

WYROK

z dnia 19 września 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 września 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 września 2017 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – W. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Symetra W.W. z siedzibą w Busku-Zdroju, MWM sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Gliwicach, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Gminę Kędzierzyn-Koźle, przy udziale:

1. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – MAXTO sp. z o.o.

S.K.A. z .. siedzibą w ... Modliczce, Alfavision sp. j. .. M.Z. Pindel z .. siedzibą w Wodzisławiu Śląskim,

2. wykonawcy SPRINT S.A. z siedzibą w Olsztynie,
zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Opolu.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 1829/17

Uzasadnienie

Gmina Kędzierzyn-Koźle (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Wykonanie przedsięwzięcia inwestycyjnego w systemie zaprojektuj i wybuduj w ramach zadania *Rozbudowa systemu monitoringu wizyjnego miasta*”, zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 14 lipca 2017 r. pod nr 551199-N-2017.

30 sierpnia 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – W.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Symetra W.W. z siedzibą w Busku-Zdrój, MW Msp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Gliwicach (dalej „Odwołujący”) o wykluczeniu z Postępowania i uznaniu złożonej przez nich oferty za odrzuconą.

4 września 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba”) Odwołujący wniósł odwołanie, w którym zaskarżył ww. czynności zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp przez przyjęcie, że Odwołujący podlega wykluczeniu z Postępowania na jego podstawie,

2. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez przyjęcie, że Odwołujący podlegli wykluczeniu z Postępowania na jego podstawie,

3. art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że nie podlegał wykluczeniu z Postępowania,

4. art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie sformułowania wyczerpującego uzasadnienia faktycznego podjętej czynności wykluczenia Odwołującego z Postępowania,

5. art. 92 ust. 1a w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wyjaśnienia powodów dla których dowody przedstawione przez Odwołującego w ramach instytucji o której mowa w art. 24 ust. 8 Pzp uznane zostały za niewystarczające,

6. art. 24 ust. 8 w zw. z art. 24 ust. 9 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez:

a) nieuprawnione zawężenie środków dowodowych jakimi mógł posłużyć się Odwołujący w ramach procedury samooczyszczenia,

b) uniemożliwienie przedstawienia przez Odwołującego dowodów wystarczających do wykazania jego rzetelności,

c) uznanie za niewystarczające dowodów przedstawionych przez Odwołującego w ramach procedury samooczyszczenia, jak również nieuwzględnienie wagi i szczególnych okoliczności czynu Odwołującego będącego podstawą faktyczną wykluczenia,

7. § 2 ust. 6 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U.2016.1126), zwanego dalej „Rozporządzeniem”, przez zwrócenie się przez Zamawiającego nie do podmiotu, na rzecz którego były wykonywane usługi na które powoływał się Odwołujący w toku Postępowania, a do podmiotu nie będącego stroną rzeczowej usługi,

8. art. 8 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez nieudostępnienie Odwołującemu, mimo jego wniosku, jednego z załączników do protokołu Postępowania,

9. art. 7 ust. 1 Pzp przez niedochowanie przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców polegające na zaniechaniu dokonania prawidłowych czynności związanych z oceną Odwołującego i jego oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności polegających na wykluczeniu Odwołującego z Postępowania i odrzuceniu oferty Odwołującego,

2. dokonania ponownie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

ewentualnie, w przypadku uznania przez Izbę, że zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp nie potwierdziły się:

3. przedstawienia informacji wskazanej w treści uzasadnienia,

4. unieważnienia czynności polegających na wykluczeniu Odwołującego z Postępowania i odrzuceniu oferty Odwołującego,

5. sformułowania uzasadnienia faktycznego wykluczenia Odwołującego z Postępowania w sposób wyczerpujący.

Odwołujący podkreślił, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż w wyniku nieprawidłowego działania Zamawiającego Odwołujący doznał uszczerbku (szkody) związanego z niemożliwością realizacji zamówienia publicznego i osiągnięcia zysku.

Odwołujący dodał, że bez znaczenia jest okoliczność upływu pierwotnie wyznaczonego przez Zamawiającego terminu związania ofertą, bowiem przyjmuje się, że nie powoduje to nieważności, czy nieskuteczności oferty, o ile wykonawca wyraża zainteresowanie uzyskaniem zamówienia. Odwołujący oświadczył, że niniejszym zainteresowanie takie wyraża, co potwierdza również przedłużenie terminu związania ofertą z 4 września 2017 r. Czynność ta jest skuteczna pomimo upływu pierwotnego terminu związania ofertą, ponieważ art. 85 ust. 2 Pzp, z w zakresie w jakim przyznaje wykonawcy uprawnienie do samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą, nie statuuje granicznego terminu złożenia takiego oświadczenia. Odwołujący zaznaczył, że wniesione przez niego w formie gwarancji bankowej wadium nadal pozostaje w dyspozycji Zamawiającego, gdyż obowiązuje ona do 14 września 2017 r., a przed upływem tego terminu zostanie dodatkowo przedłużona.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wyjaśnił, że w pkt 7.2.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”) Zamawiający określił warunek udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wymagając, aby wykonawca wskazał 2 osoby do wykonania zamówienia, które pełnić będą funkcję Projektanta branży telekomunikacyjnej, posiadające uprawnienia do sprawowania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, tj. do projektowania w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci i urządzeń telekomunikacyjnych wydane na podstawie rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z 24 września 2014 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz.U.2014.1278) lub odpowiadające im ważne uprawnienia w zakresie odpowiadającym powyższym wymaganiom, wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, legitymujące się w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert doświadczeniem w zakresie wykonania co najmniej dwóch dokumentacji projektowo-kosztorysowych sieci monitoringu wizyjnego z zastosowaniem transmisji radiowo-światłowodowej dla min. 15 punktów kamerowych.

Odwołujący złożył ofertę ocenioną najwyżej, wobec czego został wezwany, w dniu 3 sierpnia 2017 r., do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu, w tym m.in. wykazu osób, którego wzór stanowił załącznik nr 10 do Instrukcji dla Wykonawców („IDW”).

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący, w dniu 8 sierpnia 2017 r., złożył wykaz osób, w którym wskazał m.in. projektanta branży telekomunikacyjnej – B.K., wskazując jednocześnie, że wykonał dokumentację projektową dla zadania pn.:

„Budowa monitoringu budynku Sądu Rejonowego w Stalowej Woli w technologii światłowodowej z transmisją radiową obrazu do budynku Sądu Okręgowego w Tarnobrzegu”, termin wykonania 2016-2017. Zadanie polegało na wykonaniu dokumentacji

projektowo-kosztorysowych sieci monitoringu wizyjnego z .. zastosowaniem transmisji radiowo-swiatłowodowej dla 32 punktów kamerowych.

22 sierpnia 2017 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego, na podstawie art. 24 ust. 8 Pzp, do złożenia dowodów, że ww. wykonał wspomniane zadanie wskazując, że w związku z uzasadnionymi wątpliwościami w tej kwestii zwrócił się do podmiotu na rzecz którego dokumentacja miała zostać wykonana o potwierdzenie tego faktu, uzyskując odpowiedź negatywną. Zamawiający zwrócił się o dostarczenie strony tytułowej dokumentacji zawierającej m.in. nazwę i adres podmiotu wraz z imionami i nazwiskami osób opracowujących składowe dokumentacji oraz datę opracowania lub innego dokumentu z którego jednoznacznie wynika kto jest autorem dokumentacji oraz data jej opracowania (np. referencje, protokół odbioru, itp.).

W odpowiedzi na to pismo Odwołujący złożył 22 sierpnia 2017 r. wyjaśnienia w których zawarł dowody wykonania przez B.K. zgłoszonej dokumentacji projektowej. Wskazał również, że jest zaskoczony faktem nieotrzymania przez Zamawiającego potwierdzenia wykonania projektu przez wskazaną osobę sugerując jednocześnie, że być może nie dokonano rzetelnego sprawdzenia tej dokumentacji lub Zamawiający nie zwrócił się do właściwej instytucji (inwestorem nie był bowiem Sąd Rejonowy w Stalowej Woli, a Urząd Miejski w Stalowej Woli). Odwołujący jednocześnie wskazał Zamawiającemu, że ujawnił pomyłkę w zadeklarowanej przez projektanta dacie realizacji projektu, tj. że projekt o którym mowa został wykonany w 2005 r., a nie w 2016-2017 r. jak omyłkowo wskazano w złożonym załączniku nr 10. Odwołujący złożył również wykaz osób uzupełniony o dodatkowy projekt wykonywany B.K. w okresie 3 lat przed terminem składania ofert wraz z dowodem potwierdzającym wykonanie uzupełnionej usługi.

30 sierpnia 2017 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o wykluczeniu z Postępowania i odrzuceniu jego oferty.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp Odwołujący stwierdził, że z uwagi na nieprecyzyjne i niewyczerpujące. uzasadnienie faktyczne wykluczenia z Postępowania możliwość obrony jego interesów jest utrudniona. Nie znając bowiem dokładnych przesłanek na których oparł się Zamawiający podejmując swoją decyzję, Odwołujący musi „domyślać się” za co tak naprawdę Zamawiający go z Postępowania wykluczył, co już stanowi podstawę do unieważnienia zaskarżonych czynności.

Podstawą do wykluczenia Odwołującego z Postępowania, abstrahując w tym momencie od kwestii wykazania pozostałych przesłanek, jest, w ocenie Zamawiającego, wprowadzenie go w błąd. Co jednak znamienne z treści uzasadnienia wykluczenia Odwołującego nie wynika jednak jaka to informacja przekazana przez Odwołującego w błąd Zamawiającego wprowadziła. Jest to o tyle istotne, że „problematiczne” są dwie informacje:

(1) informacja o realizacji przez B.K. wspomnianego projektu oraz (2) sprostowany przez Odwołującego termin jego realizacji.

Odwołujący stwierdził, że o ile nie kwestionuje faktu złożenia omyłkowej informacji w drugiej z ww. kwestii, do czego zresztą sam się przyznał, o tyle kwestionuje twierdzenie Zamawiającego, że B.K. nie wykonywał rzeczonyj dokumentacji projektowej, czemu dał wyraz w piśmie z 24 sierpnia 2017 r. Jeżeli zatem podstawą do takiego działania Zamawiającego była pierwsza z informacji, to w tym przypadku Zamawiający nie mógł zostać wprowadzony przez Odwołującego w błąd, bowiem jest ona prawdziwa, na co Odwołujący przedstawił stosowne dowody zgodnie z żądaniem Zamawiającego z 22 sierpnia 2017 r. Jeżeli Zamawiający sądził inaczej, to powinien w dalszej części prowadzić postępowanie wyjaśniające, lub też wskazać w uzasadnieniu wykluczenia na inne uzyskane przez niego dowody przeciwne. Odwołujący bynajmniej nie wskazał, że usługa ta realizowana była na rzecz Sądu Rejonowego w Stalowej Woli. Zresztą wobec braku żądania takiej informacji Odwołujący podmiotu takiego nie wskazał (w wykazie osób Zamawiający żądał podania nazwy zadania, i taką informację od Odwołującego uzyskał). Zamawiający błędnie zinterpretował, że odbiorcą usługi był Sąd Rejonowy w Stalowej Woli (co wynika m.in. z treści uzasadnienia wykluczenia) i do niego skierował zapytanie dotyczące B.K., a Sąd Rejonowy w Stalowej Woli, zgodnie z prawdą stwierdził, że B.K. na jego rzecz dokumentacji takiej nie wykonywał.

Odwołujący podkreślił, że jedyną nieprawdziwą informacją, podaną omyłkowo, była zatem informacja o dacie

realizacji projektu. W odniesieniu do niej nie zostały jednak spełnione pozostałe przesłanki skutkujące koniecznością wykluczenia Odwołującego z Postępowania.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp wykluczeniu podlega wykonawca, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez niego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Informacja o dacie realizacji, jakkolwiek wprowadzająca w błąd Zamawiającego, nie mogła mieć istotnego wpływu na decyzje podejmowane przez niego w Postępowaniu z co najmniej dwóch względów. Po pierwsze, to Odwołujący wyprowadził Zamawiającego z błędu, jeszcze przed podjęciem jakichkolwiek dalszych czynności. Zamawiający w wezwaniu z dnia 22 sierpnia 2017 r., w ogóle nie zwrócił się o wyjaśnienie tej kwestii. Zatem Zamawiający rozważając skuteczność oferty Odwołującego miał już świadomość, że rzeczona usługa w rzeczywistości nie spełnia wymagań i nie powinna podlegać ocenie, a wiedzę tą uzyskał od samego Odwołującego. Po drugie, jak zresztą słusznie zauważył sam

Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego: „[...]Informacje mają wpływ na wynik postępowania jeżeli ich złożenie przesądza o wykazaniu spełnienia warunków udziału, a tym samym możliwości uznania oferty za najkorzystniejszą[...]”. Informacja o dacie wykonania zamówienia nie ma jednak w tej sprawie wpływu na wykazanie spełniania warunków udziału w Postępowaniu, ponieważ Odwołujący wykazał to w inny sposób. Odwołujący podkreślił, że obiektywnie spełnia warunki udziału w Postępowaniu. Gdyby uznać każdą tego typu błędną informację za mającą wpływ na decyzje zamawiającego, to taki charakter miałyby każda z omyłek z art. 87 ust. 2 Pzp, co byłoby absurdem.

Z kolei art. 24 ust.1 pkt 16 Pzp wymaga wykazania działania wykonawcy z celem wyprowadzenia zamawiającego w błąd (zamierzone działanie) lub w wyniku rażącego niedbalstwa przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. W odniesieniu do strony podmiotowej czynu Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia wskazał, że „[...]Na uwagę zasługuje fakt, iż Wykonawca po raz kolejny posłużył się ww. zadaniem do spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W związku z czym tłumaczenie Wykonawcy, iż *opisując doświadczenie osobiste projektantów, którymi dysponuje polegał (w przypadku zadań nie realizowanych przez konsorcjum) jedynie na informacjach przekazanych przez te osoby (...) każdorazowe, szczegółowe dokumentowanie przekazanych informacji na etapie przygotowania oferty, zdaniem Wykonawcy, nie było konieczne należy uznać jako umyślne działanie z zamiarem wprowadzenia w błąd[...]*”. W ocenie Odwołującego twierdzenie, że działał on z zamiarem bezpośrednim wprowadzenia Zamawiającego w błąd z tego względu, że powoływał się na ten sam projekt w poprzednim postępowaniu oraz że oparł się tylko na oświadczeniach projektantów jest niezrozumiałe. Z okoliczności tej należy wyprowadzić wniosek przeciwny, tj. skoro Odwołujący posłużył się po raz drugi przedmiotową referencją, tym bardziej mając wiedzę o prowadzonych w toku wcześniejszego postępowania czynnościach sprawdzających, nie mógł działać z zamiarem wprowadzenia go w błąd, bowiem spodziewał się weryfikacji podanych przez siebie informacji. Oparcie się jedynie na oświadczeniach projektantów może być zatem rozpatrywane jedynie w kategoriach lekkomyślności czy niedbalstwa, a nie celowego działania, tym bardziej że Odwołujący przyznał się do błędu. Nie można zatem działać z zamiarem bezpośrednim (a na tą przesłankę powołuje się Zamawiający) wywołania w świadomości podmiotu błędnego wyobrażenia o faktach, jednocześnie informując go o tym, że podana informacja jest błędna.

W zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp Odwołujący podał, że zgodnie z powyższymi rozważaniami nie podlega wykluczeniu, a jego oferta została odrzucona niesłusznie.

W kwestii zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 92 ust. 1a w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp Odwołujący wskazał na istotną rolę uzasadnienia faktycznego podejmowanych przez zamawiającego decyzji.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający naruszył ciężące na nim obowiązki informacyjne z kilku powodów. Idąc niejako na skróty postanowił w uzasadnieniu prawnym i faktycznym wykluczenia Odwołującego podać bez głębszej refleksji obie teoretycznie możliwe do wyobrażenia podstawy wykluczenia (tj. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp), podczas gdy przesłanki ich zastosowania, jakkolwiek na pierwszy rzut oka podobne, różnią się (zwłaszcza w kwestii strony podmiotowej).

Odwołujący poddał analizie uzasadnienie wykluczenia go z Postępowania stwierdzając, że:

1.w pierwszych siedmiu akapitach zawarto opis stanu faktycznego sprawy,

2.w akapicie ósmym Zamawiający:

- a)stwierdził, że Odwołujący podał nieprawdziwe informacje bez wskazania które z nich uznał za nieprawdziwe,
- b)zawarł ogólne rozważania dotyczące wpływu na wynik postępowania, nie odnosząc ich do tej sprawy,
- c)wskazał, że procedura samooczyszczenia została wyczerpana, a Odwołujący nie przedstawił

- dokumentów potwierdzających niezbieżność spełnianie warunku udziału w Postępowaniu,
- 3.w akapicie dziewiątym Zamawiający zawarł rozważania dotyczące działania Odwołującego z zamiarem wprowadzenia w błąd,
- 4.w pierwszym zdaniu akapitu dziesiątego wskazano na zastosowanie procedury z art. 24 ust. 8 Pzp, a w kolejnym zdaniu Zamawiający dokonał subiektywnej oceny swoich dokonań w Postępowaniu,
- 5.akapity od jedenastego do piętnastego to ogólne rozważania o obowiązkach wykonawców, poparte orzecznictwem Izby,
- 6.akapit szesnasty stanowi przepisanie Pzp.

W żadnym z fragmentów uzasadnienia Zamawiający nie pokusił się o opis przesłanek jakie musi wykazać celem wykluczenia wykonawcy z postępowania, czy też dokonania subsumpcji stanu faktycznego pod przepisy na które się powołuje.

Jaskrawym przejawem naruszenia wskazanych przepisów dotyczących obowiązków informacyjnych Zamawiającego względem Odwołującego jest już zupełny brak jakiegokolwiek odniesienia się do obowiązku o którym mowa w art. 92 ust. 1a Pzp, tj. obowiązku wyjaśnienia powodów dla których dowody przedstawione przez Odwołującego w toku procedury samooczyszczenia Zamawiający uznał za niewystarczające. Uzasadnienie faktyczne sformułowane przez Zamawiającego jest zatem dalece niewystarczające, a powyższe braki uniemożliwiają właściwą obronę Odwołującego przed niezgodnymi z przepisami czynnościami Zamawiającego. Dlatego też cała pozostała argumentacja odwołania opierać się musi o założenia co Zamawiający miał w rzeczywistości na myśli.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 8 w zw. z art. 24 ust. 9 Pzp Odwołujący stwierdził z ostrożności, na wypadek nieuwzględnienia wcześniejszych zarzutów, że Zamawiający naruszył przepisy regulujące procedurę samooczyszczenia.

Przed wszystkim zauważył, że zainicjowana przez Zamawiającego procedura w ogóle nie powinna mieć miejsca, ponieważ Odwołujący nie podlegał wykluczeniu z Postępowania. W przypadku jednak uznania przez Zamawiającego, że takie przesłanki zachodzą czy też mogą zachodzić, słusznie wszczął on takie postępowanie wyjaśniające. Naruszył jednak w tym zakresie art 24 ust. 8 Pzp przez nieuprawnione zawężenie dokumentów, którymi Odwołujący mógł wykazać swoją rzetelność. Przepis stanowi bowiem o stosownych dowodach, zatem to wykonawca decyduje za pomocą jakich środków dowodowych swoją rzetelność będzie wykazywał. Sformułowanie w piśmie z 22 sierpnia 2017 r. żądania przedstawienia oznaczonych dokumentów uznać należy za nieuprawnione.

Kolejnym wyrazem naruszenia tych przepisów w powiązaniu z ogólną zasadą proporcjonalności wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp jest wyznaczenie 2-dniowego terminu złożenia wyjaśnień, pomimo czego Odwołującemu udało się zebrać i przedstawić dowody. Co więcej, Odwołujący nie tylko przyznał się do błędu, ale zwrócił Zamawiającemu uwagę na skierowanie zapytania do niewłaściwego podmiotu, co skutkowało powinno dalszym prowadzeniem postępowania wyjaśniającego.

W odniesieniu do naruszenia § 2 ust. 6 Rozporządzenia Odwołujący podkreślił, że Zamawiający, jako profesjonalista w obrocie i gospodarz Postępowania, powinien działać z należytą starannością i wystąpić do właściwego podmiotu o udzielenie informacji na temat Odwołującego.

W zakresie naruszenia art. 8 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp Odwołujący podkreślił, że dopiero z uzasadnienia wykluczenia dowiedział się skąd Zamawiający powziął informacje stanowiące podstawę zaskarżonej czynności, pomimo złożonego w tym zakresie wniosku w dniu 24 sierpnia 2017 r.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie argumentując jak niżej.

Zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z pkt 7.2.1 lit. d SIWZ jednym z warunków udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej było skierowanie przez wykonawcę do wykonania zamówienia minimum 2 osób, które będą pełniły funkcję projektanta branży telekomunikacyjnej, posiadających odpowiednie uprawnienia, które w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert wykonały co najmniej dwie dokumentacje projektowo-kosztorysowe sieci monitoringu wizyjnego z zastosowaniem transmisji radiowo-światłowodowej, dla min. 15 punktów kamerowych.

Zamawiający dokonując oceny ofert, na najwyższej pozycji rankingowej, w świetle kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, uplasował ofertę Odwołującego. W związku ze wstępnym wyborem najkorzystniejszej oferty, Odwołujący został wezwany, pismem z 3 sierpnia 2017 r., do złożenia dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu.

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący złożył m.in. wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia, w

którym wskazał m.in. projektanta branży telekomunikacyjnej w osobie B.K. Wskazał również zrealizowane przez niego 2 zadania w zakresie projektowania systemów monitoringu, wykonane w okresie ostatnich 3 lat przed terminem składania ofert w Postępowaniu, potwierdzające posiadane doświadczenie (pismo Odwołującego z 4 sierpnia 2017 r.).

W związku z uzasadnionymi wątpliwościami wynikającymi z negatywnych doświadczeń z udziału Odwołującego w uprzednio prowadzonej procedurze o udzielenie zamówienia publicznego, w tym samym zakresie, w którym wykluczono go i odrzucono jego ofertę z powodu złożenia przez niego nieprawdziwej informacji (wówczas Odwołujący, powołując się na to samo zadanie twierdził, że projektantem w zakresie branży telekomunikacyjnej był G.B.), Zamawiający chciał zweryfikować, czy B.K. wykonywał zadania, na które powołał się Odwołujący. W tym celu Zamawiający zwrócił się z wnioskiem do Sądu Rejonowego w Stalowej Woli, tj. do podmiotu na rzecz którego dokumentacja miała być wykonywana, o udzielenie informacji, czy B.K. faktycznie realizował zadanie, na które powołał się Odwołujący w ofercie (pismo Zamawiającego z 10 sierpnia 2017 r.).

W odpowiedzi Zamawiający uzyskał informację, że B.K. nie wykonywał wskazanej przez Odwołującego dokumentacji w ramach zadania: „Budowa monitoringu budynku Sądu Rejonowego w Stalowej Woli w technologii światłowodowej z transmisją obrazu budynku Sądu Okręgowego w Tarnobrzegu” (pismo dyrektora SR w Stalowej Woli z 10 sierpnia 2017 r.).

Mając na uwadze powyższe, tj. fakt powzięcia przez Zamawiającego wiedzy o przesłankach przemawiających za wykluczeniem Odwołującego z Postępowania, Zamawiający – pismem z 22 sierpnia 2017 r., na podstawie art. 24 ust. 8 Pzp – zwrócił się do Odwołującego o złożenie dowodów/dokumentów potwierdzających, że B.K. wykonał zadanie wymienione w wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia.

W udzielonej 24 sierpnia 2017 r. odpowiedzi Odwołujący nie przedstawił dowodów potwierdzających tą okoliczność, informując jednocześnie, że w wykazie załączonym do złożonej przez niego oferty błędnie wskazano okres, w którym B.K. miał wykonywać zadania dla Sądu Rejonowego w Stalowej Woli (zadanie realizowane było w 2005 r., a nie – jak pierwotnie wskazano – w latach 2016-2017). Mając na uwadze powyższe Odwołujący złożył uzupełniony (*de facto* nowy) wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia.

Zamawiający podkreślił, że wpłynęło do niego również pismo podpisane przez prezesa zarządu drugiego członka konsorcjum (wykonawcy MWM sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Gliwicach) mające czynić zadość wezwaniu Zamawiającego z 22 sierpnia 2017 r. Pismo to wpłynęło jednak po wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, a nadto zostało podpisane przez osobę nieuprawnioną do prowadzenia korespondencji z Zamawiającym.

