

Sygn. akt: KIO 4031/24  
KIO 4032/24

**WYROK**

Warszawa, 18 listopada 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodnicząca:** Izabela Niedziałek-Bujak

**Agata Mikołajczyk**

**Aneta Mlącka**

**Protokolant:**

**Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie 14 listopada 2024 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

A) 31 października 2024 r. przez odwołującego – wykonawcę **Transactor Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Trakt Lubelski 257a, 04-667 Warszawa (KIO 4031/24);

B) 31 października 2024 r. przez odwołującego – wykonawcę **Transactor Security Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Trakt Lubelski 257a, 04-667 Warszawa (KIO 4032/24);

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Wojewoda Mazowiecki, Mazowiecki Urząd Wojewódzki w Warszawie**, pl. Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa

z udziałem przystępującego po stronie zamawiającego w sprawie KIO 4032/24 – uczestnika **Korporacja Wschód Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Pożaryskiego 28, 04-703 Warszawa

**orzeka:**

**sygn. akt KIO 4031/24**

**1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego – Transactor Security Sp. z o.o. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego 15.000 zł 00 gr. (piętnaście tysięcy złotych) wpisu od odwołania

**sygn. akt KIO 4032/24**

**1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego – Transactor Security Sp. z o.o. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego 15.000 zł 00 gr. (piętnaście tysięcy złotych) wpisu od odwołania.

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 4031/24, KIO 4032/24**

**Uzasadnienie**

W postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego – Mazowiecki Urząd Wojewódzki w Warszawie, w trybie podstawowym na *zakup i dostawę zestawu pirotechnicznego lin i haków z wyposażeniem dodatkowym, z przeznaczeniem dla Placówki Straży Granicznej Warszawa-Okęcie* (nr postępowania: BOU-V.272.13.2024), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 18.06.2024 r., S 117/2024 359232-2024 oraz na *zakup i dostawę zestawu do elektrycznego i nieelektrycznego inicjowania wybuchy, z przeznaczeniem dla Placówki Straży Granicznej Warszawa-Okęcie* (nr postępowania: BOU-V.272.23.2024), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 12.07.2024 r S 135/2024 418425-2024, wobec czynności polegającej na wezwaniu do poprawienia oświadczeń w JEDZ cz. III pkt C, wniesione zostały w 31.10.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania wykonawcy Transactor Security Sp. z o.o. z/s w Warszawie (KIO 4031/24 i KIO 4032/24).

Odwołujący w obu sprawach zarzucił zamawiającemu:

- 1) art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp – poprzez wezwanie Odwołującego pismem znak BOU-V.272.13.2024 z dnia 23.10.2024 r. do poprawienia Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówień (JEDZ) w zakresie oświadczenia co do braku podstaw do wykluczenia z Postępowania zawartego w części III pkt C formularza JEDZ, tj. zmiany złożonego oświadczenia przez Odwołującego, że nie podlega wykluczeniu z Postępowania w okolicznościach wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp, na oświadczenie, że zachodzą względem niego okoliczności wskazane w art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp, co nie znajduje podstaw faktycznych i prawnych;
- 2) art. 16 pkt 1) i 3) ustawy Pzp w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp – poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz zasady proporcjonalności, polegające na uznaniu (poprzez wezwanie Odwołującego pismem znak BOU-V.272.13.2024 z dnia 23.10.2024 r. do poprawienia Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówień (JEDZ) w zakresie oświadczenia co do braku podstaw do wykluczenia z Postępowania zawartego w części III pkt C formularza JEDZ), że zachodzą względem Odwołującego przesłanki wskazane w art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp dotyczące wykluczenia wykonawców z Postępowania, podczas gdy te przesłanki nie zachodzą, a Zamawiający poprzez przedmiotowe wezwanie uznał zachodzenie względem Odwołującego tych przesłanek oraz przerzucił na Odwołującego ciężar dowodowy wykazania przesłanek wykluczenia z Postępowania;
- 3) w konsekwencji – naruszenie art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp – poprzez dokonanie wezwania pismem znak BOU-V.272.13.2024 z dnia 23.10.2024 r. do poprawienia Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówień (JEDZ) w zakresie oświadczenia co do braku podstaw do wykluczenia z Postępowania zawartego w części III pkt C formularza JEDZ, co zmierza do zaniechania wyboru oferty Odwołującego, która jest najkorzystniejszą ofertą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Mając powyższe na względzie Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania z 23.10.2024 r. do poprawienia JEDZ i dokonania wyboru ofert odwołującego w obu postępowaniach.

W wezwaniach skierowanych w tym samym dniu w obu postępowaniach zamawiający wskazał, że w oświadczeniach złożonych w JEDZ, cz. III pkt C, udzielona na pytanie odpowiedź „NIE” wymaga poprawienia, jako potwierdzająca, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Odwołujący w odpowiedzi z 28.10.2024 r. podtrzymał oświadczenia złożone w JEDZ, że nie podlega wykluczeniu, jak również złożył wyjaśnienia ustosunkowując się do wymienionego w wezwaniach odstąpienia przez zamawiającego od umowy 43/2022/WI z 01.02.2022 r. (odstąpienie z 29.04.2022 r.).

Zdaniem odwołującego, zamawiający wezwaniem miał przesądzić o wystąpieniu podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy, co miało również świadczyć o nieuprawnionym przerzuceniu na wykonawcę ciężaru wykazania, że nie zachodzi wobec niego ta przesłanka. Powyższe wskazywać ma na automatyzm i niezgodność z zasadą proporcjonalności przy stosowaniu fakultatywnej przesłanki wykluczenia z postępowania.

Wezwania skierowane do wykonawcy w postępowaniu oznaczonym jako *BOU-V.272.23.2024* miało miejsce w ramach procedury przetargowej, tj. przed zakończeniem badania złożonych w postępowaniu ofert. W postępowaniu oznaczonym jako *BOU-V.272.13.2024* wezwanie skierowane zostało już po wyborze oferty odwołującego, co miało miejsce 23.08.2024 r. 21.10.2024 r. zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty odwołującego i powrócił do czynności badania i oceny ofert.

Zamawiający złożył odpowiedzi na oba odwołania wnosząc o ich oddalenie w całości.

Do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 4032/24 przystąpił po stronie zamawiającego wykonawca – Korporacja Wschód Sp. z o.o. z/s w Warszawie.

#### **Izba ustaliła i zważyła.**

Mając na uwadze wspólną podstawę faktyczną i prawną zarzutów podniesionych w odwołaniach wobec czynności zamawiającego dokonanych w dwóch prowadzonych równolegle postępowaniach o zamówienie publiczne, zarówno ustalenia jak i stanowisko izby odnosi się łącznie do obu odwołań.

W sprawach odwoławczych kwestionowana jest czynność wezwania odwołującego na podstawie art. 128 ust. 1 Ustawy do poprawienia oświadczeń w JEDZ w części III pkt C, tj. odpowiedzi „NIE” 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?”.*

Zamawiający skierował wezwania w obu postępowaniach oznaczonych odpowiednio nr 13 i 23 o identycznej treści na różnych etapach prowadzonych postępowań przetargowych. W postępowaniu nr 13 już po wyborze oferty odwołującego (jedyna złożona w postępowaniu), a w postępowaniu nr 23 – w trakcie badania i oceny ofert. Informacje, które zainicjowały skierowanie wezwań zostały przedstawione zamawiającemu przez innego wykonawcę (przystępującego), który również złożył ofertę w przetargu nr 23 i odnosiły się do rozwiązanej umowy nr 43/2022/WI z 01.02.2022 r., zawartej pomiędzy tym zamawiającym i odwołującym, do czego doprowadziło oświadczenie zamawiającego o odstąpieniu od umowy z 29.04.2022 r.

Zamawiający w wezwaniach z 23.10.2024 r. wskazując na błąd w oświadczeniu JEDZ wykonawcy, wymagający poprawienia na podstawie art. 128 ust. 1 Ustawy odniósł się do odstąpienia od umowy nr 43/2022/WI, które miało miejsce w okresie 3 lat od terminu składania ofert. W świetle tego odstąpienia zamawiający żądał złożenia wyjaśnień w zakresie oświadczenia, którym potwierdził, że nie znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego została rozwiązana przed czasem. Ponadto, jeżeli sytuacja taka miała miejsce również w zakresie innych umów, również w tym zakresie zamawiający oczekiwał wyjaśnień. Jednocześnie zamawiający wezwał do poprawienia oświadczenia w JEDZ w zakresie wskazanej odpowiedzi na pytanie z cz. III pkt C. Jak wskazał zamawiający, miało to umożliwić zamawiającemu podjęcie kolejnych działań przewidzianych ustawą.

Wykonawca w odpowiedziach z 28.10.2024 r. podtrzymał oświadczenia z JEZD, że nie podlega wykluczeniu z postępowania w okolicznościach wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy. W odniesieniu do umowy wymienionej w wezwaniu wykonawca wskazał, że nie doszło do sytuacji, w której z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązania wynikające z tej umowy, co doprowadziło do odstąpienia od umowy. Tym samym odstąpienie to nie wyczerpuje przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy. Odnosił się dalej do okoliczności, które doprowadziły do rozwiązania umowy. Ponadto stwierdził, że wezwaniem zamawiający miał przesądzić o tym, że wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania, jednocześnie nie uzasadnił przesłanek do wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy. Na tej podstawie wykonawca żądał unieważnienia czynności wezwania do poprawienia oświadczenia w JEDZ.

W obu postępowaniach przetargowych zamawiający nie zakończył czynności badania braku lub wystąpienia podstaw do wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wezwanie do poprawienia oświadczeń w JEDZ, ma umożliwić zamawiającemu dokonanie oceny, czy wobec wykonawcy zachodzi podstawa z art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy.

**Mając na uwadze zakres zarzutów i jego podstawy wskazane w treści obu odwołań, Izba uznała, że zamawiający nie naruszył przepisów Ustawy wzywając odwołującego do poprawienia oświadczenia w JEDZ w obu postępowaniach przetargowych.**

Punktem spornym w ocenie czynności wezwania do poprawienia oświadczenia w JEDZ, cz. III pkt C, jest rozumienie sposobu wypełnienia formularza w części dotyczącej pytania, które referuje do przesłanki fakultatywnej wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy. Odwołujący konsekwentnie przyjmował, że udzielenie odpowiedzi „TAK” miałoby oznaczać potwierdzenie istnienia podstawy do wykluczenia, co w jego ocenie oznaczało również zwolnienie zamawiającego z obowiązku wykazania przesłanki i miało prowadzić do jego wykluczenia. Zamawiający natomiast utrzymywał, że poprawienie oświadczenia zgodnie z treścią pytania nie rozstrzyga o przyszłej ocenie zdarzeń wpisujących się w treść pytania pod kątem przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy. W ocenie zamawiającego poprawienie oświadczenia pozwoli na dalszą weryfikację podmiotową wykonawcy.

Zasadniczo argumentacja odwołującego sprowadza się do wykazania ciążącego na zamawiającym obowiązku wykazania wystąpienia przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy, stanowiącej fakultatywną przesłankę wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący wnioskował bowiem z treści wezwania do poprawienia oświadczenia w JEDZ, że zamawiający zmierza do wykluczenia go na tej podstawie z postępowań przetargowych, co ma przesądzać o sytuacji wykonawcy. Natomiast zmiana odpowiedzi na pytanie w JEDZ, miałyby w ocenie odwołującego prowadzić do stwierdzenia, że wykonawca uznaje istnienie uzasadnienia dla jego wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy.

**Izba oddaliła oba odwołania.**

Zasadniczym błędem argumentacji odwołującego było przypisanie wykonawcy prawa do samodzielnej oceny mających miejsce sytuacji mogących wpisywać się w przesłankę z art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy. Uwzględniając jednolite stanowisko

Sądu Zamówień Publicznych należy wskazać, że do takiej oceny uprawniony jest zamawiający i aby mógł skorzystać z tej możliwości wykonawca zobowiązany jest wskazać te zdarzenia, które mogłyby wypełniać przesłankę wykluczenia z postępowania. Nastąpić to może jedynie przy odpowiedzi twierdzącej na pytanie objęte części III lit C JEDZ, co umożliwia przedstawienie dalszych informacji, w tym również ewentualne samooczyszczenie wykonawcy. Wskazać w tym zakresie można na stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 11.07.2024 r., sygn. XXIII Zs 54/24, że samo przekonanie podmiotu o odmiennej ocenie okoliczności związanych z realizacją umowy (prowadzących do odstąpienia) nie uprawnia tego podmiotu do zatajenia tych informacji, a zamawiający powinien mieć możliwość samodzielnej oceny czy zachodzą podstawy wykluczenia z postępowania. Sąd wskazuje jednolicie na konieczność udzielenie odpowiedzi twierdzącej, nawet jeżeli ocena zdarzeń nie prowadzi do stwierdzenia wypełnienia przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy (tak m.in. w wyroku z 09.05.2024 r., XXIII Zs 47/24).

Konsekwencją przyjęcia przez odwołującego, że to on może jedynie zweryfikować okoliczności w jakich miało dojść do odstąpienia od umowy byłoby przypisanie wykonawcy uprawnienia do samodzielnej oceny bez możliwości jej zrewidowania w ramach badania oferty w postępowaniu przetargowym. Tymczasem to na zamawiającym spoczywa odpowiedzialność za czynności podejmowane w postępowaniu i dla ich prawidłowego przebiegu wymagane jest przedstawienie przez wykonawcę informacji, które mogą mieć znaczenie dla wyniku oceny. To nie wykonawca, ale zamawiający zobowiązany jest ocenić, czy wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odnosząc się zatem do głównego argumentu odwołania, jakim miała być instrukcja wypełnienia oświadczenia w JEDZ zamieszczona na stronie UZP, skład orzekający wskazuje, że nie stoi w sprzeczności ze stwierdzeniem, że odpowiedź referować ma do przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy, przyjęcie, że odpowiedź TAK nie jest rozstrzygająca dla oceny zdarzenia pod kątem przesłanki objętej tym przepisem. Zgodnie z instrukcją wypełnienia JEDZ dostępną na stronie urzędu *„W tym miejscu formularza wykonawca składa oświadczenie odnośnie nieprawidłowości w zakresie realizacji przez niego wcześniejszej umowy (...) w okolicznościach wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp”*. Niewątpliwie samo udzielenie odpowiedzi twierdzącej otwiera dopiero drogę do oceny przez zamawiającego, czy wobec wykonawcy nie zachodzi podstawa do wykluczenia. Wskazuje na to rozwinięcie formularza JEDZ przy takiej odpowiedzi. Przy odpowiedzi „NIE” zamawiający nie ma możliwości oceny, która powinna być jego udziałem w ramach procedury przetargowej. Dopiero udzielenie odpowiedzi „TAK” umożliwia wykonawcy przedstawienie szerszej informacji i nie pozbawia go obrony przed uznaniem przez zamawiającego, że doszło do spełnienia przesłanki wykluczenia. Nadal bowiem to na zamawiającym spoczywa ciężar wykazania istnienia podstawy dla uznania, że wykonawca podlega wykluczeniu. Nie jest w tym zakresie wystarczające samo wskazanie na odpowiedź „TAK” na pytanie, które wprost nie zawiera wszystkich elementów koniecznych dla stwierdzenia, że zachodzić miałyby podstawa do wykluczenia z postępowania. Wykonawca w takiej sytuacji ma możliwość udzielenia wyjaśnień, co pozwala przedstawić obiektywne okoliczności w świetle, których zamawiający może dokonać oceny w sposób przejrzysty dla wszystkich uczestników postępowania. Również w wyroku przywoływanym przez zamawiającego Sąd Okręgowy w Warszawie wskazuje na ten kierunek rozumienia oświadczenia składanego w JEDZ (wyrok z 04.04.2024 r., XXIII Zs 131/23). W uzasadnieniu wskazuje bowiem na swobodę w ocenie instytucji zamawiającej, potwierdzoną wyrokiem TSUE w sprawie C-267/18 *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj* 93 jak również spoczywający na zamawiającym ciężar dowodu. Jednocześnie sąd wskazuje, że sama skuteczność wypowiedzenia nie przesądza, że nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Stąd w sytuacji gdy zamawiający złoży oświadczenia o odstąpieniu od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, to wykonawca powinien poinformować o tym fakcie bez względu, na to, czy zgadza się z tym wypowiedzeniem. Mając powyższe na względzie, odpowiedź „TAK” nie może być automatycznie traktowana przez zamawiającego jako potwierdzenie wystąpienia zdarzenia wyczerpującego podstawę do wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy. Właściwe wypełnienie formularza pozwala na ocenę instytucji zamawiającej, co stanowi wyłączne uprawnienie podmiotu prowadzącego postępowanie i odpowiedzialnego za jego wynik.

Odwołujący powołując się na przepis dyrektywy, tj. art. 57 ust. 4 lit. g, którego implementacja nastąpiła w porządku krajowym do przepisu art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy, podkreślał cel oświadczenia składanego w JEDZ. Powyższe nie może jednak ograniczać zakresu oświadczenia wstępnego, jak oczekuje tego odwołujący. Również Rzecznik Generalny w swojej opinii przygotowanej w sprawie C-267/18, wskazał na zasadę lojalności, która zobowiązuje wykonawcę do poinformowania instytucji zamawiającej o rozwiązaniu wcześniejszej umowy, co pozwala na przedstawienie informacji, które mogłyby stanowić podstawę do uznania, że wcześniejsze naruszenie nie uzasadnia zastosowania przesłanek wykluczenia z postępowania. Należy przy tym podkreślić, że przedstawienie rzetelnych informacji, poprzedzone prawidłową odpowiedzią na pytanie, pozwala instytucji zamawiającej na ocenę uczciwości i rzetelności wykonawcy

ubiegającego się o zamówienie publiczne.

Należy również wskazać, że zatajenie informacji o zdarzeniach wpisujących się w treść pytania, traktowane jest w orzecznictwie, jako wprowadzenie zamawiającego w błąd prowadzące do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Ustawy, niezależnie od potrzeby wykazania, że zatajone informacje prowadzić mogły do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Ustawy (tak m.in. w wyroku SO w Warszawie z 22.04.2024 r., sygn. XXIII Zs 122/23). Zapewnienie spójności w ocenie oświadczenia z JEDZ wymaga zatem przyjęcia, że odpowiedź na pytanie, którego treść literalnie nie odpowiada przesłance krajowej wykluczenia nie może oznaczać w sposób automatyczny potwierdzenia jej spełnienia.

Ponieważ zamawiający nie miał możliwości przedstawienia oceny zdarzenia związanego z wypowiedzeniem przez niego umowy zawartej z odwołującym, okoliczności dotyczące tego wypowiedzenia nie mogły być podstawą ustaleń, jak i oceny przez izbę. Dopiero poprawienie oświadczenia w JEDZ pozwoliłoby zamawiającemu na ocenę wskazanego w odwołaniu zdarzenia, jak również ewentualnie innych zdarzeń dotyczących umów rozwiązanych przed czasem, lub w których nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje. Na obecnym etapie izba nie ocenia zdarzeń opisanych w odwołaniu i okoliczności, w jakich doszło do rozwiązania umowy w drodze jej wypowiedzenia przez zamawiającego. Oddalając natomiast odwołanie izba uznaje za wiążące wykonawcę i prawnie uzasadnione wezwanie do poprawienia oświadczenia w JEDZ w zakresie objętym pytaniem z cz. III pkt C. Tym samym należało uznać, że zamawiający nie naruszył art. 128 ust. 1 Ustawy kierując wezwanie do wykonawcy w zakresie pozwalającym na uzupełnienie czynności badania, czy wobec wykonawcy nie zachodzą przesłanki do wykluczenia z postępowań przetargowych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 w zw. z § 8 ust. 2 poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpisy wniesione w sprawach połączonych do wspólnego rozpoznania i obciążyła nimi odwołującego.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

**Przewodnicząca:.....**

.....

.....