
Wysoka, dnia 05.05.2020r.

Sz. P.
Hubert Nowak

PREZES URZĘDU ZAMOWIEŃ PUBLICZNYCH
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Wnioskodawca:

Polski Związek Pracodawców Budownictwa
ul. Kaliska 23 lok. U4
02-316 Warszawa
fax:+ 48 221199573
e-mail: sekretariat@pzpb.com.pl

reprezentowany przez pełnomocnika

adv. Artur Grucela

adres do korespondencji:

CML Construction Services Sp. z o. o.

ul. Lipowa 5A, Wysoka

52-200 Wrocław

e-mail: artur.grucela@bauholdnig.com

WNIOSEK O WYDANIE OPINII PRAWNEJ

Zgodnie z treścią art. 154 pkt 11 i 13 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017r., poz. 1579, ze zm., dalej w skrócie „ustawa PZP”), Prezes Urzędu Zamówień Publicznych czuwa nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień publicznych, w szczególności dokonuje kontroli procesu udzielania zamówień w zakresie przewidzianym ustawą. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych posiada także na mocy art. 154c PZP, który został dodany ustawą z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw prawo do wydawania opinii prawnych, które mają przyczynić się do ujednoczenia stosowania przepisów PZP przez zamawiających. Opinie prawne mogą być wydawane z urzędu bądź na wniosek, który powinien zawierać uzasadnienie dotyczące istoty zagadnienia prawnego i uzasadnienie potrzeby wydania opinii.

ZAGADNIENIE PRAWNE

Działając w imieniu Wnioskodawcy, na podstawie udzielonego mi pełnomocnictwa, które składam w załączeniu w ramach przedmiotowego wniosku, w imieniu Wnioskodawcy zwracam się do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wydanie opinii prawnej w przedmiocie dotyczącym stosowania przepisów ustawy PZP w zakresie sposobu wypełniania formularza JEDZ w części III, sekcji C dotyczącej następującego zagadnienia prawnego:

„Czy w dokumencie JEDZ w części III , sekcja C dotyczącej informacji: *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?* należy zamieszczać informacje na temat:

- a) sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, np. na podstawie **aneksu, ugody, ugody sądowej lub porozumienia stron związanej z tą wcześniejszą umową w sprawie zamówienia publicznego?**
- b) czy też sytuacje o której mowa pod lit. a powyżej, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem dotyczą zgodnie z **treścią Instrukcji zamieszczonej na stronach Urzędu Zamówień Publicznych przesłanek wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy PZP, zgodnie którą, Zamawiający może wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie, który nie wykonał albo nienależycie wykonał w stopniu rażącym wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania?**

UZASADNIENIE

Oświadczenie z formularza Jednolity Europejski Dokument Zamówienia (dalej w skrócie: „JEDZ”) dla wykonawców zostało ustalone w drodze standardowego formularza jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, którego wzór określa Rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. (Dz. Urz. UE nr L 3 z 6.1.2016, str. 16), zwane dalej: „Rozporządzeniem JEDZ”. Rozporządzenie to ma moc bezpośrednio obowiązującą w państwach członkowskich UE i weszło w życie z dniem 18 kwietnia 2016 r. Zgodnie z regulacjami art. 59 dyrektywy 2014/24/UE1 oraz art. 80 ust. 3 dyrektywy 2014/25/UE2, dalej: „dyrektywa” lub „dyrektywy”, jak też ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020), w odniesieniu do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego oraz konkursów, w których wartość zamówienia jest równa lub wyższa od progów unijnych podstawowym dokumentem stanowiącym **wstępne potwierdzenie:**

- 1) spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu,
- 2) **braku podstaw wykluczenia,**
- 3) jak też spełnianie kryteriów selekcji (obiektywne zasady i kryteria ustalone przez zamawiającego na potrzeby ograniczenia liczby kwalifikujących się kandydatów). Oświadczenie wykonawcy zastępujące, na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, dokumenty i zaświadczenia wydawane przez organy publiczne lub osoby trzecie.

Regulacje dyrektyw, a w ślad za nimi przepisy ustawy PZP, przewidują wstępną weryfikację podmiotową wykonawcy przy użyciu formularza JEDZ w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów selekcji. Wypełniony JEDZ stanowi wstępne oświadczenie w

zakresie, w jakim wykonawca wykazuje spełnianie wymogów postępowania zgodnie z prawem krajowym. Zgodnie z dyrektywą JEDZ powinien zawierać co najmniej następujące informacje:

- oświadczenie wykonawcy, że w stosunku do niego nie zachodzą przesłanki (podstawy) wykluczenia;
- oświadczenie wykonawcy o spełnianiu przez niego warunków udziału w postępowaniu;
- oświadczenie wykonawcy o spełnianiu przez niego kryteriów selekcji służących do ograniczenia liczby wykonawców dopuszczonych do udziału w postępowaniu;
- określenie organu publicznego lub osoby trzeciej odpowiedzialnych za wystawienie dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia oraz w stosownych przypadkach spełnianie warunków udziału w postępowaniu i kryteriów selekcji;
- formalne oświadczenie wykonawcy, z którego wynika, że wykonawca będzie w stanie na żądanie i bez zwłoki przedstawić dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu i kryteriów selekcji;
- informacje niezbędne w celu uzyskania przez zamawiającego dokumentów potwierdzających bezpośrednio za pomocą bazy danych (na warunkach określonych w art. 59 ust. 5 dyrektywy).

1. Formularz JEDZ składa się z sześciu części:

Część I. identyfikacja postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, który wypełnia zamawiającego lub wykonawca

Część II. identyfikacja wykonawcy – wypełnia wykonawca

Część III. przesłanki wykluczenia – wypełnia wykonawca

Część IV. warunki udziału w postępowaniu – wypełnia wykonawca

Część V. kryteria selekcji – wypełnia wykonawca

Część VI. podpis(y) – wypełnia wykonawca

Zagadnienie prawne będące przedmiotem wniosku o wydanie opinii przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dotyczy części III, sekcji C formularza JEDZ w zakresie badania przesłanek wykluczenia wykonawcy, w związku z literalnym brzmieniem pytania (A) odnoszącego się do **przesłanek wykluczenia** wykonawcy z postępowania, powiązanego wprost z treścią Instrukcji wypełniania JEDZ opublikowana przez Urząd Zamówień Publicznych.

2. Formularz JEDZ, w części III, sekcja C przewiduje pytanie:

(A)

Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której 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 ww. miejscu formularza JEDZ wykonawca składa wstępne oświadczenie – jak wskazuje się w ww. Instrukcji - odnośnie nieprawidłowości w zakresie realizacji przez niego wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji. W przypadku zaistnienia takich nieprawidłowości formularz JEDZ wymaga od wykonawcy podania szczegółowych informacji na ten temat. Wypełnienie tej pozycji zgodnie z Instrukcją wypełniania, opracowaną przez Urząd Zamówień Publicznych, związane jest z przewidzianą przez Ustawodawcę polskiego fakultatywną przesłanką stanowiącą podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania w przepisie 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 prawna wykluczenia wykonawcy z postępowania ma charakter fakultatywny, tzn. Zamawiający może ją przewidzieć do badania wykonawców w treści ogłoszenia o zamówieniu tj. w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (w skrócie „SIWZ”) lub w zaproszeniu do negocjacji, ale nie musi i jest to uzależnione od decyzji Zamawiającego. Instrukcja wypełniania formularza JEDZ, dostępna pod adresem Urząd Zamówień Publicznych, opisuje sposób składania JEDZ w postępowaniach wszczętych od dnia 18 kwietnia 2018 r. Instrukcja dostępna jest pod na stronach UZP i pod wskazanym adresem: https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0015/32415/Instrukcja-wypelniania-JEDZ-ESPD.pdf

Ww. Instrukcja przewiduje, że **wykonawca wypełnia formularz JEDZ w zakresie części III sekcja C odnośnie pytania (A) tylko w sytuacji, gdy Zamawiający przewidział taką podstawę wykluczenia**, a zatem dotyczy sytuacji, w której Zamawiający wskazuje i wymaga w SIWZ podania informacji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania zgodnie z przesłankami art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy PZP w SIWZ.

Praktyka wypełniania formularza JEDZ stosowana jest w zasadzie jednolicie, w sposób zgodny z treścią powołanej Instrukcji i wiąże sposób oraz zakres udzielonych informacji z przepisami ustawy PZP regulującymi podstawy wykluczenia oraz z treścią informacji wymaganych i opisanych przez Zamawiających w treści SIWZ i ogłoszeniu. Ponieważ dla skutecznego zastrzeżenia przesłanek wykluczenia sam SIWZ nie jest wystarczający.

Nie budzi wątpliwości fakt, że żądanie spełnienia wymogu, który nie został wyrażony jednoznacznie w SIWZ jest sprzeczne z zasadą przejrzystości wynikającą z art. 7 ust. 1 ustawy PZP. Potwierdzeniem tego stanowiska jest też orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który w wyroku z 10 maja 2012 r., C-368/10 (Komisja Europejska przeciwko Królestwu Niderlandów), wyjaśnił, że koncepcja przejrzystości oznacza, że wszystkie warunki i zasady postępowania przetargowego powinny być zapisane w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji. Muszą być one jasne, precyzyjne i jednoznaczne. Wszyscy rozsądnie poinformowani i wykazujący zwykłą staranność oferenci powinni móc zrozumieć ich dokładny zakres i dokonywać ich wykładni w taki sam sposób. Wymogi te muszą także umożliwiać instytucji zamawiającej faktyczne sprawdzenie, czy oferty odpowiadają kryteriom, którym podlega dany przetarg (vide: również wyrok z 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-496/99) – wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 16 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2660/19.

Należy zauważyć, że do celów realizacji związanych z udzieleniem zamówienia pytanie (A) formularza JEDZ związane jest z badaniem przesłanek wykluczenia, które zdefiniowane zostały w ustawie PZP, i które w danym postępowaniu będą miały zastosowanie w zakresie związanym z warunkami ogłoszenia oraz SIWZ.

Literalne brzmienie pytania (A) zawarte w formularzu JEDZ w części III, sekcja C zgodnie z Instrukcją wypełniania JEDZ, w przeważającej mierze w dotychczasowym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, łączy pytanie z analizą przesłanek z art. 24 ust. 4 pkt 5 ustawy PZP, zgodnie z opracowaną przez Urząd Zamówień Publicznych Instrukcją.

Od odpowiedzi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych na ww. zagadnienie prawne, zależeć będzie ewentualna praktyka wypełniania JEDZ i stosowania przepisów ustawy PZP w zakresie sposobu formułowania oświadczenia wykonawców ocenianych w dwóch obszarach:

- a) przez treść przepisów ustawy PZP odnoszących się do merytorycznych aspektów dotyczących zdolności podmiotowych wykonawcy do wykonania danego zamówienia w

-
- zestawieniu z treścią przepisów ustawy PZP oraz zakresu obligatoryjnych i fakultatywnych podstaw wykluczenia opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- b) przez ocenę sposobu i zakresu wypełnienia JEDZ w zestawieniu z treścią Instrukcji wydanej przez Urząd Zamówień Publicznych oraz rozbieżności w zakresie skutków oświadczenia, jako oceny odpowiedzi na pytanie (A)

3. **Regulacje krajowe dotyczące podstaw wykluczenia w ustawie PZP i Rozporządzeniu w sprawie oświadczeń i dokumentów, jakich może żądać na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia Zamawiający**

Pytanie (A) zawarte, w części III, sekcji C w JEDZ czytane w oderwaniu od oceny ustawowych przesłanek wykluczenia tj. sytuacji do których się odwołuje wprowadza zupełnie nową i nie przewidzianą w dyrektywach ani ustawie PZP formalnoprawną przesłankę oceny podstaw wykluczenia Wykonawcy, uzależnioną, od sposobu wypełnienia JEDZ.

Brak zestawienia pytania z przewidzianymi w dyrektywach i ustawie PZP przepisami i powiązania ich z zamieszczonymi podstawami wykluczenia w SIWZ i ogłoszeniu sprzeciwia się wyraźnie koncepcji przejrzystości i sprawia, że przesłanki wykluczenia stają się niejasne, nieprecyzyjne i niejednoznaczne.

Wstępna treść oświadczenia Wykonawcy badana jest pod kątem formalnego sposobu udzielenia informacji w JEDZ, bez powiązania zakresu udzielanych informacji zawartych w pytaniu (A) z treścią przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy PZP, którego to pytanie dotyczy.

Przepis art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy PZP stanowi, że 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.** Oznacza to, że sposób i zakres wypełnienia części III, sekcji C formularza JEDZ zawierający oświadczenie Wykonawcy zostaje oderwany od treści ww. przepisu, z którym jest skorelowany, ze względu na usytuowanie pytania w części dotyczącej podstaw wykluczenia (część III, sekcja C).

Taki pogląd wyraziła m.in. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 12 maja 2017r., sygn. akt 782/17 „(...) *Treść oświadczenia składanego przez wykonawcę w formularzu JEDZ nie może być wykładana w oderwaniu od przesłanek wykluczenia, którego dotyczy to oświadczenie. Oznacza to, że również dla oświadczenia zawartego w JEDZ znaczenie ma nie wyłącznie sam fakt odstąpienia od umowy z wykonawcą, ale również to, czy odstąpienie od umowy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy (art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp) lub czy niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy nastąpiło skutkiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wykonawcy (art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp). W tym kontekście można też wskazać, że normy zawarte w art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Pzp mają charakter ocenny z uwagi na użycie w nich pojęć niedookreślonych i podlegających konkretyzacji ad casum w okolicznościach danego przypadku. Dopiero te skonkretyzowane stany faktyczne należy zestawić z oświadczeniem zawartym w JEDZ w kontekście wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. (...)*”

Poza tym treść pytania (A) JEDZ wykracza poza oświadczenia i dokumenty wykonawcy, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy na podstawie przepisów Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26.07.2016r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. 27.07.2016r., poz. 1126 ze zm.). (w skrócie: „Rozporządzenie”). §5 Rozporządzenia stanowi, że *w celu potwierdzenia braku podstaw*

wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu zamawiający może żądać następujących dokumentów:

- 1) informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy oraz, odnośnie skazania za wykroczenie na karę aresztu, w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
- 2) zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem podatkowym w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu;
- 3) zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego albo innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu;
- 4) odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy;
- 5) oświadczenia wykonawcy o braku wydania wobec niego prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne albo – w przypadku wydania takiego wyroku lub decyzji – dokumentów potwierdzających dokonanie płatności tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami lub zawarcie wiążącego porozumienia w sprawie spłat tych należności;
- 6) oświadczenia wykonawcy o braku orzeczenia wobec niego tytułem środka zapobiegawczego zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne;
- 7) oświadczenia wykonawcy o braku wydania prawomocnego wyroku sądu skazującego za wykroczenie na karę ograniczenia wolności lub grzywny w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy;
- 8) oświadczenia wykonawcy o braku wydania wobec niego ostatecznej decyzji administracyjnej o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa pracy, prawa ochrony środowiska lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy;
- 9) oświadczenia wykonawcy o niezaleganiu z opłacaniem podatków i opłat lokalnych, o których mowa w ustawie z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (Dz. U. z 2016 r. poz. 716);
- 10) oświadczenia wykonawcy o przynależności albo braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej; w przypadku przynależności do tej samej grupy kapitałowej wykonawca może złożyć wraz z oświadczeniem dokumenty bądź informacje potwierdzające, że powiązania z innym wykonawcą nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu.

W ww. Rozporządzeniu nie przewiduje się jako podstawy wykluczenia oświadczenia składanego do JEDZ w odpowiedzi na pytanie (A): Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której 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 bez powiązania jego treści z art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy PZP.

Złożenie przez wykonawcę oświadczenia w JEDZ bez powiązania pytania z przewidzianymi w dyrektywach i ustawie PZP przepisami oraz obowiązkiem zamieszczenia przesłanek wykluczenia w SIWZ i ogłoszeniu oraz postanowień Rozporządzenia wprowadza wątpliwości i niejednoznaczności w sposobie jego wypełniania, co do przesłanek wykluczenia w sytuacji, gdy przepisy ustawy PZP, dyrektyw, Rozporządzenia oraz postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub ogłoszenia mogą być interpretowane rozbieżnie, a Wykonawca działający z należytą starannością, może rozumieć je inaczej, niż Zamawiający.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że wszelkie wątpliwości odnośnie treści SIWZ sam Zamawiający musi rozpatrywać na korzyść Wykonawcy. Zostało to wskazane m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 16 kwietnia 2015 r. sygn. akt KIO 660/15 (str. 33) *»Należy wskazać, że obowiązuje swoista „święta” zasada, że wszelkie niejasności, dwuznaczności, niezgodności postanowień SIWZ należy rozpatrywać na korzyść wykonawców, [...]«. Reguła ta wynika z prawniczej paremii »In dubio contra proferentem« znaczącej w języku polskim »Wątpliwości należy tłumaczyć przeciw autorowi«. Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający jest autorem ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, które zostały zredagowane przez Zamawiającego.(...).*

Innymi słowy, o ile ogłoszenie i SIWZ nie przewidują w zakresie składanych oświadczeń na potwierdzenie braku przesłanek wykluczenia, inaczej niż przewidują to obowiązujące przepisy, to nie sposób uznać, aby wątpliwości co do sposobu wypełnienia JEDZ stanowiły dodatkową podstawę do wykluczenia Wykonawcy wynikającą z procesu wykładni.

Co więcej, truizmem będzie stwierdzenie, że samo pytanie (A), może obejmować stany faktyczne i sytuacje, które w praktyce badane *ad casum* mogą nie wykazywać żadnego związku z danym postępowaniem, a **rozszerzają skutki podstaw wykluczenia wykonawcy** na stany faktyczne nie mające żadnego związku z postępowaniem, w którym są składane, bez nakazanego ustawowo ograniczenia ich do sytuacji rozwiązania umów, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. Takie wnioskowanie skutkuje dowolnością ocen i przyjęciem rozszerzającej wykładni przepisu, do którego pytanie (A) formularza JEDZ nawiązuje.

Potencjalne wykluczenie wykonawcy z postępowania w oparciu o przepis art. 24 ustawy PZP i to niezależnie od tego, czy odnosi się do tych ustępów przepisu podstaw wykluczenia, które są stosowane obligatoryjnie (tj. Zamawiający "wyklucza"), czy też fakultatywnie (tj. Zamawiający "może wykluczyć") powoduje, że mogą one podlegać wykładni rozszerzającej, a w związku z tym, że mają one charakter represyjny, nie powinny być interpretowane w sposób rozszerzający.

W kontekście ww. uwag sposób wypełniania formularza JEDZ tj. oświadczenie Wykonawcy staje się przesłanką oceny, czy wykonawca podlega wykluczenia z postępowania, czy też nie w oderwaniu od podstawy wykluczenia wskazanej w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy PZP. Tym samym odczytywane literalnie pytanie (A) w oderwaniu od ww. prawnej podstawy wykluczenia, eliminuje mocą formularza sytuacje i stany faktyczne, w których *wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą*

wcześniejszą umową, z przyczyn, za które Wykonawca nie odpowiada, oraz inne przypadki rozwiązania Umowy np. w trybie art. 145 ust. 1 ustawy PZP.

Samo oświadczenie Wykonawcy stanowiące odpowiedź na pytanie (A) również bez względu na sposób udzielenia odpowiedzi w formularzu JEDZ tj. czy "tak", w przypadku wskazania konkretnej rozwiązanej wcześniejszej umowy, czy też "nie" bez wskazywania rozwiązanej umowy, nie uwzględnia *ad casum*, m.in. stanu wiedzy Zamawiającego, co do przyczyn wcześniejszego jej rozwiązania, który także może mieć istotne znaczenie z punktu widzenia przesłanek wykluczenia Wykonawcy, czemu wyraz dała Krajowa Izba Odwoławcza m.in. w uzasadnieniu wyroku z dnia 03 sierpnia 2018r., sygn. akt: KIO 1428/18) stwierdzając „(...) *W tym miejscu podkreślić należy, iż skład orzekający Izby rozpoznający niniejszą sprawę, podziela stanowisko prezentowane w orzecznictwie Izby, iż nie można mówić o przedstawieniu przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, jeśli informacje te dotyczą okoliczności znanych zamawiającemu.(...)*”

Nie będzie niczym odkrywczym stwierdzenie, że rozwiązanie umów związanych z realizacją zadań publicznych najczęściej jest informacją rozpowszechnioną w mediach i stanowi informację publiczną, a zdarzenia jak opisywane są przedmiotem licznych artykułów lub/i doniesień prasowych. Stąd też pytanie (A) formularza JEDZ odczytywane bez genezy przepisów z którymi jest związany może stać się łatwym narzędziem służącym celom merkantylnym stosowanym w celu pozyskania zamówienia, a nie w celu weryfikacji podstaw wykluczenia. Dodatkowo należy wskazać, że w zakresie oceny informacji składanych przez Wykonawcę do JEDZ w przypadku braku powiązania pytania (A) z podstawami wykluczenia do których się odnoszą należy poczynić zastrzeżenie, że może być wynikiem wadliwego/nieprecyzyjnego sporządzenia SIWZ. Krajowa Izba Odwoławcza w tym zakresie wyrokiem z 13.05.2015 r., sygn. akt: KIO 842/15, KIO 862/15 wskazuje, że : „*W tym wypadku, należy dodatkowo podnieść, że jakiegokolwiek niejednoznaczności w opisie przedmiotu zamówienia w ramach postanowień SIWZ, także działają na korzyść Wykonawców i nie pozwalają na definitywne stwierdzenie złożenia nieprawdziwej informacji. W tym kontekście Izba przywołuje orzecznictwo - wyrok KIO z 14.01.2015 r., sygn. akt: KIO 2826/14, czy też wyrok KIO z 15.07.2014 r., sygn. akt: KIO 1343/14 dalej stwierdza, że : "Identycznie należy odnieść się do kwestii złożenia nieprawdziwej informacji wobec nieprecyzyjności postanowień SIWZ będących ewentualną podstawą stwierdzenia takiej nieprawdziwości. W tym zakresie Izby wskazuje na wyrok z dnia 14.04.2011 r., sygn. akt: KIO 706.11: "Art. 24 ust. 2 pkt 3 stanowi, że zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Czynność wykluczenia na podstawie przywołanego przepisu może być dokonana w razie kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek: złożenia nieprawdziwych informacji oraz wpływu informacji na wynik postępowania. Wpływ może mieć charakter bezpośredni (verba legis "mające wpływ"), gdy wprost rzutuje na wynik postępowania - wybór najkorzystniejszej oferty lub pośredni (verba legis "mogące mieć wpływ"), gdy na danym etapie postępowania wybór oferty jeszcze nie nastąpił, lecz informacje mają znaczenie dla możliwości uzyskania zamówienia przez danego wykonawcę. Informacje są nieprawdziwe kiedy prezentują stan inny, niż w rzeczywistości. Niezgodność powinna mieć charakter obiektywny w danych okolicznościach faktycznych i prawnych. Nie można mówić o nieprawdziwości informacji, w sytuacji, gdy postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub ogłoszenia mogą być rozbieżnie interpretowane, a wykonawca działający z należytą starannością rozumie je inaczej, niż zamawiający." Podobnie Izba stwierdziła w wyroku KIO z dnia 28.11.2012 r., sygn. akt: KIO 2548/12, czy też w wyroku KIO z dnia 03.09.2013 r., sygn. akt: KIO 2005/13."*

Ponadto nie można tracić z pola widzenia faktu, że zgodnie z treścią art. 24 ust. 8 ustawy PZP, wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16 - 20 lub ust. 5 ustawy PZP, 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. Z kolei zgodnie z ust. 9 ww. przepisu, wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli Zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8. Z ww. przepisów wynika zatem, że wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy PZP jest dopuszczalne jedynie w sytuacji, gdy wszystkie określone w ww. przepisie okoliczności zostaną spełnione łącznie, a ponadto nie mogą być one rozumiane dowolnie. Te okoliczności powodują powstanie po stronie Zamawiającego obowiązku, który wykluczając wykonawcę na ww. podstawie prawnej obowiązany jest wykazać kumulatywne spełnienie okoliczności określonych w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy PZP, jak i uzasadnić każdą z nich, co też jest istotne dla zachowania zasady proporcjonalności i przejrzystości postępowania oraz zachowania uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy PZP), a także dla możliwości skorzystania przez wykonawcę z procedury tzw. samooczyszczenia, o której mowa w art. 24 ust. 8 ustawy PZP, lub skorzystania przez niego ze środków ochrony prawnej. Warto też podkreślić, że instytucja samooczyszczenia ma zastosowanie wtedy, gdy wobec Wykonawcy zachodzi podstawa wykluczenia, ale wykonawca zamierza wykazać, że mimo to jest podmiotem rzetelnym i wiarygodnym. Innymi słowy, jedynie w przypadku wykazania istnienia wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy PZP, zasadne jest skorzystanie przez Wykonawcę z uprawnienia do przedstawienia dowodów na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do uznania jego rzetelności. Odmienna interpretacja przepisów regulujących podstawy wykluczenia sprowadzająca analizę sytuacji wyłącznie do oceny odpowiedzi na pytanie (A) formularza JEDZ staje się zatem zawodna i nieprawidłowa.

4. Regulacje unijne i przesłanki wykluczenia w dyrektywach

Dalej należy wskazać, że wzór formularza JEDZ, jest europejskim formularzem zamówienia i został określony rozporządzeniem wykonawczym Komisji UE 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającym standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, w konsekwencji czego jego treść nie odzwierciedla w pełni brzmienia przesłanek wykluczenia wykonawcy określonych w prawie krajowym, tj. w ustawie Prawo zamówień publicznych. na warunkach i zasadach opisanych powyżej. Określenie podstaw wykluczenia zostało powierzone państwom członkowskim UE. Składając oświadczenie o braku przesłanki wykluczenia do JEDZ – wykonawca odnosi się zatem – zgodnie z Instrukcją – do regulacji z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy PZP.

Pytanie (A) zawarte w części III, sekcja C JEDZ związane jest także z przepisem art. 57 ust. 4 lit. g Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE. Nr 94). Zgodnie z treścią ww. dyrektywy wykluczeniu może podlegać wykonawca, który wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji. (por. także wyrok KIO z dnia 19 października 2017 r. sygn. akt: KIO 2095/17, wyrok z dnia 3 lutego 2017 r. sygn. akt: KIO 139/17, wyrok z dnia 29 stycznia 2018 r. sygn. akt: KIO 70/18 odnoszące się do problematyki fakultatywnej przesłanki wykluczenia wykonawcy, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp).

Zauważyć należy, że ustawodawca unijny odmiennie aniżeli Ustawodawca polski wskazuje na "znaczące i uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu" wcześniejszej umowy, które Ustawodawca polski określa jako "niewykonanie lub nienależyte wykonanie w istotnym stopniu umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy". Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO z 4.7.2017 r., KIO 1166/17 wskazała, że *pojęcie istotności należy zatem odnosić nie tylko do wartości czy zakresu przedmiotu zamówienia, który został niewykonany lub nienależyte wykonany, ale także za ustawodawstwem unijnym należy oceniać, czy owe nienależyte wykonanie albo niewykonanie istotnego wymogu umowy było uporczywe i znaczące.*

W przedmiotowej sprawie objętej wnioskiem przepis prawa unijnego, a mianowicie obowiązujący art. 57 ust. 4 lit. g dyrektywy 2014/24/UE, dotyczący przesłanek wykluczenia stanowi, że *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 może to stanowić podstawy wykluczenia..* Warto podkreślić, że przepis art. 57 ust. 4 lit. h dyrektywy 2014/24/UE stanowi, że *jeżeli wykonawca był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji, które wymagane były do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji, zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych na mocy art. 59 [czyli wymaganych w części III, sekcji C pytania (A) JEDZ – dopisek autora], to w korelacji z treścią przepisu art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24/UE przewiduje, że każdy wykonawca znajdujący się w jednej z sytuacji, o których mowa w ust. 1 i 4, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności pomimo istnienia odpowiedniej podstawy wykluczenia. Jeżeli takie dowody zostaną uznane za wystarczające, dany wykonawca nie zostanie wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia.*

Tytułem rozszerzenia argumentacji warto też przywołać orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 13 grudnia 2012r. w sprawie C-465/11 *Forposta S.A. i ABC Direct Kontakt sp. z o.o. przeciwko Poczcie Polskiej S.A.* (ECLI:EU:C:2012:801). Wskutek orzeczenia, jakie Trybunał wydał w tej sprawie, przepis art. 24 ust.1 pkt 1a ustawy PZP został zmieniony. Mimo, że wyrok ten został wydany na podstawie przepisu nieobowiązujących obecnie w ustawie PZP, to zachowuje on aktualność w zakresie dostarczanych wskazówek interpretacyjnych przydatnych do właściwego rozumienia podstaw wykluczenia, zawartych w art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18/WE, a obecnie w odniesieniu do art. 57 ust. 4 lit. g dyrektywy 2014/24/UE. Trybunał wskazał w powołanym orzeczeniu, że państwa członkowskie określają warunki wykonania art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18/WE [obecnie w art. 57 ust. 4 lit. g dyrektywy 2014/24/UE] uwzględniając przepisy prawa Unii. Trybunał dokonywał w przedmiotowej sprawie badania przepisów prawa polskiego nakładających na zamawiającego obowiązek wykluczenia wykonawcy, jeżeli [wykonawca] ponosił odpowiedzialność za okoliczności, z powodu których zamawiający rozwiązał, wypowiedział albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego z tym wykonawcą w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania w toku, a wartość niezrealizowanego zamówienia wynosiła co najmniej 5% wartości umowy. Trybunał zwrócił szczególną uwagę na to, że pojęcie „okoliczności, za które [wykonawca] ponosi odpowiedzialność” jest bardzo szerokie i może obejmować sytuacje dalece wykraczające poza postawę danego wykonawcy wykazującą zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony. W konsekwencji Trybunał stwierdził, że sporny przepis prawa polskiego nie ograniczał się do wytyczenia ogólnych ram stosowania art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18/WE [obecnie art. 57 ust. 4 lit. g dyrektywy 2014/24/UE], przekraczając tym samym zakres uznania przysługujący państwom członkowskim na mocy art. 45 ust. 2 akapit drugi tej dyrektywy i uznał, że przepis art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18/WE stoi w przeszkodzie obowiązywaniu uregulowań krajowych, takich jak przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy PZP w ówczesnym brzmieniu. W konkluzji Trybunał stwierdził także, że zasady i normy

prawa unijnego w dziedzinie zamówień publicznych nie uzasadniają tego, by w imię ochrony interesu publicznego oraz słuszych interesów zamawiających, jak również zachowania uczciwej konkurencji między wykonawcami, uregulowania krajowe zobowiązywały zamawiającego do automatycznego wykluczenia wykonawców z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który ponosił odpowiedzialność za okoliczności, z powodu których zamawiający rozwiązał, wypowiedział albo odstąpił od umowy.

5. Wnioski

Reasumując oznacza to, że pytanie (A) zawarte w formularzu JEDZ poddane wykładni systemowej w ramach której badane są przepisy prawa stanowiące podstawę jego sformułowania z uwzględnieniem ich usytuowania w systemie prawa, oraz wykładni funkcjonalnej [teleologicznej] w ramach której bada się cel jaki chciał osiągnąć ustawodawca przez przepis do którego odwołuje się pytanie, nakazuje mu nadawać taki sens, jaki był zamierzeniem ustawodawcy, a nie taki jaki wynika z jego dosłownego brzmienia.

Oznacza to także, że oświadczenie Wykonawcy składane w JEDZ w części III, sekcja C powinno referować do treści przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy PZP i dotyczyć sytuacji rozwiązania umów z zastosowaniem tych przesłanek. Uzasadnienie wniosku zostało poszerzone o orzecznictwo KIO oraz Trybunału z uwagi na wagę praktycznych skutków, jakie może wywołać w dotychczasowej praktyce wypełniania JEDZ wydanie opinii przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Mając na uwadze powyższe Wnioskodawca wnosi o wydanie opinii prawnej w przedmiocie sposobu wypełniania formularza JEDZ.


adw. Artur Grucela

Załącznik:

1. Poświadczony za zgodność z oryginałem odpis pełnomocnictwa PZPB

Warszawa, 4 maja 2020 r.

Ja, niżej podpisany Jan Styliński, działając jednoosobowo jako prezes zarządu Polskiego Związku Pracodawców Budownictwa z siedzibą w Warszawie (02-316), ul. Kaliska 23 lok. U4, wpisanego do rejestru przedsiębiorców w Sądzie Rejonowym dla m.st. Warszawy, XII Wydział Gospodarczy, pod numerem: 0000224113 („PZPB” albo „Związek”),

niniejszym udzielam

PEŁNOMOCNICTWA

Panu adwokatowi Arturowi Gruceli ze spółki **CML Construction Services Sp. z o. o. , Wysoka, ul. Lipowa 5A, 52-200 Wrocław**, nr wpisu WRO/Adw/1000,

do reprezentowania Związku wobec Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w przedmiocie złożenia wniosku o dokonanie wykładni przepisów ustawy Prawa zamówień publicznych wraz z aktami wykonawczymi w odniesieniu do kwestii sposobu wypełniania formularza JEDZ w zakresie Części III, Sekcja C.

Pełnomocnictwo obejmuje także prowadzenie i odbiór wszelkiej innej korespondencji pomiędzy wnioskującym a Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych w sprawie prowadzonej w oparciu o niniejsze pełnomocnictwo.

Jan Styliński

Prezes zarządu

Za zgodność z oryginałem
Wrocław, dnia

2020-05-05

ADWOKAT

Artur Grucela