

WYROK

z dnia 19 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie **14 maja 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **18 marca 2021 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **S&A Service sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu**

w postępowaniu pn. *Sprzątanie powierzchni znajdujących się na Stadionie Wrocław we Wrocławiu wraz z usługą odśnieżania dachu Stadionu oraz usuwania nawisów śnieżnych i zwisających sopli* (nr postępowania 9/PN/2020)

prowadzonym przez zamawiającego: **Stadion Wrocław sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Uzasadnienie

Stadion Wrocław sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ppz”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Sprzątanie powierzchni znajdujących się na Stadionie Wrocław we Wrocławiu wraz z usługą odśnieżania dachu Stadionu oraz usuwania nawisów śnieżnych i zwisających sopli* (nr postępowania 9/PN/2020).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 17 lutego 2020 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S_218 pod poz. 534784.

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

9 marca 2021 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wykluczeniu z postępowania S&A Service sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz unieważnieniu postępowania.

18 marca 2021 r S&A Service sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu {dalej również: „S&A” lub „Odwołujący”} wniósł w postaci elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższych czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 24 ust. 1 pkt 16 – przez bezpodstawne wykluczenie S&A z udziału w postępowaniu, a w konsekwencji uznanie jego oferty za odrzuconą.
2. Art. 93 ust. 1 pkt 4 – przez bezpodstawne unieważnienie postępowania, mimo iż cena oferty S&A jako najkorzystniejszej i niepodlegającej odrzuceniu nie przekracza kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu {lista żądań}:

1. Unieważnienia czynności: wykluczenia S&A (i uznania złożonej przez nie oferty za odrzuconą) oraz unieważnienia postępowania.
2. Powtórzenia oceny ofert i dokonania wyboru oferty S&A jako najkorzystniejszej.

Odwołujący sprecyzował pierwszy z zarzutów w szczególności przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych dla uzasadnienia wniesienia odwołania.

Z uzasadnienia odwołania wynikają następujące okoliczności faktyczne.

Zamawiający w ramach uzasadnienia o wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 pzp stwierdził, że S&A w wyniku zamierzonego działania wprowadziło go błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Zamawiający wskazał, że powziął wątpliwości co do faktycznego świadczenia przez S&A: 1) usług sprzątania terenów zewnętrznych i wewnętrznych Stadionu Olimpijskiego w trakcie imprez masowych w ramach rozgrywek ekstraklasy żużlowej, 2) usługi odśnieżania dachu wskazana w tabeli D była rzeczywiście świadczona. W związku z powyższym zwrócił się do następujących podmiotów: ad 1) firmy sprzątajacej Clinea W. M. {dalej: „Clinea”} oraz Młodzieżowego Centrum Sportu {dalej: „MCS”}; ad 2) 2 Wojskowego Oddziału Gospodarczego we Wrocławiu {dalej: „WOG”}.

W opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do usług odśnieżania dachu wykonawca miał wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat wykonał *co najmniej 1 (jedną usługę) polegającą na sukcesywnym odśnieżaniu dachu o powierzchni co najmniej 2000 m²*. W celu potwierdzenia spełniania tego warunku należało przedłożyć wykaz wykonanych usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyłą realizację.

Według relacji Odwołującego pismo MCS nie potwierdza wniosku Zamawiającego co do wykonywania powyżej wskazanych usług sprzątania przez inny podmiot, a jedynie wiedzę MCS o podmiotach, z którymi się kontaktowało, z zastrzeżeniem, że stadion jest przekazywany WTS i wszelkie procedury są w gestii tego podmiotu.

Odwołujący wywiódł, co następuje.

Po pierwsze, że Zamawiający nie zwrócił się o wyjaśnienia do Wrocławskiego Towarzystwa Sportowego S.A. {dalej: „WTS”}, na rzecz którego usługi na Stadionie Olimpijskim były wykonywane, tj. podmiotu wskazanego jako odbiorca usługi, który wystawił dokumenty referencyjne.

Po drugie, że Zamawiający nie doprecyzował w żadnym punkcie specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej: „SIWZ”} (czy ogłoszenia o zamówieniu):

- wymagania, aby wykonawca w ramach usługi ciągłej wykazał terminy i powierzchnie poszczególnych odśnieżeń;
- co rozumie pod pojęciem „sukcesywnego” odśnieżania dachu, w tym nie wskazał ani wymaganej częstotliwości odśnieżeń, ani wielkości odśnieżanej powierzchni w ramach

każdorazowego odświeżania.

W uzasadnieniu odwołania powołano się na następujące okoliczności prawne.

Zgodnie z § 2 ust. 6 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia jeżeli wykaz, oświadczenia lub inne złożone przez wykonawcę dokumenty budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były wykonane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, o dodatkowe informacje lub dokumenty w tym zakresie.

Kwestia interpretacji postanowień SIWZ wyłącznie przez pryzmat jednoznacznie wyrażonych przez Zamawiającego oczekiwań, nie zaś intencji, które nie znalazły swojego odzwierciedlenia w postanowieniach SIWZ i ogłoszenia nie budzi od lat wątpliwości w doktrynie i orzecznictwie.

W doktrynie i orzecznictwie od lat panuje zgoda co do tego, że ponieważ na zamawiającym spoczywa obowiązek jednoznacznego sformułowania SIWZ, nie można na niekorzyść wykonawców interpretować postanowień SIWZ, wykonawcy, którzy działają w zaufaniu do zamawiającego nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji niewystarczającego doprecyzowania przez niego jej postanowień {w odwołaniu wskazano szereg wyroków Izby, wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu oraz Sądu Najwyższego wraz z przytoczeniem stosownych fragmentów z uzasadnień tych orzeczeń}.

Według poglądów doktryny w art. 24 ust. 1 pkt 16 pzp mowa jest przede wszystkim o sytuacji, w której wykonawca oświadcza nieprawdę, czyli przeinacza fakty albo potwierdza nieistniejące okoliczności. Wprowadzenie w błąd musi przybrać formę zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Zamierzone działanie będzie miało miejsce wtedy, kiedy wykonawca wie, że nie spełnia jednego z warunków udziału w postępowaniu, a mimo to składa wprowadzające w błąd oświadczenie, że ten warunek spełnia. Można przyjąć, że rażące niedbalstwo jest niedbalstwem szczególnym, którego rozmiar i waga przekraczają brak zwykłej staranności. Złożenie nieprawdziwych informacji polega na rozbieżności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę a rzeczywistym stanem rzeczy.

Ponadto wskazuje się, że okoliczność podania nieprawdziwych informacji powinna być wykazana w sposób niebudzący wątpliwości.

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, co następuje.

Po pierwsze, że nie biorąc pod uwagę dla usługi sprzątnięcia stadionu we Wrocławiu dokumentów przedłożonych przez S&A oraz zwracając się o informacje do innego podmiotu

niż powinien według przywołanego powyżej przepisu rozporządzenia, nie dołożył należytej staranności i przekroczył granice oceny dokumentów.

Po drugie, że ocenił spełnianie przywołanego powyżej warunku dotyczącego odświeżania przez pryzmat elementów, których nie zawarł w opisie sposobu jego oceny, czyli w sposób sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w sytuacji, gdy sukcesywne odświeżanie dachów o wymaganej powierzchni było objęte przedmiotem zamówienia.

Po trzecie, że w rezultacie doszedł do błędnego wniosku, że został wprowadzony w błąd przez S&A i bezpodstawnie wykluczył je z postępowania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 12 maja 2021 r. wniósł o jego oddalenie, w szczególności następująco ustosunkowując się do uzasadnienia pierwszego z zarzutów.

Zamawiający oświadczył, że nie podziela przekonania Odwołującego o jednoznaczności oraz niezaprzeczalności twierdzeń zawartych w złożonych przez niego dokumentach referencyjnych. Wręcz przeciwnie, w wyniku ich szczegółowej analizy uznał, że wraz z ogólnikowymi wyjaśnieniami złożonymi przez S&A w piśmie z 16.02.2021 r., skupiającymi się nie na meritem sprawy, nie przedstawiają one wiarygodnego stanu rzeczy, gdyż nie operują żadną konkretną informacją, w przeciwieństwie do dokumentów przedłożonych przez Clinea oraz MCS.

W opinii Zamawiającego Odwołujący próbuje zdezwuować wagę twierdzeń zawartych w piśmie MCS z 26.02.2021 r. Tymczasem MCS wyraźnie stwierdza, że jedyną firmą sprząającą, z którą – jako zarządca Stadionu Olimpijskiego we Wrocławiu – kontaktował się podczas imprez wskazanych w Tabeli C Wykazu usług, była firma Clinea. Co więcej, że podczas każdego z pomeczowych odbiorów obiektu osobami, które uczestniczyły w tychże odbiorach z ramienia firmy świadczącej usługi sprzątania dla WTS, byli wyłącznie przedstawiciele firmy Clinea. Według Zamawiającego wynika z tego jednoznacznie, że S&A nie wykonywało usług sprzątania, które wskazało dla wykazania warunku udziału w tym zakresie.

