

WYROK**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodnicząca: Aneta Młacka

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 maja 2026 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 kwietnia 2026 roku przez Odwołującego Onde S.A. (Trasa Prezydenta Raczkiewicza 1, 87-100 Toruń) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Powiat Białogardzki, w imieniu którego postępowanie prowadzi Zarząd Dróg Powiatowych w Białogardzie (ul. Szosa Polczyńska 57, 78-200 Białogard) przy udziale uczestnika postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego A.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowo – Transportowa AS-BUD A.S. (Popowo 3, 76-037 Będzino)

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego z uwzględnieniem art. 128 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych,
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Powiat Białogardzki, w imieniu którego postępowanie prowadzi Zarząd Dróg Powiatowych w Białogardzie (ul. Szosa Polczyńska 57, 78-200 Białogard),
3. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Onde S.A. (Trasa Prezydenta Raczkiewicza 1, 87-100 Toruń) tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego Onde S.A. (Trasa Prezydenta Raczkiewicza 1, 87-100 Toruń),
- 3.2. zasądza od Zamawiającego Powiat Białogardzki, w imieniu którego postępowanie prowadzi Zarząd Dróg Powiatowych w Białogardzie (ul. Szosa Polczyńska 57, 78-200 Białogard) na rzecz Odwołującego Onde S.A. (Trasa Prezydenta Raczkiewicza 1, 87-100 Toruń) kwotę 10000 zł 00 gr (dziesięć tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego w postaci wpisu od odwołania, kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego.

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

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 1761/26**UZASADNIENIE**

Zamawiający Powiat Białogardzki, w imieniu którego działa Zarząd Dróg Powiatowych w Białogardzie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym, z możliwością prowadzenia negocjacji, o którym mowa w art. 275 pkt 2) ustawy Prawo zamówień publicznych pod nazwą „Budowa ścieżki rowerowej w ciągu drogi powiatowej 3519Z”.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych 05 lutego 2026 roku pod numerem 2026/BZP 00097014

Odwołujący ONDE S.A. wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego, polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Prawo zamówień publicznych, a tym samym odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit a) ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 110 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez:

a) błędne uznanie, że Odwołujący podlega wykluczeniu w przedmiotowym postępowaniu, podczas gdy Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności Zamawiający nie udowodnił, że doszło do nienależytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, mającego charakter istotny lub uporczywy i zawinione go przez Odwołującego,

b) błędną wykładnię art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych i w konsekwencji jego niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, że samo naliczenie kar umownych, istnienie sporu co do ich zasadności oraz opóźnienia w realizacji umów automatycznie stanowią podstawę wykluczenia, podczas gdy Zamawiający nie wykazał winy Odwołującego, istotnego lub uporczywego charakteru naruszeń i nie wykazał, że naruszenia miały charakter kwalifikowany w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, co w konsekwencji doprowadziło

do wykluczenia Odwołującego i tym samym odrzucenia jego oferty,

- art. 16 pkt 1, 2 oraz 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności oraz przejrzystości, w szczególności dokonanie selektywnej i wybiórczej oceny materiału dowodowego oraz pominięcie istotnych okoliczności przemawiających na korzyść Odwołującego, co w konsekwencji doprowadziło do nieproporcjonalnego wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty,

- art. 110 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne uznanie, że Odwołujący nie wykazał, że przedsięwzięte przez niego środki w celu samooczyszczenia są wystarczające do wykazania jego rzetelności, pomimo przedłożenia przez Odwołującego rozległych dowodów i wyjaśnień w tym zakresie, oraz wykazania podjęcia konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, odpowiednich dla zapobiegania nieprawidłowemu postępowaniu w przyszłości, a Zamawiający nie wykazał należyście, dlaczego środki te nie zapewniają rzetelności Odwołującego, co w konsekwencji doprowadziło do bezprawnego uznania oferty Odwołującego za odrzuconą,

- ewentualnie art. 128 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia wyjaśnień i dowodów złożonych przez Odwołującego celem wykazania, iż przedsięwzięte przez niego środki w celu samooczyszczenia są wystarczające do wykazania jego rzetelności, pomimo że Zamawiający miał wątpliwości co do zakresu przekazanych informacji, a ewentualne nieścisłości mogły zostać usunięte w drodze wyjaśnień, co w konsekwencji skutkowało przedwczesnym i nieuzasadnionym odrzuceniem oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania; nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego.

W zakresie odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit a) w związku z art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający wskazał na brak naprawienia przez Odwołującego rzekomej szkody w związku z opóźnieniami na realizowanych przez Odwołującego siedmiu kontraktach.

Na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych przepis art. 109 ust. 1 pkt 7 ma charakter sankcyjny. W świetle tego przepisu zamawiający przy ocenie przesłanek wykluczenia nie są uprawnieni do hipotetycznych ocen, czy też dokonywania założeń, które nigdy nie miały miejsca.

Odwołujący zwrócił uwagę na zarzut Zamawiającego w zakresie braku naprawienia rzekomej szkody przez Odwołującego oraz braku przedłożenia dowodów na zapłatę kar umownych. Zauważył, że Zamawiający na stronie 11 pisma z dn. 10 kwietnia 2026 r. wskazał, że: „nie każda kara umowna będzie mieścić się w katalogu sankcji wskazanych w tej przesłance, a jedynie kara mająca charakter odszkodowawczy”.

Wyjaśnił, że kara natomiast ma charakter odszkodowawczy, gdy jej celem jest naprawienie szkody poniesionej przez wierzyciela, a nie tylko sankcjonowanie naruszenia. O charakterze odszkodowawczym można mówić, gdy kara jest powiązana z realnym uszczerbkiem, gdy jej wysokość jest racjonalnie powiązana z potencjalną szkodą oraz gdy pełni funkcję kompensacyjną, a nie czysto represyjną.

Odwołujący podkreślał, że: „kary umowne naliczone przez wskazanych przez Odwołującego zamawiających nie miały charakteru odszkodowawczego, lecz wyłącznie sankcyjny i dyscyplinujący, co wyklucza ich kwalifikację jako środków mających na celu naprawienie szkody w rozumieniu powołanej przez Odwołującego przesłanki. W szczególności kary te zostały naliczone automatycznie, bez wykazania powstania jakiegokolwiek rzeczywistej szkody po stronie zamawiających, jak również bez związku z faktycznym uszczerbkiem majątkowym. Ich wysokość nie była powiązana ani z potencjalną, ani rzeczywistą szkodą, lecz wynikała wyłącznie z mechanicznego zastosowania postanowień umownych. Co więcej, zamawiający, którzy naliczyli wskazane kary, nie wykazali ani faktu poniesienia szkody, ani jej wysokości, ani związku przyczynowego pomiędzy działaniem Odwołującego a rzekomym uszczerbkiem. Tym samym brak jest podstaw do uznania, że kary te pełniły funkcję kompensacyjną. W konsekwencji nie można przyjąć, że ich zapłata (bądź brak zapłaty) stanowi przesłankę świadczącą o niewykonaniu zobowiązań o charakterze odszkodowawczym. Ponadto ewentualne wykazanie szkody ma istotne znaczenie dla oceny zaistnienia przesłanki znaczącego naruszenia zobowiązania”.

W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że zarzut Zamawiającego dotyczący braku naprawienia szkody oraz braku przedstawienia dowodów zapłaty kar umownych jest bezzasadny, gdyż odnosi się do kar, które nie mieszczą się w kategorii kar o charakterze odszkodowawczym. Tym samym nie mogą one stanowić podstawy do negatywnej oceny Odwołującego ani do zastosowania wobec niego jakichkolwiek sankcji przewidzianych w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający zaniechał zebrania dowodów potwierdzających zaistnienie przesłanek wykluczenia przewidzianych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Powołał się na art. 6 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych - ciężar wykazania spornych okoliczności

faktycznych spoczywa na zamawiającym, jako na tej stronie, która z faktu tego wyprowadzała skutek prawny, w postaci konieczności odrzucenia oferty Odwołującego, jako podlegającego wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania po prostu uznając, że zachodzi przesłanka wykluczenia Wykonawcy z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, pomimo że nie ustalił i nie wykazał, że doszło do nienależytego wykonania przez Odwołującego. Zamawiający musi zaś udowodnić istnienie tej podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania. Zamawiający winien wykazać także, iż niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, a więc, że doszło do zwłoki wykonawcy, a nie np. do opóźnienia, za które nie odpowiada którakolwiek ze stron umowy albo, że za opóźnienie odpowiada sam zamawiający. Te zaś ustalenia (udowodnienie, że doszło do zwłoki Wykonawcy, nieterminowego wykonania umowy z przyczyn leżących po jego stronie) są niezbędne do stwierdzenia zajścia przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ich istnienie wykazać winien zaś Zamawiający. Okoliczność ta odnosi się do wszystkich przesłanek wykluczenia z postępowania wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7-10 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący zwrócił uwagę, że ani Zamawiający, ani Krajowa Izba Odwoławcza nie są instytucjami uprawnionymi do oceny wskazanych wyżej okoliczności, jeśli są one sporne.

Odwołujący wyjaśnił, że w zakresie udziału Odwołującego realizacji zadania pn. „Odnowa nawierzchni DW nr 649 na odc. Pluskowęsy - Kielbasin od km 4+320 do km 6+358 dł. 2,038 km”, w którym to zadaniu Odwołujący ma zawartą umowę podwykonawczą z głównym wykonawcą. Odwołujący wskazał, że nie miał obowiązku ujawniania przedmiotowej kary umownej w postępowaniu, a tym bardziej nie miał obowiązku przedkładania szczegółowych wyjaśnień w tym zakresie. Umowa w związku z którą naliczona została kara umowna, jest umową podwykonawczą, a nie umową w sprawie zamówienia publicznego w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przesłanka wskazana we wskazanym artykule dotyczy możliwości wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależyte wykonał albo długotrwale nienależyte 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.

Wyjaśnił także, że: „Umowa w sprawie zamówienia publicznego oraz umowa koncesji to umowy zawierane pomiędzy zamawiającym, a wyłonionym w przetargu głównym wykonawcą. Umowa podwykonawcza jest natomiast umową pochodną, która co do zasady opiera się na umowie w sprawie zamówienia publicznego lub umowie koncesji, ale jej stroną nie jest zamawiający. Mając na uwadze powyższe uznać należy, że opóźnienia w realizacji umów realizowanych jako podwykonawca nie są podstawą do wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wychodząc z założenia, że przed nałożeniem kary umownej na głównego wykonawcę, Zamawiający - zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami, zbadał przyczynienie się Odwołującego do okoliczności stanowiących podstawę nałożenia kary umownej, uznać należy, że analiza ta wykazała brak przyczynienia się Odwołującego do tych okoliczności, skoro Zamawiający nałożył na głównego wykonawcę karę umowną, która nie uwzględniała w jakimkolwiek stopniu zawinienia Odwołującego.”

Odwołujący wskazał, że zasada przejrzystości wymaga od zamawiającego uzasadniania podjętych w postępowaniu czynności i wykazywania w stosunku do każdej istnienia podstawy ich podjęcia czy to w zapisach dokumentów zamówienia, czy też w przepisach obowiązującego prawa. W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający oparł swoje rozstrzygnięcie w zakresie wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych na tezie, że Odwołujący nie naprawił rzekomej szkody, ponieważ nie wykazał należycie, że kary umowne zostały zapłacone. Zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów dokumentujących fakt poniesienia szkody przez któregośkolwiek z wymienionych zamawiających, bazując jedynie na swoich własnych oświadczeniach i domysłach.

Odwołujący wskazał również, że wdrożył procedury mające na celu uniknięcie pojawiania się przypadków błędów w zakresie procedur ofertowania w przyszłości. Wykonawca przeprowadził procedurę samooczyszczenia, o której mowa w art. 110 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, aby nie podlegać wykluczeniu z postępowania, w tym na zasadach art. 109 ust. 1 pkt 7 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wyjaśnił, że w zakresie podjęcia konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, odpowiednich dla zapobiegania dalszemu postępowaniu, które może skutkować zaniechaniem podania do wiadomości Zamawiającego informacji o kontraktach, w toku wykonywania których wystąpiły opóźnienia skutkujące przyjęciem przez danych zamawiających, że są uprawnieni do naliczenia kar umownych, Wykonawca dokonał kolegialnego przeglądu zrealizowanych i realizowanych aktualnie kontraktów i podjął działania mające na celu zapewnienie pełnej transparentności co do informowania zamawiających, w tym Zamawiającego, o karach umownych wynikających z

wcześniejszych umów - niezależnie od ich oceny. Wskazał, że dział ofertowania wspólnie z księgowością i działem prawnym, a nadto kierownictwem każdego z kontraktów omówił przebieg i okoliczności każdego z problematycznych kontraktów. Wskazał, że ten sposób współpracy okazał się optymalnym rozwiązaniem - mając na uwadze interdyscyplinarny charakter procedur przetargowych, gdzie konieczne jest połączenie informacji i wiedzy z różnych obszarów funkcjonowania przedsiębiorstwa Spółki ONDE S.A.

Wyjaśnił, że w Spółce ONDE S.A. niezwłocznie po wykluczeniach z 2025 roku opracowano i wdrożono poprzez przyjęcie uchwały nr 04/02/2025 z dniem 17.02.2025 r. procedury mające na celu stałe podnoszenie kwalifikacji pracowników odpowiedzialnych za proces ofertowania, a także weryfikację informacji przekazywanych przez współpracowników Onde S.A. do zamawiających w toku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Wytyczne te ujęto w załączniku nr 1 do ww. uchwały (Załącznik nr 1 do Uchwały nr 04/02/2025 z dn. 17.02.2025 r. – wytyczne zarządu spółki Onde dotyczące podnoszenia kwalifikacji w zakresie zamówień publicznych przez pracowników działów ofertowania, inżynierskich, prawnych oraz księgowych) oraz w załączniku nr 2 do ww. uchwały (Załącznik nr 2 do Uchwały nr 04/02/2025 z dn. 17.02.2025 r. – wytyczne zarządu spółki Onde dotyczące weryfikacji informacji przekazywanych przez współpracowników Onde S.A. w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego).

Wykonawca wdrożył konkretne wskazane w ww. załącznikach środki organizacyjne i kadrowe, obejmujące m.in.:

- a)zapewnienie stałego podnoszenia kwalifikacji personelu odpowiedzialnego za sporządzanie dokumentacji ofertowej w zakresie prawidłowej oceny skutków umów zakończonych w problematyczny sposób, przy czym przewidziano także m.in., że proces doskonalenia zawodowego obejmuje: organizowanie wewnętrznych spotkań i konsultacji w celu wymiany wiedzy między działami, w tym także analizy przypadków błędów skutkujących wykluczeniem,
- b)wprowadzenie szczegółowej procedury weryfikacji informacji o wcześniejszych kontraktach i ich zgodności z ustawą Prawo zamówień publicznych, w tym z regulacją art. 109 ust. 1 pkt 5) i 7) ustawy Prawo zamówień publicznych,
- c)ustanowienie dodatkowych mechanizmów audytu i kontroli, zgodnie z Wytycznymi Zarządu ONDE S.A. w zakresie zamówień publicznych oraz ofertowania,
- d)utworzenie wewnętrznej struktury odpowiedzialnej za monitorowanie przestrzegania regulacji prawnych i zapewnienie zgodności danych przekazywanych w ramach postępowań o zamówienia publiczne w tym ustalono m.in., iż pracownicy działów ofertowania i inżynierskich powinni śledzić wytyczne oraz dobre praktyki dotyczące sporządzania ofert i realizacji zamówień.

Ponadto przyjęto procedurę weryfikacji wszystkich dokumentów i oświadczeń przedkładanych w imieniu Spółki w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego pod kątem ich zgodności z rzeczywistością, w szczególności w zakresie przesłanek wykluczenia wynikających z art. 109 ust. 1 pkt 5), 7), 8) i 10) ustawy Prawo zamówień publicznych w toku ścisłej współpracy i wymiany informacji przez współpracowników Spółki z komórek organizacyjnych ofertowania, działów realizacyjnych, obsługi prawnej i księgowej oraz windykacji.

Wdrożono wytyczne, które wraz z rozpoczęciem ich obowiązywania skutkują realizacją w praktyce zasady „wielu par oczu”, tj. kolegiального analizowania składanych dokumentów z uwzględnieniem informacji wykraczających daleko poza daną procedurę przetargową, a dotyczących także analizy i oceny skutków dla procesu ofertowania mniejszych czy większych niepowodzeń w toku realizacji kontraktów, które przy tak znacznej ich liczbie, z przyczyn nawet niezależnych od Wykonawcy, mogą się statystycznie zdarzyć.

Wdrożone wytyczne miały na celu takie zorganizowanie wewnętrznego sposobu ofertowania, który pozwoli na uwzględnienie w toku czynności zastrzeżeń, ale też wykorzystanie zasobów doświadczenia i wiedzy, osób z różnymi kwalifikacjami i umiejętnościami, których wspólne działanie na zasadzie synergii pozwoli unikać nieprawidłowości w przyszłości. Procedury te nakazano także każdorazowo rozciągnąć na współdziałających w procesie ofertowania kontrahentów, tj. w szczególności potencjalnych konsorcjantów lub wykonawców użyczających zasobów, itp.

Powyższe działania stanowią przejaw wdrożenia procedury samooczyszczenia, w tym w szczególności w zakresie art. 110 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający stwierdził na stronie 13 z dn. 10.04.2026 r., że „analogiczne środki zaradcze jak wskazane w niniejszym postępowaniu, podlegały badaniu przez KIO w ww. postępowaniu odwoławczym i zostały uznane przez KIO za niewystarczające do wykazania rzetelności Wykonawcy, a Wykonawca nie wyciągnął właściwych wniosków z uzasadnienia ww. wyroku, co tylko potwierdza brak rzetelności w przeprowadzonej nieskutecznie procedurze samooczyszczenia w której opisano takie same środki zaradcze, które już wcześniej okazały się nieskuteczne i były negatywnie ocenione przez KIO.”

Odwołujący zauważył jednak, że: powyższe nie znajduje potwierdzenia w faktach. Niezależnie od wcześniej wymienionych w niniejszym piśmie procedur, Odwołujący w związku z zaistniałymi w 2025 r. wkluczeniami opracował i wdrożył szereg procedur w charakterze środków naprawczych, które nie były oceniane przez Krajową Izbę Odwoławczą w 2025 roku, zgodnie z poniższym zestawieniem:

1.W zakresie eliminowania opóźnień na realizowanych kontraktach Odwołujący wdrożył „Procedurę zapobiegania

opóźnieniom w realizacji kontraktów budowlanych" z dn. 22.04.2025 r.

2.W zakresie eliminowania wystąpienia sytuacji niepożądanych związanych z naliczeniem kar umownych kontraktach Odwołujący wdrożył „Procedurę zarządzania informacją o karach umownych" z dn. 22.04.2025 r.

3. W zakresie poprawy efektywności operacyjnej poprzez standaryzację procesów przetargowych, zwiększenia transparentności działań oraz ograniczenia ryzyka błędów formalnych w dokumentacji opracowana i wdrożona została „Procedura działań i obiegu dokumentacji przetargowej" z dn. 22.04.2025 r.

Wdrażane od 2025 r. procedury skutkują przekazywaniem rzetelnych i wyczerpujących informacji do zamawiających, łącznie z ewentualnymi kwestiami spornymi na gruncie realizowanych umów podwykonawczych, co nie leży w obowiązkach informacyjnych wykonawcy na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych."

Odwołujący wskazał, że Zamawiający miał wątpliwości co do zakresu przekazanych przez Odwołującego informacji w zakresie braku potwierdzeń przelewów, czy też skuteczności dokonanych przez zamawiających potrąceń z tytułu kar umownych. Pomimo wątpliwości Zamawiający zaniechał wezwania Odwołującego do wyjaśnień lub uzupełnienia wyjaśnień i dowodów złożonych przez Odwołującego ocenie Odwołującego skorzystanie z procedury art. 128 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych nie stanowiłoby naruszenia zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu, a stanowiłoby wyraz staranności po stronie Zamawiającego, który dąży do wyboru oferty rzeczywiście najkorzystniejszej.

Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Wykonawcy Onde S.A. W informacji o odrzuceniu wskazał na art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jak słusznie zauważył Odwołujący, Zamawiający nie wykazał spełnienia wszystkich przesłanek wykluczenia opisanych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający przytoczył jedynie poszczególne kontrakty (1-7) zawierając lakoniczne stwierdzenie, np.: „Brak informacji czy przedmiotowa kara została zapłacona, brak jest dowodu potwierdzającego zapłatę przedmiotowej kary bądź zawartej ugody regulującej kwestie naliczonej kary." Takie zdanie nie stanowi uzasadnienia wykluczenia – zaistnienia przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący sformułował również zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 128 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów i oświadczeń składanych w postępowaniu.

Zamawiający, wobec braku informacji o zapłaceniu kary, nie zwrócił się do Odwołującego o uzupełnienie brakujących informacji, o wyjaśnienie, ale dokonał czynności wykluczenia nawet pomimo braku wiedzy, czy kara została zapłacona.

Zamawiający na stronie 9 uzasadnienia wykluczenia Odwołującego z postępowania wskazał, że: „Wykonawca również wskazał, że w zakresie kontraktów nr 1, 3, 4, 5, 6 Zamawiający dokonali potrącenia kar umownych z należnego Onde wynagrodzenia i w związku z powyższym uznać należy, że nawet w przypadku uznania przez Sąd, iż kary te były należne, już na tym etapie ewentualna szkoda została przez Onde naprawiona. Jednakże Wykonawca nie przedkłada żadnego dowodu na tę okoliczność, prócz swoich twierdzeń w piśmie wyjaśniającym."

Jak wskazano powyżej, Zamawiający, w sytuacji braku określonych informacji lub gdy ewentualnie, zdaniem Zamawiającego, potrzebny był dowód w celu potwierdzenia oświadczeń Odwołującego, nie zwrócił się do Odwołującego o uzupełnienie brakujących informacji, złożenia dowodów w celu potwierdzenia prawdziwości oświadczenia. Zamawiający dokonał czynności wykluczenia Odwołującego, pomimo jednoznacznego oświadczenia Odwołującego o dokonaniu potrącenia przez zamawiających. Takie działanie Zamawiającego jest nieuprawnione. Zamawiający nie wykazał również, aby oświadczenie Odwołującego było nieprawdziwe. Zamawiający nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że: „Nadto materiał sprawy dowodzi, że nawet po wdrożeniu deklarowanych środków nadal dochodziło do dalszych opóźnień kontraktowych, czego przykładem jest kara naliczona dnia 7 stycznia 2026 r. w związku z realizacją kontraktu „Odnowa nawierzchni DW nr 551 na odc. Orzechowo – Ryńsk". Odwołujący w trakcie rozprawy z udziałem stron wyjaśnił, że Zamawiający złożył oświadczenie o wycofaniu kary umownej. Powyższa okoliczność dobitnie wskazuje, że każdorazowo niezbędne jest zbadanie przez Zamawiającego faktycznych podstaw do wykluczenia, w szczególności w odniesieniu do artykułów tzw. sankcyjnych, które oznaczają dla wykonawcy szereg kolejnych negatywnych konsekwencji w innych postępowaniach przetargowych. Stąd Zamawiający, jak wskazano w treści sentencji, powinien ponownie dokonać czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego, a w przypadku wątpliwości, dokonać wyjaśnień.

Słusznie zauważył Odwołujący, że w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych mowa jest o odszkodowaniu. Odszkodowanie, a kara umowna są to instytucje odrębnie uregulowane. Nawet gdyby przyjąć tak szeroką interpretację ww. artykułu (tzn., że obejmuje on również kary umowne), to - tak jak wskazał Odwołujący -

konieczne jest wykazanie przez Zamawiającego, że kary umowne, na które się powołuje, miały charakter odszkodowawczy. Tymczasem Zamawiający takiej okoliczności nie wykazał.

W przypadku wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, niezbędne jest wykazanie zaistnienia wszelkich przesłanek opisanych w tym artykule. Tego Zamawiający nie wykazał, nie wskazał także w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Zamawiający ma możliwość dokonania wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednakże brak jest podstaw do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych w sytuacji, gdy wykonawca wykaże spełnienie przesłanek, o których mowa w art. 110 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący złożył wyjaśnienia w zakresie dokonania procedury self-cleaning. Zamawiający był zobowiązany, przed wykluczeniem Odwołującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, dokonać oceny spełnienia przesłanek, o których mowa w art. 110 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Art. 110 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2, 5, lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił następujące przesłanki:

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

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

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

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

b)zorganizował personel,

c)wdrożył system sprawozdawczości i kontroli,

d)utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów,

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

Odwołujący złożył Zamawiającemu obszernie wyjaśnienia co do dokonania procedury self-cleaningu. Zamawiający nie wykazał nieprawidłowości dokonanej przez Odwołującego procedury.

Zamawiający na stronie 11 uzasadnienia stwierdził: „Wykonawca swoimi lakonicznymi wyjaśnieniami uniemożliwił Zamawiającemu prawidłową analizę.” Takie stwierdzenie nie wyjaśnia i przez to nie uzasadnia podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania. Zamawiający nie wskazał, analizę czego uniemożliwiły mu wyjaśnienia wykonawcy. Wbrew twierdzeniu Zamawiającego, Odwołujący złożył obszernie wyjaśnienia. Zamawiający nie wskazał, czego oczekiwałby od Odwołującego – jakich dodatkowych informacji, które pozwoliłyby mu na prowadzenie analizy.

W treści uzasadnienia wykluczenia Odwołującego z postępowania, Zamawiający w ogóle nie odniósł się do środków powoływanych przez Odwołującego, takich jak: „Procedura zapobiegania opóźnieniom w realizacji kontraktów budowlanych z 22.04.2025 r.”, „Procedura zarządzania informacją o karach umownych z 22.04.2025 r.”, „Procedura działań i obiegu dokumentacji przetargowej z 22.04.2025 r.” Powyższa okoliczność wskazuje, że Zamawiający nie dokonał analizy tych dokumentów. Uniemożliwił również w ten sposób Odwołującemu ewentualne odniesienie się do oceny Zamawiającego w ramach środków odwoławczych.

Zamawiający odniósł się do ww. dokumentów dopiero w treści odpowiedzi na odwołanie i to zaledwie w jednym zdaniu (przy okazji każdego z dokumentów).

Zamawiający przy dokonywanej, dopiero na etapie odpowiedzi na odwołanie, ocenie dokumentu pn. „Procedura zapobiegania opóźnieniom w realizacji kontraktów budowlanych z 22.04.2025 r.”, wskazał, że: „Środek przedstawiany jako nowy, lecz jego skuteczność podważa dalsza kara z 7.01.2026 r.” Jak słusznie zauważył Odwołujący, pojedyncza kara nie może niweczyć prawidłowości podjętego środka.

Zamawiający przy dokonywanej, dopiero na etapie odpowiedzi na odwołanie, ocenie dokumentu pn. „Procedura zapobiegania opóźnieniom w realizacji kontraktów budowlanych z 22.04.2025 r.”, wskazał: „Nowa formalnie, ale nie wykazano jej realnego działania dokumentami ani skutecznością.” Zamawiający wskazał dopiero w trakcie rozprawy z udziałem stron (na pytanie przewodniczącej), że oczekiwał przedstawienia przez Wykonawcę dokumentów. Na pytanie przewodniczącej, rozpoczął określanie ewentualnych dokumentów, które być może pozwoliłyby mu dokonać oceny. Zamawiający nie zwrócił się jednak o przekazanie jakichkolwiek dokumentów przez Odwołującego na etapie badania wyjaśnień Odwołującego. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie lakonicznie stwierdził, że procedury nie wykazano skutecznością – jest to lakoniczne stwierdzenie Zamawiającego. Zamawiający nie wyjaśnił, z czego wywiódł taki

wniosek. Co najistotniejsze, Zamawiający tego rodzaju wnioski i oczekiwania formułował dopiero w ramach procedury odwoławczej. Twierdzenia Zamawiającego należy więc uznać za całkowicie bezzasadne i bezpodstawne.

Podobne wnioski należy odnieść do kolejnej „oceny” Zamawiającego, dokonanej dopiero w odpowiedzi na odwołanie - dokumentu pn. „Procedura działań i obiegu dokumentacji przetargowej z 22.04.2025 r.” Zamawiający wskazał, że: „Nie zmienia oceny zasadniczego trzonu self-cleaningu; brak dowodów materialnego wdrożenia i efektów.” Odwołujący na etapie wcześniejszym złożył wyjaśnienia oraz szereg dowodów, jakie uznawał za wystarczające. Jeśli Zamawiający oczekiwał większej ilości dowodów lub znacznie dokładniejszych wyjaśnień czy dowodów, powinien w tym zakresie zwrócić się do Odwołującego. Zamawiający wskazywał na istnienie obowiązku dowodzenia po stronie Odwołującego. Odwołujący złożył wyjaśnienia i szereg dowodów i jak wskazał w trakcie rozprawy z udziałem stron, nie widział przeszkód w zakresie przedstawienia Zamawiającemu kolejnych dowodów, gdyby tylko miał wiedzę, jakie byłyby dla Zamawiającego niezbędne. Zamawiający nie zwrócił się jednak do Odwołującego z wezwaniem do złożenia jakichkolwiek dowodów, czy doprecyzowania wyjaśnień. Jeśli Zamawiający miał wątpliwości, potrzebował szerszego zakresu dokumentów czy wyjaśnień, dowodów, miał możliwość zwrócenia się do Odwołującego o ich przedstawienie. Zamawiający tego nie uczynił. Nie może zatem na obecnym etapie twierdzić, że Odwołujący nie złożył dokładniejszych wyjaśnień, czy dowodów.

Powyższe uwagi należy odnieść do twierdzeń Zamawiającego na stronie 14 odpowiedzi na odwołanie, gdzie Zamawiający wskazał, np.: „ONDE nie wykazało istnienia takiego systemu. Nie wiadomo, kto raportuje, komu raportuje, w jakiej formie, jak często, co się dzieje po zidentyfikowaniu ryzyka oraz jakie dokumenty z tego procesu powstają. Brak jest formularzy raportowych, rejestrów ryzyk, protokołów kontroli, procedury eskalacji lub innych elementów typowych dla systemu sprawozdawczości i kontroli.”

Jak wskazano powyżej, nie jest uprawnione tworzenie przez Zamawiającego argumentacji, czy informacji o ewentualnych brakach, dopiero na etapie procedury odwoławczej. Wszelkie okoliczności powinny zostać wyjaśnione i zbadane na etapie badania i oceny ofert, a w przypadku negatywnej oceny oferty - wyjaśnione w informacji o odrzuceniu oferty. Z tych względów orzeczono jak w sentencji.

Dodatkowo należy zauważyć, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał także, że: „W odniesieniu do kontraktu „Lubraniec” wskazał, że nie ponosi odpowiedzialności za opóźnienie i zamierza prowadzić spór sądowy.” Okoliczność, że Odwołujący zamierza prowadzić z zamawiającym spór sądowy (w odniesieniu np. do kontraktu „Lubraniec”) nie oznacza automatycznie, że procedura self-cleaningu nie jest skuteczna. Okoliczność, że Odwołujący nie z każdą nałożoną na niego karą się zgadza (uważa ją za sporną lub nienależną), okoliczność, że w tym zakresie prowadzi spór, nie oznacza, że nie dokonuje w swoim przedsiębiorstwie działań naprawczych, a zatem nie podważa to skuteczności procedury self-cleaningu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574, 575 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1a) oraz § 5 pkt 2b), § 7 ust. 1 pkt 1), zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....