



Marcelina Daszkiewicz

Prawnik w kancelarii act BSWW Legal & Tax. Specjalizuje się w prawie zamówień publicznych. Posiada wieloletnie doświadczenie zawodowe w tej dziedzinie prawa w zakresie obsługi zarówno zamawiających, jak i wykonawców oraz reprezentacji tych podmiotów przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Wykluczenie wykonawcy z powodu wprowadzenia zamawiającego w błąd

W wyniku nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych, która weszła w życie w dniu 28 lipcu 2016 roku, dwie spośród jedenastu przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania, dają możliwość zamawiającemu wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu wprowadzenia zamawiającego w błąd.

W poprzednim stanie prawnym istniała jedna przesłanka dająca możliwość wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu złożenia nieprawdziwych informacji, mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 3 poprzedniego brzmienia ustawy Pzp).

Obecnie przesłanki wykluczenia z powodu wprowadzenia w błąd, zostały sformułowane w art. 24 ust. 1 pkt 16 i pkt 17 ustawy Pzp.

Pierwsza ze wskazanych postaw wykluczenia stanowi, iż z postępowania 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”.

Natomiast wykluczenie wykonawcy z drugiej podstawy jest możliwe w odniesieniu do wykonawcy, który:

„w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia”.

Podobieństwo przesłanek wykluczenia z powodu błędu

Elementem wspólnym obu przesłanek jest wprowadzenie zamawiającego w błąd. Błąd definiuje się w orzecznictwie jako stan rozbieżności pomiędzy rzeczywistością, a wyobrażeniem zamawiającego o niej lub jej odbiciu (wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2017 r., KIO 567/17).

Każda z przesłanek wymaga, aby informacja przekazywana przez wykonawcę zamawiającemu, spowodowała odmienne od rzeczywistego wyobrażenie zamawiającego o istniejącej sytuacji faktycznej. Wystąpienie takiej przesłanki jest zatem uzależnione od

podmiotu wprowadzającego w błąd, a także od sposobu wprowadzenia w ten błąd.

W obu wskazanych przesłankach, podmiotem kreującym mylnie wyobrażenie zamawiającego o rzeczywistości jest wykonawca. Konsekwencją takiej redakcji przepisów jest to, że wykluczenie wykonawcy z postępowania nie jest możliwe w sytuacji gdy to, np. podmiot trzeci przedstawił w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówień („JEDZ”) informacje wprowadzające zamawiającego w błąd. Pamiętać zatem trzeba, iż istnieje istotna różnica pomiędzy tym, **kto przesta-**

nia, jeżeli przedstawione przez wykonawcę informacje, nie wywołają u odbiorcy, tj. zamawiającego, błędnej oceny stanu faktycznego (wyrok KIO z dnia 4 maja 2017 r., KIO 734/17). Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 12 maja 2017 r., KIO 782/17 stwierdziła, iż „nie można mówić o przedstawieniu przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp [przyt. autora: analogicznie również art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp] jeżeli **informacje te dotyczą okoliczności znanych zamawiającemu.**”

wu tych informacji na decyzje zamawiającego,

- odmienne rodzaje czynności skutkujących wykluczeniem, tj. także zatajenie informacji lub niemożność przedstawienia wymaganych dokumentów.

Nie tylko wykonawca działający umyślnie zostanie wykluczony

Wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp jest możliwe w przypadku, gdy jego działanie jest zamierzone, tj. wykonawca jest świadomy skutków swoich działań i celowo podaje błędne informacje lub podaje je z rażącym niedbalstwem (wina umyślna).

W przypadku zamierzonego działania, wykonawca może działać:

- **z zamiarem bezpośrednim**, tj. wykonawca chce wywołać u zamawiającego błędne postrzeganie rzeczywistości i przedstawia informacje, które ten stan mają wywołać, albo
- **z zamiarem ewentualnym**, tj. wykonawca przewiduje, że swoim zachowaniem może wywołać błąd u gospodarza postępowania i godzi się na to.

W ocenie autora, w praktyce udowodnienie wykonawcy zamierzonego działania może być znacznie utrudnione, a z praktyki orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że jest to wręcz niemożliwe.

Odnosząc się natomiast to przesłanki rażącego niedbalstwa, w orzecznictwie przyjmuje się, iż:

„rażące niedbalstwo odnoszone jest do naruszenia elementarnych reguł prawidłowego zachowania się w danej sytuacji lub nieprzestrzegania podstawowych zasad ostrożności. Ma to być szczególnie negatywna, naganna ocena postępowania dłużnika; stopień naganności postępowania, które drastycznie odbiega od modelu właściwego w danych warunkach [wyrok SN z 22 kwietnia 2004 r. w spr. II CK 142/03]. Jak wskazano w wyroku SN z 10 marca 2004 r. w spr. IV CK 151/03: „Przypisanie określonej osobie niedbalstwa uznaje się za uzasadnione wtedy,

Wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp jest możliwe w przypadku, gdy jego działanie jest zamierzone.

wia informacje, a tym jakiego podmiotu one dotyczą. Jeżeli jednak wykonawca ma świadomość, że informacje przedstawiane przez podmiot trzeci, mogą wprowadzić zamawiającego w błąd, wówczas istnieje ryzyko wykluczenia go z postępowania.

Brak jest również możliwości wykluczenia wykonawcy z postępowania w sytuacji, gdy zamawiający pozostaje w mylnym przekonaniu co do rzeczywistości, na skutek innych działań, niż działania wykonawcy. W związku z tym podstawowym źródłem informacji, które mogą powodować wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp, będą tylko dokumenty i oświadczenia składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez samego wykonawcę.

Konieczne jest wystąpienie związku przyczynowo – skutkowego pomiędzy zachowaniem wykonawcy – wprowadzeniem w błąd i wystąpieniem u zamawiającego mylnego stanu co do rzeczywistości. Skutkiem takiej konstrukcji jest to, że wykonawca nie będzie mógł być wykluczony z postępowania,

Na marginesie należy jedynie zaznaczyć, iż w sposób odmienny sformułowano we wskazanych postawach wykluczenia sposób wprowadzenia zamawiającego w błąd. W art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp jest mowa o **wykonawcy wprowadzającym zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji**. Natomiast w pkt 17 wskazanego artykułu, mówi się o **wykonawcy przedstawiającym informacje wprowadzającego w błąd zamawiającego**. W ocenie autora, pomimo odmiennego sposobu konstrukcji tych regulacji, nie niesie ona żadnych różnic treściowych.

Podstawowe różnice przesłanek wykluczenia z powodu wprowadzenia zamawiającego w błąd

Poza wymienionymi elementami wspólnymi, przewidziano elementy swoiste dla każdej z przesłanek, do których należą:

- strona podmiotowa, tj. od zamierzonego działania, rażącego niedbalstwa, po niedbalstwo lub lekkomyślność,
- cel jakiego podawane informacje mają służyć (zakres informacji) i stopień wpły-

gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Przez rażące niedbalstwo rozumie się natomiast 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” (wyrok KIO z dnia 21 sierpnia 2015 r., KIO 1726/15; także: wyrok KIO z dnia 1 czerwca 2016 r., KIO 785/15).

W przypadku wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, wystarczające jest natomiast, aby wykonawca wprowadził zamawiającego w błąd w sposób niezamierzony (wina nieумыślna), rozumiany jako niezachowanie ostrożności wymaganej w danych okolicznościach, tj. na skutek niedbalstwa lub lekkomyślności.

Kwalifikacja prawna pojęć lekkomyślności i niedbalstwa na gruncie ustawy Pzp stanowi złożone zagadnienie, z uwagi na fakt, że są one znane prawu karnemu, a prawo cywilne odwołuje się jedynie do pojęcia niedbalstwa. Ponieważ do czynności zamawiającego i wykonawców podjętych w postępowaniu, stosuje się z mocy art. 14 ustawy Pzp przepisy kodeksu cywilnego, zachowanie wykonawcy polegające na przedstawieniu informacji wprowadzających w błąd zamawiającego i mogących mieć wpływ na decyzje przez niego podejmowane, należy oceniać cywilistycznie, czyli pod kątem dochowania przez wykonawcę należytej staranności wymaganej od uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia (wyrok KIO z dnia 12 maja 2017 r., KIO 728/17).

W praktyce zastosowanie miernika należytej staranności polega:

„na wyznaczeniu stosownego modelu, ustalającego optymalny w danych warunkach sposób postępowania, odpowiednio skonkretyzowanego i aprobowanego społecznie, a następnie na porównaniu zachowania dłużnika z tak określonym wzorcem. O tym, czy na tle konkretnych okoliczności można danej osobie postawić zarzut braku należytej staranności w dopełnieniu obowiązków,

decyduje jednak nie tylko niezgodność jej postępowania z wyznaczonym modelem, lecz także empirycznie uwarunkowana możliwość oraz powinność przewidywania odpowiednich następstw zachowania. Tak ukształtowane zasady zostały w znaczny sposób zaostrzone w stosunku do profesjonalistów. Przepis 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. W istotę aktywności gospodarczej wliczony jest bowiem niepisany wymóg niezbędnej wiedzy fachowej, obejmującej nie tylko czysto formalne kwalifikacje, ale także doświadczenie wynikające z praktyki zawodowej oraz ustalone zwyczajowo standardy postępowania” (wyrok KIO z dnia 7 czerwca 2017 r., KIO 1004/17).

Z powyższego wynika, iż wykonawca jako profesjonalista, powinien zwrócić szczególną uwagę na to w jaki sposób wypełnia dokumenty oraz oświadczenia składane wraz z ofertą w postępowaniu, tak aby uniknąć sytuacji wprowadzenia zamawiającego w błąd, ze względu na profesjonalny charakter jego działalności.

Błąd w przekonaniu zamawiającego, który może skutkować wykluczeniem wykonawcy, może być również wynikiem lekkomyślności, która stanowi najlżejszy stopień winy nieумыślniej. Lekkomysłność najprościej określić jako stan, w którym wykonawca przewiduje, że podanie przez niego informacji może doprowadzić do powstania u zamawiającego mylnego przekonania o rzetelności, lecz bezpodstawnie ocenia, że taki efekt nie powstanie.

Powyższe wskazuje, iż przesłanka z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, jest bardziej pojemna i zawiera w sobie również przesłanki wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp. Sutkiem tego jest to, że z uwagi na stopniowość i rodzaje winy, zachowanie wykonawcy noszące znamiona rażącego niedbalstwa, będzie mogło w pewnych sytuacjach również stanowić postawę do jego wykluczenia, nie tylko na podstawie art. 26 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, ale także na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

W przypadku wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, wystarczające jest natomiast, aby wykonawca wprowadził zamawiającego w błąd w sposób niezamierzony.

Nie każde wprowadzenie w błąd będzie skutkowało wykluczeniem

Ustawodawca ograniczył możliwość wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu przekazania błędnych informacji, ze względu na cel, jakim te informacje mają służyć.

Wykluczenie wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp jest możliwe tylko wtedy, gdy błędne informacje przekazywane przez wykonawcę dotyczą:

- niepodlegania tego wykonawcy wykluczeniu,
 - spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu,
- lub
- spełniania przez niego kryteriów selekcji.

Konsekwencją powyższej regulacji jest to, iż wykluczenie z powyższej postawy, nie ma zastosowania do wszystkich przedstawianych przez wykonawcę informacji lub zatajanych, czy też wymaganych dokumentów, ale tylko do takich, które dotyczą elementów wskazanych powyżej (por. wyrok KIO z dnia 13 kwietnia 2017 r., KIO 573/17).

Nośnikami takich informacji będą w szczególności JEDZ i odpowiednio w postępowaniach prowadzonych poniżej progów unijnych – oświadczenie o spełnieniu wa-

runków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia, dokumenty wymagane przez zamawiającego na potwierdzenie powyższych okoliczności, na podstawie rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a także dokumenty składane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Z powyższego wynika, że zamawiający nie będzie mógł na podstawie analizowanej przesłanki wykluczyć wykonawcy, np. z powodu wadliwego pełnomocnictwa, gdyż dokument ten nie dotyczy żadnego z wyżej wymienionych dokumentów.

Z kolei postawy wykluczenia wykonawcy określone w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp odnoszą się do wpływu przekazywanych informacji na decyzje zamawiającego, a nie do ich zakresu (celu w jakim są udzielane). Aby wykluczenie było możliwe:

- informacja powinna mieć wpływ na decyzję zamawiającego,
- wpływ ma mieć charakter istotny, oraz
- decyzja musi być podjęta przez zamawiającego w postępowaniu (a nie poza nim).

Po pierwsze konieczne jest zatem, aby informacja miała wpływ na decyzję zamawiającego. Wpływ ten może mieć charakter potencjalny, a zatem wystarczy uprawdopodobnienie wstąpienia takiej okoliczności. Jednocześnie wpływ ten musi mieć charakter istotny. Odpowiedź na pytanie, czy dana informacja miała wpływ istotny powinna być uzależniona od odpowiedzi na pytanie czy jej przekazanie uzależnia lub może uzależnić podjęcie przez zamawiającego decyzji w postępowaniu o udzieleniu zamówienia. Przez decyzje podjęte w postępowaniu należy natomiast rozumieć wszelkie decyzje podjęte przez zamawiającego po wszczęciu postępowania, tj. po dniu upublicznienia zamówienia – w przypadku przetargu nieograniczonego po dniu przekazania ogłoszenia o zamówieniu do publikacji lub jego publikacji w przypadku postępowań poniżej progów unijnych.

Warto podkreślić, iż informacjami wprowadzającymi w błąd w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, nie mogą być informacje

znane zamawiającemu, gdyż trudno uznać, że mają lub mogą one mieć wpływ na jego decyzję, gdyż ma on możliwość ich weryfikowania i podjęcia decyzji w oparciu o posiadane przez siebie dane (wyro KIO z dnia 12 maja 2017 r., KIO 782/17).

Dodatkowo – co ważne dla wykonawcy – wykluczenie ze wskazanych podstaw łączy możliwość wezwania do uzupełnienia dokumentów w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie przewiduje wezwania do uzupełnienia dokumentów w przypadku dokumentów i oświadczeń zawierających informacje nieprawdziwe (wyrok KIO z dnia 13 kwietnia 2017 r., KIO 619/17; także: wyrok KIO z dnia 7 czerwca 2017 r., KIO 1004/17).

Wykonawca zostanie wykluczony również za zatajenie informacji lub niemożność przedstawienia wymaganych dokumentów

W art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp przewidziano możliwość wykluczenia wykonawcy w przypadku zatajenia przez niego informacji lub też niemożności przedstawienia przez niego wymaganych dokumentów. Oczywiście zatajenie, czy też niemożność przedstawienia dokumentów muszą dotyczyć: niepodlegania wykonawcy wykluczeniu, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.

Zatajeniem informacji będzie zarówno jej ukrywanie, nieprzedstawienie zamawiającemu, jak i niepodanie, czy też niepodanie jej pełnego zakresu. W tym kontekście należy zwrócić uwagę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 kwietnia 2017 r., KIO 644/17, w którym Izba stwierdziła, iż art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp dotyczy zatajenia informacji, które mają wpływ na warunki udziału w postępowaniu, na moment składania ofert, a nie zdarzeń przyszłych, tj. dotyczących sytuacji wykonawcy w przyszłości. Oznacza to, że wykonawca nie może zostać wykluczony z postępowania, jeżeli na późniejszym etapie postępowania jego sytuacja ulegnie zmianie.

Podstawą wykluczenia wykonawcy będzie również brak możliwości przedstawienia przez wykonawcę dokumentów poświadczających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.



Ciężar dowodu spoczywa na zamawiającym

Ciężar wykazania, iż w stosunku do wykonawcy istnieją podstawy do wykluczenia, **spoczywa na zamawiającym** (art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp), który jest zobowiązany do wskazania podstaw faktycznych i prawnych wykluczenia w zawiadomieniu o wyborze oferty.

W ocenie autora, w przypadku wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt

Niezmiernie trudne w praktyce może okazać się wykazanie, że wykonawca działał z zamiarem wprowadzenia zamawiającego w błąd, tj. jego winy umyślnej.



16 ustawy Pzp, niezmiernie trudne w praktyce może okazać się wykazanie, że wykonawca działał z zamiarem wprowadzenia zamawiającego w błąd, tj. jego winy umyślnej.

Łatwiejsze będzie wykazanie przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, ponieważ w tym zakresie zamawiający musi jedynie wykazać, iż działania wykonawcy zostały podjęte na skutek lekkomyślności lub (zwykłego) niedbalstwa. Więcej pracy w tym przypadku wymagałoby być wykazanie istotno-

ści wpływu błędnej informacji na decyzję zamawiającego.

Obrona przed wykluczeniem z powodu błędnych informacji

Z uwagi na obszerność zagadnienia, autor zwraca jedynie uwagę, iż w przypadku wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i pkt 17 ustawy Pzp, wykonawcom zostało przyznane uprawnienie do skorzystania z instytucji *self-cleaning*, o której mowa art. 24 ust. 8 ustawy Pzp. W związku z tym wykonawca,

co do którego istnieją omówione podstawy wykluczenia, może uchronić się przez eliminacją z postępowania, poprzez przedstawienie dowodów na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Należy jednak zaznaczyć, iż ustawodawca przewidział możliwość skorzystania z tej sytuacji przez wykonawcę, który „podlega wykluczeniu”, a nie który został wykluczony z postępowania. Oznacza to, że wykonawca powinien przedstawić dowody dotyczące podjętych przez niego środków kwalifikujących się jako „samooczyszczenie”, przed podjęciem decyzji przez zamawiającego.

Podsumowanie

W ocenie autora, ustawodawca w drodze nowelizacji ustawy Pzp, dał zamawiającym dwie bardziej skuteczne od poprzedniej przesłanki umożliwiające eliminację z postępowania nierzetelnych wykonawców. Wykluczenie z udziału w postępowaniu w omówionych sytuacjach jest możliwe w przypadku ustalenia po stronie wykonawcy winy umyślnej lub nieumyślnej. Wykazanie działania wykonawcy z zamiarem wprowadzenia w błąd, może okazać się w praktyce dość trudne, dlatego też większych możliwości działania zamawiającego w tym zakresie należy upatrywać w związku z przesłanką z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, gdyż wymaga ona od zamawiającego wykazania, że wykonawca jedynie w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje, które miały istotny wpływ na decyzje zamawiającego podjęte w postępowaniu.

Możliwość skutecznego skorzystania ze wskazanych podstaw wykluczenia, tj. podważenia oświadczeń, ujętych w dokumentach, wiąże się z tym, iż zamawiający jest zobowiązany do wykazania wszystkich przesłanek. Niniejsza konstrukcja ma na celu zapewnienie ochrony wykonawców przed automatyzmem w podejmowaniu decyzji o wykluczeniu. Podejściu indywidualnemu sprzyja również instytucja „*self-cleaning*”, z których korzystać mogą wykonawcy, przed podjęciem przez zamawiającego decyzji o wykluczeniu.

Wydaje się, iż w stosunku do obu stron postępowania przepisy te wymagają zachowania skrupulatności: (i) w stosunku do wykonawców – w zakresie przedstawianych informacji, (ii) w stosunku do zamawiających – w zakresie wykazywania przesłanek dających podstawę do podjęcia decyzji o wykluczeniu. ■