

WYROK

Warszawa, dnia 3 grudnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Matecka
Agata Mikołajczyk
Maksym Smorczewski
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 listopada 2024 r. przez wykonawcę: SPIE Stangl Technik Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy w postępowaniu prowadzonym przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu w imieniu i na rzecz Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy Elektromex Sp. z o.o. z siedzibą w Kępnie - uczestnika po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:

2.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez 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:

.....

.....

Uzasadnienie

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu prowadzi w imieniu i na rzecz Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”), na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Konserwacja i naprawa urządzeń sygnalizacji świetlnej, znaków aktywnych oraz oświetlenia drogowego na terenie administrowanym przez GDDKiA O/Poznań” (dalej: „Postępowanie”). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 1 lipca 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2024/S 126- 389496.

I. W dniu 8 listopada 2024 r. wykonawca SPIE Stangl Technik Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego w postaci wykluczenia Odwołującego z Postępowania w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp oraz odrzucenia ofert częściowych Odwołującego dla części II-VIII zamówienia, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 ppkt a) ustawy Pzp, jak również wyboru oferty wykonawcy „Firma Raszewski i Syn R.R.”, jako najkorzystniejszej dla wykonania Części V - Rejon Konin,

unieważnienia postępowania dla Części VII - Rejon Nowy Tomyśl oraz wyboru oferty Konsorcjum Zakład Budowy i Konserwacji Ruchu Drogowego J.W. (Lider Konsorcjum), ZUBERD Zakład Urządzeń Bezpieczeństwa Ruch Drogowego R.W. (Partner Konsorcjum), jako najkorzystniejszej dla wykonania Części VIII Rejonu Środa Wielkopolska mimo że Odwołujący nie podlegał wykluczeniu, jego oferty nie powinny zostać odrzucone, a ponadto dla części V, VII i VIII jego oferty częściowe powinny zostać wybrane jako oferty najkorzystniejsze.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 109 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 125 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz:

a) art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp;

b) Instrukcji wypełnienia JEDZ/ESPD ustawy Pzp 2019 (wersji z dnia 29.04.2022), zwanej dalej „Instrukcją”, w zw. z art. 93 ust. 1 Konstytucji RP, art. 7 Konstytucji RP oraz Rozporządzenia Wykonawczego Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającego standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, zwanego dalej „Rozporządzeniem Wykonawczym”;

poprzez ich błędną wykładnię i przyjęcie, że pytanie zawarte w Części III: Podstawy wykluczenia lit. C pkt „Rozwiązanie umowy przed czasem, odszkodowania lub inne porównywalne sankcje” formularza JEDZ, składanego wraz z ofertą wykonawcy, dotyczy każdego przypadku przedwczesnego rozwiązania umowy z zamawiającym. Tymczasem pytanie to dotyczy wyłącznie takich przypadków rozwiązania umowy, które mogłyby skutkować wykluczeniem wykonawcy w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp;

2) [zarzut ewentualny na wypadek nieuwzględnienia zarzutu z pkt 1] art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że Odwołującemu można zarzucić niedbalstwo lub lekkomyślność przy wprowadzeniu Zamawiającego w błąd, mimo iż wypełnił on formularz JEDZ zgodnie z Instrukcją, a tym samym nie jest winny wprowadzenia Zamawiającego w błąd, a ponadto informacja ta nie mogła mieć istotnego wpływu na decyzję Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności:

a) wykluczenia Odwołującego z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp,

b) odrzucenia ofert częściowych Odwołującego dla Części II-VIII zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) ustawy Pzp,

c) wyboru oferty wykonawcy „Firma Raszewski i Syn R.-.” jako najkorzystniejszej dla wykonania Części V – Rejon Konin,

d) unieważnienia Postępowania dla Części VII - Rejon Nowy Tomyśl, oraz

e) wyboru oferty Konsorcjum Zakład Budowy i Konserwacji Ruchu Drogowego J.W. (Lider Konsorcjum), ZUBERD Zakład Urządzeń Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego R.W. (Partner Konsorcjum), jako najkorzystniejszej dla wykonania Części VIII Rejonu Środa Wielkopolska;

2) powtórzenia czynności w postaci przeprowadzenia ponownej oceny ofert wykonawców dla części V, VII i VIII zamówienia, w tym z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

II. Pismem z dnia 27 listopada 2024 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili:

1) wykonawca Elektromex Sp. z o. o. z siedzibą w Kępnie,

2) podmiot Elektroinstalacje W.R. z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba uznała, że podmiot Elektroinstalacje W.R. z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim nie zgłosił skutecznie przystąpienia do postępowania odwoławczego. Ww. podmiot został wskazany jako zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego zarówno w zgłoszeniu przystąpienia przekazanym na elektroniczną skrynkę podawczą Urzędu

Zamówień Publicznych, jak i załączonym do niego piśmie. Jak natomiast wynika z dokumentacji Postępowania oraz stanowiska Zamawiającego przedstawionego na posiedzeniu z udziałem stron ww. podmiot nie złożył w Postępowaniu samodzielnie oferty, lecz wspólnie z innym podmiotem (Elektroinstalacje Rudowicz S.C K.R. K.R.). Uprawnienie do zgłoszenia przystąpienia przysługiwało zatem łącznie wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia, a nie tylko jednemu z podmiotów wchodzących w skład konsorcjum. Ponadto, z pisma zawierającego zgłoszenie przystąpienia, jak i informacji przekazanych przez Zamawiającego, wynika, że informacja o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią została przekazana wykonawcom w dniu 8 listopada 2024 r. (piątek). W związku z tym termin na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego upłynął w dniu 12 listopada 2024 r. (11 listopada, który w tym roku wypadł w poniedziałek, to dzień ustawowo wolny od pracy). Zgodnie bowiem z przepisem art. 525 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia ww. podmiotu wpłynęło do Prezesa Izby w dniu 13 listopada 2024 r., a zatem z przekroczeniem ustawowego terminu na dokonanie tej czynności.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Odwołujący złożył w Postępowaniu ofertę dla Części II – VIII.

W dokumencie JEDZ Odwołującyw części III Podstawy wykluczenia lit. C „Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi” pkt „rozwiązanie umowy przed czasem, odszkodowania lub inne porównywalne sankcje” 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?” (dalej jako: „Pytanie JEDZ”) udzielił odpowiedzi „Nie”.

Pismem z dnia 9 października 2024 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 223 ust 1 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do wyjaśnienia treści złożonej oferty. W piśmie tym Zamawiający wskazał: „Zgodnie z dokumentami złożonymi w postępowaniu tj.: „Jedz” Wykonawca nie wskazał w Części III: Podstawy wykluczenia lit. C ppkt. „Rozwiązanie umowy przed czasem, odszkodowania lub inne porównywalne sankcje” iż nienależycie wykonywał umowę. Zamawiający powziął informację, iż wykonawca niewłaściwie wykonywał umowę nr. 126/Z-2/2023 gdzie Zamawiającym była GDDKiA Oddział w Gdańsku. Zgodnie z informacjami przedmiotowa umowa została wypowiedziana w dniu 14.02.2024. w związku z powyższym Zamawiający prosi o wyjaśnienie rozbieżności.”

Odwołujący nie udzielił odpowiedzi na ww. wezwanie Zamawiającego.

W dniu 29 października 2024 r. Zamawiający doręczył Odwołującemu:

- Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej w Części II Rejon Gniezno,
- Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej w Części III Rejon Kalisz,
- Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej w Części IV Rejon Kępno,
- Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej w Części V Rejon Konin,
- Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej w Części VI Rejon Leszno,
- Informację o unieważnieniu Postępowania w Części VII Rejon Nowy Tomyśl,
- Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej w Części VIII Rejon Środa Wielkopolska.

W ww. Zawiadomieniach oraz Informacji Zamawiający poinformował o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Zamawiający przedstawił następujące uzasadnienie:

„Uzasadnienie prawne:

226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia.

Uzasadnienie faktyczne:

Zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy, gdyż została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu.

Zamawiający wyklucza wykonawcę na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp, ponieważ w wyniku rażącej lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Wykonawca składając ofertę wypełnił i złożył formularz JEDZ. Wykonawca w Części III: Podstawy wykluczenia lit. C ppkt „Rozwiązanie umowy przed czasem, odszkodowania lub inne porównywalne sankcje” zaznaczył opcję „NIE”.

Zamawiający otrzymał jednakże informację, o tym, że umowa nr 126/Z-2/2023 z dnia 29.06.2023 r., gdzie Zamawiającym był SP - GDDKiA Oddział w Gdańsku, a wykonawcą SPIE Stangl Technik sp. z o.o. została rozwiązana przez umówionym czasem trwania (48 miesięcy). Jak wynika z dokumentów pozyskanych przez Zamawiającego przedmiotowa umowa została wypowiedziana przez samego Wykonawcę w dniu 01.02.2024r. Następnie Zamawiający – SP – GDDKiA oddział w Gdańsku złożył oświadczenie woli o wypowiedzeniu tej umowy w dniu 14.02.2024 r. Niewątpliwie zatem umowa została rozwiązana przed upływem terminu na jaki została zawarta. Jest to obiektywnie istniejąca okoliczność faktyczna o której Wykonawca był zobowiązany poinformować Zamawiającego.

Wykonawca o wypowiedzeniu powyższej umowy ani o towarzyszących temu okolicznościach nie poinformował Zamawiającego w oświadczeniu z art. 125 ustawy Pzp w formie formularza „JEDZ” składanego wraz z ofertą.

Wykonawca w Części III: Podstawy wykluczenia lit. C ppkt. „Rozwiązanie umowy przed czasem, odszkodowania lub inne porównywalne sankcje” powinien zaznaczyć opcję „TAK”.

Zamawiający stoi na stanowisku, zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 30.01.2019 (sygnatura akt KIO 80/19): „ że twierdząca odpowiedź na przytoczone wyżej pytanie [rozwiązanie umowy przed czasem – pytanie z formularza JEDZ] nie jest uzależniona od faktu, iż do przedwczesnego rozwiązania umowy doszło z winy którejkolwiek ze stron, w szczególności z winy wykonawcy. Pytanie dotyczy wyłącznie obiektywnego zdarzenia polegającego na wcześniejszym rozwiązaniu umowy. W tej sytuacji odwołujący, który udzielił negatywnej odpowiedzi na tak zadane pytanie, wprowadził zamawiającego w błąd (...) Treść JEDZ nie pozostawia tu wątpliwości, co do tego, że wykonawca powinien zaznaczyć opcję „TAK” w przypadku, gdy doszło do rozwiązania umowy przed czasem, bez względu na przyczyny jej rozwiązania.”.

Podobnie kwestię tę rozstrzygnął Sąd Okręgowy w Warszawie w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 5/23, który w uzasadnieniu wyroku wskazał, że oświadczenie złożone w JEDZ jako obiektywnie sprzeczne z rzeczywistością stanowi naruszenie prawa a jego skutki obciążają Wykonawcę. Wykonawca nie informując Zamawiającego o ważnych okolicznościach uniemożliwił tym samym Zamawiającemu ich zbadanie i ocenę ich wpływu na możliwość spełnienia przesłanek wykluczenia Wykonawcy wskazanych w formularzu JEDZ. W ten sposób działanie wykonawcy może doprowadzić do wprowadzenia w błąd Zamawiającego i w związku z tym stanowi naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p.

Zamawiający dodatkowo w celu uzyskania pełnej informacji związanej z zaistniałą sytuacją na etapie badania ofert wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia opisanej wyżej pozycji formularza „JEDZ”, już po uzyskaniu informacji o zakończeniu umowy przed pierwotnym terminem. W wyznaczonym terminie nie otrzymał jednak żadnej odpowiedzi ze strony Wykonawcy.

Brak odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego i przedstawienia okoliczności, które towarzyszyły złożonym oświadczeniom woli oraz w związku z tym podanie niezgodnych ze stanem faktycznym informacji w formularzu JEDZ wynikało, w opinii Zamawiającego, z rażącej lekkomyślności lub niedbalstwa Wykonawcy i mogło mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego w powyższym postępowaniu. Dlatego wykluczenie Wykonawcy w tych okolicznościach jest zasadne i konieczne.

Jednocześnie zgodnie ze Specyfikacją Warunków Zamówienia następuje wykluczenie Wykonawcy na podstawie z art. 111 pkt 6 ustawy Pzp na okres roku od zaistnienia zdarzenia.”

Z ww. zawiadomienia Zamawiającego oraz złożonego przez Odwołującego dowodu w postaci oświadczenia o rozwiązaniu umowy z zachowaniem okresu wypowiedzenia z dnia 1 lutego 2024 r., wynika, że Odwołujący złożył oświadczenie o rozwiązaniu umowy nr 126/Z-2/2023 z dnia 29 czerwca 2023 r. zawartej pomiędzy Skarbem Państwa – Generalnym Dyrektorem Dróg Krajowych i Autostrad (Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Gdańsku) a Odwołującym (zwanej dalej: „Umową”), co miało miejsce przed umówionym czasem jej obowiązywania (48 miesięcy).

Ponadto, z ww. zawiadomienia oraz pisma Zamawiającego z dnia 9 października 2024 r. wynika, że w dniu 14 lutego 2024 r. oświadczenie o wypowiedzeniu Umowy złożył Zamawiający. Okoliczności tej Odwołujący nie zaprzeczył w treści odwołania.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący wskazał:

Zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 125 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że spór między nim a Zamawiającym sprowadza się do ustalenia, jakie informacje winien zamieszczać wykonawca w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający, powołując się na

orzeczenie KIO stoi na stanowisku, że wykonawca w oświadczeniu tym powinien informować o wszystkich przypadkach, w których nastąpiło przedwczesne rozwiązanie umowy między wykonawcą i zamawiającym, Tym samym, wobec okoliczności rozwiązania Umowy przed upływem okresu, na który została ona zawarta (co jest faktem), Odwołujący winien był o teże okoliczności poinformować Zamawiającego. Natomiast Odwołujący stoi na stanowisku, że jego obowiązek dotyczył informowania o takich przypadkach przedwczesnego rozwiązania umowy, które mogłyby stanowić podstawę do wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Odwołujący, kierując się treścią motywu 84 preambuły dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 59 tejże dyrektywy, przedstawił dwa wnioski. Po pierwsze, dokument składany przez wykonawcę zawiera jego oświadczenie, w którym stwierdza on, czy spełnia odpowiednie kwalifikacje lub zachodzą wobec niego przesłanki wykluczenia go z udziału w postępowaniu i jest to wyłączny zakres podlegający badaniu przez zamawiających. Po drugie, oświadczenie to ma zastąpić składanie obszernych wyjaśnień i dokumentów już na etapie przygotowania oferty. Odwołujący powołał się również na dodatkowe wyjaśnienie zawarte w JEDZ w odniesieniu do „podstaw związanych z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi”: „należy zauważyć, że do celów niniejszego zamówienia niektóre z poniższych podstaw wykluczenia mogą być zdefiniowane bardziej precyzyjnie w prawie krajowym, w stosownym ogłoszeniu lub w dokumentach zamówienia, Tak więc prawo krajowe może na przykład stanowić, że pojęcie „poważnego wykroczenia zawodowego” może obejmować kilka różnych postaci zachowania stanowiącego wykroczenie”.

Zdaniem Odwołującego z powyższego wynika jednoznacznie, że Pytanie JEDZ dotyczy podstawy wykluczenia wskazanej w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego na to pytanie należy odpowiedzieć twierdząco tylko i wyłącznie w przypadku, gdy taka sytuacja powiązana była z wcześniejszym niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem albo długotrwałym nienależytym wykonywaniem istotnego zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie miałby możliwości dokonania oceny sytuacji wcześniejszego rozwiązania umowy pod kątem zaistnienia podstawy wykluczenia wskazanej w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego wynika to z tego, niewykonanie czy nienależyte wykonanie Umowy (czyli kluczowa przesłanka zastosowania tej podstawy) jest kwestionowane przez Odwołującego. Co więcej, okoliczność ta jest przedmiotem zawistego sporu sądowego. Odwołujący podniósł, że na wyłączenie możliwości wykluczenia wykonawcy w takiej sytuacji jednoznacznie wskazuje się zarówno w doktrynie jak i orzecnictwie. Zdaniem Odwołującego, przyjęcie innej interpretacji przywołanych przepisów prowadziłoby do absurdalnej sytuacji, w której Zamawiający, będąc nomen omen sędzią we własnej sprawie (spór Odwołującego toczy się bowiem z GDDKiA, a więc tym samym zamawiającym), byłby uprawniony do oceny, czy nastąpiło, czy nie nastąpiło nienależyte wykonanie umowy, zastępując w tej roli niezawisły sąd.

Stanowisko Izby

Izba nie podzieliła zaprezentowanej przez Odwołującego wykładni Pytania JEDZ. Pytanie to brzmi następująco: „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?”.

Z powyższego wynika, że Pytanie JEDZ – w zakresie mającym znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy - zostało sformułowane w sposób jednoznaczny i niewymagający dokonywania innej wykładni niż wykładnia językowa.

Oczywiście, nie jest sporne, że pytanie związane jest z podstawą wykluczenia wskazaną w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Jednakże równie oczywiste jest, że nie odnosi się ono do wszystkich przesłanek składających się na tę podstawę wykluczenia z postępowania, a jedynie do „przesłanki skutku” w postaci wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Zgodnie z przepisem art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp 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.

Okoliczność, że złożono oświadczenie o wypowiedzeniu Umowy, oznacza, że wystąpiła sytuacja, w której wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym została rozwiązana przed czasem. O sytuacji tej Odwołujący obowiązany był zatem poinformować Zamawiającego zgodnie z Pytaniem JEDZ. Udzielenie pozytywnej odpowiedzi na to pytanie nie wyklucza możliwości jednoczesnego przedstawienia przez wykonawcę wyjaśnień co do braku wystąpienia pozostałych przesłanek składających się na podstawę wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Taki sposób wypełnienia dokumentu JEDZ stanowi normalną praktykę stosowaną przez wykonawców w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Wymaga zauważenia, że sposób sformułowania przez ustawodawcę unijnego Pytania JEDZ jest całkowicie zrozumiały i zasadny. Ocena co do wystąpienia podstawy wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, należy bowiem do zamawiającego, a nie wykonawcy. Natomiast wykonawca obowiązany jest przekazać zamawiającemu informacje pozwalające na dokonanie takiej oceny. Odstąpienie od obowiązku wykonawcy przekazania zamawiającemu informacji wymaganych zgodnie z treścią Pytania JEDZ - z uwagi na uznanie przez wykonawcę, że nie doszło do ziszczenia się pozostałych przesłanek wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp – oznaczałoby, że oceny w zakresie wystąpienia podstawy wykluczenia dokonuje sam wykonawca, a nie zamawiający.

Jak wskazał Sąd Okręgowy w Warszawiew uzasadnieniu wyroku z dnia 26 września 2023 r. (sygn. akt XXIII Zs 12/23) „Od Wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego, profesjonalisty w obrocie gospodarczym należało bowiem oczekiwać, że przedstawi on Zamawiającemu stosowne informacje, zgodnie z pytaniem zawartym w JEDZ. Do wykonawcy należy na podstawie wymogów przejrzystości i lojalności poinformowanie zamawiającego o swojej sytuacji oraz dostarczenie mu wszystkich informacji mogących wykazać, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania skutkujące nałożeniem kary umownej nie wynikało z przyczyn leżących po jego stronie. To finalnie zamawiający jest uprawniony do oceny czy dane zdarzenia będą powodowały wykluczenie wykonawcy z postępowania czy też nie. Wobec tych obiektywnych okoliczności zasadnym było ustalenie, że nieprzedstawienie stosownych informacji przez Wykonawcę było zamierzone. (...)”

Sąd Okręgowy w całości podziela dokonaną przez Krajową Izbę Odwoławczą interpretację Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia funkcjonującego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie pytania: „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?”.

Wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – (...) sp. z o.o. sp. k. w Jednolitym Europejskim Dokumentcie Zamówienia (JEDZ) udzielił twierdzącej odpowiedzi na omawiane pytanie i załączył wyjaśnienia dotyczące umowy numer EX.28.58.2020 z dnia 7 grudnia 2020 roku zawartej z Wojewódzkim (...) w Ł.. Sprawa ta dotyczyła odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego. Skarżący wyjaśnił, że nie przyznał się ani w JEDZ ani w trakcie składania oświadczenia o aktualności informacji zawartych w JEDZ do innych przypadków naruszeń dotyczących umów realizowanych na rzecz Szpitala w P. im. (...) S.A. oraz Zakładu (...) w P., gdyż sprawy te dotyczyły wyłącznie naliczenia kar umownych. (...) sp. z o.o. sp. k. uznał, że skoro naliczenie kar umownych odbywa się poprzez jednostronne oświadczenie złożone przez zamawiającego, a okoliczności sprawy są sporne to nie był on zobowiązany do przyznawania tych faktów w ofercie oraz w dokumentach składanych Zamawiającemu w toku postępowania.

Taka postawa Skarżącego nie znajduje potwierdzenia w przepisach obowiązującego prawa. (...)

W ocenie Sądu Okręgowego Skarżący odpowiadając na przedmiotowe pytanie twierdząco, bezwzględnie powinien wykazać kary umowne, które już na etapie wypełniania formularza JEDZ oraz potwierdzenia aktualności informacji zawartych w JEDZ funkcjonowały w obrocie. Fakt, że były one sporne nie usprawiedliwia ich niewskazania. W obrocie gospodarczym, także w ramach realizacji zamówień publicznych niezwykle często zdarza się, że w przypadku naliczenia kary umownej powstaje pomiędzy stronami umowy spór co do jej zasadności. Sam fakt niezadowolenia kontrahenta obciążonego karą umowną nie powoduje, że znika ona z obrotu. Dopiero odpowiedni wyrok sądu bądź zawarte pomiędzy stronami porozumienie może ewentualnie zaświadczyć o nieuprawnionym naliczeniu takiej kary. Takich dokumentów jednakże Skarżący nie przedstawił, podnosząc jedynie, iż nałożone na niego kary umowne są sporne. W tej sytuacji miał on obowiązek poinformować Zamawiającego o nałożonych na niego karach umownych w ramach umów o udzielenie zamówienia publicznego.

