

**WYROK**

**z dnia 17 stycznia 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie **15 stycznia 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **30 grudnia 2019 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: SBS Engineering Group sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, 3TI Progetti Italia Ingegneria Integrata S.P.A. z siedzibą w Rzymie (Włochy)**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Wykonanie kompleksowej dokumentacji projektowej oraz świadczenie nadzorów autorskich i innych usług wynikających z Umowy, dla zadania pod nazwą: „Budowa Centrum Muzyki” w oparciu o koncepcję urbanistyczno-architektoniczną wybraną przez sąd konkursowy w konkursie ogłoszonym przez Województwo Małopolskie oraz Gminę Miejską Kraków – wykonanie projektu przez wybranego Uczestnika Konkursu”* (nr postępowania IS.1.272.2.2019)

prowadzonym wspólnie przez zamawiających: **Województwo Małopolskie, Gmina Miejska Kraków**

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną 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 2018 r. poz. 1986 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 Krakowie**.

## Uzasadnienie

Na mocy porozumienia o wspólnym przeprowadzeniu konkursu urbanistyczno–architektonicznego jednoetapowego na opracowanie koncepcji urbanistyczno–architektonicznej Centrum Muzyki i Parku Miejskiego w Krakowie oraz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na wykonanie kompleksowej dokumentacji projektowej dla budynku/budynków Centrum Muzyki wraz z przyległym terenem i wewnętrznym układem komunikacyjnym, świadczenie nadzorów autorskich oraz innych usług, zawartego 25 lipca 2018 r. pomiędzy Województwem Małopolskim a Gminą Miejską Kraków, Województwo Małopolskie z siedzibą w Krakowie prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „pzp”} w trybie zamówienia z wolnej ręki postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Wykonanie kompleksowej dokumentacji projektowej oraz świadczenie nadzorów autorskich i innych usług wynikających z Umowy, dla zadania pod nazwą: „Budowa Centrum Muzyki” w oparciu o koncepcję urbanistyczno-architektoniczną wybraną przez sąd konkursowy w konkursie ogłoszonym przez Województwo Małopolskie oraz Gminę Miejską Kraków – wykonanie projektu przez wybranego Uczestnika Konkursu*” (nr postępowania IS.1.272.2.2019).

Ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości ex ante dla tego zamówienia 3 kwietnia 2019 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2019/S\_066 pod poz. 155533.

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

20 grudnia 2019 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną SBS Engineering Group sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie {dalej w skrócie: „SBS”}, 3TI Progetti Italia Ingegneria Integrata S.P.A. z siedzibą w Rzymie we Włoszech {dalej w skrócie „3TI”}, którzy jako zwycięzcy konkursu byli jedynym wykonawcą, z którym prowadzono negocjacje w trybie zamówienia z wolnej ręki {łącznie określanych dalej również jako „Konsorcjum” lub „Odwołujący”}, o wykluczeniu z tego postępowania i jego unieważnieniu.

30 grudnia 2019 r. Konsorcjum wniosło w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższych czynności Zamawiającego, a także od zaniechania przez Zamawiającego czynności wskazanych w ramach zarzutów.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp

{lista zarzutów}:

1. Art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 – przez wykluczenie Konsorcjum w następstwie uznania , że doszło do wypełnienia wszystkich przesłanek wskazanych przepisów, podczas gdy Odwołujący nie dopuścił się niedbalstwa przy przedstawieniu Zamawiającemu informacji w toku postępowania, nie przedstawił wprowadzających w błąd Zamawiającego informacji, które mogły mieć istotny wpływ na podejmowane przez niego decyzje.
2. Art. 26 ust. 3 – przez zaniechanie wezwania Konsorcjum do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie przez niego warunku opisanego w pkt 3.3. zaproszenia do negocjacji.
3. Art. 26 ust. 2f – przez zaniechanie wezwania Konsorcjum do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie przez niego warunku opisanego w pkt 3.3 zaproszenia do negocjacji.
4. Art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 8 – przez odmówienie Konsorcjum możliwości skorzystania z dobrodziejstwa tzw. self-cleaningu, które pozwoliłoby mu w okolicznościach tej sprawy na wyjaśnienie Zamawiającemu sytuacji oraz przedstawienie dowodów na potwierdzenie jego rzetelności.
5. Art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 145a pkt 2 – przez unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy nie zostały spełnione przesłanki wskazanych przepisów.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wykluczenia Odwołującego z postępowania.
2. Unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.
3. Wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 pzp do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie przez Odwołującego warunku opisanego w pkt 3.3. zaproszenia do negocjacji.
4. Ewentualnie wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 8 pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie skorzystania przez Odwołującego z dobrodziejstwa tzw. self-cleaningu.

Odwołujący sprecyzował powyższą listę zarzutów w szczególności przez podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

{odnośnie przebiegu postępowania}

W JEDZ odnoszącym się do spółki 3Ti w części IV.C „Kryteria kwalifikacji” wskazano:  
*P.I.S.U Novara, budowa Centrum Innowacji Technologicznych. Projekt obejmuje: Obszar*

*Sanfagabio. Projekt obejmuje budowę nowego technologicznego centrum innowacji w Novara i renowację Via Bovio w kwartale SantAgabio. interwencja obejmuje łączną powierzchnię 20 000 m<sup>2</sup>. Konkretnie, projekt obejmuje budowę: • pełnowymiarowego inkubatora przedsiębiorstw i centrum usług osobistych, mieszczącego Centrum Badań nad Chorobą autoimmunologiczną w mieście Novara• Przebudowa rynku; • Przebudowa Via Bovio • Park miejski i tereny zielone • Parkingi. Usługi świadczone przez 3TI zawarte: • Projekt budowlany • Projekt wykonawczy • Zarządzanie BHP podczas projektowania. Usługi projektowe zakończyły się w grudniu 2013 r. Data pozwolenia na użytkowanie budynku przypada na sierpień 2016 r. Powierzchnia użytkowa: 20 000 m<sup>2</sup>.*

Zgodnie z pkt 3.3 zaproszenia do negocjacji z 12.03.2019 r. Zamawiający wymagał, aby w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu Wykonawca wykazał, że posiada doświadczenie w należyтым wykonaniu co najmniej jednej usługi odpowiadającej przedmiotowi konkursu tj. wykonaniem lub uczestnictwem w wykonaniu (jako członek zespołu autorskiego) wielobranżowej dokumentacji projektowej budowlanej i wykonawczej dla budowy co najmniej 1 (jednego) budynku użyteczności publicznej w rozumieniu par. 3 pkt 6 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (tj. – DZ. U. Z 2015 r. poz. 1422, z późn. zm.) o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 15.000 m<sup>2</sup>, który w ciągu dziesięciu ostatnich lat uzyskał pozwolenie na użytkowanie.

Ponadto na końcu pkt III powyższego pisma Zamawiający zmieścił następującą uwagę: *W związku ze złożeniem przez Wykonawcę na wezwanie Zamawiającego z dnia 8 lutego 2019 r. wskazanych powyżej dokumentów oraz uzupełnieniem/wyjaśnieniem w dniu 11 marca 2019 r. przez Wykonawcę dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu Zamawiający informuje, iż wszystkie wymagane dokumenty wskazane w pkt II są w dyspozycji Zamawiającego i są aktualne.*

W piśmie z 6.12.2019 r., bez wskazania podstawy prawnej, Konsorcjum zostało wezwane do ustosunkowania się do otrzymanej przez Zamawiającego wiadomości mailowej, której autor nie został podany.

Konsorcjum wyjaśniło, co następuje: *...powierzchnia projektu P.i.S.U. Novara Centrum Innowacji Technologicznych wynosi 20.000 m<sup>2</sup>, na której znajduje się budynek oraz pozostała infrastruktura użytkowo-socjalna. W przypadku uznania, iż błędnie zinterpretowaliśmy wymagania pkt 3.2.4A. Regulaminu Konkursu, przez co odmiennie zinterpretowaliśmy rozważany obszar, chcielibyśmy zwrócić uwagę na fakt, iż dysponujemy niezbędną wiedzą specjalistyczną i kwalifikującymi się projektami, aby spełnić Państwa wymagania i zrealizować przedmiotowy projekt, co zostało wykazane w poprzednim piśmie*

z dn. 10.12.2019 r.

W piśmie z 20.12.2019 r. Zamawiający zawiadomił o wykluczeniu z postępowania i wskazał, że Konsorcjum *na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w Konkursie urbanistyczno-architektonicznym, jednoetapowym na opracowanie koncepcji urbanistyczno-architektonicznej Centrum Muzyki i Parku Miejskiego w Krakowie przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzieleniu zamówienia oraz nie wykazał spełnienia warunków udziału w Konkursie, w wyniku czego doszło do wyboru Wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Informację o wprowadzeniu w błąd Zamawiający powziął dopiero na etapie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.*

Jednocześnie Zamawiający zawiadomił, że działając na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 145a pkt 2 ustawy pzp, unieważnia postępowanie z powodu obarczenia postępowania niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego i wskazał, co następuje. *Pomimo, iż procedura udzielenia zamówienia z wolnej ręki w trybie art. 67 ust. 1 pkt 2 ustawy jest odrębną procedurą niż konkurs, jest ściśle powiązana z uprzednio przeprowadzonym konkursem, informacja, która wpłynęła do UMWM 5 grudnia 2019 roku wskazuje, iż Uczestnik przedstawił nieprawdziwe informacje już na etapie procedury składania wniosków do udziału w Konkursie, a co za tym idzie nie powinien zostać zaproszony do złożenia pracy konkursowej i w konsekwencji nie powinien zostać zaproszony do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 2 ustawy (...). Nie jest zatem możliwe udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 2 ustawy, uczestnikowi, który podlegał wykluczeniu na etapie pierwotnej procedury konkursowej.*

{o odrębności konkursu od postępowania o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki}

W odniesieniu do przywołanej w uzasadnieniu wykluczenia uchwały Izby z 8 maja 2015 r. sygn. akt KIO/KD 26/15 Odwołujący zauważył, że dotyczyła ona odmiennego stanu faktycznego i problemu tożsamości przedmiotu postępowania zarówno na etapie konkursu, jak i na etapie udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki. Odwołujący zacytował i podkreślił następujący fragment uzasadnienia tej uchwały: *Ściśle powiązanie kolejno po sobie następujących procedur przejawia się m.in. w tym, że przedmiotem zamówienia udzielonego w trybie zamówienia z wolnej ręki może być wyłącznie szczegółowe opracowanie wybranej uprzednio w konkursie pracy, będącej przejawem działalności*

twórczej.

Według Odwołującego na odrębność obu etapów wskazano w następującym fragmencie uzasadnienia uchwały Izby z 5 marca 2014 r. sygn. akt KIO/KD 12/14: *Zamówienie z wolnej ręki udzielane zwycięzcy konkursu jest negocjacyjnym trybem zawarcia umowy w sprawie zamówienia, które nie zostanie udzielone dopóki strony negocjacji (zamawiający i zaproszony wykonawca) nie dojdą do porozumienia, co do wszystkich jej postanowień, które były przedmiotem negocjacji.*

{ad pkt 1. listy zarzutów}

Dodatkowo ponad powyższe okoliczności Odwołujący wskazał, że jest w stanie wykazać spełnienie stawianego przez Zamawiającego warunku dzięki wykazaniu należytego wykonania kilku innych projektów, co mają potwierdzać referencje dołączone do odwołania (realizacja dwóch projektów na rzecz ITALFERR Gruppo Ferrovie Delio Stato Italiane).

Odwołujący po przytoczeniu brzmienia art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp wywiódł, że określona w tym przepisie podstawa wykluczenia zachodzi, gdy kumulatywnie zachodzą przesłanki, które wykazać musi zamawiający: 1) wykonawca przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, 2) wykonawca przedstawiając informacje działał lekkomyślnie lub w sposób niedbały, 3) informacje te mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

I tak według Odwołującego:

- {ad 1)} przywołane powyżej oświadczenie zawarte w JEDZ 3Ti nie zawierało żadnych informacji, które mogłyby nosić znamiona „wprowadzenia w błąd Zamawiającego”;
- {ad 2)} Zamawiający pominął tę przesłankę i nie wskazał, którą z form – lekkomyślność czy niedbalstwo – można przypisać działaniom Odwołującego;
- {ad 3)} nawet gdyby uznać, że projekt P.I.S.U. Novara Centrum Innowacji Technologicznych nie spełnia warunku wymaganego przez Zamawiającego, Odwołujący posiada również inne doświadczenie, którym jest w stanie wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący wywiódł, że wpływ na decyzje zamawiającego należy oceniać z punktu widzenia materialnej (realnej) niezgodności informacji ze stanem rzeczywistym, nie zaś niezgodności czysto formalnej, która powoduje, że dana informacja w sensie formalnym nie odpowiada rzeczywistości, ale z materialnego punktu widzenia nie stanowi ona nieprawdy co do opisu danego stanu rzeczy (w tym przypadku faktycznego posiadania wymaganego doświadczenia). W konsekwencji działanie Odwołującego można by uznać za dyskwalifikujące jedynie w sytuacji, gdyby informacje odnośnie projektu P.I.S.U. Novara Centrum Innowacji Technologicznych zostały podane na potrzeby ustalenia pozycji

w rankingu ofert.

{ad pkt 2 listy zarzutów}

Odwołujący przytoczył treść art. 26 ust. 3 pzp i wywiódł, jak niżej.

Zdaniem Odwołującego decyzja Zamawiającego była co najmniej przedwczesna. Jeżeli w przekonaniu Zamawiającego informacje przedstawione przez Odwołującego nie potwierdzały spełnienia warunku, Zamawiający był zobligowany do zastosowania art. 26 ust. 3 pzp.

Według Odwołującego fakt skorzystania przez Zamawiającego z obowiązku określonego w art. 26 ust. 3 pzp na etapie konkursu, nie zwalnia go z obowiązku ponownego zastosowania tegoż przepisu na etapie postępowania o udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Przeciwna wykładnia poddawałaby w wątpliwość sens określenia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki.

Odwołujący dodał, że po zakończeniu negocjacji i sporządzeniu protokołu podsumowującego przebieg negocjacji w odniesieniu do innego warunku Zamawiający wzywał go do przedłożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp.

Zdaniem Odwołującego ma to tym istotniejsze znaczenie, że sam Zamawiający poinformował w zaproszeniu do negocjacji, że wszystkie wymagane dokumenty są w jego dyspozycji i są aktualne.

Według Odwołującego jeśli działanie Zamawiającego uznać by za prawidłowe, każdy przypadek złożenia oświadczenia lub dokumentu, które nie będą potwierdzać spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, powinien być w zasadzie równoznaczny z wykluczeniem wykonawcy z postępowania w oparciu o art. 24 pkt 17 w zw. z art. 24 pkt 12 ustawy pzp. Takie podejście pozbawiałoby sensu istnienia art. 26 ust. 3 pzp, którego celem jest właśnie możliwość usunięcia braków lub uchybień, tak aby wykonawca faktycznie zdolny do wykonania zamówienia nie był eliminowany z postępowania jedynie ze względów formalnych, na co wskazuje również doktryna.

Odwołujący zwrócił uwagę na stanowisko orzecznictwa, że w sytuacji, kiedy istnieją uzasadnione wątpliwości dotyczące zakresu czy wartości wykazanych usług oraz kiedy istnieje wątpliwość co do tego, czy referencje potwierdzają należyte wykonanie takich usług (i o takiej wartości), zamawiający ma obowiązek wątpliwości te wyjaśnić i nie może poprzestać na bezkrytycznym przyjęciu oświadczenia wykonawcy.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie podjął jakichkolwiek działań związanych z samodzielną weryfikacją spełnienia przez Konsorcjum warunku udziału w opisanego w pkt 3.3 zaproszenia do negocjacji, ograniczając się w zasadzie jedynie do zacytowania

anonimowej wiadomości mailowej i wezwania do natychmiastowego odniesienia się do jej treści.

Odwołujący przytoczył fragmenty uzasadnień wyroków Izby z 14 lipca 2017 r. sygn. akt KIO 1340/17 i 7 lipca 2017 r. sygn. akt KIO 1293/17, a także fragment opinii Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wydana na kanwie orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt sp. z o.o. vs. Województwo Łódzkie pt. „Relacja art. 22a ust. 6 do art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych”, z których wynika, że dla wykazania warunku doświadczenia przez wykonawcę, który w chwili składania oferty opierał się jedynie na własnych zdolnościach, dopuszczalne jest uzupełnienie przez niego wykazu zrealizowanych zamówień o inne własne realizacje.

Według Odwołującego tym bardziej nie ma żadnych przeszkód, aby po ewentualnym wezwaniu przez Zamawiającego na postępowania o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, przedłożył inne dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Co więcej, wezwaniu w trybie art. 26 ust. 3 pzp nie stoi na przeszkodzie uprzednie wezwanie w trybie art. 26 ust. 4 pzp.

{ad pkt 3 listy zarzutów}

Odwołujący z ostrożności podniósł, że Zamawiający był uprawniony również do zastosowania art. 26 ust. 2f pzp, zgodnie z którym jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, a jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio oświadczenia lub dokumenty nie są już aktualne, do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów.

{ad pkt 4. listy zarzutów}

Odwołujący zauważył, że zgodnie z art. 24 ust. 8 pzp podstawa wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp jest objęta tzw. procedurą samooczyszczenia, która ma swoje podstawy w motywie 102 dyrektywy 2014/24/UE. W procedurze tej wykonawca może wykazać, że nie podlega jednak wykluczeniu, przedstawiając i wyjaśniając okoliczności danej sprawy, a także przedstawiając środki zaradcze, które podejmuje, aby uniknąć tego rodzaju sytuacji w przyszłej działalności.

W przekonaniu Odwołującego jego ewentualne wykluczenie z postępowania winno być poprzedzone zastosowaniem tzw. procedury samooczyszczenia.



Według Odwołującego Zamawiający winien jednak w pierwszej kolejności wskazać, że przedstawione dotychczas oświadczenia i dokumenty nie potwierdzają spełnienia wymaganego warunku, a w konsekwencji wezwać Konsorcjum w trybie art. 26 ust. 3 do złożenia stosownych wyjaśnień. Ma to tym istotniejsze znaczenie, że w pismach z 10.12.2019 r. i 13.12.2019 r. Konsorcjum sygnalizowało, że może wykazać spełnienie warunku wynikającego z pkt 3.3 zaproszenia do negocjacji dzięki wskazaniu innych zrealizowanych przez nie projektów.

{ad pkt 5. listy zarzutów}

Odnosząc się do zrelacjonowanego powyżej uzasadnienia unieważnienia postępowania, Odwołujący wywiódł, że według przepisów ustawy pzp doświadczenie wykonawcy można badać na każdym etapie postępowania, czyli do momentu zawarcia umowy. Definicja postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zawarta w art. 2 ust. 7a pzp określa jego początek – publiczne ogłoszenie o zamówieniu albo zaproszenie do składania ofert lub negocjacji. Nie określa zaś wprost jego końca. Zawiera jednak stwierdzenie, że postępowanie prowadzi się w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa, lub w trybie z wolnej ręki – w celu wynegocjowania postanowień takiej umowy (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 1 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 576/11, KIO 577/11, orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z 10 stycznia 2011 r., sygn. akt BDF1 /4900/103/113/10/ 2990).

Według Odwołującego nie ma więc żadnych podstaw, aby na niniejsze postępowanie jakkolwiek wpływ miał przebieg rozstrzygniętego konkursu (na marginesie dodał, że było ono przedmiotem orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z 25 stycznia 2019 r. sygn. KIO 2514/18). Odwołujący powtórzył, że Zamawiający winien podjąć kroki zmierzające do samodzielnego zbadania spełnienia przez Konsorcjum warunków podmiotowych, a w razie wątpliwości lub stwierdzenia uchybień – wdrożyć stosowne instrumenty przewidziane przepisami ustawy pzp.

Odwołujący powołał się na następującą wypowiedź doktryny [M. Sieradzka *„Interpretacja pojęcia „istotna wada postępowania” jako przesłanki unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*, System Lex): *Przesłankę unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowi wada postępowania. Chodzi o wadę, która wystąpiła w prowadzonym postępowaniu. Pomimo że ustawodawca nie określił (nie sprecyzował) charakteru wady, to o jej istotności (randze) przesądza wyraźne wskazanie, iż jest ona nieusuwalna. Nie może to być wada zwykła – jakkolwiek wada postępowania, lecz wada o istotnym charakterze, uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej*

unieważnieniu umowy. Zamawiający bowiem nie może jej naprawić poprzez własne działania.

Odwołujący stwierdził, że z całą pewnością taka sytuacja nie wystąpiła w przedmiotowym postępowaniu.

W odpowiedzi na odwołanie z 13 stycznia 2020 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

{odnośnie przebiegu konkursu i postępowania w trybie z wolnej ręki}

Jednym z warunków dopuszczenia uczestnika do udziału w konkursie było, zgodnie z pkt 3.2.44. regulaminu konkursu, wykazanie się między innymi: *doświadczeniem w należyтым wykonaniu co najmniej jednej usługi odpowiadającej przedmiotowi konkursu tj. wykonaniem lub uczestnictwem w wykonaniu (jako członek zespołu autorskiego) wielobranżowej dokumentacji projektowej budowlanej i wykonawczej dla budowy co najmniej 1 (jednego) budynku użyteczności publicznej w rozumieniu 3 pkt 6 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (tj. – Dz. U. z 2015 r., poz. 1422, z późn. zm.) o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 15.000 m<sup>2</sup>, który w ciągu dziesięciu ostatnich lat uzyskał pozwolenie na użytkowanie.* Brak spełnienia któregośkolwiek z wskazanych w regulaminie Konkursu warunków był równoznaczny z wykluczeniem uczestnika z udziału w konkursie. Tożsamy wymóg dotyczący doświadczenia wskazany został w pkt 3.6.23. regulaminu konkursu w stosunku do uczestnika, którego praca konkursowa zostanie uznana za najlepszą przed przystąpieniem do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki. Ponadto zgodnie z pkt 3.6.1. regulaminu konkursu uczestnik, którego praca konkursowa zostanie uznana za najlepszą, zaproszony do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki, nie może podlegać wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 oraz ust. 5 pkt 1, 5, 6 i 8 ustawy pzp oraz zobowiązany jest spełnić warunki wskazane w art. 22 ust. 1, 1b ustawy pzp (zgodnie z oświadczeniem zawartym w JEDZ). O ile na etapie dopuszczenia do konkursu dla wykazania spełnienia warunków wystarczające było złożenie JEDZ, o tyle przed przystąpieniem do negocjacji uczestnik obowiązany był do złożenia wykazu wykonanych usług (sporządzonego wg wzoru stanowiącego załącznik F12 do regulaminu konkursu) oraz dowodów potwierdzających należyte ich wykonywanie.

W przesłanym 1.09.2018 r. przez Konsorcjum oświadczeniu JEDZ 3TI jako spełnienie powyżej przytoczonego warunku wskazano dwie dokumentacje tj. P.I.S.U. Novara Centrum Innowacji Technologicznych oraz nową siedzibę prefektury i posterunku policji Monza

i Brianza, bez podania jednak powierzchni użytkowej oraz dat uzyskania odpowiednich pozwoleń na użytkowanie dla wskazanych budynków. W związku z tym 10.09. 2018 r. Zamawiający wezwał w trybie art. 26 ust. 3 pzp do uzupełnienia tych braków (przy czym z dostępnych informacji na stronach internetowych wynikało, że w tym drugim przypadku obiekt miał być oddany do użytku z końcem 2018 r.).

W odpowiedzi 12.09.2018 r. Konsorcjum przesłało poprawiony JEDZ 3Ti, zawierający tylko pierwszą z poprzednio wskazanych usług, dla której podano w szczególności: (...) *Data pozwolenia na użytkowanie budynku przypada na sierpień 2016 r. Powierzchnia użytkowa: 20 000 m<sup>2</sup>.*

Na tej podstawie Zamawiający ocenił, że Konsorcjum spełniło wymagania określone w regulaminie, dopuścił go do udziału w konkursie oraz zaprosił do składania prac konkursowych, co umożliwiło uznanie przez sąd konkursowy złożonej przez Konsorcjum pracy jako najlepszej.

Na ogłoszony publicznie 25 listopada 2018 r. taki wynik konkursu 5 grudnia 2018 r. zostało wniesione odwołanie, które wyrokiem z 25 stycznia 2019 r. zostało oddalone przez Krajową Izbę Odwoławczą (sygn. akt KIO 2514/18).

W odpowiedzi na wezwanie z 8.02.2019 r. w oparciu o pkt 3.6.3. regulaminu konkursu 25.02.2019 r. Konsorcjum przesłało wymagane dokumenty, w tym wypełniony załącznik nr F12 (w którym ponownie wskazał projekt dotyczący P.I.S.U. Novara Centrum Innowacji Technologicznych i regeneracji obszaru Sant'Agabio) wraz z referencjami wystawionymi przez Miasto Novara.

W związku z powziętymi przez Zamawiającego wątpliwościami co do rozbieżności pomiędzy treścią złożonego na załączniku F12 oświadczenia a treścią polskiego tłumaczenia referencji (które wskazywało na aktualizację i integrację dokumentacji projektowej, a także nie wskazywało na to, że na podstawie opracowanej wielobranżowej dokumentacji projektowej powstał budynek użyteczności publicznej) 8.03.2019 r. wezwał on Konsorcjum w trybie art. 26 ust. 3 pzp do udzielenia wyjaśnień i/lub uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przywołanego na wstępie warunku.

W odpowiedzi na wezwanie z 11.03.2019 r. Konsorcjum przedstawiło obszerne wyjaśnienia wraz z dołączeniem dodatkowego dokumentu Gminy Miejskiej Novara, przy czym w żadnym z tych dokumentów nie poruszano kwestii powierzchni użytkowej budynku P.I.S.U. Novara Centrum Innowacji Technologicznych.

Ponieważ na obu etapach zostało oświadczone, że projektowany przez 3Ti budynek użyteczności publicznej P.I.S.U. Novara Centrum Innowacji Technologicznych ma powierzchnie użytkową 20 tys. m<sup>2</sup>, zaproszenie do negocjacji z 12 marca 2019 r. zawierało

informację, że w związku z uprzednim złożeniem dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu Zamawiający uznaje, że w tym zakresie dysponuje wszystkimi wymaganymi dokumentami i są one aktualne.

W okresie 25.03-17.04 2019 r. odbyły się negocjacje zakończone podpisaniem protokołu z 26.04.2019 r. W następnych miesiącach trwały uzgodnienia z Konsorcjum dotyczące dokumentów, które zgodnie z zapisami regulaminu konkursu (pkt 3.6.4.) Wykonawca miał przedstawić przed zawarciem umowy. Przy czym Konsorcjum przekazało: 15.07.2019 r. ostateczną wersję planu BIM, 8.11.2019 r. ostateczny wykaz osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia na wykonanie dokumentacji projektowej (załącznik nr F13 do regulaminu konkursu) wraz z wyjaśnieniem wszelkich wątpliwości Zamawiającego w tym zakresie, natomiast ostateczne zapisy gwarancji ubezpieczeniowej uzgodnione zostały 29.11.2019 r. Termin podpisania umowy wyznaczony został na 20.12.2019 r.

5.12.2019 r. wpłynęła do Urzędu Marszałkowskiego Województwa Małopolskiego wiadomość mailowa o następującej treści: *Dzień Dobry, Chciałem zgłosić skargę na postępowanie dotyczące sprawdzenia referencji firmy SBS Engineering Group i 3T1 Progetti biorących razem udział w konkursie na centrum Muzyki. Konsorcjum użyło za referencję obiektu, który nie spełnia wymogu konkursu, dotyczącego obiektu o powierzchni min 20 000 m2. Użyty do referencji obiekt ma kubaturę 25 000 m3, co oznacza, że ma powierzchnię 6 350 m2. Informację tą można sprawdzić na stronie poniżej oraz oficjalnej stronie internetowej 3TI Progetti. <https://www.arketipomagazine.it/centro-ricerche-ipazia-a-novara-3ti-progetti/> <https://www.3tiprogetti.it/project/p-i-s-u-technoloical-innovationcenter/> Postanowiłem zgłosić tą informację ponieważ narusza ona regulamin konkursu oraz poddaje w wątpliwość kompetencje tego konsorcjum do realizacji tak skomplikowanego projektu.*

W odpowiedzi na prośbę Zamawiającego o wyjaśnienia zaistniałej sytuacji w piśmie z 10.12. 2019 r. Konsorcjum stwierdziło, że *...dokumenty dot. referencji zostały złożone na etapie pokonkursowym w dniu 22 lutego 2019 - załącznik nr F12.* Oprócz tego Konsorcjum powołało się na to, że wskazany w JEDZ złożonym 1.09.2018 r. na etapie dopuszczenia do udziału w konkursie *obiekt nowej siedziby prefektury i posterunku policji Monza i Brianza, który spełnia kryteria wskazane w pkt 3.6.23 Regulaminu Konkursu Urbanistyczno-Architektonicznego, Jednoetapowego.* Ponadto Konsorcjum wskazało dodatkowe obiekty, które jego zdaniem spełniające warunek obowiązujący zarówno w konkursie, jak i na etapie zamówienia z wolnej ręki (na marginesie Zamawiający zaznaczył, że jego zdaniem nie spełniają one tego warunku, gdyż nie wskazano informacji ani odnośnie zakresu opracowanego projektu tj. czy projekt obejmował opracowanie wielobranżowej dokumentacji projektowej budowlanej i wykonawczej, ani o powierzchni użytkowej wskazanych obiektów,

ani co do dat uzyskania pozwolenie na użytkowanie; nie zostały przedstawione także dokumenty potwierdzające należyte wykonanie wskazanych w piśmie dokumentacji).

Ponieważ Konsorcjum nie odniosło do przekazanej mu informacji mailowej, Zamawiający 11.12.2019 r. ponownie zwrócił się z prośbą o jednoznaczne potwierdzenie, że budynek użyteczności publicznej P.I.S.U. Novara Centrum Innowacji Technologicznych ma powierzchnie użytkową 20 000 m<sup>2</sup>, jak dwukrotnie zostało przez Odwołującego wskazane w oświadczeniach zarówno na etapie wyjaśnień do konkursu, jak i na etapie procedury zgodnej z pkt 3.6.3. regulaminu konkursu.

W odpowiedzi z 13.12.2019 r., Odwołujący stwierdził iż *„...powierzchnia projektu P.I.S.U. Novara Centrum Innowacji Technologicznych wynosi 20.000m<sup>2</sup>, na której znajduje się budynek oraz pozostała infrastruktura użytkowo-socjalna. W przypadku uznania, iż błędnie zinterpretowaliśmy wymagania pkt 3.2.44. Regulaminu Konkursu, przez co odmiennie zinterpretowaliśmy rozważany obszar, chcielibyśmy zwrócić uwagę na fakt, iż dysponujemy niezbędną wiedzą specjalistyczną i kwalifikującymi się projektami, aby spełnić Państwa wymagania i zrealizować przedmiotowy projekt, co zostało wykazane w poprzednim piśmie z dn. 10.12.2019 r.*

{o powiązaniu konkursu z postępowaniem o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki}

Zamawiający podkreślił, że powyższa informacja z 13.12.2019 r. pozostaje w sprzeczności z informacjami zawartymi w oświadczeniach złożonych przez Konsorcjum zarówno na etapie konkursu, jak i na etapie postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Zdaniem Zamawiającego pomimo że procedura w trybie art. 67 ust. 1 pkt 2 pzp jest odrębna od konkursu, w tym przypadku zachodzi ich ścisłe powiązanie. 5 grudnia 2019 r. okazało się, że Konsorcjum przedstawiło nieprawdziwe informacje już na etapie procedury składania wniosków do udziału w konkursie, a co za tym idzie, nie powinno zostać zaproszone ani do złożenia pracy konkursowej, ani w konsekwencji do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki. Nie jest zatem możliwe udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 2 pzp Konsorcjum, które podlegało wykluczeniu na etapie pierwotnej procedury konkursowej. Ponadto te same okoliczności dyskwalifikują Konsorcjum odnośnie zarówno spełniania ustanowionego warunku udziału w postępowaniu, jak i możliwości udzielenia mu zamówienia z wolnej ręki.

Mając na uwadze powyższe Zamawiający stwierdził, że Konsorcjum co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło informacje wprowadzające go w błąd, mogące mieć istotny wpływ na jego decyzje podejmowane w postępowaniu o udzielenie tego zamówienia, co polegało na przedłożeniu nieprawdziwych informacji mających potwierdzić

spełnianie przez Konsorcjum warunków udziału zarówno w prowadzonym w trybie ustawy pzp konkursie, jak i będącym jego konsekwencją postępowaniu o udzielenie zamówienia z wolnej ręki.

{ad pkt 1. listy zarzutów}

Zdaniem Zamawiającego jednoznacznie wykazał i udowodnił przedstawienie przez Konsorcjum nieprawdziwych informacji co do powierzchni użytkowej referencyjnego budynku – zarówno na etapie dopuszczenia do udziału w konkursie, jak i na etapie zamówienia z wolnej ręki – które wprowadziły go w mylne przekonanie, że Konsorcjum wskazuje usługę zgodną z wymaganiami. A co za tym idzie, miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, gdyż na ich podstawie Konsorcjum najpierw zostało zaproszone do złożenia pracy konkursowej na etapie konkursu, a w jego wyniku zaproszone do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust 1 pkt 2 pzp.

Zamawiający zwrócił uwagę, że warunek udziału w postępowaniu (tożsamy z warunkiem udziału w konkursie) sformułowany był w sposób precyzyjny, jasny i nie budził żadnych wątpliwości interpretacyjnych. W szczególności z definicji (do której odesłano w treści warunku) jasno wynika, że budynek użyteczności publicznej to jeden budynek służący do wskazanych celów, nie zaś zespół budynków. Z kolei powierzchnia użytkowa budynku liczona jest zgodnie ze wskazaną w rozporządzeniu Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 25 kwietnia 2012 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego Polską Normą PN-ISO 9836: 1997.

Zamawiający zauważył, że konkurs i zamówienie adresowane były do profesjonalnych projektantów architektów, a w treści warunku udziału wskazano podstawowe pojęcia architektoniczne. Stąd dla Zamawiającego niepojęte jest, jak profesjonalny projektant architekt mógłby *błędnie zinterpretować wymagania pkt 3.2.4.4. Regulaminu Konkursu, przez co odmiennie zinterpretować rozważany obszar*. W ocenie Zamawiającego takie stwierdzenie nie dość, że wprost potwierdza wprowadzenie w błąd co do spełniania warunku udziału w postępowaniu, to jeszcze dyskwalifikuje Konsorcjum jako profesjonalistę. Nie sposób przyjąć bowiem, że wykonawca składający się z wielu profesjonalnych, międzynarodowych podmiotów nie jest w stanie odróżnić powierzchni projektu od powierzchni użytkowej budynku.

Zamawiający podniósł, że na mocy art. 14 ustawy pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2019 r. poz. 1145 i 1495), a tym samym art. 355 § 1 kc, zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do

staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność), a także art. 355 § 2 kc, według którego należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowe o charakteru tej działalności. Zamawiający zacytował fragment uzasadnienia wyroku Izby z 20 marca 2017 r. sygn. akt KIO 382/17, w którym Izba odniosła się do tych przepisów w kontekście art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp, dochodząc do wniosku, że co do zasady wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia należy uznać za profesjonalistę, którego obowiązuje podwyższony miernik należytej staranności, co nakłada na niego obowiązek upewnienia się, czy deklarowany w składanych w toku postępowania dokumentach i oświadczeniach stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Zamawiający przywołał również fragment uzasadnienia wyroku Izby z 12 października 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1223/09, w którym zauważono dodatkowo, że z mocy art. 329 kc i art. 430 kc w zw. z art. 14 pzp wykonawca odpowiada również za działania swoich pracowników czy osób trzecich, którym powierza przygotowanie oferty.

Zamawiający oświadczył, że nie podejrzewa Konsorcjum o działanie w sposób rażąco niedbały lub umyślne i przyjmuje, że wskazanie nieprawdziwych informacji nastąpiło w wyniku lekkomyślności lub po prostu niedbalstwa tj. winy nieumyślnej, wskutek niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach.

{ad pkt 2. listy zarzutów}

Zamawiający w kontekście treści art. 26 ust. 3 pzp zaznaczył, że po weryfikacji złożonych przez Konsorcjum oświadczeń i dokumentów był przekonany, że są one kompletne, nie zawierają błędów i nie budzą żadnych wątpliwości. Stąd nie miał podstaw do wzywania Konsorcjum do ich wyjaśnienia czy uzupełnienia ani na podstawie art. 26 ust 3 pzp, ani tym bardziej na podstawie art. 26 ust 2f pzp

Zamawiający powołał się na to, że zgodnie ze stanowiskiem wyrażanym w doktrynie i orzecznictwie podanie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji nie można uznać za uchybienie lub błąd, który mógłby zostać naprawiony dzięki zastosowaniu art. 26 ust. 3 pzp ustawy, a następstwem złożenia przez wykonawcę nieprawdziwych informacji jest konieczność wykluczenia go z udziału w postępowaniu w oparciu o obligatoryjne przepisy art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 pzp (patrz wyrok: KIO 734/17, KIO 1004/17, KIO 2003/17). Wykonawca przedstawiający nieprawdziwe informacje w swoich oświadczeniach lub dokumentach nie ma możliwości uzupełnienia czy poprawienia tych dokumentów ani złożenia wyjaśnień z zastosowaniem art. 26 ust 3 pzp. Zamawiający ocenia wyłącznie pierwotnie złożone przez niego dokumenty (patrz: wyrok KIO 1/16 z 26 stycznia 2016 r., a także KIO 526/15, KIO 177/15, KIO 1370/15).

Dodatkowo w wyroku z 13 kwietnia 2017 r. sygn. akt KIO 618/17 Izba potwierdziła, że do przyjęcia wprowadzenia w błąd zamawiającego wystarczające jest, że sama treść przedstawionych informacji, bez ich szczególnego badania i weryfikacji, prowadziła go do wniosku, że warunek udziału w postępowaniu został spełniony. W tym samym wyroku Izba, podsumowując utrwaloną linię orzecniczą, potwierdziła, że zamawiający – podejmując decyzję w przedmiocie zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 pzp – nie ma obowiązku dociekania, czy wykonawca legitymuje się innym doświadczeniem, niż pierwotnie wskazane, czy też jest to jego jedyne doświadczenie i nie ma możliwości potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w inny sposób. Według Zamawiającego niewątpliwie stanowisko takie jest również adekwatne w odniesieniu do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp.

{ad pkt 3. listy zarzutów}

Po przywołaniu treści art. 26 ust. 2f pzp Zamawiający zauważył, że wynika z niej warunek niezbędności dla zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania. Zdaniem Zamawiającego nie został on spełniony w tym przypadku, zamówienia z wolnej ręki, gdzie jedynym wykonawcą było Konsorcjum, a Zamawiający dysponował wszystkimi dokumentami niezbędnymi dla odpowiedniego przebiegu postępowania i nie było podstaw dla uznania, że złożone uprzednio oświadczenia lub dokumenty nie są już aktualne. W szczególności złożenie nieprawdziwych informacji na wcześniejszych etapach postępowania na pewno nie wypełnia przesłanki nieaktualności złożonych dokumentów. Wezwanie w tym trybie może odnosić się do dokumentów lub oświadczeń, które mogą się zdezaktualizować lub stracić ważność. Oświadczenie dotyczące powierzchni użytkowej budynku nie może się zmienić, gdyż zaprojektowany budynek albo taką powierzchnię ma, albo nie.

{ad pkt 4. listy zarzutów}

Zamawiający podniósł, że przepis art. 24 ust. 8 pzp wskazuje na możliwość daną wykonawcy, natomiast podstawą jego zastosowania jest przyznanie się wykonawcy do faktu podlegania wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14, art. 24 ust. 1 pkt 16-20 lub art. 24 ust. 5 ustawy pzp i jednocześnie przedstawienie dowodów, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego, podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy w przyszłości.

Zdaniem Zamawiającego w skierowanych do Konsorcjum pismach z 6 i 11 grudnia



2019 r, wskazał, że w związku z otrzymaną mailowo informacją zachodzi uzasadnione podejrzenie przedstawienia przez Odwołującego nieprawdziwych informacji.

Według Zamawiającego co najmniej przy składaniu pisma z 13.12.2019 r. Konsorcjum zdawało sobie sprawę, że w wyniku co najmniej niestaranności lub lekkomyślności może zostać posądzone o złożenie nieprawdziwych oświadczeń. Nie przyznało się jednak do tego i nie złożyło żadnych dowodów na podjęcie jakiegokolwiek środków zaradczych. Ponieważ Odwołujący udzielił wymijającej odpowiedzi na pytanie Zamawiającego odnośnie powierzchni użytkowej referencyjnego budynku, wskazując jedynie, że 20 tys. m<sup>2</sup> to powierzchnia obszaru, na której ten budynek wraz zapleczem się znajduje, daje to asumpt do przyjęcia, że z faktu złożenia nieprawdziwych oświadczeń zdawał sobie sprawę.

Odnosząc się do zarzutu niewskazania w wezwaniach z 6 i 11 grudnia 2019 r. podstawy prawnej, Zamawiający obszernie powołał się na orzecznictwo sądów okręgowych i Izby odnośnie takiego rozumienia art. 192 ust. 7 pzp, w szczególności, że stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpatrywać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego.

{ad pkt 5. listy zarzutów}

Zamawiający wywiódł, że zgodnie z art. 111 ust. 1 ustawy pzp zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli przeprowadzono konkurs wskazany w art. 110 ustawy, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej. Przesłanką uzasadniającą wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 2 pzp jest uprzednie przeprowadzenie konkursu, w którym nagrodą było zaproszenie autora wybranej pracy konkursowej do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki. W innym przypadku przesłanka zastosowania tego trybu z tego przepisu zostałaby naruszona. Stąd ocena prawidłowości zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 2 pzp powinna być dokonywana w powiązaniu z przepisami dotyczącymi konkursu.

Zamawiający dodał za Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych (z informacji o wyniku kontroli doraźnej z 26 lutego 2016 r.), że zamówienie z wolnej ręki jest szczególnym trybem udzielania zamówienia, które może zostać zastosowane jedynie w przypadkach ściśle wskazanych w ustawie, których zamknięty katalog zawiera art. 67 ust. 1 pzp. Zarówno Sąd Najwyższy (np. wyrok z 6 lipca 2001 r. sygn. akt III RN 16/01), jak i Naczelny Sąd

Administracyjny (np. wyrok z 11 września 2000 r. sygn. akt II SA 2074/00) podkreślały, że przepisy zezwalające na odstąpienie od stosowania trybów podstawowych muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów ma charakter wyczerpujący. Podobnie w swoich orzeczeniach wywodził Europejski Trybunał Sprawiedliwości (wyrok z 10 kwietnia 2003 r. C-20/01, C-28/01, wyrok z 18 listopada 2004 r. C-126/03)”.  
C-126/03)”.  
C-126/03)”.

Zamawiający wskazał, że ustawa w art. 146 ust. 1 pkt 1 pzp wprost przewiduje możliwość unieważnienia zawartej umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego w przypadku, gdy zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb zamówienia z wolnej ręki. W niniejszym przypadku naruszenie to przybrałoby postać udzielania zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp podmiotowi, którego praca konkursowa nie mogła zostać wybrana z powodu nie spełniania warunków udziału w konkursie, i który podlegał obowiązkowemu wykluczeniu z konkursu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp.

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

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

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego w całości, sprawa – z wyjątkiem zarzutu dotyczącego naruszenia art. 90 ust. 1 pzp, który został wycofany przez Odwołującego na posiedzeniu (z tego względu w tym zakresie orzeczono, jak w pkt 1. sentencji) – została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego i Zamawiającego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, , a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia

odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Legitymacja Konsorcjum do wniesienia powyższego odwołania, w którym kwestionuje wykluczenie z postępowania, co pozbawia je możliwości uzyskania tego zamówienia, nie budzi wątpliwości.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla sprawy:

Zamawiający przeprowadził konkurs (art. 110 pzp), w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej (art. 111 ust. 1 pkt 3 pzp). Konkurs wygrało Konsorcjum, z którym następnie przeprowadzono negocjacje w trybie zamówienia z wolnej ręki, które zakończyły się powodzeniem, strony umówiły się już na podpisanie umowy.

Zarówno w konkursie, jak i wynikłym z niego postępowaniu obowiązywał ten sam warunek udziału wymagający wykazania się *doświadczeniem w należyтым wykonaniu co najmniej jednej usługi odpowiadającej przedmiotowi konkursu tj. wykonaniem lub uczestnictwem w wykonaniu (jako członek zespołu autorskiego) wielobranżowej dokumentacji projektowej budowlanej i wykonawczej dla budowy co najmniej 1 (jednego) budynku użyteczności publicznej w rozumieniu 3 pkt 6 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (tj. – Dz. U. z 2015 r., poz. 1422, z późn. zm.) o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 15.000 m<sup>2</sup>, który w ciągu dziesięciu ostatnich lat uzyskał pozwolenie na użytkowanie”.*

Konsorcjum na potwierdzenie tego warunku w toku konkursu ostatecznie wskazało na następująco opisane doświadczenie własne włoskiej spółki: *P.I.S.U. Novara, budowa Centrum Innowacji Technologicznych. Projekt obejmuje: Obszar Sanfagabio. Projekt obejmuje budowę nowego technologicznego centrum innowacji w Novara i renowację Via Bovio w kwartale SantAgabio. interwencja obejmuje łączną powierzchnię 20 000 m<sup>2</sup>. Konkretnie, projekt obejmuje budowę: • pełnowymiarowego inkubatora przedsiębiorstw i centrum usług osobistych, mieszczącego Centrum Badań nad Chorobą autoimmunologiczną w mieście Novara • Przebudowa rynku; • Przebudowa Via Bovio • Park miejski i tereny zielone • Parkingi. Usługi świadczone przez 3TI zawarte: • Projekt budowlany • Projekt wykonawczy • Zarządzanie BHP podczas projektowania. Usługi projektowe zakończyły się w grudniu 2013 r. Data pozwolenia na użytkowanie budynku przypada na sierpień 2016 r. Powierzchnia użytkowa: 20 000 m<sup>2</sup>” {JEDZ 3Ti w części IV.C „Kryteria kwalifikacji”}.*

Nastąpiło to w wyniku wezwania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 pzp, którego podstawą był fakt, że pierwotnie złożonym JEDZ wskazano na dwie usługi, ale dla żadnej z nich nie została wskazana m.in. powierzchnia użytkowa budynku.

Następnie Konsorcjum, którego praca została uznana w konkursie za najlepszą, w ramach wymaganego regulaminem konkursu potwierdzenia spełniania przywołanego na wstępie warunku, złożyło wykaz usług, w którym w szczególności wpisano: {w kolumnie: „Nazwa (tytuł) wielobranżowej dokumentacji projektowej zawierającej projekt budowlany i wykonawczy”} *P.I.S.U. Novara, Centrum Innowacji Technologicznych i regeneracja obszaru Sant’Agabio* {w kolumnie: „Rodzaj obiektu – zgodnie z wymaganiami pkt. 3.2.4.4} *Projekt obejmuje budowę nowego budynku technologicznego centrum innowacji w Novara i renowację Via Bovio w kwartale Sant’Agabio. Konkretnie projekt obejmuje: budowę pełnowymiarowego inkubatora przedsiębiorstw i centrum usług dla firm i osób fizycznych mieszczącego centrum badań and chorobami autoimmunologicznymi w mieście Novara Przebudowę placu Przebudowę Vua Bovio Park Miejski i tereny zielone Parkingi* {w kolumnie „Powierzchnia użytkowa (m<sup>2</sup>)”} *20.000m<sup>2</sup>*. Załączona została również referencja.

Powyższe dokumenty były przedmiotem wezwania w trybie art. 26 ust. 3 pzp do wyjaśnień lub uzupełnienia w związku ze stwierdzoną przez Zamawiającego rozbieżnością pomiędzy wykazem a tłumaczeniem referencji, co jednak nie dotyczyło kwestii powierzchni użytkowej budynku.

Konsorcjum złożyło wyjaśnienia, a tym samym podtrzymało, że budynek użyteczności publicznej Centrum Badań nad Chorobą Autoimmunologiczną w Novarze ma powierzchnię użytkową 20 tys. m<sup>2</sup>, gdyż w innym przypadku było uprawnione na mocy powyższego wezwania do wykazania spełniania warunku za pomocą doświadczenia wynikłego z innych zrealizowanych usług.

Również po otrzymaniu zaproszenia do negocjacji, w którego treści Zamawiający poinformował, że uważa dotychczas złożone dokumenty (a tym samym zawarte w nich informacje) za aktualne, Konsorcjum nie zaprzeczyło, że jest inaczej.

Niedługo przed uzgodnionym przez strony terminem podpisania umowy Zamawiający otrzymał mailowe doniesienie, z którego wynikało, że wspomniany obiekt ma powierzchnię 6350m<sup>2</sup>.

6 grudnia 2019 r. Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum o ustosunkowanie do treści otrzymanego maila, który w całości został zacytowany.

W odpowiedzi z 10 grudnia 2019 r. Konsorcjum bezpośrednio do treści maila się nie odniosło, stwierdzając jedynie, że *...dokumenty dot. referencji zostały złożone na etapie konkursowym w dniu 22 lutego 2019 – załącznik nr F12.*

11 grudnia 2019 r. Zamawiający, zaznaczając że nie uzyskał odpowiedzi na sformułowany zarzut, ponownie zwrócił się do Konsorcjum o jednoznaczne potwierdzenie, że budynek użyteczności publicznej P.I.S.U. Novara Centrum Innowacji Technologicznych ma powierzchnię użytkową 20 000 m<sup>2</sup>, jak Państwo oświadczyli zarówno na etapie wyjaśnień do Konkursu, jak i na etapie procedury zgodnej z pkt 3.6.3 Regulaminu Konkursu, a nie 6 350 m<sup>2</sup>, jak wskazane zostało w wiadomości z dnia 5 grudnia 2019 r.

W odpowiedzi udzielonej 13 grudnia 2019 r. Konsorcjum, powołując się na to, że powierzchnia całego projektu P.I.S.U. Novara Centrum Innowacji Technologicznych wynosi 20 tys. m<sup>2</sup>, na której znajduje się m.in. budynek (w domyśle użyteczności publicznej), zasugerowało, że jeżeli błędnie zinterpretowało warunek, przez co odmiennie zinterpretowało „rozważany obszar”, spełnia ten warunek, co wykazało w poprzednim piśmie.

Zawiadomienie o wykluczeniu Konsorcjum zawierało wskazanie podstawy prawnej i uzasadnienie faktyczne wskazujące na spełnienie przesłanek art. 24 ust. 2 pkt 17 pzp.

Reasumując Izba ustaliła, że:

- z treści warunku jednoznacznie wynika, że powierzchnia użytkowa budynku użyteczności publicznej ma wynosić co najmniej 15 tys. m<sup>2</sup>
- rozumienie terminu „powierzchnia użytkowa budynku” jest ustalone normatywnie, w szczególności rozporządzenie Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 25 kwietnia 2012 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego (Dz.U. z 2012 r. poz. 462) wskazuje na obliczanie powierzchni użytkowej zgodnie z normą PN-ISO 9836:1997,
- w konsekwencji, w szczególności dla profesjonalisty w zakresie projektów budowlanych jakim jest Konsorcjum, nie powinno to budzić żadnych wątpliwości, co należy rozumieć przez powierzchnię użytkową budynku,
- tymczasem w okresie od 12 września 2018 r. aż do 13 grudnia 2019 r. Konsorcjum konsekwentnie podtrzymywało, że wskazany przez nie na poczet spełniania tego warunku projekt dotyczył budynku użyteczności publicznej o powierzchni 20 tys. m<sup>2</sup>, przy czym dopiero na rozprawie jednoznacznie przyznało, że w rzeczywistości ów projekt nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, co w piśmie z 13 grudnia 2019 r. zostało jedynie zasugerowane,
- Zamawiający w wystarczający sposób, w tym adekwatnie przywołując zaistniałe okoliczności faktyczne, uzasadnił wykluczenie Konsorcjum.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Wszystkie zarzuty odwołania są niezasadne.

Sformułowanie w odwołaniu szeregu zarzutów związanych z badaniem przez Zamawiającego spełnienia przez Konsorcjum warunku udziału dotyczącego wiedzy i doświadczenia opiera się na założeniu, że należy brać pod uwagę wyłącznie postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki. Stąd punktem wyjścia w uzasadnieniu odwołania są rozważania przyporządkowane do tezy o odrębności konkursu od postępowania o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki oraz zrelacjonowanie przebiegu tylko tego ostatniego, poczynając od zaproszenia do negocjacji aż do zawiadomienia o wykluczeniu z niego i jego unieważnieniu. Tylko dzięki temu – abstrahowaniu od przebiegu konkursu w zakresie badania spełnienia przez Konsorcjum tożsamego co w postępowaniu w trybie zamówienia wolnej ręki warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia – możliwe było sformułowanie zarzutów zawartych w odwołaniu.

Stąd w pierwszej kolejności Izba potwierdza, że nieprzypadkowo powyżej ustalone, jako mające istotne znaczenie dla sprawy okoliczności faktyczne, obejmują zarówno fazę konkursu, jak i etap zamówienia z wolnej ręki. Zdaniem Izby z przepisów ustawy pzp wynika nierozzerwalne powiązanie konkursu i prowadzonego następnie postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli nagrodą w konkursie było zaproszenie autora wybranej pracy konkursowej do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki, co wprost przewiduje art. 111 ust. 1 pkt 3 pzp. Z kolei skorelowany z tym przepisem art. 67 ust. 1 pkt 2 pzp dopuszcza udzielenie zamówienia z wolnej ręki właśnie jeżeli przeprowadzono konkurs, o którym mowa w art. 110 pzp, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej. Przy czym art. 110 jest przepisem definiującym konkurs jako przyrzeczenie publiczne, w którym przez publiczne ogłoszenie zamawiający przyrzeka nagrodę za wykonanie i przeniesienie prawa do wybranej przez sąd pracy konkursowej, w szczególności z zakresu planowania przestrzennego, projektowania urbanistycznego, architektoniczno-budowlanego oraz przetwarzania danych. Skoro warunkiem *sine qua non* zaistnienia okoliczności uprawniającej do udzielenia zamówienia z wolnej ręki, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 2 pzp, jest uprzednie przeprowadzenie konkursu, jeżeli będzie on dotknięty wadami wpływającymi na jego wynik, odpadnie podstawa do udzielenia w trybie tego przepisu zamówienia z pominięciem trybów podstawowych {patrz art. 10 ust. 1 i 2 pzp trafnie przywołane w tym kontekście w odpowiedzi na odwołanie}.

Właśnie z taką sytuacją mamy do czynienia w tej sprawie – przed podpisaniem umowy w sprawie tego zamówienia z wolnej ręki okazało się, że będący przesłanką udzielenia w tym trybie konkurs obarczony jest wadą, która miała wpływ na jego

rozstrzygnięcie. Wybrana została bowiem praca konkursowa Konsorcjum, które nie powinno nawet zostać dopuszczone do tego konkursu, skoro na potwierdzenie spełniania warunku udziału w nim, pomimo zastosowania procedury z art. 26 ust. 3 pzp, zdecydowało się wskazać na nieprzydatne w tym celu doświadczenie. Co więcej, ponieważ konkurs został już zakończony, a niezależnie od tego Konsorcjum wyczerpało w jego toku tę jedyną prawnie dopuszczalną możliwość skorygowania potwierdzenia spełniania warunku udziału w nim, wada ta jest również nieusuwalna. Zatem nawet abstrahując od kwestii zasadności zastosowania względem Konsorcjum art. 24 ust. 2 pkt 17 pzp, przestała istnieć podstawa, aby udzielić mu zamówienia w trybie art. 67 ust. 1 pkt 2 pzp. Jeżeli tryb zamówienia z wolnej ręki został bowiem zastosowany z naruszeniem przepisów ustawy pzp, z mocy art. 146 ust. 1 pkt 1 pzp umowa w sprawie tego zamówienia publicznego podlegałaby unieważnieniu. Jest to jedna z tych sytuacji, do których wprost odsyła art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp, który nakazuje zamawiającemu unieważnić niezakończone jeszcze postępowanie obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Powiązanie tego rodzaju konkursu i wolnej ręki nie ogranicza się zatem, jak chciałby Odwołujący, do kwestii przedmiotu zamówienia, czyli regulacji z art. 116 ust. 1 pkt 5 pzp, który nakazuje określenie w regulaminie konkursu, w przypadku, o którym mowa w art. 111 ust. 1 pkt 3 pzp, zakres szczegółowego opracowania pracy konkursowej stanowiącego przedmiot zamówienia udzielanego w trybie zamówienia z wolnej ręki. Umknęło przy tym uwadze Odwołującego, że w przywołanym przez niego w odwołaniu cytacie z uzasadnienia uchwały z 8 maja 2015 r. sygn. akt KIO/KD 26/15 Izba wskazała właśnie na ścisłe powiązanie udzielenia zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 2 pzp z uprzednio przeprowadzonym konkursem, które przejawia się między innymi w regulacji z art. 116 ust. 1 pkt 5 pzp {naruszenie tego przepisu było akurat przedmiotem stwierdzonego w toku kontroli uchybienia, stąd ta kwestia była pierwszoplanowa przy rozpatrywaniu zastrzeżeń zamawiającego od wyników kontroli}, a nie wyłącznie w niej.

W okolicznościach sprawy nie można również pominąć, że zgodnie z art. 115 ust. 2 pkt 3 pzp w przypadku tego rodzaju konkursu ogłoszenie o nim musi określać wymagania, jakie muszą spełniać uczestnicy konkursu, przy odpowiednim zastosowaniu art. 22 pzp, z którego wynika w szczególności, że o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu i spełniają warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego w ogłoszeniu (ust. 1), w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia (ust. 1a), które to warunki mogą dotyczyć m.in. zdolności technicznej

lub zawodowej (ust. 1b pkt 3). Jednocześnie art. 116 ust. 2 pkt 6 pzp nakazuje zamawiającemu podanie w regulaminie konkursu informacji o oświadczeniach lub dokumentach, jakie mają dostarczyć uczestnicy konkursu w celu potwierdzenia stawianych im wymagań przy odpowiednim zastosowaniu art. 25 pzp, co oznacza, że zamawiający może żądać wyłącznie niezbędnych do przeprowadzenia postępowania (konkursu) oświadczeń lub dokumentów dotyczących potwierdzenia spełniania warunków udziału i brak podstaw do wykluczenia, o których mowa w ust. 1 pkt 1 i 3, wyszczególnionych w wydanym na podstawie ust. 2 rozporządzeniu wykonawczym. Natomiast oczywiste jest, że w ramach postępowania z wolnej ręki art. 22 i art. 25 ustawy pzp znajdują wprost zastosowanie. Zamawiający w oparciu o powyższe przepisy zdecydował się, jak już to powyżej wskazano, na ustalenie tożsamego warunku udziału w konkursie i wynikłym z niego postępowaniu w trybie z wolnej ręki, co spowodowało, że obie procedury w odniesieniu do oceny spełniania tego warunku faktycznie zostały ze sobą nierozzerwalnie powiązane. Należy podkreślić, że skoro Konsorcjum wzięło udział w konkursie, zaakceptowało tym samym jego regulamin, z którego wprost to wynikało.

Reasumując, z powyższych względów odmienne stanowisko Odwołującego należy uznać za nieprzekonującą próbę wybiórczego przedstawienia okoliczności prawnych i faktycznych dla uzasadnienia wniesionego odwołania.

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

- zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów {pkt 16};
- lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia {pkt 17}.

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

- jeżeli wykonawca był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji,



które wymagane były do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji, zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych na mocy art. 59 {lit. i};

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

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

W odróżnieniu od literalnego brzmienia art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp przepis art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE wprost odwołuje się do winy wykonawcy, który przez złożenie lub niezłożenie informacji poważnie wprowadził w błąd zamawiającego. Stąd w orzecznictwie sądów okręgowych na tle interpretacji art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp przy uwzględnieniu art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE z czasem skryształizowało się wręcz stanowisko, że wykluczenie może dotyczyć wyłącznie wykonawcy działającego z winy umyślnej. W szczególności Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 19 lipca 2012 r. (sygn. akt IV Ca 683/12) wskazał, że przepis ten ma zastosowanie w warunkach celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego. Zdaniem Sądu złożenie

nieprawdziwej informacji, ze skutkiem w postaci wykluczenia z postępowania, to czynność dokonana z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu czy niedbalstwa. Jeżeli ze stanu faktycznego wynika, że wykonawca w dniu składania ofert działał w dobrej wierze, nie sposób uznać, że jego celem było wprowadzenie zamawiającego w błąd. Z powyższego Sąd wywiódł, że nie będzie podstawą wykluczenia nieświadome wprowadzenie w błąd. Takie stanowisko sądów okręgowych nie pozostało bez wpływu na orzecznictwo Izby, które uprzednio nie wymagało dla wypełnienia hipotezy normy określonej w art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp umyślnego zawinienia wykonawcy.

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

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

lit. g dyrektywy 2004/18/WE, wymaga przypisania wykonawcy winy, jednak może to być również niedbalstwo. Izba zwróciła uwagę, że w praktyce wykazanie winy umyślnej wykonawcy jest niezwykle trudne, gdyż wymaga dowodów spoza dokumentacji o udzielenie zamówienia, które potwierdzałyby zamiar wprowadzenia w błąd zamawiającego, czyli że wykonawca wyobrażał sobie taki skutek i tego chciał, ewentualnie na to się godził. Uzyskanie takich dowodów, czy to przez prowadzącego postępowanie, czy też przez konkurenta jest mało prawdopodobne, gdyż wymaga dostępu do wewnętrznych dokumentów wykonawcy, ewentualnie uzyskania zeznań świadków. Natomiast wykonawca z łatwością może uwolnić się od odpowiedzialności oświadczając, że nie miał zamiaru wprowadzenia zamawiającego w błąd, a podanie nieprawdziwej informacji było wynikiem omyłki lub też niesprawdzenia informacji uzyskanej od kogoś innego. Zupełnie inaczej przedstawia się możliwość przypisania wykonawcy niedbalstwa, czyli niedołożenia należytej staranności przy podawaniu zamawiającemu wprowadzających w błąd informacji. Na podstawie art. 14 pzp do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, a zgodnie z art. 355 § 1 kc dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności {por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r. sygn. akt IV CK 151/03}. Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności {por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r. sygn. akt V CK 311/02}. Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 kc precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości.

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

w art. 24 ust. 1 pkt 16 pzp.

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

Zarówno w przypadku dawnego art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp jak i obecnie obowiązujących art. 24 ust. 1 pkt 17 i 18 pzp skutek złożenia przez wykonawcę nieprawdziwych czy niepełnych, czyli wprowadzających w błąd informacji przejawia się w tym, że gdyby wykonawca przedstawił prawdziwe lub pełne informacje, zamawiający podjąłby inną decyzję w prowadzonym postępowaniu. Przy czym należy zaznaczyć, że decyzje odnośnie spełniania warunków udziału w postępowaniu, braku podstaw do wykluczenia, zakwalifikowania do udziału w postępowaniu zamawiający podejmuje na podstawie oświadczeń i dokumentów przedstawionych przez wykonawcę. W tym sensie na potrzeby prowadzonego postępowania znaczenie ma, czy wykonawca formalnie wykazał w ten sposób spełnianie warunków udziału, kryteriów kwalifikacji czy brak podstaw do wykluczenia. Natomiast zamawiający nie ma obowiązku ustalania tzw. prawdy materialnej tzn., czy biorąc pod uwagę najlepszy możliwy sposób wykazania tych okoliczności przez wykonawcę, obiektywnie spełnia on warunki, kryteria kwalifikacji lub nie podlega wykluczeniu. Skoro według art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp z postępowania wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału lub nie wykazał braku podstaw do wykluczenia, nie ma podstaw

prawnych, aby skutek wprowadzenia w błąd zamawiającego odnosić do innego stanu rzeczy niż wynikający ze złożonych przez wykonawcę w postępowaniu oświadczeń lub dokumentów.

Z poczynionych powyżej ustaleń wynika jednoznacznie, że Konsorcjum, po pierwsze – przedstawiło informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, gdyż, po drugie, działało niedbale przy wykazywaniu spełnienia określonego w sposób jednoznaczny warunku udziału dotyczącego wiedzy i doświadczenia i, po trzecie, miało to istotny wpływ na decyzje podjęte przez Zamawiającego w toku konkursu i wynikłego z niego postępowaniu o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki. Działając w powyższy sposób Konsorcjum wręcz zniweczyło przeprowadzony konkurs, gdyż na skutek wprowadzenia w błąd Zamawiającego wygrało konkurs, pomimo że faktycznie nie wykazało spełniania obowiązującego w nim warunku udziału w postępowaniu. W konsekwencji zniweczyło również możliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy na opracowanie pracy konkursowej. Zamawiający, pomimo pomyślnego zakończenia negocjacji z Konsorcjum, nie mógł już bez naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 10 ust. 2 ustawy pzp zawrzeć umowy ani z nim, ani z innym wykonawcą, który uczestniczył w zakończonym konkursie. Dlatego zdaniem Izby nie ma wątpliwości, że w tej sprawie zostały wypełnione przesłanki wykluczenia Konsorcjum na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 17 pzp.

Należy zauważyć, że gdyby okoliczność złożenia nieprawdziwych informacji ujawniła się w toku konkursu, Konsorcjum zostałoby z niego wykluczone na tej samej podstawie prawnej, a tym samym inny byłby wynik konkursu, co otworzyłoby drogę do udzielenia zamówienia innemu wykonawcy, umożliwiając Zamawiającemu zrealizowanie celu, dla którego ogłosił konkurs w trybie art. 111 ust. 1 pkt 3 pzp. Natomiast zgodnie z logiką prezentowaną przez Odwołującego wykrzywie przez Zamawiającego dopiero na etapie postępowania w trybie z wolnej ręki, co wyrządziło Zamawiającemu znacznie więcej szkody, miałoby uchylać możliwość zastosowania względem Konsorcjum art. 24 ust. 2 pkt 17 pzp. Również ten paradoks pokazuje, że przyjęcie interpretacji Odwołującego, zgodnie z którą procedurę konkursu i postępowanie w trybie z wolnej ręki należy oceniać odrębnie, prowadziłoby do rezultatów nie do zaakceptowania – wyłączenia zastosowania tej podstawy wykluczenia. Nie sposób przyjąć, że z uwagi na ujawnienie się nieprawdziwości informacji po zakończeniu konkursu, Konsorcjum przysługuje na etapie postępowania z wolnej ręki dobrodziejstwo wykazania w trybie art. 26 ust. 3 pzp (czy art. 26 ust. 2f pzp), że spełnia warunek udziału (ewentualnie po uprzednim przeprowadzeniu procedury tzw. samooczyszczenia, o której mowa w art. 24 ust. 8 pzp), gdyż godziłoby to w podstawowe zasady wynikające z art. 7 ust. 1 pzp, który nakazuje zamawiającemu przygotowanie

i przeprowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Izba podziela stanowisko konsekwentnie prezentowane w orzecznictwie, że nieprawdziwej informacji mającej wpływ na wynik postępowania nie można zastępować informacją prawdziwą w trybie art. 26 ust. 3 pzp. Jeżeli wykonawca winny jest poważnego wprowadzenia w błąd nieprawdziwym oświadczeniem lub dokumentem, nie można jednocześnie twierdzić, że takie oświadczenie lub dokument zawiera błąd dotyczący braku potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu. W takim przypadku oświadczenie lub dokument wręcz potwierdzają spełnianie warunku, tyle że za pomocą informacji, która okazała się nieprawdziwa, a nie niepełna. Należy zauważyć, że ustawa pzp w art. 24 ust. 2 w pkt 12 i 17 statuuje odrębne i niezależne od siebie podstawy wykluczenia z postępowania, a zatem wykluczenie za złożenie nieprawdziwych informacji w dokumentach złożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu nie musi się wiązać z wykluczeniem za niewykazanie spełniania tych warunków. Odmienne stanowisko oznaczałoby również, że w ramach oceny wpływu nieprawdziwej informacji na decyzję zamawiającego mieści się badanie, czy wykonawca, który wprowadził w błąd zamawiającego, był już wzywany do uzupełnienia dokumentów. W konsekwencji prowadziłoby to do takiej interpretacji art. 24 ust. 2 pkt 17 pzp, zgodnie z którą nie podlega wykluczeniu wykonawca, jeżeli po raz pierwszy w danym postępowaniu wprowadził w błąd zamawiającego (tzn. nie był np. wzywany do zastąpienia nieprawdziwej informacji potwierdzającej spełnianie warunku udziału prawdziwą informacją potwierdzającą spełnianie tego warunku), który na tej podstawie podjął decyzję (np. o spełnieniu przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu).

Dodatkowo w okolicznościach rozpoznawanej sprawy, jak to już powyżej ustalono, nieprawdziwe informacje, które wprowadziły w błąd Zamawiającego, który na ich podstawie pozytywnie zweryfikował spełnianie przez Konsorcjum warunku udziału dotyczącego wiedzy i doświadczenia, zostały zawarte w JEDZ złożonym już na skutek zastosowania art. 26 ust. 3 pzp. Nie ma przy tym znaczenia, jaka była przyczyna wezwania do uzupełnienia, gdyż jednokrotność uzupełniania tego samego braku (w tym przypadku niewykazania spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia) w trybie art. 26 ust. 3 pzp jest konsekwentnie wskazywana w doktrynie i orzecznictwie przy interpretacji tego przepisu, gdyż służy zapewnieniu przestrzeganiu uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności, czyli podstawowych zasad postępowania z art. 7 ust. 1 pzp.

Art. 26 ust. 2f pzp nie ustanawia konkurencyjnej względem art. 26 ust. 3 pzp podstawy do uzupełnienia dokumentów, gdyż zakres zastosowania tych przepisów dotyczy zupełnie innych sytuacji. Art. 26 ust. 2f pzp należy rozpatrywać w kontekście art. 26 ust. 1 pzp, jako wyjątek od zasady, że w przypadku tzw. procedury odwróconej zamawiający wzywa tylko wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia oświadczeń lub dokumentów m.in. na potwierdzenie spełniania warunków udziału, gdyż jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania, zamawiający może na każdym etapie postępowania wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych oświadczeń w tym zakresie, a także jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio oświadczenia lub dokumenty nie są już aktualne. Konsorcjum było już wzywane zgodnie z regulaminem konkursu do złożenia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku udziału dotyczącego wiedzy i doświadczenia, a nawet wzywane do ich wyjaśnienia lub uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 pzp. Jednocześnie Zamawiający nie miał żadnych podstaw, aby uznać podtrzymaną w wyniku tej procedury przez Konsorcjum treść wykazu usług (wraz z załączonymi referencjami) za nieaktualną. Jak przytomnie zauważył Zamawiający, obiektywnie nie jest możliwe, aby powierzchnia użytkowa konkretnego wybudowanego budynku uległa kilkukrotnemu zmniejszeniu, chyba że budynek został poddany przebudowie. Przede wszystkim utraty aktualności, o której mowa w art. 26 ust. 2f pzp, nie można utożsamiać z wyjściem na jaw, że złożone dotychczas dokumenty zawierały nieprawdziwe informacje.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 8 pzp w zw. z art. 26 ust. 3 pzp należy dodać, że jak trafnie wskazuje się w doktrynie i orzecznictwie, nie wszystkie podstawy wykluczenia – z powodu swojego charakteru – będą podlegały eliminacji w drodze skutecznej instytucji tzw. self-cleaning (tzw. samooczyszczenia). Zakładając, że środki zaradcze powinny być skuteczne jeszcze przed terminem weryfikacji podmiotowej wykonalności, wszelkie podstawy wykluczenia wiążące się z naruszeniami w trakcie prowadzonego postępowania przetargowego – takie jak np. wprowadzenie w błąd zamawiającego lub nienależyte wpływianie na proces podejmowania decyzji w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – nie będą podlegały naprawieniu [zob. A. Sołtysińska, *Prawo Zamówień Publicznych*, nr 2 z 2016 r.] Izba podziela stanowisko, że wprowadzenie zamawiającego w błąd uzasadniające wykluczenie wykonawcy stoi na przeszkodzie zastosowaniu art. 26 ust. 3 pzp, a w konsekwencji art. 24 ust. 8 pzp w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia. W takim przypadku zamawiający nie ma obowiązku umożliwienia wykonawcy złożenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów na potwierdzenie jego rzetelności [zob. uzasadnienie wyroku Izby z 22 sierpnia 2007 r. sygn.

akt KIO 1638/17]. Inaczej rzecz ujmując art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp ma stanowić dla zamawiającego gwarancję, że realizacja zamówienia nie zostanie powierzenia wykonawcy nierzetelnemu. Ten nadrzędny cel przesądza o tym, że efekty procedury samooczyszczenia muszą być dostępne dla zamówienia udzielanego w postępowaniu, w którym zamawiający właśnie bada, czy wykonawca jest wykonawcą rzetelnym, czy też nie i należy go wykluczyć. Stąd w przypadku więc przesłanki wykluczenia z tego przepisu należy uznać, że dopuszczalność samooczyszczenia aktualizuje się dopiero w kolejnym postępowaniu, gdyż dopiero 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) [zob. uzasadnienie wyroku Izby z 25 stycznia 2019 r. sygn. akt KIO 2614/18].

Niezależnie od powyższego, jak wskazała Izba w uzasadnieniu wyroku z 28 lutego 2019 r. sygn. akt KIO 274/18, istotą samooczyszczenia jest dobrowolna chęć naprawy szkody przez wykonawcę. Artykuł 24 ust. 8 pzp wskazuje, że z inicjatywą samooczyszczenia musi wystąpić wykonawca. Potwierdza to art. 24 ust. 9 tej ustawy – wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8. Łączna interpretacja art. 24 ust. 8 i 9 pzp prowadzi do wniosku, że to wykonawca ma wystąpić z inicjatywą samooczyszczenia i przedstawić zamawiającemu dokumenty dające mu podstawę do odstąpienia od obowiązku wykluczenia tego wykonawcy. Procedura wskazana w art. 24 ust. 8 pzp służy dobrowolnemu naprawieniu szkody – wykonawca winny wprowadzenia w błąd musi się do tego przyznać, zanim fakt ten uświadomi sobie zamawiający. W przeciwnym wypadku zastosowanie mają art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 pzp, które nie przewidują możliwości zaoferowania wykonawcy drugiej szansy. Wykonawca powinien zatem: 1) poinformować o zdarzeniu zamawiającego, 2) wskazać jakie informacje są nieprawdziwe bądź nierzetelne, 3) wyjaśnić okoliczności w jakich doszło do ich przekazania zamawiającemu, 4) wskazać sposób w jaki na przyszłość wykonawca ma zamiar zabezpieczyć się przed powtórzeniem się tego rodzaju sytuacji, w tym ewentualnie poinformować czy i jakie konsekwencje służbowe wykonawca wyciągnął wobec odpowiedzialnych za wprowadzenie zamawiającego w błąd pracowników, 5) przekazać informacje rzetelne w miejsce nieprawidłowych.

Resumując, samooczyszczenie nie jest możliwe w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym wykonawca spowodował zaistnienie przesłanki z art. 24 ust. 2 pkt 17 pzp, a jego punktem wyjścia jest przyznanie się i pełne wyjaśnienie okoliczności, w jakich



doszło do wprowadzenia w błąd zamawiającego. Tymczasem na podstawie odwołania, w którym Konsorcjum konsekwentnie twierdzi, że nie wprowadziło Zamawiającego w błąd i nie zajmuje jednoznacznego stanowiska co do tego, czy wskazana w JEDZ i wykazie usługa nie potwierdza spełnienia warunku w odniesieniu do powierzchni użytkowej budynku (doszło do tego dopiero na rozprawie), nie sposób stwierdzić, czego miałyby dotyczyć w tym przypadku samooczyszczenie z art. 24 ust. 8 pzp, które m.in. polega na wyczerpującym wyjaśnieniu stanu faktycznego.

Uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp w zw. z art. 145a pkt 2 pzp, jak wszystkich zarzutów, bazuje na tym samym błędnym założeniu, że zamówienie udzielane w trybie art. 67 ust. 1 pkt 2 pzp można traktować zupełnie odrębnie w stosunku do konkursu, z którego wynika zaproszenie do udziału w tym postępowaniu. Nic nie wnosi do sprawy powołanie się na definicję postępowania zawartą w słowniku pojęć ustawy pzp. Przede wszystkim oczywiście błędne jest stanowisko Odwołującego, że nie ma podstaw prawnych, aby na aktualnie prowadzone postępowanie miał wpływ rozstrzygnięty uprzednio konkurs, gdyż, jak to już powyżej rozstrzygnięto, istnieje tu ścisłe powiązanie wynikające z regulacji szczególnych w stosunku do ogólnej definicji na wstępie ustawy.

Z tych względów Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis.