

WYROK
z dnia 18 października 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 października 2018 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 października 2018 roku przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych „Eko-Wod” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świdnicy

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Gminę Żórawina

orzeka

1. Uwzględnia odwołanie.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą *Rozbudowa systemu kanalizacji w aglomeracji Żórawina – Etap I* w zakresie Zadania 2 – *Budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości Mędlów i miejscowości Rzeplin* tj. oferty wykonawcy ETP spółka akcyjna z siedzibą w Katowicach

Nakazuje Zamawiającemu wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą *Rozbudowa systemu kanalizacji w aglomeracji Żórawina – Etap I* w zakresie Zadania 2 – *Budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości Mędlów i miejscowości Rzeplin* wykonawcy ETP spółka akcyjna z siedzibą w Katowicach.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Gminę Żórawina i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych „Eko-Wod” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świdnicy tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Zamawiającego Gminy Żórawina na rzecz wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych „Eko-Wod” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świdnicy kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Gmina Żórawina - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *Rozbudowa systemu kanalizacji w aglomeracji Żórawina – Etap I*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 22 czerwca 2018 roku pod numerem 574142-N-2018.

3 października 2018 roku działając na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący wniósł odwołanie od czynności i zaniechania Zamawiającego w zakresie Zadania 2 w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą *Rozbudowa systemu kanalizacji w aglomeracji Żórawina – Etap I*.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy w związku z art. 91 ust. 1 ustawy przez wybór wykonawcy ETP spółka akcyjna z siedzibą w Katowicach (dalej: „ETP”) podczas, gdy wykonawca ETP winien być wykluczony z postępowania, a jego oferta powinna podlegać wykluczeniu oraz zaniechanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Odwołującego, podczas, gdy to oferta Odwołującego winna być wybrana w postępowaniu jako oferta najkorzystniejsza,
- 2) art. 24 ust.1 pkt 16) ustawy przez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu,
- 3) ewentualnie jedynie z ostrożności procesowej – gdyby Izba nie uznała zarzutu z art. 24 ust. 1 pkt 16) ustawy Pzp - art. 24 ust.1 pkt 17) ustawy przez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu (1) unieważnienia czynności wyboru oferty ETP, (2) wykluczenia wykonawcy ETP oraz (3)

wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący podniósł, że posiada interes we wniesieniu odwołania ponieważ, może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powyżej wskazanych przepisów ustawy, w szczególności Odwołujący może ponieść szkodę w rozumieniu art. 179 ust. 1 tej ustawy, polegającą na pozbawieniu go korzyści finansowych wynikających z możliwości uzyskania przez niego przedmiotowego zamówienia i w konsekwencji braku możliwości zawarcia umowy na realizację tego zamówienia

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Odwołujący podał, że w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SWIZ) w pkt 3.3) c Zamawiający wskazał, że osoba pełniąca funkcję kierownika robót elektrycznych powinna legitymować się doświadczeniem: *Minimum 5 -letnim na stanowisku Kierownika budowy lub kierownika robót elektrycznych, w tym w ramach jednego zamówienia, które obejmowało budowę kanalizacji wraz z co najmniej dwoma przepompowniami sieciowymi.*

Wybrany Wykonawca złożył wykaz dotyczący doświadczenia osób dedykowanych do realizacji zamówienia, w którym wskazał, że Pan Sz. H. legitymuje się doświadczeniem dotyczącym 3 obiektów obejmujących wykonanie kanalizacji wraz z co najmniej dwoma przepompowniami sieciowymi:

1. Zadanie pod nazwą Budowa kanalizacji sanitarnej z przyłączami w m. Biała Góra, Drwalew, i fragment Wierzbówki Gm. Wartkowice, pow. Poddębice.

Odwołujący argumentował, że zgodnie z treścią Wykazu Zamawiającym w ramach przedmiotowej inwestycji jest Instalcompact Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Tarnowie Podgórnym, który to wykonawca w odpowiedzi na zapytanie Odwołującego złożył w tym przedmiocie Odwołującemu stosowne oświadczenie (w załączeniu do odwołania).

2. Zadanie pod nazwą Budowa przepompowni ścieków oraz kanalizacji sanitarnej w Wieleniu, Osłoninie, Kaszczorze i Przemęcie.

Odwołujący podał, że zgodnie z treścią Wykazu Zamawiającym w ramach przedmiotowej inwestycji jest Gmina Przemęt, a realizacja zadania miała miejsce w okresie od 02.2016 do 06.2016 r. Lektura BIP gminy Przemęt - do której odwołał się Odwołujący - wskazuje, że nie tylko w podanym okresie, lecz w ogóle w latach 2014-2018 nie było realizowane zadanie o podanej nazwie. Co więcej, w powyższym okresie nie było realizowane żadne zadanie polegające na budowie przepompowni ścieków oraz kanalizacji sanitarnej w w/w

miejsowościach. Odwołujący podał również w uzasadnieniu odwołania, że w rozmowie telefonicznej z przedstawicielem gminy Przemęt, Panią M. F. uzyskał informację, że dane zamieszczone w Wykazie nie znajdują potwierdzenia w rzeczywistości. Informacja ta została potwierdzona w formie mailowej (w załączeniu do odwołania).

3. Zadanie pod nazwą Budowa sieci oraz urządzeń wodociągowo-kanalizacyjnych w systemie zaprojektuj i wybuduj w Środzie Śląskiej.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią Wykazu Zamawiającym w ramach przedmiotowej inwestycji jest Średzka Woda spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, a realizacja zadania (polegającego na zaprojektowaniu i budowie) miała miejsce w okresie od 08.2014 do 04.2015 r. Odwołujący argumentował, że w rozmowie telefonicznej z przedstawicielem Zamawiającego, Panem J. Ch., uzyskał informację, że dane zamieszczone w Wykazie nie znajdują potwierdzenia w rzeczywistości. Odwołujący podał także w uzasadnieniu odwołania, że wystąpił z zapytaniem w formie elektronicznej i oczekuje na odpowiedź.

Wskazany powyżej wykaz zawiera również inne nieprawdziwe informacje. Zgodnie z jego treścią, Pan Sz. H. pełnił funkcję kierownika robót elektrycznych na zadaniu pod nazwą „Budowa pompowni ścieków na ulicy wodnej w Bielawie”. Zgodnie z treścią Wykazu Zamawiającym w ramach przedmiotowej inwestycji jest F.I. Manta Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Zawadzkie, który to wykonawca w odpowiedzi na zapytanie Odwołującego złożył w tym przedmiocie Odwołującemu stosowne oświadczenie (w załączeniu do odwołania).

Biorąc pod uwagę powyższe Odwołujący podał, że oświadczenia Wykonawcy, co do doświadczenia Pana Sz. H. z całą stanowczością są oświadczeniami nieprawdziwymi.

Stosownie do przepisu art. 24 ust.1 pkt 16 ustawy Zamawiający wyklucza 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. Przenosząc powyżej wskazany stan faktyczny na stan faktyczny postępowania wybrany Wykonawca (ETP) złożył w tym zakresie nieprawdziwe oświadczenie, co do spełniania warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący podkreślił, że jest to zamierzone działanie wykonawcy, bowiem nie jest możliwe, by "zapomniał" o okolicznościach, które miały miejsce w tak niedalekiej przeszłości. Niewiarygodne jest, by

Wykonawca „nie pamiętał”, czy też nie miał świadomości, że Pan Sz. H. nie sprawował funkcji kierownika robót elektrycznych na wskazanych powyżej kontraktach. Natomiast, nawet jeśli przyjąć, że Wykonawca został wprowadzony w błąd przez Pana Sz. H. to mamy do czynienia co najmniej z rażącym niedbalstwem Wykonawcy, bowiem odbierając takie oświadczenie, czy też od swojego pracownika, czy też jakiegokolwiek osoby współpracującej Wykonawca powinien takie oświadczenie zweryfikować, ponieważ składa takie oświadczenie na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu. Wobec Wykonawcy należy stosować podwyższony miernik staranności. Stosownie bowiem do przepisu art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Zatem, wykonawca nie tylko nie zachował profesjonalnego charakteru tej działalności, ale w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa doprowadził do wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Odwołujący wskazał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 marca 2018 roku sygn. akt: KIO 444/18 oraz wyrok z dnia 23 marca 2018 roku sygn. akt: KIO 448/18.