Następnie to Zamawiający jest obowiązany dokonać właściwej subsumpcji stanu faktycznego pod hipotezę normy, czyli ocenić, czy dane zdarzenia wskazane przez wykonawcę, a wymienione w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP powstały z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Natomiast Wykonawca miał obowiązek o takich zdarzeniach poinformować. Tym bardziej, że w samym pytaniu zawartym w JEDZ wskazano na wcześniejsze umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsze umowy z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsze umowy w sprawie koncesji rozwiązane przed czasem oraz na odszkodowania bądź inne porównywalne sankcje związane z tą wcześniejszą umową. Pytanie nie wskazuje czy to mają być wydarzenia sporne czy też nie. Nawet w sytuacji, gdy nałożenie kary umownej jest czynnością jednostronną a okoliczności pozostają pomiędzy stronami sporne, to Wykonawca powinien

złożyć Zamawiającemu wyjaśnienia, tak aby umożliwić dokonanie oceny czy mimo zaistnienia określonych problemów realizacyjnych pozostaje rzetelny. Wykonawca nie był zatem uprawniony do własnej dowolnej interpretacji, która nie znajduje potwierdzenia ani w wykładni literalnej, ani celowościowej czy też logicznej przedmiotowego pytania.”

Izba za nieistotne dla niniejszej sprawy uznała następujące okoliczności podnoszone przez Odwołującego: 1) kwestionowanie przez Odwołującego faktu niewykonania albo nienależytego wykonania Umowy; 2) zawiązanie sporu sądowego. Po pierwsze, jak wskazano powyżej, Pytanie JEDZ nie dotyczy przesłanki niewykonania albo nienależytego wykonania umowy. Po drugie, zgodnie z przepisem art. 111 pkt 4 ustawy Pzp, w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, wykluczenie wykonawcy następuje na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Biorąc pod uwagę średni czas trwania sporu sądowego w tego rodzaju sprawach, przyjęcie poglądu prezentowanego przez Odwołującego oznaczałoby, że przepis art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp prawie nie znajdowałby zastosowania. Przyjmuje się, że zamawiający obowiązany jest dokonać własnej oceny co do zaistnienia podstawy wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Ocena taka dokonywana jest na podstawie materiału dowodowego zebranego w toku postępowania o udzielenia zamówienia. W tym zakresie w szczególności podkreśla się inicjatywę dowodową Odwołującego. Należy również podkreślić, że oceny, o której mowa powyżej, zamawiający dokonuje na potrzeby prowadzonego postępowania i za oczywiste należy uznać, że dokonana przez niego ocena nie wiąże sądu i w związku z tym nie przesądza wyniku sporu sądowego. Takie stanowisko prezentowane jest nie tylko w orzecznictwie (por. fragment uzasadnienia Sądu przytoczony powyżej), ale wyrażane jest również przez przedstawicieli doktryny. W Komentarzu do Prawa zamówień publicznych pod red. M. Jaworskiej, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 5, Warszawa 2023, przedstawiono następujący pogląd:

„Zaznaczyć należy, że w praktyce, w przypadku odstąpienia lub wypowiedzenia przez zamawiającego od umowy o zamówienie z powodu jej nienależytej realizacji, wykonawca z dużym prawdopodobieństwem będzie kwestionował skuteczność lub zasadność odstąpienia bądź wypowiedzenia albo co najmniej przyczyny odstąpienia. Podobnie będzie w przypadku skorzystania z wykonania zastępczego, jeśli zdaniem wykonawcy nie wystąpiły ku temu przesłanki. Rodzi się zatem pytanie, czy powstały między zamawiającym a wykonawcą na tym tle spór będzie miał wpływ na zastosowanie tej przesłanki wykluczenia. Literalne brzmienie przepisu wskazywałoby na konieczność wykluczenia w sytuacji, gdy doszło do odstąpienia, wypowiedzenia, skorzystania z wykonania zastępczego lub rękojmi za wady, czyli gdy oświadczenie zamawiającego, spowodowane jedną z powyższych sytuacji, dotarło skutecznie do adresata. Kwestionowanie przez wykonawcę decyzji zamawiającego może zakończyć się np. zawarciem ugody z zamawiającym lub wyrokiem sądu niepotwierdzającym niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia w znacznym stopniu lub zakresie. Uznanie jednak, że wystąpienie sporu co do odstąpienia od umowy uniemożliwia wykluczenie wykonawcy z powodu zaistnienia komentowanej przesłanki prowadzi do braku możliwości stosowania przepisu w praktyce. Zgodnie bowiem z art. 111 pkt 4 PZP wykluczenie z powodu zaistnienia przesłanki określonej w art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP może nastąpić, jeśli od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia nie upłynęły 3 lata. Biorąc pod uwagę przeciętną długość trwania sporu sądowego przed sądem powszechnym w dwóch instancjach, jest wysoce prawdopodobne, że sprawa nie zostałaby rozstrzygnięta w okresie 3 lat. Przyjęcie stanowiska, że wystąpienie sporu co do nienależytego wykonania zamówienia uniemożliwia wykluczenie na ww. podstawie, mogłoby zatem prowadzić do wniosku, że komentowany przepis w praktyce nie byłby możliwy do stosowania. Z drugiej zaś strony stanowisko zamawiającego, w przypadku kiedy zostało zakwestionowane przez wykonawcę na drodze sądowej, nie może być uznane za ostateczne i przesądzające o nienależytej realizacji zamówienia.”

Odnosząc się do natomiast do argumentu Odwołującego, że przyjęcie stanowiska reprezentowanego przez Zamawiającego oznaczałoby, że podmiot ten byłby niejako „sędzią we własnej sprawie” należy wskazać, że – w sytuacji niepodzielania przez Odwołującego oceny Zamawiającego i skorzystania ze środków ochrony prawnej – kwestia wystąpienia w stosunku do Odwołującego podstawy wykluczenia ostatecznie podlegałaby ocenie Izby, a następnie Sądu.

Zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 125 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz Instrukcji wypełnienia JEDZ/ESPD ustawy Pzp 2019 (wersji z dnia 29.04.2022) w zw. z art. 93 ust. 1 Konstytucji RP, art. 7 Konstytucji RP oraz Rozporządzenia Wykonawczego.

Odwołujący wskazał, że Rzeczpospolita Polska skorzystała z uprawnienia nadanego jej na mocy Rozporządzenia Wykonawczego (w zakresie wydania wytycznych odnośnie stosowania dokumentu JEDZ) i na stronie Urzędu Zamówień Publicznych zamieściła instrukcję wypełniania formularza JEDZ. Instrukcja ta zawiera dość czytelne wyjaśnienia, w jaki sposób odpowiedzieć na pytanie, które rzekomo wprowadziło Zamawiającego w błąd: „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. Zgodnie z tym przepisem zamawiający może wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

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 lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Uwzględniając treść przepisu nie wskazuje się tu umów, przy których realizacji wystąpiły inne niż wskazane w przepisie odstąpienia od ich wykonania lub inne niż wskazane w przepisie konsekwencje.” Odwołujący stwierdził, że udzielił odpowiedzi zgodnej z instrukcjami Urzędu Zamówień Publicznych. Zdaniem Odwołującego nie można więc uznać, że przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd.

Odwołujący zadał pytanie, na ile wiążąca dla Zamawiającego czy też Krajowej Izby Odwoławczej jest Instrukcja, tj. czy również te podmioty mają obowiązek się do niej stosować. Odwołujący jako wyłącznie retoryczne pozostawił pytanie, jak to jest możliwe, że KIO, będąca częścią tego samego Urzędu Zamówień Publicznych wydaje wyroki sprzeczne z instrukcjami zamieszczonymi na stronie internetowej tegoż urzędu.

W ocenie Odwołującego, Instrukcja jest aktem normatywnym uchwalonym na podstawie Rozporządzenia Wykonawczego i jako taka winna być stosowana przez ww. podmioty. Na poparcie swojego stanowiska Odwołujący przedstawił następujące argumenty:

- i) Ustawa Pzp została uchwalona w oparciu o dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r.;
- ii) Zgodnie z art. 288 TFUE i związaną z nią zasadą bezpośredniej skuteczności, dyrektywy wiążą państwa członkowskie w odniesieniu do rezultatu, który ma być osiągnięty i w tym zakresie stosowanie ustawy Pzp nie może stać w sprzeczności z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE czy wydanymi na jej podstawie aktami wykonawczymi, a więc Rozporządzeniem Wykonawczym i Instrukcją;
- iii) Samą Instrukcję, z uwagi na jej umocowanie prawne w Rozporządzeniu Wykonawczym należy uznać za akt normatywny, o którym mowa art. 93 ust. 1 Konstytucji RP, Jak słusznie bowiem wskazał L. Bosek, „Jeżeli więc powyższe podmioty wydają akty zawierające normy prawne adresowane do osób, wobec których przysługują im kompetencje władcze, to akty takie należy zaliczyć do źródeł prawa wewnętrznego w rozumieniu art. 93 ust. 1 Konstytucji RP (por. W. Płowiec, Koncepcja aktu, s. 81 i 133—134; zob. też na temat różnic między statusem uczelni publicznych i niepublicznych — wyr. TK z 5.10.2005 r., SK 39/05, OTK-A 2005, Nr 9, poz. 104). ”
- iv) Odwołujący działając w zaufaniu do organów państwa nie może ponosić negatywnych konsekwencji stosowania się do wytycznych udzielanych przez nie w zakresie ich działania, co naruszałoby podstawowe zasady prawa konstytucyjnego.

Stanowisko Izby:

Należy wskazać, że formularz JEDZ został wprowadzony do porządku prawnego Rozporządzeniem Wykonawczym (Rozporządzenie Wykonawcze Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiające standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz. Urz. UE L 3 z 6.1.2016 r., str. 16). Ww. rozporządzenie, zgodnie z art. 288 TFUE, ma zasięg ogólny, wiąże w całości i jest bezpośrednio stosowane we wszystkich Państwach Członkowskich. Jak wskazano powyżej Pytanie JEDZ – w zakresie mającym znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy - zostało sformułowane w sposób jednoznaczny i niewymagający dokonywania innej wykładni niż wykładnia językowa. Natomiast Instrukcja zamieszczona na stronie Urzędu Zamówień Publicznych nie stanowi prawa powszechnie obowiązującego. Jak wskazano na stronie internetowej Urzędu: Instrukcję należy traktować jako materiał pomocniczy dla wykonawców i zamawiających, który może być przydatny w związku z procesem udzielania zamówień publicznych.

Odnosząc się do postawionego przez Odwołującego pytania „jak to jest możliwe, że KIO, będąca częścią tego samego Urzędu Zamówień Publicznych wydaje wyroki sprzeczne z instrukcjami zamieszczonymi na stronie internetowej tegoż urzędu” należy Odwołującemu wyjaśnić, co następuje: Zgodnie z art. 473 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza jest organem właściwym do: 1) rozpoznawania odwołań w przypadkach, o których mowa w art. 513; 2) rozpoznawania wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy, o których mowa w art. 578 ust. 1; 3) podejmowania uchwał zawierających opinię do zastrzeżeń zamawiającego do wyniku kontroli uprzedniej oraz kontroli doraźnej prowadzonej przez Prezesa Urzędu. Natomiast Prezes Urzędu Zamówień Publicznych jest zgodnie art. 406 ustawy Pzp centralnym organem administracji rządowej właściwym w sprawach zamówień publicznych. Obydwa organy zostały odrębnie uregulowane w Dziale VIII ustawy Pzp „Organy właściwe w sprawach zamówień” Natomiast obsługę Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zgodnie z art. 467 ustawy Pzp, zapewnia Urząd Zamówień Publicznych. Ten sam Urząd

zapewnia obsługę organizacyjno-techniczną oraz księgową Izby (art. 473 ust. 2 ustawy Pzp). Nie pozbawia to jednak Izby jej odrębnego charakteru jako organu (orzekającego) właściwego w sprawach zamówień publicznych. Wymaga szczególnego podkreślenia, że zgodnie z art. 475 ust. 2 ustawy Pzp członek Izby przy orzekaniu jest niezawisły i związany wyłącznie przepisami obowiązującego prawa.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że Instrukcję należy uznać za akt normatywny, o którym mowa w art. 93 ust. 1 Konstytucji. Zgodnie z tym przepisem uchwały Rady Ministrów oraz zarządzenia Prezesa Rady Ministrów i ministrów mają charakter wewnętrzny i obowiązują tylko jednostki organizacyjnie podległe organowi wydającemu te akty. Instrukcja nie jest uchwałą Rady Ministrów ani zarządzeniem Prezesa Rady Ministrów lub ministra. Niezależnie od tego należy zauważyć, że zgodnie z ww. przepisem wskazane akty mają charakter wewnętrzny i obowiązują tylko jednostki organizacyjnie podległe organowi wydającemu te akty – nie stanowią zatem prawa powszechnie obowiązującego.

Wymaga zauważenia, że nawet gdyby podzielić interpretację Odwołującego w zakresie Pytania JEDZ, to i należałoby uznać, że Odwołujący nie wykazał, aby jego działanie było prawidłowe (na gruncie Instrukcji). W Instrukcji wskazano: „Uwzględniając treść przepisu nie wskazuje się tu umów, przy których realizacji wystąpiły inne niż wskazane w przepisie odstępstwa od ich wykonania lub inne niż wskazane w przepisie konsekwencje.” Oznacza to, że wykazanie przez Odwołującego prawidłowego zastosowania się do Instrukcji wymagałoby udowodnienia, że w przypadku Umowy wystąpiły inne niż wskazane w przepisie odstępstwa od wykonania umowy (tj. inne niż niewykonanie umowy w znacznym stopniu lub zakresie, nienależyte wykonanie albo długotrwale nienależyte wykonywanie istotnych zobowiązań wynikających z wcześniejszej umowy) lub inne niż wskazane w przepisie konsekwencje (tj. inne niż wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy, odszkodowanie, wykonanie zastępcze lub realizacja uprawnień z tytułu rękojmi za wady). Pismem z dnia 9 października 2024 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do przedstawienia wyjaśnień w tym zakresie. Okoliczność, że Zamawiający powołał jako podstawę prawną art. 223 ust. 1 ustawy Pzp dotyczący wyjaśniania treści oferty nie ma istotnego znaczenia. Zamawiający w treści wezwania wyraźnie wskazał, że „powziął informację, iż wykonawca niewłaściwie wykonywał umowę nr.126/Z-2/2023 gdzie Zamawiającym była GDDKiA Oddział w Gdańsku. Zgodnie z informacjami przedmiotowa umowa została wypowiedziana w dniu 14.02.2024. w związku z powyższym Zamawiający prosi o wyjaśnienie rozbieżności.” Zamawiający umożliwił zatem Odwołującemu przedstawienie wyjaśnień w powyższym zakresie, a Odwołujący z tej możliwości nie skorzystał. Nie udzielił Zamawiającemu żadnej odpowiedzi. Wobec powyższego, nawet jeśli dowody w ww. zakresie zostałyby przedstawione przez Odwołującego w postępowaniu odwoławczym, to - wobec zaniechania udzielenia odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego – należałoby je uznać za spóźnione.

Zarzut ewentualny naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego, nawet gdyby przyjąć, że Odwołujący winien był zamieścić w oświadczeniu wstępnym informację o przedwczesnym rozwiązaniu Umowy, to Zamawiający i tak nie miał prawa wykluczyć go z postępowania z dwóch niezależnych od siebie powodów. Po pierwsze, nie można mu zarzucić lekkomyślności lub niedbalstwa, a po drugie, informacja udzielona przez Odwołującego nie mogła mieć wpływu na decyzję podejmowaną przez Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego przepis art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp nie powinien być wykładany tak, że podanie każdej, nawet najmniejszej informacji niezgodnej z rzeczywistością musi prowadzić do wykluczenia wykonawcy, zwłaszcza w sytuacji gdy ogólny cel oświadczenia został osiągnięty - względem Odwołującego nie ziszcza się przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Odwołujący powołał się na pkt 101 preambuły do Dyrektywy 2014/24/UE („Stosując fakultatywne podstawy wykluczenia, instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności. Drobne nieprawidłowości powinny jedynie w wyjątkowych okolicznościach prowadzić do wykluczenia wykonawcy.”) i stwierdził, że nieprawidłowość, jakiej dopuścił się w Postępowaniu, winna zostać oceniona jako drobna, w stosunku do której nie można postawić zarzutu lekkomyślności lub niedbalstwa. Odwołujący wyraził pogląd, że każde postępowanie winno być oceniane indywidualnie, z uwzględnieniem okoliczności danej sprawy, natomiast w niniejszej sprawie nie budzi wątpliwości, że działanie jego nie było podyktowane złą wolą, chęcią ukrycia lub zatajenia jakichś informacji. Zauważył, że do stwierdzenia winy i zastosowania sankcji konieczne jest zbadanie okoliczności łagodzących lub całkowicie wykluczających winę. Zdaniem Odwołującego, wobec ewidentnej rozbieżności w stosowaniu przepisów ustawy, Odwołującemu nie można zarzucić, by lekkomyślnie lub bez należytej staranności podjął decyzję o zamieszczeniu takiej, a nie innej odpowiedzi w oświadczeniu wstępnym. Odwołujący stwierdził, że nawet przy założeniu, że rzeczywiście wprowadził Zamawiającego w błąd na skutek lekkomyślności lub niedbalstwa, to z pewnością nie doszło do wywołania istotnego wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Odwołujący podniósł, że - jak słusznie wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej - nie jest możliwe uznanie, że nieprawdziwa informacja ma wpływ na wynik postępowania, w sytuacji, kiedy zamawiający wie lub zdaje sobie sprawę z tego, że uzyskana informacja jest informacją nieprawdziwą, bo wtedy należałoby założyć

irracjonalność postępowania zamawiającego.

Stanowisko Izby:

W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący nie wykazał, aby w stosunku do niego nie wystąpiła którakolwiek z przesłanek składających się na podstawę wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

W odniesieniu do stanowiska Odwołującego dotyczącego stosowania zasady proporcjonalności i kwalifikacji jego zaniechania jako drobnej nieprawidłowości należy wskazać, że wykonawcy obowiązani są do działania w postępowaniu o udzielenie zamówienia z należytą starannością i w związku z tym obowiązani są do przekazywania zamawiającemu wymaganych informacji potrzebnych do prawidłowego przeprowadzenia postępowania. Zaniechanie przekazania Zamawiającemu informacji o okoliczności mającej znaczenie w kontekście badania podstaw wykluczenia nie można uznać za drobną nieprawidłowość. Dodatkowo należy zauważyć, że zgodnie z przepisem art. 109 ust. 3 ustawy Pzp, w przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 1-5 lub 7, zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne, w szczególności gdy kwota zaległych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne jest niewielka albo sytuacja ekonomiczna lub finansowa wykonawcy, o którym mowa w ust. 1 pkt 4, jest wystarczająca do wykonania zamówienia. Zasada wyrażona w tym przepisie nie ma zatem zastosowania do podstawy wykluczenia, o której mowa art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Jak słusznie zauważył Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z dnia 26 września 2023 r. (sygn. akt XXIII Zs 12/23) w odniesieniu do podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp: „Możliwość oceny przesłanki wykluczenia przez pryzmat oczywistej nieproporcjonalności nie odnosi się do przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, a zatem Sąd Okręgowy nie czynił rozważań w tym względzie, uznając zarzut naruszenia art. 109 ust. 3 ustawy Pzp za całkowicie chybiony.”

Skład orzekający Izby podziela pogląd Odwołującego, że każde postępowanie winno być oceniane indywidualnie, z uwzględnieniem okoliczności danej sprawy. Prawdopodobnie tą zasadę kierował się również Zamawiający wystosowując do Odwołującego wezwanie z dnia 9 października 2024 r. w przedmiocie złożenia wyjaśnień. Jednakże Odwołujący na to wezwanie w ogóle nie odpowiedział.

Odwołujący stwierdził również, że wobec evidentnej rozbieżności w stosowaniu przepisów ustawy nie można mu „zarzucić, by lekkomyślnie lub bez należytej staranności podjął decyzje o zamieszczeniu takiej, a nie innej odpowiedzi w oświadczeniu wstępnym”. Odnosząc się do tego należy wskazać, że wypełniając formularz JEDZ Odwołujący nie powinien był zakładać, że Zamawiający z pewnością podzieli przyjmowaną przez niego interpretację Pytania JEDZ, a nie opowie się za odmiennym poglądem prezentowanym w orzecznictwie. Takie podejście świadczy o niewykazaniu przez Odwołującego należytej staranności – nie zastosowaniu się do podwyższonego miernika staranności, który obowiązuje wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Nie można również zgodzić się z Odwołującym, że zaniechanie, którego się dopuścił, nie mogło mieć istotnego wpływu na decyzje Zamawiającego w Postępowaniu. Informacje w zakresie podstaw wykluczenia wykonawcy uznawane są za mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Natomiast odnosząc się do przedstawionej przez Odwołującego argumentacji dotyczącej stanu wiedzy Zamawiającego należy, za wyrokiem Izby z 8 października 2024 r. (KIO 3477/24), przywołać stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie przedstawione w uzasadnieniu wyroku z 11 marca 2024 r. (sygn. akt XXIII Zs 1/24), zgodnie z którym dla zastosowania przepisu art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp „relevantne są tu dwie przesłanki - wina (umyślna/nieumyślna) wykonawcy oraz treść informacji (mogąca mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia). Stan wiedzy, czy w ogóle zachowanie zamawiającego, nie mają tu żadnego znaczenia. W szczególności nie ma znaczenia to, czy zamawiający skutecznie został w wprowadzony w błąd, na skutek czego podjął jakiegokolwiek decyzje, czy wykonał jakiegokolwiek czynności (...) samo podanie informacji nieprawdziwej wypełnia przesłankę wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia (...) Wystarczające jest samo przedstawienie (w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa) informacji "wprowadzających w błąd" zamawiającego, które to informacje mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Z powyższego wynika, że po stronie zamawiającego nie musi powstać mylne wyobrażenie o faktach, na skutek przedstawionych przez wykonawcę informacji, wystarczającym jest, iż takie wyobrażenie mogło powstać. Istotna jest sama treść informacji i to, jaki skutek mogły one wywołać w świadomości zamawiającego, niezależnie od okoliczności czy wprowadzenie w błąd rzeczywiście nastąpiło (...) wykonawca ma obowiązek składania w postępowaniu każdorazowo oświadczeń prawdziwych”.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 *a contrario* ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1

rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....

.....

.....