

Warszawa, 15 marca 2024 r.

WYROK

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

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie **14 marca 2024 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **29 lutego 2024 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Usługi Leśne M.K., Miedzichowo** [„Odwołujący”]

w postępowaniu pn. *Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie wybranych Nadleśnictw Regionalnej Dyrekcji Lasów Państwowych w Szczecinie w latach 2024, 2025*(EZ.270.2.6.2023) – **Pakiet nr 49: L. Gorzyń, L. Lubikowo – N. Międzychód w 2024 r.**

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

przy udziale uczestników przystępujących do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EKOINVEST Gajewscy sp. z o.o. z siedzibą w Zielomyślu, TIMBART B.S., Brzeźno, Usługi Leśne R.F., Brzeźno** [„Przystępujący”]

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a przy powtarzaniu czynności w prowadzonym postępowaniu – odrzucenie na podstawie 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 2023 r. poz. 1605 ze zm.) oferty Przystępujących.

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) z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania **oraz kwotę 4117 zł 60 gr** (słownie: cztery tysiące sto siedemnaście złotych sześćdziesiąt groszy) z tytułu uzasadnionych kosztów poniesionych przez Odwołującego,
- 2) zasądza solidarnie od Przystępujących na rzecz Odwołującego kwotę 19117 zł 60 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy sto siedemnaście złotych sześćdziesiąt groszy) jako odpowiadającą kosztom postępowania odwoławczego z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, opłaty skarbowej od pełnomocnictwa oraz kosztów dojazdu i noclegu w związku z wyznaczonym posiedzeniem.

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

Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Międzychód {dalej: „Zamawiający” lub „Nadleśnictwo”} jest jednym z zamawiających, w których imieniu Regionalna Dyrekcja Lasów Państwowych w Szczecinie jako pełnomocnik przeprowadza na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „ppz”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie wybranych Nadleśnictw Regionalnej Dyrekcji Lasów Państwowych w Szczecinie w latach 2024, 2025* (EZ.270.2.6.2023).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 22 września 2023 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr S_183 pod poz. 569311.

Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

19 lutego 2024 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wyborze jako najkorzystniejszej w części nr 49 powyższego zamówienia pn. *Pakiet nr 49: L. Gorzyń, L. Lubikowo-N. Międzychód w 2024 r.* oferty złożonej wspólnie przez EKOINVEST Gajewscy sp. z o.o. z siedzibą w Zielomyślu {dalej również: „Ekoinvest”}, TIMBART B.S. z Brzeźna {dalej również: „Timbart”} i Usługi Leśne R.F. z Brzeźna {dalej łącznie zwanych „Konsorcjum” lub „Przystępującymi”}.

29 lutego 2024 r. przedsiębiorca Usługi Leśne M.K. z Miedzichowa {dalej: „Odwołujący”} wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności Zamawiającego i zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum jako wykonawcy podlegającego wykluczeniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

- 1.Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 oraz art. 16 – przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z postępowania, pomimo że w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadziło Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w zakresie, w jakim podało, że osoby wskazane na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu ukończyły z wynikiem pozytywnym szkolenie dopuszczające do pracy z pilarką zgodnie z § 21 Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 24 sierpnia 2006 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy wykonywaniu niektórych prac z zakresu gospodarki leśnej (Dz. U. z 2006 r. Nr 161, poz. 1141) {dalej również: „rozporządzenie MŚ”}.
- 2.Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 16 i 17 ust. 2 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo że zachodzą wobec niego przesłanki wykluczenia z postępowania, a zamiast tego wybranie jego oferty jako najkorzystniejszej.
- 3.Art. 116 ust. 1 – przez wybór oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej z naruszeniem warunku udziału w postępowaniu dotyczącego osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia.
- 4.Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b – przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo że nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu [zarzut ewentualny w stosunku do zarzutów z pkt 1.-3.].
- 5.Art. 128 ust. 1 – przez zaniechanie wezwania Konsorcjum do uzupełnienia wykazu osób.
- 6.Art. 128 ust. 4 – przez zaniechanie wezwania Konsorcjum do dalszych wyjaśnień w zakresie informacji o szkoleniach dotyczących osób wskazanych w JEDZ.
- 7.Art. 126 ust.1 – przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych [zarzuty ewentualne w stosunku do zarzutu z pkt 4.].
- 8.Art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 w zw. z art. 17 ust. 2 – przez niedochowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, polegające na wyborze jako najkorzystniejszej oferty, która powinna zostać odrzucona [zarzut „z ostrożności”].

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
- 2.Ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty Konsorcjum albo ewentualnie wezwania Konsorcjum do przedłożenia wykazu osób potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu lub dalszego wyjaśnienia treści JEDZ w celu wykazania, że wskazane w nim osoby odbyły szkolenia niezbędne do realizacji zamówienia.

Odwołujący dodatkowo sprecyzował powyższe zarzuty w szczególności przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych dla uzasadnienia wniesienia odwołania.

{okoliczności faktyczne}

W pkt 7.1. ppkt 4) lit c) SWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał, że *dysonuje lub będzie dysponować: (...) co najmniej 3 osobami, które ukończyły z wynikiem pozytywnym szkolenie dopuszczające do pracy z pilarką zgodnie z § 21 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 24 sierpnia 2006 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy wykonywaniu niektórych prac z zakresu gospodarki leśnej (Dz. U. z 2006 r. Nr 161, poz. 1141) lub posiadające odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów albo odpowiadające im uprawnienia wydane w innych Państwach Członkowskich Unii Europejskiej.*

W oświadczeniach JEDZ i wykazach osób złożonych wraz z ofertą przez Konsorcjum wskazano G.B., Z.S., J.K (Ekoinvest) i P.O. (Timbart) jako osoby, które ukończyły z wynikiem pozytywnym szkolenie dopuszczające do pracy z pilarką zgodnie z § 21 rozporządzenia MŚ.

Zgodnie z postanowieniem pkt 17.1. lit. b) SWZ wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, zobowiązany jest dopełnić formalności, tj. m.in. przedłożyć Zamawiającemu do wglądu zaświadczenia o ukończeniu z wynikiem pozytywnym szkolenia specjalistycznego z zakresu pracy pilarką dla osób wskazanych przez wykonawcę w dokumentach potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

W tym celu Konsorcjum przedłożyło Zamawiającemu dla powyżej wymienionych trzech osób wskazanych przez Ekoinvest zaświadczenia o ukończeniu kursu umiejętności zawodowych w zakresie operatora pilarek mechanicznych w wymiarze 11 (dwie pierwsze osoby) i 14 godzin (trzecia osoba),

Zgodnie z brzmieniem § 22 rozporządzenia MŚ: 1. Szkolenie, o którym mowa w § 21, obejmuje część teoretyczną i praktyczną. 2. Część teoretyczna szkolenia, o której mowa w ust. 1, obejmuje zadania z zakresu: 1) użytkowania i obsługi pilarki; 2) techniki ścinki i obalania drzew; 3) techniki okrzyszowania i przerzynki drewna; 4) bezpieczeństwa i higieny pracy przy eksploatacji pilarki. 3. Część praktyczna szkolenia, o której mowa w ust. 1, jest prowadzona w warunkach terenowych i obejmuje eksploatację pilarki, techniki ścinki, obalania drzew, okrzyszowania i przerzynki drewna.

Z przedłożonych przez Konsorcjum na dodatkowe wezwanie Zamawiającego programów odbytych szkoleń wynika, że nie obejmowały one części teoretycznej i praktycznej w zakresie techniki ścinki drzew.

W konsekwencji Zamawiający 13 lutego 2024 r. unieważnił wybór oferty Konsorcjum, uznając, że nie wykazało ono spełniania powyżej przywołanego warunku udziału w postępowaniu.

W tym samym dniu Zamawiający odrębnym pismem wezwał Konsorcjum do wyjaśnień *..w zakresie podanych w Części IV lit C (pkt 2) JEDZ dot. Ekoinvest Gajewscy sp. z o.o. informacji o uprawnieniach posiadanych przez wskazane osoby tj. dlaczego w/w Części JEDZ zostało podane, że G.B., Z.S. oraz J.K. ukończyli z wynikiem pozytywnym szkolenie dopuszczające do pracy z pilarką zgodnie z § 21 Rozporządzenia.*

W odpowiedzi Konsorcjum wyraziło przekonanie, że stanowisko Zamawiającego jest zbyt formalistyczne, gdyż skoro kurs obejmuje obalanie, *...nie ma możliwości obalenia drzewa bez jego uprzedniej ścinki, czego wykwalifikowany pilarz dokonuje z użyciem pilarki.* Do wyjaśnień Konsorcjum załączyło datowane na 16 lutego 2024 r. szczegółowe programy szkoleń, w których nie przewidziano egzaminu końcowego.

19 lutego 2024 r. Zamawiający po raz drugi wybrał ofertę Konsorcjum.

Na dzień wydania zaświadczeń dla pierwszych dwóch osób wskazanych przez Ekoinvest obowiązywało Rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej z dnia 19 marca 2019 r. w sprawie kształcenia ustawicznego w formach pozaszkolnych (Dz.U. 2019 poz. 652) {dalej również: „rozporządzenie MEiN z 2019 r.”}, które w § 12 przewidywało, że kurs umiejętności zawodowych kończy się zaliczeniem w formie ustalonej przez podmiot prowadzący kurs. Rozporządzenie nie przewidywało minimalnej liczby godzin kursu umiejętności zawodowych.

Z kolei w dacie wydania zaświadczenia dla trzeciej osoby (13.11.2023 r.) obowiązywało już Rozporządzenie Ministra Edukacji i Nauki z dnia 6 października 2023 r. w sprawie kształcenia ustawicznego w formach pozaszkolnych (Dz. U. poz. 2175) {dalej również: „rozporządzenie MEiN z 2023 r.”}, które oprócz analogicznego przepisu dotyczącego zaliczenia (w § 13), dodatkowo w § 12 ust. 1 określa, że minimalna liczba godzin kształcenia na kursie umiejętności zawodowych w przypadku kształcenia w zakresie efektów kształcenia właściwych dla dodatkowych umiejętności zawodowych nie może być mniejsza niż 50 godzin.

Wprowadzona zarządzeniem nr 36 Dyrektora Generalnego Lasów Państwowych z dnia 20 kwietnia 2012 r. Instrukcja bezpieczeństwa i higieny pracy przy wykonywaniu podstawowych prac z zakresu gospodarki leśnej szczegółowo opisuje od § 29 do § 72 wiele technik ścinki drzew, gdyż jest to złożony proces.

Ponieważ nie jest możliwe, aby w tak krótkim czasie (11-14 godzin) nabyć wymagane tam umiejętności pracy z pilarką, dopuszczenie do wykonywania pracy przez osoby po takim szkoleniu stanowi zagrożenie dla ich zdrowia, a nawet życia.

Już w 2017 r. Państwowa Inspekcja Pracy alarmowała o wzroście ogólnej liczby wypadków podczas prac leśnych, w tym wypadków o skutkach śmiertelnych. Inspektorzy pracy zbadali w tym okresie 128 wypadków, w których poszkodowane zostały 133 osoby. Śmierć poniosło 45 osób, a ciężkich obrażeń ciała doznało 37 osób. Do wypadków dochodzi najczęściej wskutek uderzenia spadającym pnem drzewa lub gałęzią, podczas prowadzenia ścinki lub usuwania drzewa zawieszonego bez zachowania wymogów bezpieczeństwa [<https://www.prawo.pl/kadry/pip-wzrost-liczby-wypadkow-podczas-praclesnych,193520.html>].

Stąd np. kurs organizowany w Nadleśnictwie Huta Różaniecka obejmował 110 godzin zajęć teoretycznych i praktycznych [https://narol.krosno.lasy.gov.pl/aktualnosci/-/asset_publisher/4r1U/content/kurs-na-drwala-operatora-pilarki], a kurs odbyty przez Marcina Kuskę obejmował łącznie 143 godziny nauczania [patrz załączone do odwołania zaświadczenie o ukończeniu kursu].

Zestawienie dat wydania zaświadczeń przedstawionych przez Konsorcjum (dwa z 20.12.2021 r. i jedno z 13.11.2023 r.) z datą 16.02.2024 r., którą opatrzony jest załączony do wyjaśnień Konsorcjum szczegółowy program szkolenia, prowadzi do wniosku, że nie dotyczy on szkoleń z tych zaświadczeń, a został on specjalnie wytworzony na potrzeby odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, co podważa jego wiarygodność.

{okoliczności prawne}

Interpretacja warunków udziału w postępowaniu powinna być dokonywana z uwzględnieniem celu, jakiemu te warunki służą, a jest nim zapewnienie wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia [vide uzasadnienie wyroku Izby z 22 lutego 2018 r. sygn. akt KIO 226/18].

Regulacja zawarta w art. 128 ust. 1 ustawy pzp jest analogiczna do poprzednio zawartej w art. 26 ust. 3 poprzedniej ustawy pzp, stąd za w pełni aktualne należy uznać utrwalone w orzecznictwie Izby stanowisko, że nieprawdziwej czy wprowadzającej w błąd informacji, która mogła mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w prowadzonym przez niego postępowaniu 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. Właśnie dlatego wykluczenie za złożenie nieprawdziwych informacji w oświadczeniach na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu nie musi się wiązać z odrzuceniem oferty jako złożonej przez wykonawcę niespełniającego tych warunków, gdyż są to dwie niezależne od siebie podstawy prawne.

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 [vide uzasadnienie wyroku Izby Krajowej Izby z 27 stycznia 2023 r. sygn. akt KIO 84/23].

Dokonanie wyboru oferty niezgodnej z przewidzianymi warunkami w SWZ może prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz wydatkowania środków publicznych w naruszeniu z obowiązującymi przepisami.

{subsumpcja}

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy, jak w pkt 1.-3. *petitum* odwołania, wywodząc że o ile zgłoszone przez Ekoinvest osoby uczestniczyły w kursie, o tyle nie sposób z tego wywieść, że ukończyły go z wynikiem pozytywnym, zwłaszcza że brak podstaw do uznania, że taki egzamin końcowy był w ogóle przewidziany.

Przed wszystkim biorąc pod uwagę opisane powyżej okoliczności Konsorcjum konsekwentnie wprowadzało Zamawiającego w błąd co do spełnienia przez nie warunku udziału w postępowaniu. Stąd nie powinno mieć możliwości uzupełnienia dokumentów o inne osoby, które posiadają uprawnienia wymagane przez Zamawiającego.

W odpowiedzi na odwołanie z 11 marca 2024 r. Zamawiający uwzględnił je w całości.

Przystępujący pismem z 13 marca 2024 r. zgłosił sprzeciw co do powyższej czynności Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania, przedstawiając następującą argumentację.

Wydanie zaświadczenia o ukończeniu kursu jest równoznaczne z wystawieniem pozytywnej oceny kursantowi, gdyż dokument ten służy potwierdzeniu, że osoba ta nabyła wiedzę i umiejętności objęte szkoleniem. Zgodność kursów objętych zaświadczeniami z § 21 Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 24 czerwca 2006 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy wykonywaniu niektórych prac leśnych potwierdzają szczegółowe plany szkoleń. Dowodem pozytywnego zaliczenia są protokoły egzaminacyjne ośrodka szkoleniowego [załączono do pisma].

Ponieważ według § 22 ust. 2 pkt 2 wspomnianego rozporządzenia część teoretyczna szkolenia obejmuje zagadnienia z zakresu technik ścinki i obalania drzew, należy uznać, że skoro w pkt 4. (zajęcia teoretyczne) i 5. (zajęcia praktyczne) programu szkolenia mowa jest o obalaniu, obejmuje to również ścinkę, gdyż obie te czynności są ze sobą nierozdzielnie związane.

Na czym polega ścinka drzewa?

W kilku krokach przedstawiamy podstawowe zasady, którymi należy się kierować podczas wykonywania ścinki drzewa. Przed przystąpieniem do ścinki pilarz przygotowuje sobie stanowisko pracy, tzn. usuwa wszelkie przeszkody, które mogłyby mu przeszkadzać podczas ścinania drzewa. Następnie określa kierunek obalania drzewa (tzn. kierunek, w którym chce, aby spadało ścinane drzewo). Kiedy wykona te czynności przystępuje do ścinki – jako pierwszy wykonuje tzw. raz podcinający z pozostawieniem zawiasy, czyli fragmentu nieodciętego drewna, mającego za zadanie nadanie drzewu właściwy kierunek obalania oraz przytrzymanie drzewa w trakcie ścinki. Kolejnym etapem jest wykonanie razu ścinającego i skrócenie zawiasy wraz z podcięciem drzewa klinami, aby nie doszło do zakleszczenia pilarki. Jeżeli razy są wykonane, zawiasa uformowana, a drzewo nadal stoi, pilarz podbija kliny i drzewo w końcu przewraca się [opis ścinki zamieszczony na stronie konstantynowo.poznan.lasy.gov.pl/aktualności].

Aktualne pozostają zatem wyjaśnienia złożone odnośnie tej kwestii Zamawiającemu 16 lutego 2024 r. Przy czym załączone do wyjaśnień szczegółowe programy kursów objętych zaświadczeniami dlatego zostały opatrzone przez organizatora tych kursów bieżącą datą, gdyż zostały udostępnione Konsorcjum w związku z wezwaniem Zamawiającego.

Skoro niesporne jest, że odnośne rozporządzenie MEiN z 2019 r. nie przewidywało minimalnej liczby godzin kursu umiejętności zawodowych, zaświadczenia wydane dla G.B. oraz Z.S. spełniają wymogi SWZ.

Przystępujący oświadczył, że działał w dobrej wierze, gdyż wybrał profesjonalny ośrodek szkoleniowy, ufając że przeprowadzi szkolenie zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Stąd miał uzasadnione przeświadczenie o prawidłowości oświadczeń i dokumentów składanych Zamawiającemu.

Nawet jeżeli Zamawiający uznałby, że zaświadczenie dotyczące J.K. jako wydane po 6 października 2023 r. nie spełnia wymogów SWZ, Konsorcjum nadal spełnia odnośny warunek udziału w postępowaniu, gdyż w ofercie (JEDZ)

wskazało również P.O.. Zaświadczenie dla tej osoby nie zostało dotychczas złożone, gdyż przed upływem określonego na 4 marca 2024 r. terminu na dopełnienie formalności Zamawiający 1 marca 2024 r. zawiadomił o wstrzymaniu procedury zawarcia umowy z uwagi na wpłynięcie odwołania [załączono zaświadczenie dotyczące P.O.].

Ponieważ zarzucane nieprawidłowości związane z wykazywaniem spełniania warunku nie miały miejsca, Zamawiający nie został wprowadzony w błąd i nie doszło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Niezależnie od powyższego, nawet gdyby przyjąć, że przedłożone zaświadczenia nie potwierdzają spełniania przez Konsorcjum odnośnego warunku udziału w postępowaniu, jak dotychczas nie było ono wzywane w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia dokumentów w tym zakresie, co jest obowiązkiem Zamawiającego, który ma też cały czas uprawnienie do zażądania złożenia przez Konsorcjum dodatkowych wyjaśnień.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 528 pzp i nie zgłoszono w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi zgłoszony sprzeciw Izba skierowała odwołanie do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska i argumentację.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła poniższe okoliczności jako istotne dla rozpoznawanej sprawy.

Przedmiotem tego zamówienia są usługi z zakresu gospodarki leśnej w rozumieniu art. 6 ust. 1 pkt. 1 Ustawy z dnia 28 września 1991 r. o lasach (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1356), tj. obejmujące prace z zakresu hodowli i ochrony lasu, ochrony przeciwpożarowej, pozyskania i zrywki drewna oraz gospodarstwa szkółkarskiego, łowiectwa. Przy czym zakres rzeczowy przedmiotu zamówienia obejmuje sumaryczne ilości poszczególnych prac określone w załączniku nr 2 do SWZ odrębnie dla każdej z części (pakietu) tego zamówienia [pkt 3.1. ppkt 1) i 2) SWZ].

Pierwsze pięć pozycji przedmiotu zamówienia w pakiecie nr 49 dotyczy całkowitego wyrębu łącznie ponad 15 tys. m³ drewna technologią dowolną (kod czynności: CWD-D). Oznacza to, że wykonawca zrealizuje prace z zakresu pozyskania drewna przy użyciu ręcznych pilarek, narzędzi pomocniczych i odpowiednio dobranych do warunków drzewostanowych maszyn wielooperacyjnych (harwestery, procesory itp.) oraz maszyn zrywkowych. Przy czym prace związane z pozyskaniem maszynowym drewna obejmują w pierwszej kolejności ścinę i obalanie drzew wyznaczonych do wycięcia [patrz załączniki do SWZ nr: 2.1. (str. 1.) i 3.1. (str.5-6.)].

W trakcie realizacji przedmiotu zamówienia, oprócz powszechnie obowiązujących przepisów prawa, wykonawca będzie obowiązany do stosowania i przestrzegania obowiązków i zasad wynikających m.in. z wprowadzonej zarządzeniem nr 36 Dyrektora Generalnego Lasów Państwowych z dnia 20 kwietnia 2012 r. „Instrukcji bezpieczeństwa i higieny pracy przy wykonywaniu podstawowych prac z zakresu gospodarki leśnej” {dalej: „Instrukcja”} [pkt 3.2. ppkt 2) tiret 3. SWZ].

Instrukcja zawiera obszerną regulację odnośnie bezpiecznego używania pilarek. Już w ramach Przepisów ogólnych rozdziału I w § 13-15 uregulowano generalne zasady uruchamiania i eksploatacji pilarek. Natomiast rozdział III w części A. Pozyskanie drewna ręczno-maszynowe zawiera w kolejnych pkt uregulowania: 1. Przepisy ogólne (§ 29-33), 2. Prace przygotowawcze (§ 34-38), 3. Przygotowanie stanowiska roboczego (§ 39-42), 4. Ściną i obalanie drzew (§ 43-69), 5. Ściąganie drzew zawieszonych (§ 70-72), 6. Okrzesywanie drzew (§ 73-82), 7. Przerzynka drewna (§ 83-86). Przy czym ściną i obalanie drzew została uregulowana najbardziej szczegółowo, z uwzględnieniem szeregu możliwych technik i specyficznych uwarunkowań terenowych.

Poza wszelkim sporem jest, że obowiązujące Rozporządzenie Ministra Edukacji i Nauki z dnia 6 października 2023 r. w sprawie kształcenia ustawicznego w formach pozaszkolnych (Dz. U. poz. 2175) przewiduje w szczególności, że: po pierwsze – minimalna liczba godzin kształcenia na kursie umiejętności zawodowych: w przypadku kształcenia w zakresie jednej z części efektów kształcenia wyodrębnionych w ramach danej kwalifikacji – jest równa minimalnej

liczbie godzin kształcenia określonej dla danej części efektów kształcenia w podstawie programowej kształcenia w zawodzie szkolnictwa branżowego (§ 12 pkt 1); po drugie – kurs umiejętności zawodowych kończy się zaliczeniem przeprowadzanym w sposób ustalony i w formie ustalonej przez podmiot prowadzący ten kurs, a osoba, która uzyskała zaliczenie, otrzymuje zaświadczenie o ukończeniu kursu umiejętności zawodowych, którego wzór określa załącznik nr 2 do rozporządzenia (§ 13 ust. 1 i 2). Przy czym zbieżne regulacje zawierały poprzednio obowiązujące w tym zakresie wydane na podstawie tej samej delegacji z art. 117 ust. 5 Ustawy z dnia 14 grudnia 2016 r. Prawo oświatowe (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 900 ze zm.) rozporządzenia Ministra Edukacji i Nauki z: 19 marca 2019 r. (Dz. U. poz. 652) i 30 sierpnia 2017 r. (Dz. U. poz. 1632).

Z kolei wydane na podstawie delegacji z art. 46 ust. 1 pkt 3 i 4 Prawa oświatowego Rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej w sprawie podstaw programowych kształcenia w zawodach szkolnictwa branżowego oraz dodatkowych umiejętności zawodowych w zakresie wybranych zawodów szkolnictwa branż (Dz.U. poz. 991) w załączniku nr 13 wyróżnia w szczególności zawód operatora maszyn leśnych (834105), dla którego jednym z efektów kształcenia jest umiejętność pozyskiwania surowca drzewnego z wykorzystaniem pilarki spalinowej, w tym wykonywania czynności kontrolno-obługowych pilarki spalinowej i posługiwania się narzędziami pomocniczymi przy pracy pilarką spalinową, a kryteria weryfikacji osiągnięcia tego efektu polegają m.in. na sprawdzeniu, czy uczeń umie opisać metody ścinki drzew, okrzyszowania oraz przerzynki surowca drzewnego oraz w praktyce wykonać ścinkę i okrzyszowanie drzew oraz przerzynkę surowca drzewnego [LES.01.6. Wykonywanie prac z zakresu pozyskania drewna – pkt 1 lit. a-b efektów kształcenia oraz pkt 7 i 10 kryteriów weryfikacji w 1. tabeli]. Skoro dla jednostki efektu kształcenia oznaczonej i nazwanej LES.01.6. – Wykonywanie prac z zakresu pozyskania drewna, która obejmuje oprócz powyższej umiejętności także umiejętność pozyskania surowca drzewnego przy użyciu maszyn wielooperacyjnych (np. harwestera), przewidziano jako minimalną liczbę 400 godzin kształcenia dla tak wyodrębnionej w zawodzie operatora maszyn leśnych kwalifikacji (patrz 3. tabela), oczywiste jest, że nie sposób uzyskać części tych efektów w zakresie objętym przywołaną powyżej Instrukcją w kilkanaście godzin.

Zamawiający uznał za proporcjonalne do powyższych szczególnych uwarunkowań wykonywania przedmiotu zamówienia i związane z tym aspektem przedmiotu tego zamówienia określenie odrębnego warunku udziału w postępowaniu, który nie był kwestionowany i stał się wiążący.

W odwołaniu adekwatnie przytoczono brzmienie tego warunku dotyczącego zdolności zawodowej wykonawcy co do dysponowania osobami zdolnymi do wykonania prac objętych częścią (pakietem) zamówienia nr 49 [pkt 7.1. ppkt 4) lit. c) na str. 22. i 76. SWZ]. Istotą tego warunku jest dysponowanie przez wykonawcę co najmniej trzema osobami odpowiednio przeszkolonymi w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy przy wykonywaniu prac z użyciem pilarki, czyli drwalami pilarzami, którzy ukończyli z wynikiem pozytywnym szkolenie, o którym mowa w § 21-23 Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 24 sierpnia 2006 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy wykonywaniu niektórych prac z zakresu gospodarki leśnej (Dz. U. z 2006 r. Nr 161, poz. 1141).

W celu potwierdzenia spełniania powyższego warunku należało w szczególności podać liczbę i dane personalne osób, które ukończyły z wynikiem pozytywnym szkolenie dopuszczające do pracy z pilarką zgodnie z § 21 rozporządzenia MŚ lub posiadających odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów albo odpowiadające im uprawnienia wydane w innych państwach członkowskich Unii Europejskiej, w pierw w Części IV lit. C pkt 2. JEDZ, a finalnie – w przypadku wykonawcy, którego oferta zostanie uznana za najwyższej ocenioną – w ramach wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia składanego na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 126 ust. 1 pzp [por. pkt 9.1. lit. a) ostatnie tiret na str. 86. i pkt 9.2. lit. c) SWZ]. Tak określony sposób wykazania spełniania warunku znajduje wprost oparcie w § 2 ust. 4 pkt 10 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. poz. 2415 ze zm.).

Za udowodnione przez Odwołującego należy uznać, że zdobycie wiedzy i umiejętności bezpiecznego posługiwania się pilarką przy wykonywaniu podstawowych prac z zakresu gospodarki leśnej w zakresie wymaganym na potrzeby wykonania tego zamówienia wymaga co najmniej 56-godzinnego szkolenia (w tym 16 godzin teoretycznego i 40 godzin praktycznego). Przy czym takie szkolenie uwzględnia „Ramowy program kursu dla drwali-operatorów pilarki z zakresu wiedzy i umiejętności wymaganych do wykonywania zawodu”, stanowiący załącznik do Zarządzenia Dyrektora Generalnego Lasów Państwowych nr 41/1998 z 1 sierpnia 1998 r. Natomiast w kilkanaście godzin można zdobyć co najwyższej umiejętność bezpiecznej pracy z pilarką przy czynnościach niezwiązanych ze ścinką i obalaniem drzew [wydruki informacji dotyczących kursu pilarza-drwala i kursu obsługi pił spalinowych obsługi organizowanych przez Centrum Szkoleń Specjalistycznych ATJ s.c., oświadczenie przedsiębiorcy Zakład Szkoleń BHP Piotr Grześkowiak – złożone przez Odwołującego na rozprawie].

Powyższe okoliczności można wręcz uznać za bezsporne na zasadzie art. 533 ust. 2 ustawy pzp, gdyż Przystępujący nie tylko nie wykazał w tym zakresie żadnej inicjatywy dowodowej, ale nawet nie był w stanie rzeczowo

odnieć się do nich, poprzestając na podnoszeniu samego faktu wystawienia zaświadczeń ukończenia szkoleń opartych o programy szkoleń, w których programie z grubsza przepisano [choć nieudolnie z uwagi na pominięcie ścinki] zakres, o którym mowa w § 22 ust. 1 i 2 odnośnego rozporządzenia Ministra Środowiska.

Co znamienne, z załączonego do pisma procesowego obejmującego sprzeciw zaświadczenia, wystawionego 12 grudnia 1997 r. przez Technikum Leśne im. prof. Jana Miklaszewskiego w Rzepinie dla P.O., które Przystępujący chcieliby złożyć na poczet wykazania spełniania powyższego warunku udziału, wynika, że zakończony egzaminem z wynikiem dobrym kurs drugiego stopnia w zakresie pracy piłami mechanicznymi obejmował bliżej niesprecyzowaną liczbę godzin przedmiotów zawodowych i 90 godzin ćwiczeń.

Zatem Konsorcjum, składające się przecież z przedsiębiorców zajmujących się zawodowo świadczeniem usług w zakresie gospodarki leśnej, nie tylko mogło, ale i doskonale zdawało sobie sprawę z tego, że osoba legitymująca się ukończeniem kilkunastogodzinnego kursu obsługi pilarki nie może zostać dopuszczona do pracy przy wykonywaniu ścinki i obalania drzew, gdyż nie spełnia wymagań Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 24 sierpnia 2006 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny przy wykonywaniu niektórych prac z zakresu gospodarki leśnej.

Pomimo tego Konsorcjum zdecydowało się na wskazanie w JEDZ i wykazie osób trzech takich osób na poczet wykazania spełniania warunku udziału w tym postępowaniu, czyli *de facto* oświadczyło Zamawiającemu, że osoby te mogą być w zgodzie z obowiązującymi w tej mierze wymaganiami BHP dopuszczone do pracy przy wykonywaniu ścinki i obalania drzew. Gdyby Zamawiający nie przewidział w ramach formalności związanych z podpisaniem umowy w sprawie tego zamówienia dodatkowo obowiązku okazania zaświadczeń, nie doszłoby do wykrycia, że zapewnienia Konsorcjum są bez pokrycia i najprawdopodobniej doszłoby do udzielenia zamówienia Konsorcjum.

Co więcej, Konsorcjum nawet po unieważnieniu wyboru jego oferty nadal zapewniało w ramach wyjaśnień, do których złożenia zostało wezwane, że *...według jego najlepszej wiedzy osoby te spełniają postawione przez Zamawiającego warunki i posiadają odpowiednie wiedzę i oświadczenie. Osoby te ukończyły odpowiednie szkolenie i otrzymały certyfikat przedstawiony Zamawiającemu. Jednocześnie, na prośbę Zamawiającego, Wykonawca przedstawił ramowy program szkoleń, w których brały udział ww. osoby, który w ocenie Wykonawcy również potwierdza, że osoby te nabyły wiedzę wymaganą Rozporządzeniem z dnia 24 sierpnia 2006 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy wykonywaniu niektórych prac z zakresu gospodarki leśnej. (...)* [patrz pismo z 16 lutego 2024 r.]. Doprowadziło to do ponownego wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej i gdyby nie odwołanie doszłoby do udzielenia mu zamówienia.

Uszło przy tym uwadze Konsorcjum (niestety również Zamawiającego), że złożone zaświadczenia budzą poważne wątpliwości co do ich wystawienia w zgodzie z przepisami powyżej przywołanych rozporządzeń Ministra Edukacji i Nauki (abstrahując od faktu, że w jednym z nich wskazano akt prawny nieobowiązujący na dzień wystawienia zaświadczenia), skoro wpisano w nich, że dana osoba ukończyła kurs umiejętności zawodowych w zakresie: *Operator pilarek mechanicznych [łańcuchowych] w wymiarze 11 [albo 14] godzin*. Tymczasem według przypisu nr 2 wzoru objętego załącznikiem nr 2 do rozporządzenia MEiN z 2019 r. należało wpisać zakres kształcenia zgodnie z § 13 lub § 32 ust. 2 pkt 2 tego rozporządzenia, czyli w tym przypadku jako dotyczącym kształcenia w zakresie jednej z części efektów kształcenia wyodrębnionych w ramach danej kwalifikacji – liczbę godzin równą minimalnej liczbie godzin kształcenia przewidzianej dla danej części efektów kształcenia, określonej w podstawie programowej kształcenia w zawodzie szkolnictwa branżowego.

Nieudolne próby wykazania jakoby dzięki tzw. szczegółowym programom szkolenia opatrzonych datą 16 lutego 2024 r., zawierających dodatkowe oświadczenie właściciela podmiotu, który przeprowadził te kursy, o ich zgodności z wymogami § 21 Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 24 sierpnia 2006 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny przy wykonywaniu niektórych prac z zakresu gospodarki leśnej, tylko utwierdzają w przekonaniu co do niewiarygodności Przystępujących.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach odwołanie jest 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 2004/18/WE z dnia 26 lutego 2004 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (Dz. U. UE L 94, 28.3.2004, 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 wywiodła, 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 wprowadzających w błąd, czyli po prostu nieprawdziwych (według dawniejszej terminologii), bo niezgodnych z rzeczywistym stanem rzeczy, informacji.

Należy przyjąć, że obecnie obowiązujące przepisy, tak jak dawniej obowiązujący art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, nie ustalają jakiegoś szczególnego rozumienia „prawdy” lub „nieprawdy” w odniesieniu do informacji składanych przez wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wobec tego adekwatny pozostaje (na co Krajowa Izba Odwoławcza wskazała już w uzasadnieniu wyroku z 6 kwietnia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 372/10) pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w uzasadnieniu wyroku z 5 kwietnia 2002 r. sygn. akt II CKN 1095/99 (opubl. Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna rok 2003, Nr 3, poz. 42): *Pojęcia „prawda”, „prawdziwy”, bądź ich zaprzeczenia występują w Prawie prasowym w art. 6 ust. 1, art. 12 ust. 1 pkt 1, art. 31 pkt 1 i art. 41, a także wielokrotnie w innych aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, 103 § 2, art. 252, 253. 254 § 1 i 2, art. 268, 304, 333 § 2, art. 339 § 2, art. 485 § 2, art. 913 § 2, art.*

1045), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 303 § 1, art. 312) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 190 § 1). We wszystkich tych przypadkach pojęcie „prawda” rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi – w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”). Odpowiada to – na gruncie filozoficznym – tzw. klasycznej koncepcji prawdy. W tym sensie wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości.

Ponieważ w tej sprawie Przystępujący, w zakresie powyżej ustalonym, przedstawili informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego co do spełnienia warunku udziału, została wypełniona pierwsza z przesłanek koniecznych dla zastosowania obu rozważanych podstaw wykluczenia.

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. Wykładania 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 przedstawienie przez Przystępujących w wykazie osób, czyli szczegółowym oświadczeniu własnym, w jaki sposób spełnia warunek udziału określony w tym postępowaniu przez Zamawiającego, stanowi rażące naruszenie tego wzorca. Co więcej, Przystępujący nawet w toku postępowania odwoławczego nie byli w stanie przyznać, że wprowadzili Zamawiającego w błąd, brnąc w zaparte, że działali w dobrej wierze i przy dochowaniu należytej staranności. Wobec tego zachowanie Przystępujących należy ocenić jako nie tylko rażąco niedbałe naruszenie podstawowych reguł obowiązujących wykonawcę uczestniczącego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ale jako działanie w zamiarze wprowadzenia Zamawiającego w błąd.

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 decyzje m.in. odnośnie spełniania warunków udziału w postępowaniu zamawiający podejmuje na podstawie oświadczeń przedstawionych przez wykonawcę (w aktualnym stanie prawnym zaliczanych do podmiotowych środków dowodowych) na potrzeby prowadzonego postępowania znaczenie ma, czy wykonawca formalnie wykazał w ten sposób spełnianie warunków udziału. Natomiast zamawiający nie ma obowiązku ani nawet uprawnienia do ustalania tzw. 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 skuteczne wprowadzenie w błąd Zamawiającego, który na

podstawie nieprawdziwych i nierzetelnych oświadczeń Przystępujących dwukrotnie wybrał ich ofertę, przesłanka ta została więc więcej niż wypełniona. wprowadzające w błąd informacje dotyczyły jednej z dwóch pozycji wykazu, które łącznie konieczne były dla wykazania spełnienia warunku przez Przystępującego, również przesłanka potencjalnego wpływu na wynik postępowania prowadzonego przez Zamawiającego została 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 spełnienia 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 spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie 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 spełnienia 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.

Z powyższych względów Przystępujący oczywiście błędnie wywodzi, jakoby Zamawiający miał obowiązek wezwania do uzupełnienia oświadczeń zawierających nieprawdziwe zapewnienia o spełnianiu warunku udziału w postępowaniu dotyczącego osób skierowanych do wykonania tego zamówienia.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia w części objętej zaskarżeniem – wobec czego – działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b 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 Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, opłaty skarbowej od pełnomocnictwa oraz kosztów dojazdu i noclegu w związku z wyznaczonym posiedzeniem, potwierdzone złożonym spisem kosztów wraz z rachunkami (fakturami VAT), orzeczono – w pkt 2. sentencji – stosownie do jej wyniku na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 7 ust. 1 pkt 2 i § 5 pkt 1 i 2 lit. a, b, d 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.