

**WYROK**

**z dnia 17 października 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Chudzik**

Protokolant:

Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 października 2023 r. przez **W. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków W. S.**,

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Liszki**,

przy udziale **M. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "MIKI" M. J.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Liszki i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

**Przewodniczący:.....**

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Gmina Liszki – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *Świadczenie usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach zamieszkałych z terenu gminy Liszki w okresie od 01.01.2024 r. do 31.12.2024 r.* Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 12 lipca 2023 r. pod numerem 2023/S 132-421166.

W dniu 2 października 2023 r. W. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków W. S. wniósł odwołanie wobec odrzucenia jego oferty i unieważnienia postępowania. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5 i 10, art. 16 pkt 3, art. 253 ust. 1, art. 110 ust. 2 oraz art. 260 ust. 1 w zw. z art. 255 pkt 3 ustawy Pzp i wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz dokonania ponownej oceny oferty Odwołującego jako oferty najwyższej ocenionej.

Odwołujący wskazał, że w toku badania ofert Zamawiający powziął wobec Odwołującego wątpliwości dotyczące podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp. W części III JEDZ, w sekcji C pn. „Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi”, 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?” Odwołujący udzielił odpowiedzi: „Nie”. Tymczasem zgodnie z informacjami posiadanymi przez Zamawiającego gmina Zielonki obciążyła wykonawcę Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków W. S. karą umowną w wysokości 800 000,00 zł z tytułu nienależytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego nr NEO.271.2.2021 z 17 grudnia 2021 r. pn. „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych niesegregowanych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, nieruchomości rekreacyjnowypoczynkowych z terenu gminy Zielonki” (znak sprawy: NEO.271.1.2021). W związku z tym Zamawiający pismem z 29 sierpnia 2023 r. wezwał Odwołującego w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, które zostały udzielone. Następnie Zamawiający poinformował o powzięciu informacji, że gmina Myszków obciążyła Odwołującego w ramach umowy pn. Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków W. S. karą umowną w wysokości 433 100,00 zł z tytułu nienależytego wykonania przedmiotu umowy zgodnie z zasadami i standardami świadczenia usługi – odbiór odpadów niezgodny z harmonogramem. W związku z powyższym Zamawiający pismem z 9 września 2023 r. ponownie wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień. W konsekwencji przeprowadzonego badania Zamawiający zawiadomieniem z 20 września 2023 r. poinformował o odrzuceniu jego oferty Odwołującego, jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5, 7 oraz 10 ustawy Pzp.

Odwołujący stwierdził, że był uprawniony do udzielenia negatywnej odpowiedzi na pytanie zawarte w JEDZ. Podniósł, że jak wskazuje tytuł części III, sekcja C JEDZ – „Podstawy wykluczenia” dotyczy przedstawienia Zamawiającemu okoliczności o faktach, które pozwolą mu dokonać jednoznacznych ustaleń, czy wobec danego wykonawcy występuje któraś z przesłanek wykluczenia określona w przepisach ustawy Pzp i dokumentach zamówienia. W przedmiotowej sprawie chodziło natomiast o tzw. fakultatywne przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp, przewidziane przez Zamawiającego w SWZ. Trudno zatem negować, że odpowiedź udzielana na pytanie zawarte w JEDZ winna być powiązana z treścią przepisów w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy. Zdaniem Odwołującego oznacza to, że składając oświadczenie w JEDZ, Odwołujący miał obowiązek udzielenia odpowiedzi na postawione w tym dokumencie pytania, odnosząc się do ściśle określonych przez ustawodawcę i Zamawiającego przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania, a nie w sposób całkowicie abstrakcyjny, gdyż oświadczenie składane przez wykonawców musi być interpretowane przez pryzmat podstaw wykluczenia, jakie wskazane zostały w ustawie, a następnie dokumentacji zamówienia.

Odwołujący podniósł, że w oświadczeniu JEDZ nie ma możliwości dokładnego wyjaśnienia przez wykonawcę wszystkich okoliczności związanych ze zdarzeniami związanymi z realizacją wcześniejszych umów, tak aby mógł on samodzielnie podjąć decyzję w zakresie rzetelności potencjalnego wykonawcy. Wskazał, że często zdarzenia, w oparciu o które dochodzi do sporów pomiędzy stronami na gruncie realizacji konkretnego zamówienia mają bardzo skomplikowany i złożony charakter, a postępowania sądowe ciągną się latami, w ich toku przeprowadzanych jest szereg dowodów, w tym analiza dziesiątek dokumentów, przesłuchania licznych świadków, opinie biegłych, eksperymenty procesowe. Już tylko z tej przyczyny stosunkowo związane przedstawienie w JEDZ każdej tego typu sytuacji, do jakiej doszło po stronie wykonawcy przy okazji realizacji innego zamówienia, bardzo często jest niemożliwe. Gdy brak jest w obrocie prawnym przesądzenia, czy dana nieprawidłowość po jednej ze stron miała miejsce, czy też nie, zamawiający w toku postępowań o udzielenie zamówienia zobligowani byłiby do prowadzenia skomplikowanych procesów wyjaśniających, aby w sposób prawidłowy dokonać oceny w zakresie możliwych podstaw wykluczenia. Aby doprowadzić do stanu, w którym zamawiający będzie miał pełną wiedzę, niezbędną do prawidłowej oceny, konieczne byłoby w praktyce prowadzenie przez niego skomplikowanych i czasochłonnych czynności wyjaśniających. W toku postępowań przetargowych nie ma przestrzeni na takie działania. Nie sposób zaś przyjąć, aby analiza zamawiającego mogła mieć jedynie pobieżny charakter.

Zdaniem Odwołującego instytucja wykluczenia wykonawcy z postępowania, z uwagi na jej bardzo daleko sięgające następstwa, może być stosowana absolutnie wyjątkowo i tylko w sytuacjach niebudzących wątpliwości, zwłaszcza biorąc pod uwagę konsekwencje w postaci zakazu uczestniczenia w kolejnych postępowaniach przetargowych. Zbyt pochopne korzystanie przez zamawiających z tej sposobności poprowadzi będzie do ograniczenia konkurencji oraz znaczącego rozbudowania ilości czynności wyjaśniających w związku z podejmowanymi przez wykonawców próbami samooczyszczenia. Przyznanie zamawiającym kompetencji do samodzielnej oceny sytuacji związanych z zagadnieniem niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez wykonawców, prowadziłoby do

nadania im w ramach prowadzonych postępowań przetargowych roli arbitra, przyznaje z mocą wiążącą rację jednej ze stron sporu.

Odwołujący stwierdził, że wykonawca składając oświadczenie w formie JEDZ ma obowiązek dokonać tej czynności w sposób zgodny z prawdą i niewprowadzający w błąd, nie może jednak czynić tego w oderwaniu od podstaw wykluczenia uregulowanych przez ustawodawcę i przeniesionych przez zamawiającego do treści dokumentacji zamówienia. Tym samym w zakresie objętym dyspozycją art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp wykonawca ma obowiązek wskazać jedynie te sytuacje niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, które mają charakter jednoznaczny i niepodważalny, tj. przede wszystkim takie, których wystąpienie zostało potwierdzone w wyniku rozstrzygnięcia sądowego, ugody pomiędzy stronami, uznania ze strony wykonawcy jako podmiotu realizującego zamówienie, decyzji administracyjnej, dokumentu urzędowego, względnie innej podobnej czynności, której można przypisać walor obiektywizmu i wiarygodności. W żadnym razie za dowód wystąpienia zdarzenia niewykonania lub nienależytego wykonania umowy (niezależnie nawet od jego zakresu i rodzaju) nie można w tym miejscu uznawać jednostronnych oświadczeń, czy innego rodzaju dokumentów opracowanych wyłącznie przez innego zamawiającego w ramach wcześniejszego zamówienia, jak np. oświadczenie o naliczeniu kary umownej, bez wcześniejszego wykazania podstawy do dokonania tej czynności. Stanowisko innego zamawiającego wyrażone w związku z realizacją na jego rzecz zamówienia nie korzysta w kolejnym postępowaniu z jakiegokolwiek domniemania prawdziwości, czy też nie legitymuje się walorem rozstrzygnięcia o charakterze równym lub choćby zbliżonym do decyzji administracyjnej wydanej w konkretnej sprawie.

Odwołujący podniósł, że w sytuacji gdy wykonawca od początku kwestionuje, jakoby miał dopuścić się niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, nie jest uprawnionym wymagać od niego, by w JEDZ informował zamawiającego o takiej okoliczności. Z uwagi na nierozstrzygnięty i niepotwierdzony charakter sprawy, wymaganie od wykonawcy aby „profilaktycznie” wytłumaczył się przed zamawiającym z tej sytuacji, jest nieuzasadnione i co najmniej przedwczesne. Procedura samooczyszczenia została przewidziana przez ustawodawcę dla podmiotów, wobec których mamy do czynienia z potwierdzonymi przypadkami wcześniej popełnionych uchybień. Kiedy zaś owego potwierdzenia brak, trudno wymagać od wykonawców, aby niejako „na zapas” mieli dokonywać samooczyszczenia.

Odwołujący podkreślił, że art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp sankcję wykluczenia przewiduje w sytuacjach niewykonania lub nienależytego wykonania albo długotrwałego nienależytego wykonywania istotnego zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, w znacznym stopniu lub zakresie. Zamawiający nie powinien więc wymagać w JEDZ notyfikowania wszelkich negatywnych zdarzeń, do jakich doszło w trakcie realizacji innej umowy, a wyłącznie tych, które wywodzą się z potwierdzonego faktu, że doszło do niewykonania lub nienależytego zrealizowania kontraktu przez wykonawcę. Nie można odmawiać wykonawcy prawa do samodzielnego zweryfikowania, czy do ewentualnego niewykonania, czy nienależytego wykonania umowy po jego stronie faktycznie doszło, gdyż posiada on na temat wiedzy najpełniejszą.

Zdaniem Odwołującego, stanowisko przeciwne przeczy celowi powołania „instytucji” JEDZ (motyw 1 preambuły do rozporządzenia wykonawczego ustanawiającego JEDZ), tj. odformalizowaniu i uproszczeniu procedury o udzielenie zamówienia publicznego. Zadaniem tych zmian było upodmiotowienie i zawierzenie wykonawcy, który mógł własnym oświadczeniem zastąpić konieczność złożenia wielu dokumentów, zaświadczeń żądanych w poprzednim stanie prawnym.

Odwołujący podniósł, że przyjęcie konieczności wskazania w JEDZ wszelkich, także niewykazanych i kwestionowanych przez oświadczonego wykonawcę przypadków niewykonania lub nienależytego wykonania wcześniejszej umowy, prowadziłoby do różnego traktowania wykonawców w postępowaniach w zależności od ich wartości szacunkowej (w postępowaniach poniżej progów UE, gdzie nie ma zastosowania formularz JEDZ, obowiązek taki nie jest formułowany).

Odwołujący przyznał, że Gmina Myszków naliczyła wobec Odwołującego kary jednostkowych, które łącznie mogły osiągnąć sumę w wysokości 433.100 zł, jednak Odwołujący nigdy nie uznał żadnej z kar jednostkowych, konsekwentnie kwestionował w protokołach odbioru usługi zasadność ich naliczenia, odsyłał wszelkie noty obciążeniowe, jak również dobrowolnie nie zapłacił jakiegokolwiek nawet części zgłoszonego roszczenia. Gmina Myszków nigdy natomiast nie wykazała istnienia podnoszonych naruszeń, a jej twierdzenia w tym zakresie pozostają gołostowne. Inną kwestią pozostaje przy tym, że gmina Myszków jako Zamawiający w celu zaspokojenia rzekomej należności skorzystała w sposób bezpodstawny z bezwarunkowej gwarancji zabezpieczającej wykonywanie umowy udzielonej przez podmiot trzeci, jak również jednostronnie nie wypłaciła w całości należnego Odwołującemu wynagrodzenia, poprzez co na ten moment uzyskała w sposób faktyczny zaspokojenie podniesionych żądań finansowych. Co przy tym ważne, gmina Myszków nigdy nie odstąpiła od umowy z Odwołującym. Opisane zdarzenia niewątpliwie doprowadziły natomiast do

powstania sporu pomiędzy stronami. Odwołujący wskazał, że gromadzi obecnie dokumenty oraz jest w trakcie opracowywania pozwu, który zainicjuje stosowne postępowanie w tej sprawie przed sądem powszechnym. Kwestia kar umownych żądanych przez gminę Myszków nie była dotychczas przedmiotem rozpoznania ani przed sądem powszechnym, ani administracyjnym, ani też jakimkolwiek organem administracji państwowej.

Odwołujący zaznaczył, że usługa na rzecz gminy Myszków była realizowana w okresie dwuletnim. W tym czasie ilość dokumentów sporządzonych w związku z jej wykonywaniem, a także nagromadzonej korespondencji wymienionej między stronami oraz innego rodzaju dokumentów, rozrosła się do ogromnych rozmiarów i nie sposób jest w syntetycznej formie przedstawić ich wszystkich, tak Zamawiającemu w ramach dokonywania oceny rzetelności wykonawcy, jak również Izbie, w celu weryfikacji. Żaden zresztą ze wskazanych podmiotów nie został powołany do podejmowania takich właśnie czynności. Dopiero ich wynik może stanowić podstawę do oceny Odwołującego przez pryzmat normy z art. 109 ust. 1 pkt 5 lub 7 ustawy Pzp.

Ponadto Odwołujący podniósł, że nie zaistniały przesłanki wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Przepis ten znajduje zastosowanie w sytuacji, gdy wykonawca przedstawił informację, która jest niezgodna z rzeczywistością, wprowadzająca w błąd zamawiającego, a ponadto może mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego, a jej przedstawienie musi być wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa. Wyżej wymienione przesłanki muszą być spełnione łącznie. Zdaniem Odwołującego w przedmiotowej sprawie nie sposób uznać, aby oświadczenie złożone w JEDZ w odpowiedzi na sporne pytanie mogło zostać uznane za „niezgodne z rzeczywistością” oraz by podana przez Odwołującego informacja „mogła mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego”. Odwołujący natomiast w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień wskazał, że neguje zasadność naliczenia kar umownych, w tym samą podstawę wywodzoną z rzekomego niewykonania oraz nienależytego wykonania umowy, co nie miało miejsca. Fakt rzekomego niewykonania umowy, jak również jej ewentualnego nienależytego wykonania nie został przy tym obiektywnie potwierdzony za pośrednictwem jakichkolwiek, niezależnych dowodów poza jednostronnym twierdzeniem gminy Myszków. Odwołujący w sposób szeroki opisał w złożonych wyjaśnieniach, na jakim etapie znajduje się obecnie spór pomiędzy nim, a gminą Myszków oraz podał powody, dla których przyjmowanie twierdzeń tejże gminy za prawdziwe jest nieuprawnione. W związku z tym nawet w przypadku podania przez Odwołującego tych samych informacji w JEDZ, jego wykluczenie z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 lub 5 ustawy Pzp nie byłoby zasadne, nie doszło bowiem do wypełnienia dyspozycji żadnej ze wskazanych podstaw wykluczenia, co oznacza, że nawet wypełnienie JEDZ zgodnie z postulowanym stanowiskiem Zamawiającego nie miałyby wpływu na jakąkolwiek decyzję tego ostatniego. Sam Zamawiający nie wykazał przy tym, że oświadczenie złożone w JEDZ mogło wpłynąć na podejmowaną przez niego decyzję. Zamawiający wskazał, że działanie Odwołującego miało go pozbawić możliwości analizy okoliczności związanych z realizacją zamówienia na rzecz gminy Myszków, co po pierwsze nie stanowi żadnej z przesłanek wpisanych w podstawę wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, a po drugie jest nieprawdziwe, ponieważ przed podjęciem jakichkolwiek decyzji Zamawiający otrzymał wyjaśnienia Odwołującego, dające możliwość do ewentualnej weryfikacji jego osoby.

Odwołujący podniósł, że wykonawca nie jest winny przedstawienia wprowadzających w błąd informacji, jeżeli informacje składa w błędnym, ale usprawiedliwionym przekonaniu, że są one prawdziwe. Informacja udzielona przez Odwołującego w JEDZ, a dotycząca jego historii kontraktowej odnośnie wcześniej realizowanych zamówień, pozostawała w zgodzie z jego stanem wiedzy, który był usprawiedliwiony okolicznościami.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie przedstawił szerszego wywodu prawnego w zakresie zastosowanych podstaw wykluczenia i nawet nie próbował wykazać, że zostały spełnione wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp. Zamawiający opiera się wyłącznie na jednej okoliczności, tj. fakcie, że inny zamawiający (gmina Myszków) obciążył Odwołującego karą umowną. Ta zaś okoliczność – niezależnie nawet od tego czy prawdziwa lub zasadna – jest niewystarczająca dla uznania, że Odwołujący podlega wykluczeniu. W konsekwencji nie pozwala także na zastosowanie przepisu art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, gdyż aby móc zastosować ten przepis koniecznym jest zweryfikowanie, czy podanie informacji wprowadzających w błąd mogło mieć (lub miało) wpływ na decyzje podejmowane przez tego ostatniego w toku postępowania. Zamawiający zaniechał analizy pod tym kątem.

Ponadto – zdaniem Odwołującego – Zamawiający zaniechał ustalenia, czy w ogóle doszło do niewykonania lub nienależytego wykonania wcześniejszej umowy, a jeśli nawet tak, to czy było to wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa Odwołującego. Zamawiający nie ustalił, czy Odwołujący wykroczył swoim zachowaniem/zaniechaniem przeciwko obowiązującym go powinnościom zawodowym, a także jakie znaczenie mogło to mieć z punktu widzenia jego „uczciwości”. Brak jest również jakichkolwiek ustaleń co do „stopnia lub zakresu” rzekomych uchybień, czy wreszcie na temat ich „istotności” w kontekście całego realizowanego kontraktu. W odniesieniu do podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, że przepis ten wymaga aby nienależyte

wykonanie nastąpiło w znacznym stopniu lub zakresie albo polegało na długotrwałym niewykonaniu istotnego obowiązku umownego. Odwołujący podniósł, że w świetle powyższych przepisów nie każde naliczenie kary umownej można automatycznie kwalifikować jako którąkolwiek z ww. podstaw do wykluczenia.

Z ostrożności Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10, jeżeli dokona samooczyszczenia. Ustawa wskazuje na trzy warunki, które powinny wystąpić łącznie, aby samooczyszczenie było skuteczne: 1) naprawienie szkody lub zobowiązanie się do jej naprawienia, 2) wyjaśnienie faktów i okoliczności związanych z sankcjonowanym zachowaniem, 3) podjęcie działań zaradczych w celu unikania wystąpienia takich zachowań w przyszłości. Ww. przepis nie zawiera w swojej treści wskazówek co do tego kiedy znajduje on zastosowanie, tj. czy określone nim przesłanki negatywne wykluczenia mają zastosowanie dopiero w przypadku, gdy dany wykonawca został już wcześniej wykluczony z innego postępowania, czy też można go także zastosować w toku trwającego postępowania, w którym zamawiający nabiera dopiero przekonania do tego by wykluczyć wykonawcę po raz pierwszy w jego historii. Wobec braku ograniczenia zakresu stosowania owego przepisu należy przyjąć, że może on być stosowany w obu przypadkach.

Odwołujący podkreślił, że dwukrotnie składał Zamawiającemu wyjaśnienia, w których szeroko współpracował z Zamawiającym i zaprezentował motywy swojego działania oraz opisał, czym kierował się wypełniając JEDZ w taki a nie inny sposób. Swoim zachowaniem wypełnił zatem przesłankę wyłączającą po jego stronie podstawę do wykluczenia go z postępowania. W świetle zapisów ustawy trudno bowiem wyobrazić sobie zachowania o charakterze zaradczym, które miałby podjąć wykonawca, aby wywołać po stronie Zamawiającego przeświadczenie co do tego, że w przyszłości nie powtórzy się już sytuacja, w której ponownie dojdzie do wypełnienia przez Odwołującego JEDZ w sposób wprowadzający Zamawiającego w błąd. Aby uniknąć podobnych sytuacji na przyszłość brak jest konieczności wdrażania reorganizacji prowadzonej działalności, czy tworzenia dodatkowych struktur kontroli, audytu lub monitorowania przestrzegania przepisów w ramach prowadzonej działalności. Kluczowe zatem w tym wypadku pozostaje należyte wyjaśnienie Zamawiającemu, dlaczego Odwołujący postąpił w taki, a nie inny sposób, tj. przedstawienie mu motywów swojego zachowania, które wykażą, że nie kierował się naganną intencją. Biorąc zaś pod uwagę okoliczności sprawy, w zestawieniu z obowiązującymi przepisami, wydaje się, że działanie Odwołującego nie było pozbawione racji. Fakt, że finalnie mogło okazać się wadliwe, nie powinno w tym przypadku generować sankcji w postaci wykluczenia z tego postępowania oraz innych postępowań mających miejsce w przyszłości przez okres kolejnego roku.

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:***

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił M. J. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "MIKI" M. J. Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na Zamawiającego.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w punkcie X.3 SWZ przewidział fakultatywne przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt. 4, 5, 6, 7, 8 i 10 ustawy Pzp.

Odwołujący złożył oświadczenie JEDZ, w którym w części III (Podstawy wykluczenia) sekcja C (Podstawy związane z niewyplacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi), 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?” odpowiedział: „Nie”.

Pismem z 6 września 2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień w zakresie przedstawionego dokumentu JEDZ. Zamawiający wskazał w wezwaniu:

*W związku z informacjami uzyskanymi przez Zamawiającego w dniu 05.09.2023 r., Zamawiający – Gmina Myszków obciążyła wykonawcę Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków W. S. karą umowną w wysokości 433 100,00 zł z*

tytułu nie wykonania lub nienależytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego, tj. stwierdzonego przez Gminę Myszków nienależytego wykonania przedmiotu umowy zgodnie z zasadami i standardami świadczenia usługi – odbiór odpadów niezgodny z harmonogramem.

Prosimy o wyjaśnienia dotyczące nieuwzględnienia w dokumencie JEDZ informacji o nałożeniu przez Gminę Myszków kary umownej (odszkodowania) w związku z realizacją zamówienia publicznego.

W załączeniu przesyłamy skan pisma z Gminy Myszków.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący udzielił następujących wyjaśnień:

(...) Wykonawca złożył zgodnie ze stanem rzeczywistym oświadczenie w JEDZ, (...) odpowiedź jakiej udzielił jest prawidłowa w kontekście istniejących faktów, odniesionych do obowiązujących przepisów i innej udzielić nie mógł, albowiem wówczas mógłby wprowadzić Zamawiającego w błąd.

Odnosząc się zaś w tym miejscu do treści pisma z dnia 19 stycznia 2023 r. pochodzącego z gminy Myszków wskazać należy, że faktem jest, iż rzeczona gmina naliczyła wobec Wykonawcy w toku realizacji dwuletniej umowy większą ilość umownych kar jednostkowych, które łącznie mogły osiągnąć sumę w wysokości 433.100,00 zł. Wykonawca nigdy nie uznał jednak żadnej z tych kar, konsekwentnie odsyłał wszelkie noty obciążeniowe przesyłane przez ową gminę, jak również dobrowolnie nie zapłacił jakiegokolwiek nawet części zgłoszonego roszczenia. Inną kwestią pozostaje przy tym, że gmina Myszków jako Zamawiający w celu zaspokojenia rzekomej należności skorzystała w sposób de facto bezpodstawny z bezwarunkowej gwarancji zabezpieczającej wykonywanie umowy udzielonej przez podmiot trzeci, jak również jednostronnie nie wypłaciła w całości należnego Wykonawcy wynagrodzenia, poprzez co na ten moment uzyskała w sposób faktyczny zaspokojenie podniesionych żądań finansowych. Co przy tym ważne, gmina Myszków nigdy nie odstąpiła od umowy z Wykonawcą. Opisane zdarzenia niewątpliwie doprowadziły natomiast do powstania sporu pomiędzy stronami. Aktualnie Wykonawca gromadzi dokumenty oraz jest w trakcie opracowywania pisma, które zainicjuje stosowne postępowanie przed uprawnionym organem władzy państwowej, mające na celu zapłatę bezprawnie zatrzymanych przez gminę Myszków środków, stanowiących należne wynagrodzenie za zrealizowanie zamówienia publicznego, przy jednoczesnym (a nawet uprzednim) stwierdzeniu, że nakładane kary umowne są bezpodstawne. Wykonawca dodaje przy tym, że kwestia kar umownych żądanych od Wykonawcy przez gminę Myszków nie była dotychczas przedmiotem rozpoznania ani przed sądem powszechnym, ani administracyjnym, ani też jakimkolwiek organem administracji państwowej, co z kolei skutkuje tym, że w obrocie prawnym brak jest obecnie orzeczenia legitymującego się przymiotem tak, czy inaczej rozumianej powagi rzeczy osądzonej. Sprawa sporu powstałego pomiędzy stronami, a tym samym również oceny ewentualnej zasadności (jej braku) twierdzeń gminy Myszków nie została dotychczas rozstrzygnięta.

Warto przy tym dodać, że stanowisko rzeczonoj gminy nie korzysta w zastanych okolicznościach z jakiegokolwiek domniemania prawdziwości, czy też nie legitymuje się walorem rozstrzygnięcia o charakterze równym lub choćby zbliżonym do decyzji administracyjnej wydanej w konkretnej sprawie. Wobec faktu, iż spór powstał na gruncie wykonywanej umowy, stanowisko każdej ze stron konfliktu ma jednakową wagę, tj. żaden z podmiotów nie posiada wobec drugiego swoistej „dominacji głosu”. W relacji wobec siebie oba podmioty – a wobec tego siła twierdzeń każdego z nich – są równorzędne, co wynika z podstawowych zasad rządzących stosunkiem obligacyjnym zawiązanym w myśl przepisów prawa cywilnego. W konsekwencji, do czasu wydania w tym przedmiocie orzeczenia sądowego (bądź innego legitymującego się przymiotem władztwa publicznego), nie jest uprawnionym przyjmowanie jakoby jakakolwiek kara umowna w związku z wykonywaniem zamówienia na rzecz gminy Myszków została „nałożona” na Wykonawcę w rozumieniu przepisów Prawa zamówień publicznych. Póki co mamy co najwyżej do czynienia ze zgłoszeniem roszczenia przez gminę, którego zasadności nie potwierdził ani sam Wykonawca, ani żaden podmiot uprawniony mocą ustawy do rozstrzygania sporów powstałych na gruncie stosunków obligacyjnych.

Przechodząc w tym miejscu do wyjaśnień w ich wąskim rozumieniu wypada zacząć od tego, że jak wskazuje tytuł części III, sekcja C JEDZ - „Podstawy wykluczenia” dotyczy ona przedstawienia Zamawiającemu okoliczności o faktach, które pozwolą mu dokonać jednoznacznych ustaleń, czy wobec danego wykonawcy (składającego oświadczenie w formie JEDZ) występuje któraś z przesłanek wykluczenia określona w przepisach Prawa zamówień publicznych i dokumentach zamówienia. W przypadku dotyczącym niniejszej sprawy chodzi natomiast niewątpliwie o tzw. fakultatywną przesłankę wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7) PZP, użytą przez Zamawiającego w Specyfikacji Warunków Zamówienia w związku z toczącym się postępowaniem, o czym w sposób wyraźny świadczy treść samego wezwania do złożenia wyjaśnień przez Wykonawcę. (...) Przewidziany przez prawodawcę zbiór podstaw wykluczenia ma charakter wyczerpujący (zamknięty), co oznacza, że nie może być interpretowany rozszerzająco. Zamawiający mają zatem zakaz swoistego „rozciągania” jego stosowania na przypadki zbliżone, czy podobne do wprost uregulowanych w jego treści. Niewątpliwie natomiast brak w niej ustanowienia przesłanki wcześniejszego „obciążenia” karą umowną wykonawcy, jako zdarzenia uzasadniającego jego

wykluczenie winnym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Należy wobec tego podnieść, że poruszona przez Zamawiającego okoliczność „obciążenia” Wykonawcy przez Gminę Myszków karą umową w ww. kwocie w związku z realizacją przez niego innego zamówienia publicznego, nie stanowi – i nawet przy ewentualnym potwierdzeniu zasadności jej wymierzenia – nie będzie stanowić podstawy do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia. Po pierwsze bowiem fakt obciążenia wykonawcy karą umową nie został wymieniony przez ustawodawcę w treści przywołanego wyżej przepisu jako podstawa wykluczenia. Po drugie zaś aktualnie brak jest tak zgody wykonawcy, jak i jakiegokolwiek rozstrzygnięcia w przedmiocie ustalenia, czy owa kara – postulowana jedynie przez gminę Myszków – jest w ogóle zgodna z treścią zawartej umowy odniesioną do prawidłowo ustalonych (a nie jedynie wyobrażonych przez jedną ze stron umowy) okoliczności faktycznych.

(...) Wykonawca miał możliwość udzielenia jedynie prostej odpowiedzi „TAK” lub „NIE” na pytanie dotyczące występowania po jego stronie podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp, udzielił odpowiedzi przeczącej, albowiem tak z przedstawionych wyżej wyjaśnień, jak i okoliczności faktycznych, odniesionych wprost do treści przytaczanego wyżej przepisu prawa, wynika wprost, że fakt samego zgłoszenia wobec Wykonawcy przez gminę Myszków roszczenia o zapłatę kar umownych, nie jest równoznaczny z ich zasadnym, czy prawidłowym nałożeniem. Nadto nawet gdyby w przyszłości został za takowy uznany, to i tak nie stanowiłby żadnej z przesłanej wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp. Zarówno z treści właściwym przepisów Kodeksu cywilnego, jak i obowiązującej linii orzeczniczej sądów powszechnych oraz Sądu Najwyższego wynika bowiem wprost, że kara umowna nie jest równoznaczna z „odszkodowaniem”. Stanowi ona odrębną dolegliwość kontraktową, niezależną nawet od wystąpienia jakiegokolwiek szkody.

Tym samym naliczenie wobec wykonawcy kary umownej w związku ze świadczeniem usługi odbioru i zagospodarowania odpadów na terenie gminy Myszków, nie aktywuje po stronie W. S. przesłanki wykluczenia z postępowania. Wobec tego zaś faktu złożone przez Wykonawcę oświadczenie, które budzi aktualnie wątpliwości Zamawiającego polega na prawdzie i świetle istniejących okoliczności nie mogło mieć innej treści.

Pismem z 20 września 2023 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5, 7 i 10 ustawy Pzp. Zamawiający przedstawił następujące uzasadnienie faktyczne tej czynności”

(...) Zgodnie z informacjami uzyskanymi przez Zamawiającego, Wykonawca w Jednolitym Dokumentcie Zamówienia (JEDZ) podał nieprawdziwe informacje dotyczące podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 5 i pkt 7 Pzp. Zamawiający Gmina Myszków, w wyniku nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę w postępowaniu o nr ZP.271.20.2020.JG, obciążyła Pana W. S. prowadzącego działalność gospodarczą pn. Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków W. S. karą umową w wysokości 433.100,00 zł z tytułu nienależytego wykonania umowy zgodnie z zasadami i standardami świadczenia usług poprzez m.in. odbiór odpadów niezgodnie z harmonogramem.

Kara umowna w pełnej wysokości w kwocie 433.100,00 zł została ściągnięta z gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania umowy. Wykonawca, Pan W. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków W. S., nie zakwestionował w żaden sposób zasadności obciążenia go karami umownymi przez zamawiającego (Gminę Myszków). W pisemnych wyjaśnieniach ww. potwierdził, iż kwestia zasadności naliczenia kar umownych przez Gminę Myszków nie była przedmiotem rozpoznania przed sądem powszechnym, ani żadnym innym organem, natomiast sam wykonawca nie zainicjował żadnego postępowania zmierzającego do stwierdzenia braku zasadności obciążenia karami umownymi.

(...) Wykonawca W. S. miał świadomość, że Gmina Myszków jako zamawiający publiczny stwierdziła nienależyte wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego, a następnie obciążyła Wykonawcę karami umownymi w kwocie 433.100,00 zł. Pomimo to nie ujawnił Zamawiającemu ww. informacji w przedmiocie nałożenia kary umownej przez Gminę Myszków, podczas realizacji umowy w ramach zamówienia publicznego, w postępowaniu o nr ZP.271.20.2020.JG.

(...) To rolą zamawiającego jest ocena tego, czy w stosunku do wykonawcy zachodzą przesłanki wykluczenia. W przedmiotowym postępowaniu Wykonawca W. S. prowadzący działalność pn. Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków W. S. udzielił przeczącej odpowiedzi w formularzu JEDZ (...) w konsekwencji czego Zamawiający nie miał możliwości oceny czy Wykonawca podlega wykluczeniu w oparciu o przesłankę opisaną w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Przesłanka ta z kolei, jak wskazano wyżej, dotyczy również obciążenia wykonawcy zryczałtowanym odszkodowaniem w formie kar umownych. (...)

W przedmiotowym postępowaniu Wykonawca nie zaoferował Zamawiającemu informacji o sankcjach, którymi został obciążony w ramach realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego. Skoro Zamawiający przewidział fakultatywną przesłankę, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, rolą i obowiązkiem Wykonawcy, jako profesjonalnego

*przedsiębiorcy ubiegającemu się o zamówienie publiczne, było przekazanie Zamawiającemu informacji, które wprost mają wpływ na ocenę ww. podstawy wykluczenia, czego Wykonawca zaniechał.*

*Wykonawca powinien zawrzeć w dokumencie JEDZ informację w zakresie nieprawidłowości w realizacji poprzednich umów o wykonanie zamówienia publicznego, w tym o naliczeniu kary umownej. Powyższe nie oznacza automatycznie stwierdzenia istnienia przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, przy czym brak wykazania ww. okoliczności w dokumencie JEDZ stanowi o wprowadzeniu zamawiającego w błąd i uzasadnia wykluczenie wykonawcy w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp. Zaniechanie przedstawienia przez Wykonawcę informacji w zakresie nienależytego wykonania umowy i naliczenia kar umownych (niezależnie czy wykonawca ze stanowiskiem tym się zgadza) pozbawiło Zamawiającego możliwości oceny tych okoliczności.*

*Niezależnie od powyższego, Zamawiający wyklucza Wykonawcę również w oparciu o przepis art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. (...)*

*Obciążenie zatem wykonawcy karami umownymi skutkuje także wykluczeniem wykonawcy – Pana W. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków W. S. z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp.*

Zgodnie z art. 109 ust. 1 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

- pkt 5: który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów;
- pkt 7: 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;
- pkt 10: który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Stosownie do art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Na wstępie podkreślić należy, że zasadność czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania i w konsekwencji odrzucenia jego oferty podlega ocenie Izby w kontekście okoliczności faktycznych i prawnych przedstawionych przez zamawiającego w uzasadnieniu tej czynności, Zamawiający jest bowiem zobowiązany przepisem art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp do przedstawienia, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty, uzasadnienia faktycznego i prawnego swojej czynności. Uzasadnienie to powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować. Zamawiający jest więc obciążony obowiązkiem wykazania, że wystąpiły wszystkie określone w przepisach ustawy przesłanki konieczne do wykluczenia wykonawcy z postępowania i odrzucenia jego oferty, a wykazanie to powinno nastąpić już w przedstawionym wykonawcom wraz z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej uzasadnieniu. W związku z powyższym zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność wykluczenia wykonawcy z postępowania i odrzucenia jego oferty może być oceniana wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przez zamawiającego przedstawione jako uzasadniające odrzucenie oferty.

Izba stwierdziła, że Zamawiający nie wykazał, że ziszczyły się przesłanki wykluczenia określone w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp. Przedstawione przez Zamawiającego uzasadnienie odwołuje się wyłącznie do okoliczności, że Odwołujący został obciążony przez Gminę Myszków karami umownymi w łącznej kwocie 433.100,00 zł i z tej tylko okoliczności Zamawiający wywodzi obowiązek wykluczenia na podstawie ww. przepisów. Jednocześnie Zamawiający pominął poszczególne przesłanki wyszczególnione w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7.

Zauważyć należy, że zastosowanie art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp wymaga wykazania, że wykonawca naruszył obowiązki zawodowe w stopniu poważnym oraz że nastąpiło to w sposób zawiniony. W szczególności dotyczy to sytuacji niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa.

Z kolei art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wymaga wykazania, że w znacznym stopniu lub zakresie wykonawca nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie oraz że nastąpiło to z przyczyn leżących po jego stronie i skutkowało m.in. zapłatą odszkodowania.

Zamawiający nie odniósł się do powyższych przesłanek, nie poczynił ustaleń w tym zakresie i nie dokonał ich oceny. Po pierwsze, nie odniósł się w uzasadnieniu czynności wykluczenia ani do strony podmiotowej naruszeń, których miał się dopuścić Odwołujący. Nie wiadomo, w warunkach jakiego rodzaju winy te naruszenia wystąpiły i w czym Zamawiający tego upatruje. Zamawiający nie wykazał też skali zarzucanego nienależytego wykonania zamówienia, nie uzasadnił dlaczego uznaje naruszenie obowiązków zawodowych za poważne, a nienależyte wykonywanie na mające znaczny stopień lub zakres. Co więcej, Zamawiający nie wykazał, że do takiego nienależytego wykonania rzeczywiście doszło, oparł się wyłącznie na fakcie obciążenia Odwołującego karami umownymi, których prawidłowość Odwołujący kwestionuje. Tymczasem samo naliczenie kar umownych nie może automatycznie oznaczać, że do nienależytego wykonania rzeczywiście doszło. Zamawiający może zastosować sankcję wykluczenia wykonawcy z postępowania tylko wtedy, jeżeli jest w stanie ustalić i wykazać, że miało miejsce nienależyte wykonanie zamówienia i że nastąpiło to w warunkach opisanych w art. 109 ust. 1 pkt 5 lub 7 ustawy Pzp. Podkreślenia wymaga przy tym, że dowodem w tym zakresie może być wszystko, co potwierdza nienależyte wykonanie zamówienia i okoliczności, w jakich do niego doszło, nie musi to być wyrok sądu czy inny dokument urzędowy. Nie jest zatem konieczne formalne zakończenie sporu między wykonawcą a podmiotem, który obciążył go karami umownymi, jeśli Zamawiający dysponuje dowodami wystarczającymi do ustalenia, że wystąpiły przesłanki określone w ww. przepisach. W rozpoznawanej sprawie Zamawiający oparł się wyłącznie na oświadczeniu innego zamawiającego o obciążeniu wykonawcy karami umownymi, nie zważając na oświadczenie wykonawcy, że kwestionuje ich prawidłowość (co zostało potwierdzone w postępowaniu odwoławczym korespondencją z gminą Myszków oraz protokołami częściowego odbioru usług) i jednocześnie nie wykazując, że ww. kary wynikały z okoliczności uzasadniających wykluczenie z postępowania.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że wykluczenie Odwołującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp było w okolicznościach rozpoznawanej sprawy nieprawidłowe. Nie jest to tożsame ze stwierdzeniem przez Izbę, że obiektywnie nie istnieją przesłanki do zastosowania tych przepisów, Izba stwierdziła natomiast, że Zamawiający – będąc do tego zobowiązany – tych przesłanek nie wykazał, pomijając je w uzasadnieniu swojej czynności. Izba nie może natomiast ustalać w postępowaniu odwoławczym, w zastępstwie Zamawiającego, faktu nienależytego wykonania umowy i jego skali, stopnia naruszenia obowiązków zawodowych oraz istnienia i rodzaju zawinienia po stronie wykonawcy (co jest zadaniem Zamawiającego, rolą Izby jest natomiast ocena czynności Zamawiającego). W związku z tym dowody w postaci not księgowych wystawionych przez Gminę Myszków, złożone przez Przystępującego na okoliczność skali uchybień, nie mogą prowadzić do stwierdzenia prawidłowości czynności Zamawiającego, który tej skali nie ustalił w toku postępowania o udzielenie zamówienia (albo co najmniej nie zakomunikował tego wraz z dokonaniem wykluczenia).

O prawidłowości czynności Zamawiającego nie mogą też świadczyć złożone przez Przystępującego dowody w postaci zawiadomień o odrzuceniu ofert Odwołującego w dwóch innych postępowaniach, Izba ocenia bowiem prawidłowość tej czynności w konkretnym postępowaniu, nie ustalając, czy w innych postępowaniach przesłanki wykluczenia zostały przez zamawiającego prawidłowo zbadane i wykazane.

Skoro Zamawiający nie wykazał, że Odwołujący podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 lub 7 ustawy Pzp, to nie można stwierdzić, że udzielając w JEDZ przeczącej odpowiedzi 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?”, wprowadził Zamawiającego w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Powyższe pytanie w dokumencie JEDZ należy odnosić do przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania, nie jest zatem tak, że wykonawca zobowiązany jest odpowiedzieć na nie twierdząco, niezależnie od tego, czy okoliczności, których taka odpowiedź dotyczy, mieszczą się w katalogu przesłanek wykluczenia, czy też nie.

Jak wskazano w opinii Urzędu Zamówień Publicznych ( ): *Należy zatem przyjąć, że kierując się wymogami przejrzystości postępowania, w oświadczeniu składanym na formularzu JEDZ wykonawca powinien poinformować zamawiającego o uprzednich nieprawidłowościach w realizacji umów, przy czym informacja ta powinna być skorelowana z przesłanką wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp (tj. wykluczenie z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, który 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). Skoro*

*oświadczenie składane jest w związku z przesłanką wykluczenia określoną w ww. przepisie, to uwzględniając treść przepisu, w przywołanej wyżej części formularza JEDZ nie wskazuje się umów, przy których realizacji wystąpiły inne niż określone w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp okoliczności. Izba w pełni podziela pogląd wyrażony w tej opinii. W związku z tym, że pytanie w dokumencie JEDZ służy weryfikacji istnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania, niezasadne jest założenie, że w odpowiedzi na to pytanie należy przedstawiać wszelkie zdarzenia zaistniałe w toku realizacji wszelkich umów, bez względu na to, czy wyczerpują one znamiona działań uzasadniających wykluczenie. Zatem w sytuacji, gdy Zamawiający nie wykazał, że takie zdarzenia w przypadku realizacji umowy z Gminą Myszków miały miejsce, to nie może twierdzić, że oświadczenie Odwołującego w dokumencie JEDZ stanowiło informację wprowadzającą w błąd.*

Wobec powyższego należy stwierdzić, że Zamawiający naruszył przepisy art. 109 ust. 1 pkt 5, 7 i 10 w związku z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez ich nieprawidłowe zastosowanie. W tej sytuacji nie podlega rozpoznaniu zarzut ewentualny, dotyczący kwestii dokonania przez Odwołującego samooczyszczenia.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b i § 7 ust. 1 pkt 1 z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami Zamawiającego.

**Przewodniczący:.....**