

Sygn. akt KIO 2351/19

WYROK
z dnia 4 grudnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 grudnia 2019 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 listopada 2019 r. przez wykonawcę: **A. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Firma Budowlana JACH A. C. z siedzibą w Katowicach;**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Komendę Wojewódzką Policji w Katowicach;**

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania w wysokości **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych i zero groszy) obciąża wykonawcę: **A. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Firma Budowlana JACH A. C. z siedzibą w Katowicach, i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych i zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **A. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Firma Budowlana JACH A. C. z siedzibą w Katowicach,** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Katowicach.**

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 2351/19

UZASADNIENIE

Komenda Wojewódzka Policji w Katowicach - dalej „zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego którego przedmiotem jest „Usługa pełnienia nadzoru inwestorskiego w specjalności konstrukcyjno- budowlanej Komendy Wojewódzkiej Policji w Katowicach - postępowanie nr 3”; znak sprawy ZP-2380-278/1989/2019 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Szacunkowa wartość zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. W dniu 23 września 2019 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 598379-N-2019.

W dniu 19 listopada 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę: **A. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Firma Budowlana JACH A. C. z siedzibą w Katowicach** (dalej „odwołujący”).

Odwołujący, działając na podstawie art. 179 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) - dalej „ustawa Pzp”, wniósł odwołanie wobec czynności dokonanych przez zamawiającego oraz zaniechań czynności, do których zamawiający był zobowiązany na podstawie przepisów ustawy Pzp, zarzucając naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez określenie w SIWZ fakultatywnych warunków jego udzielenia, tj. kryteriów rzetelności wykonawców rozumianych jako brak prowadzonych (obecnie lub w przeszłości) wobec wykonawcy lub osób skierowanych przez niego do realizacji zamówienia postępowań karnych, karnoskarbowych, dyscyplinarnych oraz że ww. osoby nie zostały zwolnione dyscyplinarnie, w sytuacji gdy zamawiający miał świadomość tego, iż ww. warunki odnosić się będą wyłącznie do odwołującego się, albowiem tylko odwołujący w ostatnim czasie został zwolniony dyscyplinarnie, przedstawiono mu zarzuty w postępowaniu przygotowawczym, o czym zamawiający wiedział i formułując je w SIWZ działał w celu wykluczenia odwołującego z postępowania;
2. art. 26 ust. 2 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i niewezwanie odwołującego jako wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona do przedłożenia w wyznaczonym terminie dokumentów lub oświadczeń potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w sytuacji gdy wezwanie to pozwoliłoby odwołującemu wyjaśnić wszystkie wątpliwości co do spełniania przez niego kryteriów udzielenia zamówienia i braku podstaw do wykluczenia;

3. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 7 i 8 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i niewezwanie odwołującego do uzupełnienia oświadczenia lub dokumentów w przypadku uznania, iż zawierają one błędy, budzą u zamawiającego wątpliwości i uniemożliwienie odwołującemu przedstawienia dowodów dla wykazania jego rzetelności, a w szczególności wykazania, iż toczące się wobec niego postępowanie karne czy też zwolnienie dyscyplinarne nie mają wpływu na realizację przez niego zamówienia oraz, że jego dotychczasowe zachowania nie stanowiły poważnego naruszenia przez niego obowiązków zawodowych;
4. art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie i wykluczenie na jego podstawie odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w sytuacji gdy podanie przez odwołującego informacji w oświadczeniu dotyczącej toczących się wobec niego postępowań karnych nie było wynikiem zamierzonego działania ani rażącego niedbalstwa, albowiem nie miał on świadomości, iż przedstawienie mu zarzutów w postępowaniu przygotowawczym jest równoznaczne z prowadzeniem wobec niego postępowania karnego, a nadto nie mogło dojść do wprowadzania w błąd zamawiającego w tym zakresie, albowiem zamawiający miał świadomość powyższej okoliczności, posiadał wiedzę co do toczącego się postępowania oraz zamawiający zawiesił odwołującego w czynnościach służbowych, a następnie rozwiązał z nim stosunek pracy w trybie art. 52 §1 pkt 2 kodeksu pracy;
5. art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie i wykluczenie na jego podstawie odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w sytuacji gdy zamawiający nie wykazał dopuszczenia się przez odwołującego poważnego naruszenia obowiązków zawodowych w trakcie zatrudnienia u zamawiającego, powołując się wyłącznie na fakt przedstawienia odwołującemu zarzutów w postępowaniu prowadzonym przez Prokuraturę Regionalną we Wrocławiu, gdy tymczasem tego rodzaju okoliczność nie jest wystarczająca do stwierdzenia przez odwołującego poważnego naruszenia obowiązków zawodowych;

a także, z ostrożności procesowej zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu:

6. art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie, w sytuacji, gdy postępowanie o udzielenie zamówienia obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, poprzez określenie w SIWZ fakultatywnych warunków jego udzielenia, tj. kryteriów rzetelności wykonawców w celu wykluczenia odwołującego z postępowania, niewezwanie odwołującego do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń zgodnie z przepisami art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 7 i 8 ustawy Pzp.

W związku z powyższymi naruszeniami odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu unieważnienia zaskarżonej czynności

zamawiającego polegającej na wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu a także o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w postaci uiszczzonego przez odwołującego wpisu.

Nadto, odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów w postaci: (i) zaświadczenia z KRK o niekaralności A. C. z dnia 16 stycznia 2019 r. oraz z dnia 18 listopada 2019 r. - na okoliczność, iż w ww. datach A. C. nie był ujęty w rejestrze karnym; (ii) pozwolenie na użytkowanie obiektu Komisariatu III Policji w Gliwicach - na okoliczność rzetelności odwołującego w zakresie sprawowania nadzoru nad inwestycją; (iii) SIWZ opracowanych w dniach 19 marca 2019 r. oraz 3 czerwca 2019 r. dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie art. 39 - przetargu nieograniczonego pn.: „Usługa pełnienia nadzoru inwestorskiego w specjalności konstrukcyjno - budowlanej Komendy Wojewódzkiej Policji w Katowicach” - na okoliczność dodania w SIWZ z dnia 3 czerwca 2019 r. fakultatywnych warunków dotyczących rzetelności wykonawców; (iv) Załącznika nr 6 do SIWZ zawierającego oświadczenia odwołującego w zakresie kwalifikacji zawodowych i rzetelności dołączony do oferty z czerwca 2019 r. - na okoliczność treści złożonych oświadczeń.

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

Pismem z dnia 14 listopada 2019 r. odwołujący został zawiadomiony o wykluczeniu go z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający, jako podstawę prawną wykluczenia wskazał przepisy art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp.

Uzasadniając wykluczenie odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, zamawiający wskazał, iż odwołujący nie wykazał spełnienia warunków rzetelności wykonawcy określonych w pkt 1.2.2 b SIWZ. Zamawiający w uzasadnieniu podniósł, iż odwołującemu, w czasie gdy pozostawał zatrudnionym w Komendzie Wojewódzkiej Policji w Katowicach, przedstawione zostały zarzuty w postępowaniu karnym, w związku z którymi został on zawieszony w obowiązkach służbowych, a następnie zwolniony dyscyplinarnie na podstawie art. 52 § 1 pkt 2 kodeksu pracy. Z tych względów zamawiający ocenił, iż odwołujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu w zakresie rzetelności, jako że prowadzone jest w stosunku do niego postępowanie karne oraz zastosowane zostało wobec niego przez pracodawcę zwolnienie dyscyplinarne. Zamawiający zaznaczył przy tym, iż zwolnienie dyscyplinarne jest ostateczne nawet w przypadku odwołania się przez zwolnionego pracownika do sądu pracy.

Zamawiający opisał w rozdziale III pkt 1.2.2 b SIWZ kiedy uzna za spełniony warunek rzetelności wykonawcy. Odwołujący wskazał, iż w jego ocenie kryteria oceny rzetelności wykonawcy ustalone przez zamawiającego w SIWZ nie spełniają ustawowych a nawet

konstytucyjnych standardów. W niniejszym postępowaniu zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niezachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i określenie w SIWZ fakultatywnych warunków jego udzielenia, tj. kryteriów rzetelności wykonawców rozumianych jako brak prowadzonych (obecnie lub w przeszłości) wobec wykonawcy lub osób skierowanych przez niego do realizacji zamówienia postępowań karnych, karnoskarbowych, dyscyplinarnych oraz że ww. osoby nie zostały zwolnione dyscyplinarnie. Zamawiający miał świadomość tego, iż ww. warunki odnosić się będą wyłącznie do odwołującego, albowiem tylko odwołujący w ostatnim czasie został zwolniony dyscyplinarnie, przedstawiono mu zarzuty w postępowaniu przygotowawczym, o czym zamawiający wiedział. Zdaniem odwołującego zamawiający sformułował zatem powyższe kryteria w celu wykluczenia odwołującego z postępowania. Nie bez znaczenia jest również fakt, iż kryterium to pojawiło się po raz pierwszy w SIWZ z czerwca 2019 r. Okoliczność, iż zamawiający nie wprowadził tego kryterium podczas postępowania o udzielenie zamówienia z marca 2019 r., w którym to odwołujący również uczestniczył, świadczy o tym, iż intencja zamawiającego ukierunkowana była na odwołującego.

W ocenie odwołującego tego rodzaju kryteria oceny rzetelności wykonawców nie uwzględniają ponadto treści art. 42 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, statuującej zasadę domniemania niewinności, zgodnie z którą każdego uważa się za niewinnego, dopóki jego wina nie zostanie stwierdzona prawomocnym wyrokiem sądu. W ocenie odwołującego podstawą wykluczenia wykonawcy z postępowania nie może być wyłącznie fakt toczenia się przeciwko niemu postępowania karnego. Jedynie prawomocny wyrok sądu karnego, stwierdzający popełnienie przez wykonawcę przestępstwa, może stanowić podstawę wyłączenia go z postępowania.

Dalej podnosił, że uwzględnienie przez zamawiającego w treści SIWZ, jako podstawy wykluczenia, okoliczności związanych z popełnieniem przez wykonawcę przestępstwa, w przypadku, gdy nie jest ono stwierdzone prawomocnym wyrokiem sądu, stanowi naruszenie nie tylko zasady domniemania niewinności i wiążącego się z nią zakazu dyskryminacji w życiu publicznym osób, co do których takie domniemanie istnieje, ale również zasady równego traktowania podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia. Przeciwko wykonawcy w istocie prowadzone jest postępowanie karne. Sprawa znajduje się obecnie na etapie postępowania przygotowawczego, prowadzonego przez Prokuraturę Regionalną we Wrocławiu. Odwołujący nie przyznał się do popełnionych czynów, złożył obszernie wyjaśnienia, w których kwestionuje zasadność przedstawionych mu zarzutów i opinii biegłych. Mając jednak na uwadze, że postępowanie prowadzone przeciwko niemu nie zostało zakończone prawomocnym wyrokiem, co więcej nie został nawet sformułowany akt oskarżenia, nie powinno ono stanowić podstawy wykluczenia go z postępowania. Wykluczenie

odwołującego na tej podstawie stanowi naruszenie gwarancji przysługujących mu jako oskarżonemu.

Odwołujący podkreślał, że zamawiający skoncentrował ocenę rzetelności wykonawcy wyłącznie na kwestii toczenia się przeciwko wykonawcy obecnie, bądź w przeszłości, postępowania karnego, karnoskarbowego, dyscyplinarnego. O ile w przypadku postępowań karnoskarbowych ich przedmiot jest jasny, konkretny i może mieć związek z prowadzoną przez wykonawcę działalnością gospodarczą, w ramach której realizują zamówienia publiczne, o tyle w przypadku przesłanki toczącego się obecnie lub w przeszłości postępowania karnego lub dyscyplinarnego, takie ujęcie wydaje się zbyt szerokie. Nie każde postępowanie karne lub dyscyplinarne musi mieć związek z zachowaniami mogącymi mieć wpływ i znaczenie dla udzielającego zamówienie, a w szczególności na rzetelne jego wykonanie. Przy innej interpretacji za wykluczające wykonawcę od udziału w postępowaniu z powodu nierzetelności uznać należałoby każdego, wobec kogo toczy się by miało - obecnie lub w przeszłości - postępowanie karne o przestępstwa, które nie mogą mieć jakiegokolwiek związku z wykonaniem zamówienia.

Za naruszające ustawowe gwarancje, zdaniem odwołującego, uznać należy także te postanowienia SIWZ, które wykluczają jako nierzetelnego wykonawcę, który został dyscyplinarnie zwolniony (rozdział III pkt 1.2.2 b SIWZ). Nie można zgodzić się z zamawiającym, iż zwolnienie dyscyplinarne staje się „ostateczne nawet w przypadku skierowania przez zwolnionego pracownika sprawy do sądu”. Zdaniem odwołującego tego rodzaju zwolnienie staje się co prawda skuteczne z chwilą złożenia przez pracodawcę oświadczenia woli o rozwiązaniu stosunku pracy w tym trybie, jednakże ostateczna ocena zasadności rozwiązania stosunku pracy dokonywana jest przez sąd pracy i przed jej dokonaniem samo oświadczenie woli pracodawcy nie może stanowić podstawy do wykluczenia wykonawcy z tego powodu z postępowania. Faktem jest, iż zamawiający rozwiązał z odwołującym stosunek pracy bez wypowiedzenia w dniu 4 grudnia 2018 r. na podstawie art. 52 § 1 pkt 2 kodeksu pracy. Wykonawca odwołał się jednak od rozwiązania stosunku pracy do sądu pracy, a postępowanie nadal trwa i nie zapadł jeszcze nawet nieprawomocny wyrok. Nie bez znaczenia dla niniejszej sprawy powinna być również okoliczność, iż podstawą rozwiązania stosunku pracy z odwołującym był wyłącznie fakt przedstawienia mu zarzutów i jedynie ten fakt zdaniem odwołującego przesądził o rozwiązaniu stosunku pracy. Fakt popełnienia przez odwołującego zarzuczonego mu przestępstwa nie jest z pewnością oczywisty, zaś czynności podejmowane przez prokuraturę nie zmierzają bezpośrednio do wyjaśnienia jego wątku, ale pozyskania od niego informacji celem ustalenia odpowiedzialności karnej innych osób, o czym świadczy zdaniem odwołującego treść pytań zadawanych mu w trakcie dotychczasowych przesłuchań. Postępowanie przygotowawcze przeciwko odwołującemu toczy się już od roku.

Niezależnie od tego odwołujący ma wrażenie, iż dotychczasowe postępowanie zamawiającego, w związku z udzieleniem niniejszego zamówienia, miało na celu wyeliminowanie go z grona potencjalnych wykonawców. Oferty złożone przez odwołującego już dwukrotnie okazały się być ofertami najkorzystniejszymi, jednakże w obydwu przypadkach nie doszło do udzielenia zamówienia z uwagi na unieważnienie postępowania przez zamawiającego. Znamienne i zastanawiające może być w tym przypadku to, iż po pierwszym unieważnieniu postępowania w marcu 2019 r. zamawiający wprowadził dodatkowe kryterium w postaci rzetelności wykonawcy, której wyznacznikiem miało być to, czy wobec wykonawcy toczą się lub toczyły się postępowania karne, karnoskarbowe, dyscyplinarne oraz to czy wykonawca został zwolniony dyscyplinarnie. Zdaniem odwołującego wprowadzenie ww. kryteriów stanowiło zamierzone i celowe działanie zamawiającego, ukierunkowane na wyeliminowanie go z tego postępowania.

Odnosnie drugiej z podstaw wykluczenia wykonawcy wskazanej przez zamawiającego, tj. podania przez odwołującego nieprawdziwych informacji w oświadczeniu złożonym w załączniku nr 7 do SIWZ, zamawiający wskazał, iż odwołujący się wprowadził go w błąd podając twierdzącą odpowiedź, iż brak jest prowadzonych obecnie lub w przeszłości w stosunku do niego postępowań karnych, w sytuacji, gdy w dniu 9 listopada 2018 r. przedstawione zostały mu zarzuty. Powodem, dla którego odwołujący oświadczył, że nie jest i nie było prowadzone wobec niego postępowanie karne, było błędne usprawiedliwione przekonanie, iż oświadczenie to dotyczyć miało postępowań karnych znajdujących się na etapie postępowania sądowego, tj. po wniesieniu aktu oskarżenia. Odwołujący się pozostawał w przekonaniu, iż postępowanie przygotowawcze ma charakter jedynie wyjaśniający i służy ustaleniu czy istnieją podstawy do wniesienia aktu oskarżenia i skierowania sprawy do sądu i jako takie nie stanowiło okoliczności istotnej w zakresie przedmiotowego oświadczenia.

Źródła błędnego przekonania odwołującego nie sposób upatrywać w jego rażącym niedbalstwie. Odwołujący dysponuje bowiem jedynie podstawową wiedzą prawniczą w zakresie prawa karnego, nie odbiegającą poziomem od wiedzy przeciętnego obywatela. Odwołujący kierował się powszechnym w społeczeństwie przekonaniem, iż postępowanie karne równoznaczne jest z postępowaniem jurysdykcyjnym przed sądem karnym. Niezależnie od powyższego odwołujący wskazał, iż nie mogło dojść w niniejszym postępowaniu do wprowadzenia zamawiającego w błąd co do faktu toczenia się przeciwko niemu obecnie lub w przeszłości postępowania karnego. Nie ulega bowiem wątpliwości, iż zamawiający od ponad roku wiedział o toczącym się przeciwko odwołującemu postępowaniu karnym w Prokuraturze Regionalnej we Wrocławiu. To właśnie zamawiający, będący byłym pracodawcą odwołującego, zawiadomił organy ścigania o rzekomych nieprawidłowościach. Z tych też względów za nielogiczne i sprzeczne z doświadczeniem życiowym należy uznać

zapatrywanie, aby odwołujący, będąc świadomym posiadania przez zamawiającego wiedzy o toczącym się postępowaniu przygotowawczym, działał z zamiarem wprowadzenia go w błąd w tym zakresie. Potwierdza również to, iż odwołujący w tym samym oświadczeniu (załącznik nr 7 do SIWZ) wskazał na postępowanie toczące się przed sądem pracy w związku z odwołaniem się od rozwiązania stosunku pracy w trybie art. 52 § 1 pkt 2 kodeksu pracy, którego to podstawą faktyczną miały być okoliczności związane z przedstawieniem mu zarzutów.

Błędne przeświadczenie odwołującego w tym zakresie potęgował fakt, iż złożone uprzednio oświadczenie identycznej treści na potrzeby postępowania ZP-2380-94-4/2019 z czerwca 2019 r. (załącznik nr 6 do SIWZ z dnia 3 czerwca 2019 r.), nie zostało zakwestionowane przez zamawiającego i nie spowodowało wykluczenia go z postępowania, choć postępowanie przygotowawcze prowadzone było przeciwko odwołującemu od listopada 2018 r., czego zamawiający był od samego początku w pełni świadomy. Niezakwestionowanie czerwcowego oświadczenia przez zamawiającego utwierdziło odwołującego w przekonaniu, iż dopóki sprawa karna znajduje się na etapie postępowania przygotowawczego, jego oświadczenie spełnia ustawowe kryteria i nie jest nierzetelne.

Również nie bez znaczenia, zdaniem odwołującego, powinna pozostać także okoliczność, iż sam fakt toczenia się wobec odwołującego postępowania przygotowawczego w żaden sposób nie wpływa negatywnie na jego faktyczną zdolność wykonania przedmiotu zamówienia publicznego. W postępowaniu przygotowawczym nie zostały zastosowane wobec odwołującego takie środki zapobiegawcze, które uniemożliwiałyby mu wykonanie zamówienia publicznego. Wobec odwołującego stosowany jest obecnie jedynie środek zapobiegawczy w postaci zawieszenia w czynnościach służbowych głównego specjalisty w Wydziale Inwestycji i Remontów Komendy Wojewódzkiej Policji w Katowicach. Zakaz dotyczy wyłącznie pełnienia konkretnej, określonej funkcji, tj. głównego specjalisty, w konkretnie określonej jednostce jaką jest Wydział Inwestycji i Remontów KWP w Katowicach, tj. ma związek z jego poprzednim zatrudnieniem. Stosowanego wobec odwołującego ww. środka zapobiegawczego nie można utożsamiać z zakazem wykonywania przez odwołującego jego zawodu albo z zakazem dalszego prowadzenia przez niego działalności gospodarczej. Podkreślenia również wymaga, iż nie został zastosowany wobec odwołującego środek zapobiegawczy w postaci zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne.

Nie bez znaczenia dla oceny rzetelności odwołującego jako wykonawcy powinna być okoliczność, iż był on wieloletnim (od 1 maja 2008 r. do dnia 4 grudnia 2018 r.) pracownikiem zamawiającego. W okresie tym nadzorował remonty i budowy kilkudziesięciu obiektów, co do których wykonania nie było jakichkolwiek zastrzeżeń. Jedynie tytułem przykładu odwołujący załącza dokument w postaci pozwolenia na użytkowanie obiektu, potwierdzający pozytywne

zakończenie ostatniego z nadzorowanych przez niego procesów budowlanych - budowy Komisariatu III Policji w Gliwicach.

Odwołujący wskazuje także na naruszenie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 7 i 8 ustawy Pzp, poprzez ich niezastosowanie i niewezwanie odwołującego jako wykonawcy, w sytuacjach uregulowanych tymi przepisami, do przedłożenia określonych w nich dokumentów lub oświadczeń, co pozwoliłoby odwołującemu wyjaśnić wszystkie wątpliwości co do spełniania przez niego kryteriów udzielenia zamówienia i braku podstaw do wykluczenia oraz wykazania jego rzetelności, a w szczególności wykazania, iż toczące się wobec niego karne czy też zwolnienie dyscyplinarne nie mają wpływu na realizację przez niego zamówienia. Ww. przepisy pozwalają wykonawcom na wyjaśnienie ewentualnych wątpliwości co do istotnych okoliczności związanych z udzieleniem zamówienia i brak aktywności w tym zakresie zamawiającego musi być traktowany jako naruszający zasadę równego traktowania uczestników postępowania. Odwołujący upatruje w powyższym zaniechaniu zamawiającego celowego działania ukierunkowanego na jego wykluczenie.

Trzecią z podstaw wykluczenia, wskazanych przez zamawiającego, stanowił art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący jest zdania, iż brak jest podstaw do wykluczenia go z postępowania na podstawie tego przepisu. Zamawiający nie udowodnił zaistnienia tej okoliczności. Jak sam wskazał w treści zawiadomienia z dnia 14 listopada 2019 r. „Celem wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający jest zobligowany zbadać, czy przesłanki tego przepisu zostały spełnione. Zatem konieczne jest ustalenie, czy wykonawca w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość (...) oraz wykazać powyższe za pomocą stosownych środków dowodowych. Ciężar udowodnienia okoliczności uzasadniających wykluczenie wykonawcy z postępowania spoczywa na zamawiającym”. Odwołujący stoi na stanowisku, iż wskazanie przez zamawiającego jedynie na fakt przedstawienia mu zarzutów w toku postępowania przygotowawczego nie stanowi wystarczającego udowodnienia, iż odwołujący dopuścił się zawinionego poważnego naruszeniem obowiązków zawodowych, które w realiach niniejszej sprawy miało polegać na popełnieniu przez niego przestępstwa. Organem uprawnionym do stwierdzenia, czy odwołujący dopuścił się zarzucanego mu czynu, jest wyłącznie sąd karny w drodze prawomocnego wyroku. W powyższym zakresie aktualne pozostaje argumentacja wskazane we wcześniejszej części odwołania, w zakresie w jakim odwołujący podnosił, iż postępowanie zamawiającego w powyższej kwestii narusza zasadę domniemania niewinności.

Zamawiający, w dniu 19 listopada 2019 r. poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania

do złożenia przystąpienia. Termin na zgłoszenie przystąpienia upłynął w dniu 22 listopada 2019 r. Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

Zamawiający, działając w oparciu o przepis art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, w dniu 2 grudnia 2019 r., złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

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, treścią oferty odwołującego złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia, informacją o wykluczeniu odwołującego z postępowania z 14 listopada 2019 r., po zapoznaniu się z odwołaniem, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła 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. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu. Gdyby zamawiający nie dokonał czynności polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia, jego oferta zostałaby uznana za najkorzystniejszą, co dałoby odwołującemu możliwość zawarcia umowy.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, treści oferty odwołującego, informacji o wykluczeniu odwołującego z postępowania z 14 listopada 2019 r.

W zakresie dowodów wnioskowanych przez odwołującego Izba uznała je za nieprzydatne do rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Bez znaczenia dla oceny stawianych zarzutów jest fakt, że we wskazanych datach Pan A. C. nie był ujęty w rejestrze karnym. Brzmienie warunku udziału w postępowaniu nie odnosi się bowiem do kwestii karalności wykonawcy, ale do okoliczności czy w stosunku do wykonawcy toczą się, lub toczyły postępowania karne. Dla oceny spełnienia cytowanego przez odwołującego warunku nie ma znaczenia także okoliczność rzetelnego sprawowania nadzoru nad inwestycją - budowa Komisariatu III Policji w Gliwicach. Bez znaczenia jest również okoliczność w jaki sposób formułowane były warunki udziału w poprzednio toczących się postępowaniach oraz fakt,

że zamawiający w SIWZ z dnia 3 czerwca 2019 r. dodał, w stosunku do poprzednio prowadzonych postępowań, fakultatywne warunki dotyczące rzetelności wykonawców, z pewnością nie można wywodzić, że dodatkowe zapisy zostały wprowadzone wyłącznie celem wyeliminowania odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Również fakt, że odwołujący w poprzednio prowadzonym postępowaniu złożył oświadczenie o określonej treści nie może mieć wpływu na ocenę Izby w zakresie, w jakim dokonywana jest ocena poprawności działania zamawiającego w aktualnie prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba odnie się do zarzutu odwołującego, naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez określenie w SIWZ fakultatywnych warunków jego udzielenia, tj. kryteriów rzetelności wykonawców rozumianych jako brak prowadzonych (obecnie lub w przeszłości) wobec wykonawcy lub osób skierowanych przez niego do realizacji zamówienia postępowań karnych, karnoskarbowych, dyscyplinarnych oraz że ww. osoby nie zostały zwolnione dyscyplinarnie. Skład orzekający podzielił w tym zakresie stanowisko zamawiającego, formułowane w odpowiedzi na odwołanie, iż zarzut ten należało uznać za spóźniony. Wskazać bowiem należy, iż niniejsze postępowanie zostało wszczęte przez zamawiającego w dniu 23 września 2019 r., poprzez publikację ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 598379-N-2019 oraz jego zamieszczenie na tablicy ogłoszeń zamawiającego, a także na stronie internetowej. Od tego dnia wykonawcom, stosownie do treści art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo do zaskarżenia zawartych tam postanowień. Kwestionowanie więc przez odwołującego, na obecnym etapie postępowania, treści SIWZ jest działaniem jednocześnie spóźnionym, jak i niedopuszczalnym. Każdy wykonawca, na równych zasadach, ma prawo kwestionowania zapisów ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, wnosząc środki ochrony prawnej, ale zobligowany jest to zrobić w określonym przepisami terminie. Jeśli tego nie uczyni, zapisy SIWZ stają się wiążące dla wszystkich ubiegających się o zamówienie publiczne, wykonawców. Również

zamawiający ma obowiązek zapisy te stosować, dokonując oceny złożonych ofert kierując się wyłącznie regulacjami, które zawarł w treści dokumentacji przetargowej.

W niniejszej sprawie zatem odrzuceniu podlega przedmiotowy zarzut. Z uwagi jednak na to, że w niniejszym postępowaniu odwoławczym odrzuceniu podlega tylko część zarzutów, odwołanie jako całość nie podlega odrzuceniu, a rozpoznaniu podlegają pozostałe (nie podlegające odrzuceniu) zarzuty. Tym samym Izba rozpoznała te zarzuty odwołującego, które dotyczyły podjętej przez zamawiającego czynności z dnia 14 listopada 2019 r., kiedy to zamawiający poinformował odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie przepisów art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp.

Przechodząc do merytorycznego rozpoznania odwołania, w zakresie zarzutów podniesionych w terminie, w pierwszej kolejności należy wskazać, że zamawiający w Ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ sformułował warunek udziału w postępowaniu dotyczący kwalifikacji zawodowych i rzetelności (Rozdział III, pkt 1.2). Jednocześnie zdefiniował, opisując w Rozdziale III pkt 1.2.2. SIWZ, co należy rozumieć pod pojęciem rzetelności tj: „rzetelność rozumiana jako brak prowadzonych obecnie lub w przeszłości w stosunku do wykonawcy lub osób skierowanych przez niego do realizacji zamówienia: postępowań karnych, postępowań karno-skarbowych, postępowań dyscyplinarnych oraz, że ani wykonawca ani osoby skierowane przez niego do realizacji zamówienia nie zostały zwolnione dyscyplinarnie”. Warunek ten, jak wskazano wcześniej, nie został zaskarżony na etapie SIWZ a zatem stał się wiążącym dla wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Obowiązkiem zamawiającego, na obecnym etapie postępowania, było zatem dokonanie weryfikacji, czy dany wykonawca określone przez niego wymagania, spełnia.

Zamawiający w SIWZ przewidział także w jaki sposób dokona weryfikacji spełniania określonego w powyższy sposób warunku. Na jego potwierdzenie wykonawcy zobowiązani byli do złożenia oświadczenia - Wykazu osób w zakresie kwalifikacji zawodowych i rzetelności, którego wzór stanowił załącznik nr 7 do SIWZ. Treść składanego w toku postępowania oświadczenia odpowiadała treści powyższego warunku udziału w postępowaniu.

Nie było sporne między stronami, że w przypadku odwołującego nie zostały spełnione wymogi opisane w treści warunku udziału w postępowaniu, dotyczące rzetelności. Odwołujący przyznał, zarówno w treści odwołania, jak też na rozprawie, że w stosunku do niego toczy się postępowanie karne a także, że został przez zamawiającego zwolniony z pracy w trybie art. 52 § 1 pkt 2 kodeksu pracy tj. w trybie dyscyplinarnym. Odwołujący w treści odwołania nie wskazał zatem, że wykluczenie go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 nastąpiło w sposób niezgodny z treścią SIWZ. Polemizował natomiast z samą treścią warunku udziału w postępowaniu, co jak już wskazano wcześniej, jest działaniem niedopuszczalnym i spóźnionym na obecnym etapie postępowania.

Skoro zatem zaistnienie wskazanych faktów tj. że odwołującemu zostały postawione zarzuty w postępowaniu karnym, które to postępowanie prowadzi Prokuratura Regionalna we Wrocławiu oraz, że zamawiający jako pracodawca odwołującego dokonał jego dyscyplinarnego zwolnienia, nie budzi wątpliwości, bezspornym w sprawie jest także, że warunek opisany przez zamawiającego w Rozdziale III pkt 1.2.2. SIWZ nie został spełniony. Na ocenę tych okoliczności nie ma również wpływu to, że zarzuty przedstawione zostały Panu A. C. jako osobie fizycznej, zaś obecnie ubiega się on o udzielenie zamówienia jako przedsiębiorca prowadzący działalność gospodarczą. Zauważyć należy, że w dalszym ciągu jest to ta sama osoba fizyczna, w stosunku do której zaistniały podstawy opisane w treści warunku, która obecnie prowadzi samodzielnie działalność gospodarczą, została wpisana do ewidencji działalności gospodarczej i samodzielnie zamierza realizować zamówienie publiczne, o którego udzielenie się ubiega.

Z powyższych powodów Izba uznała, że formułowany przez odwołującego zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, jest niezasadny.

Nie potwierdził się także, w ocenie składu orzekającego, zarzut odwołującego polegający na naruszeniu przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp. Zamawiający podejmując decyzję o wykluczeniu odwołującego z postępowania, w piśmie z 14 listopada 2019 r. wskazał, że ten oświadczył, składając załącznik nr 7 do SIWZ, że brak jest prowadzonych obecnie lub w przeszłości w stosunku do niego postępowań karnych. Odwołujący złożył zatem oświadczenie o treści, która nie była zgodna z rzeczywistością, bowiem w stosunku do niego postępowanie takie jest prowadzone.

Na wstępie zauważyć należy, 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 również, 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 należyta 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 należyta 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.

Dla zastosowania normy tego przepisu, w ocenie składu orzekającego, nie ma również znaczenia fakt, czy informacje które są przedmiotem składanego przez wykonawcę oświadczenia dotyczą okoliczności znanych zamawiającemu. Nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem, że w takim przypadku norma ta nie ma zastosowania albowiem trudno w takich wypadkach uznać, że są to informacje mające lub mogące mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Sama możliwość weryfikacji przez zamawiającego przedstawionych przez wykonawcę informacji, jak też łatwość dokonania takiej weryfikacji np. w związku z tym że zamawiający posiada wiedzę odnośnie okoliczności będących przedmiotem składanego przez wykonawcę oświadczenia, nie może mieć wpływu na zastosowanie sankcji określonej normą. Gdyby przyjąć takie jego rozumienie, każdy wykonawca, prezentujący nierzetelne informacje, zasłaniałby się zarzutem, że istniała możliwość ich weryfikacji co w efekcie czyniłoby martwą instytucję ujętą w treści art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Takie podejście do treści tego przepisu nie wynika, w ocenie Izby, ani z jej literalnego brzmienia, ani z wykładni celowościowej tej instytucji. Istotą nieprawdziwych informacji, tj. niezgodnych z faktami jest ich brak zgodności z istniejącym stanem rzeczy, a więc do ich stwierdzenia i weryfikacji konieczne jest wyjście poza te informacje i samodzielne poszukiwanie faktów, które im przeczą.

Przenosząc powyższe rozważania na realia rozpoznawanej sprawy Izba doszła do przekonania, że zostały wypełnione co najmniej przesłanki określone normą art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, obligujące zamawiającego do wykluczenia odwołującego z postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawca, składając oświadczenie, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, podał odpowiedź twierdzącą wskazując, że nie jest prowadzone wobec niego postępowanie karne. Jak sam potwierdził, złożone przez niego oświadczenie było niezgodne z rzeczywistością, jednak z racji tego, że nie został przeciwko niemu skierowany akt oskarżenia - nie miał świadomości co do faktu, że postępowanie karne przeciwko niemu „toczy się”. Wyjaśnienia takie, w ocenie Izby, nie mogą usprawiedliwiać działań wykonawcy, który ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego i składa w toku tego postępowania oświadczenia, które w rezultacie decydują o uznaniu przez zamawiającego, że dany podmiot spełnił warunki udziału w postępowaniu. Odwołujący, jako profesjonalista, jeśli nie miał stosownej wiedzy prawnej, przed złożeniem oferty winien zweryfikować jaka winna być w tym przypadku treść składanego oświadczenia. Takie oczekiwania wobec wykonawcy są usprawiedliwione, albowiem jak wcześniej zauważono, prowadzenie profesjonalnej działalności uzasadnia zwiększone oczekiwania wobec podmiotu co do jego wiedzy, skrupulatności i rzetelności. Również, jak uzasadniono powyżej, wiedza zamawiającego w tym zakresie nie może wpływać na ocenę, czy wobec wykonawcy zaistniała przesłanka do wykluczenia go z postępowania.

Tym samym, w ocenie Izby, niewątpliwie zaistniała przesłanka do wykluczenia odwołującego z postępowania z tego powodu, że wprowadził zamawiającego w błąd przekazując mu informacje, które służyć miały ocenie, czy wykonawca spełnił warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu, a zatem zarzut odwołującego należy uznać za niezasadny.

Za niezasadny uznał także skład orzekający zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 2 ustawy Pzp. Izba ustaliła, że w Rozdziale IV b pkt 2 SIWZ, zamawiający opisał jakich dokumentów będzie żądał na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 25 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp. Wśród nich wymienił między innymi Wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego w zakresie kwalifikacji zawodowych oraz rzetelności, stanowiący załącznik nr 7 do SIWZ. Wykaz ten miał zostać złożony wyłącznie przez wykonawcę, którego oferta została najwyższej oceniona i dopiero w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, jednakże odwołujący złożył ten dokument wraz z ofertą.

Zamawiający, dysponując już tym dokumentem, zaniechał wezwania z art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, do czego był uprawniony. Jednocześnie dokonał jego oceny i w rezultacie stwierdził, że wobec odwołującego zaistniały przesłanki do wykluczenia określone w art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp. Zwrócić należy uwagę, że w okolicznościach niniejszej sprawy ewentualne wyjaśnienia odwołującego w tym zakresie nie mogłyby w żaden sposób wpłynąć na ocenę co do spełniania warunków udziału w postępowaniu opisanych w SIWZ.

Z powyższych powodów brak było również podstaw do skierowania do odwołującego pisma wzywającego go do uzupełnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ani też do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Należy zgodzić się z zamawiającym, że takie wezwanie odwołującego, który miał samodzielnie realizować zamówienie, spowodowałoby co najwyżej złożenie ponownie tego samego dokumentu lub ewentualnie dokumentu z odmiennym oświadczeniem, a takie z kolei doprowadziłoby do tego samego rezultatu tj. uznania przez zamawiającego, że odwołujący nie spełnia postawionego warunku udziału w postępowaniu w zakresie rzetelności.

Odnosząc się natomiast do kwestii wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, Izba uznała, że w okolicznościach niniejszej sprawy przepis ten nie ma zastosowania. Przewidziana przez zamawiającego, fakultatywna przesłanka wykluczenia wykonawcy z postępowania dotyczy tych sytuacji, kiedy to wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne „w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych”. Wskazana przesłanka związana jest zatem z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy przez wykonawcę, przy czym dodatkowo wykluczenie wymaga wykazania przez zamawiającego winy umyślnej lub rażącego niedbalstwa. Fakt, że odwołujący będąc zatrudnionym u zamawiającego nie wykonywał swoich obowiązków zawodowych w sposób należyty, w konsekwencji czego został zwolniony dyscyplinarnie w trybie art. 52 kodeksu pracy, jest niewątpliwie okolicznością, która wobec brzmienia warunku udziału w postępowaniu przesądza o wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, jednak nie wypełnia elementów opisanych w cytowanym wyżej przepisie.

Mając jednak na uwadze, że decyzja podjęta przez zamawiającego, o wykluczeniu odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie dwóch innych przesłanek, została dokonana zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji wyroku.

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 (tj. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 3 pkt 1).

Przewodniczący: