

Sygn. akt: KIO 1139/19

WYROK
z dnia 28 czerwca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 czerwca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 czerwca 2019 r. przez wykonawcę **A. C., prowadzącego w Bieniewicach działalność gospodarczą pod nazwą A. C., Renal Bud**

w postępowaniu prowadzonym przez **Powiat Warszawski Zachodni z siedzibą w Ożarowie Mazowieckim**

przy udziale wykonawcy **Hydrochem DGE S.A. w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **A. C., prowadzącego w Bieniewicach działalność gospodarczą pod nazwą A. C., Renal Bud** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **A. C., prowadzącego w Bieniewicach działalność gospodarczą pod nazwą A. C., Renal Bud** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Powiat Warszawski Zachodni z siedzibą w Ożarowie Mazowieckim, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „termomodernizacja budynku starostwa Powiatu Warszawskiego Zachodniego oraz budynku zespołu szkół ponadgimnazjalnych nr 1 im. Tony Halika w Ożarowie Mazowieckim z zastosowaniem odnawialnych źródeł energii”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 6 maja 2019 r., poz. 544187-N-2019.

11 czerwca 2019 r. zamawiający przesłał wykonawcy A. C., prowadzącemu w Bieniewicach działalność gospodarczą pod nazwą A. C., Renal Bud, zwanemu dalej „odwołującym”, zawiadomienie o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu.

Wobec czynności wykluczenia go z udziału w postępowaniu odwołujący wniósł 17 czerwca 2019 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 24. ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp przez wykluczenie odwołującego w związku z rzekomym wprowadzeniem zamawiającego w błąd w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa mimo że do wprowadzenia w błąd nie doszło oraz mimo że zamawiający nie wykazał na czym polegać miał rzekomy błąd u zamawiającego, ani jak przejawiała się rzekoma lekkomyślność lub niedbalstwo po stronie odwołującego,
- 2) brak wezwania odwołującego do uzupełnienia brakujących dokumentów lub wezwania do złożenia wykazu prac, względnie brak uznania przez zamawiającego, że dokumenty złożone bez wezwania przez odwołującego w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień stanowiły potwierdzenie posiadania przez odwołującego odpowiedniej wiedzy i doświadczenia;
- 3) naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez poinformowanie o wykluczeniu wykonawcy, którego oferta „nie powinna zostać wykluczona”.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego oraz wyboru oferty złożonej przez odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że nie zgadza się z czynnością zamawiającego, który wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał w pierwszej kolejności, że zamawiający nie został

wprowadzony w błąd. Argumentował, że - jak sam zamawiający wskazał w piśmie - oświadczenia odwołującego zostały przez zamawiającego zweryfikowane, w efekcie czego zamawiający powziął informacje w wybranym przez siebie trybie i zweryfikował złożone przez odwołującego informacje, co doprowadziło do podjęcia przez zamawiającego czynności mających na celu weryfikację dokumentów złożonych przez odwołującego. Zatem zamawiający sam przyznał, że w błąd nie został wprowadzony.

Powołując się na wyrok Izby z dnia 4.03.2019 r. sygn. akt KIO 272/19 wskazał, że Izba wyraziła w nim pogląd, zgodnie z którym „ustawodawca w regulacji art. 24 ust 1 pkt 16 p.z.p. 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.”. Według odwołującego, skoro sam zamawiający przyznał, że nie dał się wprowadzić w błąd, gdyż zweryfikował we własnym zakresie informacje podane przez odwołującego, zatem nie doszło do wypełnienia dyspozycji artykułu na naruszenie którego powołuje się zamawiający w informacji o wykluczeniu.

Odwołujący powołał się także na tezę, którą - wg jego oświadczenia - miała rzekomo wyrazić Izba w wyroku z dnia 10 lipca 2017 r. sygn. akt KIO 1257/17: *Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła również uwagę, że wykonawca nie naruszył art. 24 ust 1 pkt 17 Pzp, ponieważ Zamawiający nie został wprowadzony w błąd, a za taki nie można uznać jedynie powstania po stronie Zamawiającego wątpliwości.*

Zdaniem odwołującego aby można było zastosować dyspozycję art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp muszą spełnić się kumulatywnie następujące przesłanki:

1. przedstawienie informacji przez wykonawcę niezgodnej z rzeczywistością;
2. informacja ma istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego;
3. informacja wprowadziła w błąd zamawiającego;
4. przedstawienie informacji musi być wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa.

Zdaniem odwołującego w przedmiotowej sprawie nie doszło do wypełnienia powyższych przesłanek. Ponadto zamawiający wskazał w zawiadomieniu o wykluczeniu jedynie bardzo ogólnie, że został wprowadzony w błąd w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa odwołującego. Według odwołującego zamawiający nie wykazał stopnia winy odwołującego - nie ocenił jaki stopień winy zarzuca odwołującemu. Tym samym nie sposób ocenić jak zamawiający klasyfikuje zachowanie odwołującego, co również czyni czynność zamawiającego bezwzględnie nieważną także na tej podstawie. Odwołujący argumentował, że nie może domyślać się jaka jest niezgodność jego postępowania z przepisami.

Z ostrożności odwołujący wywiódł ponadto, że zamawiający błędnie interpretuje zaistniały stan faktyczny. Przesłany do odwołującego wniosek o wyjaśnienie treści oferty znalazł odpowiedź w postaci przesłania nowego wykazu robót oraz wyjaśnienia odwołującego o omyłkowym złożeniu błędnego oświadczenia.