Zdaniem Zamawiającego powyższe ustalenia dodatkowo znajdują potwierdzenie w piśmie Clinea z 22.02.2021 r., do których Odwołujący w ogóle się odniósł. Tymczasem W. M. wprost stwierdza, że to jego firma wykonywała usługi porządkowe w trakcie imprez odbywających się na Stadionie Olimpijskim we Wrocławiu w ramach rozgrywek ekstraklasy żużlowej w sezonie 2019.

Jak podał, do zakresu jej obowiązków należało *posprzątanie stadionu przed imprezą, obsługa podczas imprezy oraz posprzątanie po imprezie*, a zatem kompleksowe, całościowe

świadczenie usług sprzątaniam. Szczegółowy wykaz czynności, jakie obejmowała owa usługa zawiera złożony przez Clinea załącznik do pisma z dnia 22.02.2021 r. Wskazane w nim zostały m.in. takie prace, jak: (1) usunięcie wszystkich odpadów stałych, małogabarytowych, będących odpadami komunalnymi wraz z opróżnianiem koszy na odpady; (2) konfekcjonowanie odpadów w plastikowych workach i ich złożenie w kontenerze wyznaczonym przez zleceniodawcę; (3) sprzątanie: trybun dla widowni, wejść technicznych, ciągów komunikacyjnych, kompleksów sanitarnych, pomieszczeń pierwszej pomocy, punktów medycznych, pomieszczeń przeznaczonych do organizacji cateringu komercyjnego dla kibiców, sali VIP, pomieszczeń organizacyjnych, biura organizatora, obszarów stanowiących arenę rozgrywania zawodów; (4) wyposażenie kompleksów sanitarnych przeznaczonych dla kibiców w papier toaletowy, mydło w płynie, worki na odpady oraz serwis uzupełniający.

Co więcej w powyższym piśmie podkreślono, że usługi porządkowe podczas zawodów żużlowych Clinea wykonywała bezpośrednio na zlecenie WTS, wskazując dodatkowo, że bezpośredni kontakt prowadzony był z panią E. W. – kierowniczką zawodów, sporadycznie zaś z panią K. K. – prezesem klubu żużlowego.

Clinea poinformowała również, że dysponuje korespondencją mailową w tej sprawie oraz fakturami za wykonane usługi, wystawionymi na rzecz WTS.

Tymczasem Odwołujący nie przekazał żadnych dodatkowych i wyczerpujących informacji, popartych wiarygodnymi i obiektywnymi dowodami, potwierdzających, że to właśnie jego firma wykonywała usługi porządkowe podczas imprez żużlowych wskazanych w wykazie, odwołując się wyłącznie do wystawionych przez WTS referencji, które miałyby stanowić jedyne źródło informacji odnośnie tego, jaka firma wykonywała owe usługi sprzątania.

Zamawiający stwierdził, że jeśli przyjąć czysto hipotetyczne założenie, że Odwołujący świadczył sporne usługi sprzątania, trudno sobie wyobrazić, jakie czynności porządkowe miałyby się mieścić w ich ramach, skoro zakres usług świadczonych przez Clinea był kompletny i obejmował ich pełen zakres.

Na ten fakt zwróciła również uwagę Clinea we wspomnianym piśmie, stwierdzając, co następuje. *Z posiadanej przez nas wiedzy wynika, że na stadionie nie było innych firm wykonujących usługi porządkowe podczas wymienionych powyżej imprez masowych. Jeżeli były to nie byliśmy o tym fakcie poinformowani i nie mamy wiedzy w jakim zakresie mogły one świadczyć usługi porządkowe ponieważ całość prac związanych z obsługą imprez masowych w podanym poniżej zakresie sprzątania stadionu na zlecenie WTS S.A. wykonywała firma CLINEA z czego była skrupulatnie rozliczana przez zleceniodawcę.*

Zdaniem zamawiającego warunek został sformułowany w sposób jednoznaczny, przejrzysty i nie budzący wątpliwości – Zamawiający wymagał od wykonawców posiadania doświadczenia w wykonaniu usługi odśnieżania, nie zaś doświadczenia w pozostawaniu w gotowości do jej wykonania i tylko taka interpretacja może być uznana za prawidłową.

Zamawiający podał, że w piśmie z 19.02.2021r. zapytał WOG wyłącznie o to, czy S&A w okresie od stycznia 2019 r. do końca grudnia 2020 r. wykonało usługę odśnieżania dachu (dachów) o powierzchni co najmniej 2000 m², a jeśli tak, to w jakiej dacie usługa ta była wykonana oraz czy wykonana została należycie.

Stąd Zamawiający stwierdził, że twierdzenia Odwołującego, że faktyczną podstawą oceny spełniania przez niego warunku udziału w postępowaniu dot. doświadczenia w odśnieżaniu dachu były takie elementy jak częstotliwość odśnieżeń czy wielkość odśnieżanej powierzchni w ramach jednokrotnej czynności składającej się na sukcesywne odśnieżanie, nie znajdują oparcia w żadnej czynności podjętej przez Zamawiającego w ramach badania dokumentów podmiotowych złożonych przez S&A ani też w żadnym z dokumentów postępowania.

W ocenie Zamawiającego argumentacja Odwołującego jest całkowicie chybiona i ma jedynie na celu odwrócenie uwagi od faktycznego problemu, z jakim przyszło się mierzyć Odwołującemu, polegające na tym, że w ramach realizacji zawartej przez S&A umowy nr 14/2019/W, dotyczącej usług utrzymania terenów zewnętrznych na terenie kompleksu wojskowego administrowanych przez 2. WOG na terenie SOI nr 2 we Wrocławiu, w okresie od stycznia 2019 r. do końca grudnia 2020 r., żaden dach (nawet jego najmniejszy fragment) nie był odśnieżany ze względu na warunki pogodowe, co w sposób jednoznaczny potwierdził pisemnie 2. Wojskowy Oddział Gospodarczy we Wrocławiu, w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 19.02.2021 r., zadając kłam twierdzeniom Odwołującego.

Na marginesie Zamawiający zauważył, że Odwołujący zarówno w piśmie z 16.02.2021 r., jak i w treści odwołania chętnie przywołuje bogate orzecznictwo Izby na poparcie formułowanych przez siebie tez, tyle że nie znajdują one oparcia w okolicznościach przedmiotowej sprawy.

Zamawiający podsumował, że Odwołujący dwukrotnie w ramach tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dopuścił się celowego wprowadzenia w błąd Zamawiającego przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, która to okoliczność czyni zasadnym wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu (i uznanie jego oferty za odrzuconą).

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania

odwoławczego, sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której uczestnicy sporu pozostali przy swoich stanowiskach i argumentacji.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zaznaczyć należy, że z uwagi na datę wniesienia rozpoznawanego odwołania do postępowania odwoławczego w tej sprawie, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. poz. 2020 ze zm.), znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) {dalej: „nowa ustawa pzp” lub „npzp”}.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż wykluczenie go z postępowania uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Z uwagi na przebieg rozprawy, podczas której Odwołujący podniósł zupełnie nowe w stosunku do odwołania okoliczności, konieczne stało się zaznaczenie, że sprawa została rozpoznana w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu.

Zgodnie z art. 555 npzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu {art. 192 ust. 7 pzp miał identyczną treść}. Oznacza to, że niezależnie od wskazania w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu.

Innymi słowy, jak trafnie wskazał Sąd Okręgowy w Gdańsku w uzasadnieniu wyroku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12, stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale przede wszystkim jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy wnoszącego odwołanie.

Z powyższych względów w tej sprawie przedmiotem rozpoznania nie mogła stać się kwestia wykazania spełniania warunków udziału dotyczących wiedzy i doświadczenia przez Odwołującego z powołaniem się na inne imprezy niż te, które wskazał w wykazie złożonym Zamawiającemu.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający określił warunki udziału w nim dotyczące wiedzy i doświadczenia wykonawcy, który obowiązany był wykazać, że nie dawniej niż w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert wykonał lub wykonuje należycie m.in. następująco określone usługi:

- 1) usługi sprzątnięcia na co najmniej pięciu imprezach masowych w rozumieniu ustawy z dnia 20 marca 2009 r. o bezpieczeństwie imprez masowych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 2171), przy czym liczba osób uczestniczących w każdej z tych imprez masowych wynosiła jednorazowo (w ciągu jednego dnia) co najmniej dziesięć tysięcy ludzi;
- 2) co najmniej jedną usługę polegającą na sukcesywnym odśnieżaniu dachu o powierzchni co najmniej 2000 m².

S&T na potwierdzenie spełniania powyższych warunków powołała się na należyte wykonanie następujących usług:

- 1) usługi sprzątnięcia świadczone podczas imprez masowych odbywających się w ramach rozgrywek ekstraklasy żużlowej na Stadionie Olimpijskim we Wrocławiu w dniach: 14.04.2019 r., 15.04.2019 r., 19.05.2019 r., 20.05.2019 r., 31.05.2019 r. 01.06.2019 r., 23.06.2019 r., 24.06.2019 r. oraz 30.06.2019 r. - 01.07.2019 r.;
- 2) „Świadczenie usług sprzątnięcia oraz utrzymania terenów zewnętrznych administrowanych przez 2 WOG Wrocław na terenie SOI 2, w tym odśnieżanie dachów o pow. 80.795 mkw”, podając datę wykonania usługi „01.2019 - 31.12.2020”.

W toku badania złożonych przez S&T dokumentów podmiotowych Zamawiający:

- 1) wszedł w posiadanie informacji potwierdzających, że powyżej wskazane usługi sprzątnięcia na terenach zewnętrznych i wewnętrznych Stadionu Olimpijskiego we Wrocławiu w trakcie imprez masowych w ramach rozgrywek ekstraklasy żużlowej wykonywał inny podmiot niż S&T, tj. Clinea W. M.;
- 2) powziął wątpliwość, czy usługa odśnieżania dachu faktycznie była świadczona, a jeśli tak, to w jakich konkretnie datach, i czy została wykonana należycie, gdyż żaden ze złożonych protokołów potwierdzenia wykonania powyżej wskazanej usługi nie identyfikował usługi odśnieżania.

Z uwagi na powyższe, Zamawiający wezwał Wykonawcę pismem z 11.02.2021 r. do:

- 1) złożenia szczegółowych wyjaśnień odnośnie usług sprzątnięcia na powyżej wymienionych

- impresach masowych;
- 2) uzupełnienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usługi odśnieżania dachu przez wskazanie konkretnej daty wykonania usługi polegającej na sukcesywnym odśnieżaniu dachu o powierzchni co najmniej 2000 m², wraz ze wskazaniem, jaka powierzchnia dachu została w tejże dacie odśnieżona.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego S&T w piśmie z 16.02.2021 r. poinformowało, że usługa odśnieżania dachów realizowana jest w ramach kompleksowej usługi sprzątnięcia terenów zewnętrznych, ich odśnieżania, utrzymania i pielęgnacji terenów zielonych, odśnieżania dachów, usuwania sopli oraz czyszczenia rynien, zaś okres obowiązywania umowy jest zgodny ze wskazanym w wykazie usług (tj. 01.01.2019 r. - 31.12.2020r.). Jednocześnie S&T nie wskazało konkretnej daty wykonania usług odśnieżania dachu, twierdząc, że w ramach zawartej umowy nie był zobowiązany do prowadzenia szczegółowych rejestrów dla każdej ze świadczonych usług.

Ponadto S&T, nie wskazując, który konkretnie z protokołów potwierdzenia wykonania usługi dotyczy usługi odśnieżania dachu, nadmienilo jedynie, że *dowody potwierdzające należyte wykonanie usługi polegające na sukcesywnym odśnieżaniu dachu o powierzchni co najmniej 2000 mkw, są tożsamymi dowodami które potwierdzają wykonanie usługi świadczenia sprzątnięcia oraz utrzymania terenów zewnętrznych na terenie kompleksów wojskowych administrowanych przez 2 WOG Wrocław na terenie SOI 2, bowiem usługa odśnieżania dachów jest częścią zakresu przewidzianego w ramach realizacji całej umowy.*

W kwestii usługi sprzątnięcia na Stadionie Olimpijskim we Wrocławiu S&T nie odniosło się wprost do wezwania do złożenia wyjaśnień, a przedłożyło uszczegółowienie listu referencyjnego wystawionego przez Wrocławskie Towarzystwo Sportowe S.A., zawierające informację, że pod użytym w liście referencyjnym pojęciem „usługi” należy rozumieć usługi sprzątnięcia.

Dążąc do ustalenia ponad wszelką wątpliwość, jaki podmiot faktycznie świadczył owe usługi sprzątnięcia oraz czy S&T faktycznie wykonał usługę odśnieżania dachu, Zamawiający zwrócił się do następujących podmiotów z prośbą o złożenie dodatkowych wyjaśnień w tym zakresie: Clinea W. M. (firma sprzątnięcia), Młodzieżowego Centrum Sportu Wrocław (podmiotu zarządzającego Stadionem Olimpijskim we Wrocławiu) i 2. Wojskowego Oddziału Gospodarczego we Wrocławiu

W odpowiedzi Clinea W. M. potwierdził, że wykonywał całość prac z zakresu usług sprzątnięcia związanych z obsługą imprez masowych, o których mowa powyżej. Usługi sprzątnięcia wykonywane były każdorazowo przed imprezą, podczas imprezy oraz po imprezie, na zlecenie WTS. Wskazał także szczegółowy zakres czynności sprzątnięcia wykonanych w toku tych imprez.

Młodzieżowe Centrum Sportu we Wrocławiu potwierdziło z kolei, że jedyną firmą sprzątającą wskazywaną przez organizatora imprez, tj. WTS S.A., z jaką współpracowało podczas powyżej wskazanych imprez masowych była wyłącznie Clinea W. M. .

Natomiast 2. Wojskowy Oddział Gospodarczy we Wrocławiu oświadczył, że w ramach realizacji zawartej z S&T umowy nr 14/2019/W, dotyczącej usług utrzymania terenów zewnętrznych, w okresie od stycznia 2019 r. do końca grudnia 2020 r. usługi odśnieżania dachu nie były przez S&T w ogóle wykonywane z uwagi na warunki pogodowe.

Powyżej przedstawiony przebieg badania spełniania przez S&T warunków udziału został szczegółowo odzwierciedlony w ramach uzasadnienia wykluczenia z postępowania, w którym Zmawiający stwierdził, że w tych okolicznościach, tj. z uwagi na fakt, że S&T w wyniku zamierzonego działania wprowadziło Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, Zamawiający stwierdził, że podlega ono wykluczeniu z tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 pzp.

Podkreślić należy, że w tej sprawie na Odwołującym spoczywał ciężar wykazania swoich twierdzeń, zgodnie z regułą wynikającą z art. 534 ust. 1 npzp, czemu nie sprostał, gdyż nie przedstawił żadnych dowodów, które potwierdzałyby, że ustalenia Zamawiającego co do tego, że S&T nie wykonywała usług sprzątania na Stadionie Olimpijskim we Wrocławiu w terminach przez siebie wskazanych w wykazie. Tymczasem nie powinno nastęrczać trudności przedstawienie dowodów, choćby w postaci oświadczenia WTS. S.A. ustosunkowującego się do ustaleń Zamawiającego, zwłaszcza że od zawiadomienia wykluczenia Odwołujący miało kilka tygodni na zgromadzenie dowodów na potwierdzenie zasadności swoich zarzutów.

Zamiast Odwołującego to Zamawiający uzyskał i przedstawił kolejne dowody – w postaci faktur wystawionych przez Clinea W. M. za usługi kompleksowego sprzątania Stadionu Olimpijskiego we Wrocławiu w dniach wskazanych w wykazie złożonym przez S&A – potwierdzające wcześniejsze ustalenia Zamawiającego.

Z kolei w odniesieniu do usługi zgłoszonej dla wykazania doświadczenia w sukcesywnym odśnieżaniu dachu, za niesporne należy uznać, że w okresie wskazanym w wykazie przez Odwołującego faktycznie nie wykonał on żadnego odśnieżania dachu, gdyż z uwagi na warunki pogodowe nie było takiej potrzeby tzn. zamawiający WOG 2. ani razu nie zlecił wykonania takiego odśnieżania. Z odwołania nie wynika bowiem zakwestionowanie ustaleń Zamawiającego w tym zakresie.

Natomiast oczywiście błędne jest stanowisko Odwołującego, jakoby nie miało to

znaczenia, a Zamawiający domagał się wykazania spełniania warunku w sposób, który nie wynika z jego treści. Z istoty warunek wymagający posiadania przez wykonawcę określonych zdolności zawodowych (wiedzy i doświadczenia) – w tym przypadku w zakresie wykonywania usługi sukcesywnego odśnieżania dachu o dużej powierzchni – nie może zostać spełniony w sytuacji, gdy faktycznie takie czynności nie były przez wykonawcę wykonywane. Umknęło uwadze Odwołującego, że wymagane jest wykazanie, że taka usługa była wykonywana należycie, a nie tylko, że została zawarta umowa na świadczenie takiej usługi i wykonawca pozostawał w gotowości do wykonania odśnieżania, gdyby zaszła taka potrzeba. Innymi słowy nie sposób nabyć doświadczenia w wykonywaniu sukcesywnego odśnieżania dachów, gdy ani razu taka czynność nie została wykonana.

W tak ustalonych okolicznościach Izba stwierdziła, że odwołanie jest niezasadne.

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

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

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

- jeżeli wykonawca był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji, które wymagane były do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji, zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych na mocy art. 59 {lit. i};
- jeżeli wykonawca podjął kroki, aby wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia {lit. h in fine}

W poprzednim stanie prawnym istniała jedna podstawa wykluczenia wykonawcy

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

W odróżnieniu od literalnego brzmienia art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp przepis art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE wprost odwoływał się do winy wykonawcy, który przez złożenie lub niezłożenie informacji poważnie wprowadził w błąd zamawiającego. Stąd w orzecznictwie sądów okręgowych na tle interpretacji art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp przy uwzględnieniu art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE z czasem skryształizowało się wręcz stanowisko, że wykluczenie może dotyczyć wyłącznie wykonawcy działającego z winy umyślnej. W szczególności Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 19 lipca 2012 r. (sygn. akt IV Ca 683/12) wskazał, że przepis ten ma zastosowanie w warunkach celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego. Według tego stanowiska złożenie nieprawdziwej informacji, ze skutkiem w postaci wykluczenia z postępowania, musi być czynnością dokonaną z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu czy niedbalstwa. Jeżeli ze stanu faktycznego wynika, że wykonawca w dniu składania ofert działał w dobrej wierze, nie sposób uznać, że jego celem było wprowadzenie zamawiającego w błąd. Z powyższego Sąd wywiódł, że nie będzie podstawą wykluczenia nieświadome wprowadzenie w błąd. Takie stanowisko sądów okręgowych nie pozostało bez wpływu na orzecznictwo Izby, które uprzednio nie wymagało dla wypełnienia hipotezy normy określonej w art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp umyślnego zawinienia wykonawcy.

Jednakże Sąd Unii Europejskiej w wyroku z 26 września 2014 r. w połączonych

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

Powyższe orzeczenie Izba wzięła pod uwagę w wyroku z 11 lutego 2015 r. sygn. akt KIO 177/15, argumentując, że co prawda powyższy wyrok dotyczył stosowania przepisu aktu prawnego stosowanego przez Komisję Europejską przy udzielaniu zamówień publicznych, jednak zarówno treść przepisu art. 94 lit. b rozporządzenia finansowego, jak i art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE odwołują się do winy wykonawcy (kandydata) składającego nierzetelne informacje, bez wskazywania na postać tej winy, która powinna być interpretowana w taki sam sposób. Stąd Izba doszła do przekonania, że wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, interpretowanego z uwzględnieniem treści art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE, wymaga przypisania wykonawcy winy, jednak może to być również niedbalstwo.

W praktyce wykazanie winy umyślnej wykonawcy jest niezwykle trudne, gdyż częstokroć może wymagać dowodów spoza dokumentacji o udzielenie zamówienia, które potwierdzałyby zamiar wprowadzenia w błąd zamawiającego, czyli że wykonawca wyobrażał sobie taki skutek i tego chciał, ewentualnie na to się godził. Zupełnie inaczej przedstawia się możliwość przypisania wykonawcy niedbalstwa, czyli niedołożenia należytej staranności przy podawaniu zamawiającemu wprowadzających w błąd informacji. Na podstawie art. 14 pzp do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, a zgodnie z art. 355 § 1 kc dłużnik obowiązany jest do

staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). 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 {por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03}. Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności {por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r. sygn. akt V CK 311/02}. Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 kc precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości.

W aktualnym stanie prawnym podstawa wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp wprost określa, że przedstawienie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego może nastąpić w wyniku niedbalstwa, a nawet lekkomyślności wykonawcy. Natomiast przypisanie wykonawcy winy umyślnej lub rażącego niedbalstwa jest konieczne dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 pzp.

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

zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi – w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”). Odpowiada to – na gruncie filozoficznym – tzw. klasycznej koncepcji prawdy. W tym sensie wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości.

Zarówno w przypadku dawnego art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp jak i obecnie obowiązującego art. 24 ust. 1 pkt 16 pzp skutek złożenia przez wykonawcę nieprawdziwych czy niepełnych, czyli wprowadzających w błąd informacji przejawia się w tym, że gdyby wykonawca przedstawił prawdziwe lub pełne informacje, zamawiający podjąłby inną decyzję w prowadzonym postępowaniu, gdyż nie zostałby wprowadzony w błąd. Przy czym należy zaznaczyć, że decyzje odnośnie spełniania warunków udziału w postępowaniu, braku podstaw do wykluczenia, zakwalifikowania do udziału w postępowaniu zamawiający podejmuje na podstawie oświadczeń i dokumentów przedstawionych przez wykonawcę. W tym sensie na potrzeby prowadzonego postępowania znaczenie ma, czy wykonawca formalnie wykazał w ten sposób spełnianie warunków udziału, kryteriów kwalifikacji czy brak podstaw do wykluczenia. Natomiast zamawiający nie ma obowiązku ustalania tzw. prawdy materialnej tzn., czy biorąc pod uwagę najlepszy możliwy sposób wykazania tych okoliczności przez wykonawcę, obiektywnie spełnia on warunki, kryteria kwalifikacji lub nie podlega wykluczeniu. Skoro według art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp z postępowania wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału lub nie wykazał braku podstaw do wykluczenia, nie ma podstaw prawnych, aby skutek wprowadzenia w błąd zamawiającego odnosić do innego stanu rzeczy niż wynikający ze złożonych przez wykonawcę w postępowaniu oświadczeń lub dokumentów.

Natomiast taki skutek nie jest wymagany dla wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp, gdyż z brzmienia tego przepisu {przywołanego dokładanie powyżej} wynika, że wystarczające jest, aby informacje wprowadzające w błąd mogły mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego, co odpowiada sposobowi uregulowania podstawy wykluczenia w art. 57 ust. 4 lit. i (*in fine*) {również przywołanemu dokładanie powyżej}, gdzie także mowa jest jedynie o takim potencjalnym wpływie. Innymi słowy przy niedbałym przedstawieniu wprowadzających w błąd informacji ocena jego istotności jest uzależniona od tego czy mogło to, a nie czy miało to wpływ na decyzje w sprawie udzielenia zamówienia. Jak trafnie wywiódł Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 20 lipca 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 849/18, dla rozważań dotyczących przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp istotne jest jedynie zachowanie wykonawcy i treść informacji (mogącej mieć wpływ na decyzje zamawiającego), natomiast stan wiedzy czy zachowanie zamawiającego nie ma żadnego znaczenia. W szczególności nie ma znaczenia, czy zamawiający został skutecznie wprowadzony w błąd na skutek czego podjął jakiegokolwiek decyzje czy wykonał jakiegokolwiek

czynności. Sąd podkreślił, że gdyby nawet zamawiający w powołaniu na wypracowane *notorium* (uwzględniając stan posiadanej przez siebie wiedzy) zachowałby ostrożność w podejmowaniu decyzji, samo podanie informacji nieprawdziwej wypełnia przesłankę wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia.

Należy wziąć pod uwagę, że wprowadzenie przesłanek wykluczenia ma na celu ochronę zamawiających przez nierzetelnymi wykonawcami. Wykonawca, który w sformalizowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia podaje informację niemającą odzwierciedlenia w rzeczywistym stanie rzeczy, nie daje ręką rzetelności i sam poddaje w wątpliwość swój profesjonalizm, który wymaga dołożenia należytej staranności ocenianej według podwyższonego miernika.

W ustalonych w rozpatrywanej sprawie okolicznościach Zamawiający prawidłowo uznał, że Odwołujący działając z winy umyślnej, czyli w sposób zamierzony wprowadził Zamawiającego w błąd co do spełniania dwóch warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia, co oznacza, że zostały spełnione wszystkie powyżej omówione przesłanki zastosowania art. 24 ust. 1 w pkt 16 ustawy pzp.

Co istotne, zgodnie z wielokrotnie wyrażonym w orzecznictwie Izby stanowiskiem nieprawdziwej czy wprowadzającej w błąd informacji, która mogła mieć wpływ na wynik postępowania, nie można w trybie art. 26 ust. 3 pzp zastępować informacją prawdziwą. Jeżeli wykonawca winny jest poważnego wprowadzenia w błąd nieprawdziwym oświadczeniem lub dokumentem, nie można jednocześnie twierdzić, że takie oświadczenie lub dokument zawiera błędy dotyczące braku potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu. W takim przypadku oświadczenie lub dokument wręcz potwierdzają spełnianie warunku, tyle że za pomocą informacji, która okazała się nieprawdziwa, a nie niepełna. Należy zauważyć, że ustawa pzp w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 oraz w art. 24 ust. 1 pkt 12 statuuje odrębne i niezależne od siebie podstawy wykluczenia z postępowania, a zatem wykluczenie za złożenie nieprawdziwych informacji w dokumentach złożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu nie musi się wiązać z wykluczeniem za niewykazanie spełniania tych warunków. Odmienne stanowisko oznaczałoby również, że w ramach badania zaistnienia przesłanki wprowadzenia zamawiającego w błąd z art. 24 ust. 1 pkt 16 pzp lub potencjalnego wprowadzenia w błąd z art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp mieści się badanie, czy wykonawca składający nieprawdziwą informację był już wzywany do uzupełnienia dokumentów. W konsekwencji prowadziłoby to do interpretacji przesłanek wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 pzp, zgodnie z którą nie podlegałby wykluczeniu wykonawca, który co prawda złożył nieprawdziwe informacje, które wprowadziły lub mogły wprowadzić w błąd zamawiającego, jeżeli uczynił to po raz pierwszy tzn. nie był wzywany do zastąpienia nieprawdziwej informacji potwierdzającej spełnianie

warunku udziału prawdziwą informację potwierdzającą spełnianie tego warunku. W oczywisty sposób taka interpretacja godziłaby w zasady prowadzenia postępowania z zachowaniem konkurencji i równego traktowania wykonawców, o których mowa w art. 7 ust. 1 pzp

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 nowej ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono – w pkt 2. sentencji – stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 575 npzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 zd. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis.