

**WYROK**

**z dnia 28 grudnia 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Piotr Kozłowski**  
**Daniel Konicz**  
**Sylwester Kuchnio**

Protokolant: Sylwia Jankowska

po rozpoznaniu na rozprawie **22 grudnia 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **1 grudnia 2016 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: „**N.R.**” **sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Letnie i zimowe, ręczne i mechaniczne oczyszczanie pasów dróg publicznych na terenie Miasta Łodzi w latach 2016-2019*

prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Łódź**

przy udziale wykonawcy: „**DAR**” **D. W., Łódź**– zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu – Miastu Łódź w części 12. zamówienia (Rejon XII): unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a w ramach powtórzonych czynności – wykluczenie z postępowania Wykonawcy „DAR” D. W. z Łodzi za złożenie nieprawdziwych informacji, które miały wpływ na wynik prowadzonego postępowania.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego – Miasto Łódź i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego – „N.R.” sp. z o.o z siedzibą w Łodzi tytułem wpisu od odwołania.**
  - 2.2. zasądza od zamawiającego – Miasta Łódź na rzecz odwołującego – „N.R.” sp.**

**z o.o. z siedzibą w Łodzi** kwotę **18600 zł** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 Łodzi**.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Łódź – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Letnie i zimowe, ręczne i mechaniczne oczyszczanie pasów dróg publicznych na terenie Miasta Łodzi w latach 2016-2019.*

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 6 kwietnia 2016 r. nr 2016/S\_067-117408, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej {<http://przetargi.bip.uml.lodz.pl>}, na której od tego dnia udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}

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

1 grudnia 2016 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną Odwołującemu – „N.R.” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi {dalej również: „NR”} zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania w zakresie 12 części zamówienia (Rejon XII) – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez „DAR” D. W. z Łodzi {dalej również: „D. W.” lub „DAR”}.

9 grudnia 2016 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp – przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Wykonawcy D. W., który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, a dotyczące spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, pomimo zaistnienia ku temu przesłanek faktycznych i prawnych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenia badania i oceny ofert, w tym wykluczenia z postępowania oferty D. W. i odrzucenia jego oferty.

Odwołujący sprecyzował powyższy zarzut przez podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący zrelacjonował następujące okoliczności dotyczące postępowania:

Wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 18 października 2016 r., zapadłym w sprawie o sygn. akt KIO 1780/16, Zamawiający zobowiązany został do unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonania ponownego badania i oceny ofert, poprzedzonej postępowaniem wyjaśniającym w trybie art. 26 ust. 4 pzp wobec Wykonawcy D. W. DAR oraz postępowaniem wyjaśniającym w trybie § 1 pkt. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy (..) {dalej również: „rozporządzenie o dokumentach}.

W uzasadnieniu wyroku określono następujący zakres procedury wyjaśniającej:

- wyjaśnienie wszelkich kwestii związanych ze sporną referencją z 30 maja 2016 r., wystawionej przez Zakład Gospodarki Odpadami EKORD W. i L. sp. j. z siedzibą w Kutnie {dalej również: „Ekord”} na rzecz R. C., w szczególności w aspekcie wykonania zadania, na które się w niej powołano, sprawdzenia terminu jego realizacji, jakości wykonania, a także na rzecz jakiego podmiotu było ono wykonane;
- czy doszło do złożenia przez Wykonawcę DAR D. W. nieprawdziwych informacji, a także czy nieprawdziwe informacje były wynikiem działania umyślnego lub niedbalstwa (dokładnie niedbałego przekazania Zamawiającemu).

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust 4 pzp DAR złożył datowane na 10 listopada 2016 r. pn. „Dodatkowe Wyjaśnienia” wraz z załącznikami.

Wyjaśnienia sprowadzają się do wskazania kilku okoliczności:

- GDDKiA w Bydgoszczy miała prowadzić w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi i roboty związane z oczyszczaniem i sprzątnięciem na drogach krajowych (...) w latach 2014-2017 – część 6 rejon we Włocławku., które uzyskał R. J., B. J. s.c. {Odwołujący zaznaczył w tym miejscu, że wykonawca ten nie został pierwotnie ujawniony w aktualnie prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia} – na okoliczność zakresu świadczonych usług przedstawiono kopię pierwszej i ostatniej strony mającej zostać zawartej umowy.
- Następnie ten wykonawca miał zlecić podwykonawstwo usług Zakładowi Gospodarki Odpadami EKORD W. i L. sp. j. Z kolei Ekord w trybie dalszego podwykonawstwa zlecić miał usługi stanowiące przedmiot referencji z 30.05.2016 r. R. C. . Dopiero ten ostatni miał udostępnić sporne referencje D. W. w związku ze złożeniem przez niego oferty w aktualnie prowadzonym postępowaniu.
- D. W. powołał się na to, że jest powszechną praktyką podzlecenie prac bez ich zgłoszenia

finalnemu odbiorcy – zamawiającemu.

– Podstawą podwykonawstwa przy wykonywaniu miały być umowy przedstawione w załączeniu do wyjaśnień: umowa nr 1/10/2014 z 15.10.2014 r. oraz umowa nr 2/06/2015 z 15.06.2015 r. Załączono również oświadczenie spółki Ekord z 07.10.2016 r., że realizowała one prace będących przedmiotem referencji na rzecz R. J. B. J. s.c.

W ocenie Odwołującego złożone wyjaśnienia potwierdzają, że przedstawione przez DAR referencje z 30.05.2016 r., wystawione przez R. C., są dokumentem nierzetelnym, potwierdzającym stan rzeczy, który nigdy nie istniał i nie istnieje, a tym samym stanowią nieprawdziwe informacje w rozumieniu ustawy pzp.

Po pierwsze, D. W. w wyjaśnieniach przyznał, że R. C. nigdy nie był zgłoszony jako podwykonawca do GDDKiA jako finalnego odbiorcy usług, które według spornych referencji miały być świadczone na jego rzecz. D. W. nie wskazał także (nie podjął nawet takiej próby), aby spółka Ekord została objęta takim zgłoszeniem, pomimo istnienia takiego obowiązku w umowie zawartej przez GDDKiA z wykonawcą zamówienia.

Dodatkowo Odwołujący powołał się na to, że uzyskany dokument urzędowy z 28.09.2016 r., w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej od GDDKiA Oddział w Bydgoszczy (kopię poświadczoną za zgodność z oryginałem załączono do odwołania) jednoznacznie wskazuje, że Ekord nie świadczyła na jego rzecz w latach 2015- 2016 usług objętych przedmiotem referencji R. C., a ten ostatni nigdy nie był zgłaszany jako podwykonawca

Po drugie, poziom szczegółowości przedmiotu umów, które miały być podstawą podwykonawstwa i dalszego podwykonawstwa jest na tyle niski (§1 stanowi wyłącznie o „wykonaniu zadań w ramach współpracy pomiędzy firmami” ), że nie pozwala w żaden sposób stwierdzić co stanowiło faktycznie przedmiot tej współpracy. W szczególności tak lakoniczne sformułowanie nie pozwala uznać, że przedmiotem tych umów były faktycznie specyficzne prace, o których mowa w przedłożonych referencjach z 30.05.2016 r., ani w ogóle jakiegokolwiek prace faktycznie wykonywane na rzecz GDDKiA Oddział w Bydgoszczy w ramach powołanego postępowania przetargowego.

Odwołujący powołał się na to, że takie stanowisko znajduje pełne oparcie w treści uzasadnienia wyroku Izby w sprawie o sygn. akt 1780/16, gdzie (na str. 16 akapit drugi) Izba, uzasadniając oddalenie wniosków dowodowych o dopuszczenie dowodu z m.in. tych właśnie umów (które odnalazły się dopiero w ostatniej części rozprawy odwoławczej), jednoznacznie stwierdziła, że nie mogą one być przydatne dla rozstrzygnięcia sprawy, gdyż ich treść jest zbyt ogólna. Skoro D. W. zdecydował się przedłożyć na wezwanie Zamawiającego te same

umowy, należy uznać, że za pomocą tych dokumentów nie mógł potwierdzić żadnych okoliczności, a już na pewno nie takich, które mają podstawowe znaczenie dla oceny rzetelności (prawdziwości) przedłożonego dokumentu referencji.

Po trzecie, nie wiadomo, kto oświadczenie złożone w Imieniu Ekord podpisał i czy była to osoba upoważniona do reprezentacji tej spółki. Z kolei lakoniczna treść tego oświadczenia nie przesądza, że Ekord świadczył na zlecenie R. J. B. J. s.c. usługi na drogach (Odwołujący zaznaczył, że analogicznie stanowisko zajęła Izba w treści uzasadnienia wyroku w sprawie o sygn. akt 1780/16 str. 16 akapit czwarty) Z tych przyczyn, Wykonawca D. W. nie wykazał nawet pierwszego połączenia pomiędzy referencjami R. C. a Spółką Ekord.

Po czwarte, nie został potwierdzony fakt, że R. J. B. J. s.c. faktycznie świadczyła usługi tożsame z zakresem referencji wystawionych przez R. C. na rzecz GDDKiA Oddział w Bydgoszczy. Szczątkowym fragmentom umowy nie można przypisać waloru dokumentu. Ponadto GDDKiA nie potwierdziła należytego wykonania usług przez powyższego wykonawcę w ramach tej umowy, zarówno co do samej zasady, jak również co do zakresu (który ma znaczenie podstawowe z uwagi na treść referencji, a tym samym treść warunku udziału w postępowaniu).

Po piąte, fakt złożenia nieprawdziwych informacji zdaje się przyznawać sam D. W., który na str. 6 wyjaśnień z 10.11.2016 r. powołała się na to, że (...) *nawet jeżeli referencje przedstawiały nieprawdziwe informacje.*

W świetle wynikających z wyroku wytycznych co do badania zawinienia zdziwienie Odwołującego budzi fakt, że D. W. w wyjaśnieniach (str. od 6 do 12) ograniczył się do prowadzenia polemiki z jasną i niebudzącą wątpliwości treścią orzeczenia Izby zapadłego w sprawie, w pełni zgodnego z aktualną linią orzeczniczą. Polemika ta sprowadza się do wybiórczego cytowania orzeczeń Izby oraz sądów powszechnych, mających potwierdzać tezy Wykonawcy (prezentowane już bezskutecznie na rozprawie w sprawie o sygn. akt KIO 1780/16), że wyłącznie wina umyślna w złożeniu nieprawdziwych informacji przesądza o zastosowaniu sankcji z art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy pzp.. Tego rodzaju polemika, mogłaby co najwyżej stanowić przesłankę wniesienia skargi do sądu powszechnego, czego D. W. nie uczynił. Tym samym zobligowany był wykazać, że złożenie przez niego nieprawdziwych informacji nie miało cech winy umyślnej lub niedbalstwa (dokładnie niedbałego przekazania), czemu jednak nie podolał.

Za zadośćuczynienie temu obowiązkowi nie można uznać samych tylko oświadczeń D. W., że był u R. C. i oglądał sprzęt mający służyć do oczyszczania. Podobnie za wypełnienie tego obowiązku nie można uznać danie wiary ustnym zapewnieniom, że Pan C.

był podwykonawcą podwykonawcy jeszcze jakiegoś innego podmiotu. Co więcej informacja o zaniechaniu zgłoszenia Pana C. jako podwykonawcy podwykonawcy, na co wskazuje w swoich wyjaśnieniach D. W., powinna wzbudzić zainteresowanie profesjonalisty składającego ofertę w postępowaniu przetargowym. W dalszej kolejności podejrzenia Wykonawcy powinien wzbudzić fakt, że również spółka Ekord takiego zgłoszenia nie posiadała. Tym bardziej, że jak Odwołujący wykazał w toku postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 1780/16, nie trudniła się ona nigdy zdobywaniem zamówień publicznych tożsamy z zakresem złożonych referencji.

Ponadto D. W. mając, jak twierdzi w swoich wyjaśnieniach, świadomość istnienia łańcuszka podwykonawstwa, powinien podjąć również czynności zmierzające do potwierdzenia faktu realizacji usług na rzecz R. J. B. J. s.c. przez Ekord. Niezależnie od powyższego D. W. nie podjął również żadnej aktywności mającej na celu potwierdzenie faktu i zakresu rzeczowego realizacji usług na rzecz ostatecznego odbiorcy – GDDKiA Oddział w Bydgoszczy.

*Tymczasem zgodnie z wyrokiem Izby w sprawie o sygn. akt KIO 673/16: Obowiązkiem każdego Wykonawcy, który przecież we własnym imieniu i na swoją odpowiedzialność podaje informacje dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, jest sprawdzenie ich zgodności z rzeczywistością, zwłaszcza gdy nie dotyczą one działalności własnej Wykonawcy.*

*Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym przez Izbę w sprawie o sygn. akt KIO 1/16: Odwołujący samodzielnie nie jest w stanie spełnić wymagań zamawiającego, aby wziąć udział w postępowaniu i decyduje się na skorzystanie z potencjału podmiotu trzeciego, to oczywistym jest, że musi zweryfikować co zostaje mu oddane do dyspozycji i czy rzeczywiście podmiot udostępniający ma prawo do przekazania określonych zasobów, a tym samym czy informacje zawarte w treści referencji są informacjami prawdziwymi.*

*Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym w treści wyroku Izby w sprawie o sygn. akt KIO 673/16: profesjonalny uczestnik obrotu gospodarczego zobowiązany był do zachowania; najwyższej staranności przy doborze podmiotu trzeciego.*

*Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r. w sprawie o sygn. akt IV CK 151/03 niedbalstwo jako zachowanie osoby w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika staranności. Miernik staranności, o którym mowa powyżej, ustala się z uwzględnieniem zawodowego charakteru prowadzonej działalności (art 355 § 2 kc)*

Zdaniem Odwołującego wykonawca D. W. staranności takiej nie wykazał. Skoro polegał na pozbawionych wiarygodnych dowodów, ustnych zapewnieniach podmiotów, co do których wiedział, że nie zostali oni zgłoszeni zamawiającemu, negatywne skutki takiego

niedbalstwa obciążają tylko i wyłącznie jego. Mógł on zażądać od swoich partnerów przedstawienia wiarygodnych, sprawdzalnych dowodów, np. faktur VAT wraz z potwierdzeniem ich zapłaty, potwierdzających rzekomą współpracę pomiędzy firmami (w zakresie rzeczowym zgodnym z przedłożonymi referencjami. W tym stanie rzeczy należy uznać, że niezachowanie należytej staranności, a więc niedbalstwo, polegało właśnie na zaniechaniu przez Wykonawcę D. W. upewnienia się w należyty sposób (pomimo że działał jako profesjonalista składający ofertę we własnym imieniu), czy stan rzeczy deklarowany w referencjach wystawionych przez R. C. odpowiada rzeczywistości.

Pismem z 13 grudnia 2016 r. Zamawiający poinformował Izbę, że 9 grudnia 2016 r. przesłał drogą elektroniczną kopię odwołania pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu.

12 grudnia 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przez DAR D. W. przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego .

Wobec dokonania zgłoszenie w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania, uzasadniając szerzej swoje stanowisko, w tym podtrzymując w całości złożone uprzednio Zamawiającemu wyjaśnienia.

28 grudnia 2016 r. Zamawiający złożył na posiedzeniu odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie, w szczególności w następujący sposób uzasadniając swoje stanowisko.

Zdaniem Zamawiającego co do zasady, aby postawić wykonawcy zarzut podania nieprawdziwych informacji konieczne jest przedstawienie dowodów, na których podstawie można mu przypisać celowe zachowanie zmierzające do wprowadzenia Zamawiającego w błąd w zamiarze uzyskania zamówienia. Tym samym nie są wystarczające domysły, przypuszczenia czy uprawdopodobnienia.

Zamawiający oświadczył, że kierując się takim rozumieniem art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, a także wytycznymi wynikającymi z wyroku Izby z 18 października 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1780/16, przeprowadził postępowanie wyjaśniające, występując zarówno do



GDDKiA, jak i do D. W. .

Ten ostatni szczegółowo wyjaśnił rodzaj powiązań, jakie istniały pomiędzy R. C., spółką Ekord a R. J. i B. J. s.c. w związku z realizacją umowy z GDDKiA., tj. że ten pierwszy był dalszym podwykonawcą spółki Ekord, która realizowała usługi na rzecz wykonawcy, który zawarł umowę z zamawiającym. Ponadto D. W. przedstawił kolejne umowy potwierdzające prawdziwość jego wyjaśnień. Brak zgłoszenia R. C. jako podwykonawcy do GDDKiA nie dowodzi nieprawdziwości oświadczeń złożonych w tym postępowaniu.

Zamawiający podsumował, że złożone szczegółowe wyjaśnienia oraz załączone dowody wskazują, że brak jest podstaw do stwierdzenia, że po stronie Wykonawcy istniało celowe i umyślne działanie zmierzające do wprowadzenia Zamawiającego w błąd.

Zamawiający nadmienił, że Wykonawca wraz z wyjaśnieniami złożył nowy wykaz usług głównych, który potwierdza spełnianie warunku opisanego w pkt 5.1.2.1, 5.1.2.2. i 5.1.2.3 wraz z referencjami potwierdzającymi należyte wykonanie usług w nim wskazanych.

Wobec powyższego w ocenie Zamawiającego brak jest podstaw do wykluczenia DAR, a tym samym nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, zgłoszeniu przystąpienia, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył ofertę Odwołujący tym samym może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp dotyczącymi zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania, co uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba ustaliła następujące okoliczności istotne dla sprawy:

W odwołaniu adekwatnie zaprezentowano okoliczności dotyczące przebiegu weryfikacji przez Zamawiającego spełniania przez D. W. warunku udziału w postępowaniu, z uwzględnieniem treści wyroku Izby w poprzedniej sprawie odwoławczej w tym postępowaniu, a także jego wykonania przez Zamawiającego oraz wyjaśnień udzielonych w odpowiedzi przez Przystępującego.

Uzupełniając Izba uznała za celowe wskazanie na następujące okoliczności.

Warunek opisany w pkt 5.1.2.2 s.i.w.z. {w wersji ostatecznej} wymagał od wykonawcy wykazania, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) wykonał należycie lub wykonuje należycie co najmniej 1 usługę w zakresie mechanicznego oczyszczania utwardzonych dróg o łącznej długości strefy przykrawężnikowej minimum 70 km.

Dla wykazania spełnienia powyższego warunku w odniesieniu do części 12 zamówienia DAR D. W. złożył:

1. wypełniony odręcznie druk Wykazu głównych usług (stanowiącego załącznik nr 6 do s.i.w.z.), gdzie w poz. 2 wpisał wykonaną w okresie od 1 do 31 maja 2016 r. usługę na 75,5 km długości strefy przykrawężnikowej na rzecz Zakładu Gospodarowanie Odpadami „EKORD” z Kutna. Wskazał jednocześnie, że pozycja ta jest doświadczeniem oddanym do dyspozycji przez inne podmioty.
2. Referencje wystawione 30 maja 2016 r. przez Zakład Gospodarowania Odpadami „EKORD” W. i L. sp. j. z siedzibą w Kutnie, który oświadczył, że Transport Handel R. C. z Jasienia wykonywał zgodnie z Umową nr 04/2016 zawartą 1 maja 2016 r. prace w zakresie pozimowego oczyszczania i sprzątnięcia dróg oraz czyszczenia i regulacji studzienek deszczowych i kanalizacyjnych łącznie na odcinku 75, 5 km.
3. Datowane na 15 maja 2016 r. „Zobowiązanie do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia”, w którym Transport Handel R. C. zobowiązał się do udostępnienia do dyspozycji „DAR” D. W., w odniesieniu do rejonu 12 postępowania prowadzonego przez Zamawiającego,

wiedzy i doświadczenia zdobytego w trakcie realizacji w szczególności umowy nr 04/2016 r. na „Pozimowe sprzątanie i utrzymanie dróg gminnych, powiatowych, wojewódzkich, krajowych i autostrad”.

W wyjaśnieniach z 10 listopada 2016 r., na pytanie Zamawiającego, w jakim terminie Transport Handel R. C. wykonywał na rzecz Ekord zamówienie, D. W. odpowiedział, że w okresie od 15 czerwca 2015 r. do 30 czerwca 2016 r., na podstawie znanej mu Umowy nr 1/10/2014 zawartej 15 października 2015 r. pomiędzy R. C. a Ekordem. Z treści tej umowy załączonej do wyjaśnień wynika, że dotyczy ogólnej współpracy pomiędzy tymi przedsiębiorcami, w ramach której Ekord zleca R. C. wykonanie zadań, które będą zlecane stronom tej umowy na piśmie lub w formie ustnej. Ponadto do wyjaśnień załączono analogiczną Umowę nr 2/06/2015 zawartą 15 czerwca 2015 r. pomiędzy F.H.U. R. J., B. J. s.c. ze Smólnika a Ekordem. W treści obu umów wskazano ponadto, że w przypadku zmiany istotnie ważnych okoliczności zostanie zawarty aneks określający zmiany, których zakres nie obejmuje umowa.

Resumując, Izba stwierdziła, że pomimo wezwania do wyjaśnień skierowanego przez Zamawiającego w wykonaniu wyroku Izby z 18 października 2016 r. (sygn. akt KIO 1780/16) D. W. nie był w stanie wykazać, że na podstawie zawartej 1 maja 2016 r. Umowy nr 04/2016 r. R. C. wykonywał na rzecz Ekordu prace w zakresie pozimowego oczyszczania i sprzątanía dróg oraz czyszczenia i regulacji studzienek deszczowych i kanalizacyjnych łącznie na odcinku 75,5 km, czyli że okoliczności wynikające z dokumentów, które złożył na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu odpowiadają prawdzie.

Jednocześnie D. W. w tych samych wyjaśnieniach – alternatywnie w stosunku do twierdzenia, że dokumenty złożone wraz z ofertą prezentują rzeczywisty stan rzeczy – stwierdził, że jeżeli referencje przedstawiały nieprawdziwe informacje, nie miał tego świadomości. Ponadto wyraził pogląd, że dla wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp konieczne jest działanie wykonawcy z winy umyślnej.

W tak ustalonym stanie faktycznym Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Z art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp wynika zatem, że wykluczenie na tej podstawie wykonawcy z postępowania możliwe jest w razie łącznego zaistnienia dwóch przesłanek: po pierwsze –

wykonawca ten złożył nieprawdziwe, czyli nieodpowiadające rzeczywistości informacje, po drugie – informacje te mają lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, czyli na wybór oferty najkorzystniejszej.

Art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp nie ustala jakiegoś szczególnego rozumienia „prawdy” lub „nieprawdy” w przypadku informacji składanych przez wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wobec tego również na gruncie wskazanego przepisu ustawy pzp adekwatny jest {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.*

Hipoteza art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp obejmuje takie nieprawdziwe informacje, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego przez zamawiającego postępowania. Przy czym rozróżnienie poczynione w brzmieniu przepisu służy wyłącznie usunięciu wątpliwości, że jego zastosowanie obejmuje także nieprawdziwe informacje składane w postępowaniach wieloetapowych na etapie kwalifikacji podmiotowej. W takim przypadku, w odróżnieniu od postępowań jednoetapowych lub etapu złożenia oferty, takie nieprawdziwe informacje co najwyżej mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Reasumując, w zależności od trybu postępowania lub etapu, na którym się aktualnie znajduje nieprawdziwe informacje albo mają wpływ albo mogą mieć wpływ na jego wynik.

Z obu powyżej wyszczególnionych przesłanek traktowanych łącznie wynika z kolei związek przyczynowo-skutkowy, polegający na tym, że nieprawdziwe informacje wypaczyły lub mogą wypaczyć wynik postępowania, który przedstawiałby się inaczej, gdyby wykonawca nie podał nieprawdziwych informacji, a zamawiający nie wziął ich pod uwagę jako odpowiadających rzeczywistości stanowi rzeczy.

Wykładnia art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp powinna być dokonywana przy uwzględnieniu treści 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.; dalej: „dyrektywa 2004/18/WE” lub „dyrektywa klasyczna”). Zgodnie z tym przepisem z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji.

Porównanie z pierwszą przesłanką art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp prowadzi do wniosku, że hipoteza przywołanego przepisu dyrektywy obejmuje zarówno złożenie, jak i niezłożenie informacji wymaganych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, przy czym w obu przypadkach ma to prowadzić do wprowadzenia w błąd. Z kolei wpływ nieprawdziwych informacji na wynik postępowania z art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp można uznać za przesłankę odpowiadającą poważnemu wprowadzeniu 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 dotychczas większych wątpliwości.

Jednakże art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE, w odróżnieniu od literalnego brzmienia art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, wprost odwołuje się do winy wykonawcy, który przez złożenie lub niezłożenie informacji poważnie wprowadził w błąd zamawiającego. Konieczność uwzględnienia tej przesłanki przy stosowaniu art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp potwierdza aktualne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych.

W orzecznictwie sądów okręgowych na tle interpretacji art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp z uwzględnieniem art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE zajęto również 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, zwinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego. Zdaniem Sądu złożenie nieprawdziwej informacji, ze skutkiem w postaci wykluczenia z postępowania, to czynność dokonana 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.

W ocenie składu orzekającego Izby o ile nie budzi wątpliwości, że wykluczenie na

podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, interpretowanego z uwzględnieniem treści art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy klasycznej, wymaga przypisania winy wykonawcy, o tyle wskazany przepis dyrektywy klasycznej nie zawęży postaci tej winy wyłącznie do winy umyślnej (zamiaru bezpośredniego i ewentualnego). Nie ma zatem podstaw, aby wyłączać spod zakresu zastosowania tej podstawy wykluczenia przypadków poważnego wprowadzenia w błąd nieprawdziwymi informacjami złożonymi w wyniku niedbalstwa wykonawcy.

Zdaniem Izby należy wziąć pod uwagę stanowisko, jakie zajął 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. Ta ostatnia w prowadzonym przez siebie na podstawie 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; z późn. zm) wykluczyła tych wykonawców na podstawie 94 lit. b tego rozporządzenia. Przepis ten stanowi, 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. Sąd stwierdził, 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}.

Zdaniem składu orzekającego Izby co prawda powyższy wyrok dotyczył stosowania przepisu aktu prawnego stosowanego przez Komisję Europejską przy udzielaniu zamówień publicznych, jednak treść przepisu art. 94 lit. b rozporządzenia finansowego, tak jak art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE, odwołuje się do winy wykonawcy (kandydata) składającego nierzetelne informacje, bez wskazywania na postać tej winy. Wydaje się więc uzasadnione, aby winę, o której mowa w obu tych przepisach dotyczących analogicznej podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, interpretować w taki sam sposób.

Reasumując, dla wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp

konieczne jest stwierdzenie, że: po pierwsze – wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje, po drugie – stanowiło to poważne wprowadzenie w błąd zamawiającego, gdyż informacje te miały wpływ lub mogły mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, po trzecie – wykonawca działał z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd lub nastąpiło to w wyniku jego niedbalstwa.

W praktyce wykazanie winy umyślnej wykonawcy jest niezwykle trudne, gdyż wymaga 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. Uzyskanie takich dowodów, czy to przez prowadzącego postępowanie, czy też przez konkurenta jest mało prawdopodobne, gdyż wymaga dostępu do wewnętrznych dokumentów wykonawcy, ewentualnie uzyskania zeznań świadków. Natomiast wykonawca z łatwością może uwolnić się od odpowiedzialności oświadczając, że nie miał zamiaru wprowadzenia zamawiającego w błąd, a podanie nieprawdziwej informacji było wynikiem omyłki lub też niesprawdzenia informacji uzyskanej od podmiotu trzeciego.

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). Przypisanie 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.

Reasumując, Izba podtrzymała w pełni stanowisko uprzednio wyrażone w uzasadnieniu wyroku z 11 lutego 2015 r. (sygn. akt KIO 177/15), które zostało również podzielone w uzasadnieniach wyroków wydanych: 27 marca 2015 r. (sygn. akt KIO 491/15), 13 stycznia 2016 r. (sygn. akt KIO 2809/15), 26 stycznia 2016 r. (sygn. akt KIO 1/16), 17 maja 2016 r. (sygn. akt KIO 673/15) czy 24 czerwca 2016 r. (sygn. akt KIO 1010/16).

Dodać należy, że powyższe rozważania odnośnie interpretacji przesłanki winy pozostają aktualne w kontekście art. 57 ust. 4 lit. h dyrektywy parlamentu europejskiego i rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE. L Nr 94, str. 65), który również operuje kategorią wykonawcy winnego poważnego wprowadzenia w błąd, jak sprecyzowano dalej, 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 wymaganych dokumentów potwierdzających.

Jak już ustalono powyżej – nie zostało wykazane, że na podstawie zawartej 1 maja 2016 r. Umowy nr 04/2016 r. R. C. wykonywał na rzecz Ekordu prace w zakresie pozimowego oczyszczania i sprzątnia dróg oraz czyszczenia i regulacji studzienek deszczowych i kanalizacyjnych łącznie na odcinku 75,5 km, a tym samym D. W. przedstawił na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu informacje, które nie odpowiadają prawdzie.

Izba zważyła, że do zamknięcia rozprawy Przystępujący nie podjął inicjatywy dowodowej na poparcie swojego stanowiska odnośnie zgodności z rzeczywistością powyższych informacji, poprzestając na podtrzymywaniu uprzednio złożonych Zamawiającemu wyjaśnień, które nie były spójne i wiarygodne. W szczególności jedyny nowy wniosek dowodowy, z zeznań świadka, który był jednocześnie pełnomocnikiem Przystępującego, został zgłoszony na okoliczność, że jeżeli referencje zawierają nieprawdziwe informacje, to D. W. nie miał co do tego świadomości i nie działał z zamiarem wprowadzenia w błąd Zamawiającego. Abstrahując od faktu, że dowód ten jest nieprzydatny dla stwierdzenia stanu świadomości D. W., okoliczność ta nie ma znaczenia z punktu widzenia zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, co wyjaśniono powyżej.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że powyżej zidentyfikowane nieprawdziwe informacje miały wpływ na wynik przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, gdyż dotyczyły jedynej usługi wskazanej przez D. W. na potwierdzenie spełniania jednego z obowiązujących w tym postępowaniu warunków udziału dotyczącego wiedzy i doświadczenia.

Po trzecie, Izba uznała, że D. W. jako przedsiębiorca co najmniej nie dołożył należytej



staranności profesjonalisty przy składaniu Zamawiającemu powyższych informacji, a wręcz dopuścił się rażącego niedbalstwa przy wykazywaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Nie podzielono stanowiska Przystępującego, że miał prawo działać w zaufaniu do informacji przekazanych przez podmiot trzeci, który udostępnił mu swoją wiedzę i doświadczenie, zwłaszcza w sytuacji, gdy dodatkowo uzyskał pisemne oświadczenie one od odbiorcy usługi. Zdaniem Izby obiektywny i abstrakcyjny wzorzec należytej staranności wykonawcy polegającego na zasobach podmiotu trzeciego zakłada aktywność w poszukiwaniu podmiotu dysponującego wymaganą wiedzą i doświadczeniem, co musi wiązać się z co najmniej elementarnym zweryfikowaniem, czy stan deklarowany pokrywa się z rzeczywistym. Obowiązkiem każdego wykonawcy, który przecież we własnym imieniu i na swoją odpowiedzialność podaje informacje dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, jest sprawdzenie ich zgodności z rzeczywistością, zwłaszcza w sytuacji gdy nie dotyczą one działalności własnej wykonawcy.

W szczególności, im bardziej długi łańcuch podwykonawców zamówienia publicznego, którego zakres ma być źródłem wymaganej wiedzy i doświadczenia, tym bardziej skrupulatnie należy zbadać, czy rzeczywiście możliwe jest, aby ostatni w łańcuchu podwykonawców wykonywał taki sam zakres zamówienia, jak wykonawca, któremu udzielono zamówienia. Uwzględnić przy tym należy takie okoliczności jak: czy i jaki zakres zamówienia wykonawca ten zamierzał powierzyć podwykonawcom, czy cena zaoferowana przez tego wykonawcę umożliwia realizację takiego zamówienia bez strat każdemu kolejnemu podwykonawcy.

Zdaniem Izby gdyby D. W. przeprowadził elementarną weryfikację danych dotyczących wykazanej usługi wykonywanej przez podwykonawcę podwykonawcy wykonawcy, któremu udzielono zamówienia, musiałby powziąć co najmniej poważne wątpliwości co do adekwatności informacji zawartych w referencjach i zobowiązaniu do udostępniania zasobów, na których podstawie złożył oświadczenie zawarte w wykazie wykonanych usług. W szczególności nie powinien poprzestać na ustnych lub pisemnych zapewnieniach, ale uzyskać wgląd w Umowę nr 04/2016 z 1 maja 2016 r. pomiędzy Ekordem a R. C., o której mowa w referencjach i dokumencie zobowiązania wystawionych przez Ekord. Przystępujący nigdy nie przedstawił tej umowy, zamiast niej poprzestając na umowie o innym numerze i innej dacie zawarcia, a której treść jest tak ogólnikowa, że powinno to wzbudzić dodatkowe wątpliwości Przystępującego.

Zamiast tego Przystępujący uznał za wystarczające poleganie na kolejnym w stosunku do uprzednio uzyskanej referencji oświadczeniu Ekordu, w którym powyższe

rozbieżności nie znajdują żadnego wyjaśnienia. Natomiast zastanawiające jest, że Przystępujący ani w toku wyjaśnień udzielonych Zamawiającemu, ani w toku postępowania odwoławczego nie przedstawił żadnego oświadczenia Firmy Handlowo-Usługowej s.c. R. J., B. J., które potwierdzałyby, że Ekord był jej podwykonawcą w zakresie usług, które wykonywała na podstawie umowy w sprawie zamówienia publicznego z GDDKiA Oddział w Bydgoszczy. Przystępujący polegał w tym zakresie li tylko na umowie, której treść jest tak samo ogólnikowa, że nie sposób stwierdzić, czego konkretnie dotyczyła współpraca pomiędzy wspomnianymi przedsiębiorcami działającymi w ramach spółki cywilnej a Ekordem, a nawet, czy faktycznie jakiegokolwiek zlecenia miały miejsce.

Oczywiste jest, że brak jakiegokolwiek wiedzy po stronie GDDKiA Oddział w Bydgoszczy o podwykonawcach, przy treści oferty wskazującej na braku zamiaru powierzenia przez składającego ofertę wykonawcę, z którym została zawarta umowa, choć sam w sobie nie ma rozstrzygającego znaczenia, wzbudza tylko wątpliwości co do faktycznego istnienia podwykonawstwa, którego żadna ze stron umowy w sprawie zamówienia publicznego nie potwierdziła.

Skoro Przystępujący nie był w stanie, pomimo wezwania Zamawiającego wykonującego wyrok Izby, wykazać prawdziwości złożonych przez siebie informacji, nie może domagać się, aby Zamawiający wziął pod uwagę uzupełnienie dokumentów, jakiego samorzutnie dokonał wraz z wyjaśnieniami z 10 listopada 2016 r.

Z kolei Zamawiający nie miał prawa uwzględnić tego uzupełnienia, *de facto* odstępując w ten sposób od stwierdzenia, że w stosunku do D. W. zachodzi przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp. Z odpowiedzi na odwołanie wynika, że z jednej strony Zamawiający uznał uzyskane od D. W. wyjaśnienia za wiarygodne, z drugiej jednak strony faktycznie stwierdził, że wraz z ofertą otrzymał nieprawdziwe informacje, gdyż na poczet spełnienia warunku udziału wziął pod uwagę zmieniony wykaz wraz z nowymi referencjami i dokumentem zobowiązania dotyczącymi zupełnie innego zamówienia. Niezrozumiałe jest przy tym na tym etapie prezentowanie nieadekwatnej wykładani art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, co istotnie sprzecznej z prezentowaną w poprzednim wyroku Izby, do którego Zamawiający, jak twierdzi, się zastosował.

Odnosnie art. 26 ust. 3 pzp w kontekście podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp skład orzekający Izby podziela stanowisko, wyrażone uprzednio wielokrotnie w orzecznictwie Izby, że nieprawdziwej informacji mającej wpływ na wynik postępowania nie można zastępować inną informacją prawdziwą. Jeżeli wykonawca winny jest poważnego wprowadzenia w błąd nieprawdziwym oświadczeniem lub dokumentem, nie można

jednocześnie twierdzić, że takie oświadczenie lub dokument zawierają błędy dotyczące braku potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W takim przypadku oświadczenie lub dokument wręcz potwierdzają spełnienie warunku, tyle że za pomocą informacji, która okazała się nieprawdziwa, a nie niepełna. Należy zauważyć, że ustawa pzp w art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 statuuje odrębne i niezależne od siebie podstawy wykluczenia z postępowania, a zatem wykluczenie za złożenie nieprawdziwych informacji w dokumentach złożonych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie zawsze musi się zawsze wiązać z wykluczeniem za niewykazanie spełnienia tych warunków. Odmienne stanowisko oznaczałoby również, że w ramach przesłanki wpływu na wynik postępowania z art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp mieści się badanie, czy wykonawca składający nieprawdziwą informację był już wzywany do uzupełnienia dokumentów. W konsekwencji prowadziłoby to do takiej interpretacji normy art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, zgodnie z którą nie podlega wykluczeniu wykonawca (winny poważnego wprowadzenia w błąd zamawiającego), który złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, jeżeli uczynił to po raz pierwszy tzn. nie był wzywany do zastąpienia nieprawdziwej informacji potwierdzającej spełnienie warunku udziału prawdziwą informacją potwierdzającą spełnienie tego warunku. Interpretacja taka jest nie do zaakceptowania z punktu widzenia naczelnych zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1 pzp, zgodnie z którym zamawiający ma przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy.

**Przewodniczący:** .....

.....  
.....