

WYROK

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Aneta Młacka

Protokolant: Krzysztof Chmielewski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 sierpnia 2026 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 03 sierpnia 2026 roku przez Odwołującego Arco System sp. z o.o. (ul. Unii Europejskiej 24, 32-600 Oświęcim) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego „Eko Dolina” sp. z o.o. (Łężyce, Al. Parku Krajobrazowego 99, 84-207 Koleczkowo)

przy udziale uczestników postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego:

- Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MTM Budownictwo sp. z o.o., MTM Ekotechnika sp. z o.o. (ul. Koszycka 21, 33-100 Tarnów),
- Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Control Process S.A., EPC Energy 2 sp. z o.o. (Al. Jerozolimskie 100, X piętro, 00-807 Warszawa)

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego Arco System sp. z o.o. (ul. Unii Europejskiej 24, 32-600 Oświęcim) i
3. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Arco System sp. z o.o. (ul. Unii Europejskiej 24, 32-600 Oświęcim) tytułem wpisu od odwołania,
4. zasądza od Odwołującego Arco System sp. z o.o. (ul. Unii Europejskiej 24, 32-600 Oświęcim) na rzecz Zamawiającego „Eko Dolina” sp. z o.o. (Łężyce, Al. Parku Krajobrazowego 99, 84-207 Koleczkowo) kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego.

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 3781/26

UZASADNIENIE

Zamawiający: „EKO DOLINA” Sp. z o.o. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa instalacji do fermentacji metanowej odpadów oraz budowa kompostowni w części przeznaczonej do stabilizacji frakcji podsitowej (0-80 mm) wraz z niezbędną infrastrukturą towarzyszącą na terenie zakładu „EKO DOLINA” Sp. z o.o. w Łęczycach”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 22 grudnia 2025 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 853153-2025.

Odwołujący - Arco System sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami czynności i zaniechań Zamawiającego:

- wadliwym badaniem i ocenie ofert, w tym zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum MTM Budownictwo Sp. z o.o. i MTM Ekotechnika Sp. z o.o. oraz Konsorcjum Control Process S.A. i EPC Energy 2 sp. z o.o., które podlegały odrzuceniu;
- zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum MTM Budownictwo Sp. z o.o. i MTM Ekotechnika Sp. z o.o. z uwagi na podleganie wykluczeniu z postępowania, pomimo ujawnienia przez tego wykonawcę w załączniku do Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ) okoliczności świadczących o nienależytym wykonywaniu istotnych zobowiązań wynikających z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co wskazywało na możliwość zaistnienia przesłanki wykluczenia określonej w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, przy jednoczesnym braku wykazania przez wykonawcę podjęcia skutecznych środków naprawczych; ewentualnie - zaniechaniu wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień oraz przedstawienia dowodów potwierdzających brak podstaw wykluczenia oraz podjęcie skutecznych środków naprawczych; a w konsekwencji dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 lub art. 15 ust. 1 pkt 1) u.z.n.k. w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum MTM Budownictwo Sp. z o.o. i MTM Ekotechnika Sp. z o.o., a w konsekwencji dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, podczas gdy oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji,

polegającego na utrudnieniu innym wykonawcom dostępu do rynku poprzez zaoferowanie dostawy urządzenia objętego pozycją 2.2.4 - Nadawa odpadów - lej zasypowy za kwotę rażąco nieodpowiadającą rynkowym kosztom nabycia tego urządzenia u producenta, co skutkuje sztucznym obniżeniem ceny całkowitej oferty i uzyskania przewagi konkurencyjnej niewynikającej z efektywności ekonomicznej Konsorcjum MTM Budownictwo Sp. z o.o. i MTM Ekotechnika Sp. z o.o., a w rezultacie do wyeliminowania pozostałych wykonawców z Postępowania i ograniczenia im dostępu do rynku;

- ewentualnie art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum MTM do złożenia wyjaśnień w zakresie istotnej części składowej ceny, tj. pozycji 2.2.4 - Nadawa odpadów - lej zasypowy, mimo że jej wartość odbiega w sposób znaczący od wycen pozostałych wykonawców, co obiektywnie uzasadnia wątpliwość co do możliwości wykonania zamówienia przez Wykonawcę Konsorcjum MTM Budownictwo Sp. z o.o. i MTM Ekotechnika Sp. z o.o. zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia;

- art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1) u.z.n.k. w zw. z art. 16 pkt 1) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Control Process S.A. i EPC Energy 2 sp. z o.o., podczas gdy oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego na utrudnieniu innym wykonawcom dostępu do rynku poprzez zaoferowanie dostawy urządzenia objętego pozycją 2.2.4 - Nadawa odpadów - lej zasypowy za kwotę rażąco nieodpowiadającą rynkowym kosztom nabycia tego urządzenia u producenta, co skutkuje sztucznym obniżeniem ceny całkowitej oferty i uzyskania przewagi konkurencyjnej niewynikającej z efektywności ekonomicznej Konsorcjum Control Process S.A. i EPC Energy 2 sp. z o.o., a w rezultacie do wyeliminowania pozostałych wykonawców z Postępowania i ograniczenia im dostępu do rynku;

- ewentualnie art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy Konsorcjum Control Process S.A. i EPC Energy 2 sp. z o.o., do złożenia wyjaśnień w zakresie istotnej części składowej ceny, tj. pozycji 2.2.4 - Nadawa odpadów - lej zasypowy, mimo że jej wartość odbiega w sposób znaczący od wycen pozostałych wykonawców, co obiektywnie uzasadnia wątpliwość co do możliwości wykonania zamówienia przez Wykonawcę Konsorcjum MTM Budownictwo Sp. z o.o. i MTM Ekotechnika Sp. z o.o. zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia;

- art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 110 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 16 pkt 1), 2) i 3) Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z uwagi na podleganie wykluczeniu Wykonawcy Konsorcjum MTM Budownictwo Sp. z o.o. i MTM Ekotechnika Sp. z o.o. z postępowania, bowiem z informacji przedstawionych przez tego wykonawcę wraz z Jednolitym Europejskim Dokumentem Zamówienia wynikały okoliczności świadczące o nienależytym wykonywaniu istotnych zobowiązań wynikających z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, odpowiadające przesłance wykluczenia określonej w art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Prawo zamówień publicznych, przy jednoczesnym niewykazaniu przez wykonawcę zastosowania środków self-cleaning przewidzianych w art. 110 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, ewentualnie poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie przesłanek wykluczenia oraz przedstawienia dowodów potwierdzających podjęcie skutecznych środków naprawczych, pomimo że ujawnione przez wykonawcę okoliczności wskazywały na konieczność dokonania takiej oceny.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy Konsorcjum MTM Budownictwo Sp. z o.o. i MTM Ekotechnika Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej;

- dokonania ponownej oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty;

- odrzucenia ofert Konsorcjum MTM Budownictwo Sp. z o.o. i MTM Ekotechnika Sp. z o.o. i Wykonawcy Control Process S.A. i EPC Energy 2 sp. z o.o.;

- wykluczenia wykonawcy MTM Budownictwo Sp. z o.o. z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Prawo zamówień publicznych, z uwagi na ujawnione przez wykonawcę okoliczności świadczące o nienależytym wykonywaniu istotnych zobowiązań wynikających z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz niewykazanie przez wykonawcę podjęcia skutecznych środków naprawczych w rozumieniu art. 110 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i w konsekwencji wykluczenie Konsorcjum MTM Budownictwo Sp. z o.o. i MTM Ekotechnika Sp. z o.o. odrzucenie jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. a) ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający wymagał od oferentów złożenia wraz z ofertą Zestawienia zbiorczego cen - Załącznik 1a - co wynika z pkt. XXIII pkt. 4 ppkt. 2) SWZ.

zycja Załącznika 1a Zestawienia zbiorczego cen nr 2.2.4 „Nadawa odpadów - lej

zypowy" obejmuje dostawę specjalistycznego urządzenia technologicznego o parametrach

szczegółowo określonych przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej.

Wykonawca Konsorcjum MTM Budownictwo Sp. z o.o. i MTM Ekotechnika Sp. z o.o. zaoferował cenę 47.180,63 złotych,

Wykonawca Konsorcjum Control Process S.A. i EPC Energy 2 sp. z o.o. zaoferował cenę 68.371,01 złotych. Pozostali

wykonawcy zaoferowali ceny w wysokości przekraczającej 322 tysiące złotych.

Jak wskazał Odwołujący, średnia arytmetyczna wycen przedmiotowej pozycji przez pozostałych wykonawców - Budimex S.A., Instal Warszawa S.A., Konsorcjum NDI, Arco System Sp. z o.o. - wynosi 412.802,19 złotych netto. Cena zaoferowana przez Konsorcjum MTM stanowi 11,43% tej wartości, przedstawiając odchylenie od średniej arytmetycznej na poziomie 88,57%; Cena zaoferowana przez Konsorcjum CP stanowi 16,56% tej wartości, przedstawiając odchylenie od średniej arytmetycznej na poziomie 83,44%; W zestawieniu z najniższą z pozostałych wycen - ceny w wysokości 322.455,00 złotych zaoferowaną przez Budimex S.A. - cena zaoferowana przez Konsorcjum MTM jest niższa ok 6,8-krotnie, natomiast cena zaoferowana przez Konsorcjum CP jest niższa ok. 4,7-krotnie.

Zamawiający wymagał również złożenia wykazu urządzeń - Załącznik 6 do SWZ. W pozycji 4.2.1.2.4 Wykazu urządzeń „Zbiornik pośredniej nadawy”, stanowiący załącznik nr 6 do SWZ. Konsorcjum MTM, Konsorcjum CP wskazały ten sam model urządzenia, tj. urządzenie producenta Havelberger Fahrzeug- und Maschinenbau GmbH typu Dosing Feeder H100-15.

Zdaniem Odwołującego, nabycie urządzenia Dosing Feeder H100-15 o parametrach spełniających wymagania opisane w dokumentacji przetargowej przez Zamawiającego odpowiednio za kwotę 47.180,63 złotych netto i 68.371,01 złotych netto nie jest możliwe - kwoty te nie pokrywają nawet kosztu samego zakupu urządzenia od producenta, pomijając koszty transportu, montażu, uruchomienia, gwarancji i marży wykonawcy.

Zgodnie z dyspozycją art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16.04.1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przesłanka ta ma charakter obligatoryjny, a zatem jej stwierdzenie w postępowaniu nie pozostaje w gestii decyzji Zamawiającego.

W myśl art. 3 ust. 1 u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W analizowanej sprawie wycena jednej z pozycji cenowej poniżej cen rynkowych stanowi odrębny od ceny dumpingowej czyn nieuczciwej konkurencji. Działanie obu oferentów motywowane jest uzyskaniem zamówienia w Postępowaniu, podając dane urządzenia, które albo będą próbowali wymienić w toku realizacji umowy, albo oferują je po cenie niższej od ceny zakupu, co jest działaniem niezgodnym z zasadami uczciwej konkurencji i wymaganiami dokumentów Postępowania. Możliwe jest także i to, że oba czyny zbiegają się w omawianym stanie faktycznym, co pozostanie wtórne, bowiem ustawa Prawo zamówień publicznych mówi o odrzuceniu oferty jeśli została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

W opinii Odwołującego, oferowanie urządzenia w wykazie urządzeń albo jest wprowadzeniem Zamawiającego w błąd - i w sposób oczywisty naraża interes Zamawiającego w realizacji zamówienia albo jest elementem niekonkurencyjnej gry rynkowej, albo ceną dumpingową co już łączy czyny w dwa równoległe byty.

Jak wyjaśnił Odwołujący, skutek w postaci utrudnienia dostępu do rynku zrealizował się w sposób bezpośredni. Czterech wykonawców - w tym Odwołujący - skalkulowało poz. 2.2.4 w przedziale od kwoty 322.455,00 złotych netto do kwoty 483.997,77 złotych netto, a zatem w sposób odzwierciedlający rzeczywiste koszty nabycia urządzenia spełniającego parametry techniczne wymagane przez Zamawiającego. Wykonawcy ci zostali pozbawieni realnej możliwości uzyskania zamówienia nie wskutek gorszej efektywności, lepszej organizacji czy korzystniejszych warunków zakupowych konkurenta, lecz wyłącznie wskutek zastosowania przez Konsorcjum MTM i Konsorcjum CP ceny oderwanej od kosztów i zakłócenia konkurencji w Postępowaniu. Zaniechanie przez Zamawiającego jakiegokolwiek reakcji na tak jaskrawy przykład oferowania towarów lub świadczenia poniżej kosztów ich zakupu -mimo że została mu ona zasygnalizowana przed wyborem oferty Konsorcjum MTM - oznacza akceptację praktyki, która czyni rzetelną kalkulację oferty strategią przegrywającą. Taki stan rzeczy jest nie do pogodzenia z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien dokonać analizy kwestii rażąco niskiej ceny pozycji i całości oferty. Zamawiający, pomimo oczywistej i jaskrawej kwestii wyceny pozycji, zaniechał wezwania Konsorcjum MTM i Konsorcjum CP do złożenia stosownych wyjaśnień. Jak wskazano wyżej poziom o jaki ceny pozycji 2.2.4 Zestawienia zbiorczego cen odbiegają u ww. Konsorcjów od reszty Wykonawców powinna wzbudzić uzasadnione wątpliwości u Zamawiającego i uruchomić procedurę żądania wyjaśnień z art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Już na pierwszy rzut oka ujawnia się nieuzasadniona rozbieżność, która nie była możliwa do wyjaśnienia samodzielnego przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że przedmiotem badania w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych może być nie tylko cena całkowita oferty, lecz również jej istotna część składowa. Istotna część składowa ceny lub kosztu definiowana jest nie tylko jako taka część składowa ceny, która stanowi istotny ułamek ceny oferty, lecz także jako część składowa ceny oferty, będąca ceną (wynagrodzeniem) za wykonanie świadczenia, które ma istotne znaczenie merytoryczne. Istotnymi częściami składowymi ceny w rozumieniu 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych są więc te części ceny lub kosztu, które ze względu na wielkość lub rozmiar (znaczący udział w całości zamówienia) i przypisane im ceny mogą spowodować nienależyte wykonanie lub niewykonanie zamówienia.

Wezwanie Konsorcjów powinno doprowadzić do przedstawienia przez nich ważnych i wiążących ofert od konkretnego dostawcy (wskazanego w ich ofertach), co usunęłoby wątpliwości. Inaczej pozostaje wadliwość rzutu na przebieg i wynik Postępowania.

W ocenie Odwołującego, Konsorcja nie dysponują ofertami cenowymi na poziomie zaoferowanym w Postępowaniu i jest to cena dumpingowa, co wskazaliśmy powyżej, ale także nieuprawniona manipulacja danymi. Wyraził podejrzenie, że mimo wskazania konkretnego urządzenia Konsorcja miały zamiar dokonać zmiany dostawcy a tym samym wprowadzić Zamawiającego w błąd co do przedmiotu oferty. Weryfikacja ww. motywów działania Konsorcjów bez stosownych wyjaśnień pozostaje nie do zweryfikowania, czym w sposób oczywisty narusza zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał także, że Zamawiający w SWZ przewidział, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, w stosunku do którego zachodzi którakolwiek z okoliczności wskazanych m.in. w art. 109 ust. 1 pkt 7 u ustawy Prawo zamówień publicznych. 8 czerwca 2026 r. Konsorcjum MTM wraz z dokumentem JEDZ złożyło dodatkowe pismo, w którym wskazało, że w części III sekcja C JEDZ, odpowiadając 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 negatywnej, tj. wskazał odpowiedź „NIE”.

Jednocześnie Konsorcjum MTM, jak wskazało – „z daleko posuniętej ostrożności”, przedstawiło informacje dotyczące realizacji wcześniejszych zamówień, w związku z którymi zostały naliczone kary umowne. Zamawiający uznał, że wobec Konsorcjum MTM nie zachodzą podstawy wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie dokonał oceny, czy wykonawca wykazał podjęcie skutecznych środków naprawczych w rozumieniu art. 110 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, pomimo że sam wykonawca ujawnił okoliczności mogące mieć znaczenie dla oceny jego rzetelności.

Odwołujący wskazał, że Konsorcjum MTM ujawniło, że w związku z realizacją inwestycji pn. „Rozbudowa Opolskiego Centrum Rehabilitacji w Korfantowie Sp. z o.o. - rozbudowa i nadbudowa pawilonu szpitalnego” zostały wobec wykonawcy naliczone kary umowne obejmujące cztery odrębne kategorie naruszeń: zwłokę w opracowaniu dokumentacji projektowej, zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy, zwłokę w realizacji poleceń zamawiającego oraz zwłokę w usuwaniu wad w okresie rękojmi i gwarancji. Łączna wartość wskazanych przez wykonawcę kar przekraczała 3,5 mln zł. Odwołujący podkreślił, że naliczone sankcje nie dotyczyły incydentalnych lub nieistotnych uchybień, lecz odnosiły się do podstawowych obowiązków wykonawcy obejmujących przygotowanie dokumentacji projektowej, terminowe wykonanie przedmiotu zamówienia, realizację poleceń zamawiającego oraz wykonywanie obowiązków w okresie rękojmi. W opinii Odwołującego, zakres tych naruszeń oraz wartość naliczonych kar umownych świadczą o tym, że dotyczyły one istotnych zobowiązań kontraktowych w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wykonawca Konsorcjum MTM ujawnił w załączniku do JEDZ okoliczności związane z realizacją inwestycji pn. „Przebudowa balkonów oraz przyłącza gazu w Szpitalu Uzdrowskim „Jubilat” w miejscowości Łądek-Zdrój” oraz umowy z dnia 4 października 2023 r. dotyczącej robót dodatkowych. W odniesieniu do przedmiotowej inwestycji Konsorcjum MTM wskazało, że zostało obciążone karami umownymi w łącznej wysokości przekraczającej 1,4 mln zł z tytułu nieterminowej realizacji obu umów, przy czym należności te zostały potrącone przez zamawiającego z wynagrodzenia wykonawcy.

Odwołujący podkreślił, że umowy nie zostały wykonane w pierwotnie określonym terminie, a ponadto zamawiający wprost wskazał, że nie zostały one wykonane należycie. Wskazał także że powyższe okoliczności dodatkowo potwierdzają, że ujawnione przez Konsorcjum MTM problemy związane z realizacją wcześniejszych zamówień publicznych nie miały charakteru jednostkowego ani incydentalnego. Zdaniem Odwołującego, okoliczności te niewątpliwie wymagały oceny przez Zamawiającego z perspektywy przesłanki wykluczenia określonej w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odnosnie inwestycji w Korfantowie Odwołujący wskazał, że Konsorcjum MTM nie przedstawiło dowodów potwierdzających brak odpowiedzialności za opisane zdarzenia. W złożonym piśmie wykonawca ograniczył się do przedstawienia własnej interpretacji postanowień umownych oraz własnej oceny przyczyn naliczenia kar umownych. Odwołujący wskazał także, że: Konsorcjum MTM nie przedstawiło wraz z omawianym pismem żadnych informacji ani dowodów świadczących o podjęciu środków naprawczych, o których mowa w art. 110 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wykonawca nie wykazywał naprawienia szkody, zadośćuczynienia za wyrządzoną szkodę, współpracy z właściwymi podmiotami w celu wyjaśnienia okoliczności sprawy ani wdrożenia konkretnych środków technicznych, organizacyjnych lub kadrowych mających zapobiegać podobnym zdarzeniom w przyszłości. Przeciwnie - całość przedstawionej argumentacji sprowadzała się do twierdzenia, że naliczone kary były niezasadne.

Odwołujący wskazał, że Konsorcjum MTM konsekwentnie określa opisane kary umowne jako „sporne”, jednak z treści

złożonego przez niego pisma nie wynika, aby znaczna część tych należności była objęta jakimkolwiek postępowaniem sądowym, mediacyjnym czy concyliacyjnym. Oznacza to, że na dzień składania dokumentów nie istniał żaden spór w znaczeniu prawnym, a jedynie jednostronne stanowisko wykonawcy kwestionujące zasadność naliczonych kar.

W opinii Odwołującego, ujawnione przez Konsorcjum MTM okoliczności związane z realizacją wcześniejszego zamówienia publicznego wskazywały na możliwość zaistnienia przesłanki wykluczenia określonej w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Pomimo tego Zamawiający nie przeprowadził należytej oceny tych okoliczności, nie zweryfikował kwestii zastosowania przez wykonawcę środków self-cleaning, a ostatecznie nie wykluczył wykonawcy z Postępowania. W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 110 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 16 pkt 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uzasadnia uwzględnienie odwołania w zakresie zarzutu opisanego w pkt 5.5 części wstępnej odwołania.

Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołane nie zasługuje na uwzględnienie.

Za bezzasadne zostały uznane zarzuty dotyczące naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 3 ust. 1 lub art. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w związku z art. 16 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych. Konstrukcja zarzutów została oparta na błędnym założeniu faktycznym, zgodnie z którym pozycja 2.2.4 Załącznika nr 1a do SWZ - „Nadawa odpadów - lej zasypowy” - stanowi cenę kompletnego urządzenia określonego w poz. 4.2.1.2.4 Załącznika nr 6 jako „Zbiornik pośredni nadawy”, tj. urządzenia Havelberger Fahrzeug- und Maschinenbau GmbH typu Dosing Feeder H100-15. Takiego przyporządkowania nie przewidywały dokumenty zamówienia.

Załącznik Wykaz urządzeń stanowił środek dowodowy, którego funkcją było wskazanie oferowanego urządzenia oraz potwierdzenie spełniania przez nie parametrów wymaganych

w PFU. Numeracja lub nazwa pozycji zawartej w Zbiorczym zestawieniu cen nie musiała odpowiadać jednemu, kompletnemu urządzeniu wskazanemu w Wykazie urządzeń. Izba przyjęła argumentację Zamawiającego i Przystępującego, że dokumentacja zamówienia nie przewidywała jednoznacznego przyporządkowania kompletnego urządzenia Havelberger Dosing Feeder H100-15 do pozycji 2.2.4 Zbiorczego zestawienia cen. Załącznik nr 1a przewidywał odrębną pozycję 2.2.8 „wyposażenie technologiczne”, której zakres pojęciowy pozwalał na ujęcie kosztów urządzeń i elementów technologicznych składających się na instalację. Sposoby wyceny wskazanych dwóch pozycji, tak u Odwołującego, jak i obu Przystępujących, wskazują jednoznacznie na różne ujęcie kosztów urządzeń i elementów technologicznych składających się na instalację. Dokumentacja postępowania nie zabraniała takiego rozmieszczenia.

Już z tego względu bezpodstawne jest twierdzenie Odwołującego, że kwoty 47.180,63 zł wskazane przez Konsorcjum MTM oraz 68.371,01 zł wskazane przez Konsorcjum CP stanowią ceny, za które wykonawcy zobowiązali się nabyć i dostarczyć kompletne urządzenie Dosing Feeder H100-15.

W konsekwencji także wyliczenia Odwołującego wskazujące, że cena Konsorcjum MTM stanowi 11,43% średniej cen pozostałych wykonawców, a cena Konsorcjum CP - 16,56% tej średniej, nie dowodzą zaoferowania kompletnego urządzenia Dosing Feeder H100-15 poniżej kosztu jego nabycia. Porównywane wartości nie odnoszą się bowiem - wbrew założeniu Odwołującego - do tego samego zakresu rzeczowego.

Błędne założenie Odwołującego co do stanu faktycznego prowadziło do sformułowania nieuzasadnionych zarzutów.

Odwołujący wywodził czyn nieuczciwej konkurencji wyłącznie z tej samej okoliczności - różnicy pomiędzy cenami jednej pozycji Zbiorczego zestawienia cen. Tymczasem samo założenie Odwołującego było błędne. Odwołujący nie wykazał działania sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami, czy naruszenia interesu innego przedsiębiorcy. Odmienne sposób skalkulowania ceny ryczałtowej, w sytuacji, gdy oferta zawiera wymagany zakres rzeczowy, nie stanowi takiego działania i nie oznacza naruszenia art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący nie wykazał również naruszenia art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dla zastosowania tego artykułu konieczne jest wykazanie sprzedaży towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo odsprzedaży poniżej kosztów zakupu, a ponadto działania w celu eliminacji innych przedsiębiorców z rynku. Tymczasem Odwołujący jedynie stwierdził, że cena urządzenia oferowanego przez dwóch Wykonawców jest niższa od cen pozostałych konkurentów. Nie jest to podstawa do stwierdzenia naruszenia ww. przepisu ustawy. Odwołujący nie wykazał celu eliminacyjnego działania Wykonawców Konsorcjum MTM, ani Konsorcjum CP.

W tym miejscu podkreślenia wymaga okoliczność, że Izba jest uprawniona do rozpoznania odwołania wyłącznie w granicach zarzutów w nim podniesionych. Brak jest podstaw do rozpoznawania nowych zarzutów (w tym okoliczności), jakie podnosi wykonawca w trakcie rozprawy z udziałem stron (tu dotyczących ewentualnych niezgodności zaoferowanego urządzenia).

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień może dotyczyć ceny całkowitej, kosztu albo ich istotnych części składowych. Jak wskazano powyżej, zgodnie z wyjaśnieniami

Wykonawców, cena urządzenia została przedstawiona w kilku pozycjach. Stąd biorąc pod uwagę całokształt okoliczności, nie można jej uznać za tak zaniżoną, jak wskazuje Odwołujący. Ponadto, jak wynika z analizy Zamawiającego, w przypadku Konsorcjum MTM wartość spornej pozycji wynosi 47.180,63 zł i odpowiada około 0,036% całkowitej ceny oferty. Z punktu widzenia wartościowego stanowi pozycję marginalną.

Stąd za bezzasadny został uznany zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 16 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum MTM oraz Konsorcjum CP do złożenia wyjaśnień w zakresie istotnej części składowej ceny, tj. pozycji 2.2.4 - Nadawa odpadów - lej zasypowy.

Za bezzasadny został uznany zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 110 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 16 pkt 1), 2) i 3) ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z uwagi na podleganie wykluczeniu Wykonawcy Konsorcjum MTM Budownictwo Sp. z o.o. i MTM Ekotechnika Sp. z o.o. z postępowania.

Zgodnie z artykułem 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Prawo zamówień publicznych, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Powyższy artykuł wskazuje na możliwość wykluczenia wykonawcy wyłącznie w sytuacji, gdy wystąpiły konkretne następstwa nieprawidłowej realizacji umowy, tzn. w sytuacji, gdy w konsekwencji doszło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Odwołujący nie wykazał żadnego z takich skutków realizacji dwóch wskazywanych inwestycji.

Wykonawca MTM Budownictwo Sp. z o.o. w wyjaśnieniach złożonych wraz z oświadczeniem JEDZ wskazał okoliczności związane z realizacją inwestycji pn. „Przebudowa balkonów oraz przyłącza gazu w Szpitalu Uzdrawiskowym „Jubilat” w miejscowości Łądek-Zdrój”, wykonywanej na rzecz Uzdrawiska Łądek-Długopole S.A. Z wyjaśnień wynika, że w toku realizacji inwestycji zamawiający naliczył kary umowne związane z przekroczeniem terminów wykonania robót, jednak inwestycja została ostatecznie wykonana, odebrana i oddana do użytkowania. Ponadto, przed zakończeniem realizacji zamówienia podstawowego, zamawiający powierzył Wykonawcy MTM Budownictwo Sp. z o.o. wykonanie robót dodatkowych o znacznej wartości. Jak słusznie ocenił Zamawiający, okoliczność ta wskazuje, że pomimo występujących trudności w realizacji inwestycji, współpraca pomiędzy stronami była kontynuowana, a zamawiający nie utracił zaufania do wykonawcy w stopniu uzasadniającym zakończenie współpracy.

W ocenie Izby prawidłowe jest stanowisko Zamawiającego, który nie znalazł podstaw do przyjęcia, że zostały wykazane wszystkie ustawowe przesłanki zastosowania fakultatywnej podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że w postępowaniu nie doszło do wypowiedzenia ani odstąpienia od umowy, wykonania zastępczego, czy realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Inwestycja została zakończona, odebrana i oddana do użytkowania, co oznacza brak wystąpienia przesłanek opisanych w zacytowanym przepisie.

We wskazanym przepisie brak jest wyszczególnienia kary umownej jako skutku nieprawidłowej realizacji umowy, będącej podstawą do wykluczenia wykonawcy z postępowania. W przypadku przepisów o charakterze sankcyjnym szczególnie brak jest możliwości rozszerzania podstaw do wykluczania wykonawców, brak jest możliwości tworzenia dowolnych interpretacji. Stąd już z tego powodu brak jest podstaw do stwierdzenia wystąpienia możliwości wykluczenia Wykonawcy na podstawie przedmiotowego przepisu.

Zamawiający przedstawił bardzo trafne stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych, zgodnie z którym samo naliczenie kary umownej nie stanowi automatycznie podstawy do uznania, że zachodzi przesłanka wykluczenia określona w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Naliczenie kary umownej jest jednostronną czynnością zamawiającego i samo w sobie nie przesądza ani o odpowiedzialności wykonawcy, ani o spełnieniu przesłanki „odszkodowania”, o której mowa w tym przepisie.

Ponadto, jak zauważył Zamawiający, przedstawione przez Wykonawcę MTM Budownictwo Sp. z o.o. okoliczności wskazują, że odpowiedzialność za przekroczenie terminów pozostaje pomiędzy stronami sporna. Oznacza to, że brak jest możliwości jednoznacznego stwierdzenia, że ewentualne nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Wykluczenie Wykonawcy może mieć miejsce tylko i wyłącznie w sytuacji, gdy podstawy faktyczne wykluczenia są bezsporne. Stąd Zamawiający, który nie dysponował materiałem pozwalającym na samodzielne dokonanie odmiennych ustaleń, nie mógł wykluczyć Wykonawcy z postępowania.

Słusznie zatem ocenił Zamawiający, że informacje przedstawione przez Wykonawcę MTM Budownictwo Sp. z o.o. dotyczące realizacji inwestycji w Łądku-Zdroju nie potwierdzają łącznego spełnienia przesłanek określonych w art. 109

ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych i tym samym nie mogą stanowić podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Podobne uwagi należy odnieść do drugiej inwestycji opisanej przez MTM Budownictwo Sp. z o.o. w wyjaśnieniach złożonych wraz z oświadczeniem JEDZ. Była to realizacja zadania pn. „Rozbudowa Opolskiego Centrum Rehabilitacji w Korfantowie Sp. z o.o. - rozbudowa i nadbudowa pawilonu szpitalnego”, wykonywanego przez konsorcjum PBO Śląsk Sp. z o.o. oraz MTM Budownictwo Sp. z o.o.

Z wyjaśnień Wykonawcy wynikało, że zamawiający naliczył kary umowne z tytułu zwłoki w opracowaniu dokumentacji projektowej, zwłoki w wykonaniu robót, zwłoki w realizacji poleceń zamawiającego oraz zwłoki w usuwaniu wad w okresie rękojmi. Jak wskazano powyżej, we wskazanym przepisie brak jest wyszczególnienia kary umownej jako skutku nieprawidłowej realizacji umowy, będącej podstawą do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Sam fakt naliczenia kar umownych nie stanowi wystarczającej podstawy do przyjęcia, że została spełniona przesłanka określona w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ponadto Wykonawca MTM Budownictwo Sp. z o.o. wskazał, że zasadność naliczonych kar jest kwestionowana, nie zostały one uiszczone, a część roszczeń jest przedmiotem postępowania sądowego. Oznacza to, że brak jest możliwości jednoznacznego stwierdzenia, że ewentualne nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Wykluczenie Wykonawcy może mieć miejsce tylko i wyłącznie w sytuacji, gdy podstawy faktyczne wykluczenia są bezsporne. Stąd Zamawiający, który nie dysponował materiałem pozwalającym na samodzielne dokonanie odmiennych ustaleń, nie mógł wykluczyć Wykonawcy z postępowania.

Ponadto Zamawiający prowadzący przedmiotową inwestycję opublikował w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o wykonaniu umowy nr 2024/BZP 00017435, w którym wskazał, iż umowa została wykonana należyście. Z treści ogłoszenia wynika ponadto, że mimo wystąpienia zmian w toku realizacji inwestycji oraz wydłużenia terminu wykonania robót, zamawiający nie zakwalifikował realizacji umowy jako nienależytej. Jednocześnie wartość wynagrodzenia należnego wykonawcy została zwiększona z kwoty 28 556 200,00 zł brutto do kwoty 30 039 082,93 zł brutto, a następnie została wykonawcy wypłacona.

Trafna była zatem ocena Zamawiającego, że skoro sam zamawiający, dysponujący pełną wiedzą o przebiegu realizacji inwestycji oraz wszystkich okolicznościach wykonywania umowy, potwierdził jej należyte wykonanie, to brak jest podstaw, aby inny zamawiający - dysponujący jedynie ograniczonym materiałem dowodowym - przyjmował ocenę odmienną wyłącznie na podstawie informacji o naliczeniu kar umownych.

W konsekwencji Zamawiający słusznie uznał, że informacje przedstawione przez Wykonawcę MTM Budownictwo Sp. z o.o. dotyczące realizacji inwestycji w Korfantowie nie potwierdzają łącznego spełnienia przesłanek określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych i nie stanowią podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Izba podziela pogląd Zamawiającego, zgodnie z którym celem art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych nie jest eliminowanie z rynku zamówień publicznych każdego wykonawcy, wobec którego w toku realizacji wcześniejszych umów wystąpiły spory lub naliczono kary umowne. Przepis ten służy wykluczeniu wyłącznie takich wykonawców, których wcześniejsze zachowanie pozwala na obiektywne stwierdzenie, że nie dają oni rękojmi należytego wykonania przyszłego zamówienia. Stąd trafnie wskazał Zamawiający, że żadna z przedstawionych okoliczności nie pozwala na stwierdzenie, że zostały spełnione wszystkie przesłanki określone w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W konsekwencji, wobec braku podstaw do zastosowania wobec Wykonawcy MTM Budownictwo Sp. z o.o. przesłanki wykluczenia określonej w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, brak było również podstaw do żądania od tego Wykonawcy wykazania podjęcia środków naprawczych, o których mowa w art. 110 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 pkt 1), zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania oraz koszty z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....