Odwołujący powołał się na fragment uzasadnienia wyroku Izby z dnia 3 grudnia 2018 r. wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 2372/18 *„Nie można wymagać od nikogo, aby składając ofertę miał w pamięci wszystkie informacje z realizacji poszczególnych różnych usług z ostatnich lat, wręcz wymaganie takie byłoby kuriozalne.”*. Według odwołującego dopuszczalne jest omyłkowe złożenie oświadczeń, zwłaszcza gdy mówimy o zamówieniach na roboty budowlane w których faktycznie konieczna jest weryfikacja wielu parametrów technicznych i możliwe jest omyłkowe pominięcie lub zapomnienie o jednym z parametrów technicznych - tutaj mocy instalacji, który to parametr był tylko jednym z wielu w referencyjnym postępowaniu. A co za tym idzie, skoro możliwe jest zapomnienie i błędne zapisanie, to możliwe jest także uzupełnienie takich oświadczeń. Zdaniem odwołującego w kontekście powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do tego czy na pewno złożona przez odwołującego oferta jest potwierdzeniem akceptacji warunków SIWZ, zamawiający skierował odpowiednie zapytanie do odwołującego. Zapytanie to mogło i powinno prowadzić zamawiającego do wezwania do złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia - gdyż nie doszło do wypełnienia dyspozycji wprowadzenia zamawiającego w błąd. Zatem dokumenty mogły zostać uzupełnione przez odwołującego np. na wezwanie. Skoro jednak odwołujący samodzielnie uzupełnił brakujące oświadczenia, to zamawiający nie może stać na stanowisku że nie wykazano spełniania warunków udziału przez odwołującego. Odwołujący wskazał, że dokumenty samodzielnie uzupełnione przez odwołującego nie spowodowały modyfikacji treści oferty a przede wszystkim nie miały wpływu na zastosowane kryterium oceny ofert. Nawet gdy określone dokumenty zostaną dołączone na późniejszym etapie postępowania, w tym w trakcie procedury stosowania środków ochrony prawnej, należy wziąć pod uwagę takie uzupełnienie.

Odwołujący podniósł także, że zamawiający błędnie interpretuje wyrok TSUE, bowiem zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej niedopuszczalna jest eliminacja z postępowania wykonawcy gdy z przepisów prawa krajowego lub dokumentacji przetargowej nie wynika taka podstawa wyraźnie. Wykładnia ustawy lub dokumentacji przetargowej pozwala wyraźnie na możliwość uzupełnienia wykazu usług wykonanych. Czynność wykluczenia wykonawcy z postępowania jest ściśle powiązana z przepisem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, że jeżeli wykonawca nie złożył wymaganych oświadczeń np. wykazów, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości (jak w przedmiotowej sprawie - cyt. zawiadomienie o wykluczeniu), zamawiający wzywa do ich złożenia,

uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym. Zatem skoro złożone dokumenty nie wprowadziły w błąd (bo nie zaistniał jakikolwiek rezultat) a dokumenty w ocenie zamawiającego wzbudziły wątpliwości, to możliwe było ich uzupełnienie. Względnie, jeśli zamawiający nie wezwał do ich uzupełnienia, to również w ten sposób naruszył przepisy ustawy Pzp.

Zdaniem odwołującego przytoczona przez zamawiającego argumentacja, że wobec złożonych nieprawdziwych informacji wyłączona jest możliwość uzupełnienia, również nie znajduje potwierdzenia, albowiem doszło do omyłkowego złożenia oświadczenia, w zakresie który jest możliwy do uzupełnienia a poza tym nadal istnieje możliwość uzupełnienia takich dokumentów, gdyż zamawiający jest zobowiązany do wezwania do uzupełnienia brakujących dokumentów. Ustawa nie definiuje innego reżimu wezwań dla sytuacji gdy następuje to w związku z błędnym, nieprawdziwym lub każdym innym przypadkiem, dając jedną podstawę do wezwania - zawsze gdy złożone dokumenty nie dają potwierdzenia spełnienia warunków. Nie zawsze bowiem jest możliwa weryfikacja przez zamawiającego podstaw do nieprawidłowości dokumentów.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie z dnia 25 czerwca 2019 r., w której wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający podniósł w odpowiedzi, że po wstępnym przeanalizowaniu złożonego przez odwołującego wykazu robót, zamawiający uznał, że opierając się jedynie na treści wykazu robót oraz załączonych do wykazu dowodów, odwołujący potwierdził spełnianie warunków udziału w postępowaniu, co powinno skutkować wyborem jego oferty jako najkorzystniejszej.

Argumentował, że w związku z tym, że odwołujący dla pozycji 3 wykazu robót nie wskazał konkretnej mocy instalacji fotowoltaicznej (użył sformułowania „o mocy większej niż 20 kW”, czyli dokładnie odpowiadającej warunkom udziału w postępowaniu), a z załączonego protokołu odbioru robót, potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia, nie można było określić mocy instalacji, zamawiający postanowił sprawdzić wiarygodność przedstawionych informacji na stronie internetowej zamawiającego — Miasta Piastów. Z ogólnodostępnych informacji, które zamawiający uzyskał za pomocą Biuletynu Informacji Publicznej Miasta Piastów (<http://bip.piastow.pl/>), wynikało że wymieniony w wykazie obiekt objęty był zamówieniem opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 636450-N-2017 z dnia 2017-12-28 r. oraz pod nazwą Wykonanie termomodernizacji budynku Gimnazjum Nr 2 (obecnie Szkoła Podstawowa Nr 3) przy Al. Tysiąclecia 5 w Piastowie w ramach zadania pn.: „kompleksowa termomodernizacja obiektów użyteczności publicznej w mieście Piastów” (numer referencyjny zamówienia: ZP.271.37.2017).

Zamawiający wskazał, że po przeanalizowaniu przez niego dokumentacji projektowej ww. inwestycji, zwrócił uwagę, że w zakresie robót do wykonania w ramach instalacji

fotowoltaicznych, przewidziane było wykonanie instalacji o mocy 10 kW (40 modułów fotowoltaicznych, każdy o mocy szczytowej 250 WP). Natomiast odwołujący, w złożonym wykazie robót w odniesieniu do ww. inwestycji, wskazał, że moc wykonanej instalacji fotowoltaicznej była większa niż 20 kW. W związku z tym, że podane przez odwołującego informacje nie pokrywały się z informacjami, które zamawiający uzyskał z ogólnodostępnych źródeł, zamawiający uznał, że powyższe wątpliwości powinny zostać wyjaśnione przez odwołującego. Istniała bowiem możliwość, że zakres zrealizowanego przez odwołującego zamówienia uległ rozszerzeniu w wyniku np. aneksu do umowy.

Zamawiający zwrócił uwagę, że bezpośrednim celem wezwania odwołującego do wyjaśnień nie było określenie, czy spełnia on warunki udziału w postępowaniu, a ustalenie prawdziwości informacji podanych w złożonych przez niego dokumentach. Dokumenty złożone przez odwołującego w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający ocenił jako kompletne, niewymagające uzupełnienia, dlatego bezcelowe wydałoby się zastosowanie wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W związku z tym, w dniu 29.05.2019 r., na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, zamawiający zwrócił się do odwołującego o złożenie wyjaśnień, dotyczących rozbieżności podanej mocy instalacji fotowoltaicznej, wymienionej w dokumentacji przetargowej przytoczonego postępowania, w stosunku do mocy podanej w złożonym wykazie robót.

Odwołujący w dniu 03.06.2019 r. udzielił odpowiedzi, wyjaśniając, że złożenie przez niego referencji dotyczących zamówienia obejmującego montaż instalacji fotowoltaicznych, było efektem omyłki.

Zamawiający podkreślił, że odwołujący w złożonych wyjaśnieniach odniósł się jedynie do dowodu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia (wspomina jedynie o referencjach), a nie do treści wykazu robót i dowodów łącznie. Wskazywał, że złożone przez odwołującego wyjaśnienia, utwierdziły zamawiającego w przekonaniu, że przedstawił on w złożonych dokumentach nieprawdziwe informacje. Według zamawiającego przedstawienie przez odwołującego kompletnego, z formalnego punktu widzenia, wykazu robót wraz z wymaganymi dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, nie może zostać uznane za omyłkę. Takie działanie może doprowadzić do sytuacji wprowadzenia w błąd zamawiającego, co z kolei może mieć istotny wpływ na decyzje przez niego podejmowane.

Zamawiający podniósł także, że gdyby nie zweryfikował prawdziwości ogólnodostępnych informacji, mogłoby dojść do wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego, ponieważ treść wykazu zrealizowanych zamówień oraz treść przedstawionych dowodów odpowiada postawionym warunkom udziału w postępowaniu. Zdaniem zamawiającego do ustawowej przestanki wprowadzenia w błąd, wystarczające jest samo przedstawienie (w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa) informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje przez

niego podejmowane. Z powyższego wynika, że po stronie zamawiającego nie musi powstać mylne wyobrażenie o faktach na skutek przedstawionych przez wykonawcę informacji, wystarczające jest, iż takie wyobrażenie mogło powstać. Istotna jest sama treść informacji i to, jaki skutek mogła ona wywołać w świadomości zamawiającego, niezależnie od tego, czy wprowadzenie w błąd rzeczywiście nastąpiło. Według zamawiającego nie ma przy tym znaczenia, czy w danym przypadku wprowadzająca w błąd informacja zadecydowała o wyborze konkretnej oferty jako najkorzystniejszej. Jak wynika z regulacji art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, chodzi o kategorię informacji, które hipotetycznie mogą mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego. Celem wprowadzenia tej regulacji jest także zapobieganie nieuczciwym bądź nierzetelnym działaniom wykonawców, a nie tylko eliminacja z postępowania wykonawcy, który dopuścił się czynu określonego w tym przepisie.

Według zamawiającego nie ma przesądzającego znaczenia, czy zamawiający w konsekwencji przedstawienia danych informacji rzeczywiście dał się wprowadzić w błąd, przez co doprowadzony został do podjęcia danych decyzji. Z logicznego punktu widzenia zastosowanie tych przepisów zachodzi bowiem wtedy, kiedy zostanie ujawnione, że dane informacje są nieprawdziwe/wprowadzające w błąd.

Odnosząc się do zarzutu niewykazania przez zamawiającego na czym miał polegać omawiany błąd, zamawiający argumentował, że treść zawiadomienia o wykluczeniu odwołującego z postępowania, wystarczająco to wyjaśnia. W związku z tym, że oferta odwołującego została najwyżej oceniona, zamawiający wezwał go do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp. Takie działanie zamawiającego w logiczny sposób miało prowadzić do wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego, a w konsekwencji do udzielenia mu zamówienia.

Zamawiający w dalszej części odpowiedzi na odwołanie podniósł, że w reakcji na wezwanie w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, wraz z wyjaśnieniem odwołujący przedstawił zamawiającemu nowy wykaz robót, w którym usunął z pozycji 3 tabeli zamówienie zrealizowane dla Miasta Piastów, zastępując je zamówieniem zrealizowanym na rzecz generalnego wykonawcy, polegającym na wykonaniu montażu instalacji fotowoltaicznej o mocy 21,6 kW dla Gmin Iłów i Słubice. Zamawiający argumentował, że nie mógł uwzględnić w procesie badania i oceny oferty tego dokumentu. Wykaz zrealizowanych zamówień, wraz z wymaganymi dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie odwołujący złożył już w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp. Zdaniem zamawiającego uwzględnienie treści nowego wykazu spowodowałoby niedopuszczalną zmianę treści złożonej oferty. Odwołujący oczekiwał, że zamawiający uwzględni ten dokument, uznając jednocześnie, że potwierdza on spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający uznał, że odwołujący próbuje zastąpić nieprawdziwą informację, podaną pierwotnie w wykazie robót, informacją prawdziwą. Zamawiający wskazał, że złożenie przez wykonawcę

nieprawdziwych informacji wyłącza możliwość uzupełniania dokumentów wymaganych do potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający argumentował także, że w wyroku TSUE z dnia 4 maja 2017 r. (sprawa C-387/17), Trybunał sprzeciwił się możliwości uzupełnienia dokumentów w postępowaniu, w szczególności jeśli przedstawiają one nowe informacje, niezawarte wcześniej w pierwotnie złożonej ofercie. Trybunał stwierdził, że oferta wykonawcy nie może być modyfikowana po jej złożeniu, ani z inicjatywy zamawiającego, ani wykonawcy. Trybunał ocenił, że w takich okolicznościach, gdyby zamawiający dopuścił, by dany wykonawca złożył dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w celu uzupełnienia swej pierwotnej oferty, w sposób nieuzasadniony potraktowałaby tego wykonawcę korzystniej w stosunku do innych kandydatów i tym samym naruszyłaby zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców, a także wynikający z nich obowiązek przejrzystości, którym podlegają zgodnie z art. 2 dyrektywy 2004/18/WE.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1pkt 2 ustawy Pzp zamawiający podniósł, że zgodnie z tym przepisem zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni. W związku z tym, że zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu odwołującego z postępowania, wypełnił obowiązek ustawowy.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Hydrochem DGE S.A. w Warszawie. Złożył pismo procesowe z 28 czerwca 2019 r., w którym wniósł o oddalenie odwołania. W piśmie i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), ofertę odwołującego, wezwanie zamawiającego do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp skierowane do odwołującego 22 maja 2019 r., odpowiedź odwołującego na ww. wezwanie z 24 maja 2019 r. wraz z załącznikami, wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień skierowane do odwołującego w dniu 29 maja 2019 r. w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, wyjaśnienia odwołującego z dnia 3 czerwca 2019 r. wraz z załącznikami, zawiadomienie o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu z dnia 11 czerwca 2019 r., jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę Hydrochem DGE S.A. w Warszawie uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Odwołujący został wykluczony z udziału w postępowaniu, zaś jego oferta – w świetle kryteriów oceny ofert - może być wybrana jako najkorzystniejsza. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia go z udziału w postępowaniu. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp wykluczył odwołującego z udziału w postępowaniu skutkować będzie koniecznością nakazania unieważnienia tej czynności, czego efektem może być uzyskanie zamówienia przez odwołującego. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że zamawiający w rozdziale V ust. 3 pkt 1 (s. 4 SIWZ) opisał warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Zamawiający przesądził, że *o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali co najmniej dwa zamówienia, polegające na termomodernizacji budynków użyteczności publicznej, każde o wartości brutto co najmniej 2 000 000 zł (dwa miliony złotych) oraz przynajmniej jedno obejmujące swoim zakresem montaż instalacji fotowoltaicznej o mocy nie mniejszej niż 20 kW (zamawiający dopuszcza, aby zamówienie takie było zamówieniem odrębnym lub wchodziło w skład jednego z zamówień polegających na termomodernizacji).*

Ustalono, że zamawiający postanowił w rozdziale VII ust. 1 pkt 1 (s. 6 SIWZ), że celem wstępnego wykazania, że wykonawca (...) spełnia warunki udziału w postępowaniu zamawiający żąda złożenia (...) oświadczenia dotyczącego spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W rozdziale VII ust. 5 pkt 2 (s. 7 SIWZ) zamawiający wskazał, że *w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, zamawiający wezwie go do złożenia następujących dokumentów:*

1) (...);

2) wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty.

W dalszej kolejności ustalono, że do upływu terminu składania ofert swą ofertę złożył zamawiającemu m.in. odwołujący. Odwołujący załączył do swej oferty wstępne oświadczenie, że spełnia warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s. 4 oferty odwołującego, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego).

Ustalono również, że zamawiający pismem z dnia 22 maja 2019 r., działając na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do złożenia m.in. wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - innych dokumentów.

Ustalono także, że w odpowiedzi na ww. wezwanie zamawiającego odwołujący złożył wykaz robót przy piśmie z dnia 24 maja 2019 r. (doręczone zamawiającemu 28 maja 2018 r.) W wykazie tym wymienił następujące roboty budowlane:

1) (poz. 1) – przebudowa budynku laboratorium nr 1 w Instytucie Hodowli i Aklimatyzacji Roślin – Państwowym Instytucie Badawczym w Radzikowie: roboty budowlane w zakresie wznoszenia kompletnych obiektów budowlanych, roboty w zakresie inżynierii, roboty w zakresie instalacji budowlanych, roboty wykończeniowe, wykonane w okresie od 17.05.2017 r. do 20.04.2018 r. na rzecz IHAR PIB w Radzikowie, o wartości 3.802.668,58 zł,

- 2) (poz. 2) – rozbudowa budynku Szkoły Podstawowej nr 2 w Błoniu wraz z termomodernizacją: roboty rozbiórkowe, murowe, remont dachu, odwodnienie, wymiana solarki, wykonanie izolacji pionowej, roboty ziemne, roboty wykończeniowe, wykonanie instalacji hydraulicznej, elektrycznej, teletechnicznej, dostawa i montaż dźwigu/windy, w okresie 20.08.2013 r. do 30.12.2014 r. na rzecz Urzędu Miejskiego w Błoniu, o wartości 2.011.365,90 zł,
- 3) (poz. 3) – wykonanie termomodernizacji budynku Gimnazjum nr 2 (obecnie Szkoła Podstawowa nr 3) Al. Tysiąclecia 5 w Piastowie w ramach zadania: Kompleksowa termomodernizacja obiektów użyteczności publicznej w mieście Piastów w ramach projektu współfinansowanego w z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Osi Priorytetowej IV „Przejsie na Gospodarkę Niskoemisyjną” Działania 4.2. „Efektywność Energetyczna” RPO Województwa Mazowieckiego na lata 2014 – 2020: roboty murarskie, roboty izolacyjne, montaż instalacji fotowoltaicznej o mocy większej niż 20 kW, roboty w zakresie instalacji elektrycznych wewnętrznych, roboty instalacyjne w zakresie urządzeń sanitarnych, roboty instalacyjne gazowe, wykonane w okresie od 14.02.2018 r. do 15.10.2018 r. na rzecz Gminy Miasta Piastowa, o wartości 2.392.047,88 zł.

Ustalono także, że do wykazu odwołujący załączył m.in. protokół odbioru robót z dnia 5.11.2018 r. odnoszący się do umowy nr ZP.272.37.2017/2018 z dn. 14 lutego 2018 r., na wykonanie termomodernizację budynku Gimnazjum nr 2 (obecnie Szkoła Podstawowa nr 3) przy ul. Aleja Tysiąclecia 5 w Piastowie zawartej pomiędzy Gminą Miasta Piastów a odwołującym, z którego wynika, że zakres robót budowlanych został zrealizowany zgodnie z umową nr ZP./272.37.2017/2018.

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający pismem z dnia 29 maja 2019 r., działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści złożonych przez niego dokumentów. W wezwaniu tym zamawiający wskazał, że zwraca się o udzielenie wyjaśnień dotyczących następujących wątpliwości:

Wykonawca w wykazie wykonanych robót wymienił między innymi zamówienie, polegające na termomodernizacji budynku Gimnazjum nr 2 (obecnie Szkoły Podstawowej nr 3) przy Al. Tysiąclecia 5 w Piastowie, wykonane na rzecz Miasta Piastów. Do wykazu robót wykonawca załączył protokół odbioru robót, dotyczący przedmiotowego zamówienia.

Z ogólnodostępnych informacji, które zamawiający uzyskał za pomocą Biuletynu Informacji Publicznej Miasta Piastów (<http://bip.piastow.pl/>), wynika że wymieniony w wykazie obiekt objęty był zamówieniem opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 636450-N-2017 z dnia 2017-12-28 r. oraz pod nazwą Wykonanie

termomodernizacji budynku Gimnazjum Nr 2 (obecnie Szkoła Podstawowa Nr 3) przy Al. Tysiąclecia 5 w Piastowie w ramach zadania pn.: „Kompleksowa termomodernizacja obiektów użyteczności publicznej w mieście Piastów” (numer referencyjny zamówienia: ZP.271.37.2017).

Po przeanalizowaniu przez zamawiającego dokumentacji projektowej ww. inwestycji, zamawiający zwrócił uwagę, że w zakresie robót do wykonania w ramach instalacji fotowoltaicznych, przewidziane było wykonanie instalacji o mocy 10 kW (40 modułów fotowoltaicznych, każdy o mocy szczytowej 250 Wp).

Wykonawca, w złożonym wykazie robót, w odniesieniu do ww. inwestycji, wskazał, że moc wykonanej instalacji fotowoltaicznej była większa niż 20 kW.

W związku z tym, że podane przez wykonawcę informacje nie pokrywają się z informacjami, które zamawiający uzyskał z ogólnodostępnych źródeł, zamawiający uznał, że powyższe wątpliwości powinny zostać wyjaśnione przez wykonawcę. Zamawiający zwraca zatem się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień, dotyczących rozbieżności mocy instalacji fotowoltaicznej, wymienionej w dokumentacji przetargowej przytoczonego postępowania, w stosunku do mocy podanej w złożonym wykazie robót.

Następnie ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący złożył pismo z dnia 3 czerwca 2019. W piśmie tym wskazał, że referencje o których mowa w wezwaniu zamawiającego, w części dotyczącej instalacji fotowoltaicznych, zostały dołączone omyłkowo.

Do pisma tego załączył nowy wykaz robót, w którym w pozycji 3 wymienił roboty budowlane pn. „wykonanie montażu instalacji fotowoltaicznej o mocy 21,6 kW”, w okresie od 10.2018 do 12.2018 r. na rzecz gminy Iłów oraz gminy Słubice, bez określenia ich wartości. Do wykazu odwołujący załączył referencje z dnia 7 maja 2019 r., w których RCI sp. z o.o. w Poznaniu oświadcza, że odwołujący wykonał w okresie 10.2018 r. do 12.2018 r. na jego zlecenie montaż instalacji fotowoltaicznej na projekcie OZE dla Gmin Iłów i Słubice o mocy 21,6 kW. Prace zostały wykonane zgodnie z projektem, sztuką budowlaną oraz najwyższą starannością.

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający, działając na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, pismem z dnia 11 czerwca 2019 r. zawiadomił odwołującego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu *jako 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.*

Zamawiający uzasadniał, że w toku czynności badania i oceny ofert zamawiający wezwał, na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, wykonawcę - RENAL BUD A. C., którego

oferta została najwyżej oceniona, do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1. Wśród warunków udziału w postępowaniu był m.in. wymóg wykonania co najmniej dwóch zamówień, polegających na termomodernizacji budynków użyteczności publicznej, każde o wartości brutto co najmniej 2 000 000 zł oraz przynajmniej jednego zamówienia, obejmującego swoim zakresem montaż instalacji fotowoltaicznej o mocy nie mniejszej niż 20 kW (zamawiający dopuścił, aby zamówienie takie było zamówieniem odrębnym lub wchodziło w skład jednego z zamówień polegających na termomodernizacji).

Wykonawca, w wymaganym terminie, złożył m.in. wykaz robót budowlanych, w którym wymienił trzy zamówienia:

- przebudowę budynku Laboratorium Nr 1 w Instytucie Hodowli i Aklimatyzacji Roślin - Państwowym Instytucie Badawczym w Radzikowie;
- rozbudowę budynku Szkoły Podstawowej nr 2 w Błoniu wraz z termomodernizacją;
- wykonanie termomodernizacji budynku Gimnazjum nr 2 (obecnie Szkoły Podstawowej nr 3) w Piastowie - wraz z montażem instalacji fotowoltaicznej o mocy większej niż 20 kW.

Z ogólnodostępnych informacji, które zamawiający uzyskał za pomocą Biuletynu Informacji Publicznej Miasta Piastów (<http://bip.piastow.pl/>), wynika że wymieniony w wykazie obiekt objęty był zamówieniem opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 63645041-2017 z dnia 2017-12-28 r. oraz pod nazwą Wykonanie termomodernizacji budynku Gimnazjum Nr 2 (obecnie Szkoła Podstawowa Nr 3) przy Al. Tysiąclecia 5 w Piastowie w ramach zadania pn.: „KOMPLEKSOWA TERMOMODERNIZACJA OBIEKTÓW UŻYTECZNOŚCI PUBLICZNEJ W MIEŚCIE PIASTÓW” (numer referencyjny zamówienia: ZP.271.37.2017):

Po przeanalizowaniu przez zamawiającego dokumentacji projektowej ww. inwestycji, zamawiający zwrócił uwagę, że w zakresie robót do wykonania w ramach instalacji fotowoltaicznych, przewidziane było wykonanie instalacji o mocy 10 kW (40 modułów fotowoltaicznych, każdy o mocy szczytowej 250 Wp).

Wykonawca, w złożonym wykazie robót, w odniesieniu do ww. inwestycji, wskazał, że moc wykonanej instalacji fotowoltaicznej była większa niż 20 kW.

W związku z tym, że podane przez wykonawcę informacje nie pokrywały się z informacjami, które zamawiający uzyskał z ogólnodostępnych źródeł, zamawiający uznał, że powyższe wątpliwości powinny zostać wyjaśnione przez wykonawcę. Zamawiający zwraca zatem się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień, dotyczących rozbieżności mocy instalacji fotowoltaicznej, - wymienionej w dokumentacji przetargowej przytoczonego postępowania, w stosunku do mocy podanej w złożonym wykazie robót.

W wymaganym terminie wykonawca udzielił odpowiedzi, jednak zdaniem zamawiającego, treść złożonych wyjaśnień i dokumentów nie potwierdza spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

Wykonawca złożył nowy wykaz robót budowlanych, w którym w poz. 3 umieścił inne zamówienie niż w pierwotnym wykazie: wykonanie montażu instalacji fotowoltaicznej o mocy 21,6 kW dla Gmin Iłów i Słubice, wraz z referencjami, wystawionymi przez generalnego wykonawcę. Zamawiający nie może uwzględnić w procesie badania i oceny oferty zamówienia, które wykonawca próbuje wykazać po uprzednim złożeniu, w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Prowadziłoby to bowiem do zmiany treści oferty po terminie jej złożenia, co w świetle przepisu art. 87 ust. 1 jest zabronione. Ugruntowany jest w orzecznictwie pogląd, że brak jest możliwości zastąpienia informacji nieprawdziwej mającej wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego — a z tego typu informacją mamy do czynienia w rozpoznawanej sprawie.

Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej złożenie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji wyłącza możliwość uzupełniania dokumentów wymaganych do potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. (wyrok KIO z 4.05.2017 r., KIO 734/17, LEX nr 2311273; wyrok KIO z 7.06.2017 r., KIO 1004/17, LEX nr 2314509; wyrok KIO z 10.10.2017 r., KIO 2003/17, LEX nr 2406824), a następstwem złożenia przez wykonawcę nieprawdziwych informacji jest konieczność wykluczenia go z udziału w postępowaniu w oparciu o obligatoryjne przepisy art. 24 I ust. 1 pkt 17 Pzp.

Ponadto należy zwrócić uwagę na treść wyroku TSUE z dnia 4 maja 2017 r (sprawa C-387/17), w którym Trybunał sprzeciwił się możliwości uzupełnienia dokumentów w postępowaniu, w szczególności jeśli przedstawiają one nowe informacje, niezawarte wcześniej w pierwotnie złożonej ofercie.

W związku z powyższym, zdaniem zamawiającego zostały wypełnione następujące przesłanki do wykluczenia wykonawcy z postępowania:

- 1) wykonawca przedstawił informację niezgodną z rzeczywistością;*
- 2) informacja ma istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego;*
- 3) informacja ta mogła wprowadzić w błąd zamawiającego;*
- 4) przedstawienie informacji jest wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa.*

Jako podstawę prawną czynności zamawiający wskazał przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Odwołanie nie zasługuje uwzględnieniu.

Za chybiony uznano zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp i art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zgodnie z pierwszym z przepisów, z *postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się 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.* Art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zaś stanowi, że *zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, którzy zostali wykluczeniu - podając uzasadnienie faktyczne i prawne.*

Stan faktyczny nie był sporny między stronami. Odwołujący podał zamawiającemu w złożonym przez siebie wykazie robót, że w ramach zadania „wykonanie termomodernizacji budynku gimnazjum nr 2 w Piastowie wykonał montaż instalacji fotowoltaicznej o mocy większej niż 20 kW. Odwołujący nie zaprzeczał ustaleniom zamawiającemu, iż ww. informacja była niezgodna z rzeczywistością. W zakresie ww. robót do wykonania w ramach instalacji fotowoltaicznych, przewidziane było wykonanie instalacji o mocy jedynie 10 kW (40 modułów fotowoltaicznych, każdy o mocy szczytowej 250 Wp). Nie było także sporne między stronami, że ww. informacja nieprawdziwa mogła mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w toku postępowania. Zgodnie bowiem z postanowieniem rozdziału V pkt 3 1) SIWZ wykonawca, pod rygorem wykluczenia z postępowania, zobowiązany był wykazać swe doświadczenie w wykonaniu m.in. co najmniej jednego zamówienia obejmującego swoim zakresem montaż instalacji fotowoltaicznej o mocy nie mniejszej niż 20 kW.

Nie było także sporne między stronami, że zamawiający w toku badania ofert ostatecznie dostrzegł, iż przedstawiana mu informacja jest niezgodna z rzeczywistością. Wątpliwości co do rzetelności oświadczenia zamawiający powziął po przeanalizowaniu przez siebie dokumentacji projektowej dostępnej za pomocą Biuletynu Informacji Publicznej Miasta Piastów (<http://bip.piastow.pl/>), a ostateczne potwierdzenie uzyskał po lekturze odpowiedzi odwołującego na wezwanie do ustosunkowania się do faktów wynikających z treści dokumentacji (por. wezwanie z dnia 29 maja 2019 r. i wyjaśnienia odwołującego z 3 czerwca 2019 r.).

Nie podzielono argumentacji odwołującego, jakoby o „*przedstawieniu informacji wprowadzających w błąd zamawiającego*” w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp można było mówić tylko w sytuacji, gdyby zamawiający nie wykrył niezgodności informacji z rzeczywistością. Przyjęcie takiego poglądu oznaczałoby bowiem, że zamawiający nigdy nie byłoby zobowiązani do wykluczenia wykonawcy w razie podania nieprawdziwych informacji. Zawsze gdyby jakiś zamawiający wykrył niezgodność z rzeczywistością, oznaczałoby to, że nie został wprowadzony w błąd. Natomiast gdyby nie wykrył niezgodności, to nie mógłby wykluczyć wykonawcy bo nie wiedziałby o fakcie przedstawienia informacji nieprawdziwych.

Przy takiej interpretacji wykluczenie wykonawcy w oparciu o przywołany przepis możliwe byłoby tylko na zarzut innego wykonawcy.

Po drugie, przyjęcie takiego stanowiska oznaczałoby, że o tym, czy wykonawca zostanie wykluczony z postępowania nie decydowałyby okoliczności o charakterze obiektywnym, ale subiektywne właściwości intelektualne i zdolności percepcji osób po stronie zamawiającego. W niektórych sytuacjach prowadzenie takich ustaleń wymagałoby wiadomości specjalnych i przeprowadzania dowodu z opinii biegłego na okoliczność, czy w danych okolicznościach zamawiający miał czy nie miał obowiązku dostrzeżenia, iż przedstawiane mu informacje są nieprawdziwe. Zaakceptowanie takiego stanowiska skutkowałoby także nierównym traktowaniem wykonawców. Ci wykonawcy, którzy składaliby zamawiającemu dokumenty możliwe do weryfikacji na podstawie dokumentacji dostępnej zamawiającemu traktowani byłiby korzystniej od tych, którzy powołali się na realizację nieznaną zamawiającemu. Pierwsza kategoria wykonawców mogłaby niejako bezkarnie składać zamawiającemu nieprawdziwe informacje.

Ponadto, jak słusznie wskazał przystępujący w swym piśmie procesowym z 28 czerwca 2019 r., ustawodawca w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp posłużył się imiesłowem przymiotnikowym czynnym „wprowadzające w błąd” a ta forma gramatyczna tworzona jest od czasowników niedokonanych.

W tym zakresie podzielono analogiczne stanowisko co do braku konieczności osiągnięcia skutku w świadomości zamawiającego przedstawione w orzeczeniach Izby przywołanych przez zamawiającego i przystępującego (wyrok KIO z 1 lutego 2019 r. sygn. akt 45/19, wyrok KIO z 2 listopada 2017 r. sygn. akt KIO 2007/17, wyrok KIO z 31 lipca 2018 r. sygn. akt KIO 1401/18, wyrok KIO z 20 grudnia 2018 r. sygn. akt KIO 2547/18).

Nieadekwatny do stanu faktycznego w tej sprawie okazał się przywołany przez odwołującego wyrok Izby wydany w sprawie o sygn. akt KIO 272/19. Rzeczywiście Izba wyraziła w nim pogląd, że *„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.”*. Uszło jednak uwadze odwołującego, że przywołany przez niego fragment uzasadnienia wyroku dotyczył interpretacji przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp a nie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, zaś przesłanki zastosowania tych przepisów zostały odmiennie opisane przez ustawodawcę.

Odwołujący powołał się także na fragment uzasadnienia wyroku Izby wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 1257/17. Odwołujący nie dostrzegł, że przywołany przez niego

fragment uzasadnienia obejmował przedstawienie stanowiska zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie, a nie stanowisko Izby.

Kierując się powyższymi argumentami należało dojść do wniosku, że stanowisko odwołującego, jako naruszające naczelną zasadę równego traktowania wykonawców traktowania wykonawców, a także sprzeczne z regułami wykładni analizowanego przepisu powinno zostać odrzucone. W związku z tym okoliczność, że zamawiający ostatecznie dostrzegł, iż przedstawiono mu informacje niezgodne z rzeczywistością nie oznaczała, iż nie złożono mu „informacji wprowadzających w błąd” w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Drugim powodem, dla którego odwołujący kwestionował czynność zamawiającego było to, że - zdaniem odwołującego - zamawiający miał jedynie ogólnie wskazać, że został wprowadzony w błąd w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa po stronie odwołującego. Odwołujący wywiódł, że nie może się domyślać, jaka jest niezgodność jego postępowania z przepisami.

Stwierdzono, że zamawiający w uzasadnieniu czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu wskazał, że działanie odwołującego, który dopuścił się omyłki, należy traktować jako rażące niedbalstwo lub lekkomyślność. Zamawiający rzeczywiście powołał się na omyłkę odwołującego przy składaniu oświadczenia na potrzeby warunku udziału w postępowaniu nie precyzując, czy omyłka ta świadczy o istnieniu rażącego niedbalstwa czy lekkomyślności po stronie odwołującego.

Powyższe – w okolicznościach danej sprawy- nie świadczyło jednak o zasadności zarzutu. Istotne w sprawie było to, że każda z wymienionych postaci winy nieumyślnej obligowała do wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu. Podkreślenia wymagał fakt, że zamawiający wskutek zaniechań samego odwołującego nie miał możliwości szczegółowego ustalenia, jakie konkretnie okoliczności doprowadziły odwołującego lub osoby po jego stronie do przedstawienia informacji wprowadzających w błąd. Celem ustalenia ww. okoliczności zamawiający mógł jedynie poprosić odwołującego o złożenie stosownych wyjaśnień. Dostrzeżenia wymagało, że zamawiający skorzystał z takiej możliwości i skierował do odwołującego wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w dniu 29 maja 2019 r. W piśmie tym zamawiający poprosił o wyjaśnienie powodów rozbieżności odnośnie mocy instalacji fotowoltaicznej wymienionej w wykazie robót w stosunku do mocy wynikającej z dokumentacji przetargowej postępowania. Na uwagę zasługiwał fakt, że odpowiedź odwołującego na tak sformułowane wezwanie okazała się nad wyraz lakoniczna. Wyjaśnienia wykonawcy sprowadzały się do jednego, ogólnikowego zdania, że referencje dołączył do swej oferty omyłkowo. Co istotne, odwołujący w swych wyjaśnieniach odniósł się tylko do okoliczności złożenia referencji. Nie wyjaśnił nawet

jednym zdaniem powodów złożenia nieprawdziwego oświadczenia znajdującego się w wykazie robót. W tej sytuacji odwołujący nie mógł skutecznie zarzucać zamawiającemu, że ten w uzasadnieniu czynności wykluczenia nie zawarł szczegółowych ustaleń o stopniu winy odwołującego, których nie mógł poczynić wskutek zaniechań samego wykonawcy. W ocenie Izby wystarczające okazało się wskazanie, że w ocenie zamawiającego zachowanie odwołującego nosi co najmniej znamiona lekkomyślności lub rażącego niedbalstwa.

Dostrzeżenia przy tym wymagało, że to na odwołującym, jako przedsiębiorcy spoczywała konieczność zachowania należytej staranności przy wypełnianiu wykazu robót, z uwzględnieniem zawodowego charakteru prowadzonej przez niego działalności gospodarczej. Nie ulegało wątpliwości, że odwołujący – A. C. jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą A. C. Renal Bud. Zgodnie z art. 355 § 2 KC w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Należyta staranność po stronie odwołującego jako przedsiębiorcy wymagała, aby zweryfikował czy podawana przez niego informacja o mocy zamontowanej przez niego instalacji fotowoltaicznej wykonanej w ramach zadania odnoszącego się do termomodernizacji gimnazjum nr 2 w Piastowie była prawdziwa.

Chybiony okazał się argument odwołującego, który wywiódł, że nie może pamiętać wszystkich parametrów technicznych realizowanych przez siebie inwestycji. Rzeczywiście wykonawca nie musi pamiętać wszystkich parametrów technicznych inwestycji, które wykonał. Jednak można od niego wymagać, że zweryfikuje podawane przez siebie informacje ubiegając się o publiczny kontrakt. I nie chodziło przy tym o wszystkie bez wyjątku parametry techniczne referencyjnego zadania. Uszło uwadze odwołującego, że w świetle warunku udziału w postępowaniu zamawiającego interesował tylko jeden parametr techniczny zamówienia – a mianowicie moc wykonanych instalacji fotowoltaicznych. W tej sytuacji jedynie tę informację odwołujący powinien zweryfikować przed złożeniem oświadczenia zamawiającemu.

Odwołujący na poparcie swego stanowiska przywołał fragment uzasadnienia wyroku Izby z dnia 3 grudnia 2018 r. wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 2372/18. Dostrzeżenia wymagało, że odwołujący przywołał wybiórczo fragment uzasadnienia powołanego wyroku. Rzeczywiście Izba w tym wyroku wskazała: *Izba podkreśla, że nie można wymagać od nikogo, aby składając ofertę miał w pamięci wszystkie informacje z realizacji poszczególnych różnych usług z ostatnich lat, wręcz wymaganie takie byłoby kuriozalne.*

Jednak Izba w kolejnym zdaniu powołanego uzasadnienia wyroku dodała, że *Dlatego też, tak istotne jest, aby wykonawcy składając oświadczenia wiedz wraz z ofertami, czy też w ofertach, dokładali należytej staranności przy ich weryfikacji i podawaniu, a w szczególności – co najlepiej widać właśnie w rozpoznawanej sprawie – aby w ogóle dokonali weryfikacji*

podawanych danych i sprawdzili je, a nie bazowali na własnym przekonaniu oraz informacjach pochodzących ze źródeł, które nie są weryfikatorem tych informacji. Stanowisko Izby co do konieczności weryfikacji oświadczeń podawanych zamawiającemu okazało się zatem zbieżne z poglądem Izby przedstawionym w niniejszej sprawie.

W dalszej kolejności odwołujący podniósł, że zamawiający bezzasadnie pominął przy ocenie warunku, o którym mowa w pkt rozdziale V ust. 3 pkt 1 SIWZ, dokumenty złożone przez odwołującego przy piśmie z dnia 3 czerwca 2019 r. W piśmie tym odwołujący przedstawił zamawiającemu nowy wykaz robót, w którym zamiast spornej inwestycji polegającej na wykonaniu termomodernizacji budynku gimnazjum nr 2 w Piastowie wymienił inną – polegającą na wykonaniu montażu instalacji fotowoltaicznej na rzecz gmin Iłów i Słubice.

Nie ulegało wątpliwości, że w ten sposób odwołujący usiłował zastąpić podane przez siebie informacje wprowadzające w błąd zamawiającego – nowymi informacjami. Zdaniem Izby zamawiający trafnie nie wziął pod uwagę spornych dokumentów przy ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Jak wynika z ugruntowanego orzecznictwa Izby, skutkiem złożenia informacji wprowadzających w błąd w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp jest konieczność wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu bez możliwości skorzystania z dobrodziejstwa instytucji z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W konsekwencji też, nie mogą podlegać ocenie zamawiającego dokumenty złożone przez wykonawcę bez wezwania w ramach tzw. samouzupelnienia. Przy przyjęciu interpretacji proponowanej przez odwołującego wykonawca składając dokumenty celem wykazania warunku byłby uprawniony co najmniej raz wprowadzić zamawiającego w błąd, bez żadnych konsekwencji. Taka wykładnia przepisu jest niezasadna i nie odpowiada celowi regulacji, jakim jest wyeliminowanie z postępowania wykonawców, wprowadzających zamawiającego w błąd na skutek celowego albo lekkomyślnego lub niedbałego zachowania. Dostrzeżenia wymaga, że brzmienie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp jest kategorię. Przepis ten kreuje po stronie zamawiającego obowiązek wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu w razie każdego zaistnienia przesłanek w nim opisanych. Co do braku możliwości zastąpienia informacji nieprawdziwych nowymi informacjami podzielono stanowisko wyrażone uprzednio w wyrokach Izby wydanych m.in. w sprawach o sygn. akt KIO 734/17, KIO 1004/17, KIO 2003/17, KIO 2430/17, KIO 1978/17.

Za chybiony uznano także zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący podniósł w odwołaniu, że zamawiający miał naruszyć ten przepis „*poprzez poinformowanie o wykluczeniu wykonawcy, którego oferta nie powinna zostać wykluczona*”. Jak stwierdzono wcześniej, zamawiający zasadnie wykluczył odwołującego z udziału w

postępowaniu. Zamawiający nie naruszył zatem powołanego przepisu w sposób wskazany przez odwołującego.

Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że odwołanie podlegało oddaleniu.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. W analizowanej sprawie nie stwierdzono żadnego naruszenia przepisów ustawy Pzp, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.* Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)”* Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień*

publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

W niniejszej sprawie odwołanie podlegało oddaleniu w całości. Kosztami postępowania w całości obciążono zatem odwołującego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w wysokości 10.000 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: