Sygn. akt KIO 2903/25

Warszawa, 3 września 2025 r.

WYROK

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

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie **29 sierpnia 2025 r**. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **14 lipca 2025 r.**

przez wykonawcę: **Trakcja S.A. z siedzibą w Warszawie** [„Odwołujący"]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Rozbudowa ul. Broniewskiego na odcinku od skrzyżowania z al. Śmigłego-Rydza do skrzyżowania z ul. Rzgowską i ul. Rzgowskiej na odcinku od posesji nr 40 do posesji nr 82*(DOM-WZP-II.271.3.2025)

prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Łódź – Zarząd Inwestycji Miejskich** [„Zamawiający"]

przy udziale jako współuczestnika po stronie Zamawiającego wykonawcy: **Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** [„Przystępujący"]

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego, tj.:

1)zalicza w poczet tych kosztów kwotę 20000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) **uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania** oraz **kwotę 3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) **uzasadnionych kosztów Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika**,

2)zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące 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.**

U z a s a d n i e n i e

Miasto Łódź – Zarząd Inwestycji Miejskich{dalej: „ZIM" lub „Zamawiający"}prowadzi na podstawie Ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320) {dalej również: „ustawa pzp", „ustawa Pzp", „pzp", „Pzp"} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Rozbudowa ul. Broniewskiego na odcinku od skrzyżowania z al. Śmigłego-Rydza do skrzyżowania z ul. Rzgowską i ul. Rzgowskiej na odcinku od posesji nr 40 do posesji nr 82* (DOM-WZP-II.271.3.2025).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 18 czerwca 2025 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej serii S nr 117 pod poz. 358613.

Wartość tego zamówienia jest powyżej progów unijnych.

4 lipca 2025 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie {dalej: „Strabag", „Wykonawca" lub „Przystępujący"}.

14 lipca 2025 r. Trakcja S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej: „Trakcja" lub „Odwołujący"} wniósł odwołanie od powyższej czynności i zaniechania odrzucenia wybranej oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp [jeżeli poniżej nie wskazano na inny akt prawny]:

1.Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Strabagu, pomimo że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił Zamawiającemu wprowadzające w błąd informacje mające istotne znaczenie dla decyzji podejmowanych przez Zamawiającego w postępowaniu o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VIII ust. 5 pkt 5.1. SWZ, w sytuacji gdy wykonawca ten nie wykonał robót budowlanych, w których zakres wchodzi wykonanie sygnalizacji świetlnej.

2.Art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 – przez nieuzasadniony wybór oferty, która powinna zostać odrzucona [niesamoistny zarzut wynikowy].

3.Art. 128 ust. 1 i 4 – przez zaniechanie wezwania Strabag do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych (wykazu robót) w zakresie dotyczycącym faktycznego zrealizowania na rzecz Gminy i Miasta Szczecin inwestycji obejmujących wykonanie sygnalizacji świetlnej, o których mowa w treści wykazu robót złożonego przez Strabag [zarzut ewentualny w stosunku do tego z pkt 1.]

4.Art. 16 – przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości [zrzut niesamoistny].

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.

2.Powtórzenie badania i oceny ofert.

3.Odrzucenia oferty Strabagu jako złożonej przez wykonawcę podlegającemu wykluczeniu.

4.Wezwania Strabagu do wyjaśnień lub uzupełnienia wykazu robót jak w zarzucie nr 3 [żądanie ewentualne w stosunku do poprzedniego].

W uzasadnieniu odwołania podniesiono okoliczności faktyczne i prawne, a na rozprawie złożono dowody, do których poniżej odniesiono się, jeżeli miały one znaczenie dla sprawy.

W odpowiedzi na odwołanie z 28 sierpnia 2025 r. Zamawiający wniósł o jego oddalenie, podnosząc okoliczności faktyczne i argumentację prawną oraz załączając dowody, jak to poniżej zrelacjonowano, jeżeli miało to znaczenie dla sprawy.

Przystępujący w zgłoszeniu przystąpienia z 17 lipca 2025 r. wniósł o oddalenie odwołania, na rozprawie poparł stanowisko Zamawiającego, a także złożył dowody, które wzięto pod uwagę i omówiono poniżej, jeżeli miały one znaczenie dla sprawy.

Izba ustaliła, co następuje:

I. Odnośnie rozumienia spornego warunku udziału w postępowaniu

i sposobu jego wykazania przez Strabag.

Brzmienie warunku udziału w postępowaniu o udzielenie tego zamówienia dotyczącego zdolności zawodowej wykonawcy:

[*Zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli wykonawca wykaże, że*:] *w okresie ostatnich 10 (dziesięciu) lat licząc wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał dwie (2) roboty budowlane (każda w ramach odrębnej umowy), z których każda obejmowała budowę lub rozbudowę lub przebudowę drogi wraz z torowiskiem tramwajowym, siecią trakcyjną, oświetleniem ulicznym, odwodnieniem i sygnalizacją świetlną, o wartości jednej z tych robót nie mniejszej niż 70 000 000,00 zł brutto i wartości drugiej nie mniejszej niż 60 000 000,00 zł brutto. Łączna długość torowiska tramwajowego wykonanego w ramach obu ww. robót budowlanych nie może być mniejsza niż 2 km toru pojedynczego* [rozdział VIII pkt 5.1 SWZ po zmianie z 15 lipca 2025 r.].

Na marginesie warto zauważyć, że nie przypadkiem w przepisach Prawa zamówień publicznych czy Prawa budowlanego mowa jest o „robotach budowlanych" w liczbie mnogiej, gdyż rzeczownik „roboty" użyty jest tu w znaczeniu zbiorowych prac mających na celu realizowanie jakiegoś przedsięwzięcia, w tym przypadku budowlanego. Natomiast rzeczownik „robota" w liczbie pojedynczej występuje tylko języku potocznym i może oznaczać: 1) zespół czynności podejmowanych w celu wykonania czegoś, 2) rezultat czyjejś pracy, czyjegoś działania, 3) pracę jako źródło zarobku, 4) miejsce zatrudnienia [patrz Słownik języka polskiego dostępny na https://sjp.pwn.pl].

W konsekwencji z powyżej przywołanego postanowienia wynika określenie minimalnego poziomu zdolności zawodowej wyrażającej się doświadczeniem w dwukrotnym należytym wykonaniu, nie dawniej niż 10 lat przed upływem terminu składania ofert, robót budowlanych polegających na budowie, rozbudowie lub przebudowie drogi wraz z torowiskiem tramwajowym, siecią trakcyjną, oświetleniem ulicznym, odwodnieniem i sygnalizacją świetlną objęte jedną umową, o skali wyrażonej wartością nie mniejszą niż odpowiednio 60 i 70 mln zł brutto, przy czym zsumowana długość torowiska wykonanego w ramach tych dwóch umów wynosiła co najmniej 2 km toru pojedynczego.

Należy zauważyć, że pomimo wymagania, aby referencyjne roboty budowlane obejmowały szereg aspektów, wyrażona progiem wartościowym skala wykonanych robót budowlanych dowolnie może się rozkładać na zakres rzeczowo-ilościowy poszczególnych aspektów prac (tj. drogowych, sieci trakcyjnej, oświetlenia ulicznego, odwodnienia i sygnalizacji świetlnej), jeżeli w wyniku wykonania łącznie tych dwóch umów powstało co najmniej 2 km pojedynczego torowiska. Innymi słowy, skoro odnośnie m.in. sygnalizacji świetlnej nie został skonkretyzowany minimalnie wymagany zakres rzeczowy i ilościowy tych, jednocześnie rozkład wymaganej łącznej długości torowiska na dwa odrębne przedsięwzięcia budowlane jest dowolny, każde z nich mogło obejmować jakąkolwiek, choćby pojedynczą sygnalizację świetlną. Podkreślić przy tym należy, że na potrzeby omawianego warunku nie zostało zdefiniowane, choćby przez odesłanie wprost do opisu przedmiotu tego zamówienia czy do odnośnych przepisów, co dokładnie należy rozumieć przez „sygnalizację świetlną".

W odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych Strabag złożył na potwierdzenie spełniania powyższego warunku Wykaz robót budowlanych obejmujących dwie pozycje następująco opisane [pisownia oryginalna, pominięto zbędne opisy rubryk z wzoru wykazu załączonego do SWZ]:

Robota budowlana (1):

1. Odbiorca robót:

1) Nazwa: Gmina Miasto Szczecin

2) Ulica / numer: Plac Armii Krajowej 1

3) Miasto / kod: 70-456 Szczecin

(…)

3. Nazwa zamówienia (zadania/kontraktu): Budowa Szczecińskiego Szybkiego Tramwaju

4. Data i miejsce wykonania Szczecin 11.04.2015 – zgodnie z datą wskazaną w Świadectwie Przejęcia z dnia 30.06.2015r.

5. Wykazywana robota budowlana o wartości 167.135.664,41 zł brutto obejmowała przebudowę drogi wraz z torowiskiem tramwajowym, siecią trakcyjną, oświetleniem ulicznym, odwodnieniem i sygnalizacją świetlną.

Długość torowiska tramwajowego wykonanego w ramach ww. roboty budowlanej wynosiła 7.929,28 mpt, czyli 7,9292 km toru pojedynczego.

Zamówienie zostało zrealizowane przez Konsorcjum firm:

1. Szybki Tramwaj Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków – Lider

2. STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków – Partner

Zgodnie z Aneksem nr 1 z dnia 09.09.2013r. do umowy konsorcjum nr 7/18/K/2013 z dnia 20.09.2012r. został ustalony niniejszy udział w konsorcjum:

Lider otrzyma wynagrodzenie w wysokości 1% netto wartości robót wykonanych przez Partnera jako wynagrodzenie odpowiadające pokryciu kosztów finansowania zamówienia. Partner otrzyma wynagrodzenie odpowiadające całości robót budowlanych.

Reasumując Partner wykonał całość robót budowlanych związanych z realizacją zamówienia.

W załączeniu:

- Poświadczenie z dnia 13.11.2016r.

- Świadectwo Przejęcia z dnia 30.06.2015r.

- Aneks nr 1 z dnia 09.09.2013r. do umowy konsorcjum nr 7/18/K/2013 z dnia 20.09.2012r.

Robota budowlana (2):

1. Odbiorca robót:

1) Nazwa: Gmina Miasto Szczecin

2) Ulica / numer: Plac Armii Krajowej 1

3) Miasto / kod: 70-456 Szczecin

(…)

3. Nazwa zamówienia (zadania/kontraktu): „Węzeł przesiadkowy Głębokie" – modernizacja skrzyżowania przy al. Wojska Polskiego/ul. Zegadłowicza/ul. Kupczyka/ul. Miodowa wraz z remontem ul. Kupczyka do granic administracyjnych Szczecina.

4. Data i miejsce wykonania Szczecin 20.12.2021r.

5. Wykazywana robota budowlana o wartości 64.937.386,94 zł brutto obejmowała przebudowę drogi wraz z torowiskiem tramwajowym, siecią trakcyjną, oświetleniem ulicznym, odwodnieniem i sygnalizacją świetlną.

Długość torowiska tramwajowego wykonanego w ramach ww. roboty budowlanej wynosiła 611,86 mtp + 359,96 mtp, czyli łącznie 0,9718 km toru pojedynczego.

W załączeniu:

- Poświadczenie

Przy czym wymienione w treści wykazu dokumenty zostały rzeczywiście załączone i wynika z nich potwierdzenie należytego wykonania przez Gminę Miasto Szczecin przedsięwzięć o nazwach podanych w wykazie. W treści tych dokumentów nie wspominano wprost o tym, czy te przebudowy obejmowały również sygnalizację świetlną. Jednakże obszerność tych dokumentów, w tym wyszczególnienie zakresu wykonanych prac, *per se* nie dowodzi, że taka sygnalizacja nie została wykonana w ramach tych przedsięwzięć, choćby w minimalnej skali. Ponadto co do zasady dokumenty te służą potwierdzeniu należytego wykonania robót opisanych w wykazie, a nie odwrotnie.

II. Odnośnie podstawy faktycznej zarzutów zawartych w odwołaniu.

Podstawa faktyczna zarzutów odwołania opisana w pkt II.2.1. uzasadnienia odwołania [por. str. 7.-14.] sprowadza się do twierdzenia, że wbrew treści wykazu sporządzonego przez Strabag żadna z tych dwóch zrealizowanych przez niego inwestycji nie obejmowała wykonania sygnalizacji świetlnej, co mają potwierdzać powszechnie dostępne informacje, tj. w odniesieniu do pozycji wykazu robót:

1)Szczeciński Szybki Tramwaj – wiedza pozyskana przez Odwołującego, tj.*de facto* wniosek wysnuty przez niego na podstawie analizy treści referencji (poświadczenia), wymieniającej szczegółowy zakres wykonanych robót, jednak bez

wskazania na jakąkolwiek sygnalizację świetlną [por. pkt 29-30];

2)Węzeł przesiadkowy Głębokie – dokumentacja tamtego zamówienia, tj. tabela elementów rozliczeniowych i ostateczny projekt wykonawczy (przy czym według „PW24 – Czasowa organizacja ruchu" do obowiązków Strabagu należało wyłącznie zapewnienie tymczasowej sygnalizacji świetlnej na czas prowadzenia robót budowlanych) [niezłożona do zamknięcia rozprawy na potwierdzenie tych twierdzeń], a także osadzone w uzasadnieniu odwołania zdjęcia, według opisu sprzed, w trakcie i po zakończeniu inwestycji [por. pkt 17.-25.];

Zaznaczyć należy, że zamieszczone w treści uzasadnienia odwołania zdjęcia niczego nie dowodzą, gdyż nie sposób na ich podstawie niczego istotnego dla sprawy zweryfikować, w tym kiedy zostały zrobione, czy odzwierciedlają cały obszar objęty inwestycją, a także, czy nie zostały w żaden sposób poddane obróbce (np. z użyciem coraz powszechniejszej tzw. sztucznej inteligencji – AI).

Ponadto w kontekście poz. nr 1 wykazu omówione zostało, dlaczego tymczasowa sygnalizacja świetlna nie może być traktowana na równi z docelową sygnalizacją świetlną [por. pkt 26.-27.].

Podkreślić należy, że o ile na początku pkt II.2.1. uzasadnienia odwołania zacytowano brzmienie postanowienia pkt 5.1. z rozdziału VIII SWZ w ostatecznym brzmieniu, o tyle omówienie, co z tego wynika, sprowadza się do oczywistej konstatacji, że w ramach robót, o których mowa w tym postanowieniu, miała zostać wykonana sygnalizacja świetlna, bo jej wykonanie jest objęte zakresem przedmiotu tego zamówienia [por. pkt 11.-12.].

W konsekwencji nigdzie w odwołaniu nie zostało jednoznacznie sprecyzowane, co według Odwołującego należy rozumieć przez „sygnalizację świetlną". Samo zestawienie w jednym akapicie stwierdzeń w odniesieniu do inwestycji z poz. 2. wykazu robót Strabagu (której poświęcono znakomitą większość uzasadnienia faktycznego), że *…jej zakres rzeczowy nie obejmował wykonania sygnalizacji świetlnej, która potwierdzałaby spełnianie omawianego warunku…* , a dalej, że *…zadanie to obejmowało wykonanie ronda, które nie przewidywało wykonania jakiejkolwiek sygnalizacji świetlnej do obsługi ruchu pojazdów lub pieszych,* sugeruje jedynie, że jakaś sygnalizacja świetlna została tam wykonana, jednak z bliżej niesprecyzowanego powodu nie może to być zaliczone na poczet spełniania odnośnego warunku. Przy czym na podstawie treści końcowych akapitów dotyczących tej inwestycji (w tym z akapitu wyróżnionego wytłuszczonym drukiem) można li tylko wysnuć wniosek, że wykonanie przy jej realizacji tymczasowej sygnalizacji świetlnej nie wpisuje się w treść warunku, m.in. właśnie z powodu tymczasowości a nie docelowości takiego rozwiązania [por. pkt 18. i 26.-27.].

III. Odnośnie wyniku postępowania dowodowego.

W odniesieniu do tak sformułowanej, jak to powyżej zrelacjonowano, podstawy faktycznej zarzutów odwołania strona przeciwna udowodniła, że wykonanie obu umów opisanych w wykazie robót Strabagu obejmowało również sygnalizację świetlną, o której mowa w warunku udziału dotyczącym doświadczenia wykonawcy rozumianym w powyżej omówiony sposób.

W piśmie z 4 sierpnia 2025 r. skierowanym do Gminy Miasta Szczecin, po zacytowaniu brzmienia odnośnego warunku udziału w postępowaniu oraz wymienieniu nazw obydwu przedsięwzięć z wykazu usług Strabagu, Zamawiający zapytał, czy w ramach każdej z nich zostały wykonane jakiekolwiek roboty związane z budową, rozbudową i przebudową sygnalizacji świetlnej.

W piśmie z 6 sierpnia 2025 r. Urząd Miasta Szczecina: *Wydział Inwestycji Miejskich w odpowiedzi na Państwa pismo znak: ZIM-ZII.5016.19.2025 z dnia 04.08.2025 r. informuje w zakresie pytania 2, że zadanie pn.: „Budowa Szczecińskiego Szybkiego Tramwaju" obejmowało (m.in.) budowę stałej sygnalizacji świetlnej na skrzyżowaniu ul. Batalionów Chłopskich i ul. Jaśminowej. Sygnalizacja typu akomodacyjnego. Szafa sterownicza typu ASTER IT dla 5-ciu grup sygnalizacyjnych z detektorem 1 pętli indukcyjnej, 3 mikrofalowych detektorów, 4 przycisków dla pieszych oraz modem komunikacyjny GSM* [Dowód nr 1 załączony do odpowiedzi na odwołanie].

Z kolei w ramach korespondencji mejlowej z 18 lipca 2025 r. dotyczącej sygnalizacji świetlnej Węzła przesiadkowego Głębokie kierownik projektu z ramienia Szczecińskich Inwestycji Miejskich sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie oświadczył: *…przesyłam Rys. TR2, na którym zaznaczone są sygnalizatory sygnalizacji świetlnej.* Na załączonym rysunku zakreślono dodatkowo na pomarańczowo 4 miejsca, w których widnieją znaki graficzne opisane w legendzie jako: *projektowany sygnalizator dwukomorowy na maszcie rurowym* [Dowód nr 2 załączony do odpowiedzi na odwołanie].

Z kolei Przystępujący złożył na rozprawie jako dowody w celu wykazania, że wykonana przez Strabag przebudowa Węzła przesiadkowego Głębokie w Szczecinie obejmowała również sygnalizację świetlną [nazwy dowodów widniejące na stronie tytułowej każdego dokumentu]:

1)Dowód nr 1 (Węzeł przesiadkowy Głębokie – SWZ) – gdzie w rozdziale XV pkt 1 mowa jest o przebudowie pętli tramwajowo-autobusowej [str. 15.],

2)Dowód nr. 2 (Węzeł przesiadkowy Głębokie – STWiORB dla sieci trakcyjnej tramwajowej) – gdzie w ramach

podstawowych materiałów do wykonania sterowania i napędu zwrotnic wymieniono sygnalizator dwukomorowy [str. 8.],

3)Dowód nr 3 (Węzeł przesiadkowy Głębokie – projekt lokalizacji tramwajowej sygnalizacji świetlnej) – gdzie na rys. TR2 w czterech miejscach widnieją znaki graficzne opisane w legendzie jako: *projektowany sygnalizator dwukomorowy na maszcie rurowym* [dowód tożsamy ze złożonym uprzednio przez Zamawiającego],

4)Dowód nr 4 (Węzeł przesiadkowy Głębokie – schemat zasilania sygnalizacji tramwajowej) – gdzie na rys. nr TR4 uwidoczniono schematycznie i opisano pod lit. H sygnalizator dwukomorowy (komplet),

5)Dowód nr 5 (Węzeł przesiadkowy Głębokie – protokół obioru końcowego robót z 20.12.2021 r.) – gdzie sygnalizacja świetlna zwrotnicowa została rozliczona w ramach przebudowy sieci trakcyjnej tramwajowej, stąd nie została odrębnie wymieniona [str. 1.],

6)Dowód nr 6 (Węzeł przesiadkowy Głębokie – dokumentacja fotograficzna z przejazdu tramwajem linii 9] – gdzie na 1. i 3. zdjęciu można dostrzec na słupach sygnalizatory świetlne zwrotnicowe dwukomorowe (2. zdjęcie jest zbyt rozmazane).

O ile bezpośrednio wykonanie sygnalizacji świetlnej potwierdzają dowody nr 2, 3, 4 i 6, o tyle pozostałe należy potraktować jako służące ukazaniu szerszego kontekstu dla zrozumienia, co dokładnie było przedmiotem tamtego zamówienia i zostało faktycznie wykonane.

Ponadto Przystępujący wyjaśnił na rozprawie, że w załączonym do wykazu robót Poświadczeniu (referencji) dotyczącym powyższej inwestycji sygnalizacja świetlna została rozliczona w ramach poz. 143. Montaż sterowników i napędów zwrotnic tabelarycznego zestawienia wykonanych elementów przedmiarowych [str. 11.].

Ponadto Przystępujący złożył Dowód nr 8 Szczeciński Szybkiego Tramwaj – wyciąg z ostatecznego świadectwa płatności (okładka, str. 1, 19, 43 i 60) [nazwa widniejąca na stronie tytułowej], gdzie wyszczególniono urządzenia do regulacji ruchu (sygnalizacja świetlna) [poz. 16.-21. na str. 9.].

Na rozprawie okazało się, że zarówno wykonanie sygnalizacji świetlnej zwrotnicowej w ramach przebudowy Węzła przesiadkowego Głębokie, jak i wykonanie sygnalizacji świetlnej drogowej nie jest sporne pomiędzy Stronami.

Natomiast Odwołujący złożył na rozprawie jako dowody opracowania [odręcznie oznaczono je jako OR1 i OR2] dla wykazania nowych w stosunku do podstawy faktycznej zarzutów odwołania twierdzeń, zmierzających do skonkretyzowania rozumienia sygnalizacji świetlnej w określony sposób. Stąd dowody te ostatecznie należało ocenić jako nic niewnoszące do sprawy, bo wykraczające poza granice zarzutów zawartych w odwołaniu w rozumieniu przepisu, który został omówiony poniżej w ramach rozważań prawnych.

Z uwagi na powyższe za zbędny należało również ocenić złożony na rozprawie przez Przystępującego Dowód nr 9 (Materiał ze strony transportszynowy.pl. dot. rodzajów sygnalizacji świetlnej) [nazwa widniejąca na stronie tytułowej].

Z kolei Dowód nr 10 (Zestawienie nagrań wideo z serwisu Youtube obrazujących istnienie sygnalizacji świetlnej w ramach inwestycji realizowanych przez przystępującego Strabag Sp. z o.o.) [nazwa widniejąca na stronie tytułowej] – wobec niezałączenia tych nagrań, przy jednoczesnym braku wniosku o ich odtworzenie, należało uznać za ciekawostkę, która również nic nie wnosi do sprawy.

Izba zważyła, co następuje:

Z uwagi na podnoszenie przez Odwołującego na rozprawie nowych okoliczności faktycznych w stosunku do podstawy faktycznej zarzutów odwołania, tj. po upływie zawitego terminu na jego wniesienie, w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na kluczowe przepisy rządzące przebiegiem postępowania odwoławczego.

Specyfika postępowania odwoławczego wyraża się przede wszystkim w zawartym w art. 555 ustawy pzp uregulowaniu (niezmienionym w stosunku do tego z art. 192 ust. 7 poprzednio obowiązującej ustawy pzp), że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że niezależnie od wskazywanego w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych lub zaniechanych czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności, przede wszystkim faktycznych, ale i prawnych. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. W konsekwencji o ile dowody na mocy art. 535 ustawy pzp odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 555 pzp. Należy rozgraniczyć bowiem okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie.

Trafność powyższego stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej, podzielanego również w doktrynie, już dawno została potwierdzona w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w uzasadnieniu w wyroku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12 Sąd Okręgowy w Gdańsku trafnie wywiódł, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod

kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

Z kolei aktualnie Sąd Okręgowy w Warszawie, który jako Sąd Zamówień Publicznych rygorystycznie przestrzega stosowania art. 555 pzp, w uzasadnieniu wyroku z 18 października 2023 r. sygn. akt. XXIII Zs 77/23wywiódł, że postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą nie ma charakteru całościowego postępowania kontrolnego, obejmującego ogólną prawidłowość przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego, a Izba jest władna badać ściśle konkretnie te kwestie, które zostały jej poddane przez odwołującego (a następnie ewentualnie zmodyfikowane uwzględnieniem odwołania przez zamawiającego i sprzeciwem przystępującego) – i tak przedstawiony jej zakres zaskarżenia i zarzutów poddać konfrontacji z regulacją art. 554 ust 1 pkt 1 oraz art 555 ustawy pzp. Sąd z całą mocą podkreślił, że niedopuszczalne jest orzekanie przez Izbę w zakresie niespornym oraz co do zarzutów niezawartych w odwołaniu. Krajowa Izba Odwoławcza nie jest bowiem uprawniona do dowolnego zakresu rozpoznania odwołania (ustalenia substratu zaskarżenia), gdyż w systemie środków ochrony prawnej na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych dysponentem odwołania jest odwołujący, a także zamawiający (uznając bądź nie zarzuty odwołania) oraz jego uczestnicy (korzystając z prawa do wniesienia sprzeciwu). Stąd zarówno orzekanie przez Izbę w zakresie nieobjętym sprzeciwem (a zatem w zakresie niespornym), jak i co do zarzutów niezawartych w odwołaniu jest niedopuszczalne.

Z kolei zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Takie uregulowanie (niezmienione w stosunku do tego z art. 192 ust. 7 zd. 1 popzp) stanowi potwierdzenie, że postępowanie odwoławcze ma charakter kontradyktoryjny i co do zasady obowiązuje w nim klasyczny rozkład ciężaru dowodu. Przyjęte rozwiązanie wynika z obowiązującej w prawie cywilnym zasady, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z tego faktu wywodzi skutki prawne (art. 6 Kodeksu cywilnego). Innymi słowy ciężar udowodnienia spoczywa na tym, kto twierdzi o istnieniu danego faktu, a nie na tym, kto twierdzeniu temu zaprzecza (łac. *ei incubit probatio qui dicit non qui negat*). Aktywność we wnioskowaniu dowodów powinien wykazywać zwłaszcza odwołujący, który wywodzi z podnoszonych w odwołaniu faktów skutki prawne w postaci stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy pzp, które ma wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co jest konieczne dla uwzględnienia odwołania. Na co zresztą również zwrócił uwagę Sąd Okręgowy w Warszawie, który w uzasadnieniu wyroku z 10 sierpnia 2022 r. sygn. akt XXIII Zs 86/22 jednoznacznie wskazał, że to na odwołującym spoczywa ciężar wykazania okoliczności faktycznych będących podstawą odwołania i uzasadniających jego wnioski. Jednakże inicjatywa dowodowa odwołującego nie może wykraczać poza okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu, które kształtują zarzuty podlegające kognicji Izby w myśl omówionego powyżej art. 555 ustawy pzp.

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

Z kolei 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 skrystalizowało 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 v 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, str. 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 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 należytą 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 CKN 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 o słownikową „półprawdę", czyli *informację, która przez celowe nieujawnienie całej prawdy wprowadza w błąd*, inaczej mówiąc *prawdę częściową, niezupełną, 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, jak to powyżej ustalono, nie doszło w ogóle do przedstawienia przez Przystępującego nieprawdziwych informacji w wykazie robót, nie została wypełniona pierwsza z przesłanek koniecznych dla zastosowania podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 czy 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 CKN 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.

Skoro Przystępujący w ramach wykazu robót nie zawarł nieprawdziwych informacji, nie można mu też przypisać żadnej postaci winy.

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).

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.

W ustalonych powyżej okolicznościach również okolicznościach nie mogło dojść do wprowadzenia w błąd Zamawiającego w sytuacji, gdy na podstawie podanych przez Przystępującego zgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy informacji pozytywnie zweryfikował spełnianie przez niego odnośnego warunku udziału w postępowaniu.

Z art. 128 ust. 1 ustawy 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. Z kolei art. 128 ust. 4 ustawy pzp uprawnia zamawiającego do żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących m.in. podmiotowych środków dowodowych.

Z uwagi na poczynione powyżej ustalenia faktyczne objęte zarzutem ewentualnym naruszenie powyższych przepisów należy uznać za bezprzedmiotowe, gdyż złożone przez Przystępującego na wezwanie Zamawiającego podmiotowe środki dowodowe w postaci wykazu robót i dowodów ich należytego wykonania potwierdzają spełnianie warunku udziału w tym postępowaniu dotyczącego doświadczenia wykonawcy.

W konsekwencji Zamawiający nie mógł naruszyć art. 239 ust. 1 czy art. 16 ustawy pzp, gdyż wybrał najkorzystniejszą ofertę według określonych w dokumentach tego zamówienia kryteriów oceny ofert, a tym samym przeprowadził postępowanie o udzielenie tego zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 2. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika (potwierdzone złożoną fakturą VAT), orzeczono w pkt 2. sentencji stosownie do ustalonego wyniku sprawy, tj. na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 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 Odwołującego.