

# Przypadki odrzucenia oferty wykonawcy, który podlega wykluczeniu w orzecznictwie

AGNIESZKA ZABOROWSKA

## NIE MA ODRZUCENIA BEZ WYKLUCZENIA

**Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a)** Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania (tak: art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp). Na podstawie wskazanego przepisu dotkliwa dla wykonawcy konsekwencja – czyli odrzucenie jego oferty – ma miejsce jeżeli wystąpił jeden z przypadków nakazujących wykluczenie tegoż samego wykonawcy. Wyjaśniając, wykluczenie dotyczy podmiotu, czyli wykonawcy biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, natomiast odrzucenie dotyczy przedmiotu, czyli oferty złożonej w postępowaniu przez wykonawcę.

**Przepis art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp – ma właściwe zastosowanie do wszystkich rodzajów zamówień (sektorowych, z dziedziny obronności i bezpieczeństwa), w tym klasycznych o wartościach mniejszych niż progi unijne. Jedyny wyjątek to postępowania, w których oferta nie występuje, tj. w trybie zamówienia z wolnej ręki.**

## BADANIE WYKLUCZENIA PODSTAWĄ DO ODRZUCENIA **Art. 108 i art. 109**

Zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SWZ podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

**Każdy wykonawca badany jest pod kątem tych podstaw opisanych w art. 108 ust. 1 Pzp, w tym mogą to być również podstawy z art. 108 ust. 2 Pzp w zależności od wartości zamówienia (przesłanki obligatoryjne), jak również w art. 109 ust. 1 Pzp, jeżeli zamawiający takie podstawy przewidział (przesłanki fakultatywne).**

Obligatoryjne podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania są to podstawy, które zamawiający musi zawsze zbadać, niezależnie od jego woli lub zapisów zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia oraz których wystąpie-

nie skutkuje zawsze wykluczeniem wykonawcy, a w konsekwencji odrzuceniem oferty. Natomiast, fakultatywne przesłanki wykluczenia zostały wymienione w treści art. 109 ust. 1 Pzp, w którym poprzez zastosowanie wyrażenia „zamawiający może wykluczyć wykonawcę” ustawodawca dał zamawiającego możliwość podjęcia decyzji, czy przewiduje wykluczenie wykonawcy czy nie.

Innymi słowy, podstawowym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia jest czy zamawiający ma dostateczne podstawy prawne do wykluczenia wykonawcy ze skutkiem odrzucenia jego oferty – w warunkach opisanych w dyspozycji przepisu art. 108 ust. 1 Pzp lub 109 ust. 1 Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp.

## ETAPY WERYFIKACJI WYKONAWCY

**Art. 125 ust. 1** Sprawdzenie braku podstaw do wykluczenia wykonawcy, co może poskutkować odrzuceniem oferty, odbywa się „w pierwszym etapie” badania ofert. W pierwszej kolejności odbywa się to na podstawie oświadczenia własnego wykonawcy, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp (w tym JEDZ dla postępowania o wartości większej niż progi unijne) oraz zobowiązania i oświadczenia podmiotu trzeciego.

**Oświadczenie z art. 125 ust. 1 Pzp, stanowi dowód tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe (które w kolejnym etapie będą przedstawiane przez wykonawcę, którego oferta została oceniona najwyżej lub jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia – przez wszystkich lub wybranych wykonawców).**

**Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a)** W postępowaniu o wartości równej lub przekraczającej progi unijne (poza ww. JEDZ) zamawiający żąda podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia. W postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne, zamawiający (poza ww. oświadczeniem)

może żądać podmiotowych środków dowodowych – więc jest to pozostawione wyborowi zamawiającego. Na podstawie tych złożonych dokumentów zamawiający dalej sprawdza czy oferta nie została złożona przez wykonawcę, który podlega wykluczeniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp.

**Art. 128 ust. 1** Jeżeli natomiast wykonawca nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub są one niekompletne lub zawierają błędy zamawiający zobowiązany jest wezwać wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie.

