

## WYROK

Warszawa, 29 czerwca 2026 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Członkowie: Natalia Kurek

Barbara Loba

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 05 czerwca 2026 r. przez wykonawcę Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Politechnikę Warszawską,  
przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach,

### orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Budimex S.A.

z siedzibą w Warszawie, tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Politechnikę Warszawską, tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2. zasądza od wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego Politechniki Warszawskiej kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Politechnikę Warszawską, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego.

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.

Przewodniczący:.....

Członkowie:.....

.....

### Uzasadnienie

Zamawiający – Politechnika Warszawska - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, pn. „Budowa Hali Sportowo-widowskowej przy stadionie „Syrenka” w Warszawie”.

05 czerwca 2026 roku, wykonawca BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności zamawiającego skierowania do Odwołującego wezwania na podstawie art. 128 ust. 1 i 4 Pzp o niedopuszczalnej w świetle ustawy Pzp treści, tj. w szczególności sprzecznej z zasadami proporcjonalności oraz przejrzystości.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1.art. 128 ust. 1 i 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 2 i 3 Pzp, przez skierowanie do Odwołującego wezwania do uzupełnienia JEDZ (wyjaśnień dołączonych do JEDZ) oraz złożenia dodatkowych wyjaśnień o niedopuszczalnej w świetle ustawy Pzp treści (w zakresie pkt 3, 6, 7, 9, 10, 11, 12 i 14 wezwania), tj. zawierającego nadmierny oraz nieprecyzyjny zakres przedmiotowy oraz obciążającego Odwołującego ciężarem wykazania braku podstaw wykluczenia, co stanowi naruszenie zasad przejrzystości i proporcjonalności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;

2.art. 128 ust. 1 Pzp, przez skierowanie do Odwołującego wezwania do uzupełnienia dokumentów: JEDZ i wyjaśnień dołączonych do JEDZ, podczas gdy wezwanie do uzupełnienia dopuszczalne jest jedynie w enumeratywnie wymienionych przypadkach, tj. jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, co nie ma miejsca

w przypadku Odwołującego, który złożył wszystkie wymagane dokumenty

i oświadczenia, a więc Zamawiający powinien ograniczyć swoje wezwanie co najwyżej do wezwania do wyjaśnień na podstawie art. 128 ust. 4 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów oraz złożenia wyjaśnień w zakwestionowanym zakresie tj. pkt 3, 6, 7, 9, 10, 11, 12 i 14 wezwania;

2.unieważnienia czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów

tj. JEDZ i wyjaśnień dołączonych do JEDZ.

Na podstawie art. 534 ust. 1 Pzp w zw. z art. 535 Pzp odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym oraz ustnym.

Na podstawie art. 573 Pzp odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej z uwagi na fakt, że Zamawiający wadliwie, z naruszeniem przepisów prawa, wezwał go do uzupełnienia wyjaśnień dołączonych do JEDZ oraz złożenia dodatkowych wyjaśnień. Zamawiający sformułował przedmiotowe wezwanie niezgodnie z zasadami przejrzystości i proporcjonalności, obejmując nim nadmierny i nieprecyzyjny zakres przedmiotowy oraz przerzucając na Odwołującego ciężar wykazania braku podstaw wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Wezwanie zmierza bowiem w istocie do tego, aby to Odwołujący wykazał, że nie zachodzą wobec niego przesłanki wykluczenia, podczas gdy to na Zamawiającym ciąży ewentualny obowiązek wykazania spełnienia się tych przesłanek. Odwołujący zaskarżył wezwanie w zakresie pkt 3, 6, 9, 10, 11, 12 i 14, w których Zamawiający żąda dalszych wyjaśnień lub dowodów dotyczących okoliczności niemających, z uwagi na ich wartość lub charakter, istotnego znaczenia dla oceny zaistnienia przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Co więcej, wezwanie do przedstawienia dowodów ma charakter wyjątkowo nieprecyzyjny (wręcz blankietowy), co nie pozwala Odwołującemu na realną ocenę, czego dokładnie przedłożenia wymaga od niego Zamawiający. Przedmiotowe wezwanie narusza lub co najmniej zagraża naruszeniem interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia oraz może spowodować po jego stronie szkodę w postaci nieuzyskania zamówienia wskutek nieprawidłowego przeprowadzenia weryfikacji podmiotowej Odwołującego pod kątem jego wykluczenia z Postępowania. Interes Odwołującego wynika również z tego, że błędne zakwalifikowanie wezwania jako wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp stwarza po stronie Odwołującego ryzyko zastosowania sankcji właściwych dla niezłożenia lub nieuzupełnienia nieprecyzowanych przez Zamawiającego dokumentów. Odwołujący zakłada, że Zamawiającemu może chodzić o JEDZ i wyjaśnienia do JEDZ, ale nie wynika to z wezwania.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący wskazuje, że jego interes wyraża się również w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa. Odwołujący uzasadnia swój interes także okolicznościami faktycznymi i zarzutami prawnymi wskazanymi w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że zarówno sam dokument JEDZ, jak i dołączane do niego ewentualne wyjaśnienia nie służą przedstawianiu zamawiającemu całej historii kontraktowej wykonawcy. W JEDZ, Wykonawca ma za zadanie jedynie poinformować zamawiającego o takich nieprawidłowościach w realizacji wcześniejszych umów, które mogą skutkować wykluczeniem z postępowania (jeżeli więc dana nieprawidłowość i tak nie stanowi podstawy wykluczenia, to wykonawca nie ma obowiązku ujawniać jej w JEDZ). Budimex działając z daleko posuniętej ostrożności jako akt najwyższej staranności wymaganej od profesjonalnego wykonawcy, mając również na względzie transparentność podejmowanych działań, przekazał Zamawiającemu wyjaśnienia o treści wykraczającej ponad ten wymagany zakres, tj. wskazał również na takie przypadki nałożenia kar umownych czy odszkodowania, które i tak nie mogłyby stanowić podstawy wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Należy z całą stanowczością ponownie podkreślić,

że Odwołujący, na żadnym etapie postępowania, nie był zobowiązany do notyfikacji tych nieprawidłowości, gdyż i tak nie mogły one skutkować wykluczeniem (ich ujawnienie stanowiło wyłącznie wyraz najwyższej staranności oraz pełnej transparentności Wykonawcy).

Mając powyższe na uwadze, skierowanie przez Zamawiającego przedmiotowego wezwania należy ocenić jako nadmierne – a jako takie za niezgodne z zasadą proporcjonalności wyrażoną w art. 16 Pzp. Zamawiający nie jest uprawniony do przekształcania podmiotowej weryfikacji wykonawcy w audyt wszystkich jego sporów kontraktowych z ostatnich trzech lat.

Powyższy pogląd znajduje pełne poparcie w orzecznictwie zarówno Krajowej Izby Odwoławczej, jak i Sądu Okręgowego (Sądu Zamówień Publicznych). Wyłącznie jako przykład można wskazać (powoływany już w treści przedkładanych przez Budimex wyjaśnień) wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 9 listopada 2023 roku, sygn.

akt XXIII Zs 89/23.

Dodatkowo w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 lipca 2023 roku, sygn. akt KIO 2076/23, Izba stwierdziła, że w przypadku gdy wykonawca zaprzecza spełnieniu się przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp (a więc gdy nie dokonuje on samooczystczenia, a jedynie wyjaśnia, dlaczego nie spełniły się wobec niego przesłanki wykluczenia – tak jak Budimex) nie ma on obowiązku do wyjaśniania i wykazywania wszystkich faktów i okoliczności (może to zrobić, ale nie musi – gdyż do ewentualnego wykluczenia go z postępowania, zamawiający i tak będzie musiał dodatkowo wykazać spełnienie się przesłanek).

Dobrowolne ujawnienie przez wykonawcę okoliczności wykraczających poza powyższy, minimalny zakres, nie powinno prowadzić do rozszerzenia ustawowego zakresu badania podmiotowego. Transparentność wykonawcy nie przekształca każdego wzmiankowanego incydentu kontraktowego w samodzielny przedmiot postępowania dowodowego. Przeciwnie, jeżeli już z treści ujawnionych informacji wynika, że dany przypadek nie może prowadzić do zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, Zamawiający powinien ograniczyć ewentualne dalsze czynności jedynie do tych elementów, które rzeczywiście pozostają sporne i relewantne dla ustawowych przesłanek wykluczenia. Odmienne wykładnia premiowałaby wykonawców mniej transparentnych i zachęcała do ostrożnego ujawniania informacji zamawiającym – co w oczywisty sposób stoi w sprzeczności z przyświecającym ustawodawcy celem regulacji.

Co więcej, oczywista niezasadność wezwania ujawnia się w szczególności wobec żądania przez Zamawiającego przedstawienia szczegółowych wyjaśnień oraz dowodów w zakresie wysokości oraz podstaw naliczonych kar bagatelnych. Co podkreślał sam Wykonawca (wskazując ilość realizowanych w ostatnich latach kontraktów) oraz co jest okolicznością powszechnie znaną, Budimex jest jednym z największych wykonawców na rynku usług budowlanych w Polsce. Jest powszechnie wiadomo, że umowy na roboty budowlane zawierane z zamawiającymi publicznymi przewidują liczne przypadki, w których na wykonawcę mogą być nałożone kary umowne i że w praktyce, takie kary są nakładane. Oczywistym jest więc, że często spotyka się on z przypadkami nakładania na niego niewielkich sankcji, np. „porządkowych” kar umownych. Gdyby więc Odwołujący chciał spełnić żądanie Zamawiającego, musiałby przekazać wyjaśnienia o wyjątkowo obszernej objętości (oraz znaczną ilość dowodów). W praktyce oznaczałoby to konieczność przeanalizowania przez Zamawiającego olbrzymiej ilości dokumentacji, która nie ma znaczenia dla wyniku postępowania – co niewątpliwie wpłynęłoby na przedłużenie samego postępowania (lub Zamawiający zostałby w sposób faktyczny zmuszony do odstąpienia od jej analizy, co w efekcie uczyniłoby jej przygotowanie przez Budimex bezcelowym). Dodatkowo należy mieć na uwadze, że przedłożenie wyjaśnień wraz z dowodami w tak obszernym zakresie doprowadziłoby do poniesienia znacznych kosztów i dodatkowego obciążenia personelu również po stronie Wykonawcy.

W powyższym zakresie również wypowiedział się Sąd Okręgowy w już cytowanym wyroku z dnia 9 listopada 2023 roku, sygn. akt XXIII Zs 89/23.

Odwołujący nie twierdzi oczywiście, że zamawiający nigdy nie może żądać dowodów dotyczących ujawnionych okoliczności, lecz że żądanie takie musi być powiązane z konkretną, relewantną wątpliwością dotyczącą przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, a nie mieć charakter blankietowego żądania potwierdzenia każdej okoliczności opisanej w wyjaśnieniach.

Uwzględniając powyższe okoliczności, oczywistym jest, że Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp, a w szczególności zasadę proporcjonalności wyrażoną w art. 16 Pzp, kierując do Odwołującego wezwanie do uzupełnienia oraz wyjaśnień o nadmiernym zakresie przedmiotowym, tj. niezasadnym na tle już przedłożonych Zamawiającemu wyjaśnień.

Ponownie należy jednak zaznaczyć dwie fundamentalne okoliczności. Po pierwsze, Budimex nie kwestionuje wezwania jako takiego, a jedynie jego nadmierny zakres przedmiotowy, wskazany w *petitum*. W pozostałym zakresie Wykonawca przedstawi Zamawiającemu uzupełniające wyjaśnienia, kierując się przede wszystkim transparentnością. Po drugie, Odwołujący nie uchylał się od jakiegokolwiek wyjaśnienia okoliczności, na które się powołuje, a jedynie utrzymuje, że już przedłożone Zamawiającemu wyjaśnienia są wystarczające w odniesieniu do punktów wezwania objętych zaskarżeniem oraz nie wymagają one uzupełniania.

Mając powyższe na uwadze, nie można ocenić, że wykonawca pozbawił Zamawiającego możliwości weryfikacji podmiotowej – wskazał on przecież kompleksowo i wyczerpująco przypadki zastosowania wobec niego sankcji (wskazując dodatkowo chociażby nazwy postępowań). Zamawiający ma więc pełną możliwość przeprowadzenia własnego „dochodzenia” oraz weryfikacji, czy rzeczywiście wskazywane przez Budimex sankcje nie mogą stanowić podstawy wykluczenia z postępowania. Za niezasadne należy ocenić przy tym jedynie obciążanie Budimex obowiązkiem wykazywania swojej „niewinności”.

Jako okoliczność uzupełniającą należy również zwrócić uwagę Izby na fakt, że dokonane przez Zamawiającego wezwanie do przedstawienia dowodów oraz uzupełnienia dokumentów ma charakter wyjątkowo nieprecyzyjny (wręcz blankietowy), co nie pozwala Odwołującemu na realną ocenę, czego dokładnie przedłożenia wymaga od niego

Zamawiający. Należy mieć na uwadze, że wykonawca przedstawił Zamawiającemu szerokie i szczegółowe wyjaśnienia opisujące poszczególne przypadki nałożenia wobec niego określonych sankcji. Zamawiający był więc kompetentny do precyzyjnego wskazania jakich dowodów i na jaką okoliczność oczekuje od Odwołującego. Zamawiający w dominującym zakresie ograniczył swoje wezwanie do następującej treści: „Wykonawca nie dołączył dowodów potwierdzających podnoszone przez niego okoliczności”, „Powyższe uniemożliwia weryfikację złożonych przez niego wyjaśnień” oraz „Wobec powyższego, Zamawiający na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wzywa do złożenia ww. dowodów”. Treść wezwania sugeruje więc, że Budimex został zobowiązany do przedstawienia odrębnych dowodów na każdą okoliczność powoływaną w przedłożonych wyjaśnieniach.

Powyższe, pomimo oczywistej nieproporcjonalności (co już zostało omówione we wcześniejszej części odwołania) jest również sprzeczne z zasadą przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Należy ocenić, że Zamawiający wymaga od wykonawcy przedstawienia w zasadzie nieograniczonego katalogu dowodów. Takie działanie nie może spotkać się z aprobatą ze strony Izby. Co więcej, Zamawiający nie wskazał też jakie dokumenty wykonawca ma uzupełnić.

Należy przy tym zaznaczyć, że zasada przejrzystości postępowania wymaga, aby Zamawiający precyzyjnie i jednoznacznie określił dokumenty, których złożenia żąda od wykonawcy – w innym wypadku nie ma możliwości jednoznacznej weryfikacji, czy Budimex prawidłowo odpowiedział na wezwanie czy też nie.

Dla poparcia powyższego stanowiska zasadnym jest powołanie się na treść komentarza do ustawy Pzp pod redakcją H. Nowaka i M. Winiarza, II wydanie, UZP, Warszawa 2023: *Zasada przejrzystości, nazywana też zasadą transparentności, oznacza, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób umożliwiający weryfikację prawidłowości tego postępowania, prowadząc odpowiednią dokumentację czynności podejmowanych w związku z postępowaniem. Ponadto zgodnie z tą zasadą zamawiający przekazuje wykonawcom, zgodnie z wymaganiami w tym zakresie określonymi przez Pzp, informacje o podejmowanych w postępowaniu decyzjach. (...) Zasada przejrzystości stanowi swojego rodzaju model obiektywny, gdyż działanie przejrzyste to prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób czytelny, zrozumiały oraz umożliwiający ocenę i kontrolę. Wyrazem zasady przejrzystości jest również to, że wymagania zamawiającego w zakresie warunków udziału w postępowaniu, a także opisu przedmiotu zamówienia, są formułowane jasno i jednoznacznie – tak, że wykonawcy nie muszą domyślać się intencji zamawiającego w tym zakresie. Zasada przejrzystości gwarantuje, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zawiera jasne reguły i istnieją środki do weryfikacji prawidłowości ich stosowania, a zamawiający podejmuje przewidywalne decyzje na podstawie wcześniej ustalonych kryteriów, które zapewniają zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców*”.

Uwzględniając powyższe, nieprecyzyjną treść wezwania można w okolicznościach sprawy ocenić jako swoistą „pułapkę” na wykonawcę. Jeżeli Zamawiający uzna, że Budimex niewystarczająco odpowiedział na wezwanie, może następnie podjąć decyzję o odrzuceniu jego oferty z postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp, lub nawet wykluczyć go na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp.

Zasadnicza treść wezwania wprost wskazuje ponadto, że Zamawiający nie powziął w rzeczywistości żadnych wątpliwości względem treści przedłożonych wraz z dokumentem JEDZ wyjaśnień, lecz jedynie domaga się dodatkowego poparcia oświadczeń wykonawcy odrębnymi dowodami. Należy jednoznacznie wskazać, że żądane przez zamawiającego dokumenty i dowody muszą pozostawać w funkcjonalnym związku z kwalifikacją podmiotową wykonawcy (np. potwierdzeniem braku podstaw wykluczenia). Zamawiający nie może wzywać wykonawców do przedstawienia wszelkich możliwych dowodów i wyjaśnień, lecz ograniczony jest do okoliczności relewantnych z punktu widzenia podstaw wykluczenia z postępowania. Powyższe powinno również znaleźć odzwierciedlenie w treści samego wezwania, gdyż nie można oczekiwać, że Budimex „domyśli się” jaka była intencja Zamawiającego i jakie dokumenty są od niego wymagane.

Należy podkreślić, że to po stronie Zamawiającego leży ciężar ewentualnego wykazania (udowodnienia) spełnienia się przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. W praktyce zaskarżona część wezwania zmierza do odwrócenia tego ciężaru poprzez zobowiązanie Budimex do „udowodnienia swojej niewinności”. W orzecznictwie jednoznacznie wskazuje się, że zastosowanie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp wymaga bezwzględnie wykazania (udowodnienia) przez zamawiającego wszystkich przesłanek w tym, że wykonawca swoim działaniem lub zaniechaniem (okolicznościami leżącymi po jego stronie), naruszając istotne postanowienie umowne, doprowadził do zastosowania jednej z sankcji wskazanych w przepisie (nie jest wystarczające np. samo naliczenie kary umownej). Nie budzi więc najmniejszych wątpliwości, że to Zamawiającego obciąża w tym przypadku ciężar dowodu. Praktyka polegająca na próbie faktycznego przerzucenia tego ciężaru na wykonawcę, zobowiązując go do kompleksowego wykazywania swojej „niewinności”, nie może spotkać się z aprobatą ze strony Izby.

W innym wyroku, tj. wyroku KIO z dnia 31 lipca 2023 roku, sygn. akt KIO 2076/23 (podtrzymanym następnie w wyroku

SO w Warszawie z dnia 9 listopada 2023 roku, sygn. akt XXIII Zs 89/23), Izba wskazała ponadto, że *Podstawy wykluczenia z postępowania nie mogą być domniemywane, co obejmuje wszystkie przesłanki objęte normą art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy*. Co wynika z powyższego, nawet w przypadku, gdyby wykonawca zaniechał jakiejkolwiek odpowiedzi na wezwanie, lub też udzielił odpowiedzi, która zdaniem Zamawiającego nie byłaby wyczerpująca, niemożliwym byłoby automatyczne wykluczenie Budimex z postępowania. W takim przypadku Zamawiający wciąż byłby zobowiązany do „aktywnego” wykazania spełnienia się wszystkich przesłanek opisanych w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Odwołujący dopełnił ciążącego na nim obowiązku oświadczając wprost w swoich wyjaśnieniach (oraz szczegółowo opisując okoliczności), że nie zachodzą względem niego jakiegokolwiek podstawy zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, albowiem w historii jego działalności nie wystąpiły sytuacje, które wypełniałyby łącznie wszystkie przesłanki wymienione w treści ww. przepisu. Jeżeli Zamawiający jest przeciwnego zdania, to do niego należy poszukiwanie dowodów oraz następce wykazanie, że przesłanki się spełniły – nie może on jednak oczekiwać, że Odwołujący go w tym (pośrednio) wyręczy. Budimex przedstawił Zamawiającemu wystarczające dane, które pozwalają stwierdzić, że przesłanki wskazane w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp nie mają do niego zastosowania. W szczególności wskazał, że nie doszło do niewykonania/nienależytego wykonania/długotrwałego nienależytego wykonywania w znacznym stopniu lub zakresie, czy też niewykonanie nie dotyczyło istotnego zobowiązania, wskazując na niewielką wysokość kar umownych lub nieistotność zobowiązania w pkt 3, 6, 7, 9 10, 11, 12, 14 wezwania.

Zasadnicza wadliwość wezwania Zamawiającego ujawnia się szczególnie wyraźnie właśnie w odniesieniu do żądania przedstawienia szczegółowych wyjaśnień i dowodów w zakresie tzw. kar bagatelnych. Kary te z uwagi na swoją wartość, w oczywisty i naturalny sposób nie mogą stanowić podstawy wykluczenia stosownie do brzmienia art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. JEDZ oraz jego ewentualne wyjaśnienia nie służą bowiem przedstawieniu zamawiającemu pełnej historii kontraktowej wykonawcy, lecz jedynie umożliwieniu oceny, czy wobec wykonawcy mogą zachodzić przesłanki wykluczenia. Oznacza to, że prawnie relewantne są wyłącznie takie przypadki wcześniejszej realizacji umów, które mogą świadczyć o niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu istotnego zobowiązania w znacznym stopniu lub zakresie. Mówiąc wprost, obowiązek informacyjny wykonawcy nie obejmuje okoliczności, które już ze względu na samą swoją wartość nie mogą prowadzić do zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Odmienna wykładnia prowadziłaby w istocie do nieuzasadnionego przekształcenia wstępnej weryfikacji podmiotowej wykonawcy w kompleksowy audyt całej jego historii kontraktowej, co pozostawałoby w sprzeczności zarówno z funkcją dokumentu JEDZ, jak

i z zasadą proporcjonalności wyrażoną w art. 16 Pzp. Należy mieć przy tym na uwadze,

że Budimex przedstawił Zamawiającemu wyjaśnienia obejmujące również kary bagatelne – jedynie jako wyraz daleko posuniętej ostrożności, najwyższej staranności oraz transparentności. Dobrowolne ujawnienie takich informacji nie może jednak prowadzić do rozszerzenia ustawowego zakresu badania podmiotowego ani do obciążenia wykonawcy obowiązkiem dowodzenia, że każdy wzmiankowany incydent kontraktowy nie stanowi podstawy wykluczenia. Przeciwnie, skoro z samych wyjaśnień Odwołującego wynikało,

że określone przypadki mają charakter bagatelny, Zamawiający powinien ograniczyć swoje dalsze czynności wyłącznie do tych okoliczności, które rzeczywiście mogły budzić konkretną

i relewantną wątpliwość z punktu widzenia przesłanek wykluczenia. Zamawiający nie jest uprawniony do formułowania blankietowego żądania przedstawienia dowodów dotyczących wszystkich opisanych przez Budimex sytuacji. W konsekwencji, Zamawiający kierując przedmiotowe wezwanie, nie zmierza do wyjaśnienia swoich wątpliwości, lecz do przerzucenia na Odwołującego ciężaru wykazania, że każdy ujawniony incydent kontraktowy, także ten o oczywiście bagatelnym charakterze, nie stanowi podstawy wykluczenia.

Wzywanie Wykonawcy do przedstawiania dodatkowych dowodów na poparcie poszczególnych fragmentów wyjaśnień nie znajduje ani uzasadnienia, ani oparcia

w przepisach ustawy. Zamawiający, formułując treść wezwania, zdaje się z góry zakładać,

że wyjaśnienia Wykonawcy nie są prawdziwe oraz oczekuje potwierdzenia każdej okoliczności odrębnym dowodem – do czego nie ma jakichkolwiek podstaw, ani faktycznych, ani prawnych. Powyższe stanowi w istocie jedynie mnożenie po stronie Odwołującego obowiązków, które w świetle przepisów Pzp, nie powinny go obciążać.

Finalnie należy odnieść się do kwestii zastosowania przez Zamawiającego nieprawidłowej podstawy prawnej (trybu) w skierowanym do Odwołującego wezwaniu. Zamawiający powołał się na przepis art. 128 ust. 1 Pzp, tj. wezwał Budimex do uzupełnienia (obok wezwania do wyjaśnień na podstawie art. 128 ust. 4 Pzp). Należy przy tym zauważyć, że przepis ten odnosi się do sytuacji, w której *„wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy”*.

Żadna z powyższych okoliczności nie ma i nie miała miejsca w odniesieniu do Budimex. Przedłożony dokument JEDZ

jest kompletny oraz prawidłowy – nie wymaga on jakiegokolwiek uzupełnienia. Powyższe dotyczy również samych wyjaśnień, które Wykonawca dołączył dobrowolnie do JEDZ. W rezultacie, brak podstaw do wezwania do uzupełnienia tych dokumentów.

Powyższe doskonale podsumowuje cytowany już komentarz Urzędu Zamówień Publicznych, zgodnie z którym: „Obowiązek dodatkowego wezwania dotyczy wyłącznie dokumentów lub oświadczeń wymaganych przez zamawiającego, do których złożenia wykonawca był wzywany w trybie – odpowiednio – art. 126 ust. 1 Pzp albo art. 274 ust. 1 Pzp. Inaczej nie może być mowy o niezłożeniu, niekompletności lub innej wadliwości dokumentów lub oświadczeń. Oprócz wyraźnie wskazanego przez ustawodawcę JEDZ oraz podmiotowych środków dowodowych będą to m.in. pełnomocnictwa oraz inne dokumenty potwierdzające umocowanie do reprezentowania. Dokument (oświadczenie) należy zakwalifikować jako niezłożony, jeżeli nie został fizycznie dostarczony. Natomiast dokument (oświadczenie) jest niekompletny, jeżeli wprawdzie został fizycznie przedłożony, ale nie spełnia określonych przez zamawiającego wymagań formalnych (np. nie został podpisany, jest nieczytelny lub jego kopia nie została potwierdzona za zgodność z oryginałem). Od tych dwóch przypadków należy odróżnić dokumenty (oświadczenia) zawierające błędy. Są to dokumenty, które zostały fizycznie złożone oraz są formalnie poprawne, jednak nie potwierdzają spełniania odpowiednich wymagań”.

Mając powyższe na uwadze, należy dojść do przekonania, że Zamawiający uprawniony był co najwyżej do skierowania samego wezwania do wyjaśnień na podstawie art. 128 ust. 4 Pzp. Jeżeli Zamawiający powziął wątpliwości w zakresie charakteru nakładanych w przeszłości na Odwołującego sankcji (których to wątpliwości nie powinien nawet powziąć z uwagi na szczegółowy charakter przedłożonych pierwotnie wyjaśnień), właściwym instrumentem prawnym byłoby wezwanie do wyjaśnień. Na tym tle, kierowanie odrębnego wezwania do uzupełnienia dokumentu jawi się jako niezrozumiałe, a co więcej niezgodne z przepisami ustawy Pzp. Jak to wskazano w już cytowanym komentarzu do ustawy Pzp: „Stosownie do art. 128 ust. 4 Pzp zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści JEDZ lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. Przepis ten służy wyłącznie wyjaśnieniu treści oświadczeń

i dokumentów, nie zaś tworzeniu treści w nich uprzednio niezawartych. Aktualny pozostaje pogląd, iż wezwanie do wyjaśnień może być kierowane do wykonawcy wielokrotnie, a brak reakcji wykonawcy lub niewystarczające wyjaśnienia nie skutkują odrzuceniem oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Te podlegają bowiem odrzuceniu, jeżeli wykonawca nie złoży w wyznaczonym terminie dokumentów lub oświadczeń (art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. c lub art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp), a pojęcie „dokumenty lub oświadczenia” nie obejmuje wyjaśnień (zob. komentarz do art. 128 Pzp)”.

Na powyższym tle pojawia się więc zasadniczy powód postawienia niniejszego zarzutu naruszenia przepisów Pzp – otrzymując jedynie wezwanie do wyjaśnień Budimex nie ponosi ryzyka odrzucenia jego oferty z uwagi na brak lub niewystarczającą odpowiedź. Jeżeli jednak uznać, że wezwanie obejmuje również uzupełnienie dokumentu – zaniechanie wystarczającej odpowiedzi stwarza realne ryzyko odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp. W tym zakresie zasadnym jest ponowne powołanie się na komentarz UZP, w którym wskazano, że: „Jeżeli wykonawca nie złoży w wyznaczonym terminie wymaganych dokumentów lub oświadczeń, lub złożone podmiotowe środki dowodowe będą w dalszym ciągu niekompletne, lub wykonawca nie naprawił stwierdzonych przez zamawiającego błędów tych dokumentów jego wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub oferta podlega odrzuceniu na podstawie odpowiednio art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. c lub art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp. (...). Wezwanie powinno przy tym precyzyjnie wskazywać powód wezwania, tj. konkretne braki lub uchybienia, jakich dopuścił się wykonawca, zakres koniecznych do przedłożenia oświadczeń lub dokumentów, a także określać termin, w jakim powinny być one uzupełnione”.

W niniejszym przypadku, wezwanie Zamawiającego nie spełnia tych wymogów. Wezwanie jest nieprecyzyjne, w tym nie określa dokumentów, jakie Odwołujący ma przedłożyć. Należy więc ocenić, że nieuwzględnienie zarzutu doprowadzi do sytuacji, w której – po pierwsze – wezwanie ma nieprecyzyjny, wręcz blankietowy charakter a – po drugie – istnieje przez to realne ryzyko odrzucenia oferty Wykonawcy z uwagi na niewystarczającą odpowiedź (niewystarczające uzupełnienie na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp). Sytuacja ta stanowi oczywistą „pułapkę”, która może doprowadzić do późniejszej eliminacji wykonawcy z postępowania.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego

z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia,

kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępującego (uczestnika), złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne. Krajowa Izba Odwoławcza dzieląc w całości stanowisko zamawiającego i przystępującego

(za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1072/15: *Izba ma prawo podzielić zarzuty i wartościową argumentację jednego z uczestników, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów*), wskazuje, co następuje.

Zgodnie z wymaganiami zamawiającego, odwołujący wraz z ofertą przedłożył wypełniony dokument JEDZ, w treści którego w 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?” udzielił odpowiedzi „Tak”.

Dodatkowo, w odpowiedzi na pytanie „Czy przedsięwzięto środki w celu wykazania Państwa rzetelności („samooczyszczenie”)?” odwołujący udzielił odpowiedzi „Nie”.

Odwołujący podkreślił ponadto, że w odniesieniu do powyższego pytania zawartego

w JEDZ Załącza on stosowne wyjaśnienia. W ich treści wskazał, że nie zachodzą względem niego podstawy zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, albowiem w historii działalności odwołującego nie wystąpiły sytuacje, które wypełniałyby łącznie wszystkie przesłanki wymienione w treści ww. przepisu.

W ww. wyjaśnieniach odwołujący także wskazał, że przyjęty sposób wypełnienia dokumentu JEDZ, tj. twierdzącą odpowiedź 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?”, nie oznacza jeszcze wystąpienia przesłanki wykluczenia, ale w znacznej mierze wynika z treści samego pytania, które pomija szereg istotnych z punktu widzenia art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp okoliczności.

Co również zostało podkreślone w treści wyjaśnień dołączonych do JEDZ, odwołujący udzielił odpowiedzi twierdzącej na przedmiotowe pytanie z daleko posuniętej ostrożności jako akt najwyższej staranności wymaganej od profesjonalnego wykonawcy, mając na względzie transparentność podejmowanych działań. Odwołujący przedłożył zamawiającemu szczegółowe wyjaśnienia, w których odniósł się do poszczególnych przypadków realizacji wcześniejszych umów, wyjaśniając przy tym, dlaczego w jego ocenie nie stanowią one podstaw wykluczenia z postępowania stosownie do brzmienia art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Zamawiający, działając na podstawie art. 128 ust. 1 i 4 Pzp, wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów oraz złożenia wyjaśnień. Wezwanie obejmowało 14 zagadnień,

w odniesieniu do których zamawiający dopatrzył się konieczności ich wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów.

Odwołujący wskazał, że nie kwestionuje całości przedmiotowego zakresu wezwania,

a jedynie jego wybrane elementy, tj. pkt 3, 6, 7, 9, 10, 11, 12 i 14. W pozostałym zakresie odwołujący przedstawi zamawiającemu uzupełniające wyjaśnienia.

Odwołujący wskazał, że odwołanie nie dotyczy tego, czy zamawiający może weryfikować oświadczenia wykonawcy, lecz wyłącznie, czy w okolicznościach niniejszej sprawy zamawiający był uprawniony do sformułowania wezwania w sposób blankietowy, nadmierny

i niepowiązany z konkretnymi wątpliwościami dotyczącymi przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Odwołujący nie kwestionuje obowiązku współpracy z zamawiającym w toku badania podstaw wykluczenia, lecz sprzeciwia się przekształceniu tego obowiązku w nieograniczony obowiązek dowodzenia braku podstaw wykluczenia w odniesieniu do każdego incydentu kontraktowego ujawnionego wyłącznie z ostrożności i transparentności.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej odwołujący całkowicie pomija okoliczności związane z przedmiotowym wezwaniem oraz fakt, na którym podmiocie (zamawiającym czy wykonawcy) spoczywa obowiązek wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Jak zasadnie wskazywał zamawiający, w zakresie pkt 3, 6, 7, 9, 12 i 14 wezwania zamawiający w żaden sposób nie kwestionował informacji przekazanych przez odwołującego, w szczególności w wezwaniu nie formułował ocen, jakoby były to przypadki „istotnych uchybień”, a jedyne czego od wykonawcy oczekiwał to udowodnienia podnoszonych przez niego okoliczności (czyli faktu naliczenia kar umownych i powodów ich naliczenia – gdyż do tego sprowadzały się

wyjaśnienia odwołującego). W szczególności, w tym zakresie zamawiający wymagał przedłożenia dowodów potwierdzających wysokość naliczonej kary umownej, co zostało zaznaczone w wezwaniu, gdyż dowód potwierdzający ten fakt, pozwoliłby na rzetelne ustalenie „nieistotności” uchybienia wykonawcy w kontekście hipotezy określonej w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Jeżeli chodzi o pkt 10 i 11 wezwania zamawiający oczekiwał oprócz dowodów także wyjaśnień, gdyż w oparciu o opis stanu faktycznego przedstawionego przez odwołującego nie można było jednoznacznie przesądzić, czy uchybienie miało charakter istotny, czy też nie (z uwagi na wartość roszczeń zamawiającego lub charakter stwierdzonych uchybień).

Zamawiającemu jest znana opinia Urzędu Zamówień Publicznych *„Kara umowna w kontekście przesłanki wykluczenia wykonawcy z powodu nieprawidłowości w realizacji wcześniejszych umów a sposób wypełnienia JEDZ” oraz wynikająca z niej konstatacja, że „nie każda kara umowna będzie mieścić się w katalogu sankcji wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp”*. Niemniej, Zamawiający jest też świadom ciężących na nim obowiązków w zakresie weryfikowania sytuacji podmiotowej wykonawców uczestniczących w postępowaniu. W tym względzie zamawiający brał pod uwagę, że ocena wystąpienia podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp i „istotności” nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę nie może się ograniczać wyłącznie do arytmetycznego porównania wysokości kary umownej do wartości umowy. Istotny jest bowiem także charakter tego uchybienia, tj. czy dotyczyło ono zasadniczych obowiązków wynikających z umowy, czy też wyłącznie o charakterze pomocniczym. Jednocześnie, zamawiający stoi także na stanowisku, iż w celu rzetelnego zbadania podstaw wykluczenia w tym zakresie nie można ograniczać się do samych deklaracji wykonawcy (gdyż doświadczenie życiowe wskazuje, iż najczęściej są one stroniczne i subiektywne), ale niezbędne jest dysponowanie stosownymi dowodami.

W istocie, zamiarem zamawiającego – przy formułowaniu i kierowaniu wezwań do złożenia dowodów na potwierdzenie wysokości i podstaw naliczenia kar umownych o niższej wartości – było przede wszystkim zapewnienie sobie kompletu informacji i dokumentów w celu utwierdzenia się w przekonaniu, iż rzeczywiście w przywołanych przez odwołującego sytuacjach wystąpiły przypadki nieistotnych uchybień (co mogło, choć nie musiało w rzeczywistości, wynikać z wyjaśnień odwołującego). Zamawiający chciał ponadto w ten sposób zabezpieczyć się także przed sytuacją, w której inni wykonawcy, po analizie wyjaśnień odwołującego, kwestionowaliby przedstawiony przez niego stan faktyczny, a w konsekwencji jego oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Odwołujący w treści odwołania sugeruje, jakoby wezwanie miało być „pułapką”, rodzącą ryzyko odrzucenia jego oferty, podczas gdy intencja zamawiającego była całkowicie odmienna – w zakresie tych punktów wyjaśnień odwołującego zamawiający chciał jedynie dysponować rzetelnym materiałem dowodowym potwierdzającym prawidłowość wstępnej deklaracji o braku występowania omawianej podstawy wykluczenia.

Przedstawione dowody pozwoliłyby również na przeprowadzenie pełnej i rzetelnej oceny wyjaśnień odwołującego.

Zamawiający zatem nie może się zgodzić z tezą jakoby wezwanie było nadmierne i co więcej, wbrew jego sugestiom, stanowisko zamawiającego znajduje oparcie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Przede wszystkim, odwołujący pomija zasadniczą kwestię,

a mianowicie, że ocena, czy dany przypadek wcześniejszego rozwiązania umowy, naliczenia kary umownej, zlecenia wykonania zastępczego oraz wystąpienia innych sporów z innymi zamawiającymi kwalifikuje się jako okoliczność wymieniona w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, skutkująca wykluczeniem wykonawcy z postępowania, leży po stronie zamawiającego, nie zaś wykonawcy. To nie wykonawca dokonuje samodzielnej oceny podmiotowej w tym zakresie, w innym bowiem przypadku, byłby on „sędzią we własnej sprawie”. Obowiązek zbadania, czy wobec wykonawców uczestniczących w postępowaniu występują podstawy wykluczenia określone w ustawie Pzp i przewidziane w dokumentach zamówienia spoczywa wyłącznie na zamawiającym. W konsekwencji, okoliczność, że zdaniem odwołującego nie podlega on wykluczeniu w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, gdyż naliczona na niego kara była niska w stosunku do wartości umowy nie ma znaczenia dla przeprowadzenia jego oceny podmiotowej. Z pewnością nie można więc podzielić stanowiska odwołującego, jakoby jego subiektywna ocena takich zdarzeń wyłączała prawo zamawiającego do wyjaśniania okoliczności związanych z wcześniejszym rozwiązaniem umów, naliczeniem kar, zleceniem wykonania zastępczego oraz wystąpienia innych sporów z innymi zamawiającymi, a które to okoliczności – jak wskazywał odwołujący – przedstawił wyłącznie „z ostrożności”.

Dla oceny podmiotowej wykonawcy w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie ma więc kluczowego znaczenia (najczęściej subiektywna) ocena wykonawcy udzielona w zakresie Części III lit. C sekcja „rozwiązanie umowy przed czasem, odszkodowania lub inne porównywalne sankcje” JEDZ, ale przede wszystkim przekazane przez wykonawcę informacje na temat problematycznych przypadków na gruncie poprzednich kontraktów. To w oparciu o te informacje zamawiający dokonuje następnie oceny, czy istotnie przypadki te kwalifikują się do uznania ich za

podstawę do wykluczenia wykonawcy z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp (czy też nie). Zatem to rzeczą wykonawcy jest dostarczenie zamawiającemu na tyle szczegółowych informacji i dokumentów na temat wcześniejszego rozwiązania przeszłego kontraktu, naliczenia kar umownych, zlecenia wykonawstwa zastępczego lub innych sporów z poprzednimi zamawiającymi, aby możliwe było ustalenie czy wobec niego znajduje zastosowanie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Przy czym, jak zauważa się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, w gestii wykonawcy nie leży stwierdzenie o braku obowiązku udzielenia odpowiedzi pozytywnej w części III sekcji c JEDZ w zakresie pytania dotyczącego podstawy wykluczenia art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w oparciu o własną ocenę okoliczności związanych z wcześniejszym rozwiązaniem uprzedniego kontraktu (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 14.03.2022 r., KIO 449/22, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 28.02.2022 r., KIO 315/22).

Warto w tym miejscu przytoczyć stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zaprezentowane w wyroku z 16.03.2026 r., KIO 389/26: „Zdaniem Izby Odwołujący, jak każdy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego (w tym co znamienne - profesjonalista), nie może samodzielnie oceniać określonych informacji (tj. swojej przeszłości kontraktowej oraz jej konsekwencji, tj. czy zostały zainicjowane jakiekolwiek spory sądowe dotyczące tych okoliczności i jak sam jej ocenia wykonawca - Odwołujący) i decydować ostatecznie, jakie z tych informacji przekazać Zamawiającemu. Zdaniem Izby każdy wykonawca (tutaj Odwołujący) ma obowiązek przedstawić co najmniej pełne okoliczności faktyczne (czy to składając oświadczenia dot. podstaw wykluczenia, czy jeżeli uzna, że owe podstawy go dotyczą - w ramach tzw. samooczyszczenia), co do potencjalnych podstaw jego wykluczenia, zaś sama ich ocena faktyczno-prawna zawsze winna należeć do Zamawiającego; Odwołujący nie jest uprawniony do uzurpowania sobie faktu swobodnej oceny okoliczności, stanowiących potencjalne podstawy wykluczenia” (...) Izba uważa, że obowiązkiem wykonawcy (tutaj Odwołującego) jest kompleksowe i rzetelne przedstawienie informacji dotyczących go podstaw wykluczenia (nawet potencjalnych, aktualnie weryfikowanych, np. na gruncie zainicjowanego postępowania sądowego itp.), a nie wyłącznie subiektywna ich ocena, skutkująca arbitralnym uznaniem wyłącznie przez wykonawcę (tutaj Odwołującego), że te chociażby hipotetyczne podstawy wykluczenia jednak wykonawcę (Odwołującego) nie dotyczą i nie będą dotyczyć (mimo zainicjowanego sporu sądowego, co do którego wyniku nie można mieć na dzisiaj żadnej wiedzy i zdaniem Izby niezasadne jest nad takowym wyrokiem spekulowanie, np. co do zasadności naliczenia kar umownych, czy też zasadności odstąpienia od umowy o zamówienia publiczne). Należy podkreślić, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia nie jest sam w sobie arbitrem, oceniającym i rozstrzygającym, czy ostatecznie podlega, czy też nie wykluczeniu z Postępowania. Takowa decyzja zawsze należy do Zamawiającego, który aby mógł podjąć stosowną decyzję, a ostatecznie zostać z niej <<rozliczony>> (po wniesieniu stosownych środków ochrony prawnej przewidzianej ustawą Pzp) - musi posiadać od samego początku pełną wiedzę, co do okoliczności faktycznych, które chociażby potencjalnie kwalifikują się do przypisania ich do określonych ustawą Pzp podstaw wykluczenia wykonawcy. Subiektywizm w przedstawieniu tych okoliczności faktycznych nie może zabierać Zamawiającemu prawa do ich swobodnej oceny i podjęcia w wyniku ich analizy decyzji, co do faktycznego wykluczenia wykonawcy”.

Z powyższego wyroku wynika zatem jednoznacznie, że na wykonawcach ciąży obowiązek w zakresie przekazania wyczerpujących i kompletnych informacji na temat przeszłych kontraktów, zaś zamawiający jest zobowiązany do ich zbadania i ustalenia, czy wobec wykonawców występują podstawy wykluczenia. Podkreślenia wymaga, że powyższy pogląd jest powszechnie podzielany w orzecznictwie KIO i sądowym.

Skoro to na zamawiającym spoczywa obowiązek zbadania sytuacji podmiotowej wykonawcy (nie zaś na nim samym) to nie można zamawiającemu odmówić prawa do żądania wyczerpujących i kompletnych informacji niezbędnych do przeprowadzenia takiej oceny. Wręcz przeciwnie, zamawiający jest zobowiązany do skorzystania z wszelkich dostępnych mu narzędzi, aby ustalić stan faktyczny stanowiący podstawę oceny podmiotowej. Zamawiający w tym zakresie mogą i wręcz powinni korzystać z art. 128 ust. 1, art. 128 ust. 4 lub nawet art. 128 ust. 5 ustawy Pzp.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy, wskazać należy, iż zamawiający kierując do odwołującego, a także do pozostałych wykonawców wezwania w zakresie okoliczności istotnych dla ustalenia wystąpienia podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp postąpił zgodnie z nakazami płynącymi z ustawy Pzp. Zamawiający w tym względzie realizował obowiązek rzetelnej oceny podmiotowej wykonawców biorących udział w postępowaniu. Jednocześnie, działanie zamawiającego było wyrazem równego traktowania wykonawców, gdyż do złożenia wyjaśnień i dowodów na tej samej podstawie prawnej byli wzywani wszyscy wykonawcy, którzy wraz z JEDZ przedstawili okoliczności związane

z rozwiązaniem poprzednich umów w sprawie zamówienia publicznego, naliczenia kar umownych, odszkodowań i innych spraw spornych. Zamawiający stosował względem wszystkich wykonawców (do których kierował wezwania) tę samą metodykę oceny wyjaśnień składanych wraz z JEDZ. Zatem w każdej sytuacji, w której wykonawcy, w tym odwołujący, wskazywali na fakt naliczenia kar umownych, w tym również o niskiej wartości, zamawiający oczekiwał co najmniej dowodów potwierdzających przywoływane przez nich okoliczności

w celu zapewnienia sobie możliwości zweryfikowania stanu faktycznego przedstawionego przez wykonawców.

Ponadto, działanie zamawiającego było proporcjonalne. Zamawiający w zakresie kar o niższej wartości nie oczekiwał bowiem od odwołującego (lub innych wykonawców) szczegółowego wyjaśniania okoliczności związanych z ich naliczeniem – w szczególności przedstawienia rozbudowanej argumentacji przemawiającej za brakiem zawinienia ze strony wykonawcy – ale żądał przede wszystkim dowodów na potwierdzenie ich wysokości. Zamawiający ograniczając wezwanie wyłącznie do żądania przedłożenia dowodów kierował się potrzebą zapewnienia sobie możliwości weryfikacji stanu faktycznego przedstawionego przez odwołującego. Nie można się w konsekwencji zgodzić również z twierdzeniami odwołującego, jakoby zamawiający przerzucił ciężar wykazania braku podstaw wykluczenia na wykonawcę. Wykonawca powołujący się na okoliczności związane z realizacją poprzednich kontraktów zobowiązany jest przedstawić kompletne i wyczerpujące informacje w tym zakresie w stopniu pozwalającym zamawiającemu na ocenę, czy zachodzi występowanie przesłanki wykluczenia, czy też nie. Zatem rozkład ciężaru dowodowego w tym obszarze polega właśnie na tym – jak sam odwołujący wskazał – na udowodnieniu swojej niewinności.

Zamawiający w żadnej części wezwania nie stwierdza, iż wobec odwołującego zachodzą podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Wobec powyższego, tezy odwołującego o konieczności „wykazania (udowodnienia) przez zamawiającego wszystkich przesłanek” wynikających z tego przepisu pozostają bez znaczenia dla niniejszej sprawy. Na tym etapie postępowania to wykonawca zobowiązany jest „wykazać”, iż podstawy wykluczenia nie mają do niego zastosowania. „Wykazanie” zaś oznacza m.in. przedłożenie dowodów potwierdzających podnoszone przez wykonawcę okoliczności. Dopiero w oparciu o komplet zebranych informacji i dokumentów, zamawiający będzie w stanie ustalić, czy wobec wykonawcy znajduje zachodzi podstawa wykluczenia i dopiero wtedy zamawiający będzie zobligowany do wykazania zasadności jej zastosowania.

Zamawiający podnosi, iż w treści wezwania w pkt 3, 6, 7, 9, 10, 11, 12 i 14 wskazywał, jakie okoliczności ustalił w oparciu o wyjaśnienia odwołującego. W zdecydowanej większości przypadków okoliczności te sprowadzały się wyłącznie do wysokości naliczonej kary umownej oraz przyczyny jej naliczenia. Wyjątkiem są pkt 10 i 11, które z uwagi na bardziej złożony stan faktyczny wzbudzały więcej wątpliwości zamawiającego i w konsekwencji opis ustalonych okoliczności był bardziej rozbudowany, a co za tym idzie, również wezwanie nie ograniczało się wyłącznie do żądania złożenia dowodów. Zamawiający oczekiwał przedłożenia dowodów, jak wskazał w wezwaniu, potwierdzających podnoszone przez odwołującego okoliczności, a które w wezwaniu zostały również przytoczone. Tym samym, w oparciu o treść wezwania odwołujący byłby w stanie ustalić, jakich dowodów zamawiający od niego oczekuje.

Jednocześnie, zamawiający nie precyzował dokładnie rodzaju dokumentu, jaki odwołujący ma przedłożyć, gdyż to odwołujący jako ich dysponent ma wiedzę, który z nich potwierdza przywołaną okoliczność (wysokość kary umownej i podstawę jej naliczenia). Zamawiający przy tym nie miał podstawy do tego, aby odwołującemu narzucić dobór dowodów mających potwierdzać przywołane przez niego w wyjaśnieniach okoliczności. Zazwyczaj naliczenie kary umownej odbywa się za pomocą noty obciążeniowej, wezwania do zapłaty lub innego dokumentu, niemniej z uwagi na fakt, że każdy przypadek naliczenia kary umownej jest odmienny, jak również różne są w tym względzie praktyki zamawiających, nie uznano za zasadne precyzowanie tego dokumentu. W tym względzie, zamawiający kierował się zasadą analogiczną jak w przypadku wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny, w ramach których pozostawia się wykonawcom swobodę w wyborze dowodów służących do potwierdzenia prawidłowości wyliczenia ceny.

Z uwagi na otwarty katalog dowodów wynikający z treści wezwania oczywistym jest, że zamawiający dokonywałby ich oceny z punktu widzenia ich przydatności dla potwierdzenia danej okoliczności. W szczególności, zamawiający jest świadom, że nie mógłby wobec odwołującego wyciągać negatywnych konsekwencji za niespełnienie wymagań wobec przedłożonych dowodów niewyartykułowanych w wezwaniu.

Zamawiający nie zgodził się z zarzutem nr 2 odwołania, jakoby zastosował niewłaściwą podstawę prawną wezwania do uzupełnienia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Jak wynika z literalnej treści art. 128 ust. 1 ustawy Pzp: *„Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie (...)”*.

Przepis ten znajduje zastosowanie nie tylko do oświadczenia JEDZ, ale również do innych dokumentów lub oświadczeń składanych w toku postępowania przez wykonawców. Odwołujący złożył wyjaśnienia w przedmiocie podstawy wykluczenia określonej w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jako załącznik do JEDZ, realizując w tym względzie dyspozycję zawartą w Części III lit. C sekcja *rozwiązanie umowy przed czasem, odszkodowania lub inne porównywalne sankcje* JEDZ

zobowiązującą wykonawcę do opisanie takich sytuacji. Dokument ten pełni zatem pewnego rodzaju podwójną funkcję: z jednej strony należy traktować go jako element JEDZ, a z drugiej może być uznany za *inny dokument lub oświadczenie składane w postępowaniu*, gdyż służy weryfikacji podmiotowej wykonawcy. Niezależnie jednak od jego znaczenia, podlega on uzupełnieniu w oparciu o art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Biorąc dodatkowo pod uwagę fakt, że to na wykonawcy spoczywa obowiązek „wykazania”, a zatem przedstawienia dowodów na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia, zamawiający miał jak najbardziej podstawę do wystosowania wezwania do uzupełnienia na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby, podstawą wezwania nie była dowolna, arbitralna czy represyjna ocena dokonana przez zamawiającego, lecz konkretne i zobiektywizowane informacje wynikające z treści złożonego przez odwołującego dokumentu JEDZ i załączników do niego.

Nie sposób zatem podzielić stanowiska odwołującego, że wezwanie miało charakter represyjny albo zmierzało do wymuszenia przyznania się do podstaw wykluczenia. Zamawiający nie domagał się od odwołującego złożenia oświadczenia określonej treści. Zamawiający umożliwił odwołującemu przedstawienie chronologii zdarzeń, wyjaśnienie i przedstawienie adekwatnych do okoliczności sprawy dowodów oraz ich omówienie.

Zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący błędnie koncentruje się na tym przepisie, podczas gdy wezwanie zamawiającego obejmowało również wyjaśnienie treści dokumentów na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp. W realiach przedmiotowej sprawy zamawiający nie dokonywał klasycznego uzupełnienia brakującego dokumentu, lecz żądał wyjaśnienia i przedstawienia informacji mających znaczenie dla oceny sytuacji podmiotowej wykonawcy.

Wskazać należy, że zamawiający nie podjął jeszcze czynności wykluczenia odwołującego ani odrzucenia jego oferty. Odwołujący kwestionuje samą możliwość zadania mu pytań i uzupełnienia JEDZ-a, choć dopiero odpowiedź wykonawcy na wezwanie może stanowić podstawę dalszej oceny zamawiającego. Przyjęcie stanowiska odwołującego prowadziłoby do niedopuszczalnego ograniczenia ustawowych kompetencji zamawiającego i uniemożliwienia mu wyjaśnienia okoliczności istotnych dla prawidłowego przebiegu postępowania.

Reasumując, zaskarżone wezwanie było czynnością zgodną z ustawą Pzp, proporcjonalną, uzasadnioną oraz opartą na konkretnych okolicznościach faktycznych. Zamawiający nie przesądził o zaistnieniu podstaw wykluczenia, lecz skorzystał z przewidzianego ustawą mechanizmu weryfikacji dokumentów i wyjaśnienia sytuacji podmiotowej wykonawcy. Odwołujący nie wykazał, aby czynność ta naruszała przepisy ustawy Pzp lub zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Niezasadne są również twierdzenia i zarzuty odwołującego wskazujące na naruszenie przepisów art. 16 pkt 2 i 3 ustawy Pzp.

Jak wynika bowiem z dokumentacji postępowania wezwania analogiczne, jak to skierowane do odwołującego, było wystosowane przez zamawiającego również do innych wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu. Wg. informacji przekazanych przez zamawiającego, wszyscy wezwani wykonawcy odpowiedzieli na wezwanie zamawiającego, oczywiście poza odwołującym, który je zakwestionował (w ograniczonym zakresie). Tym samym nie sposób twierdzić, że zamawiający naruszył ww. przepisy ustawy Pzp, gdyż zamawiający prowadzi postępowanie w sposób przejrzysty (jasna i oczywista treść wezwania) oraz w sposób proporcjonalny (wezwanie w zakresie wymagającym powzięcia dodatkowych wiadomości).

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej czynności zamawiającego charakteryzują się dużą dbałością o prawidłowe przeprowadzenie postępowania w szczególności (na tym etapie postępowania) w zakresie dokonania prawidłowej i jednoznacznej oceny podmiotowej wykonawców. Sama czynność i treść wezwania zamawiającego nie powinna nastręczać wątpliwości interpretacyjnych, które w ocenie Izby odwołujący celowo nadinterpretuje, budując argumentację na zdarzeniach, które nie miały miejsca i nie wynikają z wezwania zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:.....

Członkowie: .....

.....