

Sygn. akt: KIO 2094/20

**WYROK**

**z dnia 22 września 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Magdalena Rams

**Członkowie:** Emil Kuriata

Aleksandra Patyk

**Protokolant:** Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **18 września 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **27 sierpnia 2020 r.** przez wykonawcę **Multiconsult Polska sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg krajowych i Autostrad,**

przy udziale wykonawców: **MGGP S.A., z siedzibą w Tarnowie, TPF Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie, konsorcjum firm: Inko Consulting sp. z o.o., z siedzibą w Pszczynie oraz Drogowa Trasa Średnicowa S.A., z siedzibą w Katowicach oraz konsorcjum CertusVia sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie i Biuro Projektowo Badawcza Dróg i Mostów Transprojekt – Warszawa sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,**

**orzeka:**

1. **Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu: (i) dokonanie unieważnienia czynności wykluczenia wykonawcy Multiconsult Polska sp. z o.o., z siedzibą w**

**Warszawie; (ii) dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty wykonawcy Multiconsult Polska S.A., z siedzibą w Warszawie.**

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad i :**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Multiconsult Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od **zamawiającego Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad** na rzecz wykonawcy **Multiconsult Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## UZASADNIENIE

W dniu 27 sierpnia 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Multiconsult Polska sp. z o.o. (dalej „**Odwołujący**”) zarzucając zamawiającemu Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie (dalej „**Zamawiający**”) naruszenie w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn. Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku od węzła Rzeszów Południe (bez węzła) do węzła Babica (z węzłem) dł. ok. 10,3 km”, numer O.RZ.D-3.2410.1.2020, dalej: „Postępowanie”:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez jego zastosowanie i wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo iż Odwołujący nie przedstawił Zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd, mających istotne znaczenie dla decyzji podejmowanych przez Zamawiającego w postępowaniu poprzez udzielenie w JEDZ przeczącej odpowiedzi na pytanie o rozwiązanie umowy przed czasem, gdyż w odniesieniu do Odwołującego nie ma zastosowania przesłanka wykluczenia określona w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp;
- 2) z ostrożności art. 26 ust. 3 lub ust. 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie odpowiedzi udzielonej przez Odwołującego w JEDZ na pytanie o rozwiązanie umowy przed czasem, co w efekcie doprowadziło do nieuzasadnionego wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i pkt 17 Pzp.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego; ewentualnie dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w tym wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie odpowiedzi udzielonej przez Odwołującego w JEDZ na pytanie o rozwiązanie umowy przed czasem.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący w pierwszej kolejności wskazał, że biorąc pod uwagę znacznie kwestii podniesionych w odwołaniu dla systemu zamówień

publicznych, Odwołujący wnosi o skierowanie do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej następujących pytań prejudycjalnych dotyczących wykładni przepisów prawa unijnego:

1. Czy art. 57 ust. 4 lit. g) Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/12/(JE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE należy interpretować w ten sposób, że składając oświadczenie w Jednolitym Europejskim Dokumentcie poprzez udzielenie 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.” wykonawca powinien poinformować instytucję zamawiającą o wszystkich sytuacjach w których doszło do rozwiązania umowy w sprawie zamówienia publicznego, której był stroną niezależnie od czy do rozwiązania umowy doszło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy czy po stronie instytucji zamawiającego oraz niezależnie od tego która ze stron rozwiązała umowę?
2. Czy składając oświadczenie w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia wykonawca powinien je złożyć przez pryzmat przesłanek wykluczenia obowiązujących w danym postępowaniu czy przez pryzmat pytań zawartych w formularzu JEDZ?

Następnie Odwołujący wskazał, że w uzasadnieniu faktycznym wykluczenia Odwołującego z postępowania Zamawiający wskazał, że z informacji jakie uzyskał wynika, iż na początku 2018 roku Odwołujący rozwiązał przed czasem wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego. Powyższe informacje są udzielane przez Odwołującego w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych w innych oddziałach GDDKiA. Biorąc pod uwagę tak ustalony stan faktyczny, Zamawiający stwierdził, że „Wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd, mające istotne znaczenie dla decyzji podejmowanych przez Zamawiającego w postępowaniu, polegające na udzieleniu przeczącej odpowiedzi na pytanie o rozwiązanie umowy przed czasem w JEDZ w sytuacji, gdy informacja ta jest nieprawdziwa. ”

Odnosząc się do argumentacji przedstawionej przez Zamawiającego w uzasadnieniu wykluczenia, Odwołujący wskazał w pierwszej kolejności zauważyć, że JEDZ nie kreuje nowych przesłanek wykluczenia. Pytania znajdujące się w tym formularzu muszą być każdorazowo interpretowane pod kątem konkretnych ustawowych przesłanek wykluczenia, których dotyczą. Za taką interpretacją przemawia przede wszystkim cel złożenia tego

oświadczenia, na który zwrócił uwagę sam Zamawiający, a mianowicie potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu. Skoro zgodnie z art. 25a ust. 1 Pzp, oświadczenie składane w formie JEDZ stanowi wstępne oświadczenie wykonawcy, że nie podlega wykluczeniu z postępowania, to tylko pod takim kątem mogą być rozpatrywane odpowiedzi udzielone przez wykonawcę w tym standardowym formularzu.

W ocenie Odwołującego przyjęcie interpretacji przedstawionej w uzasadnieniu wykluczenia, zgodnie z którą pytanie zawarte w formularzu JEDZ dotyczące rozwiązania umowy przed czasem należy odczytywać literalnie w oderwaniu od podstawy wykluczenia określonej w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp (jako pytanie o rozwiązanie umowy przed czasem przez którąkolwiek ze stron i niezależnie od powodu), prowadzioby do absurdalnego wniosku, że składając oświadczenie w tej pozycji formularza wykonawca powinien poinformować Zamawiającego również o takich przypadkach, w których do rozwiązania umowy doszło za porozumieniem stron lub w sytuacji gdy Zamawiający odstąpił od umowy na podstawie przesłanki określonej w art. 145 ust. 1 Pzp, a zatem przesłanki na której wystąpienie wykonawca nie ma żadnego wpływu. Przy takiej interpretacji, Zamawiający dokonując oceny odpowiedzi udzielonej przez wykonawcę na to pytanie dokonywałby de facto badania i oceny ofert w zakresie wykraczającym poza przesłankę wykluczenia, w tym poza określoną w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, która dotyczy wyłącznie sytuacji rozwiązania przed czasem umowy w sprawie zamówienia publicznego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

W ocenie Odwołującego na aprobatę nie zasługuje również argumentacja przedstawiona przez Zamawiającego na gruncie wytycznych wydanych przez Urząd Zamówień Publicznych w postaci Instrukcji Wypełnienia Jednolitego Dokumentu Zamówienia JEDZ. Zamawiający błędnie zinterpretował wspomniane wytyczne, ponieważ pominął bardzo istotną okoliczność, że „nieprawidłowości w zakresie realizacji” umowy w sprawie zamówienia publicznego, o których w nich mowa dotyczą wyłącznie nieprawidłowości występujących po stronie wykonawcy. W wytycznych stwierdzono bowiem „W tym miejscu formularza wykonawca składa oświadczenie odnośnie nieprawidłowości w zakresie realizacji przez niego wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji. W przypadku zaistnienia takich nieprawidłowości formularz wymaga od niego podania szczegółowych informacji na ten temat”. W ocenie Odwołującego z literalnego brzmienia przywołanego fragmentu wytycznych wynika, że jeżeli nieprawidłowości w zakresie realizacji umowy występują w odniesieniu do innego podmiotu niż wykonawca (np. w odniesieniu do

zamawiającego będącego stroną umowy), to wykonawca nie jest zobowiązany do udzielenia w tym punkcie formularza odpowiedzi „Tak”.

Zdaniem Odwołującego oświadczenie składane przez wykonawcę w JEDZ dotyczące rozwiązania przed czasem wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego powinno być rozpatrywane wyłącznie pod kątem i w zakresie przesłanki wykluczenia określonej w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp.

Przekładając powyższe na grunt występującego w sprawie stanu faktycznego należy stwierdzić, że wykluczenie Odwołującego z postępowania jest nieuzasadnione już chociażby z uwagi na fakt, że udzielona przez niego w JEDZ przecząca odpowiedź na pytanie o rozwiązanie umowy przed czasem jest informacją prawdziwą (zgodną z rzeczywistością). Odwołujący nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp - tego dotyczyła i tak powinna być interpretowana odpowiedź przecząca udzielona przez niego w tej pozycji formularza JEDZ. Zgodnie z 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może włączyć wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

Odwołujący wskazał, że jest to przepis implementowany z art. 57 ust. 4 lit. g) Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/12/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, dalej: „Dyrektywa”. W przywołanym przepisie Dyrektywy wskazano, że instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwo członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia „jeżeli wykonawca wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym lub wcześniejszą umową w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej wcześniejszej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji. ”

Zdaniem Odwołującego analiza art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp oraz art. 57 ust. 4 lit. g) Dyrektywy jednoznacznie wskazuje, że omawiana fakultatywna przesłanka wykluczenia znajduje zastosowania wyłącznie w sytuacji, gdy do rozwiązania umowy doszło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Rozwiązanie wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego z przyczyn leżących po stronie zamawiającego (tak jak to miało miejsce w przypadku Odwołującego) nie jest objęte dyspozycją przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp. Przesłanki wykluczenia, jako jedna z najbardziej dotkliwych sankcji dla wykonawcy na gruncie Pzp, nie mogą być interpretowane rozszerzająco.

W ocenie Odwołującego Zamawiający de facto w żadnym miejscu uzasadnienia wykluczenia nie wskazuje, iż w jego ocenie do Odwołującego znajduje zastosowanie omawiana fakultatywna przesłanka wykluczenia. Zamawiający nie kwestionuje okoliczności podkreślonej przez Odwołującego w wyjaśnieniach na które się powołuje, że do rozwiązania umowy doszło z powodu okoliczności leżących po stronie zamawiającego, będącego stroną tej umowy. Z treści uzasadnienia wykluczenia wynika, że jedyną przyczyną uznania oświadczenia złożonego przez Odwołującego w JEDZ za nieprawdziwe, była okoliczność, iż Odwołujący nie poinformował Zamawianego o tym, iż rozwiązał przed czasem wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego. Nawet gdyby przychylić się do stanowiska Zamawiającego i uznać, iż oświadczenie składane przez wykonawcę w omawianej pozycji formularza JEDZ dotyczy rozwiązania umowy przed czasem (niezależnie od tego z jakiego powodu i przez którą ze stron została ona rozwiązana), a zatem że Odwołujący powinien był w tej pozycji udzielić odpowiedzi twierdzącej, to nie wystąpiły łącznie wszystkie przesłanki wykluczenia określone art. 24 ust. 1 pkt 16 i pkt 17 Pzp.

W ocenie Odwołującego, rozwiązanie wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego z przyczyn leżących po stronie zamawiającego (tak jak to miało miejsce w przypadku Odwołującego) nie jest objęte dyspozycją przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, co wynika z jego literalnego brzmienia. Skoro takie rozwiązanie umowy nie jest objęte dyspozycją tego przepisu to podanie niezgodnej z rzeczywistością informacji w tym zakresie nie będzie miało nawet potencjalnego wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, w tym w zakresie tego czy wykonawca podlega wykluczeniu.

Odnosząc się do okoliczności podniesionych przez Zamawiającego w uzasadnieniu wykluczenia Odwołujący wskazał, że skoro do Odwołującego nie ma zastosowania przesłanka wykluczenia określona w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp to brak jest podstaw do twierdzenia, że Odwołujący powinien był przedstawiać wyjaśnienia dotyczące rozwiązanej umowy, w tym wypełniać kolejną rubrykę JEDZ „Jeżeli tak to proszę podać szczegółowe informacje na ten temat ” Zgodnie z art. 24 ust. 8 Pzp, Wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16-20 lub ust. 5, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Przepisu zdania

pierwszego nie stosuje się, jeżeli wobec wykonawcy, będącego podmiotem zbiorowym, orzeczono prawomocnym wyrokiem sądu zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz nie upłynął określony w tym wyroku okres obowiązywania tego zakazu. Oznacza to, że art. 24 ust. 8 Pzp statuujący obowiązek złożenia tzw. samooczyszczenia ma zastosowanie wyłącznie w sytuacji, gdy wobec wykonawcy zachodzą podstawy wykluczenia.

Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 21 marca 2018 r., sygn. akt KIO 422/18.

W ocenie Odwołującego z uwagi na brak występowania w odniesieniu do Odwołującego podstawy wykluczenia określonej w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, Odwołujący nie był zobowiązany do dokonania samooczyszczenia, o którym mowa w art. 24 ust. 8 Pzp, w tym do złożenia dowodów na potwierdzenie, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Jednocześnie Pzp, nie obliguje wykonawców do złożenia dowodów na potwierdzenie, że nie zachodzi wobec nich podstawa wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp. Jedynym środkiem dowodowym przewidzianym przez ustawę w tym wypadku jest oświadczenie wykonawcy, które zostało złożone w JEDZ.

Ponadto, Odwołujący wskazał, że w uzasadnieniu faktycznym wykluczenia Zamawiający wyjaśnił, że informację o tym, iż Odwołujący na początku 2018 r. rozwiązał przed czasem wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego z przyczyn leżących po stronie zamawiającego powziął z informacji udzielonych przez Multiconsult w postępowaniach prowadzonych w innych oddziałach. Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, że powyższa informacja została przekazana Zamawiającemu (GDDKiA Oddział Rzeszów), co najmniej w dwóch innych prowadzonych przez niego postępowaniach. W postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem było „Pełnienie nadzoru nad realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Rozbudowa drogi krajowej Nr 28 Zator - Medyka ode. Przemyśl - Medyka od km 351 + 793,00 do km 358+844,26 dł. 7,051 wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną budowlami i urządzeniami budowlanymi” oraz w postępowaniu, którego przedmiotem było „Wykonanie koncepcji programowej oraz materiałów do wniosku o wydanie decyzji środowiskowych uwarunkowaniach dla inwestycji pn. „Rozbudowa drogi ekspresowej S19 na odcinku węzeł Sokołów Młp. północ (bez węzła) - węzeł Jasionka (bez węzła), dł. ok. 15 km - etap II (dobudowa drugiej jezdni)”. W przypadku obu w/w postępowań Odwołujący odpowiadając w JEDZ na sporne pytanie udzielił odpowiedzi „Nie” oraz dołączył bardzo zwięzłą Informację. W informacji Odwołujący wyjaśnił, że na początku 2018 roku odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego z przyczyn leżących po stronie zamawiającego będącego stroną tej umowy i podkreślił, że nie zachodzi wobec niego podstawa wykluczenia wskazana w art. 24 ust. 5 pkt 2 i pkt 4 Pzp. Wykonawca nie składał w



tych postępowaniach szczegółowych wyjaśnień dotyczących rozwiązanej umowy, a Zamawiający nie zgłaszał w tym zakresie żadnych wątpliwości czy zastrzeżeń.

W ocenie Odwołującego złożenie przez niego w innych postępowaniach (prowadzonych przez inne oddziały Zamawiającego), wspomnianych w uzasadnieniu wykluczenia, wyjaśnień dotyczących rozwiązania umowy, które to wyjaśnienia zostały objęte przez niego tajemnicą następowało każdorazowo w odpowiedzi na wezwanie konkretnego zamawiającego. Żaden z podmiotów, którym zostały one przedstawione, w tym żaden z oddziałów Zamawiającego (o czym Zamawiający zapewne również posiada informacje) nie wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp. Jeżeli Zamawiający powziął wątpliwości co do oświadczenia złożonego przez Odwołującego w formularzu JEDZ w oparciu o informacje pozyskane z innych oddziałów, to powinien był wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 lub ust. 4 Pzp. Zaniechanie skorzystania przez Zamawiającego z dyspozycji tych przepisów doprowadziło do nieuzasadnionego wykluczenia Odwołującego z postępowania.

***Izba ustaliła co następuje:***

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, w rozumieniu § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. z 2018 r. poz. 1092).

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn. Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku od węzła Rzeszów Południe (bez węzła) do węzła Babica (z węzłem) dł. ok. 10,3 km”.

Zamawiający w pkt 8 SIWZ określił przesłanki wykluczenia wykonawców z postępowania. W pkt 8.2 ppkt 4) Zamawiający wskazał, że z postępowania podlega wykluczeniu wykonawca, który z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

W pkt 9.1 SIWZ Zamawiający wskazał, że wykonawca zobowiązany jest złożyć aktualne na dzień składania oferty oświadczenie stanowiące wstępne oświadczenie, że Wykonawca: a) nie podlega wykluczeniu; b) spełnia warunki udziału w postępowaniu. W pkt 9.2

Zamawiający wskazał, że powyższe oświadczenie składane jest w formie JEDZ, który Zamawiający udostępniła na swojej stronie internetowej.

Zamawiający wskazał, że szczegółowa informacja związana z zasadami i sposobem wypełnienia JEDZ znajduje się także w wyjaśnieniach Urzędu Zamówień Publicznych, dostępnych na stronie Urzędu.

Izba ustaliła, że Odwołujący złożył ofertę w Postępowaniu. Odwołujący złożył w wymaganej formie JEDZ. W części III JEDZ Odwołujący odpowiadając na pytanie: Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową? Jeżeli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat:”, udzielił odpowiedzi „NIE”.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 17 sierpnia 2020 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. W uzasadnieniu decyzji Zamawiający wskazał, że Odwołujący w JEDZ w odpowiedzi na ww. wskazane zapytanie złożył oświadczenie o treści „NIE”. Zamawiający wskazał, że z informacji jakie uzyskała wynika, że początkiem 2018 r. wykonawca rozwiązał przed czasem wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający wskazał, że informacje te były udzielane przez Odwołującego w postępowaniach prowadzonych przez inne oddziały GDDKiA tj. w postępowaniu na „Pełnienie nadzoru nad realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Rozbudowa drogi krajowej Nr 28 Zator - Medyka ode. Przemysł - Medyka od km 351 + 793,00 do km 358+844,26 dł. 7,051 wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną budowlami i urządzeniami budowlanymi” oraz w postępowaniu, którego przedmiotem było „Wykonanie koncepcji programowej oraz materiałów do wniosku o wydanie decyzji środowiskowych uwarunkowaniach dla inwestycji pn. „Rozbudowa drogi ekspresowej S19 na odcinku węzeł Sokołów Młp. północ (bez węzła) - węzeł Jasionka (bez węzła), dł. ok. 15 km - etap II (dobudowa drugiej jezdni)”. Wyjaśnienia te były objęte tajemnicą przedsiębiorstwa i wykonawca wskazywał w nich, iż odstąpił od umowy z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. W związku z tym, Zamawiający uznała, że zaszyły przesłanki do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp.

***Izba zważyła co następuje:***

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone art. 179 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, w postaci niezyskania zamówienia. Odwołujący w sposób wyczerpujący uzasadnił w treści odwołania spełnienie przesłanek określonych w art. 179 ust.1 ustawy Pzp, które Izba w pełni aprobuje i przyjmuje jako własne.

W ocenie Izby zarzuty podniesione w odwołaniu okazały się zasadne, co skutkowało uwzględnieniem odwołania. W analizowanym stanie faktycznym kluczowe znaczenie miały następujące przepisy ustawy Pzp: art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 oraz art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp.

Wskazać należy, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów (pkt 16) oraz wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (pkt 17).

Z kolei art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp stanowi implementację do krajowego porządku prawnego przepisu art. 57 ust. 4 lit. g) Dyrektywy 2014/24/UE określającego fakultatywną podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania. Ustawodawca europejski wskazał, że instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwo członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia „jeżeli wykonawca wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym lub wcześniejszą umową w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej wcześniejszej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji.” Ustawodawca krajowy implementując fakultatywną przesłankę wykluczenia w ustawie Pzp w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp wskazał, że z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. Jednocześnie ustawodawca krajowy wskazał w art. 24 ust. 6 ustawy Pzp, że w przypadku, gdy zamawiający zamierza badać rzetelność wykonawcy w świetle fakultatywnych podstaw wykluczenia, a więc również w świetle przesłanki określonej w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy

Pzp, winien wskazać takie podstawy w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ lub zaproszeniu do negocjacji.

Dalej istotną kwestią dla rozstrzygnięcia zarzutów podniesionych w odwołaniu jest znaczenie informacji zawartych w JEDZ. W tym zakresie, wskazać należy, że zgodnie z Rozporządzeniem Wykonawczym Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającym standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (dalej „**Rozporządzenie**”) ustawodawca europejski wprowadził standardowy formularz określony w załączniku 2 do Rozporządzenia, załączając instrukcję dotyczącą jego stosowania. Ustawodawca europejski wskazał w Instrukcji, iż jednolity europejski dokument zamówienia jest składanym przez wykonawców oświadczeniem własnym stanowiącym dowód wstępny, zastępującym zaświadczenia wydawane przez organy publiczne lub osoby trzecie i stanowi on oficjalne oświadczenie wykonawcy, w którym stwierdza on, że nie znajduje się w jednej z sytuacji, w przypadku której wykonawcy muszą lub mogą zostać wykluczeni z postępowania. Dokument ten ma na celu zmniejszenie obciążeń administracyjnych wynikających z wymogu przedstawienia znacznej liczby zaświadczeń lub innych dokumentów związanych z kryteriami wykluczenia i kwalifikacji. Ustawodawca w dalszej części Instrukcji w sposób niebudzący wątpliwości wskazuje, że jednolity europejski dokument zamówienia obejmuje oficjalne oświadczenie wykonawcy stwierdzające, że odpowiednie podstawy wykluczenia nie mają zastosowania, że odpowiednie kryteria kwalifikacji są spełnione i że wykonawca przedstawi odpowiednie informacje wymagane przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający.

Ustawodawca europejski wskazał również, że aby ułatwić wykonawcom czynność wypełniania jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, państwa członkowskie mogą wydawać wytyczne dotyczące stosowania tego dokumentu. Taka Instrukcja wypełnienia JEDZ została opublikowana przez Urząd Zamówień Publicznych i udostępniona na stronie internetowej Urzędu. W części III Instrukcji „Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi”, w zakresie pytania: „czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową? Jeżeli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat”, w Instrukcji zawarta jest następująca informacja: „W tym miejscu formularza wykonawca składa oświadczenie odnośnie nieprawidłowości w zakresie realizacji przez niego wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji. W przypadku zaistnienia takich

nieprawidłowości formularz wymaga od niego podania szczegółowych informacji na ten temat. Ustawodawca przewidział w tym zakresie fakultatywną przesłankę do wykluczenia z postępowania w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający może wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w stopniu rażącym wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. Wskazana podstawa do wykluczenia z postępowania ma charakter fakultatywny, tzn. zamawiający może ją przewidzieć do badania wykonawców w treści ogłoszenia o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji.”

Przenosząc powyższe rozważania na grunt analizowanej sprawy, Izba zauważa co następuje. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu w pkt 8 SIWZ określił „Przesłanki wykluczenia wykonawców”. W pkt 8.2 ppkt 4) SIWZ Zamawiający wskazał, że wykluczy wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. Ponadto, Zamawiający w sposób jednoznaczny wskazał w pkt 9.1 SIWZ, że wykonawca zobowiązany jest złożyć aktualne na dzień składania ofert oświadczenie stanowiące wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu. Dalej w pkt 9.2 SIWZ Zamawiający jednoznacznie wskazał, że oświadczeniem tym jest JEDZ.

Izba wyraża pogląd, iż formularz JEDZ nie może być w ten sposób interpretowany, iż kreuje nowe przesłanki wykluczenia, które nie zostały wyspecyfikowane przez Zamawiającego w SIWZ. Skoro więc Zamawiający określił przesłankę wykluczenia w pkt 8.2 ppkt 4) SIWZ w ten sposób, iż obejmowała ona swoim zakresem rozwiązanie umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, to wypełniając JEDZ Odwołujący miał prawo przyjąć, iż wymóg podania informacji dotyczących wcześniejszego rozwiązania umowy dotyczy sytuacji, w której rozwiązanie to nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Takie założenia potwierdza również odesłanie przez samego Zamawiającego w treści SIWZ do Instrukcji wypełnienia JEDZ opublikowanej na stronie Urzędu Zamówień Publicznych.

Ustawa Pzp nie obliguje wykonawców do złożenia dowodów na potwierdzenie, że nie zachodzi wobec nich podstawa wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp. Jedynym środkiem dowodowym przewidzianym przez ustawę w tym zakresie jest

oświadczenie własne wykonawcy, które zostało złożone w JEDZ. Rzetelność i prawidłowość informacji przekazanych przez wykonawcę w JEDZ podlega weryfikacji przez Zamawiającego. Informacje takie mogą być również weryfikowane przez innych wykonawców uczestniczących w postępowaniu, którym przysługuje w tym zakresie prawo wnoszenia środków ochrony prawnej czy też możliwość bezpośredniego informowania Zamawiającego o dostrzeżonych nieprawidłowościach. Zamawiający zaś w analizowanym stanie faktycznym nie przeprowadzając - jak sam stwierdził podczas rozprawy - weryfikacji okoliczności związanych z rozwiązaniem umowy przez Odwołującego, ustalił, że wykonawca złożył nieprawdziwe informacje. Pomiął przy tym treść SIWZ, podstawy wykluczenia, które sam określił w SIWZ oraz cel w jakim oświadczenie składa wykonawca. Cel ten wynika chociażby z przyjętej przez ustawodawcę europejskiego tytułu rozdziału trzeciego JEDZ tj. „Podstawy wykluczenia”.

Nie ulega wątpliwości, że ustawodawca europejski umożliwia zastosowanie wobec wykonawców fakultatywnych podstaw wykluczenia. Takie podstawy wykluczenia muszą wynikać ze SIWZ. Wykonawca zaś wypełniając formularz JEDZ nie czyni tego w oderwaniu od konkretnego postępowania przetargowego, ale właśnie w konkretnym postępowaniu przetargowym, odnosząc zapisy formularza JEDZ do zapisów SIWZ dotyczących sprecyzowanych podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania. W analizowanym stanie faktycznym nie ma żadnych wątpliwości, iż celem złożenia przez wykonawcę JEDZ było wstępne potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia wykonawcy na podstawie przesłanek wskazanych przez Zamawiającego w SIWZ.

W ocenie Izby wykluczenie Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 czy 17 ustawy Pzp wymagałoby od Zamawiającego jednoznacznego ustalenia, iż rozwiązanie określonej umowy o realizację zamówienia publicznego, której stroną był Odwołujący nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Odwołującego. Takich okoliczności, jednakże, Zamawiający nie wykazał i nie przeprowadził takiego postępowania weryfikującego. Zamawiający zastosował przesłankę wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp opierając się na błędnej interpretacji zapisów JEDZ, dokonanej w oderwaniu od postanowień SIWZ, której przecież sam jest autorem. W decyzji uzasadniającej wykluczenie Odwołującego z postępowania Zamawiający wskazał, że to Odwołujący rozwiązał umowę przed czasem, nie zaś zamawiający z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Odnosząc się do przywołanej przez Zamawiającego okoliczności dotyczącej oświadczenia Odwołującego odnośnie wcześniejszego rozwiązania umowy składanego w innych postępowaniach prowadzonych przez oddziały GDDKiA, to wskazać należy po pierwsze, że nie został złożony Izbie żaden dowód w sprawie potwierdzający, że Odwołujący był

wykluczony z innych postępowań na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp czy art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp z powodu oświadczenia zawartego w JEDZ odnoszącego się do wcześniejszego rozwiązania umowy. Po drugie, jak wyjaśnił Odwołujący podczas rozprawy w dwóch postępowaniach prowadzonych przez inne oddziały GDDKiA tj. w postępowaniu na „Pełnienie nadzoru nad realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Rozbudowa drogi krajowej Nr 28 Zator - Medyka ode. Przemysł - Medyka od km 351 + 793,00 do km 358+844,26 dł. 7,051 wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną budowlami i urządzeniami budowlanymi” oraz w postępowaniu, którego przedmiotem było „Wykonanie koncepcji programowej oraz materiałów do wniosku o wydanie decyzji środowiskowych uwarunkowaniach dla inwestycji pn. „Rozbudowa drogi ekspresowej S19 na odcinku węzeł Sokołów Młp. północ (bez węzła) - węzeł Jasionka (bez węzła), dł. ok. 15 km - etap II (dobudowa drugiej jezdni)”, wykonawca składając JEDZ zaznaczył w spornym punkcie dotyczącym wcześniejszego rozwiązania umów odpowiedź „NIE”. Wyjaśnił, iż w wyniku składanych wyjaśnień w oddziale w Łodzi treść JEDZ została zmieniona w ten sposób, że wykonawca określił odpowiedź „TAK”, co jednak nie zmienia faktu, iż Odwołujący konsekwentnie w pierwotnie składanych oświadczeniach wskazywał odpowiedź „NIE”. Zdaniem Izby ustalenia zamawiających z innych postępowań nie mogą być rozstrzygające w obecnym sporze. Izbie nie są znane okoliczności faktyczne tych postępowań, a przede wszystkim przyjęta przez zamawiających interpretacja zapisów JEDZ, przepisów ustawy Pzp i SIWZ obowiązującej z tych postępowań.

W ocenie Izby w analizowanym stanie faktycznym Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. Zamawiający dokonał interpretacji zapisów ze standardowego formularza JEDZ w oderwaniu od postanowień zawartych w SIWZ dotyczących podstaw wykluczenia, rozszerzając na etapie badania podstaw wykluczenia zakres informacji jakie wykonawcy byli zobowiązani do przekazania w ramach oświadczeń składanych w JEDZ, co w konsekwencji doprowadziło go przyjęcia błędnego stwierdzenia o złożeniu przez Odwołującego nieprawdziwych informacji. Zdaniem Izby, zarówno z przepisów Rozporządzenia, Instrukcji wypełnienia JEDZ, do której odsyła Zamawiający w treści SIWZ, treści JEDZ czytanej całościowo, nie zaś fragmentarycznie, jak również z postanowień SIWZ wynika, że oświadczenia jakie wykonawca składa w części III JEDZ dotyczą podstaw wykluczenia określonych w SIWZ w konkretnym postępowaniu przez konkretnego zamawiającego. Wykonawca składając oświadczenie nie wypełnia JEDZ-a w oderwaniu od postępowania w którym uczestniczy, ale właśnie na potrzeby konkretnego postępowania. Skoro zaś w analizowanym stanie faktycznym Zamawiający określił w SIWZ, iż przesłanką wykluczenia z postępowania jest rozwiązanie umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, to

Odwołujący zasadnie przyjął, iż w części III JEDZ należy zakreślić odpowiedź „NIE” w sytuacji, w której taka umowa została rozwiązana z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Zamawiający zaś nie przedstawił żadnych dowodów na wykazanie, iż do rozwiązania umowy doszło z przyczyn leżących po stronie Odwołującego. Zamawiający w sposób nieprawidłowy przyjął, że zakresem oświadczenia JEDZ jest objęta jakakolwiek umowa w sprawie zamówienia publicznego, która została rozwiązana przed czasem, niezależnie od przyczyn jej rozwiązania, opierając na tym błędnym założeniu wnioski o podaniu przez Odwołującego nieprawdziwych informacji. Takie działanie Zamawiającego było, w ocenie Izby, nieprawidłowe.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018, poz. 972 z zm.).

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....