W następstwie powyższego Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 w zw. z pkt 17 zp oraz o odrzuceniu jego oferty na podstawie art 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

W tak opisanym stanie faktycznym Zamawiający wskazał, że wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jego obowiązkiem w przypadku, gdy zostaną wypełnione przesłanki z art. 24 Pzp. Na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp zamawiający wyklucza z postępowania 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. W oparciu o przedstawiony powyżej stan faktyczny Zamawiający uznał, że został wprowadzony przez Odwołującego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu, tj. kieruje do wykonania zamówienia osobę o pożądanym przez Zamawiającego doświadczeniu. Wbrew temu, co twierdzi Odwołujący, nie udowodnił on faktu, że B.K. wykonał dokumentację projektową dla zadania „Budowy monitoringu budynku Sądu Rejonowego w Stalowej Woli w technologii światłowodowej z transmisją radiową obrazu do budynku Sadu Okręgowego w Tarnobrzegu”. Dowodu takiego nie stanowi, w ocenie Zamawiającego, pismo Odwołującego z 24 sierpnia 2017 r.

Zamawiający podkreślił, że pismo podpisane przez prezesa zarządu drugiego członka konsorcjum, mające również czynić zadość wezwaniu z 22 sierpnia 2017 r., potraktował jako bezskuteczne z uwagi na fakt, że wpłynęło ono po wyznaczonym terminie i zostało podpisane przez osobę nieuprawnioną do prowadzenia korespondencji z Zamawiającym.

Mając na względzie wyjaśnienia Odwołującego, że opisując doświadczenie osobiste projektantów którymi dysponuje, polegał on jedynie na informacjach przekazanych przez te osoby Zamawiający doszedł do przekonania, że działania Odwołującego noszą znamiona co najmniej rażącego niedbalstwa. Jako profesjonalny przedsiębiorca działający na rynku Odwołujący powinien był bowiem zweryfikować oświadczenia osób, które kieruje do wykonania zamówienia.

Zamawiający zwrócił uwagę na fakt, że przedmiotowe zamówienie jest drugim w kolejności postępowaniem ogłoszonym przez Zamawiającego. W poprzednim postępowaniu Odwołujący również został wykluczony, a jego oferta odrzucona w związku ze złożeniem nieprawdziwej informacji, a także wprowadzeniem Zamawiającego w błąd. Odwołujący posłużył się wówczas tym samym zadaniem do wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, jednakże zamiast B.K., wskazał G.B. jako autora dokumentacji projektowo-kosztorysowej wykonywanej na rzecz Sądu Rejonowego w Stalowej Woli. Informacja, jakoby G.B. miał wykonywać na rzecz Sądu Rejonowego w Stalowej Woli przedmiotową dokumentację, również została jednoznacznie zdementowana przez Prezesa Sądu w Stalowej Woli.

Zamawiający dodał, że Odwołujący zastrzegł poprzednio jako tajemnicę przedsiębiorstwa wykaz osób, w którym twierdził, jakoby G.B. był autorem dokumentacji projektowo-kosztorysowej „Budowy monitoringu budynku Sądu Rejonowego w Stalowej Woli w technologii światłowodowej z transmisją radiową obrazu do budynku Sądu Okręgowego w Tarnobrzegu”. Na potwierdzenie tego faktu również G.B. złożył oświadczenie, że uczestniczył jako członek zespołu projektowego w wykonaniu ww. dokumentacji. Takie działania, w ocenie Zamawiającego, miało na celu zatajenie przed Zamawiającym faktu, że Odwołujący przedstawił nieprawdziwe informacje w celu uzyskania zamówienia publicznego. Wprowadzenie w błąd zamawiającego przez Odwołującego było poważne skoro dotyczyło istotnych informacji (z punktu widzenia ewentualnego wyboru Odwołującego, czy też jego wykluczenia oraz odrzucenia oferty) zawartych w dokumencie przedmiotowym. Ranga wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia była na tyle wysoka, że podanie w nim informacji, które nie spełniają wymagań SIWZ wskazuje, że Odwołujący całkowicie z premedytacją podał je, aby zwiększyć swoje szanse na wygraną i to w taki sposób, aby Zamawiający nie wykrył niezgodności w obrębie złożonych dokumentów i stwierdził, że oferta Odwołującego spełnia wymagania.

W ocenie Zamawiającego zachowanie Odwołującego wyczerpuje również znamiona określone w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Na podstawie tego przepisu Zamawiający wyklucza z postępowania 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. Czynność zamawiającego polegająca na wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie przywołanego powyżej przepisu może być dokonana w razie kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek – złożenia nieprawdziwych informacji oraz wpływu informacji na wynik postępowania. Przez podanie informacji nieprawdziwych należy rozumieć informacje, które przedstawiają odmienny stan od rzeczywistości. Zamawiający zaznaczył również, że Pzp nie przewiduje żadnej możliwości sanowania nieprawdziwej informacji. Ustawowy tryb uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów określony został w art. 26 Pzp. Zamawiający dokonał starań, aby Odwołujący mógł przedstawić dowody/dokumenty, które jednoznacznie potwierdziłyby prawdziwość złożonych przez niego informacji. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia dowodów potwierdzających, że B.K. wykonał zadanie wymienione w wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia.

W odpowiedzi z 24 sierpnia 2017 r. Odwołujący poinformował Zamawiającego, że zwrócił się do niewłaściwego podmiotu, dla którego realizowane było zamówienie, a nadto, że zadanie realizowane było przez B.K. w 2005 r., nie zaś w latach 2016-2017, jak wykazał Odwołujący w ofercie. Następnie przedstawił kolejny wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia. Jak zatem przyznaje sam Odwołujący, informacja o terminie realizacji zamówienia przez B.K., którą przedstawił w wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia była niezgodna z rzeczywistością (nieprawdziwa). Informacja ta niewątpliwie miała również wpływ na wynik postępowania, ponieważ dotyczyła warunków udziału w Postępowaniu, których spełnienie było konieczne i gwarantowało Odwołującemu jego wygranę.

Zamawiający zaznaczył, że nie badał kolejnego wykazu przedstawionego przez Odwołującego (nazwanego przez niego uzupełniającym), jako że, w jego ocenie, niedopuszczalnym jest „uzupełnianie”, a *de facto* przedstawianie nowego wykazu na tym etapie Postępowania, co potwierdził TSUE w orzeczeniach C-387/15 (Esaprojekt) i C-131/16 (Archus). Wprawdzie Zamawiający nie wezwał Odwołującego do uzupełnienia braków w trybie art. 26 ust. 3 Pzp (a do przedstawienia dowodów w trybie art. 24 ust. 8 Pzp), niemniej jednak sam Odwołujący przedstawiając „uzupełniony” wykaz powołuje się na art. 26 ust. 3 Pzp. Jak podkreśla TSUE tryb przewidziany w art. 26 ust. 3 Pzp może prowadzić jedynie do

„wyjaśnienia” oferty, np. uzupełnienia wykazu doświadczenia lub wykazu osób, w zakresie informacji dotyczących wskazanych już pierwotnie wykonanych zamówień (np. uzupełnienie wartości, dat wykonania, zakresu) lub pierwotnie wskazanych osób (np. uzupełnienie informacji dotyczącej stanowiska zajmowanego w danym projekcie itp.).

Można zatem pokusić się o stwierdzenie, że gdyby Zamawiający nie odrzucił oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 i ust. 4 Pzp, to byłby zobligowany do odrzucenia oferty

Odwołującego z uwagi na fakt, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp).

Zamawiający stwierdził, że nie naruszył art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie sformułowania wyczerpującego uzasadnienia faktycznego wykluczenia Odwołującego z Postępowania, ponieważ w piśmie z 30 sierpnia 2017 r. przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne wykluczenia Odwołującego oraz odrzucenia jego oferty, które przytoczył w treści odwołania.

Zamawiający oświadczył, że nie może również zgodzić się z zarzutem jakoby dokonał nieuprawnionego zawężenia środków dowodowych, jakimi mógł posłużyć się Odwołujący w ramach procedury *self-cleaningu*, ponieważ w piśmie z 22 sierpnia 2017 r. wyraźnie wskazał, że dowodami/dokumentami, którymi może się posłużyć mogą być m. in. zgodnie

§ 11 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz.U.2004.202.2072 ze zm.) – strona tytułowa, która zawiera m.in. nazwę i adres podmiotu wraz z imionami i nazwiskami osób opracowujących części składowe dokumentacji projektowej, oraz datę opracowania lub inny dokument z którego jednoznacznie wynika kto jest autorem dokumentacji oraz data jej wykonania (np. referencje, protokół odbioru itp.). Zatem Zamawiający wskazał w sposób otwarty katalog dowodów, którymi może posłużyć się Odwołujący, wymieniając przykładowe ich postacie.

Nie jest prawdziwe twierdzenie Odwołującego, że Zamawiający uniemożliwił mu przedstawienie dowodów wystarczających do wykazania jego rzetelności, bowiem Zamawiający wyznaczył czas na złożenie informacji. Nie jest winą Zamawiającego fakt, że Odwołujący chcąc uzyskać zamówienie publiczne, przedstawiał nieprawdziwe informacje, których nie był w stanie na żadnym etapie Postępowania potwierdzić. Zamawiający miał prawo do uznania za niewystarczające przedstawione przez Odwołującego dowody w ramach procedury *self-cleaningu*, bowiem w ocenie Zamawiającego złożenie tych dowodów miało na celu wprowadzenie Zamawiającego po raz kolejny w błąd i uzyskanie zamówienia publicznego o znacznej wartości, tj. 1.420.925,00 zł netto.

Przepisy Pzp nie przewidują uwzględnienia wagi i szczególnych okoliczności czynu, które w ocenie Zamawiającego i tak nie miały tu miejsca, na co zwrócił uwagę Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym wykluczenia Odwołującego z Postępowania.

Istotą przepisów w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp jest wprowadzenie w błąd Zamawiającego, albo przez przedstawienie informacji nieprawdziwych, albo przez

zmanipulowanie faktów czy informacji, które wpłyną na dokonanie przez zamawiającego błędnej oceny w zakresie warunków udziału w postępowaniu. Podstawą wykluczenia jest również zatajenie informacji lub sytuacja, w której wykonawca nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów, jak to miało miejsce w tej sprawie. Pierwsza z przesłanek odnosi się do takiego wprowadzenia w błąd, które przybiera formę zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. To pierwsze będzie miało miejsce np. wtedy, kiedy wykonawca wie, że nie spełnia jednego z warunków udziału w postępowaniu, a mimo to składa oświadczenie, iż warunek ten spełnia, bądź też w przypadku świadomego zatajenia informacji stanowiącej podstawę wykluczenia. Można przyjąć, że rażące niedbalstwo jest niedbalstwem szczególnym, którego rozmiar i waga wykraczają poza granice zwykłej niestaranności. Przykładem rażącego niedbalstwa jest np. sytuacja, w której wykonawca uznaje, że spełnia określone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu, nawet się z nimi nie zapoznawszy, do czego Odwołujący sam się przyznał pismem z 24 sierpnia 2017 r.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienia zgłosili:

1. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – MAXTO sp. z

o.o. S.K.A. z siedzibą w Modliczce, Alfavision sp. j. M.Z. Pindel z siedzibą w Wodzisławiu Śląskim,

2. wykonawca SPRINT S.A. z siedzibą w Olsztynie, wnosząc o oddalenie

odwołania.

Izba, wobec spełniania przez ww. wykonawców przesłanek z art. 185 ust. 2 Pzp, postanowiła o dopuszczeniu ich do postępowania odwoławczego w charakterze przystępujących po stronie Zamawiającego.

W piśmie procesowym z 18 września 2017 r. Odwołujący w następujący sposób odniósł się do argumentacji Zamawiającego zawartej w odpowiedzi na odwołanie.

Odwołujący, w związku z wcześniejszym postępowaniem, z którego został wykluczony, stwierdził, że nigdy nie zgadzał się z uzasadnieniem tej czynności. Jedynym powodem niezaskarżenia już wcześniej decyzji Zamawiającego było uzasadnione oczekiwanie, że postępowanie to zostanie powtórzone, a mając na względzie inne złożone wówczas

oferty, Odwołujący będzie miał sporą szansę na ponowne uzyskanie zamówienia. Co więcej, znając okoliczności poprzedniego postępowania Odwołujący domyślał się, że również w ramach Postępowania Zamawiający będzie podejmował określone czynności sprawdzające jego ofertę. Byłoby zatem dalece „nierozsądne”, gdyby Odwołujący chciał w takich okolicznościach świadomie Zamawiającego w zarzucanym mu zakresie wprowadzić w błąd. Ta świadomość działania jest oczywiście istotna pod kątem podnoszonych przez Zamawiającego przesłanek wykluczenia z Odwołującego z Postępowania.

Odwołujący – odnosząc się do argumentów Zamawiającego o poprawności sformułowania uzasadnienia faktycznego zaskarżonej czynności – podał, że uzasadnienie faktyczne i prawne nie ma być tylko i wyłącznie spełnieniem określonego formalizmu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale ma przedstawiać wykonawcom tok rozumowania Zamawiającego prowadzący go do określonych czynności i skutków prawnych. Zdaniem Odwołującego Zamawiający zawarł w piśmie „jakieś” uzasadnienie, ale bynajmniej nie zawierało ono istotnych materialnie dla tej czynności elementów, jak chociażby najistotniejsze w tej sprawie określenie informacji uznanej przez Zamawiającego za wprowadzającą w błąd. W uzasadnieniu tym w żadnym miejscu nie wskazano wyraźnie, o którą to informację Zamawiającemu chodzi, a jak wskazano w odwołaniu „problematyczne” są co najmniej dwie informacje. Co więcej, Odwołujący nic wie tego nawet w chwili obecnej, bowiem w odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający poszedł jeszcze inną drogą, wskazując że: „Zamawiający został wprowadzony w błąd przez wykonawcę przy przedstawianiu informacji iż spełnia warunki udziału w postępowaniu, tj. kieruje do wykonania zamówienia osobę o pożądanym przez Zamawiającego doświadczeniu”. Samo to stwierdzenie, nie dość że zbyt ogólne, to jeszcze dodatkowo nie było zawarte w pierwotnej informacji o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania. Wydaje się więc, że jest w chwili obecnej powoływane jedynie w celu „ratowania” podjętej przez Zamawiającego decyzji. Ponadto, uzasadnienie wykluczenia Odwołującego nie zawiera wymaganego zgodnie z art. 92 ust. 1a Pzp wyjaśnienia powodów, dla których dowody przedstawione przez Odwołującego Zamawiający uznał za niewystarczające. W konsekwencji już same wskazane wyżej naruszenia są wystarczające do unieważnienia dokonanych przez Zamawiającego czynności.

W zakresie naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp Odwołujący wskazał, że dalej nie wie czy Zamawiający zarzuca mu działanie z rażącym niedbalstwem czy też działanie umyślne. W informacji o wykluczeniu, w akapicie 9, zawarł bowiem stwierdzenie, o umyślnym działaniu z zamiarem wprowadzenia Zamawiającego w błąd, podczas gdy w odpowiedzi na odwołanie wskazuje na rażące niedbalstwo.

Niemniej jednak, jak już wykazano w odwołaniu, działanie Odwołującego nie może być taktowane jako działanie z zamiarem bezpośrednim, a bynajmniej Zamawiający żadnych dowodów na takie działanie nie przedstawił. Z kolei co do rażącego niedbalstwa, sam Zamawiający w ostatnim zdaniu odpowiedzi na odwołanie pisze, że „Można przyjąć, że rażące niedbalstwo jest niedbalstwem szczególnym, którego rozmiar i waga wykraczają poza granice zwykłej niestaranności”. Twierdzenie jednak, że brak zweryfikowania przez Odwołującego informacji o dacie faktycznego wykonania przez określoną osobę projektu, podanych mu przez zaangażowaną przez niego tą osobę jest jakimś szczególnym

niedbalstwem, którego rozmiar i waga wykraczają poza granice zwykłej niestaranności jest nieuprawnione. Można wprawdzie twierdzić, że Odwołujący powinien informacje podane mu przez inną osobę zweryfikować, jednak bezkrytyczne zaufanie oświadczeniu drugiej osoby może być rozpatrywane co najwyżej jako lekkomyślne działanie wykonawcy, *notabene*, powszechne w systemie zamówień publicznych, również w odniesieniu do zamawiających i samego Zamawiającego (wszak zawiera on oświadczeniom wykonawców składanych np. w zakresie braku podstaw do ich wykluczenia, nie żądając dokumentów potwierdzających to oświadczenie, mimo iż mógłby żądać np. wyciągów z KRK).

