

Sygn. akt: KIO 1124/19

WYROK
z dnia 4 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lipca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 czerwca 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **BBC Best Building Consultants Sp. z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. z siedzibą w Warszawie, BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. z siedzibą w Żyrardowie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Wojskową Akademię Techniczną im. Jarosława Dąbrowskiego z siedzibą w Warszawie** przy udziale wykonawcy **Locum M. P. Spółka komandytowa z siedzibą w Kaliszu**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie** i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie wykonawcy **Locum M. P. Spółka komandytowa z siedzibą w Kaliszu** z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych a w konsekwencji odrzucenie oferty tego wykonawcy, jako złożonej przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu;
2. kosztami postępowania w wysokości **18 600 zł. 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) obciąża zamawiającego, i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł. 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę w wysokości **18 600 zł. 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania i kosztów zastępstwa procesowego przed Izbą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – **Wojskowa Akademia Techniczna im. Jarosława Dąbrowskiego z siedzibą w Warszawie** prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej na budowę Centrum Innowacji Wydziału Cybernetyki”, znak sprawy 20/DIR/2019 - dalej: „Postępowanie” lub „Zamówienie”.

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) – dalej „ustawa Pzp”. W dniu 6 marca 2019 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2019/S 046-105643.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **BBC Best Building Consultants Sp. z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. z siedzibą w Warszawie, BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. z siedzibą w Żyrardowie** (zwani dalej „odwołującym” lub „Konsorcjum BBC”), działając na podstawie art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 i 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, wnieśli odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego w postępowaniu polegającej na: zaniechaniu wykluczenia LOCUM M. P. Spółka komandytowa (dalej: „LOCUM”) i uznania jego oferty za odrzuconą; dokonaniu wyboru - jako oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez LOCUM, mimo że wykonawca ten podlega wykluczeniu, a jego oferta powinna być uznana za odrzuconą oraz ewentualnie zaniechania wezwania LOCUM do uzupełnienia wymaganych w postępowaniu dokumentów.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia LOCUM z postępowania pomimo, że wykonawca ten wprowadził (w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa) zamawiającego w błąd, przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej i zawodowej w zakresie posiadanego doświadczenia i zaniechania uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą;
2. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia LOCUM z postępowania w związku z tym, że wykonawca ten przedstawił (w wyniku

lekkomyślności lub niedbalstwa) informacje wprowadzające w błąd zamawiającego mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego bowiem dotyczące posiadanej przez LOCUM zdolności technicznej i zawodowej w zakresie posiadanego doświadczenia i zaniechania uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą; ewentualnie

3. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy LOCUM do uzupełnienia wymaganych w Postępowaniu oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dotyczącego doświadczenia, określonego w pkt 4.3).1. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, tj. wykazu usług oraz dokumentów potwierdzających należytą ich realizację;
4. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu, która powinna zostać uznana za odrzuconą.

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. powtórzenia czynności oceny ofert oraz uznania, że LOCUM podlega wykluczeniu, a jego oferta podlega odrzuceniu;
ewentualnie
2. uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności o oceny ofert oraz wezwania LOCUM do uzupełnienia wymaganych w postępowaniu oświadczeń i dokumentów tj. wykazu usług oraz dokumentów potwierdzających należytą ich realizację;
oraz:
3. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego od zamawiającego na rzecz odwołującego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, zgodnie z przedłożoną na rozprawie fakturą.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania.

Wskazał, że zamawiający w SIWZ, pkt 4.3).1. SIWZ (4. Warunki, których spełnienie wymagane jest od wykonawców), postawił warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w brzmieniu: „Zamawiający uzna spełnienie warunku, jeżeli wykonawca w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: wykonał co najmniej 2 zadania polegające na opracowaniu dokumentacji projektowo - kosztorysowej dla budynków szkolno - laboratoryjnych i/lub 2 zadania polegające na opracowaniu dokumentacji projektowo - kosztorysowej robót remontowych obiektów szkolno - laboratoryjnych na kwotę co najmniej

300 000,00 zł. brutto każde zadanie oraz załączy dowody określające, że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie - przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert." Zamawiający, odpowiadając w toku postępowania na pytania wykonawców, nie wyraził zgody na złagodzenie warunku ani w zakresie charakteru projektowanego budynku (szkolno - laboratoryjny) ani w zakresie okresu ocenianego doświadczenia.

Wykonawca LOCUM, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, skierowane do niego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, przedłożył zamawiającemu „Wykaz wykonanych w okresie ostatnich trzech lat usług” (dalej: „Wykaz”), w którym wyszczególnił 6 zrealizowanych usług oraz przedstawił dowody należytego ich wykonania bądź - w ich miejsce - oświadczenia własne. Dokumenty te, w ocenie odwołującego, zawierają szereg informacji niezgodnych ze stanem faktycznym i/lub nie mogą być uznane za potwierdzające spełnianie warunku ustanowionego przez zamawiającego.

Pierwsza z wymienionych w Wykazie usługa zrealizowana została na rzecz Politechniki Wrocławskiej. Na potwierdzenie jej należytej realizacji LOCUM załączył oświadczenie własne z 23 maja 2019 r. w którym wskazał, iż zamówienie wykonał należycie. Podkreślenia wymaga, że LOCUM nie posłużył się tu żadnym dokumentem pochodzącym od zamawiającego - Politechniki Wrocławskiej (np. referencją lub protokołem odbioru) mimo, że z pewnością stosowny dokument posiada lub mógł uzyskać. Posłużenie się przez LOCUM oświadczeniem własnym wynika z faktu, że w istocie ww. usługa nie została wykonana należycie. Za należyte wykonanie zamówienia można uznać wykonanie go nie tylko właściwie merytorycznie (zgodnie z zasadami sztuki budowlanej itp.) ale również zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego, wyrażanymi w umowie. Do oczekiwań tych należy niewątpliwie wyznaczony termin realizacji umowy. Tymczasem z informacji posiadanych przez odwołującego, które zostaną udowodnione na rozprawie wynika, że ww. usługa nie została wykonana należycie, albowiem aż 57 dni po wyznaczonym terminie, za co zamawiający naliczył LOCUM kary umowne. Odnosząc się w tym miejscu do charakteru kar umownych odwołujący wskazał, że z art. 483 Kodeksu cywilnego wynika, iż strony mogą zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara

umowna). Z przepisu tego wynika wprost, że kara umowna jest efektem niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez jedną ze stron. Okoliczność, że nieterminowa realizacja zamówienia oznacza brak należytego wykonania potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Tym samym LOCUM, mając wiedzę, iż wykonał zamówienie nienależycie, za co zapłacił karę umowną, w sposób zamierzony (ewentualnie w warunkach rażącego niedbalstwa) przedstawił zamawiającemu oświadczenie własne zawierające informację nie mającą odzwierciedlenia w stanie faktycznym, dotyczącą spełniania warunku w zakresie posiadanego doświadczenia, co odpowiada dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp. W najkorzystniejszym dla oceny działania LOCUM scenariuszu uznać należałoby, że w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, bowiem dotyczące posiadanej przez LOCUM zdolności technicznej i zawodowej, co z kolei odpowiada dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Druga z wymienionych w Wykazie usług usługa zrealizowana została na rzecz Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie. Na potwierdzenie należytej jej realizacji LOCUM załączył oświadczenie własne z 26 kwietnia 2019 r., oraz protokół odbioru. Zarówno w Wykazie, jak i w ww. oświadczeniu własnym LOCUM oświadczyło, iż wynagrodzenie za opracowanie dokumentacji projektowo - kosztorysowej wynosiło 300 120,00 zł. brutto. Z treści cytowanego wcześniej warunku udziału w postępowaniu wynika, że zamawiający brał pod uwagę zadania polegające na opracowaniu dokumentacji projektowo - kosztorysowej na kwotę co najmniej 300 000,00 zł brutto każde zadanie. Z kolei z ogłoszenia o udzieleniu zamówienia dla tego zadania, zamieszczonego w BZP wynika, że kwota 300 120,00 zł. brutto stanowiła całość wynagrodzenia wykonawcy za ww. usługę. W swych oświadczeniach LOCUM pomija zupełnie, iż zamówienie obejmowało, zgodnie z ww. ogłoszeniem: „Wykonanie kompleksowej dokumentacji pn. Multidyscyplinarne Centrum Badawcze Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie przy ul. Marii Konopnickiej 1, 05-092 Dziekanów Leśny wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę inwestycji oraz nadzorem autorskim”. Oznacza to, że ww. kwota, wskazana przez LOCUM jako wynagrodzenie za „wykonanie dokumentacji projektowo - kosztorysowej” obejmowała także usługi w zakresie uzyskania pozwolenia na budowę oraz nadzoru autorskiego. Zarówno w Wykazie jak i oświadczeniu o należytych wykonaniu jako przedmiot usługi LOCUM podaje wyłącznie wykonanie dokumentacji, jednocześnie wpisuje wynagrodzenie nie tylko za powyższy zakres usługi (które zostało w umowie wyodrębnione), ale także za nadzór autorski, który będzie realizowany na etapie prac budowlanych. Jak wynika z informacji uzyskanej przez odwołującego, która zostanie udowodniona na rozprawie, wartość usługi opracowania dokumentacji projektowo - kosztorysowej dla UKSW wynosiła 285 360,00 zł.

brutto, a więc nie przekraczała progu ustanowionego przez zamawiającego, tj. 300 000,00 zł. brutto. LOCUM przedstawia zresztą zamawiającemu „Protokół odbioru dokumentacji projektowej” odnoszący się wyłącznie do odbioru dokumentacji projektowej, stanowiący „podstawę do wystawienia faktury końcowej za realizację dokumentacji projektowej” (vide pkt 12 ww. Protokołu), a nie dokument poświadczający zakończenie realizacji umowy jako całości (do czego odnosi się podana wartość). Odwołujący podkreślił, że usługi nadzoru autorskiego nad realizacją tej inwestycji nie zostały, do chwili obecnej zrealizowane, a LOCUM nie otrzymało za nie wynagrodzenia. UKSW ogłosił postępowanie na wykonanie robót budowlanych na podstawie projektu w dniu 26 grudnia 2018 r. (ogłoszenie w DZ.U.UE nr 2018/S 248-572269) a 26 kwietnia 2019 r. postępowanie unieważnił. Skoro więc nie rozpoczęły się prace budowlane na podstawie wykonanego przez LOCUM projektu, to nie ma możliwości, by LOCUM zrealizowało usługę nadzoru inwestorskiego i otrzymało za nią wynagrodzenie. Tym samym, wynagrodzenie LOCUM za usługę wymienioną w poz. 2 Wykazu wyniosło 285 360,00 zł brutto a nie - jak wskazał LOCUM w wykazie 300 120,00 zł. Jest oczywistym, że wartość faktury, jaką LOCUM wystawiło UKSW za opracowanie ww. dokumentacji jest LOCUM znana, a posługiwanie się kwotą 300 120,00 zł. w odniesieniu do wartości usługi obejmującej opracowanie dokumentacji stanowiło nadużycie, którego celem było wprowadzenie zamawiającego w błąd, co do doświadczenia LOCUM. Informacje zostały podane w taki sposób, by zamawiający miał przekonanie, że LOCUM zrealizowało usługę opracowania dokumentacji projektowo - kosztorysowej o wartości przekraczającej 300 000,00 zł., podczas gdy usługa ta miała mniejszą wartość. W żadnym razie LOCUM nie otrzymało od UKSW wynagrodzenia za wykonanie usługi ujętej w pkt 2 wykazu przekraczającego wymagane 300 000,00 zł. Tym samym LOCUM, w sposób instrumentalny, zamierzony (ewentualnie w warunkach rażącego niedbalstwa) przedstawił zamawiającemu oświadczenia własne zawierające informację nie mającą odzwierciedlenia w stanie faktycznym, dotyczącą spełniania warunku w zakresie posiadanego doświadczenia (wartości zrealizowanych dla UKSW usług opracowania dokumentacji), co odpowiada dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp. W najkorzystniejszym dla oceny dziania LOCUM scenariuszu uznać należałoby, że w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, co z kolei odpowiada dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Trzecia z wymienionych w Wykazie usługa zrealizowana została, wedle informacji ujętych w Wykazie, na rzecz OMEGA Sp. z o.o. Na potwierdzenie należytej realizacji LOCUM przedstawiło zamawiającemu referencję z dnia 1 marca 2019 r., zgodnie z którą wykonany

projekt dotyczył ośrodka szkoleniowo - laboratoryjno-badawczego Omega przy ul. Kaliskiej w Szale. Wskazano też, że obiekt ma bezpośredni dostęp do jeziora. Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie KRS, OMEGA Sp. z o.o. posiada 2 wspólników a 48% udziałów w OMEGA Sp. z o.o. ma LOCUM. Oznacza to, że ww. dokument referencji wystawiony został przez spółkę, której LOCUM jest współudziałowcem. Prezesem Zarządu OMEGA Sp. z o.o. jest Pan J. P., a jednym z członków Rady Nadzorczej – M. P. . Ta sama M. P. jest w LOCUM komplementariuszem reprezentującym spółkę jednoosobowo. Świadczy to o bliskich powiązaniach LOCUM i wystawcy referencji - osobowych i kapitałowych. Co również istotne, ww. ośrodek, wedle oświadczenia LOCUM zaprojektowany w 2017 roku, nie istnieje. Nie posiada strony internetowej, brak jest jakichkolwiek informacji o ośrodku w internecie (występują tylko informacje o spółce OMEGA Sp. z o.o. zawierające jej dane rejestrowe), pod wskazanym adresem nad jeziorem na zdjęciach satelitarnych brak jest śladów wskazujących na rozpoczęcie budowy. Co więcej, budynek, który wedle oświadczenia OMEGA Sp. z o.o. został zaprojektowany przez LOCUM nie stanowi budynku szkolno - laboratoryjnego. Sama OMEGA Sp. z o.o. wskazuje, że przedmiotem referencji jest "ośrodek szkoleniowo - laboratoryjno - badawczy", a "w programie obiektu znalazły się m.in. sale szkoleniowe, sale konferencyjne, hotel, laboratoria". Tymczasem obiektu o charakterze szkoleniowo / konferencyjno / hotelowym nie można zakwalifikować jako obiekt szkolny. Tym samym LOCUM, w sposób zamierzony (ewentualnie w warunkach niedbalstwa) przedstawił zamawiającemu oświadczenia własne, zawierające informację nie mającą odzwierciedlenia w stanie faktycznym, dotyczącą spełniania warunku w zakresie posiadanego doświadczenia (opracowania projektu ośrodka Omega w Szale), co odpowiada dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp. W najkorzystniejszym dla oceny dziania LOCUM scenariuszu uznać należałoby, że w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, co z kolei odpowiada dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Czwarta z wymienionych w Wykazie usługa zrealizowana została na rzecz Miasta Jastarnia i dotyczyła wykonania dokumentacji przebudowy i rozbudowy budynku kompleksu edukacyjno - sportowego w Jastarni. Na potwierdzenie należytej jej realizacji LOCUM załączył oświadczenie własne z 23 maja 2019 r. Podkreślenia wymaga, że LOCUM nie posłużył się tu żadnym dokumentem pochodzącym od zamawiającego - Miasta Jastarnia (np. referencją lub protokołem odbioru) mimo, że z pewnością stosowny dokument mógł uzyskać. Posłużenie się przez LOCUM oświadczeniem własnym wynika z faktu, że w istocie ww. usługa została zrealizowana w 2009 roku (termin realizacji wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu w BZP to 22 czerwca 2009 r.), a jej wartość wynosi 179 000,00 zł. (bez VAT),

a 218 380,00 zł. brutto (z uwzględnieniem obowiązującej wówczas 22% stawki VAT). Powyższe potwierdza ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zamieszczone w BZP numer: 123984 - 2009; data zamieszczenia: 28 kwietnia 2009 r. oraz ogłoszenie o zamówieniu numer: 70470 - 2009; data zamieszczenia: 20 marca 2009 r. Z ogólnodostępnych informacji, zawartych na stronie internetowej miasta Jastarnia wynika, iż harmonogram realizacji prac budowlanych na podstawie projektu przewidywał rozpoczęcie prac w maju 2010 r, a zakończenie w marcu 2011 r. Pozyskana w trybie dostępu do informacji publicznej umowa LOCUM z Miastem Jastarnia dotycząca ww. usługi (Umowa Nr 342/05/09 z dnia 27 kwietnia 2009 r.) wskazuje także, iż wynagrodzenie LOCUM wyniosło 218 380,00 zł. brutto, a termin realizacji – 22 czerwca 2009 r. Odwołujący podnosił również, że umowa LOCUM z Miastem Jastarnia, w par. 3 ust. 2 i 4 oraz par. 4 ust. 2 wyraźnie wskazuje, iż po zakończeniu prac strony sporządziły protokół zdawczo - odbiorczy, będący podstawą rozliczenia. Brak przedstawienia powyższego dokumentu zamawiającemu i zastąpienie go oświadczeniem własnym dowodzi, iż LOCUM intencjonalnie wprowadził zamawiającego w błąd. Powyższy protokół zawiera bowiem z pewnością datę odbioru, która nie pokrywa się z datą wskazaną na oświadczeniu. Nie dość, że LOCUM przedstawia zamawiającemu fałszywe oświadczenie dot. daty realizacji i wartości usługi, budynek z poz. 4 Wykazu nie stanowi budynku szkolno - laboratoryjnego, bowiem nie posiada on laboratorium. Mimo to, w Wykazie i oświadczeniu LOCUM wskazało, iż projekt dotyczył budynku szkolno - laboratoryjnego. Zwracał również uwagę, że w 2016 roku Miasto Jastarnia zleciło LOCUM wykonanie dokumentacji projektowej termomodernizacji budynku Hali Widowiskowo-Sportowej o wartości 31 000,00 zł. netto oraz termomodernizacji i remontu budynku remizy OSP w Jastarni o wartości 39 000,00 zł. netto, nie sposób jednak uznać, iż uzasadnia to potraktowanie ww. trzech usług łącznie i ujęcie ich wartości w Wykazie dotyczącym usługi realizowanej na podstawie umowy z 2009 roku. Tym samym LOCUM, w sposób zamierzony (ewentualnie w warunkach rażącego niedbalstwa) przedstawił zamawiającemu oświadczenia własne zawierające informację nie mającą odzwierciedlenia w stanie faktycznym, dotyczącą spełniania warunku w zakresie posiadanego doświadczenia (terminu opracowania, wartości opracowania projektu przebudowy i rozbudowy budynku kompleksu edukacyjno - sportowego w Jastarni oraz charakteru tego budynku), co odpowiada dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp. Podkreślenia również wymaga, że informacje podawane w postępowaniu o zamówienie są oświadczeniami wiedzy składanymi w sposób celowy, w odpowiedzi na warunki określone przez zamawiającego, zatem ich podanie winno być rozpatrywane w kategorii staranności wymaganej w danych okolicznościach, z uwzględnieniem profesjonalnego, zawodowego charakteru powadzonej przez wykonawców działalności. W tym przypadku nie sposób nawet rozważyć uznanie, że LOCUM przedstawiło informacje wprowadzające w błąd

zamawiającego w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa. Już same informacje ujęte w poz. 4 Wykazu złożonego przez LOCUM są zatem wystarczające do stwierdzenia, iż LOCUM podlega wykluczeniu z postępowania.

Z kolei odniesieniu do usług wymienionych w pkt 5 i 6 Wykazu, odwołujący wskazywał, iż wedle Wykazu usługi zostały zrealizowane wcześniej niż w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert, co oznacza, iż nie mogą być one brane pod uwagę, przy ocenie spełniania warunku ujętego w pkt 4.3). 1. SIWZ.

Podsumowując stwierdził, że w niniejszej sprawie nieprawdziwe informacje złożone zostały poprzez ich wyraźne podanie w sporządzanym przez LOCUM Wykazie oraz oświadczeniach o należytych wykonaniu. LOCUM celowo w bardzo ograniczonym zakresie sięgało do dokumentów pochodzących od zamawiających, zastępując je oświadczeniami własnymi. Podkreślał, że w kwestionowanych dokumentach LOCUM opisywał realizowane przez siebie (własne) usługi, co do których dysponuje on pełną wiedzą i pełną dokumentacją (zarówno co do rodzaju budynku, jak i wartości usługi opracowania dokumentacji, czy terminu wykonania). Tym samym, nie sposób nie przyjąć, że wprost nieprawdziwe informacje nie zostały ujęte w złożonych przez wykonawcę oświadczeniach w wyniku zamierzonego działania, ukierunkowanego na wywołanie u zamawiającego błędnego przekonania, że LOCUM posiada wymagane doświadczenie, a co najmniej w wyniku rażącego niedbalstwa, w rozumieniu zaprezentowanym powyżej. Z uwagi na charakter podanych informacji i sposób ich prezentacji a także skalę nieprawidłowości brak jest jakichkolwiek okoliczności łagodzących, mogących prowadzić do obniżenia stopnia winy składającego oświadczenie.

W zakresie zarzutu ewentualnego naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, z daleko idącej ostrożności, na wypadek uznania przez Izbę, że nie ma podstaw do zastosowania wobec LOCUM art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp (z czym - wobec skali przedstawionych informacji nie opierających się na prawdzie i stopnia, w jakim odbiegają one od rzeczywistości - nie sposób się zgodzić) odwołujący podniósł, że wykonawca LOCUM musiałby zostać wezwany do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Wykonawca w postępowaniu musiał wykazać się wykonaniem co najmniej 2 zadań polegających na opracowaniu dokumentacji projektowo - kosztorysowej dla budowy lub remontów budynków szkolno - laboratoryjnych na kwotę co najmniej 300 000,00 zł. brutto (każde zadanie). Argumentacja przedstawiona powyżej wskazuje, iż żadna z usług, na jakie powołał się LOCUM w swym Wykazie, w celu wykazania spełniania warunku, nie może być brana pod uwagę. Obliguje to zamawiającego do wezwania LOCUM do uzupełnienia wykazu co najmniej 2 innych, niż ujęte w złożonym Wykazie usług (wraz z dowodami należytego wykonania), odpowiadających wymaganiom SIWZ. Co więcej, LOCUM winno być wezwane

do uzupełnienia nawet przyjmując, że co najmniej dwie ujęte w złożonym Wykazie usługi odpowiadają wymaganiu SIWZ, o ile byłyby wśród nich usługa opisana w pozycji 1 i/lub 4. Wynika to z faktu, że w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp z dnia 15 maja 2019 r. LOCUM nie przedłożył zamawiającemu, w odniesieniu do tych usług, dowodów określających że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie, tj. referencji bądź innych dokumentów wystawionych przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane. Co prawda zamawiający dopuścił w SIWZ zastąpienie ww. dowodów oświadczeniem własnym wykonawcy (pkt 4.3) 1 SIWZ in fine, jednakże możliwość ta dotyczy wyłącznie sytuacji, gdy z uzasadnionej przyczyny, o obiektywnym charakterze, wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów. Powyższy zapis SIWZ, będący w istocie powtórzeniem § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia z dnia 26 lipca 2016 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, dopuszcza zastąpienie dokumentu potwierdzającego doświadczenie wykonawcy pochodzącego od zlecającego dostawę lub usługę oświadczeniem własnym, na zasadzie wyjątku. To wykonawca, powołując się na takie szczególne uprawnienie, powinien wykazać, że ziszczyły się wszystkie przesłanki wymagane przez prawo. LOCUM nie przedstawiło żadnych okoliczności, dla których przedstawienie dokumentu potwierdzającego, pochodzącego od Politechniki Wrocławskiej (usługa nr 1) czy Gminy Miasta Jastarnia (usługa nr 4) byłoby niemożliwe, czy nawet utrudnione. Biorąc pod uwagę, że są to podmioty istniejące, publiczne, krajowe, zobowiązane do udzielania informacji publicznej stanowczo stwierdzić trzeba, że przyczyny takie nie istnieją.

Zamawiający, w dniu 18 czerwca 2019 r. poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając ich do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W dniu 19 czerwca 2018 r. wykonawca **Locum M. P. Spółka komandytowa z siedzibą w Kaliszu**, zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Zamawiający w dniu 28 czerwca 2019 r., działając na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, przed otwarciem posiedzenia wyznaczonego na dzień 1 lipca 2019 r., złożył odpowiedź na odwołanie.

Odpowiadając na sformułowane przez odwołującego zarzuty wskazał, że wykonawca LOCUM, na wezwanie do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, złożył wykaz zrealizowanych usług, gdzie wykazano sześć usług i dokumenty potwierdzające należyte ich wykonanie. Z uwagi na to, że zgodnie z SIWZ, na potwierdzenie spełnienia warunku, o którym mowa w pkt 4.2 ppkt 3 wymagano

co najmniej dwóch usług, zamawiający wybrał i ocenił dwie spośród nich jako spełniające ww. warunek: (i) poz. 2 Wykazu - dotyczącą wykonania usługi na rzecz Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie dokumentacja projektowa na Multidyscyplinarne Centrum Badawcze Uniwersytetu kardynała Wyszyńskiego w Warszawie - wartość 300 120,00 zł.; (ii) poz. 3 Wykazu - dotyczącą wykonania usługi na rzecz Ośrodka Omega spółka z o.o. projekt wielobranżowy na Ośrodek Szkoleniowo – Laboratoryjno - Badawczy - wartość 676 500,00 zł.

W przedłożonym Wykazie, w poz. 2 LOCUM wpisał wartość wykonanej usługi wraz z nadzorem autorskim w kwocie 300 120,00 zł. Odwołujący podniósł, że faktyczna wartość wykonanej usługi opracowania dokumentacji wynosiła 285 360,00 zł. Tymczasem zamawiający, wymagając potwierdzenia wykonania usługi traktował ją jako całość i nie oczekiwał, że wykonawca dokona rozgraniczenia w ramach przedmiotu zamówienia, dzieląc je wartościowo na dokumentację i inne czynności związane bezpośrednio z wykonaniem przedmiotu zamówienia. Nadzór autorski i inne czynności są traktowane jako element tej usługi i są składową pełnej dokumentacji projektowo - kosztorysowej tego zadania. Powyższe dowodzi, że wybrany wykonawca miał podstawy, aby podać kwotę za całą wartość wykonania usługi, bez wyłączenia poszczególnych czynności objętych przedmiotem zamówienia. Spełnia to wymagania zamawiającego opisane w SIWZ.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących poz. 3 Wykazu - opracowania dokumentacji projektowej na budowę Ośrodka OMEGA dla OMEGA Sp. z o. o. zamawiający uznał, że postawiony zarzut dotyczący powiązań osobowych przystępującego i wystawcy referencji jest chybiony, jako nie mający żadnego wpływu na ocenę referencji. Zarówno Omega Sp. z o.o. jako i LOCUM są odrębnymi podmiotami prawnymi odrębnie zarejestrowanymi i prowadzącymi działalność gospodarczą w oparciu o przepisy kodeksu spółek handlowych. Kolejny zarzut dotyczy przedmiotu referencji wystawionej przez firmę Omega Sp. z o.o., gdzie w ocenie odwołującego zaprojektowany budynek nie stanowi budynku szkolno - laboratoryjnego, tylko obiekt o charakterze szkoleniowo-konferencyjno-hotelowym. Zgodnie z Wykazem i referencjami, opracowano dokumentację na Ośrodek szkoleniowo-laboratoryjno-badawczy, zgodnie z którą w programie obiektu znalazły się m.in sale szkoleniowe, sale konferencyjne, laboratoria co wskazuje, że obiekt będzie spełniał funkcję budynku szkolno-laboratoryjnego. Odnosząc się natomiast do etymologii słowa „szkolenie” pochodzącego z języka rosyjskiego, gdzie słowo szkolenie to potoczna nazwa procesu kształcenia polscy pedagodzy są zgodni co do zasad poprawnej wymowy logopedycznej słowa - szkolenie, kształcenie, uczenie, nabywanie wiedzy. Na tej podstawie formułują wiedzę dydaktyczną z zakresu szkoleń by przytoczyć wiele idiomów i frazeologizmów: rozważając ich genezę i dokonując ich interpretacji, co pozwala sformułować tezę, że np.:

szkoła — szkoli czy szkoleniowcy szkołą. Posługując się tym nazewnictwem należy uznać, że „sale szkoleniowe” oznaczają miejsca, gdzie odbywa się proces kształcenia, tym samym można przyjąć tożsamość pojęć sale szkolne i sale szkoleniowe. Wojskowa Akademia Techniczna jest szkołą wyższą (używane nazewnictwo szkoła podstawowa, szkoła średnia, szkoła wyższa) i wykorzystuje w procesie kształcenia pomieszczenia z przeznaczeniem na sale z funkcją nauczania. Nazywanie tych pomieszczeń salami szkolnymi lub salami szkoleniowymi nie zmienia ich funkcji. W słownikach i języku potocznym sale szkoleniowe i sale szkolne służą temu samemu celowi. A nawet, jeżeli ktoś uznał by, że dotyczy to różnych pomieszczeń czy budynków to proces projektowy opiera się na takim samym stopniu trudności. Z powyższych względów zamawiający uznał przedłożone referencje za potwierdzające spełnienie postawionego warunku. Tym samym brak było podstaw do wykluczenia LOCUM z udziału w ww. postępowaniu.

W konkluzji zamawiający stwierdził, że wniesione przez odwołującego odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i powinno zostać w całości oddalone.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, treścią SIWZ, korespondencją prowadzoną przez zamawiającego z wykonawcami, treścią Wykazu wykonanych w okresie ostatnich trzech lat usług, złożonego przez przystępującego, dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie usług wymienionych w Wykazie, po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie jest wykonawcą ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Oferta złożona przez odwołującego nie została odrzucona i jest drugą w kolejności po ofercie LOCUM pod kątem uzyskanej liczby punktów. Gdyby zatem zarzuty wobec przystępującego potwierdziły się odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy w formie elektronicznej - na płycie CD, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, korespondencji prowadzonej przez zamawiającego z wykonawcami, treści Wykazu wykonanych w okresie ostatnich trzech lat usług, złożonego przez przystępującego, dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie usług wymienionych w Wykazie, dowodów zgłoszonych przez odwołującego i załączonych do odwołania, jak też pisma procesowego przedłożonego na posiedzeniu w dniu 1 lipca 2019 r. wraz z załączonymi do niego dowodami.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że postępowanie na „Opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej na budowę Centrum Innowacji Wydziału Cybernetyki” jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ponadto Izba ustaliła, że w pkt. 4.2 ppkt 3 SIWZ zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. Zamawiający wyznaczył szczegółowy warunek w tym zakresie określając, że uzna spełnienie warunku, jeżeli wykonawca w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej 2 zadania polegające na opracowaniu dokumentacji projektowo-kosztorysowej robót remontowych obiektów szkolno-laboratoryjnych na kwotę co najmniej 300.000,00 zł. brutto każde zadanie oraz załączy dowody określające, że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Dowodami na potwierdzenie wykonania zadań mogły być referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego zadania były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy.

Do upływu terminu składania ofert, tj. do 11 kwietnia 2019 r. zostało złożonych 6 ofert. Zamawiający dokonał ich oceny, zgodnie z kryteriami opisanymi w SIWZ i jako najkorzystniejszą uznał ofertę firmy LOCUM, która na wezwanie skierowane w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu złożyła „Wykaz wykonanych w okresie ostatnich trzech lat usług”, gdzie

wykazano sześć usług, załączając do niego dokumenty potwierdzające należyte ich wykonanie.

Pierwsza z wymienionych w Wykazie usługa zrealizowana została na rzecz Politechniki Wrocławskiej i zgodnie z oświadczeniem przystępującego polegała na „Opracowaniu dokumentacji projektowo-kosztorysowej robót remontowych dla budynku wyższej uczelni - obiekt szkolno-laboratoryjny” o wartości 496 000,00 zł. brutto, termin realizacji od 26 września 2016 r. do 30 czerwca 2017 r. Na potwierdzenie jej należytej realizacji LOCUM załączył oświadczenie własne z 23 maja 2019 r., w którym wskazał, iż zamówienie wykonał należycie.

Drugie z wymienionych w Wykazie usług zamówienie zrealizowane zostało na rzecz Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie. Na potwierdzenie należytej realizacji tej usługi LOCUM załączył oświadczenie własne z 26 kwietnia 2019 r., oraz protokół odbioru. Zarówno w Wykazie, jak i w ww. oświadczeniu własnym LOCUM oświadczyło, iż wynagrodzenie za opracowanie dokumentacji projektowo - kosztorysowej wynosiło 300 120,00 zł. brutto. Jako przedmiot usługi przystępujący wskazał „Opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej dla budynku wyższej uczelni – obiekt szkolno-laboratoryjny”, zaś termin realizacji określił od 7 listopada 2017 r. do 10 października 2018 r.

Trzecia usługa wymieniona w Wykazie zrealizowana została, wedle informacji tam ujętych, na rzecz OMEGA Sp. z o.o. Na potwierdzenie należytej realizacji LOCUM przedstawiło zamawiającemu referencję z dnia 1 marca 2019 r., zgodnie z którą wykonany projekt dotyczył ośrodka szkoleniowo - laboratoryjno-badawczego Omega przy ul. Kaliskiej w Szale. Kwota jaką wskazano za wykonanie zamówienia wynosiła brutto 676 500,00 zł., zaś termin jej realizacji to 3 kwietnia 2017 r. do 30 listopada 2017 r.

Czwarta z wymienionych w Wykazie usługa zrealizowana została na rzecz Miasta Jastarnia i dotyczyła wykonania dokumentacji przebudowy i rozbudowy budynku kompleksu edukacyjno - sportowego w Jastarni za kwotę 304 703,00 zł. brutto. Na potwierdzenie należytej jej realizacji LOCUM załączył oświadczenie własne z 23 maja 2019 r. Jako termin wykonania przystępujący wskazał jedynie datę zakończenia usługi tj. 13 listopada 2017 r.

Z kolei usługi wymienione w pkt 5 i 6 Wykazu, zrealizowane dla Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej w Elblągu oraz Politechniki Krakowskiej zostały zrealizowane: pierwsza z nich zakończona do 19 stycznia 2015 r., druga do 21 września 2015 r. a zatem wcześniej niż w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert.

Zamawiający w dniu 5 czerwca 2019 r. dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez LOCUM.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Mając na uwadze charakter sporu między stronami na wstępie Izba pragnie sformułować kilka uwag natury ogólnej. Należy nadmienić, na co Krajowa Izba Odwoławcza zwracała już uwagę w wydawanych wyrokach, iż w związku z wejściem w życie z dniem 28 lipca 2016 r. ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020), w zakresie dotyczącym dokumentów składanych przez wykonawców oraz formy w jakiej te dokumenty mają być składane, zaszły liczne zmiany. Ustawodawca krajowy przewidział, za prawodawcą unijnym, że głównym źródłem wiedzy zamawiającego odnośnie spełniania warunków udziału w postępowaniu, elementów mogących mieć wpływ na ocenę w kryteriach oceny ofert, jak też związanych z przedmiotem zamówienia, staną się oświadczenia własne wykonawcy. Odzwierciedleniem tego podejścia jest przepis art. 24 aa ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający, opierając się na oświadczeniu podmiotu składającego ofertę, dokonuje oceny złożonych ofert, ograniczając się następnie do badania oferty uznanej za najkorzystniejszą. Tym samym innego niż dotychczas znaczenia nabierają kwestie prawdziwości oświadczeń składanych przez wykonawcę w toku postępowania, jak też rzetelność przekazywanych informacji. Skutkiem bowiem prezentowanych przez wykonawcę danych jest nie tylko kwestia oceny zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z SIWZ, ale też spełnienia warunków udziału w postępowaniu a nawet uzyskanie określonej pozycji w rankingu ofert, a w rezultacie uznanie oferty tego wykonawcy za najkorzystniejszą.

W nowelizacji ustawy Pzp z 2016 r. przewidziano również sankcje dla wykonawcy, który składając powyższe oświadczenia przedstawił informacje nieprawdziwe. Zgodnie z normą art. 24 ust. 1 pkt 16 z postępowania 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 zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów, z kolei art. 24 ust. 1 pkt 17 stanowi, że z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na jego decyzje podejmowane w postępowaniu. O ile w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp jednoznacznie wskazano, że może być zastosowany wyłącznie jeśli podanie nieprawdziwych informacji było celowym (zamierzonym) działaniem wykonawcy lub jest skutkiem rażącego niedbalstwa to w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp odpowiedzialność wykonawcy ukształtowana została w sposób odmienny. Przepis ten dopuszcza zatem wykluczenie wykonawcy w sytuacji wprowadzenia w błąd zamawiającego w wyniku zachowań nieumyślnych wykonawcy tj. lekkomyślności lub niedbalstwa. W tym miejscu Izba wskazuje, że zgodnie z art. 14 ustawy Pzp do oceny

czynności dokonywanych przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego - dalej kc, a zgodnie z art. 355 § 1 kc dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przez należyłą staranność rozumie się określony sposób postępowania, mający prowadzić do spełnienia świadczenia, pewien model czy wzorzec skonstruowany z reguł postępowania (Kodeks cywilny - komentarz; red. E. Gniewek, p. Machnikowski CH BECK Warszawa 2017 r.) Przepisanie 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 (tak w 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 (tak w Wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02). Dodatkowo, w stosunku do profesjonalistów, miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż zgodnie z art. 355 §2 kc należyłą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności, a zatem konstruując wzorzec należytej staranności przedsiębiorcy w stosunkach jednostronnie i obustronnie profesjonalnych należy brać pod uwagę to, że jego działalność ma charakter profesjonalny (zawodowy), co oznacza między innymi, że prowadzona jest stale i przynajmniej w założeniu, oparta na szczególnej wiedzy i umiejętnościach. Prowadzenie działalności profesjonalnej uzasadnia zwiększone oczekiwania otoczenia co do wiedzy, skrupulatności i rzetelności podmiotu prowadzącego taką działalność (Kodeks cywilny - komentarz; red. E. Gniewek, P. Machnikowski CH BECK Warszawa 2017 r.). Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. W tym wypadku wzorzec należytej staranności nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości bowiem te, składane w toku przetargu, zmierzają do udzielenia zamówienia publicznego temu właśnie wykonawcy i mają wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego.

Ponadto, dla zastosowania normy art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp konieczne jest wystąpienie dwóch innych elementów a zatem: przedstawiane informacje mogą mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w prowadzonym postępowaniu oraz przedstawiane przez wykonawcę informacje wprowadzają w błąd zamawiającego. W kwestii wpływu na decyzje zamawiającego podejmowane w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w tym miejscu jedynie zauważyć należy, że wystarczającym dla

zastosowania sankcji jest, aby zaistniała możliwość takiego wpływu, o czym świadczy użycie sformułowania "mogące mieć wpływ", który taką możliwość, a nie skutek wyraża. Tym samym nawet w sytuacji, gdy w wyniku weryfikacji zamawiającego, nawet jeśli ta weryfikacja nie wymaga podejmowania dodatkowych czynności np. w postaci zwracania się do innych podmiotów o potwierdzenie czy przedstawione dane są zgodne z rzeczywistością okaże się, że wykonawca podał dane nieprawdziwe - zamawiający stosuje ten przepis. Ponadto przepis nie ogranicza zakresu podawanych przez wykonawcę informacji, albowiem nie precyzuje (odmiennie niż w przypadku przesłanki wynikającej z art. 24 ust.1 pkt 16 ustawy Pzp) o jakie informacje chodzi. Wystarczającym jest, aby miały one wpływ na decyzje zamawiającego. Z pewnością jednak obejmuje on swoją hipotezą także informacje wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp a zatem informacje, że wykonawca: nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu, spełnia obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria selekcji.

Odnosząc się z kolei do kwestii wprowadzenia w błąd zamawiającego Izba zwraca uwagę, że jako takie należy bez wątplenia zakwalifikować wszystkie informacje nieprawdziwe, czyli niemające odzwierciedlenia w rzeczywistości. W kwestii rozumienia co powinno być traktowane jako informacja nieprawdziwa, odwołać się należy do wytycznych dotyczących rozumienia tej kategorii zawartych w wyroku Sądu Najwyższego z 5 kwietnia 2002 r. II CKN 1095/99 (OSNC 2003/3 poz. 42). W orzeczeniu tym Sąd Najwyższy stwierdził (za sądem apelacyjnym), iż pojęcie "prawda", "prawdziwy", bądź ich zaprzeczenie występują wielokrotnie w aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, art. 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, art. 103 § 2, art. 252, 253, 254 § 1 i 2), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 297 § 1, art. 313 §) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 312). Zdaniem Sądu Najwyższego, 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"), co odpowiada - na gruncie filozoficznym - tzw. klasycznej koncepcji prawdy i w tym sensie - zdaniem Sądu Najwyższego - wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości. Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku z 15 marca 2018 r. (sygn. akt KIO 380/18) w którym skład orzekający stwierdził, że zamawiający, oceniając czy informacje podane przez wykonawcę wprowadzają go w błąd, powinien się ograniczyć wyłącznie do jednoznacznego ustalenia, czy dana informacja jest prawdziwa, czy nieprawdziwa. Aby uznać informację za wprowadzającą w błąd nie jest istotne ustalenie, jaka przyczyna spowodowała, że wykonawca taką informację przedstawił.

Zwrócić należy również uwagę, mając na uwadze okoliczności rozpoznawanej sprawy, że na etapie badania i oceny złożonych ofert, w tym oświadczeń i dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków zamawiający, w celu zapewnienia zasady uczciwej konkurencji, zobowiązany jest między innymi do weryfikacji przedstawionych przez wykonawców informacji. Ustawodawca z jednej strony zwiększył znaczenie jakie mają oświadczenia własne, składane przez podmioty ubiegające się o udzielenie zamówienia, nie zwolnił jednak zamawiającego z obowiązku badania, czy wykonawca składający oświadczenia i dokumenty potwierdził spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający opiera się zatem na treści dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków (np. treści Wykazu wykonanych usług) jednakże, zwłaszcza w sytuacji kiedy uzyskuje informacje, w tym od innych podmiotów wskazujące, że prezentowane dane są niezgodne z rzeczywistością winien podjąć działania zmierzające do wyjaśnienia tych okoliczności. Należy zauważyć, że zgodnie z §2 ust. 6 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126) jeżeli wykaz, oświadczenia lub inne złożone przez wykonawcę dokumenty budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były wykonane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, o dodatkowe informacje lub dokumenty w tym zakresie. Uprawnienie takie - w sytuacji gdy istnieją przesłanki dla skorzystania z treści tego przepisu – staje się wręcz obowiązkiem zamawiającego, który zgodnie z przepisami ma obowiązek przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w sposób bezstronny i obiektywny.

Przenosząc powyższe rozważania na realia rozpoznawanej sprawy Izba doszła do przekonania, że zostały wypełnione przesłanki określone normą art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, obligujące zamawiającego do wykluczenia przystępującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawca, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego skierowane w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, przedstawił Wykaz wykonanych w okresie ostatnich 3 lat usług, który miał potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu opisanych w SIWZ w zakresie wiedzy i doświadczenia. Miał zatem wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat, zrealizował co najmniej 2 usługi polegające na opracowaniu dokumentacji projektowo - kosztorysowej dla budowy lub remontów budynków szkolno - laboratoryjnych na kwotę co najmniej 300 000,00 zł. brutto (każde zadanie). W przedmiotowym wykazie wymienionych zostało 6 usług, każda z nich została wymieniona w celu potwierdzenia, że LOCUM spełnia warunki udziału w przedmiotowym

postępowaniu i winna zostać oceniona przez zamawiającego. Należy zatem podzielić stanowisko odwołującego, że w sytuacji ustalenia, że przystępujący wprowadził zamawiającego w błąd w odniesieniu do choćby jednego z wymienionych zadań, zajdzie okoliczność obligująca zamawiającego do wykluczenia LOCUM z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba, mając na uwadze zakres informacji prezentowanych przez przystępującego w treści złożonego Wykazu, po przeprowadzeniu dowodów złożonych przez odwołującego, doszła do przekonania, że w zakresie w jakim LOCUM przedstawiło informacje w odniesieniu do zamówień zrealizowanych i wymienionych w pkt 1, 2 i 4 wprowadziło zamawiającego w błąd co do przedstawionych tam danych.

W zakresie usługi opisanej w punkcie pierwszym Wykazu, zrealizowanej na rzecz Politechniki Wrocławskiej, LOCUM posłużyło się oświadczeniem własnym, w którym stwierdziło, że zamówienie na rzecz tego podmiotu wykonane zostało należycie. Odwołujący udowodnił, przedkładając korespondencję z zamawiającym – Politechniką Wrocławską, że LOCUM wykonało dokumentację projektową 57 dni po terminie wynikającym z umowy, za co zostały mu naliczone kary umowne, zgodnie z zapisami umownymi i dyscypliną finansową (dowody nr 6c i 6d – w załączeniu do pisma procesowego).

Nie ulega wątpliwości, że kara umowna jest (...) dodatkowym zastrzeżeniem umownym, wprowadzanym do umowy w ramach swobody kontraktowania, mającym na celu wzmocnienie skuteczności więzi powstałej między stronami w wyniku zawartej przez nie umowy i służy realnemu wykonaniu zobowiązań. Skłania ona tym samym stronę zobowiązaną, może nawet silniej niż jakiegokolwiek inne środki, do ścisłego wypełnienia zobowiązania. Dłużnik, godząc się na karę umowną, bierze tym samym na siebie gwarancję jego wykonania. Treścią zastrzeżenia kary umownej jest zobowiązanie się dłużnika do zapłaty wierzycielowi określonej kwoty pieniężnej w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Zapłata kary umownej stanowi niejako automatyczną sankcję przysługującą wierzycielowi w stosunku do dłużnika w wypadku niewykonania przez niego lub nienależytego wykonania zobowiązania z przyczyn, za które dłużnik odpowiada. (tak Z. Gawlik, Kodeks cywilny komentarz Tom III zobowiązania - część szczególna. pod red. A Kidyba, Lex, 2014). Kara umowna stanowi zatem swoistą sankcję za nienależyte wykonanie zobowiązania umownego, w okolicznościach w umowie przewidzianych. Takie sankcje za opóźnienie w realizacji poszczególnych etapów zamówienia przewidywała Umowa nr ACT/DIR/PWr/187/1/48/09/2016, zawarta pomiędzy Politechniką Wrocławską a LOCUM w dniu 26 września 2016 r. (dowód 6a złożony przez odwołującego w załączeniu do pisma procesowego).

Należy podzielić ocenę odwołującego, że przystępujący wprowadził zamawiającego w błąd składając oświadczenie, że zamówienie wykonane zostało w sposób należyty. Nie zasługują w tym zakresie na uwzględnienie wyjaśnienia przystępującego, który twierdził, że kara mu naliczona miała jedynie charakter porządkowy, a sama dokumentacja wykonana została prawidłowo, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej, co świadczy o należytej realizacji zamówienia. Fakt naliczenia kary umownej dowodzi bezspornie o nienależytym wykonaniu zobowiązania i LOCUM jako profesjonalista z pewnością miał tego świadomość. Nie wyklucza to tego, że sam przedmiot zamówienia w postaci projektu został przez zamawiającego odebrany. Nie zasługuje na uwzględnienie również argumentacja przystępującego, który tłumaczył, że kary zostały mu naliczone w sposób nieprawidłowy a wina za opóźnienie prac wynikała z konieczności dokonywania uzgodnień z konserwatorem zabytków. Ponieważ ustawa o finansach publicznych obliguje zamawiającego do naliczania kar umownych, Politechnika Wrocławska takie kary naliczyła, jednakże po zakończeniu realizacji wszystkich prac, przystępujący ma zamiar wystąpić do sądu, który stwierdzi, czy opóźnienia w wykonaniu usług leżały po stronie wykonawcy, czy też zamawiającego i zdecyduje o prawidłowości naliczenia kary umownej. Należy zauważyć, że zarówno z treści umowy, jak też samego oświadczenia przystępującego wynika, że usługa została zakończona w terminie do 30 czerwca 2017 r., już zatem twierdzenie, że usługi są nadal świadczone i z tego powodu LOCUM nie wystąpiło dotychczas na drogę sądową jest wątpliwe. Ponadto pomimo, że przystępujący miał taką możliwość nie skorzystał z przysługującego mu uprawnienia do przedstawiania dowodów na poparcie swoich twierdzeń. Jeśli okoliczności takie mają miejsce LOCUM z łatwością mógł przedłożyć co najmniej dowody w postaci korespondencji z zamawiającym, z której wynikałoby, że naliczenie kary za opóźnienie jest sporne między stronami. Izba zwraca uwagę, że analogicznie jak to jest w procesie cywilnym, ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami poniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony (tu uczestnika) wynik postępowania.

Izba uznała, że przystępujący mając wiedzę, iż wykonał zamówienie nienależycie, za co zapłacił karę umowną, przedstawił zamawiającemu oświadczenie własne zawierające informację nie mającą odzwierciedlenia w stanie faktycznym. Informacja ta dotyczyła kwestii spełniania warunku w zakresie posiadanego doświadczenia, przedstawione informacje wprowadzały w błąd zamawiającego, i mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, bowiem dotyczyły posiadanej przez LOCUM zdolności technicznej

i zawodowej. Tym samym zaszła przesłanka do wykluczenia LOCUM z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Pozycja druga, spośród wymienionych w Wykazie usług zrealizowana została na rzecz Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie. Na potwierdzenie należytej jej realizacji LOCUM załączył oświadczenie własne z 26 kwietnia 2019 r., oraz protokół odbioru. Zamawiający, w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uznał to zamówienie jako potwierdzające, że wykonawca ten spełnił warunek udziału w postępowaniu. Z treści Wykazu, jak też na podstawie oświadczenia własnego złożonego przez przystępującego, a mającego potwierdzić należyte wykonanie zamówienia wynika, iż wynagrodzenie za opracowanie dokumentacji projektowo - kosztorysowej wynosiło 300 120,00 zł. brutto. Z treści Wykazu wynika również, że zamówienie to zostało zrealizowane w terminie do dnia 10 października 2018 r.

Nie było sporne między stronami, że w ramach zamówienia dla Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie na „Wykonanie kompleksowej dokumentacji pn. Multidyscyplinarne Centrum Badawcze Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie przy ul. Marii Konopnickiej 1, 05-092 Dziekanów Leśny wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę inwestycji oraz nadzorem autorskim” znalazło się, obok wykonania dokumentacji projektowo – kosztorysowej, także świadczenie usługi w zakresie uzyskania pozwolenia na budowę oraz nadzoru autorskiego. Kwota wymieniona w Wykazie tj. 300 120,00 zł. dotyczyła łącznie wszystkich elementów tego zamówienia. Z dowodu przedłożonego przez odwołującego w postaci umowy nr DZP.372.53.2017, zawartej w dniu 7 listopada 2017 r. pomiędzy UKSW w Warszawie a przystępującym (dowód 7b – załącznik do pisma procesowego odwołującego) wynika (§ 6 ust. 2 umowy), że na kwotę wynagrodzenia umownego składają się następujące elementy: kwota ryczałtowa za dokumentację projektową wraz z decyzją o pozwoleniu na budowę: 285 360,00 zł. brutto, kwota za pełnienie czynności nadzoru autorskiego, która nie przekroczy kwoty 14 760,00 zł. brutto z tym, że wynagrodzenie to będzie wypłacane LOCUM za każdą bytność na budowie w kwocie 369,00 zł. brutto. Okoliczność tą potwierdza również formularz ofertowy złożony przez przystępującego w tym postępowaniu (dowód opisany jako 7c).

LOCUM, w treści Wykazu jak i oświadczeniu o należytych wykonaniu jako przedmiot usługi podaje wykonanie dokumentacji, wpisując wynagrodzenie nie tylko za powyższy zakres usługi (które zostało w umowie wyodrębnione), ale także za nadzór autorski. Z wyjaśnień przystępującego, złożonych na rozprawie wynika, że wpisał taką wartość wynagrodzenia kierując się tym, że przedmiotem zamówienia było nie tylko wykonanie dokumentacji, ale jego częścią jest sprawowanie nadzoru autorskiego (analogicznie jak to ma miejsce w przypadku zamówienia o udzielenie którego się ubiega). Z argumentacją to można

byłoby się zgodzić, jednakże jak udowodnił odwołujący na rozprawie LOCUM nie otrzymało dotychczas wynagrodzenia za wykonanie części umowy dotyczącej nadzorów autorskich. Z korespondencji mailowej pomiędzy odwołującym a UKSW wynika, że wynagrodzenie wypłacone LOCUM to 285 360,00 zł. brutto. Prace budowlane, które mają być wykonywane na podstawie sporządzonej przez przystępującego dokumentacji nie są obecnie realizowane, gdyż pierwsze ogłoszone postępowanie przetargowe na wykonanie robót zostało unieważnione, kolejne nie zostało jeszcze ogłoszone (dowód w postaci korespondencji mailowej opisany jako 4a i 4b).

Nie ulega zatem wątpliwości, że w zakresie w jakim LOCUM oświadczył, że w dacie w jakiej zrealizował zamówienie otrzymał całość wynagrodzenia wynikającego z zawartej z UKSW umowy, złożył oświadczenie niezgodne z rzeczywistością. Wprawdzie przystępujący wyjaśniał, że aktualnie świadczy na rzecz tego podmiotu usługi związane z koniecznością przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia na roboty budowlane należy zauważyć, że nawet jeśli takowe są świadczone to nie polegają one na wykonywaniu nadzoru autorskiego (rozumianego w umowie jako bytność na budowie), a LOCUM nie przedstawiło żadnego dokumentu świadczącego o tym, że wypłacone mu zostało z tego tytułu jakiegokolwiek wynagrodzenie.

Należy zatem uznać, że przystępujący, co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił w odniesieniu do tego zamówienia wartość wynagrodzenia, jakiego nie otrzymał, wliczając w to usługę nadzoru autorskiego której, jak wykazał odwołujący, świadczenia nie rozpoczął. Nie może umknąć uwadze, że z treści cytowanego wcześniej warunku udziału w postępowaniu wynika, że zamawiający brał pod uwagę zadania polegające na opracowaniu dokumentacji projektowo - kosztorysowej na kwotę co najmniej 300 000,00 zł brutto każde zadanie. Kwota wynagrodzenia, którą otrzymał przystępujący za wykonanie dokumentacji projektowej tego progu nie przekraczała, wpisane zatem kwoty 300 120,00 zł. w odniesieniu do wartości usługi obejmującej opracowanie dokumentacji stanowiło nadużycie, którego celem było wprowadzenie zamawiającego w błąd co do doświadczenia LOCUM. Bezsporne jest, że informacje zostały zaprezentowane w taki sposób, by zamawiający miał przekonanie, że LOCUM zrealizowało usługę opracowania dokumentacji projektowo - kosztorysowej o wymaganej wartości. Zresztą potwierdzeniem tego jest fakt, że w rezultacie zamawiający uznał tą właśnie usługę za potwierdzającą spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Z kolei w pozycji czwartej LOCUM wymienia usługę zrealizowaną na rzecz Miasta Jastarnia i dotyczącą wykonania dokumentacji przebudowy i rozbudowy budynku Kompleksu Edukacyjno - Sportowego w Jastarni, w zakresie którego opracował dokumentację projektowo-kosztorysową dla przebudowy i rozbudowy budynku szkolno-laboratoryjnego.

Na potwierdzenie należytej jej realizacji LOCUM załączyło oświadczenie własne z 23 maja 2019 r. z treści którego wynika, że wartość prac wyniosła 304 703,00 zł. a termin jej wykonania to 10 listopada 2016 r. Tymczasem odwołujący dla tego zamówienia, w załączeniu do odwołania przedłożył dowody, że usługa ta została zrealizowana w roku 2009. Powyższe potwierdza ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zamieszczone w BZP numer: 123984 - 2009; data zamieszczenia: 28 kwietnia 2009 r., w treści którego wpisano także całkowitą wartość końcową zamówienia netto: 179 000,00 zł. Ponadto odwołujący załączył wydruk ze strony internetowej miasta Jastarnia, gdzie prezentowane są informacje na temat inwestycji gminnych realizowanych przy współudziale UE. Udostępniony przez inwestora harmonogram realizacji tego zadania wskazuje, że rozpoczęcie prac budowlanych nastąpi w maju 2010 r, a zakończenie w marcu 2011 r. Nie ulega wątpliwości, że przed ich rozpoczęciem musiał zostać wykonany przez LOCUM projekt budowlano-wykonawczy, niezbędny dla realizacji tej inwestycji. Kolejnym dowodem, potwierdzającym zarówno okoliczność, że nieprawdziwe są dane przedstawione w wykazie w zakresie terminu realizacji tego zadania, jak też wartości wykonanych prac jest umowa zawarta pomiędzy przystępującym a Miastem Jastarnia, dotycząca ww. usługi (Umowa Nr 342/05/09 z dnia 27 kwietnia 2009 r.). W §2 ust. 1 tej umowy określono termin wykonania kompletnej dokumentacji na dzień 22 czerwca 2009 r., zaś §3 przewiduje, że wykonawca otrzyma wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy w kwocie 218 380,00 zł. brutto. Niezgodne ze stanem rzeczywistym jest również oświadczenie złożone przez LOCUM w treści wykazu, że jest to budynek szkolno-laboratoryjny. W rzeczywistości, jak wynika z korespondencji prowadzonej przez odwołującego z Miastem Jastarnia, budynek ten nie jest klasyfikowany jako budynek szkolno-laboratoryjny, posiada wprawdzie pracownię chemiczną, która jednak nie może być klasyfikowana jako laboratorium (dowody 1a i 1b – załączone do pisma procesowego odwołującego). W korespondencji tej zamawiający potwierdził również dane dotyczące terminu realizacji, jak też wynagrodzenia otrzymanego przez LOCUM.

Sam zamawiający nie odniósł się do zarzutów formułowanych przez odwołującego w zakresie tego zamówienia argumentując, że nie brał tej usługi pod uwagę dokonując oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu co, jak wcześniej zauważył skład orzekający, jest niezrozumiałe w świetle pozyskanych od odwołującego informacji. Treść odwołania, oraz załączone do niego dokumenty świadczyły bowiem, że zamawiający powinien co najmniej powziąć wątpliwości co do rzetelności złożonych przez odwołującego oświadczeń. Przystępujący z kolei powoływał się na okoliczność, że dokonał zsumowania wszystkich usług, które wykonywał dla Miasta Jastarnia, prace wykonywane były etapami i po zsumowaniu ich wartości kwota łączna zrealizowanych zamówień wyniosła 304 703,00 zł.

Izba uznała, że w niniejszym przypadku doszło do złożenia przez LOCUM oświadczenia zawierającego informację nie mającą odzwierciedlenia w stanie faktycznym. Z treści Wykazu wynika bowiem, że LOCUM zrealizowało jedną usługę, o określonym zakresie i ze wskazanym terminem zakończenia. Zlecenie to było przedmiotem zamówienia publicznego ogłoszonego przez Miasto Jastarnia, co odwołujący w sposób bezsporny wykazał. Usługa ta miała potwierdzać, że wykonawca ten spełnił warunek udziału w postępowaniu. Przystępujący przedstawił, w odniesieniu do tego zamówienia, zamawiającemu fałszywe oświadczenie dot. daty realizacji i wartości usługi, oświadczył ponadto, że obiekt ten stanowi budynek szkolno – laboratoryjny. W ocenie Izby doszło zatem do przekazania, co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, zamawiającemu oświadczenia własnego zawierającego informację nie mającą odzwierciedlenia w stanie faktycznym, dotyczącą spełniania warunku w zakresie posiadanego doświadczenia (terminu opracowania, wartości opracowania projektu przebudowy i rozbudowy budynku kompleksu edukacyjno - sportowego w Jastarni oraz charakteru tego budynku), co odpowiada dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

W zakresie, w jakim odwołujący podnosił, że w odniesieniu do trzeciej z usług wymienionych w wykazie LOCUM przedstawiło informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, Izba uznała podnoszone przez odwołującego wątpliwości w tym zakresie za niepotwierdzone. Zauważyć należy, że obowiązujące przepisy nie zakazują wykazywania się doświadczeniem nabytym w realizacji umów na rzecz spółek związanych kapitałowo z wykonawcą lub spółek, w których organach działają te same osoby (nie jest również wykluczone potwierdzanie należytego wykonania umowy za pomocą referencji wystawionych przez takie podmioty). W ocenie Izby dopiero w sytuacji wykazania, że w konkretnym przypadku referencje nie mogą być uznane za dowodzące należytego wykonania umowy, istniałyby podstawy do stwierdzenia, że wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu czy nawet że wprowadził zamawiającego w błąd. Do takiego wykazania w rozpoznawanej sprawie nie doszło.

Odwołujący podnosił w tym zakresie, że ośrodek, wedle oświadczenia LOCUM zaprojektowany w 2017 roku, nie istnieje, a pod wskazanym adresem nad jeziorem na zdjęciach satelitarnych brak jest śladów wskazujących na rozpoczęcie budowy. Fakt ten sam w sobie nie może jednak stanowić dowodu, że dokumentacja projektowa na wykonanie tego budynku nie została opracowana. Kolejne argumenty i dowody przedłożone przez odwołującego w postaci pisma Urzędu Miejskiego Gminy Opatówek z 25 czerwca 2019 r. (dowód opisany jako 5c – załącznik do pisma procesowego odwołującego) z którego wynika, że inwestor nie występował do urzędu o ustalenie warunków zabudowy i zagospodarowania terenu dla tego obiektu, chociaż działka na którym ma powstać znajduje się na terenie nie

objętym planem zagospodarowania przestrzennego oraz w postaci rachunku zysków i strat OMEGA Sp. z o.o. za 2017 r. (dowód 5c – załącznik do pisma procesowego odwołującego) wskazującego, że spółka ta poniosła koszty operacyjne w wysokości 5 438,27 zł., a co w ocenie odwołującego dowodzi, że podmiot zamawiający dokumentację nie poniósł kosztów wykonania projektu w roku, w którym został on wykonany, mogą stanowić podstawę do dalszych wyjaśnień ze strony przystępującego i o takie winien zwrócić się do niego zamawiający. W ocenie Izby nie mogą jednak stanowić wystarczających dowodów dla uznania, że w tym zakresie LOCUM podało w wykazie informacje niezgodne z rzeczywistością.

Niezależnie od powyższego, co wcześniej wskazano, LOCUM w złożonym wykazie podało informacje niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy. Odwołujący wskazał dwie podstawy wykluczenia przystępującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tj. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. Izba doszła jednak do przekonania, że w niniejszym stanie faktycznym nie wykazano, że przedstawienie powyższych informacji nastąpiło z winy umyślnej. Na marginesie należy zaznaczyć, że dowodzenie takie byłoby niezwykle trudne, wymagało dowodów nie znajdujących się w dokumentacji niniejszego postępowania, z których to jednoznacznie wynikałoby, że przystępujący miał zamiar wprowadzenia w błąd zamawiającego, czyli że wyobrażał sobie taki skutek i tego chciał, ewentualnie na to się godził. Zazwyczaj uzyskanie takich dowodów, czy to przez zamawiającego, czy też innego wykonawcę formułującego taki zarzut jest utrudnione, gdyż wymaga dostępu do wewnętrznych dokumentów wykonawcy, ewentualnie uzyskania zeznań świadków. Wypełniona została jednak przesłanka z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, bowiem dla wykluczenia wykonawcy w oparciu o ten przepis ustawy Pzp wystarczające jest to, by podanie obiektywnie niezgodnych ze stanem rzeczywistym informacji (a więc informacji nieprawdziwych) wynikało z niedbalstwa wykonawcy, co miało miejsce w niniejszym postępowaniu, w odniesieniu do oświadczeń składanych przez przystępującego.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie się zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1.

Przewodniczący: