sygn. akt: **KIO 259/25**

WYROK

Warszawa, 13 lutego 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Emil Kuriata

Protokolant:Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 24 stycznia 2025 r. przez wykonawcę Marcina Krupińskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą MAR-POL M.K., Garlino 80; 06-516 Szydłowo,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Przasnysz, ul. Zawodzie 4; 06-300 Przasnysz,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Marcina Krupińskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą MAR-POL M.K., Garlino 80; 06-516 Szydłowo i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Marcina Krupińskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą MAR-POL M.K., Garlino 80; 06-516 Szydłowotytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Przasnysz, ul. Zawodzie 4; 06-300 Przasnysz, tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
   2.2. zasądza od wykonawcy Marcina Krupińskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą MAR-POL M.K., Garlino 80; 06-516 Szydłowo na rzecz zamawiającego Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Przasnysz, ul. Zawodzie 4; 06-300 Przasnyszkwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Przasnysz, ul. Zawodzie 4; 06-300 Przasnysz 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:……

sygn. akt: **KIO 259/25**

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Przasnysz prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, pn. *„Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Przasnysz w roku 2025”*.

24 stycznia 2025 roku, wykonawca M.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą MAR-POL M.K(dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (w zakresie pakietu 2 i 3).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1.art. 253 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a ustawy Pzp, przez niezasadne odrzucenie oferty odwołującego i zaniechanie przedstawienia pełnego uzasadnienia faktycznego oraz uzasadnienia prawnego zawiadomienia o odrzuceniu oferty odwołującego, co udaremnia odwołującemu możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej, a także stanowi naruszenie zasady przejrzystości postępowania o zamówienie publiczne, a także jawności postępowania oraz równego traktowanie wykonawców

i zachowania uczciwej konkurencji,

2.art. art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, przez błędne uznanie, że wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu lub który zataił te informacje,

3.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp, przez błędne uznanie, że wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania, co doprowadziło do odrzucenia oferty wykonawcy, zamiast wyboru oferty wykonawcy, jako najkorzystniejszej,

4.art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, przez bezprawne wybranie ofert konkurencyjnych

w pakiecie 2 i w pakiecie 3, podczas gdy to oferty odwołującego winny zostać uznane za najkorzystniejsze,

5.art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, przez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady

proporcjonalności przez zastosowanie fakultatywnej przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, pomimo złożenia szerokich wyjaśnień wykonawcy i braku dowodów na rażące niedbalstwo, czy zamierzone działanie.

Odwołujący wniósł o:

1)nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,

2)nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru ofert najkorzystniejszych w pakiecie 2 i w pakiecie 3,

3)nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert

i wybór, jako najkorzystniejszych ofert odwołującego w pakietach 2 i 3,

4)dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w treści odwołania, a także dowodu z dokumentacji postępowania udostępnionej lzbie przez zamawiającego;

5)zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji według przedstawionych na rozprawie faktur i rachunków.

Odwołujący wskazał, że jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust.1 ustawy Pzp, bowiem jest wykonawcą, który złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu i ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych uchybień ustosunkować. Zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność odrzucenia oferty może być oceniana wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przez zamawiającego przedstawione jako uzasadniające odrzucenie oferty (por. wyrok KIO z 15.05.2023 r., KIO 1215/23, LEX nr 3600715). Uzasadnienie sporządzone przez zamawiającego jest na tyle lakoniczne, że odwołujący nie jest w stanie stwierdzić, dlaczego zamawiający podjął taką, a nie inną decyzję. W treści uzasadnienia zamawiający nie odniósł się w żaden sposób do przesłanek merytorycznych odrzucenia oferty, które wynikają z art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP, a które to legły u podstaw decyzji zamawiającego. Zamawiający w treści uzasadniania powinien był wykazać, że odwołujący w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji,

że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu lub który zataił te informacje. W treści uzasadnienie odrzucenia próżno szukać takich informacji. Zamawiający nie wykazał więc, że działanie po stronie odwołującego miało charakter zawiniony, co mogłoby skutkować odrzuceniem oferty na podstawie prawnej określonej przez zamawiającego. Powyższe potwierdza stanowisko KIO w wyroku z 01.02.2022 r., KIO 122/22, LEX nr 3333232.

Z uwagi już na tą okoliczność i braki formalne, o których mowa powyżej, czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynność odrzucenia oferty powinny zostać unieważnione.

W ocenie odwołującego, nie zaktualizowały się przesłanki określone w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, które powodowałyby zasadność odrzucenia oferty odwołującego. Wykonawca nie wprowadził zamawiającego w błąd wskutek zamierzonego działania ani rażącego niedbalstwa, czemu dał wyraz w swoich wyjaśnieniach z 02.01.2025 r. Wykonawca potwierdził, że zawarł układ z wierzycielami w postępowaniu PL1P/GRz/60/2023, jednak wskutek omyłki nie wykazał tego w oświadczeniu JEDZ. Pomimo tego brak jest podstaw do wykluczenia wykonawcy

z postępowania, a wykonawca wskazał na powody, które pomimo powyższej sytuacji umożliwiają realizację zamówienia, z uwzględnieniem mających zastosowanie przepisów krajowych i środków dotyczących kontynuowania działalności gospodarczej.

Restrukturyzacja została wszczęta nie z powodu niewypłacalności, czy przeterminowanych rat kredytowych, a możliwości skorzystania z nowelizacji prawnej w ramach tarczy 4.0, która pozwalała na renegocjację warunków spłaty wierzytelności w celu redukcji kosztów ich obsługi. A szczególnie, w zakresie całkowitego umorzenia odsetek i redukcji spłaty kapitału, rozłożenia nieumorzonej części zobowiązań na dłuższy okres spłaty i braku oprocentowania.

Z tego powodu wynika niezbicie, iż wykonawca nie znajdował się w trudnej sytuacji finansowej, lecz skorzystał z przysługujących uprawnień jakie dała tarcza 4.0, aby poprawić swoje wyniki finansowe i zminimalizować koszty. Było to działanie podjęte z powodów czysto ekonomicznych i uzasadnionych warunkami gospodarki rynkowej. Wykonawca, działając

w dobrej wierze, był przekonany, iż postępowanie restrukturyzacyjne zostało już zakończone, a jego zakończenie nie wpływa na bieżącą sytuację finansową firmy ani na udział

w postępowaniu. Wykonawca był przekonany, że fakt przeprowadzenia restrukturyzacji

w ramach dostępnych ułatwień państwowych, z których skorzystało wielu przedsiębiorców

w Polsce w okresie występowania pandemii COVID-19 nie wpływa na sposób uzupełnienia JEDZ. W szczególności, przy dobrych wynikach finansowych oraz braku problemów

z wypłacalnością. Powyższe doprowadziło do omyłki w formularzu JEDZ.

Pomoc państwowa, jaką otrzymał wykonawca, wynikała z ogólnych przepisów wprowadzonych z myślą o wsparciu przedsiębiorców i nie miała wpływu na jego zdolność do realizacji zamówienia. Wykonawca nigdy nie znajdował się w trudnej sytuacji finansowej, która wymagałaby podjęcia działań naprawczych. Dla potwierdzenia swojej stabilnej kondycji finansowej przedłożył zamawiającemu na jego wezwanie stosowne dokumenty. Dodatkowo, wykonawca był utwierdzony w swoim przekonaniu również w związku korespondencją, którą otrzymywał z Kancelarii przeprowadzającej restrukturyzację (wiadomość z 13.04.2023 r., wiadomość z 26.03.2024 r.). Korespondencja ta jednoznacznie potwierdza brak zamierzonego działania odwołującego, jego dobrą wiarę, a także błąd co do rzeczywistego stanu prawnego, który wyklucza rażące niedbalstwo. Odwołujący nie miał więc zamiaru wprowadzenia zamawiającego w błąd (dowód: *oferta na przeprowadzenie postępowania restrukturyzacyjnego otrzymana przez wykonawcę, wiadomość z 26.03.2024 r.*).

Zamawiający dysponował wyjaśnieniami wykonawcy, z których powyższe także wyraźnie wynikało, dlatego zupełnie niezasadnie uznał wykonawcę za podlegającego wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp oraz odrzucił ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp. Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach wskazał bezpośrednio, że zawarł układ z wierzycielami w postępowaniu PL1P/GRz/60/2023, ale nie ma podstaw do odrzucenia jego oferty wyjaśniając w sposób jasny i klarowny, że znajduje się w sytuacji finansowej, która umożliwia mu bez trudności realizację niniejszego zamówienia. Z uwagi na to odwołujący nie wprowadził zamawiającego w błąd, który mógł mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, ponieważ sytuacja ta została wyjaśniona na etapie postępowania po wezwaniu do wyjaśnień z 27.12.2024 r.

Zamawiający, po raz kolejny naruszając zasadę transparentności postępowania, nie wskazał jednoznacznie, czy zarzuca odwołującemu rażące niedbalstwo, czy też zamierzone działanie. Niemniej jednak, mając na uwadze błędne przekonanie wykonawcy, w którym pozostawał z obiektywnych przyczyn, a także jego działanie w dobrej wierze, żaden z tych zarzutów nie może zostać uznany za uzasadniony.

Mianem rażącego niedbalstwa określa się w doktrynie prawa cywilnego postać winy nieumyślnej, która przejawia się w tym, że sprawca nie chce postępować bezprawnie i chociaż przewiduje taką możliwość, nie godzi się na ten skutek, bezpodstawnie sądząc, że go uniknie (tak w wyroku z 22 sierpnia 2017 r., KIO 1638/17). W przedmiotowej sprawie odwołujący
w żadnym momencie nie przewidywał, że może naruszyć jakiekolwiek normy prawne. Zgodnie z komentarzem Prawo Zamówień Publicznych pod red. Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021, str. 410: "*Wykonawca nie jest winny przedstawienia wprowadzających w błąd informacji, jeżeli informacje składa w dobrej wierze, czyli błędnym, ale usprawiedliwionym przekonaniu, że są one prawdziwe*".

Przepis art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, może być zastosowany wyłącznie wówczas, jeżeli podanie nieprawdziwych informacji było celowym (zamierzonym) działaniem wykonawcy lub jest skutkiem rażącego niedbalstwa, co nie znajduje odzwierciedlenia w przedmiotowej sprawie. Wskazując fakultatywne przesłanki wykluczenia, zamawiający powinni zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności. Zgodnie z art. 110 ust. 2 nowej ustawy Pzp zamawiający ma ocenić, czy podjęte przez wykonawcę czynności, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. W przedmiotowej sprawie zamawiający zupełnie zaniechał dokonania tej czynności, do czego jest obowiązany przepisami wynikającymi z prawa zamówień publicznych.

Z ostrożności wskazuję także, że zamawiający nie ma jakichkolwiek podstaw, aby wykluczyć wykonawcę na podstawie art. 109 ust. 4 ustawy Pzp. Wykonawca w wyjaśnieniach wskazywał na powody, które pomimo zawarcia układu umożliwiają realizację zamówienia,
z uwzględnieniem mających zastosowanie przepisów krajowych i środków dotyczących kontynuowania działalności gospodarczej:

- wykonawca wywiązał się ze wszystkich obowiązków dotyczących płatności podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne, co wykazał przedkładając stosowne zaświadczenia
o niezaleganiu z Urzędu Skarbowego i Zakładu Ubezpieczeń Społecznych,
- wykonawca legitymuje się zdolnością finansową, czyniąc zadość warunkom postępowania, co również zostało wykazane zaświadczeniem z banku,
- wykonawca posiada środki finansowe, zasoby ludzkie oraz zaplecze techniczne niezbędne do wykonania zamówienia zgodnie z warunkami określonymi w postępowaniu,
- kondycja finansowa przedsiębiorstwa jest dobra,
- postępowanie restrukturyzacyjne przeprowadzono zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, co gwarantuje jego transparentność oraz brak negatywnego wpływu na realizację zamówienia,
- zawarcie układu nie wpłynęło na bieżącą działalność operacyjną przedsiębiorstwa, a jego realizacja jest w pełni zgodna z przyjętym planem (wykonawca bieżąco reguluje spłaty wynikające z układu).

Odwołujący, aby potwierdzić dodatkowo swoją dobrą kondycję finansową umożliwiającą realizację zamówienia przedkłada KPIR za rok 2024, którego załączanie nie było możliwe na wezwanie z 27.12.2024 r. z uwagi na zamknięcie

roku.

Ponadto wskazania wymaga, że *self-cleaning* możliwy jest w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, które miało miejsce w niniejszej sprawie. Ustawodawca nie określa tej kwestii w PZP, stąd dopuszczalne jest przeprowadzenie samooczyszczenia przez wykonawcę
w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie zainicjował proces samooczyszenia w zakresie przesłanki określonej w art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i wykazał, że nie podlega wykluczeniu. Ponadto zgodnie z art. 109 ust. 3 Pzp
„*W przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 1-5 lub 7, zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne,*
w szczególności, gdy kwota zaległych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne jest niewielka albo sytuacja ekonomiczna lub finansowa wykonawcy, o którym mowa w ust. 1 pkt 4, jest wystarczająca do wykonania zamówienia".
Wykonawca składając wyjaśnienia zamawiającemu wykazał fakt, że pozostaje w dobrej kondycji finansowej. Co znamienne zamawiający nie dokonał odrzucenia oferty odwołującego w związku z zaistnieniem przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp (dowód: podmiotowe środki dowodowe -– w aktach postępowania, wyjaśnienia wykonawcy z 02.01.2025 r., KPIR odwołującego za rok 2024).

Z ostrożności wskazuję także, że gdyby Izba uznała, że zamawiający miał prawo odrzucić ofertę wykonawcy, albowiem podlegał on wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, to działanie zamawiającego było nadmierne. Niniejszy przepis stanowi fakultatywną przesłankę wykluczenia z postępowania, a wobec przedłożonych logicznych wyjaśnień wykonawcy na etapie przeprowadzenia postępowania oraz braku jakichkolwiek dowodów wskazujących na rażące niedbalstwo lub celowe wprowadzenie zamawiającego
w błąd, zastosowanie tej przesłanki wykluczenia naruszało zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę proporcjonalności wynikającą z art. 16 ustawy Pzp.

W świetle podniesionych w odwołaniu zarzutów naruszenia przez zamawiającego wymienionych przepisów ustawy oraz powołanych okoliczności faktycznych nie ulega wątpliwości, iż dokonane naruszenia przepisów PZP miały istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego. Zamawiający wskazał, co następuje.

Spełnienie przez zamawiającego wymogów formalnych zawiadomienia o odrzuceniu ofert w myśl art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

14.02.2025 r. zamawiający udostępnił na platformie zawiadomienie o odrzuceniu ofert. Nie jest trafne twierdzenie odwołującego, jakoby zamawiający zaniechał przedstawienia pełnego uzasadnienia faktycznego oraz prawnego udaremniając tym możliwość skorzystania odwołującemu ze środków ochrony prawnej oraz naruszając zasady przejrzystości postępowania, a także jawności postępowania i równego traktowania wykonawców, zachowania uczciwej konkurencji. W zawiadomieniu o odrzuceniu oferty zamawiający wyraźnie zaprezentował przyczyny swojej decyzji i ich analizę, która doprowadziła do odrzucenia oferty odwołującego. Zamawiający opisał stan faktyczny tj. w pierwszej kolejności wskazał, że w SWZ zostały zakreślone przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp (…) oraz art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp (…). Dalej odniósł się do sposobu wypełnienia JEDZ przez odwołującego, w którym to nie poinformował, że prowadzone jest wobec niego postępowanie restrukturyzacyjne w formie postępowania o zatwierdzeniu układu w wyniku, którego zawarł układ z wierzycielami co potwierdziły informacje opublikowane w Krajowym Rejestrze Zadłużonych (dowody: obwieszczenie nr 20230724/00216 z 24.07.2023 r., obwieszczenie nr 20231025/00360 z 25.10.2023 r., obwieszczenie nr 20240109/00469
z 09.01.2024 r., obwieszczenie nr 20250127/00392 z 27.01.2025 r., obwieszczenie nr 20241025/00643 z 25.10.2024 r., obwieszczenie nr 20240618/00030 z 18.06.2024 r.).

Po zażądaniu od odwołującego wyjaśnień niniejszy fakt został przez niego potwierdzony. Następnie zamawiający dokonał subsumpcji w/w stanu faktycznego do odpowiedniej normy prawnej. W uzasadnieniu prawnym zostało wskazane, że wykonawca nie informując zamawiającego o zawarciu układu z wierzycielami podał nieprawdziwe informacje związane
z przesłankami wykluczenia, czym wprowadził zamawiającego w błąd, wobec czego wyczerpał przesłanki określone w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp i na tej podstawie oferta została odrzucona jako złożona przez wykonawcę podlegającego odrzuceniu (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp).

Z uzasadnienia sporządzonego przez zamawiającego zatem wynika precyzyjny opis zaistniałego stanu faktycznego oraz wykazanie, iż w owym stanie faktycznym zaistniały przesłanki uzasadniające zastosowanie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a ustawy Pzp. Nie jest prawdą, że zamawiający nie wskazał przesłanek merytorycznych odrzucenia oferty, gdyż jednoznacznie określił, że chodzi o podanie nieprawdziwych informacji przez odwołującego wprowadzających zamawiającego w błąd co do niewystępowania przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. W doktrynie

podaje się, że niniejsza podstawa wykluczenia przewiduje trzy warianty: (1) wprowadzenie w błąd, (2) zatajenie informacji, (3) niezłożenie wymaganych podmiotowych środków dowodowych. Zamawiający wskazał konkretnie, o który wariant chodzi, a więc zbyt daleko idące jest twierdzenie odwołującego, że zostało udaremnione zostało dochodzenie środków ochrony prawnej oraz naruszone zostały podstawowe zasady zamówień publicznych. Z uzasadniania wynika, jakie zachowanie zostało zakwalifikowane jako wprowadzenie zamawiającego w błąd. Dodatkowo, zamawiający nie zgadza się z twierdzeniem odwołującego, że nie wykazał, że działanie miało charakter zawiniony. Ogólnie rzecz biorąc można stwierdzić, że wykonawca nie jest winny wprowadzenia w błąd, jeżeli oświadczenie, że nie podlega wykluczeniu składa w dobrej wierze, czyli w usprawiedliwionym przekonaniu, że jest to sytuacja kwalifikują go do udziału
w postępowaniu. W celu ustalenia zawinienia odwołującego zamawiający zwrócił się do niego o wyjaśnienia zaistniałego stanu rzeczy tj. rozbieżności w zakresie oświadczenia złożonego
w JEDZ, a faktu zawarcia układu z wierzycielami. Z treści wyjaśnień nie wynikało, że błędne uzupełnienie JEDZ zostało dokonane w dobrej wierze, a więc zamawiający wskazał
w uzasadnieniu, że wystąpienie niniejszej przesłanki zostało potwierdzone przez odwołującego.

Z uwagi na powyższe w ocenie zamawiającego zawiadomienie o odrzuceniu ofert
z 14.01.2025 r. spełnia wymogi określone przez art. 253 ust 1 ustawy Pzp, gdyż zamawiający wskazał wyczerpująco podstawy prawne (przepisy Prawa zamówień publicznych) oraz faktyczne (jaka treść złożonej oferty nie odpowiada jakiej treści SWZ) – por. też wyrok KIO
z 16.09.2019 r., KIO 1688/19.

Wystąpienie przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Jak już było po krótce wskazane zamawiający uzyskując informację odnośnie nieprawidłowości w zakresie spełnienia przez odwołującego warunków w postępowaniu
w związku z podaniem nieprawdziwych informacji w JEDZ, zamawiający zwrócił się do niego o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści JEDZ: Podstawy wykluczenia - Czy wykonawca znajduje się w jednej z następujących sytuacji:

- zbankrutował; lub
- prowadzone jest wobec niego postępowanie upadłościowe lub likwidacyjne; lub
- zawarł układ z wierzycielami; lub
- znajduje się w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w krajowych przepisach ustawowych i wykonawczych; lubjego aktywami zarządza likwidator lub sąd; lub
- jego działalność gospodarcza jest zawieszona. (...)

gdyż, odwołujący zaznaczył odpowiedź „Nie”, pomimo faktu, że z danych zawartych
w Krajowym Rejestrze Zadłużonych wynika, że zawarł układ z wierzycielami.

Następnie, odwołujący w wyjaśnieniach potwierdził, że układ z wierzycielami zawarł, natomiast wskazał, że brak jest podstaw do jego wykluczenia z uwagi, że m.in. nie znajdował się w trudnej sytuacji finansowej, a z układu skorzystał w ramach tarczy 4.0. Zaznaczył również, że oświadczenie zostało złożone omyłkowo. Nadto, należy wskazać, że przed złożeniem wyjaśnień odwołujący na wezwanie zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych (postępowanie jest prowadzone w ramach „procedury odwróconej”
tj. art. 139 ust. 1, 3-4 ustawy Pzp) przedłożył oświadczenie o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania, w którym oświadczył, że informacje zawarte w oświadczeniu z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp przedłożonym wraz z ofertą są aktualne w zakresie podstaw wykluczenia
z postępowania wskazanych przez zamawiającego, o których mowa m.in. właśnie w art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. A zatem przekazał zamawiającemu nieprawdziwą informację dwukrotnie.

Przechodząc dalej w ocenie zamawiającego dla stwierdzenia niezgodności informacji
z rzeczywistością nie ma znaczenia ani kwestia powodów zawarcia układu z wierzycielami danych ani też intencja wykonawcy. Dla zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp wystarczającym jest stwierdzenie lekkomyślności lub niedbalstwa ze strony wykonawcy i przez pryzmat tego należy oceniać jego działania. Mając na uwadze stan faktyczny sprawy uznać należy, że odwołującemu można przypisać choćby niedbalstwo lub brak dołożenia należytej staranności, trudno bowiem sobie wyobrazić, iż przedsiębiorca będący profesjonalistą nie jest świadomy, iż toczy się wobec niego postępowanie restrukturyzacyjne.

Przepis art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp został sformułowany jednoznacznie – dotyczy on zawarcia układu z wierzycielami. Nie przewiduje się od niego jakichkolwiek odstępstw. Odwołujący posiadając tą wiedzę działając z należytą starannością winien złożyć oświadczenie zgodne z prawdą, a jednocześnie wyjaśnić powody zawarcia układu
z wierzycielami na etapie składania oferty, a nie dopiero w momencie zaczerpnięcia wiedzy
o układzie przez zamawiającego, gdyż sam ten fakt podważa rzetelność i uczciwość wykonawcy. W sytuacji, kiedy uzasadnienie zawarcia układu z wierzycielami zostałyby przedstawione na etapie składania oferty zamawiający mógłby

rozważyć zastosowanie art. 109 ust. 3 ustawy Pzp, a więc zbadać czy wykluczenie na tej postawie byłoby proporcjonalne i zbadać sytuację finansową potencjalnego wykonawcy. Późniejsze wyjaśnienia odwołującego nie mają w tym zakresie znaczenia, bowiem są spóźnione, gdyż zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu go na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, do którego to nie ma zastosowania art. 109 ust. 3 ustawy Pzp, a więc zamawiający nie miał możliwości badania czy wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne, w szczególności gdy kwota zaległych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne jest niewielka albo sytuacja ekonomiczna lub finansowa wykonawcy, o którym mowa w ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, jest wystarczająca do wykonania zamówienia. To obowiązkiem wykonawcy jest samodzielne wskazanie rzeczywistych danych prezentowanych w składanych oświadczeniach. Do oceny czynności dokonywanych przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia należy stosować przepisy Kodeksu cywilnego – (dalej kc)., a zgodnie z art. 355 § 1 kc dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przez należytą staranność rozumie się określony sposób postępowania, mający prowadzić do spełnienia świadczenia, pewien model czy wzorzec skonstruowany z reguł postępowania (Kodeks cywilny - komentarz; red. E. Gniewek, p. Machnikowski). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się
w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (por. wyrok Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (por: wyrok Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02). Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż zgodnie z art. 355 § 2 k.c. należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności, a zatem konstruując wzorzec należytej staranności przedsiębiorcy w stosunkach jednostronnie i obustronnie profesjonalnych należy brać pod uwagę to, że jego działalność ma charakter profesjonalny (zawodowy), co oznacza między innymi, że prowadzona jest stale
i przynajmniej w założeniu, oparta na szczególnej wiedzy i umiejętnościach. Prowadzenie działalności profesjonalnej uzasadnia zwiększone oczekiwania otoczenia co do wiedzy, skrupulatności i rzetelności podmiotu prowadzącego taką działalność (Kodeks cywilny - komentarz; red. E. Gniewek, p. Machnikowski CH BECK Warszawa 2017 r.).

Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. W tym wypadku wzorzec należytej staranności nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości bowiem te, składane w toku przetargu, zmierzają do udzielenia zamówienia publicznego temu właśnie wykonawcy i mają wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego.

Zatem jeżeli odwołujący przedstawił w złożonym przez siebie oświadczeniu informacje na temat przesłanek wykluczenia, pozostające w sprzeczności z faktami, zaś zamawiający dotarł do właściwych informacji uznać należy, że wykazał się on co najmniej niedbalstwem wpisującym się w hipotezę normy prawnej uregulowanej w treści art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Dodatkowo, zamawiający nie zgadza się z twierdzeniem odwołującego, że dokonał *self-cleaningu*, który możliwy jest wyłącznie w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, które miało miejsce w tej sprawie. Inicjatywa w zakresie wszczęcia procedury samooczyszczenia należy co do zasady do wykonawcy. To podlegający wykluczeniu wykonawca ma być stroną aktywną procedury *self-cleaning*, od niego bezpośrednio zamawiający powinien dowiedzieć się o podjętych przez wykonawcę działaniach, które mają jednoznacznie zmierzać do uniknięcia wykluczenia z postępowania. Samooczyszczenie nie może zatem zostać przeprowadzone w sposób dorozumiany (por. wyrok KIO z 9.04.2018 r., KIO 531/18, wyrok KIO z 12.08.2019 r., KIO 1179/19).

Nie ulega wątpliwości, że odwołujący zaznaczając odpowiedź "NIE", na przytoczone wyżej pytanie w JEDZ, wprowadził zamawiającego w błąd i jednocześnie zataił informacje o zawarciu układu z wierzycielami. Winien on w pierwszej kolejności wskazać, że zaistniała wobec niego podstawa wykluczenia z postępowania, opisując jednocześnie okoliczności wskazane w jego późniejszych wyjaśnieniach. Natomiast informacje takie winny znaleźć się już w oświadczeniu w dokumencie JEDZ składanym razem z ofertą.Nie można zatem odnieść samooczyszczenia do sytuacji, w której zamawiający dowiaduje się o zamieszczeniu przez wykonawcę w ofercie nieprawdziwych informacji, następnie w wyniku ich weryfikacji wykonawca przyznaje się do podania nierzetelnych informacji, w następstwie czego, w tej samej procedurze przyznając,
że zaistniała wobec niego przesłanka wykluczenia go z postępowania jednocześnie przedkłada dowody na okoliczność tego, że podjął środki wystarczające wykazaniu jego rzetelności. Takie rozumienie tej instytucji byłoby jej wypaczeniem. Za każdym razem nierzetelny, przedstawiający w ofercie nieprawdziwe informacje wykonawca, broniłby się
w taki właśnie sposób, unikając sankcji w postaci wykluczenia go z postępowania.

Podsumowując, w ocenie zamawiającego oferta odwołującego została odrzucona słusznie, gdyż podał on nieprawdziwe informacje, który wprowadziły zamawiającego w błąd co do braku wystąpienia przesłanek wykluczenia. Dla uznania informacji za wprowadzającą w błąd nie jest istotne ustalenie, jaka przyczyna spowodowała, że wykonawca taką informację przedstawił.

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 złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła,

iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne. Krajowa Izba Odwoławcza podzielając w całości stanowisko zamawiającego (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 rozdziałem 2, ust. 2.3 SWZ - postępowanie jest prowadzone zgodnie z zasadami przewidzianymi dla tzw. „procedury odwróconej", o której mowa w art. 139 ust. 1, 3 - 4 PZP.

Zamawiający w postępowaniu zdecydował, w zakresie potwierdzenia spełnienia warunków podmiotowych, o wpisaniu w SWZ warunków, tzw. fakultatywnych. Zamawiający wskazał, że cyt.: „*W postępowaniu mogą brać udział Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia w okolicznościach, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 1-5 i 7- 10 PZP. Na podstawie: art. 109 ust. 1 pkt 4) PZP Zamawiający wykluczy Wykonawcę, w stosunku, do którego otwarto likwidację, ogłoszono upadłość, którego aktywami zarządza likwidator lub sąd, zawarł układ z wierzycielami, którego działalność gospodarcza jest zawieszona albo znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury*" (rozdział 6 ust. 6.2 pkt 4 SWZ) oraz „*art. 109 ust. 1 pkt 8) PZP Zamawiający wykluczy Wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych*" (rozdział 6 ust. 6.2 pkt 7 SWZ).

Zamawiający w SWZ wskazał również, że „*Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 PZP lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10 PZP, jeżeli udowodni Zamawiającemu, że spełnił łącznie przesłanki wymienione w art. 110 ust. 2 pkt 1)-3) PZP. Zamawiający ocenia, czy podjęte przez Wykonawcę czynności, o których mowa w zdaniu poprzednim, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu Wykonawcy. Jeżeli podjęte przez Wykonawcę czynności, o których mowa wyżej, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, Zamawiający wyklucza Wykonawcę*" (rozdział 6 ust. 6.7 SWZ).

Powyższe postanowienia SWZ jednoznacznie dawały wykonawcom wskazówkę w jaki sposób zamawiający będzie oceniał zdolność podmiotową wykonawców.

Zgodnie z rozdziałem 9 ust. 9.1 SWZ „*W celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania, o których mowa w pkt 6.1.-6.4. oraz w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 7.1. Wykonawca zobowiązany jest złożyć wraz z ofertą:*

a) oświadczenie Wykonawcy o niepodleganiu wykluczeniu i spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, złożone na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia („JEDZ"), sporządzonego zgodnie ze wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającym standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz. Urz. UE seria L 2016 r. Nr 3, s. 16). JEDZ stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia i spełnienie warunków udziału w postępowania, na dzień składania ofert,

tymczasowo zastępujący wymagane przez Zamawiającego podmiotowe środki dowodowe".

Odwołujący w ramach składanych dokumentów podmiotowych złożył wypełnione oświadczenie JEDZ i następnie w ramach odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do potwierdzenia aktualności oświadczeń składanych w JEDZ potwierdził ich aktualność.

Okolicznością bezsporną w sprawie jest fakt, że w ramach potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp – informacje wymagane w Części III lit. C wiersz drugi JEDZ; odwołujący oświadczył „NIE".

Jak wynika z akt postępowania zamawiający zweryfikował prawdziwość oświadczenia złożonego przez odwołującego stwierdzając, że wykonawca nie poinformował, że prowadzone jest wobec niego postępowanie restrukturyzacyjne w formie postępowania o zatwierdzeniu układu w wyniku, którego zawarł układ z wierzycielami, co potwierdziły informacje opublikowane w Krajowym Rejestrze Zadłużonych (dowody: obwieszczenia j.w.).

Po zażądaniu przez zamawiającego od odwołującego wyjaśnień, niniejszy fakt został przez odwołującego potwierdzony.

Wobec powyższego zamawiający prawidłowo uznał, że wobec odwołującego zachodziła podstawa do wykluczenia wykonawcy odwołującego na podstawie przepisu art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

W ocenie Izby, czynność zamawiającego uznać należało za prawidłową i zgodną
z przepisami ustawy Pzp, gdyż odwołujący dwukrotnie potwierdził okoliczność, iż nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie przepisu art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, co zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej stanowiło co najmniej rażące niedbalstwo odwołującego. Nie można bowiem przyjąć stanowiska odwołującego, który twierdził, że nieświadomie popełnił omyłkę wypełniając dokument JEDZ, gdyż wykonawca, wobec którego prowadzone jest postępowanie restrukturyzacyjne w formie postępowania o zatwierdzenie układu w wyniku, którego zawarł układ z wierzycielami, co potwierdzają obwieszczenia powołane przez zamawiającego jako dowód w sprawie, nie był świadomy powyższych okoliczności. Tym bardziej, że na wezwanie zamawiającego potwierdził powyższe.

Trzeba bowiem wskazać, że na wykonawcy, jako profesjonalnym uczestniku rynku zamówień publicznych, nałożony został podwyższony miernik staranności, który charakteryzuje się tym, że musi on dokładnie zweryfikować własną sytuację podmiotową, ocenić poziom faktycznych ewentualnych podstaw do wykluczenia i w odpowiedni do tego sposób zareagować, z wszelkimi tego konsekwencjami.

Zdaniem Izby, odwołujący mając świadomość powyższego, jak najbardziej mógł oświadczyć (w dokumencie JEDZ), że zachodzi wobec niego przesłanka wykluczenia
z postępowania (zaznaczając odpowiedź TAK), a następnie zastosować procedurę *self cleaningu* opisaną w przepisie art. 110 ust. 2 ustawy Pzp. Działanie przeciwne musiało skutkować uznaniem, że wykonawca pewne informacje próbował zataić, co z kolei wypełniło przesłankę z przepisu art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, gdyż informacje, które przekazał odwołujący mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Gdyby bowiem zamawiający samodzielnie nie zweryfikował sytuacji podmiotowej odwołującego, oferta tego wykonawcy mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą, a co za tym idzie zamówienie publiczne zostałoby udzielone wykonawcy podlegającemu wykluczeniu
z postępowania, dlatego też Izba uznała, że czynność odwołującego należało zakwalifikować co najmniej jako rażące niedbalstwo.

W ocenie Izby, zamawiający prawidłowo dokonał odrzucenia ofert na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp, jako że oferty zostały złożone przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu na podstawie przepisu art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej niezasadny jest również zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 253 ust. 1 pkt ustawy Pzp. Przepis ten nakazuje zamawiającemu, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty, poinformowanie równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Zamawiający w powyższej informacji podał podstawę prawną oraz uzasadnienie faktyczne i prawne podjętej czynności. Zamawiający opisał jakie były jego wymagania, które były powołane w SWZ, przytoczył czynności jakie wykonał oraz jakie oświadczenia składał odwołujący, podał również powody stwierdzenia naruszenia prawa przez wykonawcę – związek przyczynowo-skutkowy.

Jak wynika z uzasadnienia odwołania oraz stanowiska odwołującego na rozprawie, prawidłowo zidentyfikował on

podstawę odrzucenia oferty, co jednoznacznie wyklucza możliwość uznania ww. zarzutu za zasadny.

Pozostałe zarzuty odwołania jako wynikowe, wobec oddalenia zarzutów podstawowych, Izba uznała za bezzasadne.

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:……