Co również znamienne dla działań Zamawiającego, w odpowiedzi na odwołanie po raz kolejny zmienia on zdanie i rozszerza w stosunku do pierwotnie podjętej czynności uzasadnienie wykluczenia Odwołującego pisząc: „Podstawą wykluczenia jest również zatajenie informacji lub sytuacja, w której wykonawca nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów, jak miało to miejsce w niniejszym postępowaniu.”.

Odnosząc się do kwestii art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp Odwołującego oświadczył, że nie można zgodzić się z twierdzeniem, że informacja o terminie realizacji zamówienia przez B.K., której dotyczy m. in. ta sprawa miała lub mogła mieć wpływ na wynik Postępowania z co najmniej trzech względów:

1. po pierwsze, informacja ta, została przez samego Odwołującego sprostowana przed podjęciem jakichkolwiek czynności przez Zamawiającego, a więc podejmując czynności Zamawiający miał świadomość jej omyłkowego charakteru i o konieczności nie brania jej pod uwagę przy ocenie oferty Odwołującego,
2. po drugie, przedstawienie tej informacji nie zmienia faktu, że Odwołujący warunki udziału w Postępowaniu obiektywnie spełnia (co wykazał uzupełnionym wykazem usług), zatem nawet gdyby Zamawiający podjął

decyzję o wybraniu oferty Odwołującego, to nie doszłoby do sytuacji, że wybrał wykonawcę nie spełniającego warunków udziału w Postępowaniu,

3.po trzecie, co chyba najistotniejsze, na skutek świadomego czy też nie, sposobu sformułowania przedmiotowego warunku udziału w Postępowaniu przez Zamawiającego, faktyczna data wykonania projektu przez projektanta jest nieistotna.

Koniecznym jest bowiem zwrócenie uwagi na literalne brzmienie tego warunku udziału w Postępowaniu, które nie brzmi tak jak próbuje to przedstawić Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie pisząc: „jednym z warunków udziału w postępowaniu, w zakresie posiadania zdolności zarodowej było skierowanie przez. Wykonawcę do wykonania zamówienia minimum 2 osób, które będą pełnić funkcję projektanta branży telekomunikacyjnej, posiadających odpowiednie uprawnienia, które w okresie ostatnich 3 lat

przed upływem terminu składania ofert wykonały co najmniej dwie dokumentacje projektowo- kosztorysowe sieci monitoringu wizyjnego z zastosowaniem transmisji radiowo światłowodowej, dla min. 15 punktów kamerowych”. Warunek ten, zgodnie z SIWZ, brzmi bowiem następująco: „Wykonawca wskaże osoby do wykonania niniejszego zamówienia, które spełniają następujące warunki: d) minimum dwóch osób do wykonania zamówienia, które będą pełnić funkcję Projektanta branży telekomunikacyjnej, (...) legitymujące się w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert doświadczeniem w zakresie wykonania: - co najmniej dwóch dokumentacji projektowo- kosztorysowych sieci monitoringu wizyjnego z zastosowaniem transmisji radiowo-światłowodowej dla min. 15 punktów kamerowych”. Tak postawiony warunek nie dotyczy zatem samej daty wykonania dokumentacji projektowej, a odnosi się do posiadania w okresie ostatnich 3 lat doświadczenia w wykonaniu takich dokumentacji. Innymi słowy: wykonawca miał wykazać, że dysponuje osobą, która w ciągu ostatnich 3 lat przed terminem składania miała określone doświadczenie. Zatem B.K. w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert legitymował się doświadczeniem w zakresie wykonania dwóch wymaganych dokumentacji projektowych. Doświadczenie to nabył bowiem m.in. w związku z kwestionowanym przez Zamawiającego projektem, a doświadczenia tego nigdy wszak nie utracił. Zastrzeżony warunek nie zawężył zatem możliwości powołania się na projekty wykonane wcześniej niż 3 lata przed terminem złożenia ofert. Takie ograniczenie byłoby zastrzeżone gdyby faktycznie w SIWZ znalazł się zapis przywołany w odpowiedzi na odwołanie, a nie ten który w rzeczywistości został tam określony (z kolei ewentualne wątpliwości w zakresie interpretacji tak zastrzeżonego warunku winny być rozpatrywane na korzyść wykonawców, zgodnie z powszechnym poglądem orzecznictwa w tym zakresie). Fakt podania omyłkowej daty realizacji przez B.K. projektu: Dokumentacja projektowa dla zadania *Budowa monitoringu budynku Sądu Rejonowego w Stalowej Woli (...)* nie ma w przedmiotowej sprawie najmniejszego znaczenia.

W dalszej części odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazuje m.in. że: „nie jest prawdziwe twierdzenie odwołującego, iż Zamawiający uniemożliwił mu przedstawienie dowodów wystarczających do wykazania jego rzetelności, bowiem Zamawiający wyznaczył czas na przedstawienie takich informacji”. Takie twierdzenie prowadziłoby do absurdu pozwalającego Zamawiającemu na wyznaczanie oderwanych od rzeczywistości terminów podejmowania określonych czynności przez wykonawców, zagrożonego sankcją ich nieuznania przez Zamawiającego. Równie dobrze Zamawiający mógłby wyznaczyć Odwołującemu dwugodzinny termin na przedłożenie dowodów i twierdzić, że przecież samo przedstawienie dowodów mu umożliwił.

Zupełnie niezrozumiałe, nieuzasadnione i niewytłumaczone przez Zamawiającego jest kolejne stwierdzenie, że: „Zamawiający miał prawo do uznania za niewystarczającej przedstawionych przez Odwołującego dowody w ramach procedury *self-cleaningu*, bowiem w ocenie Zamawiającego przedstawienie tych dowodów miało na celu wprowadzenie Zamawiającego po raz kolejny w błąd i uzyskanie zamówienia publicznego o znacznej wartości (...)”. Odwołujący podkreślił, że nie wie jakież to informacje rzekomo miały znowu wprowadzić Zamawiającego w błąd.

Nie jest również prawdą, że „ustawa PZP nie przewiduje uwzględnienia wagi i szczególnych okoliczności czynu”, skoro art. 24 ust. 9 Pzp wyraźnie o konieczności ich rozważenia przez Zamawiającego mówi.

Odwołujący nie zgadza się również z działaniem Zamawiającego polegającym na zaniechaniu zbadania przedstawionego przez niego wykazu, rzekomo z uwagi na niedopuszczalność jego „uzupełnienia”, z dwóch względów. Po pierwsze, jak niżej wskazuje sam Zamawiający: „jak podkreśla TSUE tryb przewidziany w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp może prowadzić jedynie do „wyjaśnienia” oferty np. uzupełnienia wykazu doświadczenia lub listy osób, w zakresie informacji dotyczących wskazanych już pierwotnie wykonanych zamówień (np. uzupełnienie wartości, dat wykonania, zakresu) lub pierwotnie wskazanych osób (np. uzupełnienie informacji dot. stanowiska zajmowanego w danym projekcie)”. Odwołujący w uzupełnionym wykazie nie zmienił przecież pierwotnie wskazanej osoby, a jedynie uzupełnił informacje o niej o dodatkowe doświadczenie, a podkreślone przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie stwierdzenie „wskazanych już pierwotnie wykonanych zamówień” dotyczy warunków związanych z

doświadczeniem wykonawcy, a nie warunku związanego z dysponowaniem określoną osobą. Po drugie zaś, dokument ten został złożony w ramach wszczętej przez Zamawiającego procedury *self-cleaningu*, i w obrębie przepisów dotyczących tej instytucji powinien być przede wszystkim w tej sprawie analizowany. Wykaz ten obiektywnie potwierdzał spełnianie warunku udziału w Postępowaniu, co było istotne pod kątem wykazania przez Zamawiającego, że podanie omyłkowej daty realizacji jednego z projektów przez B.K. nie ma wpływu na wynik Postępowania. I pod kątem procedury *self-cleaningu* nic nie stało na przeszkodzie, aby dokument ten Zamawiający poddał ocenie. Kwestia ewentualnej możliwości czy też nie uzupełnienia wykazu pod kątem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu jest rzeczą zupełnie inną, a ewentualne twierdzenie, że uzupełnienie takiego wykazu nie jest możliwe powinno doprowadzić do wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp jako wykonawcy który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Czynności takiej Zamawiający jednak nie podjął.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie i piśmie procesowym Odwołującego, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści: SMWZ, pisma Zamawiającego z 3 sierpnia 2017 r. (wezwanie z art. 26 ust. 2 Pzp), wykazu osób przedstawionego przez Odwołującego w odpowiedzi na ww. wezwanie, pisma Zamawiającego z 10 sierpnia 2017 r. (zapytanie do Prezesa SR w Stalowej Woli w trybie § 2 ust. 6 Rozporządzenia), pisma z 10 sierpnia 2017 r. (odpowieź Dyrektora SR w Stalowej Woli na ww. zapytanie), pisma Zamawiającego z 22 sierpnia 2017 r. (wezwanie Odwołującego w trybie przepisu art. 24 ust. 8 Pzp), pisma lidera odwołującego się konsorcjum z 24 sierpnia 2017 r. (odpowieź na ww. wezwanie), pisma członka odwołującego się konsorcjum z 25 sierpnia 2017 r., pisma Zamawiającego z 30 sierpnia 2017 r. (informacja o wykluczeniu Odwołującego) stwierdzając, że stan faktyczny jest niesporny.

Rozstrzygając o zarzutach odwołania Izba wzięła ponadto pod uwagę wnioski płynące z treści wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia, przedstawionego przez Odwołującego w uprzednio prowadzonym postępowaniu (dokument okazany przez Zamawiającego na rozprawie).

Mając powyższe na względzie skład orzekający stwierdził, że odwołanie podlega oddaleniu.

Uzasadnienie rozstrzygnięcia rozpocząć należy od kwestii ziszczenia się przesłanek wynikających z przywołanych w podstawie prawnej uzasadnienia wykluczenia Odwołującego z Postępowania przepisów art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp.

Uwzględniając przytoczone okoliczności stanu faktycznego skład orzekający przyjął, że Odwołujący przedstawił Zamawiającemu dwie informacje wprowadzające go w błąd (tj. informacje obiektywnie nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistością), a dotyczące – po pierwsze – okoliczności realizacji przez B.K. zamówienia na dokumentację projektową dla zadania „Budowa monitoringu budynku Sądu Rejonowego w Stalowej Woli w technologii światłowodowej z transmisją radiową obrazu do budynku Sądu Okręgowego w Tarnobrzegu”, po drugie zaś – daty realizacji tego zamówienia.

Mając na względzie fakt, że w poprzednio prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu obejmującym tożsame, co aktualnie, przedmiot zamówienia Odwołujący

posłużył się w wykazie osób tym samym zamówieniem (z tą różnicą, że wówczas wskazał inną osobę, która miała je wykonać), za co został wykluczony, Izba uznała, że *ad casum* Odwołujący działał w warunkach rażącego niedbalstwa.

Mianem rażącego niedbalstwa określa się w doktrynie prawa cywilnego postać winy nieumyślnej, która przejawia się w tym, że sprawca nie chce postępować bezprawnie i chociaż przewiduje taką możliwość, nie godzi się na ten skutek, bezpodstawnie sądząc, że go uniknie (zob. A. Olejniczak: *Komentarz do art. 415 K.c.* [w:] A. Kidyba (red.): *Kodeks Cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania – część ogólna*, LEX/el.). W konsekwencji przyjąć należy, że niedbalstwo to nic innego, jak niezachowanie należytej staranności, czyli działanie nieodpowiadające obiektywnemu wzorcowi postępowania właściwemu danemu dłużnikowi. Natomiast o rażącym stopniu niedbalstwa decyduje jak znaczna jest różnica pomiędzy sposobem postępowania dłużnika a wspomnianym wzorcem. Co istotne, w przypadku oceny należytej staranności w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej musi ona uwzględniać, zgodnie z art. 355 § 2 K.c., zawodowy charakter tej działalności. Oznacza to, że od przedsiębiorcy wymagana jest szczególna staranność wyrażająca się większą zapobiegliwością, rzetelnością, dokładnością w działaniu, itd.

Skład orzekający doszedł do przekonania, że skoro Odwołujący po raz kolejny zdecydował się, opisując doświadczenie zawodowe personelu, powołać na zamówienie, którym posłużenie się stanowiło już przyczynę wykluczenia z wcześniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to powinien był ustalić w sposób niebudzący wątpliwości kwestię osoby, która je wykonała. Tłumaczenie Odwołującego, zgodnie z którym „[...]opisując doświadczenie osobiste projektantów którymi dysponuje, polegał (...) jedynie na informacjach przekazanych przez te osoby[...]” stanowi – wbrew zapatrywaniom Odwołującego – przejaw braku zachowania należytej staranności w stopniu rażącym, skoro Odwołujący kwestię wykonawstwa spornego zamówienia już raz ustalił wadliwie, za co został przez Zamawiającego wykluczony.

Izba uznała przy tym za irrelewantne zawarte w piśmie procesowym Odwołującego z 18 września 2017 r. wywody dotyczące prawidłowej interpretacji treści warunku. Zdaniem składu orzekającego argumentacja ta była wyłącznie przejawem określonej strategii procesowej Odwołującego, który usiłował przenieść spór o ocenę jego zachowania na inną zupełnie płaszczyznę. Znamienne jest to, że Odwołujący takiego argumentu wcześniej nie podnosił, chociażby w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 22 sierpnia 2017 r. Izba jest zresztą zdania, że treść warunku nie pozostawia wątpliwości, że legitymowanie się doświadczeniem w zakresie wykonania co najmniej dwóch dokumentacji oznacza tyle, że osoba przewidziana na stanowisko projektanta branży telekomunikacyjnej miała wykonać (ukończyć) – nie zaś, jak przekonywał Odwołujący, wykonywać – w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej dwie dokumentacje.

Odwołujący przedstawił zatem Zamawiającemu informację, której prawdziwości nie był w stanie potwierdzić, pomimo że – z uwagi na przytoczone powyżej okoliczności – powinien zachować szczególną staranność przy jej weryfikowaniu, czego nie uczynił. Członek odwołującego się konsorcjum złożył wprawdzie Zamawiającemu dokument mający potwierdzać prawdziwość informacji, że B.K. wykonał sporne zadanie, tym niemniej Izba oceniła go krytycznie. Abstrahując od okoliczności, że nie został on złożony w wyznaczonym terminie (a o jego przedłużeniu Odwołujący nie występował), to, w opinii składu orzekającego, wykonanie jednego schematu stanowiącego składową dokumentacji projektowej nie potwierdza jeszcze wykonania całej dokumentacji.

Izba przypisała Odwołującemu rażące niedbalstwo również w odniesieniu do przedstawienia informacji o dacie wykonania przez B.K. spornej dokumentacji. Z ustaleń poczynionych przez Zamawiającego, jak również ze wspomnianego powyżej schematu przedstawionego przez członka odwołującego się konsorcjum wynikało, że zamówienie zostało zrealizowane w 2005 r. Z kolei okazany przez Zamawiającego na rozprawie wykaz osób, złożony przez Odwołującego w poprzednim postępowaniu, wskazywał, że Odwołujący także wówczas określił datę realizacji zamówienia na rzecz SR w Stalowej Woli identycznie, jak w przedmiotowej sprawie. Powyższe prowadzi do wniosku, że Odwołujący prawdziwości tej okoliczności w ogóle nie zweryfikował, pomimo że został poprzednio wykluczony z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Także w tym przypadku aktualne pozostają zatem rozważania dotyczące znaczenia pojęcia rażącego niedbalstwa, zaprezentowane we wcześniejszej części uzasadnienia.

Reasumując, mając na względzie okoliczność, że ww. informacje dotyczyły kwestii spełniania warunków udziału w Postępowaniu, a nadto zostały przedstawione Zamawiającemu w wyniku rażącego niedbalstwa, Odwołujący podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp.

Ad casum zachowanie Odwołującego – wbrew jego zapatrywaniom – wyczerpywało również podstawę wykluczenia z Postępowania opisaną w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Skoro bowiem realizowało ono znamiona rażącego niedbalstwa, to – wnioskując z większego na mniejsze (*a maiori ad minus*) – zachowanie jego było również niedbałe. Co więcej, gdyby Zamawiający samodzielnie nie zweryfikował prawdziwości informacji zawartych w wykazie osób złożonym przez Odwołującego, to doszłoby do wyboru jego oferty i udzielenia mu zamówienia. *Ergo*, przedstawione przez Odwołującego informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd mogły mieć (potencjalnie) istotny wpływ na jego decyzje w Postępowaniu.

Przedstawiona przez Odwołującego argumentacja mająca podważyć omawianą podstawę wykluczenia z Postępowania była chybiona.

Po pierwsze – nie jest prawdą, że to Odwołujący poinformował Zamawiającego o faktycznej dacie wykonania dokumentacji jeszcze przed samodzielnym uzyskaniem przez niego wiedzy w tym zakresie. Zamawiający dowiedział się o tej okoliczności już z pisma Dyrektora SR w Stalowej Woli z 10 sierpnia 2017 r., podczas gdy Odwołujący poinformował o tym (a właściwie potwierdził to ustalenie) w piśmie z 24 sierpnia 2017 r.

Po drugie – w kontekście złożenia nieprawdziwych informacji nie ma znaczenia, czy Odwołujący, posługując się następnie prawdziwymi informacjami, obiektywnie spełnia warunki udziału w Postępowaniu.

Po trzecie – jak wspomniano, przedstawiona przez Odwołującego interpretacja treści warunku udziału w

Postępowaniu była nieuprawniona.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp. Uzasadnienie faktyczne, którego niewłaściwe sporządzenie zarzucono Zamawiającemu w odwołaniu, to nic innego jak przytoczenie okoliczności (faktów), które legły u podstaw zastosowania przez zamawiającego określonych przepisów Pzp. *Ad casum* Zamawiający szczegółowo opisał procedurę weryfikacji prawdziwości informacji zawartych w złożonym przez Odwołującego wykazie. Przedstawiona w powyższym zakresie przez Odwołującego drobiazgowa analiza treści uzasadnienia faktycznego zaskarżonej odwołaniem decyzji (str. 11-12 odwołania) stanowiła, w ocenie składu orzekającego, li tylko jego subiektywną ocenę wykonania przez Zamawiającego spoczywającego na nim obowiązku informacyjnego. W szczególności nie jest tak, jak przekonywał na rozprawie Odwołujący, że z treści podważanego uzasadnienia nie wynika jakie informacje Zamawiający uznał za nieprawdziwe. Zamawiający, w akapicie czwartym uzasadnienia, stwierdził, że z uzyskanych od SR w Stalowej Woli informacji wynikało, że B.K. nie wykonywał dokumentacji projektowej w wykonaniu spornego zamówienia w latach 2016-2017. Dodatkowo, Zamawiający wprost wskazał na okoliczność, że zostało ono wykonane w 2005, nie zaś 2016-2017 r. (akapit szósty uzasadnienia faktycznego). Co istotne, okoliczności sprawy wskazują, że Odwołujący był doskonale zorientowany w podstawach faktycznych wykluczenia go z Postępowania, skoro prezentował argumentację mającą podważyć prawidłowość ustaleń Zamawiającego.

Skład orzekający stwierdził, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 8 i 9 Pzp nie mógł się ostać.

Zauważyć należy, że procedura samooczyszczenia (ang. *self-cleaning*) polega na tym, że przed podjęciem decyzji o wykluczeniu wykonawcy, zamawiający obowiązany jest umożliwić wykonawcy przedstawienie dowodów na podjęcie takich środków, które gwarantują jego rzetelność. Pozytywna weryfikacja tych dowodów obliuguje zamawiającego do zaniechania wykluczenia wykonawcy z postępowania. W ocenie Izby z przywołanych powyżej regulacji wynika *de facto* dodatkowy warunek wykluczenia wykonawcy, jakim jest umożliwienie wykonawcy przedstawienia dowodów na samooczyszczenie. Zdaniem składu orzekającego z przepisów nie wynika natomiast bezwzględny obowiązek zamawiającego wezwania wykonawcy do przedstawienia dowodów (*vide* art. 24 ust. 8 *in principio* Pzp – „wykonawca (...) może”). Wydawać się może, że jej inicjatorem powinien być zamawiający, jako podmiot posiadający wiedzę o zamiarze wykluczenia danego wykonawcy. Podkreślenia wymaga jednak, że wniosek taki nie może abstrahować od konkretnego stanu faktycznego. W przedmiotowej sprawie szczególną okolicznością uzasadniającą zwolnienie Zamawiającego z tej powinności było posłużenie się przez Odwołującego nieprawdziwymi informacjami (w szczególności identyczną informacją o dacie realizacji zamówienia) w poprzednim postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący mógł niezwłocznie po posłużeniu się nieprawdziwymi informacjami samodzielnie wyjaśnić Zamawiającemu okoliczności złożenia oferty z nieprawidłowymi danymi i przedstawić dowody, że podjął określone środki i działania, które zapobiec mają takim sytuacjom w przyszłości. Nie można zatem czynić Zamawiającemu zarzutów opartych na art. 24 ust. 8 i 9 Pzp, w sytuacji w której Odwołujący posiadał możliwość oczyszczenia się z zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji.

Co równie istotne, skład orzekający doszedł do wniosku, że do wszczęcia procedury samooczyszczenia w ogóle nie doszło. Dowodem na to jest treść wezwania Zamawiającego z 22 sierpnia 2017 r., w której wskazał wprowadzić na przepis art. 24 ust. 8 Pzp, tym niemniej w dalszej części pisma *de facto* wezwał Odwołującego do złożenia kolejnych dokumentów potwierdzających, że B.K. zrealizował zakwestionowaną przez Zamawiającego usługę. Nie było to zatem wezwanie do przedstawienia dowodów na rzetelność Odwołującego.

W konsekwencji braku zasadności wszczęcia procedury opisanej w art. 24 ust. 8 Pzp Zamawiający nie naruszył również przepisu art. 92 ust. 1a w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp nie mógł zostać uwzględniony. Oparto go bowiem wyłącznie na przepisach konstytuujących dwie naczelne zasady udzielania zamówień publicznych, które – w braku przywołania w podstawie prawnej omawianego zarzutu regulacji stanowiących wyraz ich realizacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – nie mogły stanowić podstawy dla uwzględnienia odwołania w powyższym zakresie.

Chybiony był również zarzut naruszenia § 2 ust. 6 Rozporządzenia. Przepis ten, w odniesieniu do źródła informacji o zrealizowanym uprzednio zamówieniu, posługuje się pojęciem podmiotu na rzecz którego zamówienie zostało wykonane. Co do zasady będzie nim zatem inny zamawiający, który udzielił zamówienia publicznego. Treść komentowanej regulacji nie wyklucza jednak, w ocenie Izby,

możliwości zwrócenia się również do beneficjenta takiego zamówienia, który zamawiającym nie był. Okoliczności przedmiotowej sprawy wskazują, że zamawiającym w odniesieniu do spornego zamówienia było Miasto Stalowa Wola, natomiast jego beneficjentem – SR w Stalowej Woli. Zamawiający zwrócił się wprawdzie do drugiego z ww. podmiotów, tym niemniej uzyskał informacje, których prawdziwość potwierdziła się w toku postępowania odwoławczego. Ponadto, skoro Odwołujący podejrzewał, że Zamawiający zwrócił się z wnioskiem do niewłaściwego podmiotu (co wynika z pisma Odwołującego z 24 sierpnia 2017 r.), powinien był – w wykonaniu wezwania z 22 sierpnia 2017 r., które wprost odnosiło się do obowiązku przedstawienia dowodów potwierdzających wykonanie przez B.K. spornego zamówienia – przedstawić Zamawiającemu stosowne dokumenty (bez konieczności ograniczania się do dokumentów wymienionych w piśmie Zamawiającego, jako że – w opinii składu orzekającego – wyliczenie to miało charakter przykładowy), czego – jak wcześniej wskazano – Odwołujący nie uczynił.

Potwierdził się natomiast zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, który nie znajduje zastosowania w jednoetapowych procedurach udzielania zamówień publicznych. Przywołana regulacja określa skutki złożenia oferty przez wykonawcę uprzednio wykluczonego z postępowania, co ma miejsce, przykładowo, w przetargu ograniczonym, którego pierwszym etapem jest wyłonienie wykonawców, którzy zostaną następnie zaproszeni do składania ofert. Powyższe nie mogło jednak stanowić podstawy uwzględnienia odwołania z uwagi na brak wpływu na wynik Postępowania, o którym mowa w przepisie art. 192 ust. 2 Pzp. Ponadto, Zamawiający przywołał przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp niejako nadmiarowo, bowiem w związku z art. 24 ust. 4 Pzp, który znajdował zastosowanie w sprawie.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła, jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 2 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu o odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U.2010.41.238 ze zm.).

Przewodniczący:.....