

WYROK

z dnia 27 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Beata Konik

Emil Kuriata

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie **23 stycznia 2023 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **9 stycznia 2023 r.**

przez wykonawcę: **MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: Budowa drogi ekspresowej S19 Białystok - Lubartów na odcinku Radzyń Podlaski - Kock (początek obwodnicy)* [nr O.Ki.D-3.2410.3.2022.mj]

prowadzonym przez zamawiającego: **Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział Kielcach** [„Zamawiający”]

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego:

- A. SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre (Francja)** – po stronie Odwołującego
- B. ZDI sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu** – po stronie Zamawiającego [„Przystępujący”]

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a przy powtarzaniu czynności – odrzucenie oferty ZDI sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu [„Przystępujący”] 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 2022 r. poz. 1710 ze zm.).**
- 2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Przystępującego i:**
 - 1) zalicza w poczet tych kosztów kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2) zasądza od Przystępującego na rzecz Odwołującego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) odpowiadającą uiszczonemu**

Sygn. akt KIO 84/23

wpisowi od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Uzasadnienie

Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach {dalej: „GDDKiA” lub „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ustawa Pzp”, „pzp” lub „Pzp} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: Budowa drogi ekspresowej S19 Białystok-Lubartów na odcinku Radzyń Podlaski-Kock (początek obwodnicy)* [nr O.Ki.D-3.2410.3.2022.mj].

Ogłoszenie o tym zamówieniu 6 maja 2022 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2022/S_089 pod poz. 243185.

Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

29 grudnia 2022 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez ZDI sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu {dalej: „ZDI” lub „Przystępujący”}.

9 stycznia 2023 r. MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie {dalej: „MGGP” lub „Odwołujący”} wniosło odwołanie od takiego rozstrzygnięcia postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub 10 w oraz art. 16 – przez zaniechanie wykluczenia ZDI z postępowania, pomimo że w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadziło Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w tym postępowaniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w tym 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 tym postępowaniu o udzielenie zamówienia – w zakresie, w jakim podało, że pan E. O., przewidziany do pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu, przez 75 miesięcy pełnił taką funkcję przy realizacji zadania pn. *Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S17 Garwolin - Kurów na odcinku granica województwa mazowieckiego i lubelskiego - węzeł „Sielce” obecnie „Kurów Zachód” (bez węzła), Część nr 3: odcinek dojazd do przeprawy mostowej na rz. Wiśle w m. Puławy*, podczas gdy w rzeczywistości sprawował tam tę funkcję przez 46 miesięcy.

2. Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 16 i 17 ust. 2 – przez zaniechanie odrzucenia oferty ZDI, pomimo że zachodzą wobec niego przesłanki wykluczenia z postępowania, a zamiast tego bezprawne wybranie jego oferty.
3. Art. 17 ust. 2 – przez wybór oferty ZDI jako najkorzystniejszej z naruszeniem powyżej wskazanych przepisów ustawy pzp.
4. Art. 223 ust. 1 – przez zaniechanie wezwania ZDI do złożenia wyjaśnień treści oferty, w sytuacji gdy zachodzi wątpliwość, kogo skieruje do pełnienia funkcji Głównego Inspektora Nadzoru Specjalności Inżynierskiej Drogowej: pana S. M., dzięki którego doświadczeniu zawodowemu otrzymało maksymalną liczbę punktów w kryterium oceny ofert, czy pana A. K., którego oferta współpracy została załączona do wyjaśnień ceny oferty z 21 lipca 2022 r. [zarzut ewentualny na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę głównych zarzutów]

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu {lista żądań}:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Powtórzenia badania i oceny ofert.
3. Wykluczenia ZDI z postępowania oraz odrzucenia jego oferty.
4. Wezwania ZDI do wyjaśnienia treści złożonej oferty [żądanie ewentualne na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę poprzednich żądań].

W uzasadnieniu odwołania podniesiono w szczególności następujące okoliczności faktyczne i prawne jako dodatkowe sprecyzowanie głównych zarzutów odwołania z pkt 1.-3. listy zarzutów.

{okoliczności faktyczne}

Z pkt 8.2.4.2. lit. a) lit. A) pkt 2 Instrukcji dla Wykonawców (Tom I SWZ) {dalej: „IDW”} wynika, że w ramach warunków dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający m.in. wymagał aby wykonawca wykazał, że dysponuje osobą, która będzie pełniła funkcję Inżyniera Kontraktu, posiadającą co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego na stanowiskach samodzielnych lub kierowniczych przy realizacji zadań obejmujących roboty budowlane w ramach inwestycji polegających na budowie, przebudowie lub remoncie obiektu budowlanego.

W odpowiedzi na wezwanie z 24 listopada 2022 r. w trybie art. 126 ust. 1 ustawy pzp 1 grudnia 2022 r. ZDI złożyło Wykaz osób, w którym w szczególności podało informację, jak w pkt 1. listy zarzutów powyżej.

13 grudnia 2022 r. Zamawiający w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp wezwał ZDI do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, w tym m.in.

Wykazu osób w zakresie doświadczenia pana E. O. . Zamawiający wskazał, że zgodnie z posiadaną przez niego wiedzą osoba ta przy realizacji wskazanego zadania pełniła funkcję Inżyniera Kontraktu w okresie od 3 lutego 2015 do 2. Stycznia 2019 r., a więc przez okres 46, a nie – jak wskazało ZDI – 75 miesięcy.

W odpowiedzi 19 grudnia 2022 r. ZDI złożyło uzupełniony wykaz osób, w którym: 1) zmieniło okres pełnienia przez pana E. O. funkcji Inżyniera Kontraktu z 75 na 47 miesięcy; 2) uzupełniło wykaz o drugie zadanie dla potwierdzenia spełniania przez tę osobę powyżej wskazanego warunku udziału.

W treści pisma, do którego załączono tak zmieniony i uzupełniony Wykaz osób ZDI, *de facto* potwierdziło, że w pierwotnie złożonym wykazie wprowadziło Zamawiającego w błąd, gdyż 75 miesięcy doświadczenia odnosiło się do okresu liczonego od daty zatwierdzenia pana O. jako Inżyniera Kontraktu (tj. od 03.02.2015 r.) do daty zakończenia usługi, a nie do daty zakończenia sprawowania przez tę osobę tej funkcji Inżyniera w przedmiotowym zadaniu.

ZDI nie skorzystało z przysługującego mu prawa do złożenia odpowiednich wyjaśnień w trybie art. 110 ust. 2 ustawy pzp odnośnie posługiwania się nieprawdziwymi informacjami.

{okoliczności prawne}

Art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp nakazuje wykluczenie wykonawcy, gdy wprowadził on w błąd zamawiającego nawet w wyniku zachowania nieumyślnego (lekkomyślność, niedbalstwo), w przeciwieństwie do dyspozycji pkt 8, wskazującego na konieczność zajścia celowego działania wykonawcy zmierzającego do wprowadzenia w błąd lub rażącego niedbalstwa wywołującego ten sam skutek. Przepis art. 109 ust. 1 pkt. 10 pzp ma zastosowanie nawet wtedy, gdy wykonawca wprowadził zamawiającego w błąd nie mając takiego zamiaru, przez niedochowanie należytej staranności (niedbalstwo) czy lekkomyślność.

Oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokonuje się bowiem z zastosowaniem przepisów Kodeksu cywilnego {„kc”}, co wynika z art. 14 pzp. Zgodnie zaś z art. 355 § 1 kc dłużnik zobowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność), przez którą rozumie się określony sposób postępowania, mający doprowadzić do spełnienia świadczenia, pewien model czy wzorzec postępowania. Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności, co skutkuje uzasadnionym zwiększeniem oczekiwania co do wiedzy, skrupulatności i rzetelności podmiotu prowadzącego taką działalność. Takim profesjonalistą jest także wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego. Wzorzec

należytej staranności nakłada na takiego wykonawcę między innymi obowiązek upewnienia się (sprawdzenia), czy deklarowany w składanych w ramach postępowania przetargowego oświadczeniach/dokumentach stan faktyczny jest prawdziwy (odpowiada rzeczywistości). Na ich podstawie bowiem zamawiający dokonuje oceny wykonawcy, w tym oceny spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu i mają one wpływ na decyzje zamawiającego [tak Izba w uzasadnieniu wyroku z 7 marca 2019 r. sygn. akt KIO 271/19].

{subsumpcja}

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenia przepisów, jak w zarzutach 1.-3. odwołania, a ponadto wywiódł, jak poniżej.

ZDI w pierwotnie złożonym wykazie Wykaz osób nie dochowało należytej staranności i podało nieprawdziwą informację dotyczącą doświadczenia pana E. O. w pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu, co potwierdziło po otrzymaniu wezwania w trybie art. 128 pzp. Wykonawca nie wskazał bowiem, że informacja dotycząca tej osoby wskazanej do pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu jest zgodna ze stanem faktycznym, wręcz przeciwnie, od razu przedstawił zmodyfikowany Wykaz osób, w którym zastąpił tę nieprawdziwą informację informacją prawdziwą.

W tej sytuacji niezrozumiałe jest działanie Zamawiającego, który pomimo powzięcia wiedzy o podaniu przez ZDI nieprawdziwych informacji, zamiast wykluczenia go i odrzucenia jego oferty, wystosował wezwanie do wyjaśnienia rozbieżności.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 9 listopada 2022 r. uznał zasadność zarzutów 1.-3. i zarazem zobowiązał się do uczynienia zadość żądaniom 1.-3., wnosząc o poczytanie tego za uwzględnienie w całości odwołania w rozumieniu art. 522 ust. 1 ustawy pzp.

Przystępujący w piśmie z 18 stycznia 2023 r. zgłosił sprzeciw co do powyższej czynności Zamawiającego.

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 na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego i wobec zgłoszonego sprzeciwu, Izba skierowała odwołanie do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali swoje

dotychczasowe stanowiska i argumentację, z tym że odpowiednio Przystępujący i Zamawiający uprzednio przedstawili je w swoich pismach procesowych odpowiednio z 20 i 23 stycznia 2023 r.

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, który złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, wykazał, że ma taki interes, a ponadto, że w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty Przystępującego (jako podlegającego wykluczeniu) może ponieść szkodę, gdyż w przeciwnym razie mógłby uzyskać przedmiotowe zamówienie, co nie było też sporne.

{rozpatrzenie głównych zarzutów odwołania z pkt 1.-3. listy zarzutów}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Żaden z wykonawców nie zwracał się do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ zawartej w pkt 8.2.4.2. lit. a) IDW, gdzie został określony warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności zawodowej w zakresie dysponowania osobą zdolną do pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu.

[okoliczność bezsporna]

Dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobą zdolną do pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu z racji posiadania następująco określonego doświadczenia zawodowego:

(...)

- 1. Minimum 12 miesięcy doświadczenia w okresie trwania robót budowlanych przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących budowę, przebudowę lub remont lub nadzór nad budową, przebudową lub remontem Obiektu Budowlanego (zgodnie z poniższą definicją) o wartości robót co najmniej 200 mln PLN netto każde na stanowisku/stanowiskach: Inżyniera Kontraktu lub Dyrektora Kontraktu lub Inżyniera Rezydenta.*
- 2. Minimum 5 lat doświadczenia zawodowego na stanowisku/stanowiskach samodzielnych*

lub kierowniczych przy realizacji zadań obejmujących roboty budowlane w ramach inwestycji polegających na budowie, przebudowie lub remoncie Obiektu Budowlanego (zgodnie z poniższą definicją).

(...)

Uwagi:

(...)

Przez okres trwania robót budowlanych należy rozumieć okres od daty wpisu do Dziennika Budowy o rozpoczęciu robót budowlanych do daty wystawienia Świadczenia Przejęcia (wydanego zgodnie z Subklauzulą 10.1 dla kontraktów realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC) lub podpisania końcowego Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadczenia Przejęcia).

[opis warunku zawarty w pkt 8.2.4.2. lit. a) dla wariantu A) IDW SWZ wraz z uwagą odnoszącą się zarówno do wariantu A), jak i B) tego warunku]

– w odpowiedzi na wystosowane w trybie art. 126 ust. 1 pzp wezwanie Zamawiającego, ZDI złożyło wykaz (sporządzony według załączonego do IDW SWZ formularza 3.6 – Wykaz osób), w którym (po wstępnym oświadczeniu w brzmieniu: *...przedkładamy wykaz osób, które będą skierowane przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego w celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, dotyczących zdolności zawodowej i których opis sposobu oceny spełniania został zamieszczony w pkt 8.2.4.2. IDW)* w szczególności oświadczyło, że do pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu przewiduje pana E. O., którym dysponuje bezpośrednio, jednobrzmiąco opisując doświadczenie tej osoby w odniesieniu do sposobu spełnienia obu aspektów [patrz pkt 1 i 2 zacytowane powyżej] wymaganego doświadczenia:

Zamawiający Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział Lublin

nazwa zadania: Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S17 Garwolin - Kurów na odcinku granica województwa mazowieckiego i lubelskiego - węzeł „Sielce” obecnie „Kurów Zachód” (bez węzła), Część nr 3: odcinek dojazd do przeprawy mostowej na rz. Wiśle w m. Puławy”

Wartość zamówienia: 200 917 825,82 zł netto

Doświadczenie w m-cach: 47 mcy

Pełniona funkcja: Inżynier Kontraktu**

[informacje zawarte w poz. 1. wykazu osób ZDI z 1 grudnia 2022 r., w tym zacytowane z kolumny 5. według jej opisu w formularzu przewidzianej na opis doświadczenia zawodowego zawierający informacje potwierdzające spełnianie warunku udziału; ** objaśnione w formularzu: *zapisy w tabeli odpowiednio dostosować*; pogrubienia jak w oryginale].

Następnie, na wystosowane w trybie art. 128 ust. 1 pzp wezwanie Zamawiającego

do wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy tak podaną długością doświadczenia tej osoby w pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu w ramach zadania wskazanego w złożonym wykazie osób a posiadaną przez Zamawiającego wiedzą, że pan E. O. pełnił tam tę funkcję od 3 lutego 2015 r. do 2 stycznia 2019 r. (czyli mniej niż wymagane 5 lat)

[zob. pkt III pisma Zamawiającego z 13 grudnia 2022 r.]

– ZDI wyjaśniło, co następuje:

...okres 75 mcy doświadczenia Pana E. O. na stanowisku Inżyniera Kontraktu podczas realizacji inwestycji pn.: (...) uzyskaliśmy licząc okres od zatwierdzenia Pana O. na w/w Kontrakcie, tj. od dnia 03.02.2015 r. do daty zakończenia usługi, tj. do 28.04.2021 r.

Jak słusznie zauważył Zamawiający Pan E. O. był obecny na w/w Kontrakcie krócej, bowiem w dniu 02.01.2019 r. rozpoczął pracę na stanowisku Inżyniera Kontraktu podczas realizacji inwestycji pn.: Projekt i budowa drogi ekspresowej S19 Lublin - Rzeszów, odc. Lublin - koniec obw. Kraśnika” Część nr 1: odc. realizacyjny Lublin (węzeł „Konopnica” obecnie „Lublin Węglin” - bez węzła) - węzeł „Niedrzwica D.” obecnie „Niedrzwica Duża” z węzłem, długości ok. 12 km” na której jest obecny do dnia dzisiejszego

– ponadto ZDI oświadczyło, co następuje:

W związku z powyższym w załączeniu przedkładamy poprawiony Formularz nr 3.6. Wykaz osób uzupełniony o doświadczenie Pana E. O. spełniające warunek udziału w postępowaniu opisany w pkt. 8.2.4. 2 a) cz. A) 2 IDW Tom I SWZ.

[zob. pkt III pisma ZDI z 19 grudnia 2022 r.]

Do powyższych wyjaśnień ZDI załączyło wykaz (ponownie sporządzony według załączonego do IDW SWZ formularza 3.6 – Wykaz osób), w którym powtórzyło powyżej zacytowany opis doświadczenia, z tą różnicą, że wierszu „Doświadczenie w m-cach:” tym razem podało: **47 mcy**. Niezależnie od tego w odniesieniu do drugiego aspektu warunku [patrz pkt 2 zacytowany powyżej] dodało

[informacje zawarte w poz. 1. wykazu osób ZDI z 19 grudnia 2022 r., w tym z kolumny 5. według jej opisu w formularzu przewidzianej na opis doświadczenia zawodowego zawierający informacje potwierdzające spełnianie warunku udziału; ** objaśnione w formularzu: *zapisy w tabeli odpowiednio dostosować*; pogrubienie jak w oryginale].

Zamawiający na podstawie tak zmienionego i uzupełnionego wykazu osób pozytywnie zweryfikował spełnianie przez ZDI warunku udziału dotyczącego dysponowania osobą zdolną do pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu, co skutkowało dokonaniem wyboru oferty ZDI jako najkorzystniejszej.

Reasumując, z przedstawionego powyżej chronologicznie przebiegu badania spełniania przez ZDI warunku udziału dotyczącego dysponowania osobą zdolną do pełnienia

funkcji Inżyniera Kontraktu, wynika, co następuje.

Po pierwsze, że Zamawiający określił ten warunek w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, w tym odnośnie podlegania zaliczeniu na poczet 5-letniego doświadczenia zawodowego wyłącznie okresów, w którym osoba zgłaszana do pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu pełniła takie lub inne samodzielne czy kierownicze stanowisko przy realizacji budowlanego przedsięwzięcia inwestycyjnego podobnego do tego, którego obsługi dotyczy przedmiotowe zamówienie (zdefiniowanego precyzyjnie w treści warunku).

Po drugie, że ZDI doskonale wiedziało, że wskazana przez nie osoba nie zajmowała przez co najmniej 5 lat stanowiska Inżyniera Kontraktu w ramach przedsięwzięcia wskazanego w wykazie osób, skoro z ramienia ZDI zaczęła pełnić taką funkcję przy realizacji innego podobnego budowlanego przedsięwzięcia inwestycyjnego.

Po trzecie, Zamawiający *de facto* zakwalifikował wykazanie warunku za pomocą nieprawdziwej informacji za niewykazanie spełniania warunku, a następnie – pomimo że nie wzywał w trybie art. 128 ust. 1 pzp do uzupełnienia wykazu osób – pozytywnie zweryfikował spełnianie przez ZDI warunku na podstawie wykazu osób zmienionego i uzupełnionego z własnej inicjatywy przez ZDI.

Odwolujący zgłosił na rozprawie następujące wnioski dowodowe z dokumentów lub oświadczeń dotyczących zadania wskazanego w wykazie osób [„Lista dowodów”]:

- 1) Umowy nr GDDKiA-O/LU-D3jł/417/N-S17 Puławy/15 z 26 stycznia 2015 r. – na potwierdzenie podstaw kontraktowych wykonywania obowiązków Inżyniera Kontraktu przez E. O., zakresu obowiązków i ich rodzaju;
- 2) referencji GDDKiA Oddziału w Lublinie z 14 kwietnia 2022 r. dla ZDI – na potwierdzenie okresu świadczenia przez ZDI jako Konsultanta usługi na rzecz GDDKiA Oddziału w Lublinie oraz wykonywania przez pana E. O. obowiązków Inżyniera Kontraktu przez cały ten okres;
- 3) oświadczenia Kierownika projektu działającego jako przedstawiciel GDDKiA Oddziału w Lublinie,
- 4) oświadczenia przedstawiciela Przedsiębiorstwa Robót Drogowych sp. z o.o. w Zwoleniu, wykonawcy robót budowlanych {dale również: „Wykonawca”},
- 5) oświadczenia radcy prawnego współpracującego z ZDI,
- 6) oświadczenia Inżyniera Kontraktu A. W., który zastąpił na tej funkcji E. O.
– na okoliczność pełnienia przez E. O. obowiązków Inżyniera Kontraktu po wydaniu Świadectwa Przejęcia aż do zakończenia wykonywania usługi przez ZDI;
- 7) wydruku korespondencji mailowej pomiędzy przedstawicielami Zamawiającego, Wykonawcy i Konsultanta – na okoliczność pełnienia przez E. O. obowiązków Inżyniera

Kontraktu po wydaniu Świadczenia Przejęcia aż do czasu zakończenia usługi, w tym koordynowania procesu budowlanego;

- 8) decyzji o przyznaniu panu E. O. nagrody za kontynuację działań Inżyniera Kontraktu po wydaniu Świadczenia Przejęcia aż do zakończenia wykonywania usługi przez ZDI [teza dowodowa identyczna jak dla pkt 3)-6) powyżej];

Izba stwierdziła, że powyższe dowody niczego na korzyść Przystępującego nie wnoszą do sprawy, już z tego względu, że zostały zgłoszone dla wykazania faktycznego wykonywania przez pana O. obowiązków Inżyniera Kontraktu po tym, jak na tym stanowisku zastąpiła go inna osoba, podczas gdy – jak to już powyżej ustalono – dla weryfikacji spełniania warunku mogły mieć znaczenie wyłącznie okresy formalnego zajmowania takiego stanowiska, co zresztą nie budziło dotychczas również wątpliwości ZDI.

Przede wszystkim dla Izby zupełnie nieprzekonująca była wołta Przystępującego w toku postępowania odwoławczego, w tym obszernie wywiedziona w piśmie procesowym z 20 stycznia 2023 r koncepcja – jakoby dwa ze sobą sprzeczne twierdzenia o tym samym fakcie (czyli w tym przypadku oświadczenia w pierwotnym i poprawionym wykazie osób co do długości okresu pełnienia przez pana O. stanowiska Inżyniera Kontraktu w tym samym zadaniu na potrzeby wykazania tego samego warunku udziału w postępowaniu) mogły być jednocześnie prawdziwe – która stanowi obrazę jednego z podstawowych praw logiki klasycznego rachunku zdań, że z dwóch zdań sprzecznych co najwyżej jedno jest prawdziwe (zasada niesprzeczności).

Niezależnie od powyższego moc dowodowa pozyskanych specjalnie na potrzeby tej sprawy oświadczeń osób, które wprost (pracownicy w szerokim rozumieniu) lub pośrednio są powiązane z ZDI, czy też mogą czuć się względem niego w jakiś sposób zobowiązane z racji dotychczasowej współpracy, jest co do zasady niższa niż dokumentów źródłowych z przebiegu realizacji zamówienia. W tym kontekście należy zauważyć, że przedstawiciel z ramienia wykonawcy robót budowlanych wskazuje jedynie na wchodzenie przez pana O. w skład zespołu ZDI na etapie przeglądu i rozliczenia kontraktu, nie określając wykonywanych w związku z tym czynności mianem „pełnienia obowiązków Inżyniera Kontraktu”. Z kolei oświadczenie Kierownika Projektu, czyli przedstawiciela Zamawiającego, wydaje się próbą pogodzenia „obu prawd” sugerowanych przez Przystępującego, prawdopodobnie ze względu na wdzięczność względem ZDI za dodatkowe wsparcie merytoryczne udzielone w związku z upadłością jednego z wykonawców robót budowlanych, co spowodowało konieczność rozpatrzenia roszczeń o bezpośrednią płatność zgłaszanych przez jego podwykonawców.

Z powyższych względów zbędne było przeprowadzenie dowodu, zgłoszonego w pkt

9) „Listy dowodów”, z zeznań pana E. O. w charakterze świadka – na okoliczność pełnienia przez niego obowiązków Inżyniera Kontraktu po wydaniu Świadectwa Przejęcia aż do zakończenia wykonywania usługi przez ZDI (koordynowania procesu budowlanego związanego z etapem przeglądów i rozliczania kontraktu, w tym nadzoru i obrotu dokumentów na tym etapie, obsługą roszczeń wykonawcy i podwykonawców, w tym udziału w rozpatrywaniu roszczeń, powiadamiania o roszczeniach wykonawców, przedstawianiu Kierownikowi Projektu merytorycznego stanowiska w odniesieniu do roszczeń wraz z pełną dokumentacją dotyczącą roszczenia).

Natomiast z dowodów, które nie zostały specjalnie wytworzone dla uwiarygodnienia argumentacji Przystępującego, nie wynika nawet, że pan O. pełnił choćby niektóre obowiązki Inżyniera Kontraktu w ramach dodatkowego wsparcia osoby, która zastąpiła go na tym stanowisku.

Ze skromnej – zarówno co do obszerności (niespełna 5 str. wydruku), jak i merytorycznie (dwa zdarzenia) – korespondencji mailowej wynika jedynie, że pan O. otrzymał od pana P. J. – podpisującego się jako Kierownik Projektu (podczas gdy w ramach omówionych powyżej oświadczeń inna osoba stwierdziła, że pełniła tę funkcję) – dwie wiadomości (w tym jedną bezpośrednio jako kopię, a w drugim za pośrednictwem Biura Inżyniera ZDI), które następnie przesłał dalej do pani D. W. (o której wiadomo jedynie tyle, że ma adres e-mail wskazujący na ZDI).

Z kolei ponieważ w obszernej referencji należytego wykonania przez ZDI usług Konsultanta nigdzie nie wspomniano o panu O., nie sposób twierdzić – jak chciałby Przystępujący – że dokument ten potwierdza okres sprawowania przez tę osobę funkcji Inżyniera Kontraktu, a tym bardziej pełnienia przez nią jakichkolwiek obowiązków czy czynności po zastąpieniu na tym stanowisku przez inną osobę.

Wreszcie – choć nie ma to znaczenia, bo kwestia zakresu obowiązków Inżyniera Kontraktu nie była przedmiotem sporu – należy zauważyć, że z samego dokumentu głównego umowy, który został złożony bez załączenia ani ogólnych, ani szczególnych warunków kontraktu (do których odesłano już w § 1 Definicje), wynikają bezpośrednio jedynie obowiązki ZDI jako Konsultanta (zob. § 12-26). Natomiast z umowy tej wynika sformalizowany tryb zmiany osób na kluczowych stanowiskach, na czele z Inżynierem Kontraktu, w szczególności wymaga to każdorazowo pisemnej zgody Kierownika Projektu, czyli przedstawiciela Zamawiającego (§ 10 ust. 18). Co więcej, wprost przewidziano uprawnienie Inżyniera Kontraktu do delegowania części swoich uprawnień na inne osoby (§ 10 ust. 5), co oznacza, że pan O. mógł co najwyżej w tym trybie wykonywać niektóre czynności Inżyniera Kontraktu, gdy za zgodą Kierownika Projektu został już zastąpiony na tym stanowisku przez nową osobę z ramienia ZDI.

Z uwagi na powyższe uregulowania kontraktowe, które wiązały ZDI jako stronę umowy, nie ma znaczenia, że na swoje wewnętrzne potrzeby na początku 2020 r. nadal poczytywał pana O. za Inżyniera Kontraktu, przyznając mu awansem nagrodę za cały ten rok „za kontynuację działań Inżyniera Kontraktu”, co zresztą równie dobrze może odnosić się do sytuacji delegowania części uprawnień przez Inżyniera Kontraktu, o której mowa powyżej.

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 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 transpozycję 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.

Kolejna różnica polegała na tym, że 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, natomiast w literalne brzmienie art. 24 ust. 2 pkt 3 dpzp nie zawierało przesłanki zawinienia wykonawcy. Stąd w orzecznictwie sądów okręgowych co do interpretacji art. 24 ust. 2 pkt 3 dpzp z uwzględnieniem art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE z czasem skryształizowało się stanowisko, że wykluczenie może dotyczyć wyłącznie wykonawcy działającego z winy i to 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 zapatrywania 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 przepisu 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 wyroku z 11 lutego 2015 r. sygn. akt KIO 177/15, argumentując, że co prawda powyższy wyrok dotyczył stosowania przepisu aktu prawnego stosowanego przez Komisję Europejską przy udzielaniu zamówień publicznych, jednak zarówno treść przepisu 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 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 uznać, co do zasady, 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, przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego co do spełniania warunku udziału, została wypełniona pierwsza z przesłanek koniecznych dla zastosowania obu rozważanych podstaw wykluczenia.

Druga przesłanka, o której już była mowa powyżej, wymaga, 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 (zob. 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 (zob. uzasadnienie wyroku z 25 września 2002 r. sygn. akt I CKN 969/00).

Spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia dotyczących zdolności zawodowej wykonawcy (wiedzy i doświadczenia według dawniejszej terminologii), w tym wykształcenia, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób, którymi dysponuje na potrzeby realizacji zamówienia, w przeważającej mierze badane jest przez zamawiających na podstawie oświadczeń własnych wykonawców. Takie odformalizowanie, polegające na braku obowiązku przedstawiania przez wykonawców pochodzących od osób trzecich dowodów na potwierdzenie prawdziwości tych oświadczeń, służy usprawnieniu i przyspieszeniu postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Jednocześnie wskazuje, że właściwym wzorcem postępowania wykonawcy jest przedstawianie w składanych przez siebie oświadczeniach informacji rzetelnych, wyczerpujących i zgodnych z rzeczywistym stanem rzeczy. Jeżeli wykonawca składa solenne zapewnienie, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w określony sposób, zamawiający ma prawo działać w zaufaniu do rzetelności tego oświadczenia.

Stąd przedstawienie przez Przystępującego w wykazie osób, czyli szczególnym oświadczeniu własnym, w jaki sposób spełnia warunek udziału w tym postępowaniu, stanowi rażące naruszenie tego wzorca. Co więcej, Przystępujący w toku postępowania odwoławczego nieudolnie usiłował wycofać się z *de facto* przyznania się Zamawiającemu do podania nieprawdziwej informacji w celu wykazania spełniania warunku, gdy dzięki wniesionemu odwołaniu Zamawiający zorientował się, że nieprawidłowo pozytywnie zweryfikował spełnianie warunku na podstawie bezprawnie zmienionego i uzupełnionego wykazu osób, co w konsekwencji spowodowało wadliwy wybór najkorzystniejszej oferty. Takie zachowanie należy poczytać za swoistą odwrotność samooczyszczenia, dla którego

konieczne jest, choć niewystarczające, właśnie przyznanie się przez wykonawcę do nieprawidłowego działania lub zaniechania, które mogło wprowadzić w błąd zamawiającego w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Tym bardziej uzasadnia to przypisanie Przystępującemu działania z zamiarem wprowadzenia Zamawiającego w błąd.

Trzecia i ostatnia przesłanka, która musi łącznie wystąpić z poprzednimi dla zaistnienia rozważanych podstaw wykluczenia, wymaga, 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, gdyż wystarczy, że mogły one 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, że dla zastosowania podstawy 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, czy został skutecznie wprowadzony w błąd, na skutek czego podjął jakiegokolwiek decyzje czy wykonał jakiegokolwiek 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 dotyczących zdolności zawodowej zamawiający podejmuje na podstawie oświadczeń przedstawionych przez wykonawcę (w aktualnym stanie prawnym zaliczanych do podmiotowych środków dowodowych) na potrzeby prowadzonego postępowania znaczenie ma wyłącznie fakt, czy wykonawca formalnie wykazał w ten sposób spełnianie takiego warunku. Natomiast zamawiający nie ma obowiązku ani nawet nie jest uprawniony, aby ustalać tzw. prawdę materialną 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 wprowadzające w błąd informacje dotyczyły jedynej pozycji wykazu, która konieczna była dla wykazania spełniania 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 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 (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. 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.

W okolicznościach tej sprawy Zamawiający przeszedł do porządku dziennego nad przedstawieniem przez Przystępującego w wykazie osób wprowadzającej w błąd informacji odnośnie potwierdzenia spełnianie warunku dotyczącego inżyniera kontraktu, z naruszeniem art. 109 ust. 8 i 10 w zw. z art. 128 ust. 1 pzp umożliwiając Przystępującemu jej

usunięcie i wykazanie spełniania tego warunku w inny sposób.

{zarzut ewentualny z pkt 4. listy zarzutów}

Ponieważ potwierdziły się zarzuty główne, Izba nie rozpoznawała zarzutu ewentualnego.

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 oraz art. 128 ust. 1 ustawy pzp, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia art. 17 ust. 2 ustawy pzp, miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, stąd na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b ustawy pzp orzeczono, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono – w pkt 2. sentencji – stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 575 pzp w zw. z § 7 ust. 1 pkt 2 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 Przystępującego kosztami tego postępowania, na które złożył się, na zasadzie § 5 pkt rozporządzenia, wpis uiszczony przez Odwołującego.