

WYROK

z dnia 13 lutego 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Członkowie: Monika Szymanowska

Ryszard Tetzlaff

Protokolant Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 lutego 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lutego 2018 roku przez wykonawcę Multiconsult Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (00-203) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad - Oddział w Olsztynie (10-083)

przy udziale wykonawcy ZBM Inwestor Zastępczy S.A. z siedzibą w Warszawie (02-315), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Multiconsult Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (00-203) i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Multiconsult Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (00-203) 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 2017, poz. 1579 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 Olsztynie.

Przewodniczący:

Członkowie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn.: Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktami pn.: „Budowa drogi S7 Olsztynek (S51) - Płońsk (S10) odc. Strzegowo - Pierki” oraz „Budowa drogi S7 Olsztynek (S51) - Płońsk (S10) odc. Pierki - Płońsk”, prowadzonym przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie z Olsztyna (10-083) [dalej „zamawiający”] wykonawca Multiconsult Polska Sp. z o.o. z Warszawy (00-203) [dalej: „Odwołujący”] wniósł odwołanie od:

- czynności zamawiającego, polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017, poz. 1579 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp],
- ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu w zakresie czynności wskazanej powyżej, od czynności zamawiającego, polegającej na zaniechaniu umożliwienia odwołującemu zastosowania procedury samooczyszczenia na podstawie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp przed podjęciem decyzji o wykluczeniu odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania, pomimo faktu, że dochował należytej staranności przy weryfikacji informacji nt. zadań wykonanych przez osoby wskazane w ofercie odwołującego w ramach potencjału osobowego, który miał być wykorzystany przy realizacji zamówienia, a ponadto, pomimo faktu, że informacje wprowadzające w błąd przedstawione zamawiającemu nie miały i nie mogły mieć istotnego wpływu na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, a tym samym wymagane elementy przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp nie ziszczyły się kumulatywnie,
- ewentualnie, art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie umożliwienia odwołującemu przeprowadzenia procedury samooczyszczającej przed podjęciem decyzji o wykluczeniu odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, a w konsekwencji również naruszenie art. 24 ust. 9 ustawy Pzp, poprzez wykluczenie wykonawcy pomimo braku umożliwienia wykonawcy samooczyszczenia się i bez uwzględnienia złożonych przez niego w tym trybie ewentualnych wyjaśnień.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, dokonania oceny jego oferty oraz wezwania odwołującego do przedłożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp jako wykonawcy, którego oferta jest oceniona najwyżej,
- ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia żądania wskazanego powyżej, unieważnienia

czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i umożliwienia odwołującemu procedury samooczyszczenia wskazanej w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp i dokonanie oceny przedmiotowych wyjaśnień zgodnie z art. 24 ust. 9 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że nawet przy nieuwzględnieniu w ramach przyznawania punktów w kryterium „Doświadczenie personelu Konsultanta” zakwestionowanych przez zamawiającego zadań przypisanych panom: P.D. i D. S., a tym samym nieprzyznaniu w podkryterium odnoszącym się do Inżyniera Rezydenta i Głównego Technologa Multiconsult punktów za zakwestionowane zadania, jak również przy nieuwzględnieniu w ramach przyznawania punktów w kryterium „Doświadczenie personelu Konsultanta” w ogóle osób panów: D. i S. wskazanych do pełnienia ww. funkcji to odwołujący i tak,

uzyskując maksymalną liczbę punktów w ramach kryterium ceny i jakości, plasowałby się na pierwszym miejscu spośród ważnych ofert. Podkreślił, że fakt nieujęcia w ramach kryterium „Doświadczenie zawodowe Konsultanta” punktów uzyskanych za zakwestionowane jako wynikające z błędnych informacji zadań zrealizowanych przez panów: D. i S., pozostaje całkowicie bez wpływu na pozycję odwołującego w postępowaniu.

Podniósł, że zamawiającym, aby zaistniała możliwość wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, musi dojść do kumulatywnego spełnienia trzech

przesłanek wymagań wynikających z przesłanki, a mianowicie:

1. przedstawienia przez wykonawcę informacji wprowadzających zamawiającego w błąd,
2. informacje te mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
3. przedstawienie tych informacji nastąpiło w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy.

Zdaniem odwołującego w okolicznościach niniejszej sprawy nie doszło do spełnienia wymagań określonych w pkt 2 i 3 powyżej, co powoduje, że zamawiający nie był uprawniony do wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Wskazał, że prawidłowa analiza przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp wymaga odwołania się do brzmienia dyrektywy 2014/24/UE (dalej również jako „dyrektywa klasyczna”) - ww. przesłanka wykluczenia nawiązuje do art. 56 ust. 4 lit. h) i i) dyrektywy klasycznej, wedle których: „Instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy znajdującego się w którejkolwiek z poniższych sytuacji:

h) 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; lub

i) jeżeli wykonawca podjął kroki, aby nienależycie wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia.

Podkreślił, że dokonując pro unijnej interpretacji przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, jako przepisu stanowiącego implementację do polskiego porządku prawnego ww. przepisów dyrektywy, należy wskazać, że ujęty w przepisie wymóg, by nieprawdziwe informacje „mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia” należy rozumieć jako: istotny wpływ na podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia decyzje o wykluczeniu z uwagi na zaistnienie przekłamań w odniesieniu do podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu (określanych w dyrektywie klasycznej jako kryteria klasyfikacji) i udzielenia zamówienia.

W ocenie odwołującego z „istotnym wpływem” na podejmowane przez zamawiającego decyzje będziemy mieli do czynienia tylko wówczas, gdy podane przez wykonawcę nieprawdziwe informacje powodują, że wykonawca zostałby na skutek podania wprowadzających zamawiającego w błąd informacji wykluczony lub odrzucony lub straciłby pozycję umożliwiającą mu uzyskanie/udzielenie zamówienia, co oznacza, że jeżeli dana nieprawdziwa informacja pozostaje bez wpływu na sytuację podmiotową wykonawcy, tj. jej podanie nie skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania, ani odrzuceniem, ani też nie powoduje jakiegokolwiek zmiany pozycji wykonawcy w postępowaniu pod kątem bezpośredniej możliwości uzyskania zamówienia, brak jest podstaw do uznania, że podana nieprawdziwa informacja może mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego w postępowaniu.

Stwierdził, że podane w ofercie wykonawcy informacje, co do prawdziwości których zamawiający ma zastrzeżenia nie dotyczą w ogóle warunków udziału w postępowaniu, ani podstaw wykluczenia i nie mogą, nawet potencjalnie prowadzić do wykluczenia z postępowania z powodu braku wykazania podstaw wykluczenia lub warunków udziału w postępowaniu (odwołujący je spełnia, czego zamawiający nie kwestionuje), nadto informacje nie odnoszą się merytorycznej treści oferty, tj. zaoferowanej usługi, tym samym nie mogą nawet potencjalnie doprowadzić do odrzucenia oferty odwołującego; wreszcie informacje te nie powodują jakiegokolwiek zmiany pozycji odwołującego w rankingu ofert.

Odwołujący nie zgodził się z zamawiającym co do tego, że sam fakt, że nieprawdziwe informacje dotyczą danych koniecznych do weryfikacji kryterium oceny ofert powoduje, że

wykonawca powinien podlegać wykluczeniu (zamawiający wskazał: „Nie ulega wątpliwości, iż informacje przedstawiane przez Wykonawców w powyższych dokumentach, tj. w Formularzu „Kryteria pozacenowe” oraz w „Wykazie osób” mogą w sposób istotny wpłynąć na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, zarówno w zakresie przyznawania

dotychczasowych punktów w ramach kryterium oceny ofert, jak i w zakresie weryfikacji spełniania warunków udziału w postępowaniu".

W ocenie odwołującego taka interpretacja w okolicznościach faktycznych sprawy stanowi nadużycie. Odwołujący stanął na stanowisku, że zastosowana przez zamawiającego wykładnia przesłanki wykluczenia zawartej w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp pozostaje w oderwaniu od jej literalnego brzmienia, ponieważ zamawiający nie wykazał w żaden sposób wymaganego przez brzmienie przesłanki „istotnego wpływu” na decyzje zamawiającego.

Odwołał się do:

- wyroku KIO z dnia 7 listopada 2017 r. (KIO 2222/17): „Wprowadzenie zamawiającego w błąd, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p. z. p, odnosi się do błędu istotnego pod względem okoliczności wskazanych w tych przepisach”.
- wyroku KIO z dnia 20 marca 2017 r. (KIO 382/17): „Jednocześnie oddalając zarzut z art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy Pzp Izba wskazuje, iż jednym z koniecznych elementów wpisujących się w hipotezę normy prawnej uregulowanej w przepisie art. 24 ust 1 pkt 17 ustawy Pzp jest istotny wpływ nieprawdziwych informacji (ściślej: informacji wprowadzających w błąd) na decyzje podejmowane przez podmiot zamawiający. Bez tego elementu, tj. bez przyjęcia przez Zamawiającego, że zostało przez Przystępującego wykazane spełnienie warunków udziału w postępowaniu, nie mogłoby dojść do uwzględnienia zarzutu związanego z nieprawdziwymi informacjami”

Dodatkowo wskazał, że w SIWZ przy opisie podkryteriów w ramach kryterium „Doświadczenie zawodowe Konsultanta” znajdują się każdorazowo zapisy, zgodnie z którymi:

- „Za niewykazanie zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 0 punktów.
- Za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełniania powyższych wymagań Wykonawca otrzyma 0 punktów”

wobec czego zamawiający, jako sankcję przewidzianą za wskazanie zadań niespełniających wymogów wskazanych w podkryteriach kryterium „Doświadczenie zawodowe konsultanta”, przewidział brak przyznania punktów.

Uznał, że już z powyższych względów decyzja zamawiającego w przedmiocie jego wykluczenia jest błędna i nieuprawniona.

Stwierdził, że nie można przypisać mu niedochowania należytej staranności przy przedstawieniu informacji wprowadzających zamawiającego w błąd.

Oświadczył, że panowie: D. i S. nie są pracownikami wykonawcy zatrudnionymi na podstawie umowy o pracę, ale współpracownikami realizującymi zlecenie na jego rzecz w oparciu o umowy zlecenia w ramach stałej współpracy.

Oświadczył także, że w organizacji odwołującego są wdrożone i funkcjonują procedury weryfikacji stale współpracujących z wykonawcą podmiotów, które zobowiązują się do udziału w realizacji zamówienia udzielonego w wyniku postępowań o udzielenie zamówienia, w których bierze udział.

Wyjaśnił, że w uzyskał ustne potwierdzenie w zakresie spełniania przez ww. osoby warunków udziału w postępowaniu, jak również spełniania przez realizowane przez nich w przeszłości usługi wymogów określonych w ramach kryterium pn. „Doświadczenie personelu wykonawcy”, wobec czego odwołujący wskazał te osoby w niniejszym postępowaniu na stanowiska Inżyniera Rezydenta i Głównego Technologa i uzupełnił wykaz w oparciu o przekazane przez te podmioty ww. informacje i ich szczegółowe życiorysy/CV.

Stwierdził, że nie miał żadnych podstaw by twierdzić, że osoby podały jakiegokolwiek nieprawdziwe informacje co do tego, że zakończenie świadczenia przez nich usług nastąpiło w innym momencie niż zakończenie świadczenia usług w rozumieniu zapisów SIWZ (IDW).

Podkreślił, że w przedstawionych okolicznościach faktycznych nie można przypisać mu jakiegokolwiek niedbalstwa czy lekkomyślności, odwołujący dochował należytej staranności przy składaniu oferty i kompletowaniu dedykowanego zamawiającemu personelu, dobrał do realizacji zamówienia współpracowników, którzy zapewnili go o spełnianiu przedstawionych w postępowaniu warunków i o możliwości wskazania

realizowanych przez nich zadań w ramach wykazu składanego na potrzeby oceny kryterium oceny ofert, przekazując mu jednocześnie życiorysy/CV, z których spełnianie przedmiotowych warunków i wymogów wynikało bezsprzecznie.

Zwrócił uwagę należy, że ustawodawca - zarówno unijny, jak i krajowy - wprowadził do systemu zamówień zasadę opierania się na oświadczeniach wykonawcy, co oznacza, brak podstaw, by wykonawca kompletując zespół osób do realizacji zamówienia stosował ostrzejsze wymogi w odniesieniu do tych osób, uznając, czy też poddając z góry w wątpliwość prawdziwość ich oświadczeń.

Stwierdził, że gdyby przy weryfikacji osób współpracowników i przedstawionego w ich życiorysach doświadczenia powziął jakiegokolwiek wątpliwości co do spełniania przez te osoby warunków udziału w postępowaniu, bądź przez zadania przez nich wskazane - wymogów określonych w ramach kryteriów oceny ofert, podjąłby dalsze działania wyjaśniające i weryfikacyjne, jednak w sytuacji, gdy z ustaleń uzyskanych przez ustne oświadczenia

panów: D. i S. jasno wynikało, że spełniają oni warunki udziału w

postępowaniu, zaś zadania realizowane przez nich spełniają postawione w ramach kryterium „Doświadczenie personelu Konsultanta” wymagania, czemu dodatkowo nie przeczyły w żaden sposób udostępnione wykonawcy przez te osoby życiorysy zawodowe/CV ze szczegółowym opisem doświadczenia zawodowego uzyskanego w przeszłości, nie było podstaw do dalszej weryfikacji prawdziwości stwierdzeń zawartych w przedmiotowych dokumentach, czy kwestionowania prawdziwości i poprawności informacji w tym zakresie.

W ocenie Odwołującego nieuprawnione jest interpretowanie „dochowania należytej staranności” w odniesieniu do weryfikowania informacji przekazanych przez współpracowników wykonawców, którzy są desygnowani do realizacji danego zamówienia jako konieczność każdorazowego kwestionowania oświadczeń przez takie osoby składanych i de facto „zarzucanie im kłamstwa”.

Odnosząc się do przedstawionej w uzasadnieniu wykluczenia koncepcji zakładającej konieczność porównania działań wykonawcy z działaniami wpisującymi się, czy też uznawanymi za realizujące „model działania wykonawcy - profesjonalisty postępującego z zachowaniem zasad należytej staranności”, uznał, że właśnie takie działania podjął.

Uzupełnił, że brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania, że obiektywny wzorzec należytej staranności w okolicznościach sprawy miałby polegać na zarzucaniu współpracownikom, którzy są również profesjonalistami, niezrozumienia treści zapisów IDW, czy też umyślnego wprowadzania wykonawcy, z którym współpracują w błąd.

Wskazał, że powszechną praktyką w branży jest weryfikacja zdolności i doświadczenia współpracujących na stałe z wykonawcą specjalistów, poprzez opieranie się na ich oświadczeniach i przekazanych przez nich życiorysach/CV; jest to optymalny w danych warunkach model postępowania i w taki właśnie sposób zachował się odwołujący.

Podsumował, że nie można mu zarzucić niedochowania należytej staranności, a więc nie ma ono cech ani niedbalstwa, ani lekkomyślności w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzutu ewentualnego odwołujący podkreślił, że w sytuacji, gdyby Izba uznała, że wykluczenie było zasadne, to wedle art. 24 ust. 8 ustawy Pzp odwołujący powinien mieć możliwość samooczyszczenia się w niniejszym postępowaniu - zarówno dyrektywa klasyczna, jak i przepisy ustawy Pzp, wskazują, że w przypadku, gdy wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16-20 i art. 24 ust. 5 ustawy Pzp, wykonawca może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu

faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy.

Odwołujący stwierdził, że powyższe odnosi się do sytuacji, w której dany wykonawca, wprowadzając podlegający jednej z podstaw do wykluczenia z powodu popełnionego czynu, będzie jednak dopuszczony do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dlatego, że przedsięwziął niezbędne środki, które zapewnią, że nie popełni on już podobnych naruszeń w przyszłości.

Wskazał, że zgodnie z treścią tego przepisu, każdy wykonawca znajdujący się w jednej z sytuacji objętych podstawą wykluczenia, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności; jeżeli takie dowody zostaną uznane za wystarczające, dany wykonawca nie zostanie wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia.

Uznał, że pewną wytyczną dla oceny tych środków zawiera motyw 102 dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym środki takie mogą w szczególności obejmować działania personalne i organizacyjne, takie jak zerwanie wszelkich powiązań z osobami lub organizacjami odpowiedzialnymi za niewłaściwe zachowania, odpowiednie środki służące reorganizacji personelu, wdrożenie systemów sprawozdawczości i kontroli, utworzenie struktury audytu wewnętrznego monitorującego przestrzeganie i przyjęcie wewnętrznych zasad odpowiedzialności i odszkodowań.

Podkreślił, że o ile w dyrektywie klasycznej ustawodawca unijny przewidział, że wykluczenie na skutek złożenia informacji wprowadzających w błąd zamawiających spełniających kryteria opisane w art. 57 ust. 4 lit. h) i i) obowiązuje przez okres trzech lat wstecz - co wynika wprost z art. 57 ust. 7 wedle którego „Państwa członkowskie określają w przepisach ustawodawczych, wykonawczych lub administracyjnych, z uwzględnieniem prawa unijnego, warunki wykonania niniejszego artykułu. W szczególności państwa członkowskie ustalają maksymalny okres wykluczenia w przypadku, gdy wykonawca nie podejmie środków określonych w ust 6 w celu wykazania swojej rzetelności. Jeżeli okres wykluczenia nie został określony w prawomocnym wyroku, nie przekracza on pięciu lat od daty skazania prawomocnym wyrokiem w przypadkach, o których mowa w ust 1, i trzech lat od daty odnośnego zdarzenia w przypadkach, o których mowa w ust. 4” to polski ustawodawca przewiduje możliwość wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. z art. 24 ust. 7 ustawy Pzp tylko w związku z nieprawdziwymi informacjami złożonymi w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym wykluczenie na ww. podstawie następuje.

W ocenie odwołującego wdrożenie do polskiego systemu zamówień publicznych

fakultatywnej przesłanki wykluczenia z dyrektywy klasycznej w przewidziany w przepisach art. 24 ust. 1 pkt 17 i ust. 7 ustawy Pzp sposób, nie powinno jednak uniemożliwiać wykonawcy skorzystania z dobrodziejstwa przewidzianego w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, tj. z możliwości samooczyszczenia się, zwłaszcza, że sam przepis art. 24 ust. 8 *expressis verbis* taką możliwość w przypadku wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp przewiduje.

Staął na stanowisku, że w okolicznościach niniejszej sprawy nie można wykazać, że „wykonawca powinien samooczyszczyć się sam (bez wezwania Zamawiającego), zaś zamawiający nie musi w tym celu podejmować żadnych czynności, czy też aktywności”, ponieważ w odniesieniu do przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, która ma zastosowanie w odniesieniu do informacji podanych w postępowaniu, w którym wykluczenie w oparciu ww. podstawę następuje, wykonawca przed dokonaniem przez zamawiającego wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp (za nieumyślne podanie informacji wprowadzających w błąd) nie ma wiedzy o tym, że takie nieprawdziwe informacje są w jego ofercie zawarte. Tym samym brak zwrócenia się przez zamawiającego z informacją o stwierdzonych nieprawidłowościach w ofercie czy planowanym wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, uniemożliwia wykonawcy całkowicie i w sposób kategoriyczny możliwość skorzystania z dobrodziejstwa samooczyszczenia przewidzianego w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp; skoro zaś ustawodawca krajowy, w sposób jasny taką możliwość przewidział przed podjęciem decyzji o wykluczeniu również w odniesieniu do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, to uniemożliwienie wykonawcy skorzystania z możliwości samooczyszczenia przed wykluczeniem, należy traktować jako naruszenie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp.

Podsumował, że w przypadku, gdyby uznać, że w odniesieniu do odwołującego faktycznie zaistniała podstawa wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, zamawiający powinien umożliwić mu skorzystanie z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp i dokonanie próby samooczyszczenia się, przed dokonaniem wykluczenia na tej podstawie; zaniechanie takiego działania powoduje, że zamawiający pozostaje w sprzeczności z przepisami ustawy Pzp oraz narusza zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Odwołał się do wyroku KIO z dnia 19 lipca 2017 r. (KIO 1335/17): „Procedura samooczyszczenia (z ang. self-cleaning) polega na tym, że przed podjęciem decyzji o wykluczeniu wykonawcy, m.in. na podstawie art. 24 ust 5 pkt 2 p.z.p., zamawiający obowiązany jest umożliwić wykonawcy przedstawienie dowodów na podjęcie takich środków, które gwarantują jego rzetelność. Pozytywna weryfikacja tych dowodów obliuguje zaś zamawiającego do zaniechania wykluczenia wykonawcy z postępowania. Z regulacji tych wynika zatem *de facto* dodatkowa przesłanka przed wykluczeniem wykonawcy, jaką jest

umożliwienie wykonawcy przedstawienia dowodów na samooczyszczenie".

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 6 lutego 2018 roku, Odpowiedzi na odwołanie (pismo z 12 lutego 2018 roku), Pisma procesowego przystępującego (pismo z 12 lutego 2018 roku), Pisma procesowego odwołującego (pismo z 13 lutego 2018 roku), a także stanowisk stron i przystępującego zaprezentowanych na rozprawie skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił także, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Bezzasadne wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu oznaczałoby, że stwierdzenie w tym zakresie naruszenia przepisów ustawy Pzp dawałoby odwołującemu szansę na uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut wykluczenia odwołującego z postępowania, pomimo faktu, że dochował należytej staranności przy weryfikacji informacji nt. zadań wykonanych przez osoby wskazane w ofercie odwołującego w ramach potencjału osobowego, który miał być wykorzystany przy realizacji zamówienia, a ponadto, pomimo faktu, że informacje wprowadzające w błąd przedstawione zamawiającemu nie miały i nie mogły mieć istotnego wpływu na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, a tym samym wymagane elementy przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp nie ziściły się kumulatywnie nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Pismem z dnia 22 stycznia 2018 roku zamawiający poinformował odwołującego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Jako informacje wprowadzające zamawiającego w błąd wskazano informacje podane przez odwołującego w złożonym wraz z ofertą formularzu „Kryteria pozacenowe” o doświadczeniu

dwóch osób: P. D. przewidzianego do pełnienia funkcji Inżyniera Rezydenta oraz D. S. przewidzianego do pełnienia funkcji Głównego Technologa, tj. ani P. D., ani Z. S. nie pełnił wskazanej funkcji na podanym w odniesieniu do każdego z nich jednym z zadań do jego wykonania, tj. do wystawienia Świadectwa Przejęcia, czego odwołujący w odwołaniu nie kwestionował.

Bezspornym było także to, że doświadczenie osób przewidzianych do pełnienia wskazanych funkcji miało być przez zamawiającego punktowane w kryterium „Doświadczenie personelu Konsultanta”.

Art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp brzmi: „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: (...) 17) wykonawcę, 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”

Zarówno odwołujący, jak i zamawiający prezentowali stanowisko, że wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp wymaga kumulatywnego spełnienia trzech przesłanek:

1. przedstawione przez wykonawcę informacje muszą być informacjami wprowadzającymi zamawiającego w błąd,
2. są to informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego,
3. przedstawienie informacji nastąpiło w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy.

Odwołujący w odwołaniu zakwestionował, „że w okolicznościach niniejszej sprawy doszło do spełnienia wymagań określonych w pkt 2 i 3 powyżej, co powoduje, że Zamawiający nie był uprawniony do wykluczenia Multiconsult z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp” (str. 17 Odwołania, przedostatni akapit).

Strony w odmienny sposób rozumiały drugą przesłankę wykluczenia, iż muszą to być informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego.

Odwołujący rozumiał ją w ten sposób, iż „z „istotnym wpływem” na podejmowane przez zamawiającego decyzje będziemy mieli do czynienia tylko wówczas, gdy podane przez wykonawcę nieprawdziwe informacje powodują, że wykonawca zostałby na skutek podania wprowadzających zamawiającego w błąd informacji:

- wykluczony lub
- odrzucony lub
- straciłby pozycję uniemożliwiającą mu uzyskanie/udzielenie zamówienia.” (str. 18 Odwołania , ostatni akapit).

Zamawiający rozumiał ją natomiast w ten sposób, że „Wprzepisie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp na mocy, którego Wykonawca został wykluczony z postępowania, mowa jest o każdej informacji mogącej mieć istotny wpływ (choćby potencjalnie) na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w toku postępowania, czyli na podejmowane przez niego w tym postępowaniu czynności, między innymi przyznanie właściwej, zgodnej ze stanem faktycznym punktacji w zakresie każdego z kryteriów.” (str. 6 Odpowiedzi na odwołanie ostatni akapit oraz str. 7 pierwszy akapit).

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że interpretacja odwołującego nie jest prawidłowa.

Interpretując art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp nie można w pierwszej kolejności nie dostrzec, że „istotność” odniesiono nie do decyzji zamawiającego, ale do wpływu informacji (pkt 17 nie brzmi przecież „wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć wpływ na istotne decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia”).

Nie można więc twierdzić, że przepis dotyczy wyłącznie istotnych decyzji zamawiającego, podejmowanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego takich jak wybór oferty najkorzystniejszej, wykluczenie wykonawcy, czy odrzucenie oferty.

W ocenie składu orzekającego Izby brzmienie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp nie uzasadnia także twierdzenia, że wprowadzające w błąd informacje muszą wywoływać wpływ na decyzje zamawiającego. Wystarczającym jest, aby zaistniała potencjalna możliwość takiego wpływu, o czym świadczy użycie wyrazu „mogące”, który taką możliwość, a nie skutek wyraża (pkt 17 nie brzmi „wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, które miały lub mogły mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia”).

„Założeniem przepisu jest zapewne wyeliminowanie przypadków, kiedy niezamierzone działanie wykonawcy może zagrażać podejmowaniu właściwych decyzji przez zamawiającego, w szczególności w stosunku do tego wykonawcy.” (Prawo zamówień publicznych. Komentarz. J. Pieróg, Warszawa 2017, komentarz do art. 24).

Nie może jednak umknąć, że przepis art. 24 ustawy Pzp ma stanowić przede wszystkim zabezpieczenie dla zamawiającego, że ma do czynienia z wykonawcą rzetelnym, który prawidłowo zrealizuje jego zamówienie. Niewątpliwie wykonawca rzetelny to wykonawca przedstawiający zamawiającemu prawdziwe, zgodne ze stanem faktycznym informacje. Naganność podania zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd jest oczywista i nie może podlegać dyskusji.

Prezentowany przez odwołującego sposób rozumienia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp oznaczałby aprobatę odmiennego traktowania wykonawców za ten sam rodzaj naganego zachowania (podanie informacji wprowadzających w błąd) - jeden wykonawca byłby wykonawcą rzetelnym (nie zostałby wykluczony), drugi musiałby zostać wykluczony jako wykonawca nierzetelny (abstrahując w tym miejscu od procedury samooczyszczenia).

O ile bowiem w przypadku - jak chciałby odwołujący - gdyby „dana nieprawdziwa informacja pozostawała bez wpływu na sytuację podmiotową wykonawcy - tj. jej podanie nie skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania, ani odrzuceniem, ani też nie powoduje jakiegokolwiek zmiany pozycji wykonawcy w postępowaniu pod kątem bezpośredniej możliwości uzyskania zamówienia” (str. 19 Odwołania, pierwszy akapit) wykonawca byłby wykonawcą rzetelnym (nie zostałby wykluczony), o tyle wykonawca, który nawet w tym samym postępowaniu przedstawił daną nieprawdziwą informację, która ma wpływ na sytuację podmiotową wykonawcy - tj. jej podanie skutkowałoby wykluczeniem wykonawcy z postępowania, odrzuceniem jego oferty albo zmianę pozycji oferty wykonawcy w rankingu ofert, zostałby wykluczony jako wykonawca nierzetelny.

W ocenie składu orzekającego Izby tak różne podejście to takiego samego naganego zachowania godziłoby w zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Warto dodatkowo, za przystępującym, podkreślić, że „Oceniamy (...) oferty na podstawie ich treści istniejącej w momencie złożenia oferty, a nie po dokonaniu pewnych czynności przez Zamawiającego. Ocena czy informacje „miały” wpływ przy uwzględnieniu całokształtu okoliczności danego Postępowania wypaczałoby cel i sankcje podstawy wykluczenia opisanej w art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp” (str. 6 Pisma procesowego przystępującego, pierwszy akapit), a nadto, że „Tak samo jak Zamawiający - co jest poglądem ustalonym i niebudzącym wątpliwości w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej - nie wzywa do uzupełnień wykonawcy, który przekazał informacje wprowadzające w błąd w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. (...) chociażby w takim przypadku wykonawca dysponował innym doświadczeniem, innym potencjałem kadrowym itp. na wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Analogicznie sytuacja prezentuje się w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert” (str. 6).

Odwołujący kwestionował także, iż przedstawienie informacji wprowadzających zamawiającego w błąd co do doświadczenia P. D. oraz D. S. było wynikiem jego lekkomyślności lub niedbalstwa.

Twierdził, że nie można mu przypisać niedochowania należytej staranności,

ponieważ:

- „Pan D. i Pan S. nie są pracownikami wykonawcy zatrudnionymi na podstawie umowy o pracę, ale współpracownikami realizującymi zlecenie na rzecz Wykonawcy zatrudnionymi w oparciu o umowy zlecenia w ramach stałej współpracy. ”
- „W organizacji Odwołującego są wdrożone i funkcjonują procedury weryfikacji stale współpracujących z wykonawców podmiotów, które zobowiązują się do udziału w realizacji zamówienia udzielonego (...). W okolicznościach niniejszej sprawy Odwołujący uzyskał ustne potwierdzenie w zakresie spełniania przez ww. osoby warunków udziału w postępowaniu, jak również spełniania przez realizowane przez nich w przeszłości usługi wymogów określonych w ramach kryteriów pn. „Doświadczenie personelu wykonawcy”. (...) uzupełnił wykaz w oparciu o przekazane przez te podmioty ww. informacje i ich szczegółowe życiorysy/CV.”
- „Wykonawca nie miał żadnych podstaw by twierdzić, że osoby podały jakiekolwiek nieprawdziwe informacje co do tego, że zakończenie świadczenia przez nich usług nastąpiło w innym momencie niż zakończenie usług w rozumieniu zapisów SWZ (IDW)”

- str. 21 i 22 Odwołania.

Na podstawie powyższych informacji odtworzyć można następujący, obowiązujący u odwołującego, w ramach wdrożonych i funkcjonujących procedur weryfikacji, wzorzec postępowania w przypadku informacji od współpracowników odwołującego:

1. odwołujący uzyskuje ustne potwierdzenie współpracownika w zakresie spełniania przez realizowane przez nich w przeszłości usługi wymogów określonych przez zamawiającego,
2. współpracownicy przekazują odwołującemu szczegółowe życiorysy/CV,
3. odwołujący uzupełnia wymagane przez zamawiającego formularze w oparciu o ustne informacje współpracowników oraz przekazane życiorysy/CV.”

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że zamawiający zasadnie uznał, że przedstawienie przez odwołującego informacji wprowadzającym w błąd było wynikiem braku

należytej staranności (niedbalstwa).

Wskazana przez odwołującego procedura funkcjonująca w jego organizacji może zostać uznana co najwyżej jako procedura pozyskiwania informacji, w żadnym jednak razie weryfikacji.

Po pierwsze, to nie współpracownik, ale wykonawca winien dokonać oceny, na podstawie adekwatnych i wyczerpujących informacji pochodzących od współpracownika co do jego doświadczenia, czy doświadczenie to rzeczywiście odpowiada wymogom zamawiającego.

Po drugie, ustna forma pozyskiwania „zapewnień”, stosowana przez odwołującego, sama w sobie stanowi zagrożenie dla dokładności w dalszym przekazywaniu informacji pozyskanych w ramach owych zapewnień.

Po trzecie, odwołujący wprost zakłada brak weryfikacji z jego strony informacji pochodzących od współpracownika.

Po czwarte, niejasnym jest sposób, a nawet sam fakt zapoznania się przez współpracownika z każdorazowymi wymaganiami zamawiającego co do doświadczenia osoby (ustnie ?)

Po piąte, niejasnym jest, czy przekazane życiorysy/CV są dedykowane danemu postępowaniu, czy też są powielane i wykorzystywane w wielu postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, nie zawierając informacji kluczowych z perspektywy wymagań danego zamawiającego (tu: co do doświadczenia uzyskanego do momentu wystawienia Świadectwa Przejścia).

Skład orzekający Izby w pełni podziela pogląd, iż zasadą wykonawcy - uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego winna być zasada ograniczonego zaufania do informacji innych osób i podmiotów - „Wykonawca powinien wykazać się ograniczonym zaufaniem w stosunku do informacji przekazywanych przez współpracowników i dokonać ich weryfikacji” (str. 10 Pisma procesowego przystępującego, drugi akapit) i to nie tylko dlatego, że konsekwencje podania informacji wprowadzających w błąd obarczają zawsze wykonawcę (a nie osobę lub podmiot informacji udzielający), ale także z tego względu, iż także działania tych osób lub podmiotów mogą być podejmowana niedbale (np. osoba nie zapoznała się albo pobieżnie zapoznała się z postanowieniami SIWZ, nie dostrzegając odmienności wymogów zamawiającego w danym postępowaniu).

Akt staranności wykonawcy przy weryfikacji informacji, przed jej przedstawieniem zamawiającemu, wymaga, aby wykonawca sprawdził co najmniej te elementy informacji, które są kluczowe z perspektywy wymogu dotyczącego doświadczenia osoby, za które zamawiający przewidział przyznanie punktów, tym bardziej w sytuacji, gdy weryfikacja tych informacji jest możliwa na podstawie innych ogólnie dostępnych informacji (np. na stronach internetowych).

W sytuacji, gdy odwołujący poprzestał w istocie na pozyskaniu informacji od współpracowników, opierając się na ich ocenie, a nie dokonując sprawdzenia informacji i własnej oceny uznać należy, że odwołujący nie wykazał się oczekiwaną od profesjonalnego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego starannością przy przedstawieniu zamawiającemu informacji o doświadczeniu dwóch osób.

Inaczej mówiąc nie dochował, poprzez przedstawione zachowanie należytej staranności wymaganej od uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Uwzględniając powyższe oraz orzekając w granicach zarzutu, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się nie potwierdził.

Zarzut zaniechania umożliwienia odwołującemu przeprowadzenia procedury samooczyszczającej przed podjęciem decyzji o wykluczeniu odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, a w konsekwencji również naruszenie art. 24 ust. 9 ustawy Pzp, poprzez wykluczenie wykonawcy pomimo braku umożliwienia wykonawcy samooczyszczenia się i bez uwzględnienia złożonych przez niego w tym trybie ewentualnych wyjaśnień nie potwierdził się.

Art. 24 ust. 8 ustawy Pzp brzmi: „Wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16-20 lub ust. 5, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się, jeżeli wobec wykonawcy, będącego podmiotem zbiorowym, orzeczono prawomocnym wyrokiem sądu zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz nie upłynął określony w tym wyroku okres obowiązywania tego zakazu.”

Art. 24 ust. 9 ustawy Pzp brzmi: „Wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za

wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8.

Na wstępie dostrzec należy różnicę pomiędzy „wykonawcą, który podlega wykluczeniu” od „wykonawcy, który został wykluczony”.

W pierwszym przypadku, w ocenie składu orzekającego Izby, chodzi o wykonawcę, w odniesieniu do którego istnieją ustawowe przesłanki wykluczenia (i który być może został także wcześniej wykluczony przez innego albo tego samego zamawiającego w innym postępowaniu), w drugim przypadku chodzi o wykonawcę, który został już (w danym postępowaniu) - decyzją zamawiającego - wykluczony z udziału w tymże postępowaniu.

Taki sposób rozumienia przepisu art. 24 ust. 8 ustawy Pzp potwierdza wynikający z przepisu art. 25a ustawy Pzp obowiązek złożenia przez wykonawcę, wraz z ofertą, oświadczenia stanowiącego wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu (w przedmiotowym postępowaniu w formie jednolitego dokumentu JEDZ), które odnieść należy (brak w tym zakresie jakichkolwiek wyjątków) do wszystkich przesłanek wykluczenia, w tym z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, obok innych przesłanek wykluczenia, ma stanowić dla zamawiającego gwarancję, że realizacja zamówienia nie zostanie powierzona wykonawcy nierzetelnemu. Innymi słowy, wykonawca, który ubiega się o dane zamówienie musi być wykonawcą rzetelnym.

W ocenie składu orzekającego Izby ten nadrzędny cel przesądza o tym, że efekty procedury samooczyszczczenia muszą „być dostępne” w zamówieniu, którego dotyczy prowadzone właśnie postępowanie, w którym zamawiający bada, czy wykonawca jest wykonawcą rzetelnym, czy też nie i wykonawcę należy wykluczyć.

W przypadku więc przesłanki wykluczenia z pkt. 17 art. 24 ust. 1 ustawy Pzp uznać należy, że dopuszczalność samooczyszczczenia „aktualizuje się” dopiero w kolejnym postępowaniu, dopiero bowiem w przypadku kolejnego postępowania fakt istnienia podstawy wykluczenia jest już wykonawcy znany (wykonawca został uprzednio, w innym postępowaniu wykluczony i ciąży na nim odium wykonawcy przedstawiającego zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd).

Jak wskazał przystępujący „Pewnym absurdem i wypaczeniem procedury udzielania zamówień publicznych byłoby, aby wykonawca składający nieprawdziwe informacje jednocześnie składał wyczerpujące wyjaśnienia w zakresie swojej rzetelności, (...) opisywał (...) jakie środki przedsięwziął w celu zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy” (str. 13 Pisma procesowego przystępującego, pierwszy akapit).

Nie jest możliwym, aby efekt działań samooczyszczających (podanie wyłącznie informacji, które nie wprowadzają w błąd) nastąpił jeszcze w tym postępowaniu (informacje wprowadzające w błąd już przedstawiono). Z tych też względów brak jest „realnych” możliwości przeprowadzenia tej procedury tak jak oczekiwałby odwołujący w odwołaniu.

W drugiej kolejności stwierdzić należy, że przepis art. 24 ust. 8 ustawy Pzp wprost przyznaje wykonawcy, który podlega wykluczeniu prawo przedstawienia dowodów na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Prawu wykonawcy towarzyszyć musi obowiązek zamawiającego, polegający na przyjęciu przedstawionych dowodów w celu - o czym mowa w art. 24 ust. 9 ustawy Pzp - ich oceny.

Z brzmienia art. 24 ust. 8 ustawy Pzp nie wynika natomiast dla zamawiającego (jak np. z brzmienia art. 26 ust. 3, art. 26 ust. 4 ustawy Pzp) obowiązek jakiegokolwiek wezwania wykonawcy, w szczególności do przedstawienia dowodów, czy też obowiązek podejmowania innych „aktywności”, czynności „uruchamiających”, czy „ułatwiających” wykonawcy skorzystanie przez niego z przyznanego mu prawa przedstawienia dowodów.

Odwołujący nie przedstawił w toku postępowania przed zamawiającym żadnych dowodów, o których mowa w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, stąd nie sposób uznać, że zamawiający w jakikolwiek sposób uchybił obowiązkowi, który sprowadza się do przyjęcia takich dowodów, a dopiero w dalszej kolejności, w przypadku ich złożenia, oceny takich dowodów.

Decyzja o skorzystaniu z procedury samooczyszczczenia musi być każdorazowo decyzją własną wykonawcy świadomego swojego „aktu nierzetelności”, nie zaś procedurą wymuszoną przez zamawiającego - „na wezwanie”, której uruchomienie powodowałoby powstanie po stronie wykonawcy obowiązku odpowiedzi na takie wezwanie (jak np. w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp).

Uwzględniając powyższe oraz orzekając w granicach zarzutu, skład orzekający lzy
uznał, że zarzut nie potwierdził się.

Ze względu na fakt, że nie potwierdził się żaden z zarzutów odwołanie, skład
orzekający lzy orzekł jak w sentencji, oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp,
§ 3 pkt 1) lit. a) 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 (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący:

Członkowie:

KIO 185/18

20