25 po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1.oddala odwołanie;**

**2.kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę: MIRBUD S.A., ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice, i:**

**2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: MIRBUD S.A., ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice tytułem wpisu od odwołania,**

**2.2.zasądza kwotę: 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy: MIRBUD S.A., ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice na rzecz zamawiającego: Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych**

**i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

.....  
.....

Sygn. akt: KIO 3448/25

**Uzasadnienie**

Zamawiający, Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm.) zwanej dalej „Pzp” w przedmiocie: „Budowa obwodnicy Starogardu Gdańskiego w ciągu drogi krajowej nr 22”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 13 listopada 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 689999-2024 nr wydania Dz.U. S: 221/2024 z dnia 13.11.2024 r.

O wynikach postępowania Zamawiający poinformował pismem z dnia 8 sierpnia 2025 r. opublikowanym i przekazanym wykonawcom biorącym udział w postępowaniu za pośrednictwem platformy zakupowej. Stosownie do opublikowanej informacji, jako najkorzystniejsza została wybrana oferta złożona przez wykonawcę Budimex S.A.

Wykonawca Mirbud S.A. z siedzibą w Skierniewicach wniósł odwołanie wobec:

- czynności wyboru przez Zamawiającego oferty Budimex S.A., jako najkorzystniejszej;
- zaniechania czynności odrzucenia oferty Budimex na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7), art. 128 ust. 5 i art. 16 pkt 1) Pzp z uwagi na to, że Budimex z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, w znacznym stopniu nienależycie wykonał istotne zobowiązanie wynikające z umowy o zamówienie publiczne z dnia 12 września 2016 r. nr 1068/US/PW/PRO-JRP-T1/B/16 dotyczącej „Modernizacji Zakładu Północnego — etap II - modernizacja filtrów pospiesznych piaskowych” zawartej z Miejskim Przedsiębiorstwem Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawa S.A., co doprowadziło do powstania po stronie MPWiK szkody i naliczenia przez MPWiK wobec Budimex odszkodowania wezwaniem z dnia 20 września 2024 r., którego Budimex nie zapłacił;
- zaniechania czynności odrzucenia oferty Budimex na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8) Pzp z uwagi na to, że Budimex w wyniku zamierzonego działania lub co najmniej rażącego niedbalstwa wprowadził

Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji w zakresie niepodlegania wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp wskutek zatajenia informacji w zakresie okoliczności związanych z nienależytym wykonaniem Umowy MPWiK i naliczeniem przez MPWiK w wezwaniu odszkodowania opiewającego na kwotę 55.253.509,84 zł, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego w zakresie oceny czy Budimex nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp;

- zaniechania odrzucenia oferty Budimex na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp z uwagi na to, że Budimex w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego w zakresie niepodlegania wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp wskutek zatajenia informacji w zakresie okoliczności związanych z nienależytym wykonaniem Umowy MPWiK i naliczeniem przez MPWiK odszkodowania co mogło mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego w zakresie oceny czy Budimex nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów Pzp:

- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7), art. 128 ust. 5 i art. 16 pkt 1) Pzp, poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Budimex pomimo tego, że Budimex z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, w znacznym stopniu nienależycie wykonał istotne zobowiązanie wynikające z Umowy zawartej z MPWiK, co doprowadziło do powstania po stronie MPWiK szkody i naliczenia przez MPWiK wobec Budimex odszkodowania, którego Budimex nie zapłacił;

- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8) Pzp, poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Budimex z uwagi na to, że Budimex w wyniku zamierzonego działania lub co najmniej rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji w zakresie niepodlegania wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp wskutek zatajenia informacji w zakresie okoliczności związanych z nienależytym wykonaniem Umowy i naliczeniem przez MPWiK w wezwaniu odszkodowania, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego w zakresie oceny czy Budimex nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp;

- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp, poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Budimex z uwagi na to, że Budimex w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego w zakresie niepodlegania wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp wskutek zatajenia informacji w zakresie okoliczności związanych z nienależytym wykonaniem Umowy i naliczeniem przez MPWiK odszkodowania, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego w zakresie oceny czy Budimex nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty Budimex, jako najkorzystniejszej;
2. odrzucenie oferty Budimex na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7) lub 8) lub 10) Pzp;
3. dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa.

Odwołujący wyjaśnił, że jest wykonawcą, którego oferta uplasowała się na drugim miejscu w rankingu ofert pod względem kryteriów oceny ofert uzyskując łącznie 99,19 punktów. Gdyby Zamawiający nie naruszył przepisów wskazanych w petitum odwołania, to oferta Odwołującego zostałaby uznana jako oferta najkorzystniejsza, bowiem w takim przypadku oferta Budimex podlegałaby odrzuceniu i jedyną ofertą z największą liczbą punktów byłaby oferta Odwołującego. Zatem, wówczas Odwołujący uzyskałby zamówienie Wskutek zaniechania czynności odrzucenia oferty Budimex Odwołujący może ponieść szkodę w związku z niezgodnym z prawem działaniem Zamawiającego, która powinna być rozumiana jako utrata możliwości wygenerowania przez niego zysku z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający, stosownie do art. 109 ust. 2 Pzp, przewidział w pkt. 9.2 ppkt 7), 8) i 10) IDW przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7), 8) i 10) Pzp. Zamawiający wymagał od wykonawców według pkt 10.3 i 16.6 ppkt 7) IDW złożenia wraz z ofertą Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej „JEDZ”) na potwierdzenie braku istnienia przesłanek wykluczenia i spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Wykonawca Budimex wraz z ofertą złożył JEDZ, w którym 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?” udzielił odpowiedzi „TAK” i równocześnie załączył do JEDZ wyjaśnienia z dnia 13.02.2025 r., w których opisał okoliczność związaną z naliczeniem przez MPWiK w dniu 29 maja 2024 r. kary umownej z tytułu nienależytego wykonania Umowy MPWiK w wysokości 7.683.594,75 zł.

W dniu 24 lipca 2025 r. Zamawiający wezwał Budimex na podstawie art. 126 ust. 1 Pzp do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez Zamawiającego.

Budimex w odpowiedzi złożył m.in. oświadczenie z dnia 28 lipca 2025 r. na formularzu stanowiącym Załącznik nr 2 do IDW, w którym potwierdził aktualność informacji zawartych w JEDZ.

Zamawiający w toku postępowania otrzymał z Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział Wrocław

pismo z dnia 26 czerwca 2025 r., w którym GDDKiA Wrocław zwrócił się do Budimex o wyjaśnienie okoliczności związanych z wezwaniem przez MPWiK do zapłaty przez Budimex odszkodowania w wysokości 55.253.509,84 zł. Z posiadanej przez Zamawiającego wiedzy wynika, że w dniu 20 września 2024 r. Konsorcjum: Budimex S.A. i Cadagua SA w ramach realizacji umowy nr 1068/US/PW/PRO-JRP-T1/B/16 dotyczącej Modernizacji Zakładu Północnego — etap II - modernizacja filtrów pospiesznych piaskowych, zostało wezwane przez Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawa S.A. do zapłaty kwoty 55 253 509,84 zł tytułem szkody poniesionej przez MPWiK oraz częściowo świadczenia nienależnego celem przywrócenia pełnej funkcjonalności filtrów pospiesznych FI-F24. Roszczeń tych wykonawca w wyznaczonym terminie nie zapłacił, a w sprawie tej toczy się postępowanie przed Sądem Okręgowym w Warszawie. Pismem z dnia 3 lipca 2025 r. Budimex udzielił wyjaśnień GDDKiA Wrocław. Kluczowe jest to, że kwota, na którą wskazuje Zamawiający w ramach wezwania do złożenia wyjaśnień z dnia 26 czerwca 2025 r., tj. kwota 55.253.509,84 zł wykraczająca poza 7.683.594,75 zł, o której Budimex informował Zamawiającego, stanowi roszczenia MPWiK, które są aktualnie przedmiotem sporu i będą dopiero rozpoznawane przez Sąd Okręgowy w Warszawie. W piśmie z wyjaśnieniami dotyczącymi art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp Budimex wskazał na opisywany przypadek i szczegółowo opisał jedynie naliczone kary umowne (stanowiące substytut odszkodowania zgodnie z aktualnym i utrwalonym orzecznictwem wydanym na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp w wysokości 7.683.594,75 zł, z uwagi na to, że są to kary już naliczone i poparte przekazaną 29 maja 2024 r. notą obciążeniową. Budimex podkreślił, że roszczenia zamawiającego MPWiK, które znalazły się w pozwie — to są abstrakcyjne hipotetyczne kwoty, które zostaną skonkretyzowane, zweryfikowane i ustalone w kilkuletnim postępowaniu sądowym. Jednakże, czyniąc zadość wezwaniu Zamawiającego z dnia 26 czerwca 2025 r., Budimex przekazał informacje dotyczące omawianego pozwu. Pozew MPWiK zawiera roszczenia przeciwko Budimex S.A. — Cadagua S.A. IV Spółka Cywilna o zapłatę na jego rzecz kwoty w łącznej wysokości 62.937.104,59 zł wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie. Na to roszczenie składają się następujące pozycje (cyt. z pozwu):

- „1.753.503,65 zł z tytułu kosztów poniesionych przez Powoda do dnia złożenia pozwu,
- 3.594.294,37 zł z tytułu płatności na rzecz Pozwanego i dokonanych w ramach Porozumień i Porozumienia Rozliczeniowego,
- 49.905.711,82 zł z tytułu kosztów, które poniesione w przyszłości w związku z koniecznością usunięcia wadliwości filtrów
- 7.683.594,75 zł z tytułu kary umownej za zwłokę w usuwaniu wad”

Niezależnie od kwoty 7.683.594,75 zł z tytułu kary umownej, pozostała kwota wskazana w pozwie w wysokości 55.253.509,84 zł stanowi roszczenia MPWiK odnoszące się do awarii filtrów, których charakter, podział odpowiedzialności ani zasadność nie zostały jeszcze w żaden sposób ustalone ani przesądzone. Roszczenia te są kwestionowane przez Budimex w całości, bowiem w jego ocenie przyczyny awarii filtrów nie stanowi ich nieprawidłowy montaż, tylko projekt i sposób eksploatacji przez MPWiK. Tym samym, wykonawcy Budimex nie można przypisać odpowiedzialności za wady. W ocenie Budimex, roszczenia te nie znajdują uzasadnienia ani co do zasady, ani co do kwoty.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający dokonał czynności badania i oceny ofert w sposób nieprawidłowy, bowiem winien był odrzucić ofertę Budimex.

ad. zarzut nr 1 Nienależyte wykonanie Umowy MPWiK

Budimex wspólnie w konsorcjum ze spółką Cadaqua zrealizował Umowę MPWiK (Kontrakt nr 1068/PW/PRO-JRP-T1/B/16 z dnia 12 września 2016 r. pn. Zadanie nr 111.6 „Modernizacja Zakładu Północnego - etap II. Modernizacja filtrów pospiesznych piaskowych”), której przedmiotem była modernizacja filtrów pospiesznych piaskowych w ramach modernizacji Zakładu Północnego MPWiK o wartość 40.022.275,23 zł brutto, obejmująca w szczególności wymianę Filtrów FI-F24. W związku z tym, że MPWiK uznał, iż Konsorcjum Budimex i Cadaqua w ramach Umowy dopuściło się zwłoki w usunięciu wad objętych rękojmią za wady i gwarancją, to MPWiK jako zamawiający nałożył na konsorcjum Budimex oraz Cadaqua karę umowną z tytułu zwłoki w naprawach filtrów pospiesznych w kwocie 7 683 594,75 zł. Budimex w złożonych wyjaśnieniach JEDZ poinformował Zamawiającego o okolicznościach nałożenia przez MPWiK kar umownych. MPWiK uznało także, iż wskutek nienależytego wykonania przez Budimex i Cadaqua Umowy MPWiK oraz w celu przywrócenia pełnej funkcjonalności filtrów pospiesznych FI-F24 modernizowanych przez BUDIMEX w ramach realizacji Umowy MPWiK roszczenie MPWiK opiewa na kwotę 55 253 509,84 zł i obejmuje koszty, jakie zostały poniesione przez MPWiK oraz koszty, jakie MPWiK będzie zobowiązany ponieść, oraz, częściowo, jako świadczenie nienależne wykonawcy Budimex. MPWiK skierowało do Budimex w dniu 20 września 2024 r. wezwanie, w którym dodatkowo wezwano Budimex do zapłaty odszkodowania w wysokości 55.253.509,84 zł. Budimex nie zapłacił na rzecz MPWiK ani naliczonych kar umownych, ani naliczonego odszkodowania wynikającego z wezwania. Wobec tego, MPWiK wystąpiło z powództwem o zapłatę przeciwko Budimex oraz Cadaqua. Powództwo - jak tłumaczy Budimex w wyjaśnieniach z dnia 3 lipca 2025 r. - obejmuje zarówno naliczone kary umowne, jak i odszkodowanie MPWiK.

Z powyższego wynika, że Umowa MPWiK stanowiła zamówienie publiczne, a zatem objęta jest hipotezą art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp. Jak wynika z wyjaśnień MPWiK z dnia 17 czerwca 2025 r. (udzielonych w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia na rzecz jednego z wykonawców) kary umowne zostały naliczone z tytułu zwłoki Budimex i Cadaqua w dokonaniu napraw filtrów pospiesznych w ramach gwarancji i rękojmi, natomiast odszkodowanie MPWiK zostało naliczone w związku z nienależytym wykonaniem Umowy MPWiK. Wykonawcy w ramach realizacji umowy nr 1068/US/PW/PRO-JRP-T1/B/16 z dn. 12.09.2016 r. na zadanie „Modernizacja Zakładu Północnego — etap II. Modernizacja filtrów pospiesznych piaskowych” zostały naliczone kary umowne z tytułu zwłoki w dokonywaniu napraw filtrów pospiesznych w ramach gwarancji i rękojmi w kwocie 7.683.594,75 zł. MPWiK wezwał wykonawcę do zapłaty kar

umownych pismem z dn. 29.05.2024 r. MPWiK przysługuje wobec ww. wykonawcy roszczenie w związku z nienależytym wykonaniem ww. umowy w kwocie 55.253.509,84 zł. MPWiK wezwał wykonawcę do zapłaty pismem z dn. 20.09.2024 r.

Naliczone kary umowne za zwłokę oraz roszczenia odszkodowawcze MPWiK są zatem zupełnie dwoma różnymi roszczeniami, wynikającymi z różnych tytułów - kary umowne za zwłokę w usunięciu wad, odszkodowanie z tytułu nienależytego wykonania Umowy MPWiK.

Z wezwania MPWiK z dnia 29 maja 2024 r. do Budimex o zapłatę kar umownych wynika, że MPWiK zawarło w Budimex Porozumienie z dnia 25 listopada 2021 r. oraz aneks do Porozumienia z dnia 16 września 2022 r., w którym po uzyskaniu opinii specjalnego konsultanta, celem audytu dokumentacji projektowej i oceny sposobu eksploatacji urządzeń, BUDIMEX zobowiązał się do wykonania szeregu prac (zarekomendowanych przez konsultanta) zmierzających do usuwania wad filtrów. Świadczy to niezbicie o tym, że Budimex co najmniej częściowo, jak nie w całości, odpowiada za wady filtrów w ramach Umowy MPWiK.

W powyższym piśmie MPWiK wskazuje okoliczności uleganiu awarii kolejnych, właściwie wszystkich filtrów, jeszcze przed upływem terminu rękojmi za wady i gwarancji, co zmusiło MPWiK do odstąpienia od Porozumienia.

Z kolei z pisma MPWiK z dnia 17 czerwca 2025 r. wynika, że Umowa MPWiK została wykonana nienależycie, a nienależyte jej wykonanie dotyczyło wszystkich 24 filtrów. Budimex wskazuje w złożonych wraz z JEDZ wyjaśnieniach, że „zidentyfikowane przez MPWiK w części zmodernizowanych filtrów wady, które spowodowały (przede wszystkim) wzrost ciśnienia w filtrach, co doprowadziło do uszkodzenia drenaży i nakładek”. Nie ma więc wątpliwości, że Umowa MPWiK nie została wykonana bez wad - istnieniu wad filtrów nie zaprzecza Budimex. Zatem nienależyte wykonanie Umowy z pewnością dotyczy istotnego zobowiązania z niej wynikającego, zasadniczo całości przedmiotu Umowy. Wskutek nienależytego wykonania Umowy MPWiK przez Budimex zachodzi konieczność usunięcia wad, którymi obciążone są wszystkie 24 filtry. Wskazuje to z pewnością na to, że Umowa MPWiK została nienależycie wykonana w istotnym zakresie.

Odwołujący powołał się na Komentarz do Prawa Zamówień Publicznych, Wydanie II pod redakcją Huberta Nowa i Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych i podniósł, że w niniejszej sprawie nienależyte wykonanie umowy dotyczy właściwie całego zakresu przedmiotu Umowy MPWiK, a wartość odszkodowania przewyższa wynagrodzenie Budimex i Cadaqua z tytułu wykonania Umowy. Budimex, jako konsorcjant, był solidarnie odpowiedzialny za realizację Umowy MPWiK (art. 445 Pzp). Bez znaczenia pozostaje okoliczność, który z wykonawców wspólnie realizujących Umowę MPWiK był wewnętrznie odpowiedzialny za realizację tej części zamówienia, która ostatecznie nie została wykonana.

W złożonych wraz z JEDZ wyjaśnieniach Budimex wskazał, że z uwagi na charakter projektu realizowanego w formule „Buduj”, a zatem na podstawie dokumentacji projektowej dostarczonej przez MPWiK oraz biorąc pod uwagę okoliczność, że wady filtrów wynikają z dokumentacji projektowej, nie był on odpowiedzialny za ich usunięcie w ramach „rękojmi za wady lub gwarancji, w stosunku do których zaktualizowałby się obowiązek ich naprawienia przez Wykonawcę, opatrzony sankcją w postaci kar umownych”. Budimex pomimo podjęcia próby „działań mających na celu przywrócenie pełnej sprawności zmodernizowanych filtrów pospiesznych i usunięcia skutków awarii” nie był w stanie ostatecznie awarii usunąć. Budimex podjął się próby usunięcia wad, jednak w sposób nieudolny. MPWiK w konsekwencji nienależytego wykonania Umowy, tj. m.in. wadliwego montażu filtrów, naliczył wobec Budimex pismem z dnia 20 września 2024 r. odszkodowanie, osobno wobec naliczonych uprzednio kar umownych. Zatem nienależyte wykonanie Umowy MPWiK objawiło się w dwóch osobnych aspektach:

- zwłoki Budimex w usunięciu wad filtrów w ramach odpowiedzialności z tytułu rękojmi za wady lub gwarancji - z tego tytułu MPWiK naliczyło Budimex kary umowne; oraz
- nienależytym wykonaniu przedmiotu Umowy m.in. wskutek wadliwego montażu z tego tytułu MPWiK naliczyło BUDIMEX odszkodowanie.

Tym samym ziściły się wszystkie określone w art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp przesłanki niezbędne do odrzucenia oferty Budimex na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) Pzp, bowiem doszło do nienależytego wykonania istotnego zobowiązania wynikającego z Umowy MPWiK z przyczyn leżących po stronie Budimex, co skutkowało naliczeniem odszkodowania, jak i skorzystania przez MPWiK z uprawnień wynikających z rękojmi za wady i naliczeniem kar umownych za zwłokę w usunięciu wad.

#### PRZEDSTAWIENIE INFORMACJI WPROWADZAJĄCYCH W BŁĄD

Zgodnie z treścią art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, Zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych. Odwołujący wskazał na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 28 czerwca 2022 (sygn. akt XXIII zs 66/22).

Odwołujący zauważył, że zastosowanie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp wymaga łącznego zaistnienia następujących przesłanek:

- przedstawienia przez wykonawcę informacji niezgodnych z rzeczywistością, które wprowadziły zamawiającego w błąd;
- przedstawienie informacji jest wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa;
- informacja ma lub mogła mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Z kolei zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp, zamawiający, o ile tylko wskazał to w ogłoszeniu, wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia 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.

Odwolujący podniósł, że udzielane przez wykonawców odpowiedzi na zawarte w JEDZ pytania mają w swojej istocie umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji co do wykluczenia lub nie danego wykonawcy. Nie jest bowiem domeną wykonawcy decydowanie o okoliczności, czy podlega on wykluczeniu. Domena ta jest zastrzeżona dla Zamawiającego, który samodzielnie podejmuje decyzję w tym zakresie w oparciu o informacje przekazane w JEDZ.

Wskazane pytania w JEDZ dotyczą zdarzeń z przeszłości i mają charakter obiektywny - dotyczą faktów, tj. w szczególności przypadków zarzucania wykonawcy nienależytego wykonania umowy, naliczenia kar umownych lub odszkodowania. Na podstawie opisu okoliczności przez wykonawcę, Zamawiający podejmuje decyzję, czy dany wykonawca podlega wykluczeniu, a jeżeli podjął on środki samooczyszczenia, czy są one odpowiednie do zapobiegania tego rodzaju naruszeń w przyszłości. Weryfikacja ta nie będzie możliwa, jeżeli wykonawca nie dokona notyfikacji takich okoliczności w oświadczeniu JEDZ. Jedynie udzielenie odpowiedzi "tak" wraz z opisem wszystkich okoliczności otwiera drogę do rzetelnego badania zdolności podmiotowej co do okoliczności, które należy zweryfikować w ramach podstawy wykluczenia. Dokument JEDZ jest uniwersalnym oświadczeniem i nie ma przyzwolenia na podawanie w nim informacji wprowadzających w błąd (patrz wyrok Izby w sprawie sygn. akt KIO 499/22). Każdy wykonawca ma obowiązek poinformowania zamawiającego o przypadkach uzasadniających wykluczenie go z postępowania, a brak wskazania tychże okoliczności powoduje, że zamawiający w ogóle nie będzie miał możliwości dokonania oceny, czy dane wykonawcy lub podmiot trzeci podlega wykluczeniu.

Odwolujący wskazał na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 23 sierpnia 2019 roku (sygn. akt XXIII Ga 469/18) oraz wyrok tego sądu z 14 czerwca 2023 roku (XXIII Zs 28/23). Właściwie jednolicie przyjmuje się w orzecznictwie Izby i Sądu Okręgowego, że w przypadku pozytywnej odpowiedzi na pytanie dotyczące podlegania wykluczeniu, wykonawca jest zobowiązany opisać okoliczności zdarzeń będących przyczyną podlegania wykluczeniu, niezależnie od tego, że może przedstawić informacje o przedsięwziętych środkach samooczyszczenia.

ad. zarzut 2 Odrzucenie oferty Budimex

W złożonym wraz z ofertą JEDZ Budimex poinformował Zamawiającego wyłącznie o naliczonych wobec niego karach umownych w związku ze zwłoką w usunięciu wad filtrów w ramach odpowiedzialności z tytułu rękojmi za wady lub gwarancji. Wskazał, że został obciążony w piśmie MPWiK z dnia 29 maja 2024 r. „karą umowną w wysokości 7.683.594,75 złotych, odzwierciedloną w nocie obciążeniowej nr 002/05/DFR/2024, wystawioną przez zamawiającego w dniu 29 maja 2024 r. tytułem rzekomej zwłoki w usuwaniu wad i usterek w okresie rękojmi za wady i gwarancji”. W dalszej kolejności Budimex wyjaśnił, że mając na względzie, że Umowa MPWiK była realizowana w trybie „Buduj”, a wady filtrów spowodowane były rzekomymi wadami projektowymi, to ich wystąpienie zdaniem Budimex - nie było spowodowane wady montażowe, ergo Budimex nie był odpowiedzialny za usunięcie awarii w ramach rękojmi za wady lub gwarancji. Budimex wskazał, że podjął próby usunięcia wad, z uwagi na dobrą współpracę z MPWiK, ale ponownie wystąpiły one po roku eksploatacji, co zdaniem Budimex tylko potwierdza, że nie był on zobowiązany do usunięcia awarii w ramach rękojmi za wady i gwarancji.

W udzielonych wraz z JEDZ wyjaśnieniach Budimex przemilczał okoliczność naliczenia przez MPWiK pismem z dnia 20 września 2024 r. odszkodowania z tytułu nienależytego wykonania Umowy MPWiK, co jest odrębnym roszczeniem MPWiK. O ile bowiem roszczenie z tytułu kar umownych wiązało się ze zwłoką w usunięciu wad filtrów w ramach rękojmi za wady i gwarancji tj. niewykonaniem zobowiązania w terminie wynikającym z Umowy MPWiK, to naliczone odszkodowanie wiązało się z uznaniem przez MPWiK, że przedmiot Umowy w ogóle nie został należyście wykonany. Są to dwie odrębne — mimo, że dotyczące tej samej umowy — okoliczności. o których Budimex winien był poinformować w JEDZ i złożonych wraz z nim wyjaśnieniach.

W złożonych wyjaśnieniach w Postępowaniu S8 Wrocław Budimex stara się wskazywać w pierwszej kolejności, że odszkodowanie MPWiK wynika z otrzymanego w dniu 29 stycznia 2025 r. pozwu MPWiK przeciwko Budimex i Cadaqua. Wskazuje kolejno, że w wyjaśnieniach JEDZ wskazał wyłącznie na dochodzone przez MPWiK kary umowne, ponieważ „opisał jedynie naliczone kary umowne (stanowiące substytut odszkodowania zgodnie z aktualnym i utrwalonym orzecznictwem wydanym na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp) w wysokości 7.683.594,75 zł. Z kolei według Budimex odszkodowanie MPWiK „stanowi roszczenia MPWiK, które są aktualnie przedmiotem sporu i będą dopiero rozpoznawane przez Sąd Okręgowy w Warszawie”. W wyjaśnieniach Budimex z dnia 3 lipca 2025 r. pominięto okoliczność, że także odszkodowanie zostało naliczone wobec Budimex pismem MPWiK z dnia 20 września 2024 r., a Budimex dowiedział się o naliczonym odszkodowaniu nie w dacie otrzymania pozwu tj. 29 stycznia 2025 r., ale wcześniej. Zatem, wskazanie przez Budimex, że MPWiK nie naliczyło wobec Budimex odszkodowanie już samo w sobie jest nieprawdziwe.

Ponadto, naliczone kary umowne dotyczyły innego roszczenia i innych okoliczności związanych z realizacją Umowy MPWiK tj. ze zwłoką w usuwaniu wad w ramach rękojmi za wady i gwarancji. Naliczone zaś przez MPWiK odszkodowanie pismem z dnia 20 września 2024 r. dotyczyło roszczeń związanych z nienależytym wykonaniem przedmiotu Umowy MPWiK. Są to dwie odrębne okoliczności, które Budimex winien był opisać w Wyjaśnieniach JEDZ.

W złożonych w dniu 3 lipca 2025 r. Wyjaśnieniach BUDIMEX wykonawca ten stara się wskazywać, że nie opisał okoliczności związanych z naliczonym Odszkodowaniem MPWiK, ponieważ jest ono sporne i jest przedmiotem postępowania sądowego.

Odwolujący wskazał, że przedmiotem sporu sądowego i roszczeń objętych powództwem MPWiK są zarówno naliczone kary umowne, jak i roszczenia objęte odszkodowaniem. Oba roszczenia są kwestionowane przez Budimex co

do zasady. To co różni oba roszczenia to okoliczność, że o ile kary umowne naliczone zostały tytułem zwłoki w usunięciu wad w ramach rękojmi za wady i gwarancji, to odszkodowanie zostało naliczone tytułem nienależytego wykonania Umowy MPWiK. Wbrew twierdzeniom Budimex nie ma jakichkolwiek okoliczności przemawiających za tym, iż w Wyjaśnieniach JEDZ powinien on opisać okoliczności związane ze zwłoką w usuwaniu wad w ramach rękojmi za wady i naliczonymi z tego tytułu karami umownymi, a nie powinien opisywać okoliczności związanych z nienależytym wykonaniem przedmiotu Umowy MPWiK i naliczonym z tego tytułu odszkodowaniem.

Nie tylko Budimex pominął w Wyjaśnieniach JEDZ okoliczności stanowiące podstawę naliczenia odszkodowania MPWiK, ale także w Wyjaśnieniach BUDIMEX z dnia 3 lipca 2025 r. złożonych w Postępowaniu S8 Wrocław nie wskazał, w świetle jakich twierdzeń i okoliczności MPWiK dochodzi przedmiotowego odszkodowania. BUDIMEX wskazał tylko, że jego zdaniem roszczenia odszkodowawcze MPWiK są niezasadne z uwagi na rzekome wady projektowe, za które nie jest odpowiedzialny. Nie objaśnia w ogóle, z powodu jakich okoliczności MPWiK uznał, że Budimex i Cadaqua nienależycie wykonali przedmiot Umowy MPWiK i zdecydował się naliczyć odszkodowanie.

Jak wskazuje się w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (wyrok z 3 października 2019 r. C-41/18), skoro to zamawiający musi dokonać zindywidualizowanej oceny zachowania wykonawcy, to nie może zasłaniać się tym, że okoliczności związane z nienależytym wykonaniem umowy są objęte sporem sądowym. Z brzmienia owego przepisu wynika więc, że to instytucji zamawiającej, a nie sądowi krajowemu, powierzono dokonanie oceny, czy danego wykonawcę należy wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia.

Bezspornie Budimex nie uiawnił w JEDZ i Wviaśnieniach JEDZ okoliczności naliczenia przez MPWiK pismem z dnia 20 września 2024 r. odszkodowania oraz okoliczności związanej z zarzutami MPWiK wobec Budimex o nienależytym wykonaniu przedmiotu Umowy. Tym samym Budimex pozbawił Zamawiającego możliwości samodzielnej oceny podstaw wykluczenia Budimex na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp w związku z nienależytym wykonaniem przedmiotu Umowy oraz naliczeniem odszkodowania.

[Informacje wprowadzające w błąd]

Powołując się na orzecznictwo Sądu Najwyższego oraz Sądu Okręgowego w Warszawie Odwołujący podniósł, że informacja wprowadzająca w błąd może polegać także na zatajeniu w JEDZ informacji istotnych dla zamawiającego z punktu widzenia oceny przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania. Wykonawca nie może — tak jak w przypadku Budimex w odniesieniu do naliczonego przez MPWiK odszkodowania — być „sędzią” we własnej sprawie i uznać, że skoro nie wydano prawomocnego wyroku w sprawie dochodzonego przez MPWiK odszkodowania, to nie musi on wspominać o okolicznościach związanych z jego dochodzeniem. To Zamawiający ma wyłączną kompetencję jako „gospodarz” postępowania do samodzielnej oceny, czy w świetle transparentnych i obiektywnych informacji wskazanych w JEDZ, należy uznać bądź nie zasadność zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp. Z tego względu wykonawcy są zobowiązani do podania w JEDZ wszystkich informacji, które mogą dotyczyć przesłanek wykluczenia.

Bezdiskusyjnie zatem Budimex winien był notyfikować w JEDZ wszystkie informacje dotyczące okoliczności związanych z naliczeniem przez MPWiK pismem z dnia 20 września 2024 r. odszkodowania. Brak wskazania tych okoliczności w JEDZ i Wyjaśnieniach JEDZ stanowiło podanie informacji wprowadzających w błąd.

Rozpatrując przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp z punktu widzenia Zamawiającego w stosunku do Budimex istotne jest, aby Zamawiający posiadał informacje o tym jakie zarzuty względem Budimex zostały sformułowane przez MPWiK i w związku z tym, jakie skierowano roszczenia. W sytuacji, w której Budimex nie poinformował Zamawiającego o uznaniu przez MPWiK nienależytego wykonania przedmiotu Umowy MPWiK i naliczeniu odszkodowania, pozbawił Zamawiającego możliwości samodzielnej oceny zaistnienia podstawy wykluczenia Budimex w świetle art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp.

[Zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo / lekkomyślność lub niedbalstwo]

W zakresie pojęcia rażącego niedbalstwa Odwołujący powołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 stycznia 2023 r. (sygn. akt KIO 84/23) i podkreślił, że Budimex winien był wskazać w JEDZ okoliczności związane z nienależytym wykonaniem przedmiotu Umowy MPWiK oraz naliczeniem przez MPWiK pismem z dnia 20 września 2024 r. odszkodowania, a jeżeli tych informacji nie podał, to jego działanie ma cechy zamierzonego działania lub co najmniej rażącego niedbalstwa. Fakt przemilczenia tych informacji musi się zatem jawić jak celowe działanie ukierunkowane na utrudnienie Zamawiającemu i innym wykonawcom na zweryfikowanie okoliczności związanych z nienależytym wykonywaniem Umowy MPWiK przez Budimex. Nawet gdyby uznać, że działanie BUDIMEX nie miało cech zamierzonego działania, to z pewnością Budimex wypełniając JEDZ i Wyjaśnienia JEDZ nie dochował należytej staranności związanej ze zweryfikowaniem okoliczności dotyczących naliczonych kar umownych i odszkodowań przez MPWiK oraz roszczeń z tym związanych, a zatem uchybił wymaganiom od profesjonalisty miernikom staranności związanych z wypełnieniem JEDZ. Postępowanie to musi być zatem uznane za rażące niedbalstwo, w szczególności mając na względzie, iż Budimex musiał mieć świadomość o istnieniu odszkodowania, a okoliczność opisanie roszczeń odszkodowawczych związanych z projektem Elektrowni Turów wskazuje na to, że Budimex miał także świadomość o konieczności wskazania w JEDZ nie tylko naliczonych kar umownych, ale także odszkodowań.

W świetle art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp przedstawienie wprowadzających w błąd informacji musi być wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa. Odwołujący wskazał, że działanie Budimex mogło być wynikiem co najmniej rażącego niedbalstwa. Nawet gdyby uznać inaczej, to Budimex mając wiedzę w zakresie naliczenia pismem z dnia 20 września 2024 r. odszkodowania z pewnością miał świadomość konieczności notyfikowania okoliczności tych w JEDZ, a mimo tego podjął decyzję o przemilczeniu tej okoliczności. Zatem bezpodstawnie sądził, że zatajając te informacje jednak nie wprowadził w błąd Zamawiającego, co jest przejawem lekkomyślności.

[Wpływ na decyzję Zamawiającego]

Zatajenie przez Budimex wprowadzających w błąd informacji miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, bowiem na podstawie tych informacji Zamawiający uznał lub co najmniej mógł uznać, że Budimex nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp. Zatajenie informacji na temat nałożonego względem wykonawcy Budimex odszkodowania bez wątpienia mogło i miało istotny wpływ na wynik postępowania, ponieważ decydowało o pozytywnym lub negatywnym zweryfikowaniu sytuacji podmiotowej ww. wykonawcy.

Nie ma znaczenia także dla zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 8) lub 10) ustawy Pzp, czy wykonawca Budimex rzeczywiście podlegałby w związku z dochodzonym przez MPWiK odszkodowaniem wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp. Jak bowiem wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 28 czerwca 2022 r. (sygn. akt XXIII Zs 66/22), stwierdzenie wystąpienia przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp nie jest warunkiem wykluczenia wykonawcy za wprowadzenie w błąd.

Fakt braku podania przez Budimex okoliczności związanych z uznaniem przez MPWiK nienależytego wykonania Umowy oraz naliczeniem pismem z dnia 20 września 2024 r. odszkodowania miała z pewnością wpływ na wynik postępowania, bowiem finalnie oferta Budimex została uznana za najkorzystniejszą, gdy tymczasem powinna była zostać odrzucona.

[Brak możliwości zastąpienia nieprawdziwych informacji]

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby, w przypadku podania przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd - jak w przypadku BUDIMEX - niedopuszczalne jest wzywanie wykonawcy na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp lub art. 122 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentu zawierającego wprowadzające w błąd informacje. Zatem BUDIMEX w tym stanie rzeczy nie może zostać wezwany w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia JEDZ w zakresie okoliczności związanych z naliczeniem przez MPWiK pismem z dnia 20 września 2024r. Odszkodowania MPWiK. Według orzecznictwa Izby złożenie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji wyłącza możliwość uzupełniania dokumentów wymaganych do potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz niepodlegania wykluczeniu (patrz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 4 maja 2017 roku, sygn. akt KIO 734/17; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 7 czerwca 2017 roku, sygn. akt KIO 1004/17; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 1() października 2017 roku, sygn. akt KIO 2003/17). W tym stanie rzeczy nie jest możliwe sanowanie nieprawdziwych informacji podanych przez Budimex w JEDZ i Wyjaśnieniach JEDZ - zatajenie faktu uznania przez MPWiK okoliczności nienależytego wykonania Umowy oraz naliczenia odszkodowania – zachodzi obligatoryjność wykluczenia Budimex z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8) Pzp, względnie art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp.

Wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko w sprawie - pismem z dnia 28 września 2025 r.. Wskazał, że nieprzerwanie od marca 2022 r. w odpowiedzi na pytanie z formularza JEDZ odnoszące się do przesłanki wykluczenia z części III lit. C, udziela odpowiedzi twierdzącej, decydując się na szczegółowe omówienie zaistniałych w jego historii kontraktowej przypadków choćby potencjalnie wypełniających przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp, jednak bez wdrażania w tym zakresie procedury self-cleaning.

Przystępujący wyjaśnił, że powyższe działanie podyktowane jest kierunkiem orzecznictwem, które zostało sformułowane poczynając od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej wydanego właśnie w sprawie Budimex, tj. wyroku z dnia 14 marca 2022 r. (sygn. akt KIO 449/22), z którego wynika, że „Interpretacja oświadczenia wykonawcy z JEDZ powinna następować w powiązaniu z przesłankami wykluczenia wykonawcy, a odpowiedź na pytanie (część III sekcja c JEDZ) musi być analizowana przez pryzmat przesłanek określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.” Budimex, działając w duchu przejrzystości i profesjonalizmu wykonawcy funkcjonującego na rynku robót budowlanych, podejmuje czynności mające na celu bieżące informowanie zamawiających o wszelkich sytuacjach ze swojej historii kontraktowej, które choćby potencjalnie mogłyby stanowić o wypełnieniu przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp, tj. odnoszący się do analizy przypadku realizacji wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, pod względem przyczyn jego zaistnienia leżących po stronie wykonawcy, znacznego stopnia lub zakresu niewykonania lub nienależytego wykonania albo długotrwałego nienależytego wykonywania zobowiązania, istotności zobowiązania, które nie zostało wykonane, zostało wykonane nienależycie albo było długotrwale nienależycie wykonywane, konsekwencji zaistnienia określonego przypadku, w kontekście wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Ponieważ przepis art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp jest przepisem skutkowym, wszystkie jego elementy muszą wystąpić łącznie, by można było mówić o zaistnieniu przesłanki wykluczenia.

Przystępujący wskazał, że analiza sytuacji pod kątem przesłanek wynikających z art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp miała również miejsce w odniesieniu do przypadku, który jest powoływany przez Odwołującego, tj. „Modernizacji Zakładu Północnego – etap II – modernizacja filtrów pospiesznych piaskowych”, a więc inwestycji realizowanej na rzecz Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawa S.A. Na dzień podejmowania decyzji w sprawie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz decyzji o przyznaniu wykonawcy Budimex punktów i kwalifikacji w ramach rankingu nieodrzuconych ofert Zamawiający (jak i Odwołujący) dysponował informacjami na temat Modernizacji filtrów pospiesznych. Przypadek ten został Zamawiającemu zgłoszony i odpowiednio opisany. Podstawą zarzutów Odwołującego są informacje dotyczące pisma z dnia 20 września 2024 r., zgodnie z którym Budimex „został wezwany do zapłaty kwoty 55.253.509,84 zł tytułem szkody poniesionej przez MPWiK dochodzonej celem przywrócenia pełnej funkcjonalności filtrów pospiesznych F1-F24.” Przystępujący wskazał, że składając wraz ze swoją ofertą pismo z wyjaśnieniami odnoszące się do art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp wyjaśnił wszystkie niezbędne okoliczności faktyczne i prawne sprawy odnoszące się do inwestycji dotyczącej Modernizacji filtrów pospiesznych, które powinny być analizowane z

perspektywy przesłanek wykluczenia z postępowania. Przypadek Modernizacji filtrów pospiesznych został zgłoszony Zamawiającemu w treści wspomnianego Pisma z wyjaśnieniami, w którym Przystępujący dodatkowo nadmienił, że: kara umowna została naliczona z tytułu rzekomej zwłoki w usuwaniu wad i usterek w okresie rękojmi za wady i gwarancji, w jego własnej ocenie nie ponosi on odpowiedzialności za zidentyfikowane przez MPWiK w części zmodernizowanych filtrów wady, które spowodowały (przede wszystkim) wzrost ciśnienia w filtrach, co doprowadziło do uszkodzenia drenaży i nakładek, przedmiot umowy realizowany był w formule „Buduj”, a zatem na podstawie dokumentacji projektowej dostarczonej przez inwestora, co oznacza, że za ewentualne wady dokumentacji projektowej Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, lecz ryzyko ich wystąpienia leży po stronie zamawiającego, wykonawca podjął na własny koszt działania mające na celu przywrócenie pełnej sprawności zmodernizowanych filtrów pospiesznych i usunięcie skutków awarii, a w ramach tych działań wykonano w 2022 r. naprawy trzech filtrów poprzez demontaż i ponowne odtworzenie systemu drenażowego wykonany przez jego producenta, pod nadzorem MPWiK oraz zgodnie z pierwotną dokumentacją projektową, mimo podjęcia tych działań, po roku eksploatacji filtrów, odnowione drenaże uległy analogicznym awariom jak poprzednie, co stanowiło empiryczne potwierdzenie, że pierwotną ich przyczyną były błędne rozwiązania projektowe, stanowiące ryzyko zamawiającego (MPWiK), a nie wady wykonawcze, które mogłyby obciążać Wykonawcę, nie znajdując uzasadnienia przyjęcie, że występujące awarie filtrów pospiesznych były następstwem wad montażowych, do których usunięcia w ramach rękojmi i gwarancji zobowiązany był Wykonawca. Zamawiający otrzymał zatem kompleksową informację w przedmiocie naliczonych kar umownych, które mogą być badane przez pryzmat art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp. Naliczone kary odnoszą się bowiem do Klauzuli 8.7 pkt 1 lit. b) Warunków Kontraktu, zgodnie z którą Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne za zwłokę w usuwaniu wad lub usterek w okresie gwarancji i rękojmi.

Przystępujący podkreślił, że wezwanie do zapłaty z dnia 20 września 2024 r. odnosi się do kwoty 55.253.509,84 zł „stanowiącej koszty jakie zostały już poniesione przez MPWiK oraz koszty jakie MPWiK będzie zobowiązany ponieść – tytułem poniesionej przez MPWiK szkody oraz (częściowo) świadczenia nienależnego – celem przywrócenia pełnej funkcjonalności filtrów pospiesznych nr F1-F24 modernizowanych przez Wykonawcę w ramach realizacji umowy.” Kwota 55.253.509,84 zł stanowi roszczenia MPWiK, które są aktualnie przedmiotem sporu (co do ich źródła, zasady, wysokości) i dopiero będą rozpoznawane przez Sąd Okręgowy w Warszawie. Roszczenia te są na razie abstrakcyjne i określone hipotetycznie, i dopiero zostaną skonkretyzowane, zweryfikowane i ustalone w postępowaniu sądowym. Omawiane roszczenia (co wynika wprost z treści pozwu wniesionego w tej sprawie) odnoszą się do:

- „1.753.503,65 zł z tytułu kosztów poniesionych przez Powoda do dnia złożenia pozwu – inwestor przekazał spis pozycji, wchodzących w zakres kwoty całkowitej, jednak konieczność poniesienia tych kosztów i ich prawdziwość nie została w żaden sposób potwierdzona,
- 3.594.294,37 zł z tytułu płatności na rzecz Pozwanego 1 dokonanych w ramach Porozumień i Porozumienia Rozliczeniowego – jest to kwota, na którą składają się kwoty wypłacone Wykonawcy na podstawie Porozumień, od których obie strony odstąpiły ze skutkiem ex tunc, a inwestor dochodzi ich jako zwrotu świadczenia nienależnego,
- 49.905.711,82 zł z tytułu kosztów, które zostaną poniesione w przyszłości w związku z koniecznością usunięcia wadliwości filtrów – jest to kwota, zgodnie z treścią pozwu (str. 132), na którą „MPWiK szacuje wysokość kosztów niezbędnych do przywrócenia pełnej sprawności instalacji”, na dzień złożenia pozwu,
- 7.683.594,75 zł z tytułu kary umownej za zwłokę w usuwaniu wad.”

Informacja na temat kwoty kary umownej wynoszącej 7.683.594,75 zł odzwierciedlona w nocie obciążeniowej została Zamawiającemu przekazana wraz z formularzem JEDZ (załącznik do JEDZ w postaci pisma z wyjaśnieniami dot. art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp). Kwota 55.253.509,84 zł sformułowana jako roszczenie stanowi jednostronne działanie MPWiK. Potwierdzenie tego stanu znajduje się w treści pozwu o zapłatę MPWiK z dnia 20 września 2024 r. W pkt III.2.3 (str. 141 pozwu).

Na podstawie powyższego należy stwierdzić, że tylko kwota 7.683.594,75 zł z tytułu kary umownej za zwłokę w usuwaniu wad (zgłoszona Zamawiającemu) jest kwotą, która potencjalnie mogłaby podlegać badaniu pod kątem spełnienia przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp. Chociaż w jej zakresie również toczy się postępowanie sądowe, to została skonkretyzowana i może stanowić przedmiot badania związany z odniesieniem do odszkodowania, o którym mowa w przepisie ustawy Pzp. Źródłem kar są bowiem postanowienia umowy, a Zamawiający przedstawił w treści noty obciążeniowej konkretne wyliczenie. Pozostałe pozycje składające się na łączną kwotę roszczenia 55.253.509,84 zł stanowią szkodę przyszłą, której zarówno wystąpienie, jak i wysokość są niepewne. Okoliczności te ustali sąd. Okoliczności te mają dla sprawy kluczowe znaczenie, ponieważ MPWiK w treści pozwu formułuje główne roszczenie odnoszące się do kosztów, które dopiero zostaną poniesione w przyszłości w związku z koniecznością usunięcia wadliwości filtrów, ale koszty te na tym etapie nie mogą być jeszcze znane.

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że każdy z elementów roszczenia MPWiK na łączną kwotę 55.253.509,84 zł stanowi o konieczności kwalifikacji tego roszczenia w ramach pojęcia konstrukcji szkody przyszłej. Szkodę przyszłą można charakteryzować przez pryzmat jej postaci, a więc przyszłych, nieponiesionych jeszcze wydatków (damnum futurum) lub nieuzyskanych jeszcze korzyści (lucrum spatium). Istotne jest jednak, że ponieważ szkoda taka jeszcze nie powstała, to nie powinna podlegać naprawieniu, a żądanie kompensacji tego rodzaju szkody jest niedopuszczalne. Stanowisko takie jest dodatkowo uzasadnione, jeśli wziąć pod uwagę oczywisty, zdawałoby się fakt, że żaden przepis nie przewiduje wynagrodzenia na przyszłość szkody czy nieponiesionych jeszcze wydatków, bo przecież ich powstanie jest z natury rzeczy niepewne. Należy jednoznacznie rozróżnić okoliczności mające kluczowy wpływ na charakter dochodzonych przez MPWiK kwot, ponieważ aspekty te mają decydujące znaczenie dla weryfikacji konieczności zgłaszania przypadku roszczenia dochodzonej przez MPWiK kwoty 55.253.509,84 zł w treści formularza

JEDZ

W przypadku roszczenia opiewającego na kwotę 55.253.509,84 zł mowa jest o szkodzie przyszłej. Tymczasem odszkodowanie, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp - nie jest roszczeniem hipotetycznym, ale konkretnym, określonym i zamkniętym, w sensie dokładnego jego wyliczenia, z podaniem podstawy oraz tytułu. W omawianym przypadku „Modernizacji filtrów pospiesznych” jest jeszcze zbyt wcześnie, by przesądzić o winie za kłopoty podczas realizacji inwestycji i uznać, kogo ona obciąża i w jakim stopniu. Okoliczności tej sprawy ustali dopiero sąd, bowiem obie strony prezentują zgola odmienne stanowiska. Jeśli więc nie można jednoznacznie wskazać, kto i w jakim stopniu zawinił, czy jego wina odnosiła się do istotnego elementu przedmiotu zamówienia, a nadto nie wystąpił skutek w postaci wypowiedzenia, odstąpienia od umowy, wykonania zastępczego czy realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady, a zostało powyżej wykazane, że nie można również mówić o odszkodowaniu – nie doszło do spełnienia żadnej z przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp, poza oczywistym faktem, że sprawa dotyczy umowy w sprawie zamówienia publicznego. Możliwość stwierdzenia, że doszło do naruszenia przesłanki wykluczenia jest natomiast zdeterminowana koniecznością spełnienia wszystkich wymienionych przesłanek w zakresie jednego przypadku. W przeciwnym razie do naruszenia przepisów w ogóle nie doszło. Odwołujący tymczasem, chociaż za podstawę zarzutu uczynił art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp, nawet nie podejmuje próby wykazania spełnienia wszystkich przesłanek przepisu. W swoich twierdzeniach opiera się wyłącznie na piśmie uzyskanym od MPWiK i podanych tam okolicznościach, tymczasem przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp mają charakter sankcyjny, więc nie mogą być interpretowane rozszerzająco, tylko ściśle. Inwestycja „Modernizacja filtrów pospiesznych” nie powinna być zatem nawet analizowana pod kątem spełnienia przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp. W odniesieniu do przypadku „Modernizacji filtrów pospiesznych” nie doszło do kumulatywnego spełnienia przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp. Zamawiający został w toku postępowania poinformowany o sytuacji naliczenia skonkretyzowanych kar umownych za pomocą aktualizacji do JEDZ, a zatem miał pełną wiedzę odnoszącą się do tego przypadku – w zakresie, jaki podlega w tej sytuacji badaniu i analizie. Roszczenie MPWiK na kwotę 55.253.509,84 zł ma inny charakter i jest całkowicie odmiennej natury, która nie podlega analizie według przepisów ustawy Pzp, gdyż nie można tego roszczenia utożsamiać z jakimkolwiek substytutem odszkodowania, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp. Tym samym, Przystępujący pozostaje konsekwentny w swoim działaniu dotyczącym zgłaszania poszczególnych przypadków i przy tym zbieżny z aktualnym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej i sądów w tym zakresie.

Znaczenie omawianego przypadku dla analizy art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) Pzp

Przystępujący wskazał, że przepisy art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) Pzp zawierają zbieżne przesłanki, odnoszące się do wprowadzenia zamawiającego w błąd/przedstawienia mu informacji wprowadzających w błąd, istotnego wpływu powyższego na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

W ramach niniejszego postępowania Zamawiający miał świadomość kłopotów występujących w ramach realizacji przez Budimex inwestycji „Modernizacja filtrów pospiesznych”, bowiem otrzymał informację o naliczonych Budimex znacznych karach umownych i ich podstawie wraz ze szczegółowym opisem stanu faktycznego i prawnego. Wykonawca uwzględnił rozbieżności w ocenie sytuacji między swoim stanowiskiem a stanowiskiem MPWiK i zaznaczył, że temat związany z naliczeniem kar umownych jest rozwojowy.

Aby móc stwierdzić, czy w określonym przypadku doszło do wypełnienia przesłanek wykluczenia z postępowania dotyczących zatajenia przed Zamawiającym informacji w zakresie swojej historii kontraktowej, musiałyby istnieć informacje, które Zamawiający powinien samodzielnie ocenić w kontekście przesłanek wykluczenia. W przypadku Modernizacji filtrów pospiesznych Zamawiający otrzymał informacje niezbędne do zgłoszenia przez wykonawcę i niezbędne do pogłębionej analizy. W omawianej sytuacji kluczowe jest, że przypadek został Zamawiającemu zgłoszony i Zamawiający miał świadomość, że Wykonawca (wspólnie z konsorcjantem) boryka się z problemami związanymi z realizacją inwestycji. Zamawiający miał też świadomość istnienia sporu z inwestorem oraz wiedział, że chodzi o usuwanie wad i usterek w części zmodernizowanych filtrów, co spowodowało wzrost ciśnienia w filtrach i doprowadziło do uszkodzenia drenaży i nakładek. W tym zakresie sytuacja faktyczna i prawna się nie zmieniła, a jedyną nowością w zakresie tego przypadku było wytoczenie przez inwestora powództwa.

W szczególności, co powinno podlegać ocenie w kontekście prawdziwości składanych przez wykonawców oświadczeń i ewentualnego spełnienia przesłanek określonych w art. 109 ust. 1 pkt 8) i pkt 10) Pzp – zmianie nie ulega oświadczenie w treści formularza JEDZ, które jest składane przez Przystępującego. Przystępujący, zgodnie z aktualną, właściwie jednolitą linią orzecniczą, składa w swoim JEDZ oświadczenie TAK w odniesieniu do pytania w sprawie rozwiązania umowy przed czasem, a ponadto składa pismo z wyjaśnieniami odnoszące się do poszczególnych przypadków mogących być weryfikowanymi pod kątem art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp. Ponieważ jednak w żadnym przypadku nie doszło jeszcze do przesądzenia zawinienia i zakresu niewykonania / nienależytego wykonania skutkującego określonymi konsekwencjami omówionymi w przepisie, Przystępujący nie podlega wykluczeniu na tej podstawie. W efekcie – nie jest również zobowiązany do wdrożenia procedury self-cleaningu, co również znajduje odzwierciedlenie w treści formularza JEDZ.

Mając na uwadze okoliczności faktyczne sprawy należy uznać, że Odwołujący nie wykazał zaistnienia żadnej z przesłanek składających się na podstawy wykluczenia opisane w art. 109 ust. 1 pkt 7) oraz w art. 109 ust. 1 pkt 8) i pkt 10) ustawy Pzp.

W dniu 18 września 2025 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Odnosząc się do pierwszego z zarzutów odwołania, Zamawiający podniósł brak wykazania przez Odwołującego ziszczenia się wobec Budimex wszystkich przesłanek wykluczenia uregulowanych w przepisie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w

związku z realizacją Umowy MPWiK. Tym samym, nie sposób jest się zgodzić z zarzutem Odwołującego, jakoby oferta Budimex powinna podlegać odrzuceniu. Zamawiający podkreślił, że ciężar dowodu w wykazaniu ziszczenia się wobec Budimex podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp spoczywa w całości na Odwołującym. Uzasadnienie przez Odwołującego podniesionego zarzutu nie odnosi się jednak do wszystkich przesłanek umożliwiających wykluczenie wykonawcy z postępowania o zamówienie publiczne uregulowanych w przepisie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, a co za tym idzie, poza wykazaniem faktu, że MPWiK podjął w stosunku do Budimex działania związane z próbą wyegzekwowania ww. należności tytułem odszkodowania i kar umownych, nie udźwignął spoczywającego na nim ciężaru dowodu.

Zgodnie z przywołanym art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, aby możliwym było wykluczenie wykonawcy na podstawie ww. przepisu, ziścić się muszą dwie grupy przesłanek:

- 1) przesłanki „przyczynowe”: musi nastąpić zachowanie wykonawcy, które polegało na niewykonaniu w znacznym stopniu lub zakresie określonego zobowiązania z umowy w sprawie zamówienia publicznego, które musi mieć charakter istotny (lub niewykonanie go lub długotrwałe nienależyte wykonywanie) i to z przyczyn leżących po stronie wykonawcy oraz
- 2) przesłanki „skutkowe”: musi powstać skutek w postaci wypowiedzenia umowy, odstąpienia od niej, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

W orzecznictwie nie podlega kwestii, że wszystkie powyższe przesłanki muszą zostać spełnione łącznie (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 października 2024 r. KIO 3248/24, wyrok z dnia 21 listopada 2023 r. KIO 3293/23). W treści odwołania, nie przedstawiono jednak żadnych okoliczności faktycznych oraz dowodów, które mogłyby wskazywać na to, że wystąpienie wad filtrów wykonanych przez Budimex w ramach Umowy z MPWiK, było przyczyną leżącą po stronie Budimex niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy z MPWiK. Zwłaszcza w świetle wyjaśnień zawartych w załączniku do JEDZ złożonego przez Budimex, którymi dysponował Zamawiający w toku postępowania, na których oparł swoją ocenę o braku podstaw wykluczenia Budimex w związku z realizacją Umowy MPWiK, zgodnie z którymi, przyczyną wad filtrów było nie nieprawidłowe wykonawstwo (za które odpowiadał Budimex), a błędy projektowe (za które odpowiadał MPWiK), Odwołujący nie przedstawił żadnych wykazanych twierdzeń lub kontrdowodów, z których niezbitcie wynikałoby, że wady filtrów spowodowało nieprawidłowe wykonanie robót przez Budimex. Tylko w takim przypadku, stwierdzić można byłoby, że Budimex z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał lub nienależycie wykonał wcześniejsze zamówienie publiczne, a co za tym idzie, rozpocząć dalsze – istotne na gruncie przepisu art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp – rozważania, czy to niewykonanie miało istotny charakter oraz wywołało skutek w postaci sankcji opisanych w tym przepisie. W świetle kodeksowych zasad odpowiedzialności kontraktowej uregulowanych w art. 471 k.c. i art. 483 k.c., podstawą odpowiedzialności z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy jest zawinienie dłużnika (wykonawcy): *Zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się w pełni z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 471). Wynika to zarówno z celu kary umownej, jak i umiejscowienia samych przepisów jej dotyczących. Podporządkowanie kary umownej podstawom odpowiedzialności kontraktowej sprawia, że zobowiązany do zapłaty tej kary może bronić się zarzutem – podobnie jak każdy dłużnik zobowiązany do naprawienia szkody stosownie do art. 471 – że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności (uzasadnienie wyroku SN z dnia 20 marca 1968 r., II CR 419/67, LEX nr 6299)[tak:] T. Wiśniewski [w:] Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania. Część ogólna, wyd. II, red. J. Gudowski, Warszawa 2018, art. 483.). Tym samym, z samego faktu dochodzenia przez MPWiK od Budimex:*

1) kary umownej z tytułu zwłoki w usunięciu wad filtrów w ramach rękojmi i gwarancji,

2) odszkodowania z tytułu istnienia tych samych wad filtrów

- nie można niejako automatycznie wywodzić, że istnienie wad filtrów jest skutkiem niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy MPWiK, a tym samym, że wobec Budimex ziściła się podstawa wykluczenia z art. 119 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Samo bowiem dochodzenie przez MPWiK wobec Budimex roszczeń odszkodowawczych lub z tytułu kar umownych, nie przesądza jeszcze o tym, że Budimex nie wykonał lub nienależycie wykonał Umowę MPWiK.

Co więcej, brak winy Budimex co do istnienia wad filtrów wyłączać powinien jego odpowiedzialność:

1) z tytułu wspomnianych kar umownych z tytułu usunięcia wad w ramach rękojmi i gwarancji (jeśli wady nie wynikają z wadliwego wykonawstwa – odpowiedzialność Budimex z tytułu rękojmi i gwarancji nie aktualizuje się, a tym samym nie może pozostawać w zwłoce wobec obowiązku usunięcia wad)

2) odszkodowawczą z tytułu istnienia wad filtrów (jeśli wady nie wynikają z wadliwego wykonawstwa – Budimex nie jest odpowiedzialny za poniesienie przez MPWiK szkody z tego tytułu- a w konsekwencji prowadzić do oddalenia powództwa w toczącym się obecnie postępowaniu (o ile takie ustalenia potwierdzi Sąd rozpoznający sprawę). Obecnie jednak Odwołujący nie przedstawia żadnych dowodów potwierdzających zawinione przez Budimex niewykonanie lub nienależyte wykonanie Umowy MPWiK.

Brak argumentacji popartej dowodami ze strony Odwołującego, potwierdzającej ziszczenie się odpowiedzialności kontraktowej Budimex wobec MPWiKa *priori* ucinać powinien jakąkolwiek dyskusję na temat ziszczenia się wobec Budimex podstaw wykluczenia z art. 109 ust. pkt 7 ustawy Pzp w związku z realizacją Umowy z MPWiK. W szczególności, leżące po stronie Budimex niewykonanie lub nienależyte wykonanie Umowy MPWiK, nie może być skutecznie wywodzone przez Odwołującego z zawarcia przez Budimex porozumienia z MPWiK w dniu 25 listopada 2021 r. (wraz z Aneksem z dnia 16 września 2022 r.). Odwołujący twierdzi, że z faktu zawarcia przez Budimex tego porozumienia wynikać ma odpowiedzialność Budimex za wady filtrów, przy czym Odwołujący nie zna treści tego porozumienia, nie przedstawia go wraz z odwołaniem i nie jest w stanie przytoczyć jego treści oraz bazuje tylko na zdawkowym opisie tego porozumienia, zawartym w piśmie MPWiK do Budimex z 24 maja 2024 r. załączonym do

odwołania, podczas gdy w treści załącznika do JEDZ złożonego przez Budimex, Budimex wskazał jednoznacznie, że w 2022 r., z uwagi na dotychczasową współpracę z MPWiK oraz wagę i znaczenie realizowanej inwestycji, podjął na własny koszt próby przywrócenia pełnej sprawności filtrów i usunięcia skutków ich awarii zgodnie z pierwotną dokumentacją projektową którą dostarczało MPWiK, a mimo tego, awarie wystąpiły ponownie, co jednoznacznie wskazuje, że przyczyną wad filtrów były błędy projektowe (a Umowa MPWiK była kontraktem typu „buduj”).

Mając na uwadze powyższe, w związku z niewykazaniem przez Odwołującego ziszczenia się wobec Budimex wszystkich przesłanek uregulowanych w przepisie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, brak jest podstaw do stwierdzenia, że Budimex powinien podlegać wykluczeniu z postępowania z uwagi na okoliczności związane z realizacją Umowy MPWiK. Samo wykazanie podjęcia przez MPWiK działań wobec Budimex nakierowanych na wyegzekwowanie kar umownych lub odszkodowania nie przesądza jeszcze o ziszczeniu się ww. podstawy wykluczenia wobec Budimex, tj. przede wszystkim o tym, że z zawinionych przez Budimex względów, Umowa MPWiK nie została wykonana lub została wykonana nienależycie.

W odpowiedzi na zarzut nr 2 i 3 – dotyczących wprowadzenia Zamawiającego w błąd, Zamawiający podkreślił przedstawienie przez Budimex w treści załącznika do JEDZ wszystkich istotnych informacji dla oceny ziszczenia się podstawy wykluczenia z art. 119 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Zamawiający wskazał, że podnoszone przez Odwołującego roszczenia MPWiK kierowane wobec Budimex nie tylko wywodzone są z jednej Umowy, ale i oparte są na tej samej podstawie faktycznej tj. na twierdzeniu, że Budimex w sposób przez siebie zawiniony, wadliwie wykonał filtry. Kary umowne, których dochodzi MPWiK do Budimex naliczone są w związku z twierdzeniem, że Budimex jest odpowiedzialny za istnienie tych wad filtrów i w ramach gwarancji i rękojmi powinien je usunąć (pod rygorem właśnie zapłaty kary umownej), natomiast odszkodowanie, którego domaga się MPWiK od Budimex dochodzone jest w związku z twierdzeniem, że Budimex jest odpowiedzialny za istnienie wad filtrów i powinien naprawić powstałą z tego tytułu szkodę. Jednocześnie więc, „punktem wyjścia” wywodzonych przez MPWiK wobec Budimex roszczeń jest twierdzenie, że Budimex ze swojej winy wadliwie wykonał filtry. Wspomniano już wyżej, że ta właśnie okoliczność jest rozstrzygającą o odpowiedzialności odszkodowawczej Budimex (w świetle art. 471 k.c.) oraz o odpowiedzialności z tytułu kar umownych (art. 483 k.c.). Dopiero stwierdzenie tej okoliczności, faktycznie uprawniałoby do dochodzenia wspomnianych roszczeń, a tym samym brak ziszczenia się podstawy odpowiedzialności kontraktowej przekreśla skuteczność dochodzenia roszczeń z tego tytułu. Odpowiedzialność Budimex z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy MPWiK – jak już wspomniano – jest też zasadniczą („przyczynową”) przesłanką ziszczenia się wobec Budimex podstawy wykluczenia na gruncie przepisu art. 119 ust. 1 pkt 7 Pzp. Tym samym, możliwość ustalenia, że Budimex nie ponosi odpowiedzialności z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy MPWiK, jest rozstrzygającą o braku ziszczenia się wobec niego tej podstawy wykluczenia, a w takim wypadku rodzaj roszczeń jakich wobec Budimex dochodzi MPWiK jest kwestią wtórną i nieistotną. Bez ustalenia zasady odpowiedzialności odszkodowawczej (zawinionego niewykonania lub nienależytego wykonania umowy), kierowanie roszczeń odszkodowawczych czy z tytułu kar umownych jest bezzasadne na gruncie k.c., a na gruncie ustawy Pzp, irrelevantne dla stwierdzenia podstaw wykluczenia z art. 119 ust. 1 pkt 7.

Zamawiający podkreślił, że nie jest pomiędzy Stronami sporne, że Budimex w złożonym wraz z ofertą załączniku do JEDZ, przedstawił Zamawiającemu swoje stanowisko, zgodnie z którym, brak jest podstaw do stwierdzenia, że ze swojej winy nie wykonał lub nienależycie wykonał Umowę MPWiK. W treści wspomnianego załącznika Budimex wyjaśnił, że nie uznaje twierdzeń MPWiK o nienależytym wykonawstwie robót przez Budimex, które prowadzić miały do wad filtrów oraz że wspomniane wady spowodowane są błędami projektowymi zawartymi w dokumentacji zapewnianej przez MPWiK. Na podstawie tych informacji, Zamawiający mógł ustalić kluczową z punktu widzenia art. 119 ust. 1 pkt 7 Pzp okoliczność – brak podstaw do stwierdzenia, że Budimex ze swojej winy nie wykonał lub nienależycie wykonał Umowę MPWiK. Brak poinformowania Zamawiającego przez Budimex o kierowaniu wobec niego przez MPWiK roszczeń odszkodowawczych, a wyłącznie roszczeń z tytułu kar umownych, w sytuacji, w której te roszczenia wywodzone są przez MPWiK z tego samego twierdzenia (że Budimex wadliwie wykonał swoje roboty), było irrelevantne dla powyższej oceny. Wiedza o tym jakie roszczenia wobec Budimex wywodzi MPWiK w związku z twierdzeniem, że Budimex wykonał filtry (ze swojej winy) wadliwie, w świetle informacji, które Budimex przedstawił w załączniku do JEDZ (wskazujących na brak zawinienia), nie doprowadziłaby Zamawiającego do innych konkluzji co do istnienia wobec Budimex podstaw wykluczenia z art. 119 ust. 1 pkt 7 Pzp, niż te które zostały poczynione przez Zamawiającego na podstawie wspomnianego załącznika. Nawet bowiem najwyższe roszczenia *ex contractu* kierowane do wykonawcy, w przypadku ustalenia, że nie ponosi on odpowiedzialności z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego, nie mogą determinować i decydować o zaktualizowaniu się wobec niego przesłanki wykluczenia z art. art. 119 ust. 1 pkt 7 Pzp.

W świetle powyższego, postępowania Budimex nie sposób identyfikować jako wprowadzenia Zamawiającego w błąd w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp, skoro Budimex przedstawił Zamawiającemu wszystkie konieczne informacje pozwalające stwierdzić, że w związku z realizacją przez Budimex Umowy MPWiK, nie zachodzą wobec Budimex podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Skoro zatem skierowania wobec Budimex przez MPWiK roszczeń odszkodowawczych nie można traktować jako podstawy do wykluczenia Budimex z postępowania z przepisu art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, to tym samym, nieprzekazanie tych informacji Zamawiającemu, nie może być rozstrzygane w kategorii przedstawienia nieprawdziwych informacji w JEDZ (a więc w kategorii wprowadzenia w błąd w rozumieniu przepisów art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp).

Opierając się na orzecznictwie Izby oraz stanowisku UZP w przedmiocie obowiązku przedstawienia informacji w

JEDZ w części III sekcja C („Podstawy wykluczenia. Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi”), Zamawiający wskazał, że wobec braku wykazania przez Odwołującego, że dochodzenie przez MPWiK wobec Budimex odszkodowania związanego z wykonaniem Umowy MPWiK wpisuje się w przesłankę wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, to brak podania przez Budimex w JEDZ informacji o tej inicjatywie MPWiK, nie może być rozpatrywane w kategorii wprowadzenia Zamawiającego w błąd w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp (polegającego na „zatajeniu” tej informacji). Skoro ta informacja nie determinowała podstawy wykluczenia Budimex z postępowania z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, brak jest podstaw do stwierdzenia po stronie Budimex obowiązku (pod rygorem wykluczenia go z postępowania) do przekazania Zamawiającemu tej informacji.

Zdaniem Zamawiającego, powyższej konstatacji nie zmienia fakt, że Budimex z ostrożności poinformował Zamawiającego o okolicznościach związanych z realizacją Umowy MPWiK, bowiem nie można tego poczytywać na jego niekorzyść, zwłaszcza przy stosowaniu sankcyjnych narzędzi jakimi są podstawy wykluczenia z postępowania. Budimex zastrzegł w treści załącznika do JEDZ, że przedstawia swoją historię kontraktową (niewpisującą się w przesłankę wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp) mimo braku takiego obowiązku.

Niezależnie od tego, że Budimex przedstawił Zamawiającemu istotne dla oceny istnienia podstaw wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp okoliczności, a także mimo tego, że nie był do tego zobowiązany pod rygorem uznania wprowadzenia Zamawiającego w błąd w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp, to brak przedstawienia w załączniku do JEDZ informacji o dochodzeniu wobec niego odszkodowania przez MPWiK, przy przedstawieniu informacji o dochodzeniu kar umownych determinowany był też obiektywnymi okolicznościami, które trudno pominąć. O ile bowiem MPWiK skonkretyzowało wobec Budimex swoje żądanie z tytułu kar umownych, to żądanie zapłaty odszkodowania jest żądaniem niewyliczalnym, co obrazuje zestawienie skierowanego przez MPWiK do Budimex wezwania do zapłaty kar umownych z dnia 19 maja 2024 r. z wezwaniem MPWiK skierowanym do Budimex w dniu 24 września 2024 r. do zapłaty odszkodowania, z którego trudno ustalić, w jaki sposób wyliczona została dochodzona należność tytułem odszkodowania, a ponadto wezwanie to dotyczy w zasadzie szkody, której MPWiK jeszcze nie poniosło (szkody przyszłej). Dochodzone wspomnianym wezwaniem odszkodowanie nie było więc odszkodowaniem „należnym”, tj. stanowiącym ekwiwalent już doznanego uszczerbku majątkowego przez MPWiK, ale uszczerbku przyszłego i niepewnego. W tej sytuacji, skoro na moment składania Zamawiającemu przez Budimex JEDZ w Postępowaniu, samo MPWiK nie przekazało jeszcze Budimex istotnych okoliczności co do swojego roszczenia odszkodowawczego (o których decydować będzie obecnie Sąd), nie sposób po stronie Budimex identyfikować obowiązku przedstawienia tych okoliczności Zamawiającemu.

Zamawiający wyjaśnił również, że w momencie weryfikacji podmiotowej Budimex dysponował on informacjami o aktualnym stanie dochodzenia przez MPWiK roszczeń w stosunku do Budimex, w tym o skierowaniu przez MPWiK pozwu o zapłatę odszkodowania. W

ramach wewnętrznej wymiany informacji w strukturach GDDKiA, Zamawiający (oddział w Gdańsku) otrzymał od oddziału we Wrocławiu (w dniu 26 czerwca 2025 r.) wyjaśnienia Budimex złożone w postępowaniu na budowę drogi S8, skierowane przez Budimex związane z omówieniem okoliczności kierowania wobec Budimex roszczeń o zapłatę odszkodowania. Informacja ta stanowi załącznik do protokołu z postępowania.

W momencie przystąpienia do weryfikacji podmiotowej Budimex Zamawiający mógł – bazując na posiadanych informacjach – potwierdzić, że miał możliwość stwierdzenia braku podstaw wykluczenia Budimex z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp bazując na informacjach otrzymanych od Budimex w załączniku do JEDZ dot. realizacji Umowy z MPWiK oraz że z uwagi na brak podstaw wykluczenia Budimex z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w związku z realizacją Umowy z MPWiK, nieprzedstawienie przez Budimex informacji o dochodzeniu przez MPWiK odszkodowania nie mogło być kwalifikowane jako wprowadzenie Zamawiającego w błąd, a także, że brak jest podstaw do kierowania do Budimex dalszych wezwań zmierzających do wyjaśnienia okoliczności związanych z realizacją Umowy MPWiK.

Powyższe potwierdza, że Zamawiający, rozstrzygając postępowanie, posiadał pełen zakres informacji pozwalający na świadomy wybór oferty Budimex uwzględniający wszystkie okoliczności sprawy.

Na marginesie i z daleko idącej ostrożności Zamawiający wskazał, że nawet gdyby przyjąć za Odwołującym, że:

- 1) niewykonanie przez Budimex Umowy z MPWiK w związku z którym MPWiK dochodzi od Budimex odszkodowania należy traktować jako odrębną okoliczność rozpatrywaną przez przyzmat przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp i gdyby faktycznie to niewykonanie Umowy stanowiło okoliczność leżącą po stronie Budimex,
- 2) w związku z brakiem przedstawienia tej okoliczności w załączniku do JEDZ, Budimex mógłby wprowadzić Zamawiającego w błąd w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp,

- to obowiązek poinformowania Zamawiającego o tej okoliczności, właśnie pod rygorem wprowadzenia Zamawiającego w błąd, identyfikować można byłoby po stronie Budimex tylko wówczas, gdyby okres wykluczenia Budimex w trybie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w związku z tą okolicznością jeszcze nie upłynął, biorąc pod uwagę art. 111 pkt 4 Pzp. Najwcześniejszą datą jaką można przyjąć, bazując na przesłanych przez Odwołującego dokumentach, w której MPWiK świadome było istnienia wad filtrów był dzień 25 listopada 2024 r. (wówczas MPWiK zawarło z Budimex porozumienie na które powołuje się Odwołujący). Co najmniej więc od tamtego dnia (zakładając teoretycznie, że wady wynikały z przyczyn leżących po stronie Budimex), możliwe byłoby stwierdzenie nienależytego wykonania przez Budimex Umowy MPWiK z tytułu którego MPWiK dochodzi odszkodowania.

W takim przypadku, okres wykluczenia, o którym mowa w art. 111 pkt 4 ustawy Pzp, powinien być liczony od najpóźniej od dnia 25 listopada 2021 r. i upływałby w dniu 25 listopada 2024 r., a więc jeszcze przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu. Tym samym, na moment składania ofert w postępowaniu, okres wykluczenia liczony od wystąpienia zdarzenia z którym wiązana jest ta podstawa wykluczenia, upłynąłby, a Budimex nie byłoby zobowiązany do

przedstawiania w JEDZ jakichkolwiek informacji o dochodzeniu wobec niego roszczeń odszkodowawczych przez MPWiK. Również więc i z powyższych względów, z brakiem przekazania w JEDZ przez Budimex informacji o dochodzeniu przez MPWiK odszkodowania związanego rzekomymi wadami filtrów, nie można wiązać wprowadzenia Zamawiającego w błąd przez Budimex.

W dniu 28 września 2025 r. Odwołujący złożył do akt sprawy pismo procesowe, w którym podtrzymał swoje stanowisko, odnosząc się do argumentacji Zamawiającego.

**Krajowa Izba Odwoławcza** uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestników postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do dyspozycji art. 505 ust. 1 Pzp.

Wykonawca UNIBEP S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim przystąpił do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 3448/25 po stronie Odwołującego, stosownie do przepisów art. 525 ust. 1, 2 i 3 Pzp.

Wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie przystąpił do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 3448/25 po stronie Zamawiającego, stosownie do przepisów art. 525 ust. 1, 2 i 3 Pzp.

Izba ustaliła, jak poniżej:

Przedmiotem zamówienia jest *„Budowa obwodnicy Starogardu Gdańskiego w ciągu drogi krajowej nr 22”*. Przedmiot zamówienia opisany został szczegółowo w Tomie II i III SWZ.

Zamawiający przewidział w pkt. 9.2 ppkt 7, 8 i 10 IDW(SWZ) tzw. fakultatywne przesłanki wykluczenia wykonawców, o których mowa m.in. w art. 109 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 Pzp, stosownie do brzmienia art. 109 ust. 2 Pzp. W rozpoznanej sprawie okoliczność ta nie była sporna pomiędzy stronami.

Zgodnie z postanowieniem zawartym w pkt 10.3 i 16.6 ppkt 7 IDW Zamawiający wymagał złożenia przez wykonawców wraz z ofertą Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej „JEDZ”) na potwierdzenie braku przesłanek wykluczenia z postępowania oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Wykonawca Budimex złożył wraz z ofertą dokument JEDZ, w którym w części III lit.c 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?”* udzielił odpowiedzi „TAK” i załączył do JEDZ wyjaśnienia z dnia 13 lutego 2025 r., w których opisał m.in. okoliczności związane z naliczeniem przez MPWiK w Warszawie w dniu 29 maja 2024 r. kary umownej w wysokości 7.683.594,75 zł z tytułu zwłoki w usuwaniu wad i usterek w okresie rękojmi za wady i gwarancji. Wykonawca Budimex oświadczył jednocześnie, że *„względem niego nie zachodzą podstawy do zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, albowiem w historii działalności Spółki nie wystąpiły sytuacje, które wypełniałyby łącznie wszystkie przesłanki wymienione w treści ww. przepisu.”* W odniesieniu do Zadania pn.: *„Modernizacja Zakładu Północnego — etap II. Modernizacja filtrów pospiesznych piaskowych”*, wykonawca Budimex oświadczył, że *„Wierzytelność sporna z tytułu kar umownych, kara umowna naliczona 29 maja 2024 r. jest kwestionowana zarówno co do zasady jak i co do wysokości, kontrakt zakończony, odebrany, obiekt w użytkowaniu.”* Wykonawca Budimex wyjaśnił, że *„W dniu 29 maja 2024 r. zamawiający, tj. Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawa S.A. (dalej: „MPWiK”), obciążył BUDIMEX i Cadagua S.A. z siedzibą w Bilbao, Hiszpania, występujących wspólnie pod firmą Budimex SA — Cadagua S.A. IV Spółka Cywilna (dalej łącznie jako: „Wykonawca”) karą umowną w wysokości 7.683.594,75 złotych, odzwierciedloną w nocie obciążeniowej nr 002/05/DFR/2024, wystawioną przez zamawiającego w dniu 29 maja 2024 r. tytułem rzekomej zwłoki w usuwaniu wad i usterek w okresie rękojmi za wady i gwarancji.*

BUDIMEX wskazuje, że umowa na realizację przedmiotowego zadania nr. 111.6 pn.: *„Modernizacja Zakładu Północnego — etap II. Modernizacja filtrów pospiesznych piaskowych”* (dalej „Umowa”) została wykonana prawidłowo. Wskazuje również, że nie ponosi odpowiedzialności za zidentyfikowane przez MPWiK w części zmodernizowanych filtrów wady, które spowodowały (przede wszystkim) wzrost ciśnienia w filtrach, co doprowadziło do uszkodzenia drenaży i nakładek.

Podkreślenia wymaga, że przedmiot Umowy realizowany był w formule „Buduj”, a zatem na podstawie dokumentacji projektowej dostarczonej przez inwestora. Realizacja zamówienia w takiej formule oznacza, że za ewentualne wady dokumentacji projektowej Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, a ryzyko ich wystąpienia leży po stronie zamawiającego (tutaj: MPWiK). Skoro zatem przyczyną ww. awarii zmodernizowanych filtrów pospiesznych były wady projektu, a nie wady montażowe, ani jakiegokolwiek wady wykonawcze, to nie stanowią one wad z tytułu rękojmi za wady lub gwarancji, w stosunku do których zaktualizowałby się obowiązek ich naprawienia przez Wykonawcę, opatrzone sankcją w postaci kar umownych.”

Kontrakt nr 1068/PW/PRO-JRP-T1/B/16 z dnia 12 września 2016 r. pn. Zadanie nr 111.6 „Modernizacja Zakładu Północnego - etap II. Modernizacja filtrów pospiesznych piaskowych”.

Wykonawcy Budimex w ramach realizacji ww. umowy zostały naliczone kary umowne z tytułu zwłoki w dokonywaniu napraw filtrów pospiesznych w ramach gwarancji i rękojmi w kwocie 7.683.594,75 zł. MPWiK wezwał wykonawcę do zapłaty kar umownych pismem z dnia 29.05.2024 r.

W dniu 25 listopada 2021 r. zostało zawarte przez Budimex porozumienie z MPWiK (wraz z Aneksem z dnia 16 września 2022 r.), które nie potwierdza, że za wady filtrów pospiesznych odpowiedzialność ponosi wykonawca Budimex. Z wezwania MPWiK z dnia 29 maja 2024 r. do Budimex o zapłatę kar umownych wynika, że MPWiK zawarło w Budimex

Porozumienie z dnia 25 listopada 2021 r. oraz aneks do Porozumienia z dnia 16 września 2022 r., w którym po uzyskaniu opinii specjalnego konsultanta, celem audytu dokumentacji projektowej i oceny sposobu eksploatacji urządzeń, Budimex zobowiązał się do wykonania szeregu prac (zarekomendowanych przez konsultanta) zmierzających do usuwania wad filtrów. W JEDZ wykonawca Budimex wyjaśnił natomiast, że w 2022 r., z uwagi na dotychczasową współpracę z MPWiK oraz wagę i znaczenie realizowanej inwestycji, podjął na własny koszt próby przywrócenia pełnej sprawności filtrów i usunięcia skutków ich awarii zgodnie z pierwotną dokumentacją projektową, którą dostarczało MPWiK, a mimo tego, awarie wystąpiły ponownie, co jednoznacznie wskazuje, że przyczyną wad filtrów były błędy projektowe, tj. błędy dokumentacji, na podstawie której wykonawca Budimex realizował przedmiotową inwestycję.

W dniu 24 lipca 2025 r. Zamawiający wezwał Budimex na podstawie art. 126 ust. 1 Pzp do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez Zamawiającego.

Wykonawca Budimex w odpowiedzi na powyższe wezwanie złożył w oświadczenie z dnia 28 lipca 2025 r. na formularzu stanowiącym Załącznik nr 2 do IDW, w którym potwierdził aktualność informacji zawartych w JEDZ.

Zamawiający w toku postępowania pozyskał dodatkowe informacje zawarte w piśmie Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział Wrocław z dnia 26 czerwca 2025 r. oraz w piśmie z dnia 3 lipca 2025 r., w którym wykonawca Budimex udzielił wyjaśnień na wezwanie ze strony GDDKiA Oddział we Wrocławiu w omawianym przedmiocie. Wykonawca przedstawił szczegółowe okoliczności w sprawie dotyczącej roszczeń MPWiK wobec Budimex S.A. — Cadagua S.A., w tym pozwu o zapłatę na jego rzecz kwoty w łącznej wysokości 62.937.104,59 zł wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie, na którą składają się:

- „1.753.503,65 zł z tytułu kosztów poniesionych przez Powoda do dnia złożenia pozwu,
- 3.594.294,37 zł z tytułu płatności na rzecz Pozwanego dokonanych w ramach Porozumień i Porozumienia Rozliczeniowego,
- 49.905.711,82 zł z tytułu kosztów, które poniesione zostaną w przyszłości w związku z koniecznością usunięcia wadliwości filtrów,
- 7.683.594,75 zł z tytułu kary umownej za zwłokę w usuwaniu wad”.

Kwota wskazana w pozwie w wysokości 55.253.509,84 zł obejmuje roszczenia MPWiK odnoszące się do awarii filtrów, których charakter, podział odpowiedzialności ani zasadność nie zostały w tym momencie w żaden sposób ustalone ani przesądzone. Roszczenia te są kwestionowane przez Budimex, bowiem, w ocenie wykonawcy, przyczyny awarii filtrów nie stanowi ich nieprawidłowy montaż, tylko projekt i sposób eksploatacji przez MPWiK.

W danym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje:

I. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7, art. 128 ust. 5 i art. 16 pkt 1 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Budimex pomimo tego, że Budimex z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, w znacznym stopniu nienależycie wykonał istotne zobowiązanie wynikające z umowy zawartej z MPWiK, co doprowadziło do powstania po stronie MPWiK szkody i naliczenia przez MPWiK wobec Budimex odszkodowania, którego Budimex nie zapłacił.

Przepis art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp przewiduje możliwość wykluczenia przez zamawiającego z postępowania 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 lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Przepis powyższy opiera się na art. 57 ust. 4 lit. g dyrektywy klasycznej, który uprawnia zamawiającego do wykluczenia wykonawcy, który wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym lub wcześniejszej umowy w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej uprzedniej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji.

W ramach podstawy wykluczenia Zamawiający musi wykazać m.in., że niewykonanie lub nienależyte wykonanie danego zobowiązania nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Nie obejmuje to zatem przyczyn, za które żadna ze stron umowy nie odpowiada, zwłaszcza np. związanych z zachowaniem osób trzecich, przy czym nie każde nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części daje podstawę do wykluczenia wykonawcy – ocenie podlega bowiem stopień niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, który musi być „znaczący”, zarówno w znaczeniu jakościowym, jak i ilościowym co do zakresu zobowiązania. Znaczące niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania albo długotrwale nienależyte wykonywanie zobowiązania musi stanowić naruszenie istotnego zobowiązania. Znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnianiu istotnego zobowiązania, aby stanowiło podstawę wykluczenia wykonawcy muszą, zgodnie z treścią art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp doprowadzić do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Zgodnie z instrukcją wypełniania JEDZ opublikowaną na stronie Urzędu Zamówień Publicznych, kwestię dotyczącą „rozwiązania umowy przed czasem, odszkodowania lub innych porównywalnych sankcji” skorelowano z pytaniem: „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?” i należy ją interpretować w sposób następujący: „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. (...) Uwzględniając treść przepisu nie wskazuje się tu umów, przy których realizacji wystąpiły inne niż wskazane w przepisie konsekwencje."*

Z treści przywołanego powyżej przepisu art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp wynika jednoznacznie, że aby mogło dojść do zastosowania sankcji wykluczenia wobec wykonawcy na tej podstawie, muszą ziszczyć się kumulatywnie wszystkie przesłanki wymienione w treści art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, tzn.:

- doszło do naruszenia przez wykonawcę zobowiązania z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji - w postaci niewykonania lub nienależytego wykonania lub długotrwałego nienależytego wykonania zobowiązania,

- doszło do naruszenia wcześniejszego zobowiązania w znacznym stopniu lub zakresie,

- naruszenie zobowiązania miało charakter istotny, tj. dotyczyło świadczenia głównego,

- naruszenie zobowiązania nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy,

oraz powyższe doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Skutek w postaci odszkodowania musiałby zatem nastąpić, co oznacza, że roszczenie o odszkodowanie musi być wymagalne, co oznacza, że samo wezwanie do zapłaty odszkodowania nie jest wystarczające w szczególności w przypadku, gdy sporna jest zasadnicza kwestia dotycząca ustalenia odpowiedzialności odszkodowawczej danego wykonawcy.

W ocenie Izby, zawarcie Porozumienia z dnia 25 listopada 2021 r. oraz aneks do Porozumienia z dnia 16 września 2022 r. nie stanowi dowodu na okoliczność, że „Budimex co najmniej częściowo, jak nie w całości, odpowiada za wady filtrów w ramach omawianej umowy”, którą podnosił Odwołujący. Odwołujący nie wykazał, aby z treści ww. Porozumienia wynikało wskazanie wykonawcy Budimex, jako wykonawcy odpowiedzialnego za wady filtrów. Fakt, że filtry nie działają prawidłowo nie oznacza, że umowa wykonywana przez Budimex została wykonana w sposób nienależyty, bowiem nie można wykluczyć okoliczności, że wady filtrów wynikają z błędnie zaprojektowanej inwestycji, a nie z montażu wykonanego przez wykonawcę Budimex. W tym zakresie żaden dowód nie został przedstawiony do akt sprawy. Okoliczność zatem, że doszło do nienależytego wykonania istotnego zobowiązania wynikającego ze zrealizowanej umowy na rzecz MPWiK z przyczyn leżących po stronie wykonawcy Budimex nie została wykazana przez Odwołującego. Odwołujący nie wykazał również, że nienależyte wykonanie zobowiązania przez Budimex doprowadziło do odszkodowania w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Aby stwierdzić bowiem, że nienależyte wykonanie zobowiązania doprowadziło do odszkodowania, w ocenie Izby, nie jest wystarczające samo wezwanie do zapłaty odszkodowania. Roszczenie o odszkodowanie powinno być należycie uzasadnione i udokumentowane (np. za pomocą faktur, ekspertyz), co w niniejszej sprawie nie zostało wykazane. Samo wykazanie podjęcia przez MPWiK działań wobec Budimex nakierowanych na wyegzekwowanie kar umownych lub odszkodowania nie przesądza zatem o ziszczeniu się podstawy wykluczenia wobec Budimex. W tych okolicznościach fakt, że Budimex w złożonym wraz z ofertą załączniku do JEDZ przedstawił Zamawiającemu swoje stanowisko, zgodnie z którym, brak jest podstaw do stwierdzenia, że ze swojej winy nie wykonał lub nienależyte wykonał umowę z MPWiK, stanowił podstawę do przyjęcia przez Zamawiającego, że brak jest podstaw do niewątpliwego stwierdzenia, że Budimex ze swojej winy nie wykonał lub nienależyte wykonał umowę z MPWiK, co stanowi w konsekwencji o braku zaistnienia kluczowej przesłanki wykluczenia wykonawcy, określonej w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Izba podkreśla, że wykluczenie może mieć miejsce wyłącznie w przypadku obiektywnego stwierdzenia, że zaistniały wszystkie przesłanki do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Aby wykluczyć wykonawcę na omawianej podstawie Zamawiający powinien posiadać dowody świadczące o wystąpieniu wszystkich, określonych w przepisie przesłanek łącznie i je należycie uzasadnić, co jest istotne w świetle wymogu zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady proporcjonalności i przejrzystości postępowania.

W niniejszej sprawie, ciężar dowodu w wykazaniu ziszczenia się wobec wykonawcy Budimex podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp spoczywał w całości na Odwołującym, stosownie do art. 535 Pzp. Odwołujący nie wykazał jednak wszystkich przesłanek umożliwiających wykluczenie wykonawcy Budimex z postępowania o zamówienie publiczne określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, a wykazał jedynie fakt, że MPWiK podjął w stosunku do Budimex działania związane z zakomunikowaniem wykonawcy roszczenia tytułem odszkodowania i kar umownych, które nie są wystarczające do wykluczenia wykonawcy Budimex na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Odwołujący nie przedstawił żadnych okoliczności faktycznych oraz dowodów, które wskazywałyby, że wystąpienie wad filtrów wykonanych przez Budimex w ramach umowy z MPWiK było efektem leżącego po stronie Budimex niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania wynikającego z tej umowy. Odwołujący nie udźwignął spoczywającego na nim ciężaru dowodu. W tym stanie rzeczy Izba uznała, że wobec braku wykazania przez Odwołującego, że dochodzenie przez MPWiK wobec Budimex odszkodowania związanego z wykonaniem umowy z MPWiK stanowi przesłankę wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, tj. że Budimex ze swojej winy nie wykonał lub nienależyte wykonał wskazaną umowę, co doprowadziło do odszkodowania w kwocie 55.253.509,84 zł.

II. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Budimex z uwagi na to, że Budimex w wyniku zamierzonego działania lub co najmniej rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji w zakresie niepodlegania wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp wskutek zatajenia przez Budimex informacji w zakresie okoliczności związanych z nienależytym wykonaniem umowy zawartej z MPWiK i naliczeniem przez MPWiK odszkodowania, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego w zakresie oceny czy Budimex nie

podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

III. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Budimex z uwagi na to, że Budimex w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego w zakresie niepodlegania wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp wskutek zatajenia przez Budimex informacji w zakresie okoliczności związanych z nienależytym wykonaniem umowy zawartej z MPWiK i naliczeniem przez MPWiK odszkodowania, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego w zakresie oceny, czy Budimex nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

Przepis powyższy transponuje art. 57 ust. 4 lit. h dyrektywy klasycznej, zgodnie z którym, zamawiający może wykluczyć wykonawcę, jeżeli wykonawca był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji, które wymagane były do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji, zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić dokumentów wymaganych na mocy art. 59 dyrektywy klasycznej.

Zamawiający musi zatem zostać wprowadzony w błąd, co do stanu rzeczy, które w rzeczywistości nie występują, lub co do nieświadomości okoliczności, które występują w rzeczywistości. Przepis art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp wymaga również, aby wprowadzenie w błąd nastąpiło w sposób zawiniony przez wykonawcę. Zaznaczyć przy tym należy, że wykonawca nie jest winny wprowadzenia w błąd, jeżeli oświadczenie, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, składa w dobrej wierze, że nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji. Wprowadzenie w błąd musi być także oceniane poprzez skutek, który wykonawca mógł wywołać - wprowadzenie w błąd zamawiającego przy przedstawianiu informacji dotyczących podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu musi mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego dotyczące oceny wykonawcy w postępowaniu.

Zastosowanie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp jest uzasadnione także w przypadku zatajenia przez wykonawcę informacji, które były wymagane do weryfikacji braku podstaw wykluczenia, spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, a tym samym nieprzekazania zamawiającemu wymaganych informacji lub podania niepełnych wymaganych informacji, co może wywoływać mylne wyobrażenie zamawiającego na temat zdolności oraz sytuacji danego wykonawcy.

Izba podziela stanowisko, wynikające z licznych orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym, wykonawca zobowiązany jest podać w JEDZ informacje na temat takich nieprawidłowości w realizacji wcześniejszych umów, które mogą skutkować wykluczeniem z postępowania. Skoro zatem oświadczenie składane jest w związku z przesłanką wykluczenia określoną w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, to uwzględniając treść ww. przepisu, w formularzu JEDZ nie wskazuje się umów, przy realizacji których wystąpiły inne okoliczności, niż określone w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Zgodnie natomiast z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, zamawiający, o ile tylko wskazał to w ogłoszeniu, wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia 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. Przepis powyższy wymaga przedstawienia (w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa) informacji „wprowadzających w błąd” zamawiającego, które to informacje mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Na marginesie tylko Izba wskazuje, że interpretując ten przepis ściśle, czego wymaga zastosowanie przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania (przesłanki eliminujące) należy przyjąć, że konieczne jest wykazanie przedstawienia informacji wprowadzających w błąd a nie nieprzekazania informacji, co Odwołujący zarzucał w treści uzasadnienia tego zarzutu, twierdząc, że „*To co przemilczał BUDIMEX w udzielonych wraz z JEDZ wyjaśnieniach, to okoliczność naliczenia przez MPWiK pismem z dnia 20 września 2024 r. odszkodowania z tytułu nienależytego wykonania umowy.*”

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła, że brak podania przez wykonawcę Budimex w JEDZ informacji o wezwaniu przez MPWiK do zapłaty odszkodowania w kwocie 55.253.509,84 zł nie jest podstawą do stwierdzenia wprowadzenia Zamawiającego w błąd w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp. Skoro dana informacja nie wyczerpuje podstawy wykluczenia Budimex z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, to tym samym, brak jest podstaw do stwierdzenia, że wykonawca Budimex zataił informacje wymagane w ramach art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w celu uniknięcia wykluczenia z postępowania.

Izba w powyższym zakresie podzieliła stanowisko Zamawiającego, że brak poinformowania Zamawiającego przez wykonawcę Budimex o kierowaniu wobec niego przez MPWiK roszczeń odszkodowawczych, a wyłącznie o roszczeniu z tytułu kar umownych, w sytuacji, w której te roszczenia nie miały znaczenia dla oceny, czy wykonawca Budimex w świetle art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp podlega czy nie podlega wykluczeniu, nie stanowi wprowadzenia w błąd Zamawiającego w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp. Słusznie należy zauważyć, że roszczenia *ex contractu* kierowane do wykonawcy, w przypadku ustalenia, że nie ponosi on odpowiedzialności z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego, nie powodują ziszczenia się podstawy wykluczenia z art. art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

W świetle powyższego, nie sposób uznać wyjaśnień wykonawcy Budimex przedstawionych w załączeniu do JEDZ

jako wprowadzenia Zamawiającego w błąd w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp co do nieprzekazania Zamawiającemu wymaganych informacji mających znaczenie dla zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Wobec powyższego, Izba nie stwierdziła, że wykonawca Budimex podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp

Uwzględniając powyższy stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320) oraz § 5 pkt 1 i 2 oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2020 r. 2437).

**Przewodniczący:** .....

.....

.....