

WYROK

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie **28 lutego 2025 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **10 lutego 2025 r.**

przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Zakład Usług Leśnych „GAJ” K.S., Żary, A.K. Zakład Usług Leśnych, Transportowych i Mechaniki Pojazdowej, Prószków** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Prószków w roku 2025* (S.270.1.1.2024), w pakiecie nr 3

prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Prószków** [„Zamawiający”]

przy udziale jako współuczestników po stronie Zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Firma Usług Leśnych „PILKAR” K.K., Rycerka Górna, DK TRANS D.K., Rycerka Dolna** [„Przystępujący”]

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenie oferty złożonej wspólnie przez Przystępujących na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z U. z 2024 r. poz. 1320).

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża solidarnie Przystępujących i:

1) zalicza w poczet tych kosztów kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołujących tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) uzasadnionych kosztów Odwołujących z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

2) zasądza solidarnie od Przystępujących na rzecz Odwołujących kwotę 18600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy).

Na niniejsze 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.**

Uzasadnienie

Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Prószków {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie Ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z U. z 2024 r. poz. 1320) {dalej również: „ustawa pzp”, „ustawa Pzp”, „ppz”, „Pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Prószków w roku 2025* (S.270.1.1.2024).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 29 października 2024 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej serii S nr 211 pod poz. 655644.

Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

29 stycznia 2025 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wyborze jako najkorzystniejszej w części (pakiecie) nr 3 oferty złożonej wspólnie przez Firmę Usług Leśnych „PILKAR” K.K. z Rycerki Górnej {dalej również: „Pilkar”} i DK TRANS D.K. z Rycerki Dolnej {dalej łącznie zwanych również: „Konsorcjum K.” lub „Przystępującymi”}.

10 lutego 2025 r. Zakład Usług Leśnych „GAJ” K.S. z Żar i A.K. Zakład Usług Leśnych, Transportowych i Mechaniki Pojazdowej z Prószkowa, którzy wspólnie zostawili ofertę {dalej zwani łącznie: „Konsorcjum Gaj” lub „Odwołującymi”} wnieśli odwołanie od powyższej czynności oraz zaniechania wykluczenia Konsorcjum K..

Odwołujący zarzucili Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

- Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b – przez zaniechanie odrzucenia złożonej przez Konsorcjum K. oferty jako złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.
- Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum K. jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

W ramach uzasadnienia odwołania powyższe zarzuty zostały sprecyzowane przez podniesienie okoliczności faktycznych i prawnych, jak to poniżej wspomniano, jeżeli miało to znaczenie dla sprawy.

Odwołujący wnieśli o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Ponownego badania i oceny ofert.
3. Odrzucenia oferty Konsorcjum K. i wykluczenia go z postępowania.
4. Ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Pismem z 26 lutego 2025 r. Przystępujący wnieśli o oddalenie odwołania i zgłosili sprzeciw wobec jego uwzględnienia w całości przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie z 18 lutego 2025 r.

Ponadto Przystępujący odnieśli się do zarzutów odwołania w sposób, który poniżej zrelacjonowano, jeżeli miało to znaczenie dla sprawy.

Izba ustaliła, co następuje:

W punkcie 7.1.4) lit a) pkt III) SWZ Zamawiający określił, że warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności zawodowej (doświadczenie) wykonawcy zostanie spełniony jeżeli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) zrealizował lub realizuje, na podstawie jednej lub większej liczby umów, usługi z zakresu gospodarki leśnej o łącznej wartości nie mniejszej niż 1,9 mln zł brutto, obejmujące prace z zakresu hodowli i ochrony lasu, ochrony przeciwpożarowej, pozyskania i zrywki drewna oraz nasiennictwa i zagospodarowania turystycznego.

Zgodnie z pkt 9.2. SWZ w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 7.1. SWZ, Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty, działając na podstawie art. 126 ust. 1 pzp, wezwał wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym: a) wykazu usług wykonanych lub wykonywanych, wraz z podaniem ich wartości brutto, przedmiotu (rodzaju wykonanych usług), dat wykonania (dat dziennych rozpoczęcia i zakończenia realizacji usług) i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz b) dowodów określających, czy wskazane przez wykonawcę w wykazie usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Zamawiający pismem z 2 stycznia 2025 roku wezwał w trybie art. 126 ust. 1 pzp Konsorcjum K., jako wykonawcę, którego ofertę najwyżej ocenił, do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

W odpowiedzi Konsorcjum K. złożyło m.in. wykaz usług, w którym wskazało trzy pozycje dotyczące trzech umów wykonanych przez Pilkara (w tym dwie w ramach konsorcjum z Przedsiębiorstwem Wielobranżowym M.K. z Rycerki Górnej) na rzecz Nadleśnictwa Ujsoły, w tym podało wartości usług wykonanych przez Pilkara, które łącznie znacząco przekraczały wymagany próg wartościowy, jednocześnie nie wskazując w ramach opisu przedmiotu wykonanych usług prac z zakresu nasiennictwa. Do wykazu załączyło referencje wystawione Nadleśnictwo Ujsoły, które potwierdzały należyte wykonanie usług ujętych w wykazie.

20 stycznia 2025 r. Zamawiający jednocześnie zwrócił się, po pierwsze w trybie art. 128 ust. 4 pzp do Konsorcjum K., po drugie w trybie art. 128 ust. 5 pzp do Nadleśnictwa Ujsoły, o wyjaśnienie, czy w zakres usług opisanych w wykazie wchodziły prace z zakresu nasiennictwa.

22 stycznia 2025 r. zarówno Konsorcjum K., jak i Nadleśnictwo Ujsoły udzieliły odpowiedzi negatywnej. Jednocześnie Konsorcjum K. zadeklarowało, że jeżeli Zamawiający wystosuje wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 pzp, niezwłocznie przedłoży uzupełniony wykaz wykonanych usług wraz ze stosownymi referencjami, w którym wykaże wykonanie usług w zakresie gospodarki leśnej obejmujących także czynności w zakresie nasiennictwa, potwierdzający spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Następnie 23 stycznia 2025 r., bez odrębnego wezwania, powołując się na rozmowę telefoniczną z bliżej niesprecyzowanym pracownikiem Zamawiającego, Konsorcjum K. przesłało nowy wykaz wykonanych usług, w którym wskazało dwie pozycje dotyczące usług, których przedmiot opisało jako w pełni odpowiadający zakresowi rzeczowemu warunkowi udziału, czyli jako obejmujące również nasiennictwo. Pierwsza wykonana przez Pilkara na rzecz czeskiego przedsiębiorcy Drevo Slezsko s.r.o. z siedzibą w Trzyńcu, o wartości 1.146.186,07 zł (6.742.271,73 CZK według kursu 1 CZK = 0,17 zł). Druga wykonana przez Pilkara w konsorcjum z Przedsiębiorstwem Wielobranżowym M.K. na rzecz Nadleśnictwa Tułowice, o wartości prac zrealizowanych przez Pilkara wynoszącej 1.013.281,43 zł. Do wykazu załączono referencje wystawione przez te podmioty.

Na podstawie tak złożonych dokumentów Nadleśnictwo Prószków pozytywnie zweryfikowało spełnianie przez Konsorcjum K. warunku udziału dotyczącego doświadczenia wykonawcy i 29 stycznia 2025 r. wybrało jego ofertę jako najkorzystniejszą.

W piśmie z 10 lutego 2025 r. Nadleśnictwo Tułowice, w odpowiedzi na pismo Odwołującego z 4 lutego 2025 r.,

poinformowało, że w ramach umowy wykonanej przez Pilkara w konsorcjum z Przedsiębiorstwem Produkcyjno-Usługowo-Handlowym „K.” sp.j. K. K., J. K. z siedzibą w Rycerze Górnej, ze względu na małą ilość szyszek do zbioru czynność ta nie została zlecona konsorcjum, a zamiast tego te prace wykonali w ramach zajęć praktycznych uczniowie Zespołu Szkół w Tułowicach – Publicznego Technikum Leśnego w Tułowicach.

W piśmie procesowym z 27 lutego 2025 r. Przystępujący odnośnie tej kwestii wskazali, co następuje [pisownia oryginalna]: ...zawarcie w przedłożonym Wykazie wykonanych usług z dnia 23 stycznia 2025 r. usługi zrealizowanej na rzecz Nadleśnictwa Tułowice i wskazanie, że obejmowały one usługi w zakresie nasiennictwa wynikało z przekonania Przystępującego, że takie działanie uzasadnione jest tym, że przedmiot zamówienia określony w dokumentach zamówienia zawierał usługi nasiennictwa, usługa nasiennictwa był przedmiotem oferty Przystępującego oraz to, że zawarta z Nadleśnictwem Tułowice umowa również obejmował usługę w zakresie nasiennictwa. Należy dodać w tym miejscu, że Firma Usług Leśnych „PILKAR” K.K. ma swoją siedzibę w tzw. trójstyku polsko-słowacko-czeskim. Jest podmiotem funkcjonującym na rynku usług leśnych od 2001 roku, tj. przez okres 24 lat i posiada dziesiątki referencji za wykonanie usług w zakresie gospodarki leśnej na terenie Polski, Czech i Słowacji, gdzie kontrakty były wielomilionowe i Przystępujący z tego też względu nie pamiętał dokładnie aspektu związanego z realizacją części dot. nasiennictwa przez uczniów Technikum Leśnego w Tułowicach. Z pewnością działanie to nie było zamierzone i celowe, a było wynikiem omyłki związanej z wielością umów i realizowanych kontraktów na usługi leśne.

Niezależnie od powyższego w odwołaniu zwrócono uwagę na wątpliwości związane z referencją wystawioną przez Drevo Slezsko s.r.o., opatrzonej nieczytelnym podpisem odręcznym (przy braku imiennej pieczętki), który nie jest podobny do odręcznego podpisu, jaki K.K. złożył na pełnomocnictwie z 15 listopada 2024 r. do złożenia oferty. Tymczasem według informacji z czeskiego odpowiednika Krajowego Rejestru Sądowego, dostępnego pod adresem internetowym, K.K. jest jedynym wspólnikiem i jedynym członkiem zarządu tej spółki, co samo w sobie budzi wątpliwości. Co znamienne, Przystępujący w swoim relatywnie obszernym piśmie procesowym nie odnieśli się wprost do tej kwestii, choć potwierdzili zarówno, że K.K. jest jedynym wspólnikiem i zarządza tą czeską spółką, jak i wykonanie na jej rzecz prac z zakresu nasiennictwa. Jak jednak wykazał Odwołujący na rozprawie, składając wraz z tłumaczeniem pismo z 10 lutego 2025 r. Lasów Republiki Czeskiej, które negatywnie odpowiedziały na pytanie, czy w ramach umowy Drevo Slezsko s.r.o. wykonywało w 2022 r. (tj. w okresie wskazanym w poz. 2. nowego wykazu przez Konsorcjum K.) prace związane z produkcją nasion, zbieraniem nasion drzew lub zbieraniem szyszek drzew iglastych.

Reasumując, poza wszelkim sporem są trzy kluczowe fakty.

Po pierwsze, Konsorcjum K. w celu wykazania spełniania warunku udziału dotyczącego zdolności zawodowej, który był dla niego w pełni zrozumiały i którego nie kwestionował, w tym odnośnie objęcia wymaganym doświadczeniem prac z zakresu nasiennictwa, dwukrotnie wprowadziło Zamawiającego w błąd.

Po drugie, Przystępujący przyznali, że w ramach usługi z poz. 2. drugiego wykazu, który wraz z referencjami Konsorcjum K. złożyło z własnej inicjatywy, nie wykonali prac z zakresu nasiennictwa.

Po trzecie, wartość prac z poz. 1. tego wykazu nie jest wystarczająca dla spełnienia obowiązującego warunku, gdyż jest niemal dwukrotnie niższa niż wymagane minimum, a ponadto okazało się, że również w ramach tej usługi nie były wykonywane prace z zakresu nasiennictwa.

Wypada zaznaczyć, że rozumienie zarówno warunku udziału w postępowaniu, stanowiącego element treści oświadczenia woli Zamawiającego adresowanego do wykonawców, jak i oświadczeń i dokumentów złożonych przez Konsorcjum K., adresowanych do Zamawiającego, zostało powyżej ustalone z uwzględnieniem art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego {dalej: „kc”}. Zgodnie z tym przepisem, który znajduje zastosowanie na mocy odesłania zawartego w art. 8 ust. 1 pzp, oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Innymi słowy wynikające z art. 65 § 1 kc dyrektywy interpretacyjne wskazują na konieczność uwzględnienia kontekstu sytuacyjnego składanego oświadczenia woli, a zatem uwzględnienia wszystkich elementów istotnych dla odkodowania faktycznego zamiaru składającego oświadczenie woli. Jak to trafnie uchwycono w uzasadnieniu wyroku Izby z 10 maja 2011 r. sygn. akt KIO 883/11, art. 65 kc daje podstawy do przyjęcia tzw. kombinowanej metody wykładni oświadczeń woli, zmierzającej do uwzględnienia w odpowiednim zakresie zarówno rzeczywistej woli podmiotu składającego oświadczenie woli, jak i wzbudzonego przez to oświadczenie zaufania innych osób. Z jednej więc strony określone znaczenie przypisuje się woli podmiotu składającego oświadczenie, z drugiej zaś strony dąży się do ochrony interesów osoby, która działa w zaufaniu do ustalonego przez siebie sensu otrzymanego oświadczenia woli, jeżeli przy jego interpretacji dołożyła należytej staranności. 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 (zob. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r. sygn. akt V CK 311/02). Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 kc precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego

działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy co do zasady uznać zarówno zamawiającego jako organizatora postępowania, jak i uczestniczącego w nim wykonawcę.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzuty są zasadne.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

W art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy pzp określono, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się 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 {pkt 8};
- lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia {pkt 10}.

Powyższe przepisy stanowią implementację do krajowego porządku prawnego określonych w art. 57 ust. 4 lit. h oraz i (in fine) Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (Dz. U. UE L 94, 28.3.2014, p. 65–242) podstaw wykluczenia w następujących sytuacjach:

- 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 {lit. i};
- jeżeli wykonawca podjął kroki, aby wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia {lit. h in fine}.

W poprzednim stanie prawnym, pod rządami Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych w jej ostatecznym brzmieniu (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej: „poprzednia ustawa pzp” lub „ppzp”}, implementację powyższych przepisów prawa unijnego zawierał art. 24 ust. 1 w pkt 16 i 17, stanowiąc, że z postępowania o udzielenie zamówienia 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};
- 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 uwagi na zbliżone brzmienie poprzednio i aktualnie obowiązujących przepisów prawa krajowego, stanowiących implementację tych samych przepisów prawa unijnego, co do zasady za aktualne należy uznać orzecznictwo wypracowane na tle stosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 poprzedniej ustawy pzp.

Dla prawidłowej interpretacji obecnie obowiązujących przepisów nie bez znaczenia jest również zestawienie ich z jeszcze dawniejszymi przepisami, zarówno krajowymi, jak i unijnymi, które obowiązywały w powyższym zakresie.

Według dawnego art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym do 27 lipca 2016 r. (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) {dalej: „dawna ustawa pzp” lub „dpzp”} z postępowania o udzielenie zamówienia wykluczało się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Przepis ten stanowił implementację art. 45 ust. 2 lit. g Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE L z 30 kwietnia 2004 r.). Zgodnie z tym przepisem z udziału w zamówieniu można było wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji. W odróżnieniu od przepisu krajowego hipoteza przepisu dyrektywy obejmowała zarówno złożenie, jak i niezłożenie informacji wymaganych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, przy czym w obu przypadkach miało to prowadzić do wprowadzenia w błąd. Z kolei przesłankę wpływu nieprawdziwych informacji na wynik postępowania z art. 24 ust. 2 pkt 3 dpzp można było uznać za odpowiednik poważnego wprowadzenia w błąd zamawiającego, o którym mowa w przepisie dyrektywy. W zakresie tych przesłanek, pomimo różnic sformułowań, interpretacja art. 24 ust. 2 pkt 3 dpzp w zgodzie z przepisem dyrektywy nie budziła większych wątpliwości.

W odróżnieniu od literalnego brzmienia art. 24 ust. 2 pkt 3 dpzp przepis art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE wprost odwoływał się do winy wykonawcy, który przez złożenie lub niezłożenie informacji poważnie wprowadził w błąd

zamawiającego. Stąd w orzecznictwie sądów okręgowych na tle interpretacji art. 24 ust. 2 pkt 3 dpzp przy uwzględnieniu art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE z czasem skryształizowało się wręcz stanowisko, że wykluczenie może dotyczyć wyłącznie wykonawcy działającego z winy umyślnej. W szczególności Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 19 lipca 2012 r. sygn. akt IV Ca 683/12 wskazał, że przepis ten ma zastosowanie w warunkach celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego. Według tego stanowiska złożenie nieprawdziwej informacji, ze skutkiem w postaci wykluczenia z postępowania, musi być czynnością dokonaną z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu czy niedbalstwa. Jeżeli ze stanu faktycznego wynika, że wykonawca w dniu składania ofert działał w dobrej wierze, nie sposób uznać, że jego celem było wprowadzenie zamawiającego w błąd. Z powyższego Sąd wywiódł, że nie będzie podstawą wykluczenia nieświadome wprowadzenie w błąd. Takie stanowisko sądów okręgowych nie pozostało bez wpływu na orzecznictwo Izby, które uprzednio nie wymagało dla wypełnienia hipotezy normy określonej w art. 24 ust. 2 pkt 3 dpzp umyślnego zawinienia wykonawcy.

Jednakże Sąd Unii Europejskiej w wyroku z 26 września 2014 r. w połączonych sprawach T-91/12 i T-280/12 (Flying Holding NV z siedzibą w Wilrijk, Flying Group Lux SA z siedzibą w Luksemburgu, Flying Service NV z siedzibą w Deurne przeciwko Komisji Europejskiej) orzekł w związku z wykluczeniem na podstawie art. 94 lit. b Rozporządzenia Rady (WE, Euratom) nr 1605/2002 z dnia 25 czerwca 2002 r. w sprawie rozporządzenia finansowego mającego zastosowanie do budżetu ogólnego Wspólnot Europejskich (Dz. U. L 248, s. 1 ze zm.) – stanowiącego, że nie udziela się zamówienia kandydatom, którzy w związku z procedurą udzielania zamówień są winni złożenia nieprawdziwych oświadczeń przy dostarczaniu informacji wymaganych przez instytucję zamawiającą w celu dopuszczenia do udziału w procedurze udzielania zamówień lub nie dostarczyli tych informacji – że w przypadku gdy, tak jak w rozstrzyganej sprawie, wykryte zostaje przekazanie nieprawdziwych danych, Komisja nie ma innego wyboru niż zastosowanie powyższego przepisu, gdyż pojęcie „nieprawdziwe oświadczenia” odnosi się zarówno do oświadczeń umyślnie wprowadzających w błąd jak i tych, które są błędne w wyniku niedbalstwa, i po ustaleniu nieprawdziwego charakteru oświadczeń nie ma potrzeby przeprowadzania analizy uzasadnienia tej nieprawdziwości. Wobec złożenia nieprawdziwych oświadczeń, niezależnie od tego, czy doszło do tego w sposób umyślny, czy też wskutek niedbalstwa skarżących, Komisja nie miała innego wyboru niż zastosowanie art. 94 lit. b) rozporządzenia finansowego [por. pkt 75 i 119 wyroku].

Powyższe orzeczenie Izba wzięła pod uwagę w sprawie prowadzonej pod sygn. akt KIO 177/15, argumentując w uzasadnieniu wyroku z 11 lutego 2015 r., że co prawda powyższe rozstrzygnięcie dotyczyło przepisu aktu prawnego stosowanego przez Komisję Europejską przy udzielaniu zamówień publicznych, jednak zarówno treść art. 94 lit. b rozporządzenia finansowego, jak i art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE odwołują się do winy wykonawcy (kandydata) składającego nierzetelne informacje, bez wskazywania na postać tej winy, która powinna być interpretowana w taki sam sposób. Stąd Izba doszła do przekonania, że wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 dpzp, interpretowanego z uwzględnieniem treści art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE, wymaga przypisania wykonawcy winy, jednak może to być również niedbalstwo.

Izba wywiódła, że w praktyce wykazanie winy umyślnej wykonawcy jest niezwykle trudne, gdyż częstokroć może wymagać pozyskania dowodów spoza dokumentacji o udzielenie zamówienia, które potwierdzałyby zamiar wprowadzenia w błąd zamawiającego, czyli że wykonawca wyobrażał sobie taki skutek i tego chciał, ewentualnie na to się godził. Zupełnie inaczej przedstawia się możliwość przypisania wykonawcy niedbalstwa, czyli niedołożenia należytej staranności przy podawaniu zamawiającemu wprowadzających w błąd informacji. Na podstawie art. 14 dpzp do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, a zgodnie z art. 355 § 1 kc dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). 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 (vide uzasadnienie wyroku 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 (vide uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r. sygn. akt V CK 311/02). Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 kc precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również co do zasady uznać wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości.

W aktualnym stanie prawnym podstawa wykluczenia z 109 ust. 1 pkt 10 pzp (art. 24 ust. 1 pkt 17 ppzp) wprost określa, że przedstawienie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego może nastąpić w wyniku niedbalstwa, a nawet lekkomyślności wykonawcy. Natomiast przypisanie wykonawcy winy umyślnej lub rażącego niedbalstwa jest konieczne dla wykluczenia z powołaniem się na art. 109 ust. 1 pkt 8 pzp (art. 24 ust. 1 pkt 16 ppzp).

W przypadku obu powyższych podstaw wykluczenia wykonawcy pierwszą przesłanką jest przedstawienie zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia informacji wprowadzających w błąd, co w art. 24 ust. 2 pkt 3 dawnej ustawy pzp ograniczało się do nieprawdziwych informacji, czyli niezgodnych z rzeczywistym stanem rzeczy. Jak trafnie wskazywano, pojęcie „prawda” rozumieć należy tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi – w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z faktami i danymi), co odpowiada – na gruncie filozoficznym – tzw. klasycznej koncepcji prawdy. W tym sensie wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości [por. uzasadnienie wyroku Izby z 6 kwietnia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 372/10, w którym odwołano się do stanowiska Sądu Najwyższego wyrażonego w uzasadnieniu wyroku z 5 kwietnia 2002 r. sygn. akt II KKN 1095/99 (opubl. Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna rok 2003, nr 3, poz. 42)].

Natomiast funkcjonujące *de lege lata* pojęcie „informacji wprowadzających w błąd” ma szersze znaczenie, które nie ogranicza się tylko do nieprawdziwych informacji. Wprowadzające w błąd mogą być również informacje, które same w sobie są prawdziwe, ale jednocześnie niepełne, fragmentaryczne czy podane w takim kontekście, że fałszywie oddają stan faktyczny mający znaczenie dla ustalenia istnienia lub nieistnienia okoliczności doniosłej dla postępowania o udzielenie zamówienia. Są więc to informacje nieprawdziwe w takim sensie, że fałszywie oddają stan faktyczny, który ma znaczenie dla danego postępowania. Na skutek podania takich informacji zamawiający pozostaje w błędzie, czyli ma mylne wyobrażenie o rzeczywistości lub też brak jakiegokolwiek wyobrażenia o niej. Najprościej rzecz ujmując, chodzi zatem o słownikową „półprawdę”, czyli *informację, która przez celowe nieujawnienie całej prawdy wprowadza w błąd, inaczej mówiąc prawdę częściową, niepełną, tak sformułowaną, że może w niej tkwić kłamstwo* [Słownik języka polskiego oraz Słownik języka polskiego pod red. W. Doroszewskiego, <https://sjp.pwn.pl/>].

Ponieważ w tej sprawie Przystępujący, w zakresie powyżej ustalonym, przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego co do spełniania warunku udziału, została wypełniona pierwsza z przesłanek koniecznych dla zastosowania podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy pzp.

Druga przesłanka, o której już była mowa powyżej, dotyczy tego, aby przedstawienie informacji wprowadzającej w błąd było zawinione przez wykonawcę, przy czym art. 109 ust. 1 pkt 8 pzp wymaga co najmniej wystąpienia rażącego niedbalstwa, natomiast według art. 109 ust. 1 pkt 10 pzp wystarczająca jest lekkomyślność.

Rażące niedbalstwo jako najcięższy z przypadków winy nieumyślnej oznacza zachowanie się w sposób istotnie odbiegający od oczekiwań stawianych wobec podmiotu działającego na rynku profesjonalnie. Sąd Najwyższy trafnie wskazał, że przez rażące niedbalstwo rozumie się niezachowanie minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji. O przypisaniu pewnej osobie winy w tej postaci decyduje więc zachowanie się przez nią w określonej sytuacji w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej (vide uzasadnienie wyroku z 10 marca 2004 r. sygn. akt IV CK 151/03). Jednocześnie porównanie art. 355 kc z przepisami kc, w których występuje pojęcie „rażącego niedbalstwa”, wskazuje na to, że rażące niedbalstwo to coś więcej niż brak zachowania zwykłej staranności w działaniu. Wykładnia tego pojęcia powinna zatem uwzględniać kwalifikowaną postać braku zwykłej lub podwyższonej staranności w przewidywaniu skutków działania. Chodzi tu o takie zachowanie, które graniczy z umyślnością (vide uzasadnienie wyroku z 25 września 2002 r. sygn. akt I KKN 969/00).

Spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia co do zasady badane jest na podstawie oświadczeń własnych wykonawców, co służy usprawnieniu i przyspieszeniu czynności zamawiającego. Jednocześnie wskazuje, że właściwym wzorcem postępowania wykonawcy jest przedstawianie w tych oświadczeniach informacji rzetelnych, wyczerpujących i zgodnych z rzeczywistym stanem rzeczy.

Stąd zachowanie Przystępujących, którzy dwukrotnie zapewniali Zamawiającego, że wykazuje usługi spełniające warunek udziału w tym postępowaniu i w obu przypadkach zostali przyłapani na poświadczeniu nieprawdy, i to wyłącznie dzięki docieklivości Zamawiającego lub Odwołujących, rażąco odstaje od tego wzorca. Choć Przystępujący bagatelizowali znaczenie wprowadzenia Zamawiającego w błąd, *de facto* przyznali, że nie dołożyli należytej staranności z powodu braku profesjonalizmu. Nie przystoi profesjonalistom, aby dopiero w ramach obrony zacząć kwestionować warunek, którego spełniania nie był w stanie uczciwie wykazać. Zachowanie Przystępujących należy ocenić jako nie tylko rażąco niedbałe naruszenie podstawowych reguł obowiązujących wykonawcę uczestniczącego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ale wręcz jako działanie w zamiarze co najmniej ewentualnym.

Trzecią i ostatnią przesłanką, która musi łącznie wystąpić z poprzednimi, jest to, aby wprowadzenie w błąd dotyczyło informacji, które co najmniej mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Przy czym według dominującego w orzecznictwie Izby stanowiska wykluczeniu podlega wykonawca za podanie wprowadzających w błąd informacji, które nie musiały faktycznie wpłynąć na działania zamawiającego, ale wystarczy, że

mogły mieć potencjalny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w prowadzonym przez niego postępowaniu. Taka interpretacja jest również podzielana przez Sąd Okręgowy w Warszawie, który trafnie wskazał, dla rozważań dotyczących przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 ppzp istotne jest jedynie zachowanie wykonawcy i treść informacji (mogącej mieć wpływ na decyzje zamawiającego), natomiast stan wiedzy czy zachowanie zamawiającego nie ma żadnego znaczenia. W szczególności nie ma znaczenia, czy zamawiający został skutecznie wprowadzony w błąd na skutek czego podjął jakiekolwiek decyzje czy wykonał jakiekolwiek czynności. Sąd podkreślił, że gdyby nawet zamawiający w powołaniu na wypracowane *notorium* (uwzględniając stan posiadanej przez siebie wiedzy) zachowałby ostrożność w podejmowaniu decyzji, samo podanie informacji nieprawdziwej wypełnia przesłankę wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia (vide uzasadnienie wyroku wydanego 20 lipca 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 849/18; podobnie w uzasadnieniu wyroku z 5 sierpnia 2021 r. sygn. akt XXIII Zs 48/21).

Przy czym ponownie należy podkreślić, że skoro kluczowe decyzje, w tym m.in. odnośnie spełniania warunków udziału w postępowaniu, zamawiający podejmuje działając w zaufaniu do oświadczeń przedstawionych przez wykonawcę (w aktualnym stanie prawnym zaliczanych do podmiotowych środków dowodowych), znaczenie ma tylko, czy wykonawca za pomocą nieprawdziwych informacji zmierzał do formalnego wykazania istnienia istotnej dla jego sytuacji w tym postępowaniu okoliczności. Zamawiający nie ma bowiem ani obowiązku, ani nawet uprawnienia do ustalania prawdy materialnej, tzn. czy biorąc pod uwagę najlepszy możliwy sposób wykazania tych okoliczności przez danego wykonawcę, obiektywnie spełnia on warunki. Innymi słowy nie ma podstaw prawnych, aby skutek wprowadzenia w błąd zamawiającego odnosić do innego stanu rzeczy niż wynikający ze złożonych przez wykonawcę w postępowaniu oświadczeń.

Ponieważ w okolicznościach tej sprawy nastąpiło wręcz skuteczne wprowadzenie w błąd Zamawiającego, który na podstawie oświadczeń Przystępującego wybrał jego ofertę, przesłanka ta została więcej niż wypełniona.

Z art. 128 ust. 1 pzp wynika, że jeżeli wykonawca nie złożył m.in. podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że oferta wykonawcy podlega odrzuceniu bez względu na dokonanie tych czynności lub zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Powyższa regulacja jest analogiczna do poprzednio zawartej w art. 26 ust. 3 poprzedniej ustawy pzp, stąd za w pełni aktualne należy uznać stanowisko uprzednio wielokrotnie wyrażone w orzecznictwie Izby, że nieprawdziwej czy wprowadzającej w błąd informacji, która mogła mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w prowadzonym przez niego postępowaniu (w powyżej objaśnionym rozumieniu), nie można w tym trybie zastępować informacją prawdziwą. Jeżeli wykonawca winny jest wprowadzenia w błąd nieprawdziwym oświadczeniem w zakresie istotnych dla tego postępowania informacji, nie można jednocześnie twierdzić, że takie oświadczenie zawiera błąd dotyczący braku potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu. W takim przypadku oświadczenie wręcz potwierdza spełnianie warunku, tyle że za pomocą informacji, która w rzeczywistości wprowadzała w błąd. Stąd wykluczenie za złożenie nieprawdziwych informacji w oświadczeniach na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu nie zawsze musi się wiązać z odrzuceniem oferty jako złożonej przez wykonawcę niespełniającego tych warunków.

Odmienne stanowisko oznaczałoby również, że w ramach badania zaistnienia podstaw wykluczenia z art. 109 ust. 8 i 10 pzp mieści się również badanie, czy wykonawca, który przedstawił informację wprowadzającą w błąd, był już wzywany do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. W konsekwencji prowadziłoby to do takiej interpretacji tych podstaw wykluczenia, że dla ich zaistnienia konieczne jest jeszcze zaistnienie czwartej przesłanki. Innymi słowy nie podlegałby wykluczeniu wykonawca, który co prawda przedstawił wprowadzające w błąd informacje, ale uczynił to po raz pierwszy, tzn. nie był wzywany do zastąpienia tej nieprawdziwej informacji potwierdzającej spełnianie warunku udziału prawdziwą informacją potwierdzającą spełnianie tego warunku.

Już z powyższych względów Przystępujący nie mogliby zostać wezwani do zastąpienia nierzetelnych oświadczeń takimi, które rzeczywiście potwierdzą spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Tym bardziej nie jest to możliwe w sytuacji, gdy Przystępujący, zdając sobie doskonale sprawę z nierzetelnego wykazania spełnienia warunku udziału, z własnej inicjatywy ponownie przedstawili w tym celu nieprawdziwe informacje.

Normy prawne wynikające z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b-c ustawy pzp nakazują zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu lub takiego, który nie złożył w przewidzianym terminie m.in. podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Przy czym skoro na wykonawcy spoczywa ciężar udowodnienia spełniania warunków udziału w postępowaniu za pomocą określonych środków dowodowych, również w przypadku niepodwołania temu formalnemu obowiązkowi wykonawcę należało uznać za niespełniającego tych warunków. Innymi słowy zamawiający ma uprawnienie i obowiązek wykluczenia z postępowania wykonawcy, gdy stwierdzi, że treść złożonego środka dowodowego nie

potwierdza spełnienia tych warunków. Nie ma przy tym znaczenia, czy wykonawca obiektywnie rzecz biorąc mógłby spełnić te warunki, gdyby złożył inne czy inaczej sformułowane dokumenty i oświadczenia

Przystępujący, którzy jako profesjonalni wykonawcy nie dołożyli należytej staranności przy wykazywaniu spełniania warunku udziału dotyczącego zdolności zawodowej (doświadczenia), nie mogą uchylić się od skutków swojej niestaranności. Tym bardziej w sytuacji, gdy doszło do ponownego złożenia nierzetelnych podmiotowych środków dowodowych, niewykazanie spełniania warunku udziału w tym postępowaniu ma charakter definitywny.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Odwołujących w postaci wynagrodzenia pełnomocnika (potwierdzone złożoną fakturą VAT), ale z ograniczeniem ich wysokości do kwoty 3600 zł), orzeczono w pkt 2. sentencji stosownie do ustalonego wyniku sprawy, tj. na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 7 ust. 1 pkt 2 oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b 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 od odwołania (Dz.U. poz. 2437) obciążając nimi Przystępujących.