Odwołujący argumentował, że postawił nie tylko zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust.1 pkt 16 ustawy ale także art. 24 ust.1 pkt 17 ustawy. W myśl przywołanego powyżej przepisu Zamawiający wyklucza wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Odwołujący wskazał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 marca 2018 roku sygn.. akt KIO 456/18 oraz podniósł, że art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawa wymaga, by działanie wykonawcy (przekazanie wprowadzających w błąd informacji) było zawinione. Jednak może to być wina najłżejszego rodzaju, wynikająca z lekkomyślności lub niedbalstwa. Tym samym nie jest wymagane działanie umyślne, choć takie, jako dalej idące, również spełnia warunki przepisu. W przypadku pkt 17 wystarczy lekkomyślności lub niedbalstwo, a w przypadku pkt 16 potrzeba więcej - wykonawca musi działać umyślnie lub w wyniku rażącego niedbalstwa. Ponadto pkt 16 mówi wyraźnie o wprowadzeniu w błąd Zamawiającego, podczas gdy w pkt 17 chodzi jedynie o przekazanie informacji wprowadzających (potencjalnie) w błąd. W zakresie wprowadzenia w błąd art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawa ma co do zasady znacznie szerszy zakres niż pkt 16. W przypadku pkt 16, aby mogło dojść do wykluczenia wykonawcy to nieprawdziwe informacje winny dotyczyć tego, że wykonawca deklaruje, że nie podlega wykluczeniu z postępowania oraz, że spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji. W przypadku pkt 17 chodzi o każde informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Podobnie Izba w wyroku z 18 kwietnia 2017 roku sygn. akt KIO 576/17. Ustawa nie zawiera definicji nieprawdziwych informacji, nie mniej jednak taką definicję wypracowały wspomniane powyżej orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, jak i doktryna. I tak należy wskazać, iż w przywołanym powyżej wyroku sygn. akt KIO 576/17 Izba wskazała, że przez przedstawienie nieprawdziwych informacji (wprowadzających w błąd) należy rozumieć „m.in. złożenie przez wykonawcę własnego oświadczenia wiedzy (lub przedstawienie oświadczenia wiedzy podmiotu trzeciego), którego treść pozostaje w sprzeczności z rzeczywistym stanem rzeczy.” „Bez wątplenia informacjami wprowadzającymi zamawiającego w błąd będą informacje nieprawdziwe, czyli niemające odzwierciedlenia w rzeczywistości. W wyroku z 15 marca 2018 r. sygn. akt KIO 380/18 Izba, na podstawie poglądów Sądu Najwyższego, wyjaśniła co oznacza pojęcie „prawda”.

Nie ulega wątpliwości, że wykonawca ETP wprowadził w błąd Zamawiającego w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Bez znaczenia jest fakt intencji wykonawcy w tym zakresie, co wynika również z przywołanego powyżej wyroku Izby. Wykonawca ETP wprowadził Zamawiającego w błąd, bowiem przedstawił informacje nieprawdziwe, a zatem takie które obiektywnie są niezgodne z rzeczywistością. W ślad za wskazanymi powyżej wyrokami oraz szerokim orzecznictwem Izby dotyczącym tego tematu Odwołujący podniósł, że do uznania informacji za wprowadzającą w błąd nie jest istotne ustalenie, jaka przyczyna spowodowała, że wykonawca taką informację przedstawił. Przedstawienie informacji niezgodnych z rzeczywistością, a dotyczących Pana Sz. H. w zakresie warunków udziału w postępowaniu winno skutkować wykluczeniem wykonawcy ETP z postępowania. Ponadto informacje te nie tylko mogą mieć, a mają wpływ na decyzję Zamawiającego, bowiem na podstawie tych informacji Zamawiający wybrał jako ofertę najkorzystniejszą w przywołanym wyżej postępowaniu dla Zadania 2 ofertę wykonawcy ETP Zamawiający wybrał zatem ofertę Wykonawcy, który nie tylko nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, ale także przedstawił nieprawdziwe informacje, aby mieć wpływ na decyzję Zamawiającego.

Odwołujący, jak wskazał na marginesie, zauważył, że w/w okoliczności nie stanowią jedynych błędnych czy nieprawdziwych oświadczeń jakie wykonawca ETP złożył w trakcie przedmiotowego postępowania. Kolejną nieprawdziwą informacją której złożenie przez Wykonawcę wypełnia dyspozycję art. 24 ust 1 pkt 16 i 17 jest oświadczenie o zakresie rzeczowym zamówienia przewidzianym do realizacji przez podwykonawcę. Ze względu na fakt, że wykonawca ten nie posiada żądanego przez Zamawiającego doświadczenia dla potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu posłużył się w 100% potencjałem podmiotu trzeciego. Ponieważ potencjał ów dotyczył doświadczenia w realizacji

obiektów zbliżonych zakresem do przedmiotu zamówienia, zgodnie z dyspozycją art. 22a ust. 4 ustawy Zamawiający wymagał rzeczywistego uczestnictwa podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji zamówienia. W formularzu ofertowym wbrew wymogom SIWZ nie został przez Wykonawcę określony zakres rzeczowy zadania w jakiego realizacji uczestniczyć będzie podmiot udostępniający potencjał w postaci doświadczenia - firma Molewski spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. W skutek powyższego, dla oceny realności udostępnienia potencjału Zamawiający pismem z dnia 10 września 2018 r wezwał ETP do *"(...) przedstawienia dokładnego zakresu robót jaki zostanie powierzony podwykonawcom, w tym przedstawienia dokładnego zakresu robót jaki zostanie powierzony Molewski Sp. z o.o."*. W odpowiedzi na powyższe ETP w piśmie z dnia 12 września 2018 r. wskazał, że *"(...) na obecnym etapie potwierdzamy, iż zakres prac, które przewidujemy podzlecić Podwykonawcy jest następujący: część robót budowlano montażowych w zakresie budowy kanalizacji sanitarnej polegający na ułożeniu kanału grawitacyjnego z rur PCV 200 o dl. ok 2 km wraz z sięgaczami kanalizacyjnymi w miejscowości Mędlów"*. Również ta informacja zdaniem Odwołującego jest nieprawdziwa, albowiem oświadczenie w niej zawarte jest obiektywnie niemożliwe do spełnienia. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, w całej miejscowości Mędlów do wykonania jest jedynie 1 352 m kanalizacji grawitacyjnej PCV 200, a więc wykonanie "ok. 2 km" w ramach realizacji tego przedmiotu zamówienia nie może mieć miejsca.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zmianami; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 3 października 2018 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego zgłoszonego w piśmie procesowym z dnia 15 października 2018 roku oraz podtrzymanego na posiedzeniu z udziałem Stron o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy, bowiem – co znalazło wyraz z

orzeczeniu z dnia 13 czerwca 2017 roku sygn. akt KIO 1077/17 - Izba wzięła pod uwagę wynik kontroli instancyjnej Sądów Okręgowych właściwych dla siedzib Zamawiających, które z mocy art. 198 a ust. 1 ustawy sprawują nadzór instancyjny nad orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej. Izba uwzględniła stan znany Izbie z urzędu odnośnie wydanych przez Sądy Okręgowe orzeczeń uwzględniających skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz w świetle wyniku kontroli instancyjnej Izba podziela i przyjmuje za własny pogląd wyrażany przez Sądy Okręgowe, że pojęcie wyboru oferty najkorzystniejszej musi być rozumiane jako składowa czynności i zaniechań Zamawiającego zakończonych wyborem oferty najkorzystniejszej pod względem materialnym tj. złożonej przez wykonawcę niepodlegającego wykluczeniu z postępowania i oferty niepodlegającej odrzuceniu. Wymaga również podkreślenia, że w zasadność stanowiska Izby wykazana została w Uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 listopada 2017 roku sygn. akt III CZP 56/17, w której między innymi czytamy, że zarzut odwołania od wyboru najkorzystniejszej oferty, o którym mowa w art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy mogą obejmować także zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę wybraną przez Zamawiającego lub zaniechanie odrzucenia oferty, która powinna podlegać odrzuceniu. Tym samym, w ramach rozpoznawanej sprawy nie ma podstawy do odrzucenia odwołania wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych „Eko-Wod” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świdnicy (dalej: Odwołującego), który podnosił zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy ETP spółka akcyjna z siedzibą w Katowicach (dalej: „ETP”), którego oferta została wybrana przez Zamawiającego.

II.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Odwołanie złożone jest w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą *Rozbudowa systemu kanalizacji w aglomeracji Żórawina – Etap I w zakresie Zadania 2 – Budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości Mędłów i miejscowości Rzeplin.*

III.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych *Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie - w zakresie Zadania 2 – *Budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości Mędtów i miejscowości Rzeplin* - zasługuje na uwzględnienie.

IV.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy *wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.* Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe.

Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi *Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...)*

V.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, w skład których zgodnie z par. 8 ust. 1 rozporządzenia z Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w *sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu* (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092) wchodzi odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i załączone do odwołania oraz złożone na rozprawie przez Odwołującego.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i załączone do pisma procesowego Zamawiającego z dnia 15 października 2018 roku *Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie* złożonego na posiedzeniu z udziałem Stron postępowania.

VI.

W zakresie zarzutów odwołania:

Izba ustaliła:

Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SWIZ) w § 6 – *Warunki udziału w postępowaniu* określił w punkcie 2, że *o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają niżej wymienione warunki udziału w postępowaniu dotyczące*

2.2 dla Zadania 2:

3.3) dysponują oraz skierują do realizacji zamówienia osoby legitymujące się kwalifikacjami zawodowymi, uprawnieniami i doświadczeniem, tj:

(...)

c) Kierownikiem robót elektrycznych. Osoba proponowana na to stanowisko powinna posiadać:

i) min. 5 letnie doświadczenie na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Elektrycznych, w tym w ramach jednego zamówienia, które obejmowało budowę kanalizacji wraz z co najmniej dwoma przepompowniami sieciowymi, oraz

(...)

Izba zważyła:

Zarzuty odwołania dotyczyły zaniechania wykluczenia wykonawcy ETP z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Na wstępie Izba wskazuje, za ugruntowanym w orzecznictwie stanowiskiem, że dla zastosowania normy art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy muszą zajść następujące przesłanki, a mianowicie (1) przedstawienie informacji przez wykonawcę niezgodnej z rzeczywistością (2) informacja ta wprowadziła w błąd Zamawiającego, (3) błąd ten polegał na przyjęciu przez Zamawiającego, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, a (4) przedstawienie informacji musi być wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Natomiast regulację art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy można skutecznie zastosować, gdy wypełnione zostaną kumulatywnie następujące przesłanki, a mianowicie doszło do: (1) przedstawienie informacji przez wykonawcę niezgodnej z rzeczywistością, (2) informacja ma mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, (3) informacja ta wprowadziła w błąd Zamawiającego, a (4) przedstawienie informacji musi być wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa. Wskazane przesłanki muszą być stosowane łącznie, a niewykazanie zaistnienia jednej z nich jest wystarczające do stwierdzenia, że Zamawiający nie stosując art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy nie naruszył tej ustawy. (podobnie: wyrok KIO 348/17, wyrok KIO 2736/17, Wyrok KIO 836/17, wyrok KIO 1058/17, wyrok KIO 1257/17).

Przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością stanowi pierwszą z przesłanek w przypadku zarówno podstawy wykluczenia z punktu 16 jak i 17 ustawy. Informacja niezgodna z rzeczywistością, informacja nieprawdziwa (informacja wprowadzająca w błąd) to złożone przez wykonawcę oświadczenie wiedzy (lub przedstawienie oświadczenia wiedzy podmiotu trzeciego, którego treść pozostaje w sprzeczności z rzeczywistym stanem rzeczy (tak też wyrok KIO 576/17).

W orzecznictwie Izby ugruntowane jest stanowisko w zakresie tego co powinno być traktowane jako informacja nieprawdziwa, niezgodna z rzeczywistością (porównaj wyrok KIO 1633/11). Dla oceny czy mamy do czynienia z informacją niezgodną z rzeczywistością, która to, jak przed nowelizacją ustawy z 22 czerwca 2016 roku, „informacja nieprawdziwa” (w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy sprzed nowelizacji) nie ma definicji legalnej zawartej w ustawie pomocne jest orzecznictwo sądowe. W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2002 r. II CKN 1095/99 (za sądem apelacyjnym), czytamy, 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.

Zaznaczenia wymaga, że podanie informacji niezgodnych z rzeczywistością odpowiada podaniu informacji nieprawdziwych, chodzi tym samym o obiektywną niezgodność treści podanego oświadczenia z rzeczywistością. Informacje podawane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stanowią oświadczenia wiedzy składane w sposób celowy, stanowią odpowiedź na ukształtowane w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SWIZ warunki udziału w postępowaniu, dlatego też muszą być rozpatrywane w pryzmacie staranności wymaganej w danych okolicznościach, z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru postępowania o zamówienie oraz zawodowego charakteru prowadzonej działalności przez wykonawców. Do czynności Zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z art. 14 ustawy, mają zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego. Tym samym czynność wykonawcy polegająca na przedstawieniu informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego należy oceniać w pryzmacie cywilistycznym, a więc dokonując oceny dochowania przez wykonawcę

należytej staranności wymaganej od uczestnika postępowania. Sad Najwyższy w wyroku z dnia 23 października 2003 roku sygn. akt V CK 311/02 wskazał, że „wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny. Jego zastosowanie w praktyce polega najpierw na dokonaniu wyboru modelu, ustalającego optymalny w danych warunkach sposób postępowania, odpowiednio skonkretyzowanego i aprobowanego społecznie, a następnie na porównaniu zachowania się dłużnika z takim wzorcem postępowania. O tym, czy na tle konkretnych okoliczności można osobie zobowiązanej postawić zarzut braku należytej staranności w dopełnieniu obowiązków, decyduje nie tylko niezgodność jego postępowania z modelem, lecz także uwarunkowana doświadczeniem życiowym możliwość / powinność przewidywania odpowiednich następstw zachowania. Miernik postępowania dłużnika, którego istota tkwi w zaniechaniu dołożenia staranności, nie może być formułowany na poziomie obowiązków nie dających się wyegzekwować, oderwanych od doświadczeń i konkretnych okoliczności”. Jak wskazuje się w orzecznictwie, należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie, co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności. Uwzględniając cywilistyczny kontekst oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, powyższa argumentacja musi być uwzględniona przy ocenie spełnienia kolejnej z przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 16 jak i 17 ustawy.

Ustawodawca w regulacji art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy zaznaczył, że wykonawca „wprowadził zamawiającego w błąd”, zatem ustawodawca przesądził, że jest to czynność dokonana wykonawcy. Tym samym działanie wykonawcy musi prowadzić do faktycznego wywołania u Zamawiającego mylnego wyobrażenia o okolicznościach odnoszących się do podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania, spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.

W rozpoznawanej Zamawiający, w zakresie Zadania 2, dokonał wyboru oferty wykonawcy ETP. U Zamawiającego powstało zatem przekonanie, wyobrażenie o wykazaniu przez ETP warunków udziału w postępowaniu, czego właśnie efektem jest dokonanie wyboru oferty tego właśnie wykonawcy. Przedstawiona przez ETP informacja w *Wykazie osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego* (dalej: Wykaz) wprowadziła w błąd Zamawiającego, a błąd ten polegał właśnie na przyjęciu przez Zamawiającego, że wykonawca wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że w trakcie rozprawy Zamawiający oświadczył, że dopiero w wyniku wniesienia do Zamawiającego pisma przez ETP, pisma datowanego na 8 października 2018 roku (złożonego po terminie wniesienia odwołania tj. 3 października 2018 roku, ale przed terminem rozpoznania odwołania) Zamawiający powziął informację o tym, że *wskazane inwestycje* (gmina Przemęt oraz Instalcompact Sp. z o.o) *nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu*. Tym samym Zamawiający ponownie potwierdził, że dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej w tym postępowaniu, w zakresie Zadania 2, czynności tej dokonał pozostając w błędzie co do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez ETP. Wykonawca ETP potwierdził również w ww. piśmie, że wprowadził Zamawiającego w błąd wskazując, że *nie było to z naszej strony działanie celowe i zamierzone, by wprowadzić Zamawiającego w błąd*. W oderwaniu od celu i zamiaru wykonawcy potwierdza ETP w sposób jednoznaczny, że tak skonstruowana informacja w Wykazie wprowadzała Zamawiającego w błąd co do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez ETP.

Z pisma z dnia 8 października 2018 roku od ETP do Zamawiającego, które to pismo Zamawiający przedstawił na posiedzeniu jak załącznik do pisma z dnia 15 października 2018 roku zawierającego stanowisko pismem Zamawiającego wynika, że przedstawione zostały przez ETP w Wykazie odnośnie Kierownika robót elektrycznych informacje niezgodne z rzeczywistością. ETP wskazał w tym piśmie, że przedstawione w Wykazie informacje *w swojej treści mogą nie odpowiadać faktycznym okolicznościom*. W dalszej treści pisma wykonawca ETP wskazał co też nie odpowiada faktycznym okolicznościom, tym samym wyjaśnił i potwierdził, że po pierwsze informacje te nie były zgodne z rzeczywistością, a po drugie na czym polegała ta niezgodność informacji. Stanowisko takie również potwierdził w trakcie rozprawy Zamawiający, w ocenie którego wskazane przez Odwołującego dwie inwestycje (Budowa kanalizacji sanitarnej z przyłączami w m. Biała Góra, Drwalew, i fragment Wierzbówki Gm. Wartkowice, pow. Poddębice; Budowa przepompowni ścieków oraz kanalizacji sanitarnej w Wieleniu, Osłoninie, Kaszczorze i Przemęcie) *nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu*, oraz że *bez doświadczenia ww. wskazanego doświadczenie w Wykazie dla pana H. nie potwierdza spełnienia warunku minimum 5 lat doświadczenia na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót elektrycznych*. Izba zaznacza, że wyjaśnienia poczynione przez ETP w piśmie z dnia 8 października 2018 roku, do których odwoływał się również Zamawiający w swoim stanowisku wskazują na brak dochowania należytej staranności przy składaniu oświadczenia wiedzy jakim jest złożenie Zamawiającemu Wykazu. Należyta staranność wykonawcy ETP składającego oświadczenie wiedzy w zakresie postępowania, przy

uwzględnieniu cywilistycznego wzorca oceny należytej staranności, zostać musi oceniona negatywnie. Działania ETP sprowadzające się jak to wskazał w piśmie do przygotowania Wykazu w oparciu o CV Pana H. pochodzące od obecnego jego pracodawcy nie stanowi w ocenie Izby dochowania należytej staranności przy konstruowaniu oświadczenia wiedzy jakim jest Wykaz. W ocenie Izby wyjaśnienia ETP, które przyjął w swej argumentacji również Zamawiający wskazują na rażące niedbalstwo wykonawcy składającego ofertę w przygotowaniu wymaganych ustawą oświadczeń. W zasadzie zwykła weryfikacja uzyskanych informacji pozwoliłaby ETP na ich weryfikację, potwierdza to w szczególności fakt, że Odwołujący nie miał problemów z weryfikacją złożonego przez Odwołującego oświadczenia w Wykazie. ETP w piśmie podkreśla, że nie było działaniem zamierzonym wprowadzanie Zamawiającego w błąd, jednakże Izba uznała, że działania, a raczej jego brak, stanowiły rażące niedbalstwo wykonawcy ETP w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przy składaniu oświadczenia wiedzy zawartego w Wykazie. Izba wskazuje, że stwierdzenie niedbalstwa danej osoby 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 wyrok Sąd Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 ustawy Kodeks cywilny 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 tym wypadku Odwołujący powinien dokonać szczególnej weryfikacji prezentowanych przez siebie danych, mając prawną świadomość, jako profesjonalista, konsekwencji ich nierzetelnej prezentacji. Z przedstawionych stanowisk ETP w piśmie z dnia 8 października 2018 roku oraz stanowisk Zamawiającego nie wynika, aby wykonawca ETP składając Wykaz na wezwanie Zamawiającego za pismem z dnia 3 września 2018 roku dochował staranności i sprawdził dane jakie oświadczał Zamawiającemu. Nie sposób uznać, że wykonawca ETP dochował dbałości w zakresie podejmowanych czynności. W ocenie Izby nie ulega bowiem wątpliwości, że prezentowane dane w Wykazie były niezgodne z rzeczywistością w odniesieniu do wykazanego doświadczenia dla Kierownika robót elektrycznych. Izba wskazuje, że przyjęcie stanowiska prezentowanego przez Zamawiającego i ETP prowadziłyby do wniosku, że każdy wykonawca może napisać cokolwiek w złożonym

oświadczeniu wiedzy w zasadzie nie dokonując weryfikacji składanych w oświadczeniu danych – a z taką koncepcją nie sposób się zgodzić.

W zakresie inwestycji, którą w Wykazie ETP wskazał jako Budowa sieci oraz urządzeń wodociągowo-kanalizacyjnych w systemie zaprojektuj i wybuduj w Środzie Śląskiej, Izba wskazuje, że po pierwsze, za pismem z 8 października 2018 roku złożonym przez ETP i załączonej referencji wynika, że inwestycja to „Budowa systemu wizualizacji i monitoringu sieci oraz urządzeń wodociągowo-kanalizacyjnych w systemie zaprojektuj i wybuduj”; po drugie, w wykazie Wykonawca podał, że w ramach zadania wykonano 40 kompletnych sieciowych przepompowni ścieków, natomiast zgodnie z treścią referencji zakres prac zadania obejmował prefabrykację, dostawę, montaż i uruchomienie szaf zasilająco-sterowniczych dla przepompowni ścieków, wyposażonych w moduły GPRS dla obustronnej komunikacji i transmisji danych – w ilości ponad 40 punktów telemetrycznych. Wymaga zatem podkreślenia, że podane w Wykazie przez ETP informacje - jak uczynił to ETP również jak w dwóch omawianych wcześniej przypadkach - nie są zgodne z rzeczywistością, co wykonawca ten potwierdził składając Zamawiającemu referencję z 14 kwietnia 2016 roku.

W zakresie inwestycji wskazanej w Wykazie tj. Budowa pompowni ścieków w ulicy Wodnej w Bielawie, zgodnie z dowodem załączonym do odwołania – oświadczenie F.I. Manta spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Zawadzie, ETP w złożonym oświadczeniu zawartym w Wykazie przedstawił informację nieprawdziwą, bowiem, zgodnie z ww. dowodem, Pan H. nie sprawował funkcji Kierownika robót elektrycznych. Izba wskazuje w tym miejscu, że argumentacja Odwołującego odnosząca się do tej inwestycji nie była kwestionowana przez Zamawiającego jak również nie był kwestionowany złożony przy odwołaniu dowód.

Mając na względzie powyższe stanowisko, Izba podkreśla, że wskazane w Wykazie informacje, do których odnosił się Odwołujący w odwołaniu, a dotyczące inwestycji wskazanych w Wykazie tj. Budowa kanalizacji sanitarnej z przyłączami w m. Biała Góra, Drwalew, i fragment Wierzbówki Gm. Wartkowice, pow. Poddębice; Budowa przepompowni ścieków oraz kanalizacji sanitarnej w Wieleniu, Osłoninie, Kaszczorze i Przemęcie oraz Budowa sieci oraz urządzeń wodociągowo-kanalizacyjnych w systemie zaprojektuj i wybuduj w Środzie Śląskiej, a także Budowa pompowni ścieków w ulicy Wodnej w Bielawie są niezgodne z rzeczywistością, wprowadziły Zamawiającego w błąd przez przyjęcie przez Zamawiającego, że wykonawca ETP wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu z postępowania oraz zostały przedstawione w wyniku rażącego niedbalstwa wykonawcy ETP, tym samym potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy.

W odniesieniu do dowodu złożonego przez Odwołującego na rozprawie, a dotyczącego wskazanych w Wykazie inwestycji „Projekt i budowa przepompowni dla gospodarki ściekowej na terenie zakładu Nitro-Chem” oraz „Budowa gminnej oczyszczalni ścieków w Brusach” Izba wskazuje, że na etapie odwołania doświadczenie pozyskane w ramach tych inwestycji nie było kwestionowane przez Odwołującego. Tym samym dowód złożony w trakcie rozprawy nie jest przydatny do oceny zarzutów faktycznych podnoszonych w odwołaniu w zakresie innych, wskazanych wyżej, inwestycji. Izba również nie mogła uwzględnić argumentacji Odwołującego w tym zakresie, bowiem w zasadzie stanowiła ona w odniesieniu do inwestycji wskazanych w dowodzie rozszerzenie faktycznej podstawy zarzutu odwołania

Izba podkreśla, że wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest jednym z najistotniejszych elementów mających wpływ na udział wykonawcy w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Analiza norm prawnych uregulowanych w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy - których naruszenie wskazywał Odwołujący, przy czym jako zarzut ewentualny podnosił naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy – prowadzi do wniosku, że hipoteza art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy stanowi kwalifikowaną formę wprowadzenia Zamawiającego w błąd oraz konsumuje w swej regulacji hipotezę art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy. Izba rozpoznała zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy i uznała, że Zamawiający naruszył dyspozycję tego przepisu, tym samym skoro przepis konsumuje w swej treści regulację z pkt 17, to i w tym zakresie doszło do naruszenia tego przepisu ustawy.

Izba zaznacza, że ugruntowany jest w orzecznictwie pogląd, że brak jest możliwości zastąpienia informacji nieprawdziwej mającej wpływ na wyniki postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – a z takim przypadkiem mamy do czynienia w rozpoznawanej sprawie – informacją prawdziwą. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, złożenie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji wyłącza możliwość uzupełniania dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy (podobnie wyrok KIO 734/17, KIO 1004/17, KIO 2003/17), 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 ustawy.

W odniesieniu do naruszenia wskazanych art. 91 ust.1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Izba zaznacza, że Odwołujący podnosił naruszenie tych regulacji prawnych przez zaniechanie wykluczenia ETP z postępowania, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy. Izba rozpoznała odwołanie w zakresie wcześniej uzasadnionych zarzutów odwołania i uznała, że doszło do naruszenia przepisów ustawy. Rozpoznanie tego zarzutu, w odniesieniu do jego uzasadnienia faktycznego, które jest nieodzownym i koniecznym elementem zarzutu odwołania sprowadza się w zasadzie do rozpoznania ponownie podstaw wykluczenia, ponieważ nie stanowi zarzutu jedynie podanie podstawy prawnej ale jej faktyczne uzasadnienie. Potwierdził się zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy oraz naruszenia podniesionych przepisów przez Odwołującego, dlatego też Izba uznała, że zarzuty odwołania i w tym zakresie się potwierdziły.

Izba nie uwzględniła stanowiska Odwołującego dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy odnośnie oświadczenia o zakresie rzeczowym zamówienia przewidzianym do realizacji przez podwykonawcę. Podnoszona przez Odwołującego argumentacja faktyczna zasadza się na sformułowaniu „ok. 2 km”, które to określenie nie jest precyzyjne. Nie sposób uznać, że informacja przedstawiona w tym postępowaniu, w taki właśnie sposób, a która nie jest jednoznaczna, konkretna jest informacją nieprawdziwą. Treść stanowiska ETP, które przytacza Odwołujący również nie jest precyzyjne i jednoznaczne, ponieważ wykonawca posługuje się zwrotem „wraz” (w zakresie budowy kanalizacji sanitarnej polegający na ułożeniu kanału grawitacyjnego z rur PCV 200 o dl. ok 2 km wraz z sięgaczami kanalizacyjnymi w miejscowości Mędłów). Odwołanie się do niejednoznacznego określenia „około” oraz wskazanie „wraz” powoduje, że nie sposób uznać, że informacja ta jest nieprawdziwa, niezgodna z rzeczywistością. Podkreślenia wymaga, że długość kanału grawitacyjnego z rur PCV 200 w poz. 37 zlewnia PS-3 oraz poz. 285 zlewnia PS-4 wynosi 1 352 m, natomiast długość sięgaczy wynosi 280,5 m przy czym wykonanych z rur 150 - w sumie długość rur to wartość 1 632,5 m.

Izba podkreśla, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dowolnym, nieskodyfikowanym, luźnym postępowaniem, stanowi ono szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu – obowiązujące regulacje prawne są bardzo szczegółowe i nakładają na podmioty starające się o udzielenie zamówienia publicznego

sztyną regulację postępowania, w zamian natomiast pozwalającą zawrzeć kontrakt z podmiotem publicznym, czyli podmiotem istniejącym i gwarantującym wypłatę środków finansowych.

Izba zaznacza, że choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy – to odstępianie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i wymaganiami SWIZ, a w konsekwencji prowadzi do wyboru w postępowaniu oferty, która nie jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego, które to sobie sam Zamawiający zdefiniował w dokumentacji postępowania. To zadaniem wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu jest złożenie oferty zgodnej z wymaganiami SWIZ, natomiast Zamawiający winien jest dokonać oceny złożonej oferty. Każdy z wykonawców składających ofertę w postępowaniu chce wygrać zamówienie, chce zawrzeć kontrakt ale nie jest to wystarczającym uzasadnieniem dla sanowania błędów w ofercie jednego wykonawcy kosztem możliwości uzyskania zamówienia przez innego wykonawcę, bowiem naruszenie zasad określonych w ustawie zawsze należy odnosić do wszystkich podmiotów będących uczestnikami postępowania, bowiem wszystkich zasady te obowiązują.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. *w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. z 2018 r. poz. 972)

Przewodniczący: