

Sygn. akt XXIII Zs 5/23

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 30 marca 2023 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych w składzie:

Przewodniczący:	sędzia Renata Puchalska ( spr.)
Sędziowie:	sędzia Anna Żuława sędzia Arkadiusz Kucharski
Protokolant:	sekr. sąd. Dariusz Książyk

po rozpoznaniu w dniu 21 marca 2023 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy o udzielenie zamówienia publicznego

ze skargi Konsorcjum: (...) sp. z o.o. w P., (...) w Austrii

z udziałem zamawiającego Skarbu Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w W.

i przeciwnika skargi, odwołującego (...) sp. z o.o. w W., (...) S.A. w W., (...) sp. z o.o. w P., (...) S.A. w Ł.

oraz przystępującego po stronie odwołującego (...) w T., Chiny

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w W.

z dnia 28 listopada 2022 r., sygn. akt KIO 2960/22

I. oddala skargę;

II. zasądza od skarżącego Konsorcjum: (...) sp. z o.o. w P., (...) w Austrii na rzecz przeciwnika skargi Konsorcjum: (...) sp. z o.o. w W., (...) S.A. w W., (...) sp. z o.o. w P., (...) S.A. w Ł. 12 500 zł (dwanaście tysięcy pięćset złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego.

sędzia Anna Żuława sędzia Renata Puchalska sędzia Arkadiusz Kucharski

sygn. akt XXIII Zs 5/23

## UZASADNIENIE

Zamawiający Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w W. (dalej: GDDKiA) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: „Kontynuacja projektowania i budowa obwodnicy Z. w ciągu drogi krajowej nr (...). Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 3 czerwca 2022 r. pod nr (...).

Informacja o wyborze oferty konsorcjum w składzie: (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w P. (dalej: (...)) oraz (...) w S. (Austria) (dalej: (...)) (dalej łącznie: Konsorcjum (...)) jako najkorzystniejszej, została przekazana wykonawcom przez Zamawiającego 27 października 2022 r.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie – konsorcjum w składzie: (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W.; (...) spółka akcyjna w W., (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w P. oraz (...) spółka akcyjna w Ł. (dalej łącznie: Konsorcjum (...)) lub Odwołujący) wnieśli odwołanie wobec:

- czynności wyboru oferty Konsorcjum (...) jako najkorzystniejszej w sytuacji, w której oferta ta winna zostać odrzucona z uwagi na fakt, że wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania;

- zaniechania odrzuceniu oferty Konsorcjum (...) w sytuacji, w której wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania, z uwagi na fakt wystąpienia w stosunku do (...) oraz (...), a zatem do wykonawcy, podstaw wykluczenia.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez zamawiającego przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. art. 109 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum (...), a w konsekwencji jej wybór jako oferty najkorzystniejszej w sytuacji, w której oferta ta powinna zostać odrzucona, gdyż została złożona przez wykonawcę, który podlega wykluczeniu z postępowania w związku z wystąpieniem podstaw wykluczenia opisanych w treści art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz art. 109 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 Pzp;

2. art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 109 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty Konsorcjum (...) w sytuacji, w której podlega ono wykluczeniu w związku z zawinionym poważnym naruszeniem obowiązków zawodowych przez (...), co podważa jego uczciwość, z uwagi na uznanie przez Austriacki Sąd Kartelowy („ASK”), a wcześniej Austriacki Urząd ds. Konkurencji („AFCA”), że (...) naruszył §1 ust. 1 austriackiej ustawy kartelowej („KartG”) oraz art. 101 TFUE w odniesieniu do przetargów publicznych i prywatnych w sektorze budownictwa kubaturowego i inżynierii lądowej, czego skutkiem było – zgodnie z informacją z AFCA- ukaranie (...) karą w wysokości ponad 45 mln euro, co wyczerpuje wszystkie znamiona podstawy wykluczenia opisanej w art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp;

3. art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum (...) i odrzucenia jego oferty w sytuacji, w której podlega ono wykluczeniu w związku z zawarciem przez (...) z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, co zamawiający mógł stwierdzić obecnie na podstawie wiarygodnych przesłanek, a to z uwagi na uznanie przez ASK, a wcześniej przez AFCA, że (...) naruszył §1 ust. 1 KartG oraz art. 101 TFUE w odniesieniu do przetargów publicznych i prywatnych w sektorze budownictwa kubaturowego i inżynierii lądowej, czego skutkiem było – zgodnie z informacją z AFCA- ukaranie (...) karą w wysokości ponad 45 mln euro, co wyczerpuje wszystkie znamiona podstawy wykluczenia opisanej w art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp;

4. art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp w zw. z art. 109 ust. 2 Pzp oraz w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp i art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum (...) i odrzucenia jego oferty w sytuacji, w której w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przestawił on informacje wprowadzające w błąd zamawiającego (wprowadzenie w błąd/zatajenie informacji), iż (...) nie jest winny poważnego wykroczenia zawodowego oraz nie zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, a zatem nie podlega wykluczeniu, mimo iż – jak wskazano w powyższym zarzucie – ASK, a wcześniej AFCA, uznały, że (...) naruszył §1 ust. 1 KartG oraz art. 101 TFUE w odniesieniu do przetargów publicznych i prywatnych w sektorze budownictwa kubaturowego i inżynierii lądowej, czego skutkiem było – zgodnie z informacją z AFCA- ukaranie (...) karą w wysokości ponad 45 mln euro, co wyczerpuje wszystkie znamiona podstawy wykluczenia opisanej w art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp, o czym wykonawca powinien poinformować Zamawiającego w oświadczeniu JEDZ, a czego zaniechanie mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez

zamawiającego w postępowaniu, co wyczerpuje wszystkie przesłanki podstawy wykluczenia opisanej w art. 109 ust. 1 pkt 8 i pkt 10 Pzp;

5. art. 109 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 109 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum (...) i odrzucenia jego oferty w sytuacji, w której (...) podlega wykluczeniu z postępowania w związku z faktem, iż z przyczyn leżących po swojej stronie w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał umowy o zamówienie publiczne na budowę (...) w P. (dalej: (...)), zawartej ze Związkiem (...) w Ł. (dalej: (...)), co skutkowało wypowiedzeniem / odstąpieniem od umowy / naliczeniem (...) odszkodowania (karty umownej), co wyczerpuje wszystkie przesłanki podstawy wykluczenia opisanej w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp;

ewentualnie

6. art. 109 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 109 ust. 2 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum (...) i odrzucenia jego oferty w sytuacji, w której (...) podlega wykluczeniu z postępowania w związku z zawinionym poważnym naruszeniem obowiązków zawodowych, polegającym na niewykonaniu umowy o zamówienia publiczne na budowę (...), z uwagi na bezpodstawne (z przyczyn, które w ocenie Odwołującego rzutują na uczciwość i wiarygodność wykonawcy) i nieskuteczne odstąpienie od umowy w sprawie zamówienia publicznego z (...) (zamawiającym), co też w dniu 10 grudnia 2021 r. zostało stwierdzone w prawomocnym wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi;

7. art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp w zw. z art. 109 ust. 2 Pzp oraz w zw. z art. 109 ust 1 pkt 5 i 7 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum (...) i odrzucenia jego oferty w sytuacji, w której w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił on informacje wprowadzającego w błąd zamawiającego (wprowadził w błąd/zataił informacje) poprzez ukrycie, iż (...) z przyczyn leżących po swojej stronie w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał umowy o zamówienie publiczne na budowę (...), zawartej z (...), co skutkowało wypowiedzeniem / odstąpieniem od umowy / naliczeniem (...) odszkodowania (kary umownej), co z uwagi na bezpodstawność i nieskuteczność odstąpienia przez (...) oraz motywację tego wykonawcy kwalifikuje się również jako zawinione poważne naruszenie obowiązków zawodowych;

a w konsekwencji

8. art. 16 ust. 1 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania.

Z uwagi na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum (...) jako najkorzystniejszej
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
3. wykluczenia Konsorcjum (...) z postępowania, a w konsekwencji tego odrzucenie oferty Konsorcjum (...);
4. uznania oferty złożonej przez Odwołującego za najkorzystniejszą.

Nadto odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie załączonych do odwołania dowodów a także o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania zgłosił wykonawca (...) w T. (Chiny) (dalej: (...))

W toku posiedzenia 23 listopada 2022 r. Odwołujący cofnął zarzuty przedstawione w pkt 5,6 i 7 odwołania dotyczące w zakresie postępowania dotyczącego umowy na budowę (...) w P. zawartych z (...).

W wyroku z 28 listopada 2022 r. Krajowa Izba Odwoławcza (dalej: KIO lub Izba) w **pkt 1.** umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów: **1)** art. 109 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 109 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z

postępowania Konsorcjum (...) i odrzucenia jego oferty w sytuacji, w której (...) podlega wykluczeniu z postępowania w związku z faktem, iż z przyczyn leżących po swojej stronie w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał umowy o zamówienie publiczne; **2)** art. 109 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 109 ust. 2 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum (...) i odrzucenia jego oferty w sytuacji, w której (...) podlega wykluczeniu z postępowania w związku z zawinionym poważnym naruszeniem obowiązków zawodowych; **3)** art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp w zw. z art. 109 ust. 2 Pzp oraz w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum (...) i odrzucenia jego oferty w sytuacji, w której w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił on informacje wprowadzającego w błąd zamawiającego; **w pkt 2.** uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum (...) na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp tj. przez wykonawcę, który podlega wykluczeniu z postępowania w związku z wystąpieniem podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz 109 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 Pzp; **w pkt 3.** kosztami postępowania odwoławczego obciążyła wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie tj. Konsorcjum (...) **i w pkt 3.1** zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego 20 000 zł uiszczona przez Konsorcjum (...) tytułem wpisu do odwołania, **w pkt 3.2** zasądziła od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Konsorcjum (...) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Konsorcjum (...) 23 600 zł stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

W uzasadnieniu powyższego rozstrzygnięcia Izba wskazała, że uwzględniła okoliczność, że odwołujący cofnął na posiedzeniu część zarzutów przedstawionych w odwołaniu, czego konsekwencją było umorzenie postępowania w stosunku co do cofniętych zarzutów z odwołania.

W zakresie pozostałych zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba stwierdziła naruszenie przepisów ustawy Pzp, które miały wpływ na wynik postępowania. W ocenie Izby Zamawiający błędnie wybrał ofertę Konsorcjum (...) jako najkorzystniejszą, która powinna podlegać odrzuceniu, gdyż została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania z uwagi na wprowadzenie w błąd zamawiającego, popełnienie poważnego wykroczenia zawodowego oraz zawarcie porozumienia z innymi wykonawcami mającego na celu zakłócenie konkurencji. Z uwagi na powyższe Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum (...), z uwagi na fakt, że członek Konsorcjum - spółka (...), a w konsekwencji Konsorcjum (...) podlega wykluczeniu z postępowania.

Izba wskazała, że zgodnie z postanowienia zawartymi w pkt 9.2. SWZ w przedmiotowym postępowaniu zastosowanie miały fakultatywne przesłanki wykluczenia wykonawcy określone w art. 109 ust. 1 pkt 5, 7, 8 i 10 Pzp. Podkreśliła przy tym, że jeżeli Zamawiający dopuścił w danym postępowaniu badanie wykonawców pod kątem fakultatywnych przesłanek wykluczenia, to ma on obowiązek przeprowadzić stosowną weryfikację i nie może od niej odstąpić.

Izba zaznaczyła, że Konsorcjum (...) oświadczyło, że nie kwestionuje, iż naruszenie reguł konkurencji może być traktowane jako naruszenie obowiązków zawodowych. Potwierdziło także, że okolicznością bezsporną w niniejszej sprawie był fakt naruszenia przez (...) w okresie od lipca 2002 r. do października 2017 r. przepisów o ochronie konkurencji w zakresie §1 ust. 1 austriackiej ustawy kartelowej oraz art. 101 ust. 1 TFUE.

Opierając się na treści przepisu art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp stanowiącym implementację art. 57 ust. 4 lit. c) Dyrektywy PE i Rady 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE a także powołując się na wymienione orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Izba wskazała, że naruszenie reguł konkurencji wypełnia przesłankę wykluczenia określoną w art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp. Dodała przy tym, że Trybunał potwierdził jednoznacznie, że naruszenie reguł konkurencji wypełnia przesłanki podstawy wykluczenia związanej z poważnym naruszeniem obowiązków zawodowych. Zatem nałożenie na przedsiębiorstwo grzywny z tytułu naruszenia ustawy o ochronie konkurencji stanowiło ww. poważne wykroczenie zawodowe, które ma wpływ na wiarygodność zawodową danego podmiotu gospodarczego.

Jak zostało ustalone przez Izbę na oficjalnej stronie Federalnego Urzędu do Spraw Konkurencji Republiki Austrii, organ ten zamieścił 14 lipca 2021 r. informację, że w ramach dochodzenia złożył tego też dnia do Sądu

Antymonopolowego Wyższego Sądu Krajowego w W. (dalej też ASK) wniosek o nałożenie grzywny na spółkę (...). Zaś spółka ta uznała zarzucane naruszenie. Decyzją tego Sądu z 21 października 2021 r. nałożono na (...) grzywnę zgodnie z żądaniem AFCA ((...)).

Izba wskazała, że zgodnie z treścią art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp przesłanką wykluczenia jest wykazanie zawinionego i poważnego naruszenia obowiązków zawodowych za pomocą stosownych środków dowodowych. Ciężar udowodnienia powyższego spoczywa na zamawiającym, który może ten fakt wykazywać za pomocą wiarygodnych środków dowodowych, w szczególności dokumentów urzędowych lub prywatnych.

Konsorcjum (...) wyjaśniło, że (...) aktualnie bierze udział w postępowaniach przetargowych, podobnie jak w latach 2019-2021. Niemniej jednak jak wynika z dokumentów jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (dalej: JEDZ) przedłożonych przez odwołującego (...) nie informowała zamawiających o okolicznościach związanych z trwającym postępowaniem przed AFCA a następnie przed ASK w sprawie dopuszczenia się przez spółkę bezprawnych czynów na polu konkurencji.

W ocenie Izby informacji o powyższym toczącym się postępowaniu przed AFCA poszczególne zamawiający (w postępowaniach prowadzonych w latach 2019-2021) nie mieli jakiegokolwiek możliwości powzięcia wiedzy, a tym bardziej możliwości wykazania tego naruszenia, przed wydaniem decyzji przez Sąd, która podlegała upublicznieniu. Tym bardziej, że postępowanie przez ASK charakteryzuje się ograniczeniem dostępu do informacji dla osób (podmiotów) niebędących stronami postępowania. Biorąc zatem pod uwagę powyższe w ocenie Izby decyzja ASK była stosownym środkiem dowodowym, za pomocą którego Zamawiający był w stanie wykazać, że (...) działał w ramach kartelu, za co została mu nałożona stosowna kara, a to z kolei potwierdziło, że był winny poważnego wykroczenia zawodowego, co istotnie podważa jego uczciwość i wiarygodność w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a w związku z tym wykonawca (...) podlegał wykluczeniu z postępowania. W konsekwencji zaś powyższego Konsorcjum (...) podlegało wykluczeniu, a oferta złożona to Konsorcjum podlegała odrzuceniu.

Izba zauważyła, że okoliczności dotyczące naruszeń i postępowań z tym związanych toczących się wobec (...), które doprowadziły do uwzględnienia powyższego zarzutu korespondują także z zarzutem naruszenia art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, który ściśle związany jest z rozpoznany zarzutem naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp.

W okolicznościach niniejszej sprawy w odniesieniu do (...) ziściły się przesłanki określone w art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp skutkujące koniecznością wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Izba przywołując treść powyższego przepisu wskazała, że podstawą wykluczenia jest stwierdzenie przez zamawiającego na podstawie wiarygodnych przesłanek, że doszło do zakłócenia konkurencji, poprzez zawarcie porozumienia z udziałem danego wykonawcy – w aktualnie prowadzonym postępowaniu lub w innych postępowaniach, w których ten wykonawca brał udział.

W ocenie zaś Izby wydanie wobec (...) decyzji o uznaniu, że działał on w ramach kartelu oraz nałożenie stosownej kary finansowej potwierdziło, że wykonawca zawierał wielokrotnie z innymi wykonawcami porozumienia (kartel) mające na celu zakłócenie konkurencji. Zatem stwierdzenie powyższych okoliczności było możliwe dopiero w konsekwencji wydania przez ASK decyzji 21 października 2021 r. w tym zakresie. W konsekwencji powyższego Konsorcjum (...) podlegało wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, zaś złożona oferta przez Konsorcjum (...) z udziałem (...) podlegała odrzuceniu.

Nadto Izba nie podzieliła stanowiska Konsorcjum (...), że w odniesieniu do zdarzenia, z którego odwołujący usiłował wywodzić skutki prawne upłynął już 3 letni okres wykluczenia, o którym mowa w art. 111 pkt 4 Pzp, bowiem naruszenia przez (...) §1 ust 1 KartG oraz art. 101 TFUE nastąpiło w okresie od lipca 2002 r. do października 2017 r.

Izba przywołując treść art. 111 pkt 4 Pzp wskazała, że w jej ocenie interpretacja „zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia” powinna być dokonywana w kontekście konkretnych okoliczności danej sprawy.

Niemniej jednak słusznie w ocenie Izby Konsorcjum (...) podnosiło, że w świetle art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp jak i art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp nie istnieje wymóg, aby zdarzenie będące podstawą wykluczenia zostało stwierdzone prawomocnym wyrokiem lub decyzją. Izba zaznaczyła jednakże, że w praktyce to właśnie wydanie takiej decyzji przez uprawniony organ lub wyroku przez sąd stanowi dla zamawiającego dostępny wiarygodny i obiektywny dowód na zaistnienie poważnego wykroczenia zawodowego lub wiarygodną przesłankę do stwierdzenia, że wykonawca zawarł porozumienie z innymi wykonawcami mające na celu zakłócenie konkurencji. Izba zaznaczyła przy tym, że w przypadku przedmiotowych przesłanek wykluczenia konieczne jest oparcie się przez zamawiającego na obiektywnych i wiarygodnych środkach dowodowych, a nie są wystarczające niepotwierdzone informacje pozyskane z niewiarygodnych źródeł. Zaś wydanie określonego wyroku lub decyzji w danej sprawie o naruszenie konkurencji stanowi niepodważalną podstawę do stwierdzenia przez zamawiającego, że wystąpiło zdarzenie stanowiące podstawę do wykluczenia wykonawcy. Prezentowane stanowisko Izby nie jest także w jej ocenie sprzeczne z przedłożoną przez Konsorcjum (...) opinią prawną, która w konsekwencji wskazuje na możliwe różne warianty interpretacji art. 111 ust. 4 Pzp.

Izba zauważyła, że mimo iż niesporne w sprawie było, że (...) przystąpił dobrowolnie do programu łagodzenia kar, nie sposób było przyjąć, że to właśnie od tego momentu należało liczyć trzyletni okres, w którym wykonawca mógł podlegać wykluczeniu. Podkreśliła przy tym, że informacje o toczącej się sprawie nie były publicznie dostępne, a sam wykonawca, startując w przetargach, również nie informował zamawiających o tych okolicznościach. W ocenie Izby nie można było przyjąć, że w czasie toczącego się postępowania przed AFCA „konsumował się” okres, w którym wykonawca powinien podlegać wykluczeniu. Brak dostępu do informacji o toczącym się postępowaniu i zaniechanie przez wykonawcę rzetelnego przekazywania takiej informacji zamawiającym, uniemożliwia w ocenie Izby realne zastosowanie sankcji wykluczenia za utratę wiarygodności i bezprawne działania wykonawcy. Zaś Konsorcjum (...) nie wykazało, aby w rzeczonym czasie, starując w przetargach takie transparentne działania podejmowało.

Izba podkreśliła, że skoro (...) podjął współpracę z odpowiednimi organami w toku postępowania co najmniej od 2 lipca 2019 r. w tym zakresie do dostarczenia dowodów, przyznania się do winy, zaprzestania naruszeń i podjęcia działań prewencyjnych, aby w przyszłości nie dochodziło do naruszeń, to w celu odbudowania swojej wiarygodności i przejrzystości swoich działań powinien rzetelnie ujawnić te okoliczności w ramach przetargów publicznych, w których brał udział.

W ocenie Izby odpowiedzialność członków Konsorcjum (...) w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego była solidarna zatem nie mógł mieć zastosowania art. 109 ust 3 Pzp. Skoro zatem jeden z członków konsorcjum podlegał wykluczeniu, to w konsekwencji konsorcjum podlega wykluczeniu, a oferta złożona przez konsorcjum musi podlegać odrzuceniu. W ocenie Izby zastosowanie zasady proporcjonalności wymaga przeprowadzenia zindywidualizowanej oceny w każdym przypadku, gdy konsekwencje wykluczenia mogą dotyczyć wykonawcy z powodu naruszenia popełnionego przez inny podmiot, wobec którego nie dysponuje on żadnym środkiem kontroli.

Izba uwzględniła także zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp w zw. z art. 109 ust. 2 Pzp oraz w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp i art. 108 ust 1 pkt 5 Pzp, tj. zarzut nr 4 odwołania.

W ocenie Izby uwzględniającej ustalony w niniejszej sprawie stan faktyczny w przedmiotowym postępowaniu (...) był zobowiązany notyfikować okoliczności związane ze stwierdzonymi przez ASK naruszeniami w dokumencie JEDZ złożonym w ofercie. (...), pomimo znacznej skali powagi czynu, którego dopuścił się, nie poinformował zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o powyższych okolicznościach. Zaniechanie przedstawienia powyższych informacji prowadziło do wniosku, że (...) stał się niejako „sędzią we własnej sprawie” a także uniemożliwił tym samym zamawiającemu oraz ewentualnie Izbie dokonanie stosownej oceny w tym zakresie. Brak rzetelnego oświadczenia nie mogło też stanowić podstawy do wykluczenia lub do uruchomienia procedury „samooczyszczenia”.

Izba wskazała, że (...), nie informując zamawiającego o ważnych okolicznościach dotyczących stwierdzonych naruszeń prawa, uniemożliwił zamawiającemu zbadanie i ocenę danych okoliczności w świetle przesłanek do wykluczenia

wykonawcy. (...) nie wypełnił swojego obowiązku, przez co wprowadził zamawiającego w błąd, czego wyrazem w niniejszej sprawie była decyzja zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej. Oświadczenie złożone przez (...) w JEDZ jest zatem obiektywnie sprzeczne z rzeczywistością.

W ocenie Izby okoliczności przedmiotowej sprawy wskazywały, że doszło do co najmniej rażącego niedbalstwa. Trudno w ocenie Izby było przyjąć, że profesjonalny wykonawca, ubiegający się o liczne zamówienia publiczne, nie miał wiedzy o konsekwencjach wynikających z niepodania tego typu informacji. Izba zauważyła przy tym, że działanie wykonawcy w warunkach rażącego niedbalstwa konsumuje łagodniejsze formy podmiotowe działania wykonawcy, które wskazane zostały w art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, tj. niedbalstwo oraz lekkomyślność.

To zaś prowadziło do wniosku, że wobec wykonawcy nastąpiła podstawa wykluczenia opisana w treści art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, a także art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp.

W konsekwencji stwierdzenia zasadności zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia potwierdził się także zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia Konsorcjum (...), czego konsekwencją był wybór tej oferty jako najkorzystniejszej.

Oferta Konsorcjum (...) powinna w ocenie Izby zostać odrzucona, gdyż została złożona przez wykonawcę, który podlega wykluczeniu z postępowania w związku z wystąpieniem podstaw wykluczenia odpisanych w treści art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz 109 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 Pzp.

W ocenie Izby zatem nie ulegało wątpliwości, że w związku z potwierdzeniem się zarzutów j.w. za zasadny Izba uznała także zarzut naruszenia art. 16 ust. 1 Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania.

Izba zatem orzekła jak w sentencji na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 pkt Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz §5 pkt 1 i 2 oraz §7 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania.

Skargę na powyższe rozstrzygnięcie wniosło Konsorcjum (...) (dalej: Skarżący) zaskarżając je w części, tj. w zakresie pkt 2, 3 oraz 3.2 wyroku oraz zarzucając mu naruszenie przepisów prawa procesowego i materialnego tj.:

1. art. 111 pkt 4 Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez błędną wykładnię wyrażającą się z uznaniu, że zdarzeniem od którego należy liczyć 3 letni okres wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jest możliwość stwierdzenia przez Zamawiającego przesłanki wykluczenia, a w konsekwencji błędne zastosowanie tego przepisu, podczas, gdy w stanie faktycznym sprawy upłynął okres wykluczenia (...) z postępowania na skutek zdarzenia stanowiącego podstawę wykluczenia wskazanego w art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp;

2. art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez jego zastosowanie i przyjęcie, iż porozumienie ograniczające konkurencję (lipiec 2022-październik 2017) stanowi przesłankę fakultatywną wykluczenia, przy jednoczesnym uznaniu ww. przypadku za przesłankę obligatoryjną wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp

3. art. 109 ust. 1 pkt 8 oraz pkt 10 Pzp poprzez ich niewłaściwe zastosowanie wyrażające się w przyjęciu, że konsorcjum podlega wykluczeniu z postępowania w związku z wprowadzeniem w błąd zamawiającego;

4. art. 109 ust. 1 pkt 8 oraz pkt 10 Pzp poprzez nieuprawnione łączne ich zastosowanie, pomimo, że wskazane w nich podstawy wykluczenia są wobec siebie konkurencyjne;

5. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp poprzez niewłaściwe jego zastosowanie wyrażające się w przyjęciu, że oferta złożona przez Konsorcjum (...) podlega odrzuceniu, jako, że została złożona przez „wykonawcę”, który podlega wykluczeniu,

w związku z naruszeniem przepisów art. 108 ust. 1 pkt 5 oraz 109 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 Pzp, pomimo, że w odniesieniu do podstawy wykluczenia (...) upłynął 3 letni okres wskazany w art. 111 pkt 4 Pzp;

6. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp poprzez niewłaściwe zastosowanie wyrażające się w przyjęciu, że potencjalne wykluczenie jednego z dwóch wykonawców wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego powoduje automatyczne wykluczenie z postępowania wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i odrzucenie oferty złożonej przez tych wykonawców na zasadzie odpowiedzialności solidarnej.

7. art. 554 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 Pzp w zw. z art. 111 pkt 4 Pzp, w zw. art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz 109 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 Pzp poprzez wydanie wyroku uwzględniającego odwołanie i nakazanie zamawiającemu odrzucenie oferty skarżącego Konsorcjum, pomimo upływu okresu wykluczenia (...), o którym mowa w art. 111 pkt 4 Pzp;

8. art. 554 ust 1 pkt 1 Pzp, w zw. z art. 120 pzp i w zw. z art. 445 ust 1 Pzp, poprzez uwzględnienie odwołania także w stosunku do Lidera Konsorcjum tj. (...) sp. z o.o., pomimo cofnięcia wszystkich zarzutów odwołania w stosunku do (...) sp. z o.o. i umorzenia postępowania przez Izbę w zakresie tych wszystkich zarzutów (pkt 1 wyroku) i poprzez jednoczesne przypisanie (...) sp. z o.o. odpowiedzialności solidarnej w zakresie zarzutów podtrzymanych wyłącznie wobec (...);

9. art. 542 ust 1 Pzp poprzez błędną, sprzeczną z zasadami logiki ocenę materiału dowodowego z dokumentów, w szczególności pominięcie dowodu z decyzji Sądu Kartelowego z 21 października 2021 r., w przedmiocie nałożenia na (...) grzywny w zakresie stwierdzenia momentu popełnienia naruszeń dotyczących porozumień mających stwierdzenie momentu popełnienia naruszeń dotyczących porozumień mających na celu ograniczenie konkurencji (lipiec 2002- październik 2017), które to naruszenie miało wpływ na treść wyroku, jako że doprowadziło do błędnych ustaleń, na których oparte zostało rozstrzygnięcie;

10. art. 554 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 559 ust. 2 Pzp poprzez uwzględnienie odwołania i uznania obu członków konsorcjum jako jednego „wykonawcę”, który podlega wykluczeniu z postępowania w związku z wystąpieniem podstaw wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, art. 109 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 Pzp, co stanowi sprzeczność sentencji wyroku (pkt 2) z jego uzasadnieniem, w którym KIO wskazała na sankcję wykluczenia z art. 111 pkt 4 jedynie w stosunku do (...);

11. art. 531 ustawy Pzp, art. 552 ust. 1 Pzp, art. 542 ust. 1 w zw. z art. 538 ust. 1 i ust. 2 Pzp oraz art. 555 Pzp poprzez dokonanie ustaleń i wydanie wyroku w oparciu o dowody ( 3 przykładowe dokumenty JEDZ z innych postępowań) niezwiązane z przedmiotem postępowania i nie mające znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania oraz przez naruszenie zakazu orzeczenia w sprawie zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, co w konsekwencji doprowadziło do wadliwej subsumpcji.

Z uwagi na powyższe zarzuty Skarżący wniósł o:

1. zmianę wyroku KIO w zaskarżonej części i oddalenie odwołania w części, tj. w zakresie zarzutu naruszenia przez Skarżącego przepisów art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, art. 109 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 Pzp zasądzenie od przeciwnika skargi na rzecz skarżącego kosztów postępowania skargowego, w tym kosztów opłat sądowych i kosztów zastępstwa procesowego oraz kosztów poniesionych przez skarżącego w związku z rozpoznaniem odwołania (art. 589 ust. 2 Pzp);

2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania odwoławczego prowadzonego przez KIO (sygn. akt KIO 2960/22)

ewentualnie, z ostrożności procesowej, na wypadek nie uwzględnienia wniosku wskazanego w pkt 1

3. zmianę wyroku KIO w zaskarżonym zakresie (pkt 2, 3 i 3.2) i oddalenie odwołania w stosunku do (...) oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny oferty oraz umożliwienie (...) zastąpienie spółki (...) innym podmiotem.



W odpowiedzi na powyższe zamawiający wniósł o oddalenie skargi w całości zaś Konsorcjum (...) (dalej też: Przeciwnik skargi) wniosło o oddalenie skargi oraz zasądzenie od skarżącego na swoją rzecz kosztów postępowania w zakresie kosztów zastępstwa procesowego według norm prawem przepisanych.

### **Sąd Okręgowy zważył, co następuje:**

Skarga wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tj. (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w P. oraz (...) w S. (Austria) (dalej łącznie: Konsorcjum (...)) w ocenie Sądu Okręgowego nie zasługiwała na uwzględnienie.

Przed przystąpieniem do merytorycznej oceny podniesionych w skardze zarzutów wskazać należy, że Sąd Okręgowy nie prowadził postępowania dowodowego, ani nie zmienił ustaleń faktycznych Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 387 § 2<sup>1</sup> k.p.c. (który na podstawie art. 579 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych znajduje odpowiednie zastosowanie również w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi) ograniczył się do przedstawienia jedynie wyjaśnienia podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa.

Ponadto Sąd Okręgowy w całości podziela ustalenia faktyczne dokonane przez Krajową Izbę Odwoławczą w odniesieniu do zarzutów odwołania, jak i wywody zawarte w uzasadnieniu wyroku Izby prowadzące do przedmiotowego rozstrzygnięcia. Zauważyć też należy, iż w istocie wywody zawarte w skardze sprowadzają się do prezentowania przez skarżącego własnej, a konkurencyjnej wobec Krajowej Izby Odwoławczej oceny faktycznej i prawnej sprawy. W ocenie Sądu Okręgowego, Krajowa Izba w sposób staranny, wyczerpujący i wszechstronny rozważyła wszystkie dowody przeprowadzone w toku rozprawy. Ocena materiału dowodowego została dokonana w sposób wszechstronny i bezstronny, nie naruszała granic oceny swobodnej, była zgodna z zasadami doświadczenia życiowego, oraz nie zawierała błędów faktycznych lub logicznych, stąd ustalenia te Sąd Okręgowy uznaje za własne. Sąd Okręgowy w podziela także zasadniczo argumentację prawną przedstawioną przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Żaden z zarzutów podniesionych w skardze nie okazał się zasadny.

Należy także wskazać na bardzo bogatą argumentację przedstawioną w uzasadnieniu przedmiotowej skargi, która w sposób nader rzeczowy odniosła się do zakresu objętego skargą. Niemniej jednak po wnikliwej analizie materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, motywów zaskarżonej części orzeczenia, a także zarzutów i argumentacji podniesionych w przedmiotowej skardze, Sąd Okręgowy w składzie rozpoznającym przedmiotową skargę w odniesieniu do tej konkretnej sprawy uznał, iż argumentacja skarżącego dążąca do zmiany zaskarżonej części orzeczenia KIO nie zasługuje na aprobatę.

Na powtórzenie w ocenie Sądu zasługują ustalenia KIO odnoszące się do okoliczności faktycznych związanych z popełnieniem przez (...) czynów nieuczciwej konkurencji, które nie były sporne w niniejszej sprawie, tj.:

- ramach programu łagodzenia kar spółka (...) oraz (...)w dniu 2 lipca 2019 r. złożyły wniosek o wszczęcie postępowania co potwierdził Federalny Urząd ds. Konkurencji (AFCA) informacją z 4 lipca 2019 r. W tym miejscu należy wskazać za uzasadnieniem decyzji ASK z 21 października 2021 r. „po tym, jak w 2017 r. zostały przeprowadzone u oskarżonych przeszukania, złożyły one w dn. 02.07.2019 wniosek o wszczęcie postępowania zgodnie z §11b WettbG i od tego czasu nieprzerwanie współpracowały z Wnioskodawcą (składającym wniosek o ukaranie – zgodnie z przyp. tłum) w rozumieniu programów świadków koronnych. W dn. 10.02.2021 r. na podstawie §13 ust. 1 WettG oskarżonym została przekazana skarga wraz z załącznikami. Od tej pory przekazały Wnioskodawcy wiele dokumentów i 21.06.2021 r. potwierdziły, że nie kwestionują stanu faktycznego przedstawionego przez wnioskodawcę i akceptują proponowaną karę grzywny”.
- w dniu 14 lipca 2021 r. AFCA złożył wniosek o nałożenie na wnioskodawców grzywny w wysokości 45,37 mln euro;

- w dniu 21 października 2021 r. Austriacki Sąd Kartelowy (ASK) wydał decyzję, w której przychylił się do wskazanego wyżej wniosku i nałożył grzywnę we wnioskowanej wysokości 45,37 mln euro, jednocześnie potwierdził, że stwierdzone naruszenia miały miejsce w okresie od lipca 2002 r. do października 2017 r.
- powodem nałożenia wskazanej grzywny było „naruszenie §1 ust. 1 KartG i art. 101 ust. 1 AEU, tj. wspólne i wielokrotne zmony cenowe naruszające prawo antymonopolowe, dział rynku i wymiany informacji z innymi oferentami w publicznych i prywatnych przetargach w zakresie budownictwa ogólnej i infrastrukturalnego w Austrii w okresie od lipca 2002 do października 2017”
- w dokumencie JEDZ (...) na pytanie w części III „C: Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi” na pytanie:

„czy wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji?” zaznaczył odpowiedź „Nie”,

„czy jest wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego? W stosowanych przypadkach zob. definicje w prawie krajowym, stosownym ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia” zaznaczył odpowiedź „Nie”.

Ze względu na wzajemną interakcję przytoczonych w skardze zarzutów, Sąd Okręgowy uznał, iż dla zachowania czytelności i przejrzystości niniejszego uzasadnienia, celowym będzie odniesienie się do nich, dzieląc je na trzy grupy, tj. 1 grupa odnosząca się do ustalenia 3 letniego okresu wykluczenia; 2 grupa dotycząca jednoczesnego wystąpienia różnych postaw wykluczenia; 3 grupa dotycząca możliwości udziału w postępowaniu jednego członka konsorcjum.

Pierwsza grupa zarzutów dotyczy niewątpliwie najistotniejszej kwestii prawnych tj. momentu, od którego należy liczyć zgodnie z art. 111 pkt Pzp okres 3 letniego wykluczenia w zakresie przesłanek określonych w art. 108 ust. 1 pkt 5 jak i 109 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Jak sam ustawodawca wskazuje okres ten liczy się „od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia”.

W ocenie skarżącego wykładnia dokonana przez Izbę prowadzi do wniosków sprzecznych z literalnym brzmieniem przepisu art. 111 art. 4 Pzp, gdyż przepis ten wyraźnie odwołuje się do „zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia”. Dalej skarżący podnosi, że w myśl reguły *clara non sunt interpretanda* przepis jasny nie wymaga wykładni, co oznacza, że w przypadku gdy zastosowanie reguł wykładni językowej prowadzi do wyjaśnienia wątpliwości interpretacyjnych, nie ma potrzeby stosowania dyrektyw wykładu pozajęzykowej – systemowej lub funkcyjnej. Na potwierdzenie swojego stanowiska skarżący wskazuje stanowisko SN z uchwały z 30 marca 2012 r. IOII CZP 4/12, w którym Sąd ten wskazał, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, od jednoznacznego sensu przepisu ustalonego za pomocą dyrektyw językowych można odstąpić tylko wyjątkowo, jeżeli przemawiają za tym szczególnie ważne racje prawne, społeczne, ekonomiczne lub moralne. Może to mieć miejsce w sytuacji, w której językowe znaczenie przepisu prowadziłyby do rażąco niesprawiedliwych lub irracjonalnych konsekwencji, zwłaszcza do sprzeczności ze znaczeniem innych norm systemu, do rażąco niesprawiedliwych rozstrzygnięć lub do oczywistej sprzeczności z powszechnie akceptowanymi normami moralnymi (zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 czerwca 2000 r., K 25/99, OTK Zb.Urz. 2000, nr 5, poz. 141, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 maja 1998 r., I CKN 664/97, OSNC 1999, nr 1, poz. 7 oraz uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 25 kwietnia 2003 r., III CZP 8/03, OSNC 2004, nr 1, poz. 1).

Już w tym miejscu w ocenie Sądu skarżący nie zauważa pewnych nieścisłości, na które sam wskazuje a które to odnoszą się do „rażąco niesprawiedliwych lub irracjonalnych konsekwencji”. Co zostanie szerzej omówione w dalszej części rozważań.

Niemniej jednak po podniesieniu błędnej wykładni (*contra legem*) w zakresie art. 111 ust. 4 Pzp w stosunku do Izby skarżący z daleko idącej ostrożności wskazuje, że „nawet gdyby przyjąć pogląd Izby, że w odniesieniu do podstaw wykluczenia wymagane jest stwierdzenie naruszeń, to taka okoliczność miała miejsce, bowiem w wyroku Sądu

Kartelowego wskazano, kiedy naruszenia miały miejsce (2002-2017) - 3 letni okres wykluczenia upłynął tym samym w październiku 2020 r.”

Ponadto skarżący wskazuje, że ustawodawca europejski w art. 57 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, którego art. 108-111 Pzp stanowią krajową transpozycję jednoznacznie różnicuje pojęcia: „wyroku”, „orzeczenia sądowego”, „decyzji administracyjnej” oraz „zdarzenia”.

Powyższe twierdzenia skarżącego prowadzą zaś w jego ocenie do wniosku, że nieuprawnione byłoby, stosując art. 111 pkt 4 Pzp w odniesieniu do jego zdarzeń/przypadków tam wskazanych, przyjmować jako podstawę wykluczenia wyrok czy decyzję organu, a w odniesieniu do innych przypadków przyjmować jako podstawę zaistnienia zdarzenia. W ocenie skarżącego takie rozróżnienie nie występuje we wskazanym przepisie, zaś biorąc pod uwagę charakter regulacji dotyczących wykluczenia wykonawców z postępowania, niedopuszczalna jest także wykładnia rozszerzająca.

Nadto skarżący wskazuje, że zaistnienie zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 lub 109 ust. 1 pkt 5 Pzp oznacza dla wykonawcy bardzo dotkliwą karę, jaką jest brak możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia przez okres trzech lat. Sankcyjny charakter nakazuje w ocenie skarżącego ich ścisłą interpretację, w świetle czego bezwzględnie zakazane jest stosowanie wykładni rozszerzającej.

W ocenie skarżącego wpływ okresu wykluczenia następuje ex lege i powoduje, że podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania ustaje. Upływ czasu działa w tym przypadku na korzyść wykonawcy w sposób obiektywny, niezależnie od okoliczności, czy akurat w tym momencie wykonawca ubiega się o udzielenia zamówienia czy też nie.

Nie można także pominąć stanowiska skarżącego, w którym wskazuje, że sankcyjny charakter zastosowanych przez Izbę przepisów powoduje, że nie może być mowy o innym niż literalna treść sposobie ich wykładni. Podmiot, wobec którego zaistniała podstawa do wykluczenia, po upływie wskazanego w art. 111 pkt 4 Pzp okresu, powinien być traktowany tak, jakby do zdarzenia będącego podstawą wykluczenia nie doszło.

Skarżący wskazuje także, że gdyby przyjąć, że zdarzeniem, od którego należy liczyć okres wykluczenia jest decyzja/wyrok organu, to w sytuacji braku takiej decyzji/wyroku nie byłoby możliwe zastosowanie komentowanych przesłanek wykluczenia.

W ocenie Sądu Okręgowego w składzie rozpoznającym przedmiotową skargę argumentacja skarżącego uwzględniająca ustalone okoliczności faktyczne w tej konkretnej sprawie nie zasługuje na uznanie Sądu.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że ustawodawca konsekwentnie, gdyż miało to miejsce także w ustawie Pzp z 2004 r. pozostawił uregulowanie „zdarzenia będącego podstawą wykluczenia”. Niemniej jednak, czego zdaje się nie zauważa skarżący poprzedni przepis a dokładniej art. 24 ust. 7 pkt 3) odnosił się literalnie do „dnia zaistnienia” zdarzenia. Aktualne przepisy wskazują zaś ogólnie o „zaistnieniu” zdarzenie. Zgodnie zaś ze słownikiem języka polskiego PWN „zaistnieć” oznacza „stać się znanym lub mieć, zacząć mieć znaczenie”. Przypomnieć wszak należy, że zgodnie z art. 111 pkt 4 Pzp wykluczenie wykonawcy następuje w przypadkach, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 oraz 109 ust. 1 pkt 4, 5, 7 i 9 na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. W ocenie Sądu taki zabieg ustawodawcy należy uznać za celowy.

Wskazać w tym miejscu należy, że art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp stanowi, iż z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, jeżeli zamawiający może stwierdzić na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykazą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie. Wchodzenie uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zмовę z innymi wykonawcami stoi, co oczywiste, w sprzeczności z art. 16 pkt 1 Pzp, który w swojej treści przewiduje zasadę zachowania uczciwej konkurencji. W tym miejscu należy także wskazać

na treść art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp zgodnie z którym, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania klub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów.

Owszem, Sąd Okręgowy podziela stanowisko skarżącego, że do wykluczenia wykonawcy przy zaistnieniu wskazanych powyżej przesłanek nie jest konieczne wydanie wyroku czy też decyzji. Art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp nie wymaga od zamawiającego udowodnienia zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Zgodnie z treścią tego przepisu wystarczy bowiem oparcie się na wiarygodnych przesłankach. Jak słusznie zauważyła KIO w wyroku z dnia 6 września 2021 r., sygn. akt KIO 2254/21, KIO 2255/2, KIO 2258/21 ustawodawca nie uzależnił bowiem ziszczenia się przesłanki wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp od uprzedniego wydania w stosunku do takiego wykonawcy prawomocnego orzeczenia sądowego lub też prawomocnej decyzji stwierdzającej istnienie "zmowy przetargowej". Przeciwnie - ustawodawca w ustawie Prawo zamówień publicznych przewidział niezależną przesłankę wykluczenia wykonawcy w sytuacji, gdy to właśnie zamawiający (a nie inny organ) stwierdzi istnienie wiarygodnych przesłanek, które uzasadniają przyjęcie, że pomiędzy wykonawcami doszło do zawarcia porozumienia. Omawiana regulacja koresponduje z art. 57 ust. 4 lit. d Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r., zgodnie z treścią której instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonawcy, jeżeli instytucja zamawiająca może stwierdzić na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji.

Niemniej jednak pozostawienie przez ustawodawcę dość ogólnego pojęcia „zdarzenia będącego podstawą wykluczenia”, mogące być rozmaicie interpretowanym, na co również wskazuje skarżący w przedłożonej do akt niniejszej sprawy opinii prawnej, w ocenie Sądu Okręgowego pozwala a wręcz ukierunkowuje na interpretację każdorazowo uwzględniającą różnorodność stanów faktycznych.

Bezsprzecznie w niniejszej sprawie mamy do czynienia ze znową przetargową, czego nie podważa sam skarżący. To zaś świadczy o niepowtarzalnym charakterze stanu faktycznego. Pierwotnie zamawiający, następnie Izba a kolejno Sąd Okręgowy obowiązany jest do oceny konkretnych okoliczności i dostosowania do nich odpowiedniej sankcji, w przedmiotowym przypadku sankcji wykluczenia.

W tym miejscu w ocenie Sądu Okręgowego należy przypomnieć twierdzenia skarżącego odnoszące się do zastosowania reguł wykładni językowej w zakresie ustalenia rozpoczęcia biegu 3 lat wykluczenia, wynikającego z art. 111 pkt 4 Pzp. Skarżący wskazał, że odstępienie od językowej wykładni może mieć miejsce w sytuacji, w której „językowe znaczenie przepisu prowadziłyby do rażąco niesprawiedliwych lub irracjonalnych konsekwencji, zwłaszcza do sprzeczności ze znaczeniem innych norm systemu, do rażąco niesprawiedliwych rozstrzygnięć lub do oczywistej sprzeczności z powszechnie akceptowanymi normami moralnymi”. W tym miejscu nie sposób jest nie wspomnieć w ocenie Sądu i porównać powyższego do „zasady czystych rąk” wynikającej z art. 5 kodeksu cywilnego, gdyż niewątpliwie twierdzenia skarżącego odwołują się do zasad słuszności w prawie oraz zasady etycznego i uczciwego postępowania, wynikającego poniekąd z art. 16 pkt Pzp. To zaś prowadzi do wskazania, że „z uwzględnieniem, iż Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej (art. 2 Konstytucji RP), należy przyjąć, że odwołanie się do zasad współżycia społecznego oznacza odwołanie się do idei słuszności w prawie i do powszechnie uznawanych wartości w kulturze naszego społeczeństwa. Ujmując rzecz ogólnie, można przyjąć, że przez zasady współżycia społecznego należy rozumieć podstawowe zasady etycznego i uczciwego postępowania” (Wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z 23 maja 2013 roku, IV CSK 660/12). Zaś jednocześnie należy mieć na uwadze fakt, że: „Nie może powoływać się na naruszenie zasad współżycia społecznego osoba, która sama zasady te (lub przepisy prawa) narusza” (Postanowienie Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z 25 września 2020 roku, I CSK 812/19).

Zgromadzony w tej konkretnej sprawie materiał dowodowy wskazujący na zaistnienie jednoznacznych okoliczności w przedmiotowej sprawie w ocenie Sądu Okręgowego pozwala uznać za przyjęcie 3 letniego okresu wykluczenia od

daty wydania decyzji przez Austriacki Sąd Antymonopolowy/kartelowy (ASK) tj. 22 października 2022 r. nie zaś jakby chciał tego skarżący od chwili uczestnictwa w kartelu, czy też jak z ostrożności wskazał to skarżący od października 2017 r.

Skarżący argumentując w uzasadnieniu wniesionej skargi, iż wykluczenie na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp jest dla wykonawcy bardzo dotkliwą karą, którą jest brak możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. Owszem zgodzić się należy, że wykluczenie na podstawie powyższych przepisów jest bardzo dotkliwe dla wykonawców, lecz w ocenie Sądu właśnie takie ma być, skoro ma spełniać funkcję prewencyjną i represyjną. Wykluczenia tego rodzaju mają niewątpliwie zniechęcać wykonawców do zawierania porozumień mających na celu zakłócenie konkurencji a zatem do uczestnictwa w postępowaniu zgodnie z zasadami uczciwej a nie wybiórczej, bądź specjalnie dostosowanej co do niektórych wykonawców konkurencji. Należy pamiętać przede wszystkim, że skarżący zarówno w tym jak i we wcześniejszych postępowaniach nie przekazywał zamawiającym informacji o toczącym się wobec niego postępowaniu przed austriackim sądem antymonopolowym. W sposób niewątpliwy i niepodważalny wskazują na to dokumenty JEDZ złożone w niniejszym postępowaniu jak i przedłożone przez Konsorcjum (...) w postępowaniu odwoławczym. Nie można przy tym zgodzić się z twierdzeniami skarżącego, że „nie zataił w sposób celowy ani nawet w sposób noszący znamiona lekkomyślności informacji związanych z popełnionym przez (...) w okresie od lipca 2002 do października 2017 r. naruszeń kartelowych.” Jak wskazuje dalej skarżący „informacje udostępnianie przez Federalny Urząd Ochrony konkurencji są informacjami ogólnodostępnymi, o czym świadczy chociażby fakt uzyskania ich przez Przeciwnika Skargi ze strony internetowej tego urzędu. W zakresie popełnionych naruszeń (...) informuje w ogólnodostępnych komunikatach prasowych, na swojej stronie internetowej.” Na marginesie można także dodać, że (...) sam wskazuje, że z daleko idącej ostrożności okres wykluczenia upłynął w jego ocenie w październiku 2020 r., gdzie tym samym zostało wykazane i niezaprzeczone przez niego samego, że w latach 2019-2021 zatem mieszczących się we wskazanych okresie brał udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publiczne. Niemniej jednak nie jest to przedmiotem niniejszego postępowania.

Powyższe rozważania niejako korespondują ze stanowiskiem (...) wyrażonym w oświadczeniach końcowych w JEDZ część VI wskazał, że „Wykonawca oficjalnie oświadcza, że informacje podane powyżej w częściach II -V są dokładne i prawidłowe oraz że zostały przedstawione z pełną świadomością konsekwencji poważnego wprowadzania w błąd. Wykonawca oficjalnie oświadcza, że jest w stanie, na żądanie i bez zwłoki, przedstawić zaświadczenia i inne rodzaje dowodów w formie dokumentów z wyjątkiem przypadków, w których: a) instytucja zamawiająca lub podmiot zamawiający ma możliwość uzyskania odpowiednich dokumentów potwierdzających bezpośrednio za pomocą bezpłatnej krajowej bazy danych w dowolnym państwie członkowskim (pod warunkiem że wykonawca przekazał niezbędne informacje (...) umożliwiające instytucji zamawiającej lub podmiotowi zamawiającemu tę czynność; w razie potrzeby musi temu towarzyszyć odpowiednia zgoda na uzyskanie takiego dostępu) lub b) najpóźniej od dnia 18 października 2018 r. (...) instytucja zamawiająca lub podmiot zamawiający już posiada odpowiednią dokumentację. Wykonawca oficjalnie wyraża zgodę na to, aby instytucja zamawiająca lub podmiot zamawiający określone w części I uzyskał dostęp do dokumentów potwierdzających informacje, które zostały przedstawione w części III i IV niniejszego jednolitego europejskiego dokumenty zamówienia na potrzeby postępowanie o udzielenie zamówienia określonego w części I”.

Niemniej jednak nie można tracić z pola widzenia, że (...) w pytaniach w części III „C: Podstawy związane z niewyplącalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi” na pytanie:

- „czy wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji?” zaznaczył odpowiedź „Nie”,
- „czy jest wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego? W stosowanych przypadkach zob. definicje w prawie krajowym, stosownym ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia” zaznaczył odpowiedź „Nie”.

Powyższe uwidacznia zatem w ocenie Sądu postawę skarżącego a dokładniej (...), który niewątpliwie wprowadził zamawiającego w błąd w zakresie udzielonych odpowiedzi w JEDZ z drugiej jednak strony wskazuje, że zamawiający

mógł sam sprawdzić prawdziwość udzielonych odpowiedzi, gdyż dostęp do odpowiednich informacji w tym zakresie jest ogólnodostępny. Powyższa sytuacja zaś nie miała miejsca raz, a ze zgromadzonego materiału dowodowego wynika, że przynajmniej kilka razy.

Uwzględniając zatem powyższe oświadczenia, w których (...) oświadczał, że nie zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mającego na celu zakłócenie konkurencji należało w ocenie Sądu Okręgowego w składzie rozpoznającym niniejszą sprawę, uznać, że dopiero wydana decyzja przez ASK potwierdziła winę tego wykonawcy. Wszakże jak wynika ze złożonych do akt sprawy dokumentów JEDZ do dnia wydania przedmiotowej decyzji a nawet i po jej wydaniu sam wykonawca (...) wskazywał, że nie zawarł z innymi wykonawcami tzw. zmowy przetargowej”. Zatem opierając się na zasadzie domniemania niewinności dopiero przedmiotowa decyzja potwierdziła i przesądziła o winie wykonawcy (...).

Zatem wskazać należy ze zdarzeniem będącym podstawą wykluczenia mamy do czynienia dopiero w przypadku spełnienia wszystkich przesłanek konkretnej podstawy wykluczenia. Zaś argumentacja skarżącego przedstawiona zarówno w postępowaniu odwoławczym przed KIO jak i postępowaniu skargowym w istocie rzeczy w ocenie Sądu sprowadza się do poglądu, że okres wykluczenia rozpoczyna swój bieg zanim jeszcze nastąpiła sama podstawa wykluczenia. Jak zostało to jednak wskazane wyżej czasownik zaistnieć oznacza stać się znanym. Z tego też względu dopiero wydanie przez ASK decyzji o dopuszczeniu się przez (...) tzw. zmowy przetargowej spowodowało zaistnienie zdarzenia będącego podstawą do wykluczenia wskazanego w art. 111 pkt 4 Pzp, gdyż od tego dnia stało się znane, że (...) dopuścił się wskazanych tam naruszeń.

Przyjmując zaś stanowisko skarżącego w tej konkretnej sprawie, należałoby uznać, że nie jest możliwe stwierdzenie na gruncie ustawy prawo zamówień publicznych, że naruszył on reguły konkurencyjne albo też, że okres wykluczenia o którym mowa w art. 111 ust. 4 już by upłynął. A zatem pomimo wystąpienia określonych przesłanek, sankcja wykluczenia nie znalazłaby w ogóle zastosowania. W konsekwencji czego, pomimo ewidentnie naruszenia zasad przyświecających postępowaniom o udzielenie zamówienia publicznego upływ czasu jak sam to wyraził „zadziałałby na jego korzyść”.

Nie ulega wątpliwości, że wykluczenia obligatoryjne w niniejszej sprawie art. 108 ust. 1 pkt 5 pełnią przede wszystkim funkcję prewencyjną i represyjną. Tzw. zмова przetargowa niewątpliwie ma na celu zakłócenie konkurencji zaś zgodnie ze wskazaną już zasadą zamówień publicznych (art. 16 pkt 1pkt) zamawiający ma zapewnić zachowanie uczciwej konkurencji. Zaś fakultatywna podstawa wymieniona w przepisie art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp ma na celu umożliwienie instytucji zamawiającej oceny uczciwości i rzetelności każdego z oferentów. Opiera się ona na istotnym elemencie relacji pomiędzy zwycięskim oferentem a instytucją zamawiającą, a mianowicie na wiarygodności zwycięskiego oferenta, na której opiera się zaufanie, jakim obdarzyła go instytucja zamawiająca (por. wyrok TS z dnia 19 czerwca 2019 r. w sprawie C-41/18 (...) przeciwko (...), ECLI:EU:C:2019:507 pkt 29 i 30)

Skarżący zarzucał także, że w istocie przyjęta przez Izbę argumentacja sprowadza się do tego, że 3 letni okres wykluczenia, liczy się od możliwości stwierdzenia przez zamawiającego naruszenia konkurencji. Niemniej jednak w ocenie Sądu nie można tracić z pola widzenia, że zamawiający zobligowany jest do wykazania podstaw wykluczenia poprzez obiektywne i wiarygodne środki dowodowe. Zatajanie zatem przez skarżącego zarówno we wcześniejszym a co najważniejsze w tym konkretnym postępowaniu okoliczności związanych z prowadzonym postępowaniem przez sądem antymonopolowym w istocie rzeczy uniemożliwiło zamawiającemu zastosowanie sankcji wykluczenia.

W ocenie Sądu Okręgowego skarżący miał obowiązek w dokumencie JEDZ odpowiedzieć „tak” na wskazywane już powyżej pytania, czego nie uczynił. Izba słusznie uznała, że skarżący odpowiadając „nie” samodzielnie dokonał oceny uwzględniającej własną indywidualną wykładnię przepisów dotyczących podleganiu przez niego bądź nie podstawom wykluczenia a zatem stał się niejako „sędzią we własnej sprawie”. Niemniej jednak oczywiste jest, na co wskazuje także skarżący, że taka ocena należy do zamawiającego, nikogo innego.

Taka optyka skarżącego w ocenie Sądu Okręgowego w tym zakresie jest dowolna i mogłaby doprowadzić do manipulacji, że sankcja wykluczenia byłaby nie do zastosowania w zupełności. Nie może w ocenie Sądu dojść do sytuacji, w której to wykonawca niejako samodzielnie wylicza czy upłynął okres wykluczenia czy nie. Dowolność

stosowanych wykładni przeczy zachowaniu uczciwej konkurencji, którą ma zapewniać w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający, gdyż niewątpliwie każdy z wykonawców byłby w stanie zastosować własną i korzystną dla niego wykładnię przepisów, i w istocie rzeczy uniknąć wykluczenia.

Izba słusznie wskazywała, że dokument JEDZ jest dokumentem bardzo kategoriowym, są tam proste pytania (tzw. pytania zamknięte) i proste odpowiedzi (tak/nie). A zatem nie można inaczej niż jest wskazane interpretować uzyskanych na ich podstawie odpowiedzi. Niemniej jednak (...) pomijając udzielenie rzeczywistych odpowiedzi na zadane przez zamawiającego pytania, oświadcza w części końcowej, że zamawiający może mieć wgląd do ogólnodostępnej bazy, otóż zdaniem Sądu Okręgowego, Zamawiający nie jest zobligowany do poszukiwania jakichkolwiek informacji, mających za przedmiot uzyskania wiedzy w zakresie istnienia podstaw do ewentualnego wykluczenia wykonawcy z postępowania, nie jest to jego rolą. W ocenie Sądu Okręgowego skarżący powinien poinformować zamawiającego o toczącym się w stosunku co do niego postępowaniu. Tym bardziej w sytuacji, w której było wiadomo, że (...) zawarł z innymi wykonawcami tzw. znowę przetargową, czym winien był poważnego wykroczenia zawodowego. Zaniechanie w tym zakresie uniemożliwiło zamawiającemu zbadanie i ocenę okoliczności w świetle przesłanek do wykluczenia. Już samo w ocenie Sądu Okręgowego wprowadzenie w błąd w tym dokumencie zamawiającego jest samodzielną/samoistną podstawą do wykluczenia wykonawcy.

Na marginesie należy zauważyć, iż w ocenie Sądu Okręgowego (...) niewątpliwie zdaje sobie sprawę z ciężaru dopuszczonego się czynu a także jest skutków. Tym bardziej wykazując się uczciwością i rzetelnością wykonawca ten w ocenie Sądu winien szczegółowo odnieść się do współpracy z Federalnym Urzędem ds. Konkurencji co jak słusznie wskazuje Izba mogłoby stanowić podstawę do wykluczenia, lecz także do uruchomienia procedury „samoczyszczenia”. Pozbawienie zaś zamawiającego możliwości oceny stwierdzonych naruszeń prawa w powiązaniu z przedłożoną decyzją ASK pozwala dopuścić taką myśl w ocenie Sądu, iż skarżący liczył, że i tym razem nikt z konkurencyjnych wykonawców nie zdoła podnieść przedmiotowej podstawy wykluczenia. Co jak wiemy w niniejszej sprawie nie miało miejsca, gdyż Konsorcjum (...) słusznie w ocenie Sądu odwołało się od decyzji wyboru Konsorcjum (...) przez Zamawiającego.

Przyjęta zaś przez Sąd Okręgowy wykładnia art. 111 ust 4 Pzp w warunkach tej konkretnej sprawy przy zaistnieniu jej jednoznacznych okoliczności faktycznych nie pozostaje w sprzeczności ani z literalnym brzmieniem tego przepisu, ani zdarzeniem, którym jest niewątpliwie wydanie decyzji, a które to niewątpliwie mieści się w pojęciu zdarzenia prawnego. Ponadto nie pozostaje również w sprzeczności z doktryną, z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości, orzecznictwem Sądu Zamówień publicznych czy też KIO. Wobec powyższego, stanowisko Izby, oraz Sądu nie jest zupełnie odosobnione.

Sąd Okręgowy ponadto nie zgadza się ze skarżącym, że literalne brzmienie przepisu art. 111 pkt 4 Pzp jest tak oczywiste, że nie ma podstaw do sięgnięcia do wykładni celowościowej. Przeciwnie określenie zdarzenia będącego podstawą do wykluczenia jest w ocenie Sądu tak ogólne, że pod tym pojęciem mogą mieścić się różne stany faktyczne. Sięgnięcie zaś do wykładni celowościowej w ocenie Sądu Okręgowego, w tej konkretnej sprawie, przemawia za przyjęciem za „zdarzenie będące podstawą do wykluczenia” wydanie decyzji potwierdzającej znowę przetargową. Tylko na tej podstawie, co zostało już wskazywane wielokrotnie zamawiający jest w stanie w sposób nie budzący wątpliwości zbadać i wykazać podstawę wykluczenia odnoszącą się do zawarcia tzw. znowy przetargowej.

Sąd Okręgowy nie jest związany wyrokiem TS z 24 października 2018 r. w sprawie C-124/17 (...) v. (...) (LEX 2576393) niemniej jednak w pełni zgadza się z argumentacją tam przedstawioną. W przedmiotowej sprawie za zachowanie objęte odpowiednią podstawą wykluczenia została nałożona sankcja na mocy decyzji właściwego organu wydanej w ramach postępowania uregulowanego przez prawo Unii lub prawo krajowe, której celem było stwierdzenie zachowania stanowiącego naruszenie normy prawnej. W takiej sytuacji wskazuje dalej Trybunał w trosce o spójność z zasadami obliczania terminu przewidzianego dla obowiązkowych podstaw wykluczenia, lecz także o przewidywalność i pewność prawa, należy uznać, że okres trzech lat przewidziany w art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24 oblicza się od daty zapadnięcia tej decyzji.

Analogicznie zatem przyjął Sąd Okręgowy w niniejszej sprawie, zaś zarzuty skarżącego w całym omówionym zakresie nie zasługiwały na uwzględnienie.

Przechodząc natomiast do drugiej grupy zarzutów tj. możliwości jednoczesnego wystąpienia różnych podstaw wykluczenia tj. wprowadzania w błąd jak i porozumienia w zakresie tzw. z umowy przetargowej jak również poważnego naruszenia obowiązków zawodowych zauważyć należy, że skarżący nie sprzeciwiał się, że do wyżej wskazanych naruszeń doszło a wręcz sam poniekąd wskazywał na ich istnienie.

Należy zatem przypomnieć, że zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć 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.

Zgodnie natomiast z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Skarżący kwestionuje natomiast dokonaną przez Izbę wykładnię ww. przepisów, a w konsekwencji ich wadliwe zastosowanie. Przede wszystkim w jego ocenie błędna jest interpretacja Izby, że przepisy te mogą być naruszone jednocześnie poprzez wzajemne „konsumowanie się” działań wykonawcy. Taka wykładnia Izby w ocenie skarżącego pomija literalne brzmienie ww. przepisów, w szczególności niemożność równoczesnego wypełnienia się dwóch różnych sposobów działań wykonawcy, uregulowanych w pkt 8 i 10 komentowanego przepisu.

W ocenie Sądu Okręgowego te zarzuty w całym zakresie również należało uznać za bezzasadne.

Zaznaczyć należy, że brak jest podstawy prawnej zgodnie z którą stosowanie obligatoryjnej podstawy wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp uniemożliwiłoby jednoczesne wykluczenie w oparciu o podstawę fakultatywną art. 109 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 Pzp. Ustawa prawo zamówień publicznych nie wskazuje na taki zakaz.

Niemniej jednak zauważyć należy, że ustawodawca krajowy, implementując do prawa krajowego art. 57 ust. 4 lit. h Dyrektywy 2014/24/UE (korespondujący z brzmieniem wcześniejszego art. 45 ust. 2 lit. g Dyrektywy 2004/18/WE) wprost wskazał, iż działanie wykonawcy w zakresie złożenia nieprawdziwych informacji nie musi mieć charakteru umyślnego, ale może być to również działanie nieumyślne, tj. działanie niedbałe.

Konstrukcja przepisu art. 109 ust. 1 pkt 10 pozwala na przyjęcie, że zachowanie wykonawcy przy podaniu informacji zamawiającemu podlega ocenie na kanwie art. 355 § 1 k.c. (tak np. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 20.03.2017 r., KIO 382/17, LEX nr 2261033), zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Podkreślić również należy, że w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 k.c. precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności - za takiego profesjonalistę należy uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego.

Skarżący wskazywał niejako także nie można wprowadzić zamawiającego w błąd w sytuacji, gdy informacja jest łatwo dostępna. Zdaniem Sądu Okręgowego, tezę tę należy poniekąd rozumieć w ten sposób, że Zamawiający w toku swojej działalności wypracowuje pewnego rodzaju notorium (na kształt notorium sądowego), a zatem sam dysponuje pewnymi informacjami, które powinien brać pod uwagę w toku postępowania o udzielenie zamówienia. W ocenie Sądu Okręgowego takie stanowisko skarżącego nie ma w istocie znaczenia dla uznania zasadności tej grupy zarzutów.



Punktem wyjścia do rozważań winny być bowiem przesłanki wykluczenia z ww. przepisu, gdzie relewantne dla ich zastosowania jest samo zachowanie wykonawcy. W istocie relewantne są tu dwie przesłanki – wina (umyślna/nieumyślna) wykonawcy oraz treść informacji (mogąca mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia). Stan wiedzy, czy w ogóle zachowanie Zamawiającego, nie mają tu żadnego znaczenia. W szczególności nie ma znaczenia to, czy Zamawiający skutecznie został w wprowadzony w błąd, na skutek czego podjął jakiegokolwiek decyzje, czy wykonał jakiegokolwiek czynności. Takie stanowisko znajduje uzasadnienie nie tylko w zaprezentowanej wykładni gramatycznej i celowościowej, ale jest również zgodne z teorią racjonalnego ustawodawcy. Gdyby bowiem wola ustawodawcy była inna, dałby temu wyraz w brzmieniu przepisu, jak uczynił to choćby w art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, który *expressis verbis* wskazuje na określony, zamknięty katalog dokonanych, konkretnych okoliczności Zamawiającego tj.: przesłanki wykluczenia, warunki udziału i kryteria selekcji. Omawiana podstawa prawna posługuje się zaś pojęciem nieostrym, niedookreślonym (okoliczności mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia), co oznacza, że zakres stosowania tego przepisu jest bardzo szeroki. Uznając nawet, że Zamawiający w powołaniu na wypracowane notorium zachowałby ostrożność w podejmowaniu decyzji, czy dalszych czynności, w sprawie, to i tak należy dojść do wniosku, że samo podanie informacji nieprawdziwej wypełnia przesłankę wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia. Spełniona bowiem została również przesłanka, o której mowa w dalszej części przepisu art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp tj.: potencjalna możliwość wywierania istotnego wpływu na decyzje Zamawiającego, gdyż błąd popełniony przez (...) (w konsekwencji skarżącego) dotyczy podstawy wykluczenia oferty wykonawcy z postępowania. Zastrzec przy tym należy, że dla spełnienia tej przesłanki wystarczająca jest sama możliwość wywierania wpływu na zachowanie Zamawiającego. A *contrario*: Zamawiający nie musiał faktycznie dokonać na podstawie tych informacji żadnej czynności.

Niemniej jednak w ocenie Sądu mając na uwadze wszystkie powyższe rozważania i okoliczności Izba słusznie stwierdziła, że oświadczenie złożone przez (...) w JEDZ jest obiektywnie sprzeczne z rzeczywistością, gdyż niewątpliwie po stronie (...) doszło do naruszenia obowiązków zawodowych, co zostało stwierdzone decyzją ASK i czego nie kwestionował sam skarżący.

Nie ulega wątpliwości w ocenie Sądu, że (...) dopuścił się rażącego niedbalstwa w postaci winy co najmniej nieumyślnej, z którą mamy do czynienia w sytuacji, gdy dojdzie do znacznego odchylenia od wzorca należytej staranności, a w konsekwencji stopień naganności postępowania dłużnika będzie szczególnie wysoki, gdyż drastycznie i poważnie odbiega od modelu należytego zachowania się wykonawcy. Jak zostało zaś wykazane, wprowadzenie w błąd zamawiającego miało istotny wpływ na decyzji podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W konsekwencji każda ze wskazanych podstaw wykluczenia czy to art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp czy też art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp mogła doprowadzić do wykluczenia (...) z przedmiotowego postępowania.

W zakresie trzeciej grupy zarzutów, tj. możliwości udziału w postępowaniu jednego członka konsorcjum, to w ocenie Sądu Okręgowego również nie zasługiwały one na uwzględnienie.

Odnosząc się do kwestii modyfikacji zarzutów przed Konsorcjum (...) i wpływu tej modyfikacji na dopuszczalność orzekania w wyniku skargi w takim zakresie jak uczynił to tutaj Sąd, wskazać należy, że w Sąd Okręgowy jest świadomy, że jest związany zarzutami odwołania i nie może w wyniku rozpoznania skargi odnosić się do zarzutów, które nie były objęte treścią odwołania. Niemniej jednak Sąd Okręgowy nie miał żadnych wątpliwości, że Konsorcjum (...) w odwołaniu żądał wykluczenia wykonawcy jako Konsorcjum (...), nie zaś wykluczenia konsorcjanta (...), bezsprzecznie wskazuje na to treść odwołania.

W ocenie Sądu skarżący niejako upatruje w związku z cofnięciem części zarzutów przez Konsorcjum (...) cofnięcia wszelkich zarzutów względem (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej: (...)) tj. drugiego członka Konsorcjum (...). W istocie jednak tak nie jest. Cofnięte zarzuty odnosiły się do podania okoliczności dotyczących tylko (...) i to w zakresie wprowadzenia przez tę spółkę zamawiającego w błąd przy realizacji innego zamówienia.

Kluczowe natomiast w ocenie Sądu Okręgowego są zarzuty opisane w pkt I.4, w którym nie ma wątpliwości, że dotyczą wykonawcy w postaci konsorcjum składającego się z dwóch spółek tj. (...) i (...). A zatem do wykonawcy, którym w niniejszej sprawie jest Konsorcjum (...) kierowane są zarzuty z art. 108 ust 1 pkt 5, art. 109 ust 1 pkt 5, 8 i 10 Pzp.

Nie ulega wątpliwości, że zgodnie z art. 58 ust. 5 Pzp przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, wynika to wprost z ww. przepisu. Nie mniej jednak także art. 58 ust. 2 Pzp wskazuje, że wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia należy traktować jako całość, ot chociażby gdyż zgodnie z brzmieniem tego przepisu w przypadku, o którym mowa w ust. 1, wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo do reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Skoro zatem podstawy wykluczenia zarówno zawarte w art. 108 jak i 109 Pzp mają zastosowanie do wykonawcy, należy w ocenie Sądu przyjąć, że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia dotyczą każdego członka konsorcjum. Potwierdza to także zakres badania podstaw wykluczenia wykonawcy przez samego zamawiającego chociażby poprzez wypełnienie JEDZ, który niewątpliwie w niniejszej sprawie został wypełniony przez każdego z poszczególnych członków konsorcjum osobno. Oznacza to niewątpliwie, że wykonawca, jakim jest konsorcjum składające się jak w niniejszej sprawie z dwóch spółek i na dodatek powiązanych kapitałowo, to obowiązek ten spoczywa na każdym członku konsorcjum, zaś brak wykazania powyższego przez chociażby jednego z nich jest podstawą do wykluczenia wykonawcy, którym jest konsorcjum jako całość. W konsekwencji czego obowiązek odrzucenia przez zamawiającego oferty wykonawcy zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a Pzp dotyczy całego konsorcjum a w niniejszej sprawie Konsorcjum (...).

Wydawać by się mogło w ocenie Sądu Okręgowego, że ugruntowany w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości, KIO, Sądu Zamówień Publicznych jak i opinii przedstawicieli doktryny prawa jest pogląd, że każdy uczestnik wspólnej oferty musi udokumentować, że nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 bądź art. 109 Pzp. Przypomnieć w ocenie Sądu mając na uwadze zakres zarzutów jednak należy, że w zakresie ewentualnych zmian składu osobowego obowiązuje też zasada ogólna, zgodnie z którą zmiany w składzie konsorcjum mogą mieć miejsce do momentu złożenia oferty lub wniosku o dopuszczenie do przetargu w postępowaniach etapowych, bądź też po spełnieniu wyraźnie określonych przesłanek z art. 455 Pzp. Niewątpliwie taka zmiana członka konsorcjum oznaczałaby, że w postępowaniu bierze udział inny wykonawca, niż ten, którego badano pod kątem, czy spełnia warunki udziału w postępowaniu (tak też m.in. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 kwietnia 2012 r. KIO 684/12). Zatem zmiana składu konsorcjum jest jednoznaczna ze zmianą oferenta. Zaakcentować jednakże należy, że powyższa zasada doznaje ograniczeń w przypadku przekształceń podmiotowych po stronie poszczególnych konsorcjantów, w szczególności przekształceń skutkujących sukcesją generalną, w wyniku której następuje przejście przez następcę prawnego ogółu praw podmiotowych, jakie przysługiwały poprzednikowi, w tym prawa poprzednika do złożenia oferty czy też zawarcia (lub wykonania) umowy (tak też m. in. Wyrok KIO z 20 kwietnia 2010 r. KIO/UZP 526/10).

Zatem należy w ocenie Sądu przyjąć, że każda inna zmiana składu osobowego niż wynikająca z powyżej wskazanego zakresu będzie skutkować koniecznością odrzucenia oferty złożonej przez takie konsorcjum, gdyż powodowałaby konieczność ponownego badania podstaw wykluczenia z postępowania czy też spełniania wymagań stawianym wykonawcom przez zamawiającego. To zaś doprowadziłoby do ponownego wyboru ofert przez zamawiającego po upływie terminu do ich zgłoszenia, co niewątpliwie naruszały zasady prawa zamówień publicznych. Zgodnie bowiem z przepisem art. 17 ust. 2 Pzp Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Jeżeli zatem do umowy staje inny podmiot zbiorowy niż ten, którego oferta była badana i została wybrana w toku postępowania, nie ma możliwości, aby zgodnie z prawem możliwe było udzielenie mu danego zamówienia. Zaś żaden z uczestników niniejszego postępowania powyższego nie podnosił.

Nie można w ocenie Sądu zgodzić się zatem ze skarżącym, że sankcja wykluczenia została niezasadnie i w sposób nieuprawniony rozszerzona na (...).

Sąd Okręgowy w całej rozciągłości zgadza się z argumentacją przeciwnika skargi. Owszem Izba w treści uzasadnienia zaskarżonego orzeczenia nie poświęciła za wiele uwagi tej problematyce, co więcej nietrafnie wskazała na brak możliwości utrzymania jednego z konsorcjantów w tym przetargu z uwagi na to, że odpowiadają oni solidarnie. Zaznaczyć prawidłowo należy, że ta solidarność niewątpliwie odnosi się lecz do realizacji/wykonania umowy. Niemniej jednak żaden przepis ustawy nie reguluje wprost, czy możliwe jest wystąpienie z konsorcjum jednego z jego członków i pozostawienie drugiego konsorcjanta w przypadku kiedy podstawy do wykluczenia odnoszą się do jednego z konsorcjantów. W ocenie Sądu uwzględniając powyższe rozważania, zasadnym jest zastosowanie zasad ogólnych z prawa zamówień publicznych. To zaś w konsekwencji prowadziło do wykluczenia całego konsorcjum (...) składającego się ze spółek: (...) i (...).

Sięgając zaś do orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości wskazać należy na wyroku TS z 24 maja 2016 r. w sprawie C 396/14, w którym Trybunał generalnie opowiedział się za utrzymaniem zasady zachowania prawnej i materialnej tożsamości wykonawców na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Możliwość łagodzenia powyższej zasady mogłaby nastąpić w ocenie Sądu jedynie w wyjątkowych sytuacjach. Można za taką uznać ogłoszenie upadłości w stosunku co do jednego z konsorcjantów, nie mniej jednak w sytuacji, kiedy wykonawca zawarł prawomocnie zatwierdzony układ nieprzewidujący likwidacji majątku upadłego (tak też Opinie Prezesa urzędu zamówień publicznych).

Owszem również w orzeczeniu TS z 3 czerwca 2021 r. C 210/21 Trybunał opowiedział się za możliwością zastąpienia podmiotu trzeciego. Niemniej jednak dotyczy to sytuacji, w której podmiot nie tylko wprowadził błąd zamawiającego, ale także samego wykonawcę, który polegał na jego zasobach. W ocenie Sądu Okręgowego w ustalonym stanie faktycznym niniejszej sprawy również nie mamy do czynienia z taką sytuacją, jak przedstawiona we wskazanym orzeczeniu.

Niewątpliwie (...) nie występuje w przedmiotowej sprawie jako podmiot udostępniający zasoby, nie została taka ogłoszona upadłość co do jednego z konsorcjantów. Wręcz przeciwnie (...) i (...) sp. z o.o. to niewątpliwie różne podmioty, jednakże wchodzące do jednej grupy kapitałowej. Co więcej jak wynika z odpisu (...) sp. z o.o. współnikiem w (...) jest (...). Powiązanie wskazanych spółek jest nad wyraz widoczne.

Nawet gdyby uznać, że podstawa do wykluczenia dotyczyłaby tylko spółki (...), co w ocenie Sądu niewątpliwie nie miało miejsca w niniejszej sprawie, to jednak należy podkreślić, że (...) sp. z o.o. jako wykonawca nie zawiadomił zamawiającego o tych wszystkich wskazanych powyżej okolicznościach obciążających (...). Czym bezsprzecznie wprowadził zamawiającego w błąd co do okoliczności istotnych z punktu widzenia wyboru dokonanego przez zamawiającego, a to również prowadziło do wykluczenia wykonawcy.

Podkreślić zatem należy, że co do zasady brak jest prawnych możliwości modyfikacji podmiotowej po stronie wykonawcy. Wszelka analiza takiego przypadku musi być dokonana każdorazowo przy uwzględnieniu ogólnych zasad systemu zamówień publicznych, w szczególności zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne.

Wskazać także należy, że Sąd ma wiedzę, iż zgodnie z art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24 w sprawie zamówień publicznych należy interpretować w ten sposób, że sąd krajowy rozpoznający spór między instytucją zamawiającą a wykonawcą, któremu nie udzielono zamówienia, może odejść od dokonanej przez tę instytucję oceny zgodności z prawem postępowania wykonawcy, któremu udzielono zamówienia, i w związku z tym w wydanym orzeczeniu wyciągnąć z tego wszelkie konieczne wnioski. Natomiast zgodnie z zasadą równoważności sąd taki może uwzględnić z urzędu zarzut dotyczący popełnionego przez instytucję zamawiającą błędu w ocenie jedynie wówczas, gdy pozwala na to prawo krajowe, zgodnie z podnoszonym przez skarżącego w toku rozprawy orzeczeniem (Wyrok TS z 7.09.2021 r., C-927/19, UAB „(...)”, LEX nr 3216612.)

Niemniej jednak w ocenie Sądu w niniejszej sprawie nie zaistniały takie okoliczności, które mogłyby przychylić się do stanowiska skarżącego i doprowadzić do odejścia od prawidłowego w ocenie Sądu rozpoznania przez Izbę spełnionych przesłanek stanowiących podstawę do przedmiotowego wykluczenia Konsorcjum (...).

Sąd Okręgowy w składzie rozpoznającym niniejszą skargę nie znalazł podstaw prawnych, aby można było dokonać takiej modyfikacji podmiotowej i w obrocie zachować jednego z konsorcjantów czyli (...) sp. z o.o.

Mając na uwadze wszystkie powyższe rozważania Sądu Okręgowego uznając wszystkie podniesione w skardze zarzuty i argumenty za bezzasadne, Sąd Okręgowy na podstawie art. 588 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, skargę oddalił.

O kosztach postępowania skargowego Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 589 ust. 1 Pzp stosownie do jego wyniku, obciążając skarżącego, którego wniesiony środek zaskarżenia został w całości oddalony, obowiązkiem ich zwrotu zamawiającemu.

Koszty postępowania wywołanego wniesieniem skargi, poniesione przez przeciwnika skargi – Konsorcjum (...) sprowadzają się do wynagrodzenia reprezentującego go adwokata w kwocie 12 500 zł ustalonego od wartości przedmiotu zaskarżenia na podstawie § 2 pkt 9 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie, z uwzględnieniem okoliczności, iż pełnomocnik ten prowadzili sprawy również przed Krajową Izbą Odwoławczą, tj. 50% stawki minimalnej.