

WYROK

Warszawa, dnia 31 sierpnia 2026 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Siwik

Członkowie: Maciej Sikorski

Maksym Smorczewski

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 sierpnia 2026 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 lipca 2026 r. przez wykonawcę **MIRBUD S.A z siedzibą w Skierniewicach** („Odwołujący”),

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad**, w imieniu i na rzecz którego działa **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie** („Zamawiający”),

przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego – wykonawcy **Budimex S.A z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego,

orzeka:

1. **Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu oznaczonego jako nr 1b) w *petitum* odwołania oraz w części dotyczącej umowy z dnia 11 marca 2019 r. (nr 29/IR/19), realizowanej na rzecz Gminy Lublin, w zakresie zarzutu oznaczonego jako nr 2 w *petitum* odwołania.**
2. **Uwzględnia odwołanie w pozostałym zakresie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowne badanie i ocenę ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Budimex S.A z siedzibą w Warszawie jako złożonej przez wykonawcę, który podlega wykluczeniu z Postępowania.**
3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego w następujący sposób:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego – Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu i na rzecz którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie na rzecz Odwołującego – wykonawcy MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą uzasadnione koszty Odwołującego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:.....

Członkowie:.....

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu i na rzecz którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie (dalej jako **Zamawiający**) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm.), zwanej dalej „**ustawą Pzp**” lub „**Pzp**”, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „*Zaprojektowanie i budowa obwodnicy Brzostku i Kołaczyc w ciągu drogi krajowej nr 73 długości ok. 13,4 km*” (znak postępowania: O/RZ.D-3.2410.5.2024), dalej jako „**Postępowanie**”.

Ogłoszenie o zamówieniu ww. postępowania zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19.11.2024 r. pod numerem 705922-2024.

Dnia 16 lipca 2026 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie zostało wniesione odwołanie przez

wykonawcę MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach („**Odwolujący**”).

Odwolujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

„1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8) lub 10 Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Budimex z uwagi na to, że wykonawca ten co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, a nawet w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego (wprowadził w błąd Zamawiającego) w zakresie braku podlegania wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp poprzez zatajenie informacji w zakresie okoliczności związanych z nienależytym wykonaniem umowy o zamówienie publiczne:

a) z dnia 12 września 2016 r. nr 1068/US/PW/PRO-JRP-T1/B/16 dotyczącej „Modernizacji Zakładu Północnego - etap II – modernizacja filtrów pospiesznych piaskowych” (dalej „Umowa MPWiK”), zawartej z Miejskim Przedsiębiorstwem Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawa S.A. (dalej „MPWiK”), co doprowadziło do powstania po stronie MPWiK szkody i naliczenia przez MPWiK wobec Budimex odszkodowania opiewającego na kwotę 55.253.509,84 zł (dalej „Odszkodowanie MPWiK”), w tym kosztów poniesionych przez MPWiK tytułem prac naprawczych, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego w zakresie oceny, czy Budimex nie podlega wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp;

b) z dnia 11 marca 2019 roku, nr 29/IR/19, dotyczącej Rewitalizacji przyrodniczej Parku Ludowego w Lublinie („Umowa Rewitalizacja”), zawartej z Gminą Lublin („Gmina Lublin”), co doprowadziło do naliczenia Budimex kary umownej za zwłokę w wykonaniu zamówienia wynoszącą 252 dni w wysokości 250 tys. zł, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego w zakresie oceny, czy Budimex nie podlega wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp;

2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Budimex, pomimo tego że wykonawca ten z przyczyn leżących po swojej stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nienależycie wykonał istotne zobowiązanie wynikające z umowy o zamówienie publiczne, w tym w sposób długotrwały nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniej zawartej umowy, co doprowadziło do powstania po stronie zamawiających (MPWiK, Gmina Lublin) szkody i naliczenia wobec Budimex odszkodowania oraz kary umownej”.

W związku z opisanymi naruszeniami Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

„(1) unieważnienia czynności wyboru oferty Budimex jako najkorzystniejszej w Postępowaniu;

(2) przeprowadzenia ponownego badania i oceny złożonych ofert;

(3) odrzucenia oferty Budimex jako złożonej przez wykonawcę, które podlega wykluczeniu z Postępowania;

(4) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej”.

Odwolujący wskazywał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, bowiem: „Odwolujący jest wykonawcą, którego oferta uplasowała się na drugim (2) miejscu w rankingu ofert. Gdyby jednak Zamawiający dokonał prawidłowej oceny ofert i podjął w związku z tym odpowiednie czynności (opisane w odwołaniu), a przez to nie naruszył przepisów wskazanych w petitum odwołania, oferta Odwołującego zostałaby uznana jako oferta najkorzystniejsza w Postępowaniu. W takim bowiem przypadku oferta Budimex podlegałaby odrzuceniu, a ofertą z największą liczbą punktów byłaby oferta Odwołującego. Wówczas Odwołujący uzyskałby zamówienie objęte Postępowaniem. Natomiast w wyniku dokonanych przez Zamawiającego naruszeń przepisów prawa Odwołujący utracił możliwość wygrania Postępowania, podpisania umowy i realizacji inwestycji. Wskutek zaniechania czynności odrzucenia oferty BUDIMEX Odwołujący może ponieść szkodę w związku z niezgodnym z prawem działaniem Zamawiającego, która powinna być rozumiana jako utrata możliwości wygenerowania przez niego zysku z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia.

Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia polega na tym, że Odwołujący oferuje wykonanie zamówienia w niniejszym Postępowaniu, którego wynikiem będzie zawarcie z Zamawiającym umowy, a w przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania szanse Odwołującego na uzyskanie zamówienia znacząco wzrosną - oferta Odwołującego będzie ofertą najkorzystniejszą. Z kolei naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może wyrządzić Odwołującemu szkodę w postaci utraconych korzyści – przychodów z nieuzyskanego zamówienia. Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazuje, że jego interes prawny wyraża się również w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa. Odwołujący uzasadnia swój interes w uzyskaniu zamówienia także okolicznościami faktycznymi i zarzutami prawnymi wskazanymi w uzasadnieniu odwołania, w świetle których Zamawiający winien odrzucić ofertę BUDIMEX. W przypadku potwierdzenia się uzasadnionych niniejszym odwołaniem

zarzutów, *Odwołujący uzyska zamówienie*".

W uzasadnieniu odwołania została przedstawiona argumentacja faktyczna i prawna dla podniesionych zarzutów.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie („Przystępujący”).

W dniu 3 sierpnia 2026 r. Zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił argumentację na oddalenie odwołania. W odpowiedzi przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

W dniu 4 sierpnia 2026 r. Przystępujący złożył pismo procesowe, w którym przedstawił swoje stanowisko procesowe.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk stron postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej.

Strony nie zgłosiły opozycji ani zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia Przystępującego do postępowania odwoławczego pod stronie Zamawiającego. Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia Przystępującego – wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w szczególności dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz na podstawie oświadczeń stron oraz dowodów przez nich składanych, które zostały przez Izbę przyjęte w poczet materiału dowodowego. Strony składały wnioski dowodowe o przeprowadzenie dowodów z dokumentów na okoliczności wskazywane przy ich składaniu. Izba postanowiła dopuścić wszystkie wnioskowane dowody w poczet materiału dowodowego i na ich podstawie przeprowadzić dowody. W sytuacji, w której dany dowód miał znaczenie dla rozstrzygnięcia, znajdzie to wyraz w dalszej części uzasadnienia.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 1b) w *petitum* odwołania oraz w części dotyczącej umowy z dnia 11 marca 2019 r. (nr 29/IR/19), realizowanej na rzecz Gminy Lublin, w zakresie zarzutu oznaczonego jako nr 2 w *petitum* odwołania, orzekając na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, *odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy*. Stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania*.

Przed otwarciem rozprawy Odwołujący oświadczył, że wycofuje ww. zarzuty odwołania. W przywołanym przepisie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca przyznał odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Skoro zatem wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wnioskowania *a maiori ad minus*, należy uznać, że odwołujący może zrezygnować z popierania jedynie części odwołania. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowana możliwość skutecznego cofnięcia odwołania w części. Odwołujący oświadczył, że nie popiera już odwołania w ww. zakresie, wobec powyższego postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu. Dostrzec należy, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu części odwołania, czego skutkiem wynikającym wprost z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp jest obowiązek umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie wycofanych zarzutów.

Rozstrzygnięcie w przedmiocie zarzutów, które okazały się niesporne jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę, nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie Izba wskazuje, że stan faktyczny sprawy był niesporny między stronami. Jak wskazał w odpowiedzi na

odwołanie Zamawiający:

„1. Na wstępie Zamawiający co do zasady potwierdza przedstawiony w Odwołaniu opis stanu faktycznego jako wynikający bezpośrednio z dokumentów zamówienia oraz dokumentów i oświadczeń złożonych w Postępowaniu. Należy jednak uzupełniająco wskazać, co następuje.

2. Przystępujący Budimex wraz z ofertą złożył JEDZ, w którym na pytanie:

Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?”

udzielił odpowiedzi „TAK”, załączając jednocześnie do JEDZ wyjaśnienia, w których opisał m.in. okoliczność związane z naliczeniem przez różnych zamawiających kar umownych. W Wyjaśnieniach JEDZ znalazła się informacja, iż MPWiK w dniu 29 maja 2024 r. naliczyło Przystępującemu karę umowną z tytułu nienależytego wykonania Umowy w wysokości 7.683.594,75 zł. Przystępujący, jak zauważył Odwołujący, w ww. Wyjaśnieniach JEDZ nie poinformował Zamawiającego, że:

- MPWiK, dochodzi od Przystępującego odszkodowania w wysokości 55.253.509,84 zł,
- Gmina Lublin naliczyła Przystępującemu karę umowną w wysokości 252.000,00 zł tytułem zwłoki w wykonaniu danego elementu (etapu) robót.

(...)

7. W ocenie Zamawiającego stan faktyczny, jako wynikający bezpośrednio z dokumentów jest między stronami bezsporny. Do rozstrzygnięcia przez KIO pozostaje jednak ocena dokonanych przez Zamawiającego czynności/zaniechań pod kątem zarzutów Odwołania.

8. W ocenie Zamawiającego Odwołanie opiera się w całości na dwóch założeniach, że:

- fakt skierowania przez MPWiK, czy też Gminę Lublin roszczenia o odszkodowanie lub kary umownej wobec Przystępującego Budimex S.A. jest równoznaczny z ustaleniem, że Wykonawca ten – z przyczyn leżących po jego stronie – nienależycie wykonał wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp,

- brak odrębnego wyeksponowania każdego z roszczeń w JEDZ stanowi „informację wprowadzającą w błąd” w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp.

Założenia te, w ocenie Zamawiającego, są błędne”.

Istota sporu sprowadzała zatem *de facto* się do rozstrzygnięcia czy niepoinformowanie w JEDZ przez Przystępującego, iż MPWiK dochodzi od Budimex odszkodowania w wysokości ok. 55 mln zł miało i powinno mieć wpływ na ocenę sytuacji podmiotowej Przystępującego. Wskazać należy, że informacja o dochodzonym od Przystępującego odszkodowaniu dotarła do Zamawiającego z inicjatywy samego Odwołującego, czemu Zamawiający nie zaprzeczał (vide pkt 3 odpowiedzi na odwołanie, s. 4: „Zamawiający, w niniejszym Postępowaniu, uzyskał informacje o dochodzonym przez MPWiK odszkodowaniu z informacji złożonej przez MIRBUD dnia 14 sierpnia 2025 r.”).

Izba uznała zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia Przystępującego za zasadny. W ocenie Izby całokształt okoliczności sprawy prowadzi do jednoznacznego wniosku, że Przystępujący, przedstawiając Zamawiającemu informacje dotyczące swojej sytuacji podmiotowej i kontraktowej, w sposób co najmniej niedbały, a w istocie rażąco lekkomyślny, pominął okoliczności o zasadniczym znaczeniu dla oceny jego rzetelności kontraktowej.

Nie chodzi przy tym o zwykłe niezamieszczenie w oświadczeniu informacji o zdarzeniu ubocznym, marginalnym czy niejednoznacznym. Przystępujący zataił przed Zamawiającym **cały istotny fragment swojej przeszłości kontraktowej**, w tym informację o dochodzeniu przez MPWiK roszczenia odszkodowawczego w wysokości około 55 mln zł.

W ocenie Izby takie zachowanie nie może być traktowane jako neutralne przemilczenie. Stanowiło ono przedstawienie informacji w sposób niekompletny i selektywny, który obiektywnie kreował korzystniejszy obraz sytuacji Przystępującego, niż wynikał z rzeczywistego stanu rzeczy. Tym samym zachowanie to mieści się w dyspozycji art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp.

Wykonawca nie może sam decydować, które fakty dotyczące jego rzetelności kontraktowej Zamawiający powinien poznać.

W ocenie Izby podstawowym błędem stanowiska prezentowanego przez Przystępującego jest założenie, że to wykonawca może dokonać ostatecznej i wiążącej dla Zamawiającego oceny, które zdarzenia z jego przeszłości kontraktowej są prawnie relewantne, a które może pominąć.

Takie założenie jest nie do zaakceptowania.

Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego nie jest arbitrem własnej rzetelności. Nie jest również uprawniony do selekcjonowania informacji przekazywanych Zamawiającemu według własnej, subiektywnej oceny ich znaczenia.

Jeżeli określone zdarzenie może mieć znaczenie dla oceny podstaw wykluczenia, obowiązkiem wykonawcy jest jego ujawnienie, a następnie pozostawienie Zamawiającemu dokonania oceny prawnej i faktycznej tego zdarzenia.

W szczególności wykonawca nie może przyjąć założenia, że skoro sam uważa, iż określone roszczenie jest bezzasadne, określona kara umowna została naliczona niesłusznie, odstąpienie od umowy było niezasadne albo wynik sporu sądowego będzie dla niego korzystny, to okoliczności te mogą zostać całkowicie pominięte w oświadczeniu składanym Zamawiającemu.

Byłoby to odwróceniem ustawowego modelu badania rzetelności wykonawcy.

To Zamawiający, a nie wykonawca, jest podmiotem właściwym do dokonania oceny, czy konkretne zdarzenie wywołuje skutki przewidziane w ustawie Pzp. Aby jednak Zamawiający mógł takiej oceny dokonać, musi dysponować kompletnym materiałem faktycznym.

Przystępujący pozbawił Zamawiającego tej możliwości, dokonując uprzedniej, jednostronnej selekcji informacji.

Izba nie podziela stanowiska, zgodnie z którym art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp odnosi się wyłącznie do sytuacji, w której wykonawca przekazuje informację literalnie nieprawdziwą. Tak wąskie rozumienie tego przepisu prowadziłoby do oczywiście nieakceptowalnych rezultatów.

Wykonawca mógłby bowiem uniknąć odpowiedzialności za wprowadzenie Zamawiającego w błąd nie poprzez przedstawienie prawdy, lecz poprzez przedstawienie jej jedynie w takim zakresie, który pomija fakty dla niego niekorzystne. Taka wykładnia premiowałaby wykonawcę, który nie kłamie wprost, lecz milczy w sposób „kalkulacyjny”.

Nie sposób zaakceptować takiego rezultatu.

Informacja może wprowadzać w błąd nie tylko dlatego, że jej treść jest nieprawdziwa, ale również dlatego, że sposób jej przedstawienia – w tym jej fragmentaryczność, selektywność lub pominięcie istotnych okoliczności – prowadzi do powstania po stronie Zamawiającego mylnego obrazu rzeczywistości.

W niniejszej sprawie właśnie z takim przypadkiem mamy do czynienia.

Przystępujący nie poinformował Zamawiającego o dochodzeniu wobec niego roszczenia odszkodowawczego w wysokości około 55 mln zł. Jednocześnie składając oświadczenia dotyczące podstaw wykluczenia, stworzył obraz swojej sytuacji kontraktowej, w którym okoliczność ta nie występowała.

Nie było to zatem jedynie „nieprzekazanie informacji”. Było to **przedstawienie Zamawiającemu obrazu sytuacji pozbawionego elementu, który z punktu widzenia oceny rzetelności wykonawcy miał istotne znaczenie**.

W ocenie Izby skutek takiego działania jest funkcjonalnie tożsamy z przekazaniem informacji nieprawdziwej. Zamawiający otrzymuje bowiem informację, która nie odpowiada pełnemu obrazowi rzeczywistości i na której podstawie może podjąć decyzję, której nie podjąłby albo której treść mogłaby być inna, gdyby znał wszystkie istotne okoliczności.

Nie można uznać w okolicznościach sprawy za przypadkowe pominięcia informacji o roszczeniu o wartości około 55 mln zł. Szczególnego znaczenia nabiera skala i charakter pominiętej przez Przystępującego informacji.

Nie sposób racjonalnie przyjąć, że roszczenie odszkodowawcze w wysokości około 55 mln zł pozostawało poza sferą wiedzy Przystępującego albo mogło zostać przez profesjonalnego wykonawcę potraktowane jako okoliczność całkowicie pozbawiona znaczenia dla oceny jego sytuacji podmiotowej. Przystępujący był stroną relacji kontraktowej, z której wynikało dochodzone roszczenie. Miał zatem pełną wiedzę o istnieniu sporu oraz o jego przedmiocie i wartości.

Co więcej, Przystępujący w toku postępowania aktualizował informacje dotyczące samooczystczenia.

Okoliczność ta dodatkowo potwierdza, że kwestia jego przeszłości kontraktowej była mu znana i pozostawała w jego świadomości. Nie sposób zatem przyjąć, że doszło tu do zwykłego, niezamierzonego przeoczenia.

Przystępujący jako profesjonalista miał obowiązek zweryfikowania kompletności składanych oświadczeń, w szczególności w zakresie informacji dotyczących jego rzetelności kontraktowej. Jeżeli zaś mimo tego nie przekazał Zamawiającemu żadnej informacji o roszczeniu o wartości około 55 mln zł, to co najmniej nie dochował elementarnych standardów należytej staranności wymaganych od profesjonalnego uczestnika rynku zamówień publicznych.

Izba ocenia zachowanie Przystępującego szczególnie krytycznie również z uwagi na zawodowy charakter prowadzonej przez niego działalności. Od wykonawcy ubiegającego się o zamówienie publiczne należy oczekiwać podwyższonego poziomu staranności przy składaniu oświadczeń dotyczących podstaw wykluczenia. Nie chodzi przy tym o wymaganie od wykonawcy nieomylności. Chodzi o podstawową powinność zweryfikowania, czy składane przez niego oświadczenie przedstawia rzeczywisty i aktualny stan jego sytuacji.

W niniejszej sprawie standard ten został naruszony w sposób oczywisty.

Przystępujący z otrzymanego wezwania od MPWiK wiedział o istnieniu roszczenia, jego wartości, a także to, że roszczenie pozostaje związane z jego wcześniejszą relacją kontraktową z podmiotem publicznym. Jednocześnie zdecydował się nie przekazać Zamawiającemu żadnej informacji w tym zakresie.

Nawet gdyby przyjąć, że Przystępujący nie miał zamiaru bezpośredniego wprowadzenia Zamawiającego w błąd, to pozostaje faktem, że **co najmniej godził się z możliwością, że pominięcie tak istotnej informacji doprowadzi do przedstawienia jego sytuacji w sposób niepełny i korzystniejszy niż rzeczywisty.**

Jest to zachowanie odpowiadające co najmniej lekkomyślności, a niewątpliwie również niedbalstwu w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp.

Przyjęcie odmiennego stanowiska prowadziłoby do nieuzasadnionego uprzywilejowania wykonawcy, który zamiast podjąć trud przekazania Zamawiającemu pełnego obrazu swojej sytuacji, ogranicza się do przedstawienia jedynie informacji dla siebie korzystnych.

Izba nie podziela również argumentacji, jakoby znaczenie zatajenia informacji było ograniczone z uwagi na fakt, że Zamawiający posiadał lub mógł posiadać wiedzę o relacji kontraktowej Przystępującego z MPWiK, że ją „monitorował na bieżąco”. Nie można utożsamiać potencjalnej wiedzy Zamawiającego z prawidłowym wykonaniem przez wykonawcę obowiązku informacyjnego. To wykonawca składający oświadczenie odpowiada za jego treść.

Nie jest rolą Zamawiającego domyślanie się, jakie informacje wykonawca chciał przemilczeć, ani rekonstruowanie rzeczywistej sytuacji podmiotowej wykonawcy na podstawie informacji rozproszonych, niepełnych lub pozyskanych z innych źródeł. Tym bardziej nie można zaakceptować konstrukcji, w której wykonawca świadomie nie ujawnia określonej okoliczności, a następnie broni się twierdzeniem, że Zamawiający i tak mógł ją znać.

Taka argumentacja prowadziłaby w istocie do uznania, że wykonawca może uchylić się od obowiązku rzetelnego przedstawienia swojej sytuacji zawsze wtedy, gdy uzna, że Zamawiający prawdopodobnie posiada wiedzę na ten temat. Byłoby to sprzeczne z zasadą transparentności i lojalności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W tym miejscu Izba ponownie podkreśla autonomiczny charakter przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp. Zamawiający nie musi najpierw wykazać, że wobec Przystępującego ziszcza się przesłanka wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, aby następnie móc zastosować art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp. Są to dwie odrębne podstawy wykluczenia, chroniące różne wartości i wymagające ustalenia odmiennych przesłanek.

Art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp dotyczy określonego rodzaju wcześniejszego zachowania wykonawcy w związku z realizacją umowy, natomiast art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp sankcjonuje sposób zachowania wykonawcy w toku konkretnego postępowania – przedstawienie informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd, dokonane w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa.

Nie jest zatem konieczne, aby Izba rozstrzygała, czy roszczenie MPWiK jest ostatecznie zasadne, czy Przystępujący ponosi odpowiedzialność za powstanie szkody, czy też w przyszłości sąd uwzględni bądź oddali dochodzone roszczenie.

Dla zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp wystarczające jest ustalenie, że istniała istotna okoliczność dotycząca sytuacji kontraktowej Przystępującego, o której Przystępujący wiedział, której nie ujawnił Zamawiającemu, a której pominięcie mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego.

I właśnie taki stan rzeczy wystąpił w niniejszej sprawie.

Obowiązek rzetelnego przedstawienia informacji przez wykonawcę nie ma charakteru jednorazowego i nie wyczerpuje się z chwilą złożenia JEDZ albo innego oświadczenia dotyczącego braku podstaw wykluczenia. Przeciwnie, ma on charakter dynamiczny i aktualny przez cały okres prowadzenia postępowania, stosownie do zmieniającej się sytuacji faktycznej i prawnej wykonawcy.

Wykonawca nie może zatem przyjąć, że raz złożone oświadczenie pozostaje wiążące niezależnie od późniejszych zdarzeń, albo że ma niejako charakter uniwersalny na potrzeby różnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Jeżeli w toku postępowania wystąpią nowe okoliczności, które mogą mieć znaczenie dla oceny jego sytuacji podmiotowej (np. pojawią się kolejne roszczenia odszkodowawcze), w szczególności w zakresie podstaw wykluczenia, wykonawca powinien z własnej inicjatywy poinformować o nich Zamawiającego.

Obowiązek ten jest konsekwencją nie tylko treści przepisów regulujących podstawy wykluczenia, lecz również charakteru postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający dokonuje bowiem oceny sytuacji wykonawcy na podstawie informacji aktualnych na moment podejmowania określonych czynności w postępowaniu. Ocena ta nie może być oparta na stanie faktycznym, który przestał odpowiadać rzeczywistości.

Wykonawca, który w toku postępowania uzyskał wiedzę o okoliczności mogącej mieć znaczenie dla oceny jego rzetelności, nie może pozostawać bierny tylko dlatego, że Zamawiający nie skierował do niego jeszcze szczegółowego wezwania. Przyjęcie takiego stanowiska oznaczałoby w praktyce przerzucenie na Zamawiającego ciężaru poszukiwania informacji dotyczących sytuacji wykonawcy, podczas gdy to wykonawca pozostaje podmiotem najlepiej znającym własną sytuację faktyczną i prawną.

W ocenie Izby szczególnego znaczenia nabiera przy tym selektywność informacji przekazywanych przez wykonawcę, zwłaszcza w ramach instytucji samooczyszczenia.

Samooczyszczenie nie jest bowiem instrumentem służącym wyłącznie do wykazania, że wykonawca podjął określone działania naprawcze. Jest ono mechanizmem umożliwiającym Zamawiającemu dokonanie oceny, czy pomimo wystąpienia określonych zdarzeń wykonawca daje obecnie wystarczające gwarancje swojej rzetelności i wiarygodności.

Warunkiem dokonania takiej oceny jest jednak przedstawienie przez wykonawcę pełnego i niewadliwego obrazu okoliczności, które legły u podstaw samooczyszczenia.

W niniejszej sprawie samooczyszczenie Przystępującego nie obejmowało w żaden sposób dochodzonego przez MPWiK roszczenia odszkodowawczego. Tym samym było ono niepełne już na poziomie przedstawionego materiału faktycznego. Przystępujący nie może oczekiwać, że Zamawiający uzna jego samooczyszczenie za wystarczające, jeżeli jednocześnie wykonawca zataja przed nim istotną część okoliczności dotyczących własnej przeszłości kontraktowej. Samooczyszczenie nie może bowiem służyć jako narzędzie do „wybielenia” wyłącznie tej części historii wykonawcy, którą wykonawca sam zdecyduje się ujawnić. Samooczyszczenie Przystępującego nie odnosiło się do przekazania Zamawiającemu w tym Postępowaniu informacji wprowadzających w błąd, co wyklucza już uznanie, że się samooczyścił w tym zakresie, w szczególności że wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane ze swoim nieprawidłowym postępowaniem (art. 110 ust. 2 pkt 2 Pzp).

W ocenie Izby, spełniona została również przesłanka możliwości istotnego wpływu przedstawionych informacji na decyzje Zamawiającego. Informacja o roszczeniu odszkodowawczym w wysokości około 55 mln zł, związanym z wcześniejszym kontraktem realizowanym przez Przystępującego, jest z samej swojej natury informacją mogącą mieć znaczenie dla oceny jego rzetelności. Nie można przyjąć, że informacja taka jest obojętna z punktu widzenia oceny wykonawcy ubiegającego się o kolejne zamówienie publiczne.

Zamawiający, dysponując pełną informacją, mógł dokonać jej odmiennej oceny, w tym zweryfikować, czy zachodzą podstawy wykluczenia, zażądać dodatkowych wyjaśnień, ocenić przedstawione przez wykonawcę środki samooczyszczenia lub podjąć inne przewidziane prawem czynności. Przystępujący, poprzez nieujawnienie tej informacji, pozbawił Zamawiającego możliwości dokonania takiej oceny na podstawie pełnego materiału.

Dla zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp nie jest natomiast konieczne wykazanie, że gdyby Zamawiający znał tę informację, z pewnością podjąłby inną decyzję. Ustawowa przesłanka odnosi się do tego, że informacja **mogła mieć istotny wpływ** na decyzje Zamawiającego. W ocenie Izby w niniejszej sprawie przesłanka ta została spełniona w sposób oczywisty.

W ocenie Izby zachowanie Przystępującego należy ocenić jako szczególnie naganne z punktu widzenia

podstawowych zasad rzetelności i transparentności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przystępujący posiadał wiedzę o istotnym sporze dotyczącym jego wcześniejszej działalności kontraktowej oraz o dochodzeniu wobec niego roszczenia o wartości około 55 mln zł. Pomimo tego, składając Zamawiającemu oświadczenia dotyczące podstaw wykluczenia, nie przekazał żadnej informacji na ten temat.

Nie przedstawił zatem Zamawiającemu pełnego obrazu swojej sytuacji, lecz obraz selektywny – pozbawiony okoliczności dla niego niekorzystnej i potencjalnie istotnej dla oceny jego rzetelności. Takiego działania nie można usprawiedliwiać twierdzeniem, że Przystępujący sam oceniał roszczenie jako bezzasadne, że kwestia odpowiedzialności była sporna albo że Zamawiający posiadał wiedzę o wcześniejszej relacji kontraktowej. Jeżeli wykonawca wie o okoliczności mogącej mieć znaczenie dla oceny podstaw wykluczenia, powinien ją ujawnić i pozostawić Zamawiającemu ocenę jej znaczenia. Nie może zastępować Zamawiającego w tej ocenie poprzez przemilczenie faktu, który uznaje za dla siebie niekorzystny. W ocenie Izby właśnie taki mechanizm wystąpił w niniejszej sprawie.

Całkowite pominięcie informacji o roszczeniu odszkodowawczym MPWiK o wartości około 55 mln zł nie było neutralnym zaniechaniem. Było elementem sposobu przedstawienia przez Przystępującego swojej sytuacji podmiotowej, który mógł wywołać u Zamawiającego przekonanie o korzystniejszej rzeczywistej sytuacji kontraktowej wykonawcy. Tym samym przedstawione informacje miały charakter wprowadzający w błąd w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp. Przystępującemu można przypisać co najmniej niedbalstwo, a z uwagi na oczywistą wagę przemilczanej informacji – również lekkomyślność. Jako profesjonalny wykonawca powinien był bowiem przewidzieć, że pominięcie tak istotnej okoliczności może wpłynąć na ocenę jego rzetelności przez Zamawiającego.

Jednocześnie charakter tej informacji oraz jej znaczenie dla oceny sytuacji kontraktowej Przystępującego powodują, że spełniona została przesłanka możliwości istotnego wpływu przedstawionych informacji na decyzje podejmowane przez Zamawiającego.

Dla powyższego rozstrzygnięcia nie było konieczne uprzednie ustalenie, czy w stosunku do Przystępującego wystąpiła przesłanka z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp stanowi bowiem samodzielną podstawę wykluczenia, której zastosowanie jest uzależnione od sposobu zachowania wykonawcy w toku postępowania, a nie od uprzedniego przesądzenia materialnej zasadności podstawy wykluczenia, której dotyczyły zatajone informacje. Wobec ustalenia, że Przystępujący w wyniku co najmniej niedbalstwa przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd, które mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu, podlegał on wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, a jego oferta – odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b) oraz § 7 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.