**Dopiero w jednym z ostatnich etapów zamawiający odrzuca ofertę złożoną przez wykonawcę, który podlega wykluczeniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp.**

## NIESAMODZIELNY ZARZUT DO KIO

**Art. 505 i art. 516 ust. 1 pkt 8**

Nierzadko, jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do odrzucenia oferty podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp lub też uznano, że zamawiający zaniechał odrzucenia konkurencji na tej samej podstawie prawnej – składane są przez niezadowolonego z wyniku postępowania wykonawcy odwołania do KIO.

W tym kontekście powstaje pytanie – czy jeżeli uznajemy, że gdy doszło do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp – to czy będzie to samodzielny, niezależny przepis, którego naruszenie można zarzucić zamawiającego w odwołaniu do KIO? Czy jednak należy go połączyć z przepisem Pzp odnoszącym się do wykluczenia podmiotowego wykonawcy (art. 108 ust. 1 lub 109 ust. 1 Pzp)?

**Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) i art. 108 i art. 109** W ocenie autorki, wręcz konieczne jest powiązanie podstawy prawnej odnoszącej się do odrzucenia oferty (czyli: art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp), z przesłanką określającą przyczynę wykluczenia wykonawcy (czyli art. 108 i/lub 109 Pzp). Obszerna analiza orzecznictwa KIO wskazuje, że zdecydowana większość wnoszących odwołania również uznają za konieczne połączenie obu podstaw prawnych.

Poniżej przedstawiono wybrane zarzuty sformułowane w odwołaniach do KIO, wskazujące na aktualną praktykę orzecniczą w tym względzie. Zastrzec przy tym należy, że autorka nie potwierdza poprawności sformułowa-

nych zarzutów, a przytoczone przykłady zarzutów mają jedynie na celu pokazanie różnej praktyki przy opisywaniu podobnego stanu prawnego (taka sama podstawa prawna), ale zupełnie innych stanów faktycznych.

## ZARZUTY ODRZUCENIA ZA WYKLUCZENIE Z PRZESŁANKI OBLIGATORYJNEJ **Art. 108**

### 1. Przepięstwa, zaleganie z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne **Art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2**

■ „art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 1) i 2) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 2) lit. a) i b) oraz pkt 3) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty X. w zakresie części (zadania) nr 1, 2 i 3, pomimo wystąpienia przesłanek wykluczenia” (przykład zarzutu: wyrok KIO 3466/24 z dnia 14.10.2024 r.)

### 2. Zmowa przetargowa **Art. 108 ust. 1 pkt 5**

■ „art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp – poprzez niezasadne przyjęcie, że zawarcie pomiędzy X. sp. z o.o. oraz X. sp. z o.o. umowy konsorcjum i wspólne złożenie zamawiającemu oferty stanowiło przejaw zmowy przetargowej, w sytuacji gdy zawarcie umowy konsorcjum przez tych wykonawców miało uzasadnienie ekonomiczne, w tym miało przede wszystkim umożliwić im złożenie oferty, a celem, ani jego skutkiem nie było ograniczenie konkurencji w postępowaniu, skoro inni wykonawcy mogli zdaniem Zamawiającego złożyć oferty niepodlegające odrzuceniu” (przykład zarzutu: wyrok KIO 2801/23 z dnia 06.10.2023 r.)

■ „art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 i w zw. z art. 218 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum X. i oferty wykonawcy X., jako złożonych przez wykonawców, którzy podlegają wykluczeniu z postępowania z uwagi na zawarcie porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji” (przykład zarzutu: wyrok KIO 2938/22 z dnia 25.11.2022 r.)

### 3. Udział w przygotowaniu postępowania

**Art. 108 ust. 1 pkt 6**

■ „art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w związku z art. 108 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 85 ust. 1 Pzp w związku z art. 16 Pzp – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty

wykonawcy X., pomimo iż wykonawca ten doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie przedmiotowego postępowania, czym spowodował zakłócenie konkurencji, którego nie można wyeliminować inny sposób niż poprzez wykluczenie tego Wykonawcy z udziału w postępowaniu” (**przykład zarzutu: wyrok KIO 1680/22 z dnia 22.12.2022 r.**);

## ZARZUTY ODRZUCENIA ZA WYKLUCZENIE Z PRZESŁANKI FAKULTATYWNEJ **Art. 109**

### 1. Zawieszenie działalności **Art. 109 ust. 1 pkt 4**

■ „art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) oraz art. 109 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez: wykluczenie X. jako wykonawcy, mimo że jej działalność gospodarcza nie była zawieszona” (**przykład zarzutu: wyrok KIO 3339/21 z dnia 03.12.2021 r.**)

### 2. Nienależyte wykonanie zamówienia

**Art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7**

■ „art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, pomimo iż wykonawca podlega wykluczeniu z powodu nienależytego wykonania zamówienia na rzecz zamawiającego” (**przykład zarzutu: wyrok KIO 3248/24 z dnia 08.10.2024 r.**)

■ „art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp oraz art. 109 ust. 3 Pzp oraz art. 253 ust. 1 (w tym pkt 1 i pkt 2) Pzp w zw. z art. 16 Pzp, art. 111 pkt 4 Pzp, a także art. 255 pkt 2 Pzp oraz art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 6 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, przez błędne uznanie, że odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania (a oferta odwołującego odrzuceniu), pomimo niespełnienia przesłanki wykluczenia odwołującego z postępowania z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp (i przesłanki odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp), na skutek przeprowadzenia przez Zamawiającego nieprawidłowej, niepełnej analizy, pozbawionej samodzielnej weryfikacji istotnych okoliczności i bezstronnej ich oceny, zwieńczonej błędnymi wnioskami oraz mimo niewykazania przez Zamawiającego (pomimo spoczywającego na nim ciężaru dowodu), że odwołujący – z przyczyn leżących po jego stronie – w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówie-

nia publicznego, co doprowadziło do odstąpienia od umowy oraz odszkodowania (nałożenia kar umownych), a także poprzez zaniechanie, po raz kolejny, poddania analizie czy ewentualne wykluczenie odwołującego byłoby zgodne z zasadą proporcjonalności (tzn. czy wykluczenie byłoby oczywiście niewspółmierne/ nieproporcjonalne), co skutkowało błędnym wykluczeniem odwołującego i w konsekwencji odrzuceniem jego oferty oraz unieważnieniem postępowania, jak i przez nieprawidłowe, niepełne uzasadnienie informacji o czynności odrzucenia oferty odwołującego (w tym uzasadnienie wykluczenia z postępowania), ewentualnie” (**przykład zarzutu: wyrok KIO 3383/24 z dnia 27.11.2023 r.**)

■ „art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w związku art. 109 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 110 ust. 1 Pzp – poprzez jego niewłaściwe zastosowanie w konsekwencji błędne i bezpodstawne odrzucenie oferty wykonawcy X, zarzucając wykonawcy poważne naruszenie obowiązków zawodowych przy wykonywaniu zamówienia, a polegające na rzekomym zawyżaniu ilości faktycznie odbieranych odpadów z terenu gminy w okresie czerwiec – październik 2022 r., gdzie odwołujący realizował zamówienie odbioru odpadów na terenie gminy w charakterze podwykonawcy” (**przykład zarzutu: wyrok KIO 3436/22 z dnia 10.01.2023 r.**)

### 3. Informacje wprowadzające w błąd

**Art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10**

■ „art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp poprzez zaniechanie przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty wykonawcy X z uwagi na to, że wykonawca X. w wyniku lekkomyślności lub co najmniej niedbalstwa przedstawił zamawiającego informacje wprowadzające w błąd w zakresie opisu doświadczenia osoby dedykowanej na stanowisko projektanta w specjalności architektonicznej/kierownika zespołu projektowego w celu uzyskania dodatkowej punktacji w kryterium, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego w zakresie przyznania wykonawcy X punktacji w kryterium doświadczenie projektanta w specjalności architektonicznej/kierownika zespołu projektowego” (**przykład zarzutu: wyrok KIO 3332/24 z dnia 07.10.2024 r.**)

■ „art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8) lub 10) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia

nia oferty konsorcjum X. pomimo ziszczenia się przesłanek wykluczenia, gdyż wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd, mające istotne znaczenie dla decyzji podejmowanych przez Zamawiającego w postępowaniu, w odniesieniu do spełnienia warunków udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy osoba wskazana przez konsorcjum X. do pełnienia funkcji kierownika robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych, ciepłych, wentylacyjnych i gazowych - nie posiada doświadczenia określonego treścią warunku udziału w postępowaniu, tj. nie pełniła funkcji kierowniczej dla zadania związanego z budową budynków [...] na terenie kompleksu wojskowego (...), a także nie uczestniczyła w końcowych odbiorach i testach funkcjonalnych branży sanitarnej” **(przykład zarzutu: wyrok KIO 3566/24 z dnia 21.10.2024 r.)**

■ „art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a), b) i c) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty X w sytuacji, w której ten wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale X. SWZ” **(przykład zarzutu: wyrok KIO 489/23 z dnia 27.11.2023 r.)**

■ „art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w związku art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 w zw. z art. 110 ust. 1 Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że wobec Odwołującego zachodzi przesłanka wykluczenia podczas gdy Odwołujący nie działa umyślnie lub lekkomyślnie lub niedbale i nie miał jakiegokolwiek zamiaru wprowadzenia w błąd Zamawiającego składając dokumenty podmiotowe w postępowaniu zaś okoliczności związane z ciężkim naruszeniem obowiązków zawodowych w ogóle nie miały miejsca w przedmiotowej sprawie” **(przykład zarzutu: wyrok KIO 3436/22 z dnia 10.01.2023 r.)**

## SAMODZIELNY ZARZUT DO KIO

**Art. 505 i art. 516 ust. 1 pkt 8**

Na zasadzie wyjątku, dokonując analizy orzeczeń KIO, można znaleźć odmienną praktykę od ww., szeroko zaprezentowanej. Na przykładzie wyroku KIO 291/24 z dnia 19.02.2024 r. warto wskazać, że w odwołaniu wskazano dwie niezależne podstawy prawne (nie zostały one „połączone ze sobą” i nie użyto typowego

prawniczego zwrotu: „[...] w związku z [...]”, który łączy dwie podstawy prawne). We wskazanej sprawie, zarzuty sformułowano następująco:

- „art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę konsorcjum X. oraz wykonawcę X., podczas gdy oferty te zostały złożone przez wykonawców podlegających wykluczeniu,
- art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia konsorcjum X. oraz wykonawcy X. podczas gdy na podstawie istniejących i wiarygodnych przesłanek Zamawiający powinien stwierdzić, że wykonawcy ci zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji”.

**Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a)** art. 108 ust. 1 pkt 5 i art. 111 pkt 4 Co ciekawe, w tym orzeczeniu KIO uwzględniła zarzut X. odwołania i nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowne badanie i ocenę ofert oraz odrzucenie ofert wykonawców na podstawie m.in. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w związku z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp w związku z art. 111 pkt 4 Pzp.

Warto zwrócić uwagę, że Izba samodzielnie połączyła podstawę prawną odrzucenia oferty i wykluczenia wykonawcy, mimo, że odwołujący wskazał dwa odrębne zarzuty i przytaczając każdy z przepisów osobno.

**Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a), art. 108 i art. 109** **Powyższe, zdaniem autorki, również świadczy o zasadności tezy, że przy tworzeniu zarzutów w odwołaniu do KIO, ale podobnie, np. przy tworzeniu uzasadnienia dotyczącego odrzucenia oferty – przepis art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp – nie funkcjonuje samodzielnie i towarzyszyć mu będzie art. 108 i/lub art. 109 Pzp (w zależności od przypadku).**



**AGNIESZKA ZABOROWSKA**

Adwokat, założyciel Kancelarii Adwokackiej Zaborowska.

Specjalizująca się w procesie udzielania i realizacji zamówień publicznych, głównie w zakresie takich branż jak: budownictwo, IT, energetyka, sektor

medyczny oraz edukacja. Ekspert w zakresie warunków kontraktowych FIDIC. Autorka wielu publikacji dotyczących zamówień publicznych.