

WYROK

z dnia 21 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie **17 września 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **28 sierpnia 2020 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: PB P. Budownictwo sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Białymstoku

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. Przebudowa i modernizacja pomieszczeń szpitala w celu dostosowania do potrzeb oddziału anestezjologii i intensywnej terapii i jednosalowego bloku operacyjno-zabiegowego w SP ZOZ w Łukowie (nr postępowania 09/20)

prowadzonym przez zamawiającego: Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Łukowie

przy udziale wykonawcy: ERBUD OPERATIONS sp. z o.o. z siedzibą w Jasionce -
zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez niego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Siedlcach.

Uzasadnienie

Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Łukowie {dalej: „Zamawiający”} prowadzi (na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ppz”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Przebudowa i modernizacja pomieszczeń szpitala w celu dostosowania do potrzeb oddziału anestezjologii i intensywnej terapii i jednosalowego bloku operacyjno-zabiegowego w SP ZOZ w Łukowie (nr postępowania 09/20)*

Ogłoszenie o tym zamówieniu 30 kwietnia 2020 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 534703-N_2020.

Wartość tego zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

26 sierpnia 2020 r. Zamawiający przekazał drogą elektroniczną wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu zawiadomienie o wykluczeniu z postępowania wykonawcy PB P. Budownictwo sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Białymstoku i odrzuceniu jego oferty.

28 sierpnia 2020 r. PB P Budownictwo sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Białymstoku {dalej: „PB P” lub „Odwołujący”} wniosła w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższych czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1.Art. 7 ust. 1 - przez nierówne traktowanie wykonawców oraz prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niegwarantujący uczciwej konkurencji, czego skutkiem jest bezzasadne wykluczenie Odwołującego z

postępowania, a w konsekwencji odrzucenie jego oferty.

2. Art. 24 ust. 1 pkt 17 - przez bezzasadne uznanie, że Odwołujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, co skutkowało wykluczeniem Odwołującego z postępowania, podczas gdy nie zaistniały przesłanki wykluczenia, o których mowa w tym przepisie, w szczególności informacje przedstawione przez Odwołującego nie mogły mieć istotnego wpływu na decyzje Zamawiającego i nie zostały przedstawione w wyniku niedbalstwa lub lekkomyślności.
3. Art. 89 ust. 1 pkt 5 - przez odrzucenie oferty w sytuacji, gdy przepis ten nie znajduje zastosowania do postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, lecz wyłącznie do trybów wieloetapowych.
4. Art. 91 ust. 1 - przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego w sytuacji, gdy spełnia on wszystkie warunki udziału w postępowaniu, zaś jego oferta na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej również: „SIWZ”} jest najkorzystniejsza.

W związku z powyższym Odwołujący wniosł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wykluczenia Odwołującego z postępowania.
2. Unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego.
3. Powtórzenie badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego.

Odwołujący następująco sprecyzował okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.

{ad pkt 2. listy zarzutów}

Odwołujący zrelacjonował następujące okoliczności odnośnie dotychczasowego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z ust. 6 pkt. 3.1. SIWZ warunkiem udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej jest, aby Wykonawca w okresie ostatnich 5 pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie co najmniej roboty:

a) minimum jedną robotę budowlaną odpowiadającą swoim rodzajem robotom budowlanym tj. w zakresie budowy lub przebudowy i rozbudowy obiektu, w tym wykonanie robót budowlanych lub przebudowy i rozbudowy obiektu, w tym wykonanie robót budowlanych, konstrukcyjnych i wykończeniowych oraz instalacyjnych, w tym: c.o., gazowych, wod.-kan., gazów medycznych, elektrycznych, niskoprądowych, wentylacyjno-klimatyzacyjnych o wartości robót nie mniejszej niż 9.000 000,00 zł brutto

b) minimum jedną robotę w zakresie wykonania instalacji wentylacyjno-klimatyzacyjnej w budynku o kubaturze nie mniejszej niż 2000 m³

W ramach wykazania warunku, o którym mowa w pkt 3.1. lit. a PB P. przedstawił Wykaz robót zrealizowanych, w którym dwie pierwsze poz. potwierdzały wykonanie robót budowlanych, w tym robót instalacyjnych gazowych i gazów medycznych w SPZOZ Wojewódzkim Szpitalu Zespolonym im. Jędrzeja Śniadeckiego w Białymstoku (poz. 1) oraz w Wojewódzkim Ośrodku Profilaktyki i Terapii Uzależnień w Łomży (poz. 2) [poz. 3 dotyczyła potwierdzenia warunku z pkt 3.1. lit. b].

19 czerwca 2020 r. Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty PB P

24 czerwca 2020 r. od tej czynności odwołanie wniosła ERBUD OPERATIONS sp. z o.o. z siedzibą w Jasionce {dalej również „Erbud”}, zarzucając, że PB P wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, gdyż m.in. nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, co polegało m.in. na istnieniu rozbieżności pomiędzy opisami w Wykazie robót zrealizowanych a treścią załączonych referencji.

Zamawiający pismem z 27 lipca 2020 r. uznał zasadność odwołania, przyznając, że ocena ofert powinna zostać powtórzona.

W konsekwencji postanowieniem z 6 sierpnia 2020 r. Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie odwoławcze.

Pismem z 6 sierpnia 2020 r. działając na podstawie art. 26 ust. 4 pzp. Zamawiający wezwał PB P. do wyjaśnienia wątpliwości dotyczących treści złożonej oferty m.in. wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy treścią zapisów w pkt 1. i 2.

Wykazu robót zrealizowanych, w których Wykonawca oświadczył, że zrealizował roboty, w tym gazowe, co nie znajduje potwierdzenia w przedłożonych referencjach.

W odpowiedzi PB P. przedłożył pismo Samodzielnego Publicznego ZOZ - Wojewódzkiego Szpitala Zespołowego im. Jędrzeja Śniadeckiego w Białymstoku potwierdzające, że w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Poprawa warunków udzielania świadczeń zdrowotnych w zakresie neurologii poprzez modernizację budynku nr 12 SP ZOZ Wojewódzkiego Szpitala Zespołowego im. Jędrzeja Śniadeckiego w Białymstoku” wykonywał roboty, w tym roboty instalacyjne gazowe i gazów medycznych. Tym samym spełnia wymagania Zamawiającego zawarte w ust. 6 SIWZ - Warunki udziału w postępowaniu, pkt 3.1. lit.a, który wymaga, aby Wykonawca w okresie ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert wykonał należycie co najmniej jedną robotę budowlaną posiadającą w swym zakresie wykonywanie instalacji gazowych.

Jednocześnie Wykonawca wyjaśnił, że w poz. 2. Wykazu robót zrealizowanych na skutek mechanicznego kopiowania danych z poz. 1, nie wykreślił słowa „gazowych”. Omyłka ta nie ma jednak znaczenia dla oceny spełniania przez niego warunków udziału.

Przedłożone dokumenty i wyjaśnienia w sposób jednoznaczny wykazały, że Odwołujący spełnia wszystkie wymogi określone w SIWZ, a złożona przez niego oferta jest ważna.

Pismem z 26 sierpnia 2020 r. Zamawiający wykluczył PB P. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp i jednocześnie odrzucił jego ofertę na podstawie 89 ust. 1 pkt 5 pzp.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że Wykonawca podał nieprawdziwą informację, że dla Wojewódzkiego Ośrodka Profilaktyki i Terapii Uzależnień w Łomży wykonywał prace w zakresie instalacji gazowych, czym wprowadził Zamawiającego w błąd i mogło to mieć wpływ na decyzję Zamawiającego.

Odnosząc się do wyjaśnień dotyczących oczywistej omyłki pisarskiej, Zamawiający zakwestionował prawdziwość tej tezy, wskazując, że w takim przypadku mechaniczne kopiowanie treści SIWZ powinno mieć miejsce również do pkt 3. wykazu, a do tego nie doszło.

Odwołujący zarzucił, że nie zostały spełnione ustawowe przesłanki do dokonania zaskarżonej czynności, gdyż w powyższych okolicznościach o ile przedstawiona informacja wprowadziła Zamawiającego w błąd co do tego, że PB P. w trakcie prac wskazanych w pkt 2 wykazu wykonywał prace w zakresie instalacji gazowych, o tyle informacja ta jest obojętna z punktu widzenia oceny spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu, gdyż do tego wystarczające były poz. 1. i 3. wykazu.

Odwołujący wywiódł z brzmienia art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp, że dla jego zastosowania konieczne jest kumulatywne spełnienie przesłanek: 1) przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, która wprowadziła zamawiającego w błąd, 2) co wynikało z lekkomyślności lub niedbalstwa, 3) przy czym informacje te mają lub mogą mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Według Odwołującego takie rozumienie przepisu potwierdza utrwalone orzecznictwo Izby, wyrażone m.in. w wyroku z 25 maja 2018r. sygn. akt KIO 902/18.

W szczególności Odwołujący podniósł, że nieprawdziwą informację można uznać za istotną w sytuacji, gdy może ona lub ma wpływ na treść decyzji zamawiającego, tzn. bez tej informacji lub na skutek tej informacji podjąłby on w trakcie postępowania odmienną decyzję.

Odwołujący przywołał w tym kontekście stanowisko wyrażone przez Sąd Okręgowy w Katowicach w uzasadnieniu wyroku z 14 października 2019 r. sygn. akt XIX Ga 953/19:

W konsekwencji stwierdzić należy, co będzie jeszcze podkreślane, że złożenie Wykazu Osób w jego pierwotnym brzmieniu zawierało w swej wartości semantycznej prawdziwą informację o tym, iż oferta Konsorcjum (...) spełnia wymagania SIWZ i nieprawdziwą informację mającą stanowić potwierdzenie prawdziwej informacji.

(...)

Normę zawartą w pkt 17 należy zatem odczytywać w taki sposób, że podobnie jak w pkt 16 konieczne jest, by nieprawdziwa informacja wprowadziła w błąd Zamawiającego, a nie tylko była informacją, która hipotetycznie mogła go w błąd wprowadzić, a nadto możliwy istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia musi dotyczyć tego, czy konkretny zamawiający podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane „kryteriami selekcji”. Takie odczytanie normy zawartej w pkt 17 nakazuje ustalić, czy doszło w realiach konkretnej sprawy do wprowadzenia w błąd, a jeśli tak, to czy był to błąd

istotny. Każda z tych kwestii wymagała odrębnego ustosunkowania.

(...)

Należało mieć zatem na względzie to, że ustawa Pzp w jej obecnym brzmieniu stanowi implementację do polskiego porządku prawnego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywy 2004/18/WE. Zgodnie z treścią art. 57 tej dyrektywy Instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy, który był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji, które wymagane były do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji, zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych na mocy art. 59. Zatem interpretacja przepisów krajowych powinna uwzględniać fakt, że podstawą wykluczenia powinno być tylko „poważne wprowadzenie w błąd”. Interpretację tej klauzuli generalnej powinno dokonywać się z uwzględnieniem 101 uwagi wprowadzającej do dyrektywy, zgodnie z którą to uwagę, stosując fakultatywne podstawy wykluczenia instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności, a drobne nieprawidłowości powinny jedynie w wyjątkowych okolicznościach prowadzić do wykluczenia wykonawcy. Wykluczenie Konsorcjum (...) w realiach rozpoznawanej sprawy należałoby uznać za nieproporcjonalne w stosunku do zaistniałego uchybienia. Ta przesłanka stanowi odrębną przyczynę, dla której treść art. 24 ust. 1 pkt 17 nie powinna była znaleźć w rozpoznawanej sprawie zastosowania.

Konieczność stosowania zasady proporcjonalności nakazywała nadto stanąć na stanowisku, że treści poszczególnych przepisów dyrektywy i przepisów ustawy Pzp nie należy odczytywać w oderwaniu od pozostałych przepisów tej dyrektywy lub tej ustawy.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podtrzymał, że nieprawdziwa informacja w poz. 2 była wynikiem jego pomyłki wynikającej z mechanicznego skopiowania do poz. 1. i 2. wykazu treści warunku. W odniesieniu do stanowiska Zamawiającego Odwołujący zauważył, że jest ono nielogiczne, gdyż skoro poz. 3. wykazu odnosi się do innego warunku - wykonania robót w zakresie instalacji wentylacyjno-klimatyzacyjnych - nie było potrzeby przekopiowania tutaj tych informacji.

Według Odwołującego o tym, że jest to oczywista omyłka, świadczy również sprzeczność nieprawdziwej informacji w pkt 2. wykazu z treścią załączonej referencji. Zdaniem Odwołującego dzięki temu na podstawie tych dokumentów omyłka była możliwa do natychmiastowego wychwycenia.

Odwołujący wywiódł, że wobec zaistnienia oczywistej omyłki pisarskiej nie można mu także postawić także zarzutu, że przedstawił nieprawdziwą informację wskutek niedbalstwa lub lekkomyślności.

Odwołujący przywołał również wyrok Izby dnia 14 października 2019 r. sygn. akt KIO 1932/19, w którym Izba stwierdziła, że zamawiający mając wiedzę o prawdziwym, rzeczywistym stanie rzeczy, nie może zostać potraktowany jako podmiot, który może zostać wprowadzony w błąd. Odwołujący podkreślił, że wyrok został wydany w oparciu o stan faktyczny, w którym do omyłki doszło w wyniku błędu „kopiuj-wklej”.

{ad pkt 3. listy zarzutów}

Odwołujący przywołał brzmienie art. 89 ust. 1 pkt 5 pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert.

Odwołujący powołał się na utrwalone według niego w doktrynie stanowisko, zgodnie z którym przepis ten powinien być stosowany do trybów wieloetapowych w zamówieniach publicznych, gdzie na pierwszym etapie na podstawie złożonych wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dokonywana jest ocena wykonawców, a jej wynik przesądza

Ozakwalifikowaniu (lub nie) do kolejnego etapu, czyli zaproszeniu do składania oferty. W takim postępowaniu wykonawca, który nie spełni warunków udziału w postępowaniu, podlega wykluczeniu i nie zostaje zaproszony do składania ofert, a gdyby mimo to ofertę złożył, to taka oferta podlega odrzuceniu.

Pismem z 1 września 2020 r. Zamawiający poinformował Izbę, że 31 sierpnia 2020 r. przekazał kopię odwołania wykonawcom uczestniczącemu w postępowaniu.

3 września 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przez Erbud

przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Przystępujący wniósł w pierwszej kolejności o odrzucenie odwołania, w razie nieuwzględnienia tego wniosku - o oddalenie odwołania jako niezasadnego.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony - podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp.

Izba oddaliła wniosek Przystępującego, zawarty w zgłoszeniu przystąpienia 1podtrzymany w dalszym piśmie z 16 września 2020 r., o odrzucenie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 pzp odwołania, które według niego dotyczy czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w uwzględnionym w całości odwołaniu Erbudu, czemu nie sprzeciwił się wówczas PB P jako przystępujący po stronie Zamawiającego, co spowodowało wydanie 6 sierpnia 2020 r. postanowienia w sprawie prowadzonej pod sygn. akt KIO 1404/20.

Izba ustaliła na podstawie treści uzasadnienia powyższego postanowienia, że Zamawiający rzeczywiście w poprzedniej sprawie uwzględnił w całości zarzuty odwołania, w którym Erbud wniósł o wykluczenie PB P z postępowania, co spowodowało wydanie powyższego postanowienia. Jednakże odwołanie to zawierało alternatywne zarzuty: naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 i art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy pzp przez zaniechanie wykluczenia PB P za {upraszczając} podanie nieprawdziwych informacji co do spełniania warunków w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej i niewykazanie spełnienia tych warunków albo naruszenia art. 26 ust. 4 pzp przez zaniechanie wezwania PB P do złożenia wyjaśnień dotyczących rozbieżności pomiędzy opisami zadań wskazanych w poz. 1 i 2 Wykazu zrealizowanych robót a dotyczącymi tych zadań referencjami co do tego, czy zadania te obejmują swoim zakresem wykonanie m.in. robót instalacyjnych gazowych. Oczywiście jest, że w ten sposób Erbud jako odwołujący dał Zamawiającemu wybór, w jaki sposób uwzględni w całości odwołanie, gdyż obiektywnie niemożliwe jest uwzględnienie zarówno zarzutu podstawowego, jak i zarzutu względem niego alternatywnego.

Poza wszelkim sporem jest okoliczność, że Zamawiający co prawda unieważnił wybór oferty PB Pożarski, ale następnie wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień, postępując zgodnie z powyżej przywołanym alternatywnym zarzutem odwołania Erbud. Tym samym to właśnie ta i wyłącznie ta czynność może być poczytywana w rozumieniu art. 186 ust. 3 pzp za wykonaną zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Natomiast dokonane następnie przez Zamawiającego wykluczenie PB P nastąpiło po złożeniu przez niego wyjaśnień z 7 sierpnia 2020 r. i było wynikiem negatywnej ich oceny, czyli stanowiło zupełnie nową czynność Zamawiającego, a nie czynność, która została wykonana jako uwzględnienie żądania skorelowanego z zarzutem podstawowym odwołania, który nie został uznany przez Zamawiającego za zasadny.

Zamawiający na posiedzeniu oświadczył do protokołu, że uwzględni w całości odwołanie, które uważa za zasadne.

Przystępujący Erbud zgłosił do protokołu sprzeciw co do tej czynności Zamawiającego.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, biorąc pod uwagę, że Przystępujący zgłosił sprzeciw, sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko.

Zdaniem Przystępującego Zamawiający zasadnie wykluczył Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp, gdyż zostały spełnione przesłanki wynikające z tego przepisu. W szczególności nie wymaga on, aby doszło do czynności na skutek nieprawdziwych informacji, ale wystarczający jest potencjalny wpływ informacji niegodnych z rzeczywistym stanem rzeczy, co w tym przypadku zachodzi, skoro zostały one podane, aby wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Na takie rozumienie wskazuje orzecznictwo Izby, w szczególności omówione w sprawach o sygn. akt. KIO 27/20 oraz KIO 104/20.

Odwołujący, który aktualnie powołuje się aktualnie na popełnienie omyłki, usiłuje uniknąć odpowiedzialności wynikającej z powyższego przepisu. Jednakże okoliczności sprawy wskazują, że podanie nieprawdziwej informacji w poz. 2. wykazu było co najmniej wynikiem jego niedbalstwa (wskazuje w tym kontekście na sprawę o sygn. akt KIO

2371/19). Jeżeli dotyczy to jego własnego doświadczenia wykonawcy, Wykonawca powinien być w stanie prawidłowo wypełnić wykaz, względnie obowiązkiem Wykonawcy jest sprawdzenie informacji, zanim złożył Zamawiającemu oświadczenie, że dane zamówienie odpowiada warunkowi ustalonym w postępowaniu.

Przystępujący podkreślał, że to on zidentyfikował i zawiadomił Zamawiającego o tym, że w Łomży nie były wykonywane instalacje gazowe i uzyskał potwierdzenie tego od tamtego zamawiającego. Następnie wniósł odwołanie, a Zamawiający uwzględnił je w ten sposób, że zobowiązał się do sprawdzenia tej kwestii. Natomiast Odwołujący w obecnej sprawie dopiero na skutek wezwania Zamawiającego, który dysponował już informacją od Zamawiającego w Łomży, potwierdził, że w wykazie jest nieprawdziwa informacja. W tych okolicznościach zdaniem Przystępującego powoływanie się na omyłkę jest tylko taktiką na potrzeby tej sprawy, gdyż odwołujący nie podjął z własnej inicjatywy żadnych działań w celu niejako samooczyszczenia.

Zdaniem Przystępującego nie można mówić również w tym przypadku o omyłce pisarskiej z tego względu, że według orzecznictwa Izby jest to pewna nieścisłość, narzucająca się każdemu po zapoznaniu się z dokumentem, a w tym przypadku nawet po lekturze referencji tak nie jest. W jej treści co prawda wyszczególniono zakres prac, wśród których nie było instalacji gazowych, ale następuje to po zwrocie „w szczególności”. Zatem referencja ta - abstrahując od tego, że to wykaz, a nie referencja, służy wskazaniu zakresu, który jest konieczny dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu - nie mogła być podstawą faktyczną ustalenia rzeczywistego zakresu prac w Łomży.

Przystępujący zaznaczył, że podtrzymuje również argumentację zawartą w piśmie z 10 sierpnia 2020 r. skierowanym do Zamawiającego, w tym przywołane tam orzecznictwo, w szczególności w kontekście omyłki wskazuje na sprawę KIO o sygn. akt KIO 444/20, gdzie w analogicznym stanie faktycznym Izba uznała, że wykonawca nie może powoływać się na omyłkowe podanie informacji nieprawdziwych.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż zaniechanie wykluczenia Przystępującego uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

{rozpoznanie zarzutu z pkt 1. listy zarzutów}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla sprawy:

Zamawiający określił w ogłoszeniu o zamówieniu, że wymaga od wykonawcy ubiegającego się o udzielenie tego zamówienia, aby w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał należycie co najmniej roboty:

a) minimum jedne roboty budowlane w zakresie budowy lub przebudowy i rozbudowy obiektu, w tym wykonanie robót budowlanych, konstrukcyjnych i wykończeniowych oraz instalacyjnych, w tym dotyczących instalacji: c.o., gazowych, wod.-kan., gazów medycznych, elektrycznych, niskoprądowych, wentylacyjno-klimatyzacyjnych, o wartości robót nie mniejszej niż 9 mln zł brutto,

b) minimum jedne roboty budowlane w zakresie wykonania instalacji wentylacyjno- klimatyzacyjnej w budynku o kubaturze nie mniejszej niż 2 tys. m³.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wystosowane na podstawie art. 26 ust. 2 pzp ustawy w piśmie z 4 czerwca 2020 r. PB P do swojego pisma z 9 czerwca 2020 r. załączył m.in. wykaz trzech robót budowlanych, z których poz. 1. i 2. zawierały opis potwierdzający spełnianie warunku z lit. a, wraz z referencjami.

Zamawiający na podstawie tak złożonego przez PB P. wykazu pozytywnie zweryfikował spełnianie przez niego warunku z lit. a, a w konsekwencji po dokonaniu oceny ofert pismem z 19 czerwca 2020 r. wybrał ofertę PB P. jako najkorzystniejszą wg przyjętych kryteriów oceny ofert.

24 czerwca 2020 r. od powyższej czynności wniósł odwołanie Erbud, zarzucając Zamawiającemu m.in. następujące naruszenia przepisów ustawy pzp, których wspólną podstawą faktyczną była rozbieżność pomiędzy opisami zadań wskazanych w poz. 1. i 2. wykazu zrealizowanych robót a dotyczącymi tych zadań referencjami, wyszczególniającymi w swojej treści zakres wykonanych prac, wśród których nie wymieniono robót dotyczących instalacji gazowych:

- 1.Art. 24 ust. 1 pkt 16 - przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy PB P, mimo że w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził on Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.
- 2.Art. 24 ust. 1 pkt 17 - przez zaniechanie wykluczenia PB P, mimo że w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił on informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez niego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.
- 3.Art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 - przez zaniechanie wykluczenia PB P, mimo że nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.
- 4.Art. 26 ust. 4 - przez zaniechanie wezwania PB P do złożenia wyjaśnień do złożenia wyjaśnień dotyczących rozbieżności pomiędzy opisami zadań wskazanych w poz. 1 i 2 Wykazu zrealizowanych robót a dotyczącymi tych zadań referencjami co do tego, czy zadania te obejmują swoim zakresem wykonanie m.in. robót instalacyjnych gazowych.

Po uwzględnieniu powyższego odwołania i umorzeniu przez Izbę postanowieniem z 6 sierpnia 2020 r. sygn. akt 1404/20 postępowania odwoławczego Zamawiający pismem z tego samego dnia zwrócił się do PB P w trybie art. 26 ust. 4 pzp o wyjaśnienie tej rozbieżności.

W piśmie z 7 sierpnia 2020 r. PB P pośrednio przyznał, że w ramach robót wskazanych w poz. 2. wykazu w rzeczywistości nie było robót dotyczących instalacji gazowych, powołując się w tym zakresie na omyłkę pisarską, która miała polegać na nieusunięciu po przekopiowaniu opisu warunku z SIWZ wyrazu „gazowych”. Przede wszystkim Wykonawca skupił się na wywodzeniu, że pozostaje to bez znaczenia dla wykazania przez niego warunku udziału w postępowaniu z lit. a, gdyż warunek ten spełnia, w tym odnośnie instalacji gazowych, poz. 1. wykazu, załączając na dowód pismo tamtego zamawiającego potwierdzające fakt wykonywania również takich robót w ramach tego przedsięwzięcia.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że jako wykonawca ubiegający się o udzielenie tego zamówienia dochował należytej staranności przy sporządzaniu wykazu wykonanych robót, skoro wprowadził do jego treści zrealizowane przez siebie zamówienie, w którym nie wykonywał robót dotyczących instalacji gazowych. Od profesjonalnego wykonawcy robót budowlanych można i należy wymagać, że przed złożeniem zamawiającemu zapewnienia o istnieniu istotnych dla danego postępowania o udzielenie zamówienia faktów, zweryfikuje, czy przygotowany dokument zawiera adekwatne informacje. W powyższych okolicznościach choćby jednokrotne przeczytanie treści wykazu powinno być wystarczające dla PB P. dla wychycenia, że ujął w wykazie zamówienie, które nie powinno się w nim znaleźć.

Izba oceniła jako nielogiczne, niespójne, a ... w konsekwencji niewiarygodne tłumaczenia Odwołującego, który powołał się na popełnienie omyłki pisarskiej, na rozprawie stwierdził, że jego intencją było wpisanie zamówienia z poz. 2. w celu zaprezentowania dodatkowego ponad wymagane treścią warunku doświadczenia. Oczywiście jest, że w wykazie składanym specjalnie na potrzeby wykazania sprecyzowanych dla danego postępowania o udzielenie zamówienia warunków wpisywanie tego typu dodatkowych informacji niczemu nie służy, a wręcz utrudnia sprawne przeprowadzenie postępowania.

Reasumując, Izba stwierdziła, że PB P. ... złożył niedbale oświadczenie na potwierdzenie spełniania warunku udziału z lit. a, gdyż do wykazu zrealizowanych robót w poz. 2. wpisał wykonane przez siebie zamówienie, choć wiedział, że nie spełnia ono tego warunku w zakresie robót dotyczących instalacji gazowych. Na podstawie tak złożonego oświadczenia Zamawiający uznał, że PB P. spełnia ten warunek udziału w

postępowaniu i dokonał wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Tym samym złożony w taki sposób przez PB P. wykaz zawierał wprowadzającą w błąd Zamawiającego informację dotyczącą spełniania warunku udziału, która co najmniej mogła mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w prowadzonym przez niego postępowaniu.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że odwołanie jest niezasadne.

W aktualnie obowiązującym art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 pzp określono, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku:

-zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów {pkt 16};

-lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia {pkt 17}.

Powyższe przepisy stanowią implementację do krajowego porządku prawnego określonych w art. 57 ust. 4 lit. h oraz i (in fine) Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (Dz. U. UE L 94, 28.3.2014, p. 65-242) podstaw wykluczenia w następujących sytuacjach:

-jeżeli wykonawca był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji, które wymagane były do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji, zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych na mocy art. 59 {lit. i};

-jeżeli wykonawca podjął kroki, aby wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia {lit. h in fine}

W poprzednim stanie prawnym istniała jedna podstawa wykluczenia wykonawcy z powodu składania nieprawdziwych informacji. Według nieobowiązującego już art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wykluczało się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Przepis ten stanowił implementację art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE L z 30 kwietnia 2004 r.). Zgodnie z tym przepisem z udziału w zamówieniu można było wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji. W odróżnieniu od przepisu krajowego hipoteza przepisu dyrektywy obejmowała zarówno złożenie, jak i niezłożenie informacji wymaganych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, przy czym w obu przypadkach miało to prowadzić do wprowadzenia w błąd. Z kolei przesłankę wpływu nieprawdziwych informacji na wynik postępowania z art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp można było uznać za odpowiednik poważnego wprowadzenia w błąd zamawiającego, o którym mowa w przepisie dyrektywy. W zakresie tych przesłanek, pomimo różnych sformułowań, interpretacja art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp w zgodzie z przepisem dyrektywy nie budziła większych wątpliwości.

W odróżnieniu od literalnego brzmienia art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp przepis art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE wprost odwoływał się do winy wykonawcy, który przez złożenie lub niezłożenie informacji poważnie wprowadził w błąd zamawiającego. Stąd w orzecznictwie sądów okręgowych na tle interpretacji art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp przy uwzględnieniu art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE z czasem skryształizowało się wręcz stanowisko, że wykluczenie może dotyczyć wyłącznie wykonawcy działającego z winy umyślnej. W szczególności Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 19 lipca 2012 r. (sygn. akt IV Ca 683/12) wskazał, że przepis ten ma zastosowanie w warunkach celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego. Według tego stanowiska złożenie nieprawdziwej informacji, ze skutkiem w postaci wykluczenia z postępowania, musi być czynnością dokonaną z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu czy niedbalstwa. Jeżeli ze stanu faktycznego wynika, że wykonawca w dniu składania ofert działał w dobrej wierze, nie sposób uznać, że jego celem było wprowadzenie zamawiającego w błąd. Z powyższego Sąd wywiódł, że nie będzie podstawą wykluczenia nieświadome wprowadzenie w błąd. Takie stanowisko sądów okręgowych nie pozostało bez wpływu na orzecznictwo

Izby, które uprzednio nie wymagało dla wypełnienia hipotezy normy określonej w art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp umyślnego zawinienia wykonawcy.

Jednakże Sąd Unii Europejskiej w wyroku z 26 września 2014 r. w połączonych sprawach T-91/12 i T-280/12 (Flying Holding NV z siedzibą w Wilrijk, Flying Group Lux SA z siedzibą w Luksemburgu, Flying Service NV z siedzibą w Deurne przeciwko Komisji Europejskiej) orzekł w związku z wykluczeniem na podstawie art. 94 lit. b rozporządzenia Rady (WE, Euratom) nr 1605/2002 z dnia 25 czerwca 2002 r. w sprawie rozporządzenia finansowego mającego zastosowanie do budżetu ogólnego Wspólnot Europejskich (Dz. U. L 248, s. 1 ze zm) - stanowiącego, że nie udziela się zamówienia kandydatom, którzy w związku z procedurą udzielania zamówień są winni złożenia nieprawdziwych oświadczeń przy dostarczaniu informacji wymaganych przez instytucję zamawiającą w celu dopuszczenia do udziału w procedurze udzielania zamówień lub nie dostarczyli tych informacji - że w przypadku gdy, tak jak w rozstrzyganej sprawie, wykryte zostaje przekazanie nieprawdziwych danych, Komisja nie ma innego wyboru niż zastosowanie powyższego przepisu, gdyż pojęcie „nieprawdziwe oświadczenia” odnosi się zarówno do oświadczeń umyślnie wprowadzających w błąd jak i tych, które są błędne w wyniku niedbalstwa, i po ustaleniu nieprawdziwego charakteru oświadczeń nie ma potrzeby przeprowadzania analizy uzasadnienia tej nieprawdziwości. Wobec złożenia nieprawdziwych oświadczeń, niezależnie od tego, czy doszło do tego w sposób umyślny, czy też wskutek niedbalstwa skarżących, Komisja nie miała innego wyboru niż zastosowanie art. 94 lit. b) rozporządzenia finansowego {por. pkt 75 i 119 wyroku}.

Powyższe orzeczenie Izba wzięła pod uwagę w wyroku z 11 lutego 2015 r. sygn. akt KIO 177/19, argumentując, że co prawda powyższy wyrok dotyczył stosowania przepisu aktu prawnego stosowanego przez Komisję Europejską przy udzielaniu zamówień publicznych, jednak zarówno treść przepisu art. 94 lit. b rozporządzenia finansowego, jak i art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE odwołują się do winy wykonawcy (kandydata) składającego nierzetelne informacje, bez wskazywania na postać tej winy, która powinna być interpretowana w taki sam sposób. Stąd Izba doszła do przekonania, że wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, interpretowanego z uwzględnieniem treści art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE, wymaga przypisania wykonawcy winy, jednak może to być również niedbalstwo.

Izba zwróciła uwagę, że w praktyce wykazanie winy umyślnej wykonawcy jest niezwykle trudne, gdyż wymaga dowodów spoza dokumentacji o udzielenie zamówienia, które potwierdzałyby zamiar wprowadzenia w błąd zamawiającego, czyli że wykonawca wyobrażał sobie taki skutek i tego chciał, ewentualnie na to się godził. Uzyskanie takich dowodów, czy to przez prowadzącego postępowanie, czy też przez konkurenta jest mało prawdopodobne, gdyż wymaga dostępu do wewnętrznych dokumentów wykonawcy, ewentualnie uzyskania zeznań świadków. Natomiast wykonawca z łatwością może uwolnić się od odpowiedzialności oświadczając, że nie miał zamiaru wprowadzenia zamawiającego w błąd, a podanie nieprawdziwej informacji było wynikiem omyłki lub też niesprawdzenia informacji uzyskanej od kogoś innego.

Zupełnie inaczej przedstawia się możliwość przypisania wykonawcy niedbalstwa, czyli niedołożenia należytej staranności przy podawaniu zamawiającemu wprowadzających w błąd informacji. Na podstawie art. 14 pzp do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, a zgodnie z art. 355 § 1 kc dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności {por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r. sygn. akt IV CK 151/03}. Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności {por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r. sygn. akt V CK 311/02}. Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 kc precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości.

W aktualnym stanie prawnym przesłanka z art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp wprost określa, że przedstawienie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego może nastąpić w wyniku niedbalstwa, a nawet lekkomyślności wykonawcy. Natomiast przypisanie wykonawcy winy umyślnej lub rażącego niedbalstwa jest konieczne w sytuacji, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 pzp.

Należy przyjąć, że obecnie obowiązujące przepisy, tak jak poprzednio obowiązujący art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, nie ustalają jakiegoś szczególnego rozumienia „prawdy” lub „nieprawdy” w odniesieniu do informacji składanych przez wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wobec tego adekwatny pozostaje (na co Krajowa Izba Odwoławcza wskazała uprzednio w uzasadnieniu wyroku z 6 kwietnia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 372/10) pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w uzasadnieniu wyroku z 5 kwietnia 2002 r. sygn. akt II CKN 1095/99 (opubl. Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna rok 2003, Nr 3, poz. 42): Pojęcia „prawda”, „prawdziwy”, bądź ich zaprzeczenia występują w Prawie prasowym w art. 6 ust. 1, art. 12 ust. 1 pkt 1, art. 31 pkt 1 i art. 41, a także wielokrotnie w innych aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, 103 § 2, art. 252, 253. 254 § 1 i 2, art. 268, 304, 333 § 2, art. 339 § 2, art. 485 § 2, art. 913 § 2, art. 1045), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 303 § 1, art. 312) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 190 § 1). We wszystkich tych przypadkach pojęcie „prawda” rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi - w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”). Odpowiada to - na gruncie filozoficznym - tzw. klasycznej koncepcji prawdy. W tym sensie wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości.

Zarówno w przypadku dawnego art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp jak i obecnie obowiązującego art. 24 ust. 1 pkt 18 pzp skutek złożenia przez wykonawcę nieprawdziwych czy niepełnych, czyli wprowadzających w błąd informacji przejawia się w tym, że gdyby wykonawca przedstawił prawdziwe lub pełne informacje, zamawiający podjąłby inną decyzję w prowadzonym postępowaniu, gdyż nie zostałby wprowadzony w błąd. Przy czym należy zaznaczyć, że decyzje odnośnie spełniania warunków udziału w postępowaniu, braku podstaw do wykluczenia, zakwalifikowania do udziału w postępowaniu zamawiający podejmuje na podstawie oświadczeń i dokumentów przedstawionych przez wykonawcę. W tym sensie na potrzeby prowadzonego postępowania znaczenie ma, czy wykonawca formalnie wykazał w ten sposób spełnianie warunków udziału, kryteriów kwalifikacji czy brak podstaw do wykluczenia. Natomiast zamawiający nie ma obowiązku ustalania tzw. prawdy materialnej tzn., czy biorąc pod uwagę najlepszy możliwy sposób wykazania tych okoliczności przez wykonawcę, obiektywnie spełnia on warunki, kryteria kwalifikacji lub nie podlega wykluczeniu. Skoro według art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp z postępowania wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału lub nie wykazał braku podstaw do wykluczenia, nie ma podstaw prawnych, aby skutek wprowadzenia w błąd zamawiającego odnosić do innego stanu rzeczy niż wynikający ze złożonych przez wykonawcę w postępowaniu oświadczeń lub dokumentów.

Natomiast taki skutek nie jest wymagany dla wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp, gdyż z brzmienia tego przepisu (przywołanego dokładanie powyżej) wynika, że wystarczające jest, aby informacje wprowadzające w błąd mogły mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego, co odpowiada sposobowi uregulowania podstawy wykluczenia w art. 57 ust. 4 lit. i (in fine) {również przywołanemu dokładanie powyżej}, gdzie również mowa jest jedynie o takim potencjalnym wpływie. Innymi słowy przy niedbalym przedstawieniu wprowadzających w błąd informacji ocena jego istotności jest uzależniona od tego czy mogło to, a nie czy miało to wpływ na decyzje w sprawie udzielenia zamówienia. Jak trafnie wywiódł Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 20 lipca 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 849/18, dla rozważań dotyczących przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp istotne jest jedynie zachowanie wykonawcy i treść informacji (mogącej mieć wpływ na decyzje zamawiającego), natomiast stan wiedzy czy zachowanie zamawiającego nie ma żadnego znaczenia. W szczególności nie ma znaczenia, czy zamawiający został skutecznie wprowadzony w błąd na skutek czego podjął jakiekolwiek decyzje czy wykonał jakiekolwiek czynności. Sąd podkreślił, że gdyby nawet zamawiający w powołaniu na wypracowane *notorium* (uwzględniając stan posiadanej przez siebie wiedzy) zachowałby ostrożność w podejmowaniu decyzji, samo podanie informacji nieprawdziwej wypełnia przesłankę wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia.

Należy wziąć pod uwagę, że wprowadzenie przesłanek wykluczenia ma na celu ochronę zamawiających przez nierzetelnymi wykonawcami. Wykonawca, który w sformalizowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia podaje

informację niemającą odzwierciedlenia w rzeczywistym stanie rzeczy, nie daje rękąmi rzetelności i sam poddaje w wątpliwość swój profesjonalizm, który wymaga dołożenia należytej staranności ocenianej według podwyższonego miernika.

W ustalonych powyżej okolicznościach należało uznać, że Zamawiający prawidłowo wykluczył PB P. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp. Warto zauważyć, że Odwołujący oczywiście błędnie wywiódł w odwołaniu, jakoby z tego przepisu wynikała przesłanka, że informacje mają lub mogą mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego, podczas gdy, jak to powyżej już wskazano, dla zastosowania tego przepisu w tym zakresie wystarczające jest, aby wprowadzające w błąd informacje mogły mieć potencjalnie taki istotny wpływ na decyzje prowadzącego postępowanie o udzielenie zamówienia.

{rozpoznanie zarzutu z pkt 3. listy zarzutów}

O ile wyrażone w odwołaniu stanowisko co do zakresu zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 5 pzp jest jak najbardziej prawidłowe, o tyle nie miało to żadnego znaczenia, gdyż w przypadku wykluczenia wykonawcy, które w tej sprawie okazało się być dokonane prawidłowo, odrzucenie oferty jest jego immanentną konsekwencją, co wynika wprost z art. 24 ust. 4 pzp stanowiącego, że ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Błąd Zamawiającego polegał zatem wyłącznie na wskazaniu niewłaściwego przepisu, gdyż sama czynność została dokonana prawidłowo.

{rozpoznanie zarzutów z pkt 1. i 5. listy zarzutów}

Ponieważ zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 91 ust. 1 pzp mają charakter niesamoistny (a ten drugi również wynikowy), ich niezasadność jest prostą konsekwencją niepotwierdzenia się zasadniczego zarzutu.

Mając powyższe na uwadze, Izba - działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp - orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 pzp, z uwzględnieniem art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. a pzp, zaliczając do tych kosztów uiszczony przez Odwołującego wpis - zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Natomiast nie uwzględniono wniosku Przystępującego o zasądzenie kosztów zastępstwa przed Izbą, wobec nieprzedstawienia do zamknięcia rozprawy rachunku dotyczącego tych kosztów, czego wymaga § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia.