

## UZASADNIENIE

**Zaskarżonym wyrokiem z dnia 6 czerwca 2019 roku**, po rozpoznaniu odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: P. (...) S. (...) w (...) w T. w C. (...) (dalej: Konsorcjum (...)) w postępowaniu prowadzonym przez S. P. – G. (...) działającego przez G. (...) w W. Oddział w K. (dalej: Zamawiający) przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: P. P. S. (...) w Ł. i (...) R. 14th (...) Co. Ltd. w J. w C. (...) (dalej: Konsorcjum (...)) i przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: M. S. A. w S., P. (...) S. A. w K. oraz P. (...) „Z. (...)” w K. (dalej: Konsorcjum (...)) **Krajowa Izba Odwoławcza** uwzględniła odwołanie w zakresie naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych co do osoby wskazanej na stanowisko K. R. (...) i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie Konsorcjum (...) na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. W pozostałym zakresie Izba oddaliła odwołanie, a nadto kosztami postępowania obciążyła Zamawiającego i zasądziła od niego na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie w ramach Konsorcjum (...) kwotą 23.600,00 zł tytułem kosztów wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

**Referując stanowiska stron w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, w zakresie istotnym dla rozpoznania sprawy przez Sąd Okręgowy w Katowicach, Izba wskazała następujące okoliczności:**

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „B. (...) (dawniej (...)) B.-Ż.-Z., odcinek P.-M. (obejście W.)”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 póź. 1986 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”.

W dniu 21 maja 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie w ramach Konsorcjum (...) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

1. czynności wyboru przez Zamawiającego oferty złożonej przez Konsorcjum (...) z uwagi na to, że Konsorcjum to powinno być wykluczone z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 ustawy Pzp;
2. czynności wezwania Konsorcjum (...) przez Zamawiającego pismem z dnia 30 stycznia 2019 r. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia dokumentu, o którym mowa w S. Tom 1 (...) w celu potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym w (...) oraz prowadzenia z Konsorcjum (...) negocjacji w tym zakresie pismem z dnia 18.01.2019 r., z uwagi na to, że Zamawiający nie był uprawniony do działania w tym trybie, a także nie powinien prowadzić z tym wykonawcą negocjacji;
3. zaniechania przez Zamawiającego czynności wykluczenia Konsorcjum (...) z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp z uwagi na to, że Konsorcjum (...) w wyniku zamierzonego działania, a co najmniej rażącego niedbalstwa wprowadziło Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym w (...) (...) b. t. oraz (...)
4. zaniechania przez Zamawiającego czynności wykluczenia Konsorcjum (...) z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp z uwagi na to, że Konsorcjum to w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawiło informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, które to informacje mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu w zakresie przedstawienia przez Konsorcjum (...) informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym w (...) (...) b. t.(...) (...);
5. zaniechania przez Zamawiającego czynności wykluczenia Konsorcjum z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z uwagi na to, że Konsorcjum (...) nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt (...) (...).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w konsekwencji podniesionych zarzutów naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp: 1. art. 24 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy, art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy, art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1, art. 87 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy, art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy, art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy, art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy, art. 7 ust. 3 ustawy. Jak wskazał, Konsorcjum (...) w Wykazie osób złożonym Zamawiającemu na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp zadeklarowało, że na stanowisko (...) (...) (dla pozostałych obiektów inżynierskich) wskazuje Pana Z. S. (1) z następującym doświadczeniem: (...) bez ograniczeń nr (...), wykształcenie; wyższe techniczne, doświadczenie przy realizacji zadania obejmującego(...) M. w ciągu d. k. nr 3 Ś. - S. od km 124-006 do km 14+970 od rozpoczęcia robót do wykonania zadania na stanowisku: (...) (...). Z informacji jakie uzyskał Zamawiający wynika jednak, że Pan Z. S. (1) na przedmiotowym zadaniu pełnił funkcję (...). Bezsprzecznie zatem Konsorcjum (...) podało w złożonym Zamawiającemu w odpowiedzi na jego wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp w Wykazie Osób w pkt. 5 informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego w zakresie sprawowanej przez Pana S. funkcji (...) (...) na wskazanej wyżej inwestycji. Skutkiem tego powinno było być wykluczenie Konsorcjum (...) z Postępowania. Odwołujący podkreślił, że Pan Z. S. (1), zgodnie z informacjami ujawnionymi w odpisie pełnym z Krajowego Rejestru Sądowego był w okresie od 18 grudnia 2015 r. do 19 września 2018 r.(...) partnera Konsorcjum (...), tj. P. (...) S. A. w K.. Wobec tego jego kwalifikacje i kariera zawodowa nie powinna być obce lub trudne do zweryfikowania dla tego Konsorcjum. Brak zweryfikowania podanych przez Pana S. danych świadczy natomiast co najmniej o niedbalstwie lub lekkomyślności w postępowaniu. Zamawiający wezwał Konsorcjum (...) w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia dokumentu, o którym mowa w (...)) w celu potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym w (...) Konsorcjum (...) uzupełniło Wykaz Osób, wskazując na nowe doświadczenie Pana Z. S. (1): P. istniejącej s. d. - M. w ul. (...) w ciągu d.wojewódzkiej nr 705. Zakres: budowa o. m.. Pełniona funkcja: K. B. oraz K. R. (...). Okres pełnienia funkcji: od rozpoczęcia robót do wykonania zadania. Doświadczenie Pana S. przedstawione w uzupełnionym w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Wykazie Osób nie powinno być brane pod uwagę przez Zamawiającego, ponieważ prowadziłyby do sanowania przesłanki wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, co jest niedopuszczalne ze względu na wynikającą z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasadę równego traktowania wykonawców.

Z tych względów, zdaniem Odwołującego, zmaterializowały się przesłanki wykluczenia Konsorcjum (...) z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. We wskazanym zakresie Konsorcjum (...) nie wykazało także spełniania warunków udziału w postępowaniu i winno podlegać wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Dalsze zarzuty Odwołującego Konsorcjum (...) dotyczyły osób wskazanych na stanowiska: K. B. (M. Z.) i K. R. (...) T. (A. B.).

Odwołujący stwierdził, że kiedy Zamawiający powziął informację na temat rzeczywistej funkcji Pana Z. S. (1) na referencyjnym projekcie, nie powinien był wzywać Konsorcjum (...) do uzupełnienia Wykazu Osób w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ale zobligowany był do wykluczenia tego Konsorcjum w związku z podaniem nieprawdziwych informacji.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: P. P. S. (...)oraz C.R. 14th (...) Co. ( Konsorcjum (...)) - po stronie Odwołującego, oraz Konsorcjum (...) po stronie Zamawiającego, które wniosło o oddalenie odwołania.

### ***Krajowa Izba Odwoławcza dokonała następujących ustaleń dotyczących przebiegu Postępowania o zamówienie publiczne:***

(...) Zamawiający ustanowił warunki udziału w postępowaniu w zakresie personelu:

„Wykonawca musi wskazać osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, legitymujące się kwalifikacjami zawodowymi i doświadczeniem odpowiednimi do funkcji, jakie zostaną im powierzone. Wykonawca, na każdą funkcję wymienioną poniżej, wskaże osoby stanowiące Personel kluczowy, które musi mieć dostępne na etapie realizacji zamówienia, spełniające następujące wymagania:

(...) 2) osoba proponowana do pełnienia funkcji K. B.:

Wymagana liczba osób: 1. Doświadczenie zawodowe: minimum 24 miesiące doświadczenia przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących b. (...) klasy min. G. (...) o wartości robót co najmniej 200 mln PLN netto każde na stanowisku/ stanowiskach: K. B., lub K. R. (...) dla odcinka o długości min. 4 km lub K. R. (...) dla co najmniej 1 o. m. o obciążeniu dla klasy A oraz długości całkowitej o. co najmniej 50 m mierzonych pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu lub I. K. (...)

4) osoba proponowana do pełnienia funkcji K. R. (...) b. t.:

Wymagana liczba osób: 1. Doświadczenie zawodowe przy realizacji 1 zadania obejmującego b. (...) o długości co najmniej 500 m od rozpoczęcia robót do wykonania zadania lub potwierdzenie min. 36-miesięcy pracy przy realizacji m. jednego, dwóch lub trzech t. o łącznej długości ponad 1000 m na stanowisku/stanowiskach: K. B. lub K. R. (...) b. t. lub I. N. (...) b. t.. Jako wykonanie zadania należy rozumieć doprowadzenie do wystawienia Świadczenia Przejęcia wg Klauzuli 10.1 (...) (dla kontraktów realizowanych zgodnie z warunkami (...)), Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadczenia Przejęcia).

5) osoba proponowana do pełnienia funkcji K. R. (...) (dla pozostałych obiektów Inżynierskich):

Wymagana liczba osób: 1. Doświadczenie zawodowe przy realizacji 1 zadania obejmującego budowę lub przebudowę obiektów (...) od rozpoczęcia robót do wykonania zadania na stanowisku: K. R. (...). Jako wykonanie zadania należy rozumieć doprowadzenie do wystawienia Świadczenia Przejęcia wg Klauzuli 10.1 (...) (dla Kontraktów realizowanych zgodnie z Warunkami (...)), Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadczenia Przejęcia).".

W dniu 5 listopada 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły odwołania wniesione przez Konsorcjum (...) (KIO (...)), Konsorcjum (...) (KIO(...)), wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: S. S.p.A. oraz (...) sp. z o.o. (KIO (...)), dotyczące czynności Zamawiającego.

Wyrokiem z dnia 11 grudnia 2018 r. Izba nakazała Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy T. (...) C. (...);
2. wykluczenie wykonawcy T. (...) C. (...) z postępowania; 3. wykluczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: S. S.p.A. oraz (...) Sp. z o.o.;
4. powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

W pozostałym zakresie Izba oddaliła odwołania.

Skargę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: C. R. 14th (...) Co., Ltd. oraz (...) Sp. z o.o. Skarga ta została oddalona przez Sąd Okręgowy w Katowicach wyrokiem z dnia 7 maja 2019 r., sygn. akt XIX Ga (...)

Już po wydaniu wyroku I. z dnia 11 grudnia 2018 roku, Konsorcjum (...) wraz z pismem z dnia 2 stycznia 2019 r. złożyło Zamawiającemu Wykaz Osób, w którym powołało się na doświadczenie poszczególnych osób, w tym m.in.:

- na stanowisko K. B. wskazano M. Z.,
- na stanowisko K. R. (...) T. wskazano A. B.,
- na stanowisko K. R. (...) (dla pozostałych obiektów inżynierskich) wskazano Z. S. (1).

Jako doświadczenie ostatniej z wymienionych osób, to jest Z. S. (1), Konsorcjum (...) wskazało zadanie pn. Budowa o. M. w ciągu d. nr 3 Ś. - S. od km 12+006 do km 14+970, zakres: budowa obiektów m., wartość budowy (...) netto,

wartość budowy W. (...): (...) zł netto, wartość budowy w. e.: (...) zł netto, pełniona funkcja: K. R. (...), okres pełnienia funkcji: od rozpoczęcia robót do wykonania zadania.

Pismem z dnia 10 stycznia 2019 r. Zamawiający działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zwrócił się do Konsorcjum (...) o udzielenie wyjaśnień w odniesieniu do osoby wskazanej na stanowisko K. R. (...) budowy t. Pana A. B. oraz w odniesieniu do osoby wskazanej na stanowisko K. B. Pana M. Z..

Konsorcjum (...) udzieliło odpowiedzi na to wezwanie.

Pismem z dnia 18 stycznia 2019 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum (...) na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie treści Wykazu Osób dotyczącej osoby wskazanej na stanowisko K. R. (...) (dla pozostałych obiektów inżynierskich) Pana Z. S. (1). Zamawiający wskazał, że w odniesieniu do osoby pana Z. S. (1) wskazano doświadczenie przy realizacji zadania pn.: Budowa o. M. w ciągu d. krajowej nr 3 Ś. - S. od km 12+006 do km 14+970 Pełniona funkcja: K. R. (...). Zamawiający zauważył, że z informacji, jakie uzyskał, wynika, że Pan Z. S. (1) na przedmiotowym zadaniu pełnił funkcję D. K.. Zamawiający zwrócił się z prośbą o wyjaśnienie rozbieżności dotyczącej funkcji pełnionej przez pana Z. S. (1) na ww. zadaniu.

W dniu 23 stycznia 2019 r. Konsorcjum (...) złożyło odpowiedź na wezwanie do wyjaśnień oświadczając, że informacje w zakresie dat oraz pełnionej funkcji na kontrakcie Konsorcjum (...) uzyskało bezpośrednio od p. Z. S. (1). Konsorcjum podkreśliło jednocześnie, że „Pan Z. S. (1) posiada doświadczenie przekraczające wymagania Zamawiającego. Na potwierdzenie powyższego wskazało, że Pan S.:

- w ramach inwestycji pn. Przebudowa istniejącej s. d. - M. Ł. w ul. (...) w ciągu (...) wojewódzkiej nr 705 prowadzonej na rzecz Miasta S. pełnił obowiązki K. B. oraz K. R. (...). Inwestycja obejmowała m.in. budowę nowego m. o klasie obciążenia; A wg PN-85/S- (...);

- w ramach inwestycji pn. Budowa w. d. w ciągu d. k. DK (...) w granicach administracyjnych miejscowości S., gmina T., woj. (...), łączący d. zd. gminną - ul. (...) oraz południowej strony obiektem magazynowym prowadzonej na rzecz (...) Sp. z o.o. pełnił obowiązki (...) (...), inwestycja obejmowała m.in. budowę o klasie obciążenia; A wg PN-85/S- (...).

Pismem z dnia 30 stycznia 2019 r., Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał Konsorcjum (...) do złożenia Wykazu Osób w odniesieniu do osoby wskazanej na stanowisko K. R. (...) (dla pozostałych obiektów inżynierskich). Zamawiający stwierdził, że jak wynika z ustaleń Zamawiającego, wskazana osoba, tj. Z. S. (1), nie pełniła funkcji K. R. (...) przy realizacji wykazanego zadania pn. Budowa o. M. w ciągu d. krajowej nr 3 Ś. - S. od km 12+006 do km 14+970. W związku z powyższym, Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia Wykazu Osób, z którego wynikać będzie wymagane doświadczenie pana S., albo złożenia dokumentu wykazującego spełnianie warunków w tym zakresie przez innego kandydata na stanowisko K. R. (...).

Konsorcjum (...) złożyło zmieniony Wykaz Osób wraz z pismem z dnia 7 lutego 2019 r. W Wykazie tym na stanowisko K. R. (...) (dla pozostałych obiektów inżynierskich) ponownie wskazany został Z. S. (1), jednak w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu Konsorcjum (...) przywołało doświadczenie tej osoby w ramach zadania „Przebudowa istniejącej s. d. - M. Ł. w ul. (...) w ciągu d. wojewódzkiej nr 705, zakres; budowa o. m., pełniona funkcja: K. B. oraz K. R. (...), okres pełnienia funkcji: od rozpoczęcia robót do wykonania zadania.

Pismem z dnia 11 maja 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców, że po powtórzeniu czynności badania i oceny ofert w związku z wyrokiem (...) z dnia 11 grudnia 2018 r. (sygn. akt KIO(...) KIO (...) KIO (...)) oraz wyrokiem Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 7 maja 2019 r. (sygn. akt XIX G.(...)), jako najkorzystniejszą wybrał ofertę złożoną przez Konsorcjum (...).

***Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również stanowiska stron i uczestników postępowania***

**zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, poczyniła następujące ustalenia faktyczne i rozważania prawne:**

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów należało uznać, że podlega ono w części uwzględnieniu. Zasadny był bowiem zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum (...) z postępowania, pomimo przedstawienia w Wykazie Osób informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd w postaci podania, że Z. S. (1) na inwestycji Budowa o. M. pełnił funkcję K. R. (...).

Bezsporna jest okoliczność, że oświadczenie złożone przez Konsorcjum (...), iż Pan S. na zadaniu Budowa o. M. pełnił funkcję K. R. (...) nie odpowiadało prawdzie. Zamawiający w toku weryfikacji oferty powziął wiedzę, że na ww. zadaniu pełnił on funkcję D. K.. Składając wyjaśnienia na wezwanie Zamawiającego z dnia 18 stycznia 2019 r. Konsorcjum (...) w piśmie z dnia 23 stycznia 2019 r. wyjaśniło, że informacje w zakresie dat oraz pełnionych funkcji na tym kontrakcie uzyskało bezpośrednio od Pana Z. S. (1). Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp z postępowania 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. Ustawodawca ustanowił zatem sankcję wykluczenia z postępowania w przypadku, gdy spełnione zostaną przesłanki: zostanie wykazane, że wykonawca przekazał w toku postępowania informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, działanie takie było wynikiem co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy, a takie działanie winno mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ta podstawa wykluczenia wykonawcy ma zastosowanie, gdy działanie wykonawcy cechuje wina nieumyślna, przy czym należy brać pod uwagę obie postaci winy nieumyślnej, tj. niedbalstwo i lekkomyślność. Doktryna definiuje lekkomyślność jako stan, w którym dana osoba przewiduje skutki swoich działań, ale bezpodstawnie przypuszcza, że ich uniknie, niedbalstwo zaś jako stan, w którym podejmująca działania osoba nie przewiduje skutków swoich działań, chociaż powinna i mogła je przewidzieć. Należy zatem uznać, że wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp może mieć miejsce, gdy wykonawca nie wykazując profesjonalizmu wymaganego od uczestnika rynku zamówień publicznych, przedstawia informacje niezgodne z rzeczywistością, a informacje te mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Przepis ten niewątpliwie ma na celu ochronę uczciwej konkurencji przy ubieganiu się o zamówienie oraz sprzyja wykonawcom zachowującym należyłą staranność w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W realiach rozpoznawanej sprawy wypełniona została norma art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Wbrew oświadczeniu złożonemu przez Konsorcjum (...) w Wykazie Osób, Pan Z. S. (1) na inwestycji Budowa (...) M. nie pełnił funkcji K. R. (...). Przedstawienie tej informacji, wprowadzającej w błąd Zamawiającego, było wynikiem co najmniej niedbalstwa. Należało dać wiarę wyjaśnieniom Konsorcjum, że składając oświadczenia w zakresie doświadczenia Pana S. oparło się na informacjach przekazanych przez tę osobę. Konsorcjum nie zachowało jednak przy składaniu przedmiotowego oświadczenia należytej staranności i nie zweryfikowało informacji, które okazały się nieprawdziwe. Należy mieć na względzie, że w przypadku oceny należytej staranności w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej, musi ona uwzględniać, zgodnie z art. 355 § 2 k.c., zawodowy charakter działalności. Od przedsiębiorców tworzących Konsorcjum (...) wymagana jest szczególna staranność, wyrażająca się większą zapobiegliwością, rzetelnością, dokładnością w działaniu. Staranność ta obejmuje weryfikację informacji przedstawianych zamawiającemu, a pochodzących od podmiotów trzecich, w tym osób, na których potencjał wykonawca się powołuje wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Weryfikacja ta powinna nastąpić przed przedstawieniem danej informacji zamawiającemu. Weryfikacja ta była w tym przypadku dodatkowo ułatwiona przez fakt, że Pan Z. S. (1), zgodnie z informacjami ujawnionymi w odpisie pełnym z Krajowego Rejestru Sądowego, był w okresie od 18 grudnia 2015 r. do 19 września 2018 r. (...) partnera Konsorcjum, tj. P. (...) S. A. w K.. Co za tym idzie, doświadczenie Pana S. nie powinno być nieznane czy trudne do zweryfikowania. Fakt przedstawienia błędnych informacji mógł mieć natomiast istotny wpływ na wynik postępowania. Informacje o doświadczeniu pana S. przedstawione zostały bowiem na okoliczność wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu. Tego typu dane należą do najistotniejszych informacji przedstawianych przez wykonawców, jako że stanowią podstawę do weryfikacji przez zamawiającego

zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia. W sytuacji, gdyby Zamawiający nie wykazał się czujnością i nie zweryfikowałby podanych przez Konsorcjum (...) informacji dotyczących doświadczenia pana S., informacje te, choć nieprawdziwe, stałyby się podstawą do uznania, że Konsorcjum to spełnia warunek udziału w postępowaniu. Konsorcjum (...) nie podjęło próby wykazania, że przedstawienie informacji dotyczących doświadczenia pana S. było wynikiem np. omyłki, bądź nastąpiło z innej przyczyny, której nie można zakwalifikować jako wprowadzenie Zamawiającego w błąd.

Nie można się było natomiast zgodzić z twierdzeniem Odwołującego, że opisane powyżej okoliczności stanowią także o ziszczeniu się przesłanek do wykluczenia Konsorcjum (...) na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp. Należało dać wiarę wyjaśnieniom tego Konsorcjum, że składając oświadczenia w zakresie doświadczenia pana S., oparło się na informacjach przekazanych przez tę osobę. Należało także zauważyć, że składając ww. wyjaśnienia Konsorcjum (...) podało, że Pan S. posiada doświadczenie przekraczające wymagania Zamawiającego, w tym doświadczenie w ramach inwestycji pn. Przebudowa istniejącej s. d. - M. Ł. w ul. (...) w ciągu (...) nr (...) na której Pan S. pełnił obowiązki K. B. oraz K. R. (...), a także doświadczenie w ramach inwestycji pn. Budowa w. d. w ciągu (...) w granicach administracyjnych miejscowości S., gmina T., woj. (...), łączący d. d. gminną - ul. (...) oraz południowej strony obiektem magazynowym. Ponadto, przedkładając na wezwanie Zamawiającego poprawiony Wykaz Osób, Konsorcjum (...) wskazało w zakresie warunku dotyczącego K. R. (...) tę samą osobę, tj. pana Z. S. (1), powołując się na doświadczenie i funkcję pełnioną przez tę osobę na inwestycji M. Ł. (Wykaz Osób złożony wraz z pismem z dnia 7 lutego 2019 r.). Wobec powyższego nie została wypełniona wskazana w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp przesłanka zamierzonego działania wykonawcy lub jego rażącego niedbalstwa. Izba nie dopatrzyła się logiki w działaniu wykonawcy, który miałby w wyniku zamierzonego działania bądź rażącego niedbalstwa przedstawiać zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd, podczas gdy wskazywana osoba spełniała warunek udziału w postępowaniu przez inne, posiadane na moment składania ofert, doświadczenie.

Należało podzielić stanowisko wyrażone uprzednio wielokrotnie w orzecznictwie I., że nieprawdziwej informacji mającej, bądź mogącej mieć wpływ na wynik postępowania, nie można zastępować inną informacją prawdziwą (przykładowo: wyrok (...) z dnia 28 grudnia 2016 r., sygn. akt KIO(...), wyrok (...) z dnia 4 maja 2017 r., sygn. akt KIO (...), wyrok (...) z dnia 21 marca 2018 r., sygn. akt KIO(...), KIO (...). Co za tym idzie, za nieuprawnioną należało uznać czynność Zamawiającego wezwania Konsorcjum (...) do uzupełnienia Wykazu Osób z dnia 30 stycznia 2019 r. Dopuszczenie możliwości „poprawienia” dokumentu, którego treść zawiera informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd sanowałoby czynność, która powinna stać się podstawą wykluczenia wykonawcy z postępowania i naruszałoby zasadę równego traktowania wykonawców. Zasadny był zatem zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Nie można było przychylić się do stanowiska Konsorcjum (...), że w przedmiotowej sprawie możliwe byłoby zastosowanie procedury samooczyszczenia, o której mowa w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp. Ewentualne czynności w ramach samooczyszczenia winny być podjęte przez Konsorcjum (...) na etapie udzielenia Zamawiającemu odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 18 stycznia 2019 r., wówczas bowiem Konsorcjum to powzięło wiedzę o złożeniu Zamawiającemu nieprawdziwego oświadczenia. Biorąc pod uwagę dokonane przez Izbę powyżej ustalenia, że zaistniały podstawy do wykluczenia Konsorcjum (...) z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do doświadczenia osoby Pana Z. S. (1) wskazanej na stanowisko K. R. (...), Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Należy bowiem wyraźnie odróżnić wprowadzenie Zamawiającego w błąd od nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Bez rozpoznania pozostawiono podniesiony na rozprawie zarzut dotyczący udziału pana Z. S. (1) w inwestycji M. Ł., jako że nie został on podniesiony w odwołaniu. Na przedmiotową inwestycję Odwołujący wskazał w odwołaniu jedynie w kontekście braku możliwości wezwania Konsorcjum (...) na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów. Zarzutu niewykazania spełniania przez Konsorcjum (...) warunku udziału w postępowaniu przez wskazanie funkcji pana S. na inwestycji M. Ł. nie można wywieść jedynie z podstawy prawnej, jaka została wskazana przez Odwołującego. Dla skutecznego podniesienia zarzutu Odwołujący zobowiązany jest przywołać określone okoliczności, z których wywodzi naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Takich okoliczności w

zakresie inwestycji M. Ł. Odwołujący w odwołaniu nie wskazał. Izba zaś na mocy art. 192 ust. 7 ustawy Pzp nie może rozpoznawać zarzutów nie podniesionych w odwołaniu.

Nie potwierdziły się stawiane przez Odwołującego zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp przy ocenie spełniania przez Konsorcjum (...) warunku udziału w postępowaniu dotyczącego osoby wskazanej na stanowisko K. B., to jest W. Z. oraz przy przyznaniu punktów w kryterium oceny ofert z tytułu doświadczenia osoby wskazanej na ww. stanowisko.

Odnosząc się do zarzutu co do wymaganego doświadczenia Pana A. B., wskazanego przez Konsorcjum (...) w Wykazie Osób na stanowisko K. R. (...) T. należało stwierdzić, że doświadczenie ww. było przedmiotem badania przez Izbę w toku postępowania o sygn. akt K1O (...), KIO (...) oraz KIO (...). Izba nie dopatrywała się podstaw do podważenia oświadczeń Konsorcjum (...) w tym zakresie. Stanowisko I. zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 7 maja 2019 r., sygn. akt XIX (...). Należy zatem uznać, że prawidłowość oświadczeń tego Konsorcjum w zakresie doświadczenia pana B. na została stwierdzona prawomocnym wyrokiem i jako taka nie może stać się przedmiotem ponownego rozpoznania przez Izbę.

Nie potwierdził się także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 7 ust.1 ustawy Pzp, ponieważ art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp dotyczy postępowań dwuetapowych, zaś przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 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. z 2018 r, póź. 972).

**Skargę na ten wyrok** wniosło Konsorcjum (...), zaskarżając go w części uwzględniającej odwołanie i zarzucając:

1. naruszenie przepisów postępowania, to jest art. 192 ust. 2 w zw. z art. 179 ust. 1 w zw. z art. 190 ust. 1a pkt 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w sytuacji, w której Skarżący w dobrej wierze przedłożył Zamawiającemu informacje o doświadczeniu Z. S. (1), zgodnie z jego najlepszą wiedzą i pamięcią na moment złożenia dokumentów Zamawiającemu, a mimo to został uznany za działającego niedbale, choć wykorzystał jedyne dostępne źródło informacji;
2. naruszenie przepisów postępowania, to jest art. 192 ust. 2 w zw. z art. 179 ust. 1 w zw. z art. 190 ust. 1a pkt 1 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie był uprawniony do wezwania Skarżącego do uzupełnienia złożonego Wykazu Osób wbrew kategoriernemu brzmieniu art. 26 ust. 3 ustawy, który to przepis nie przewiduje wyjątków zwalniających Zamawiającego od jego stosowania w sytuacji, gdy w dobrej wierze złożono informacje o doświadczeniu osoby na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu;
3. naruszenie prawa materialnego, to jest art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez jego błędną wykładnię i przyjęcie, że w sprawie zachodziły przesłanki do nakazania wykluczenia Skarżącego z Postępowania mimo, że przedstawienie przez niego informacji mogącej wprowadzić w błąd nie miało istotnego wpływu na wynik Postępowania;
4. naruszenie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany na obecnym etapie postępowania do wezwania wykonawcy do przedłożenia samooceny.

W konsekwencji podniesionych zarzutów Skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie od Przeciwnika skargi na rzecz Skarżącego kosztów postępowania wywołanego wniesieniem skargi wraz z kosztami zastępstwa procesowego.

Nadto skarżący wniósł o dopuszczenie dowodów z dokumentów, w tym zgłoszenia Z. S. (1) na stanowisko K. R. (...) i korespondencji ze Spółką (...).

W uzasadnieniu skargi wskazano między innymi na okoliczność, że Skarżący nie był wykonawcą na zadaniu, na którym kwestionowane doświadczenie zdobył Z. S.. Brak było natomiast możliwości zweryfikowania jego doświadczenia w oparciu o inne źródła niż on sam. Z dokumentów przez niego posiadanych wynikało, że został on w 2006 roku zgłoszony na stanowisko K. R. (...). Tak też on to zapamiętał, a Zamawiający nie pozwolił mu na dokonanie kwerendy dokumentów pozostających w jego dyspozycji. Upływ czasu był natomiast dodatkową przeszkodą do ich uzyskania i weryfikacji informacji. Wykonawca o. M. zakończył swój byt prawny w 2013 roku, co uniemożliwiło pozyskanie od niego dodatkowych danych. Z. S. sprawował po roku 2006 wiele różnych funkcji na wielu różnych kontraktach i miał prawo do tego, by zatarły się szczegóły w jego pamięci po upływie wielu lat.

Nadto Skarżący dodał między innymi, że Zamawiający nie został wprowadzony w błąd. Informacja o funkcji pełnionej przez Z. S. przy realizacji zadania dotyczącego o. M. była mu bowiem znana, jako że była to inwestycja realizowana na podstawie umowy zawartej z tym samym Zamawiającym. Skarżący nie miał interesu we wskazywaniu informacji nieprawdziwych, a nie może ulegać wątpliwości, że Z. S. posiada doświadczenie pozwalające na spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Istotny jest nadto zakres zdobytego i posiadanego doświadczenia, a nie nazwa pełnionego stanowiska. Zastosowanie treści art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w tych warunkach jest nieproporcjonalne. Brak jest bowiem jakiegokolwiek wpływu zaistniałej nieprawidłowości na wynik prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności wpływu istotnego. Zaskarżony wyrok abstrahuje całkowicie od literalnego brzmienia tego przepisu.

**W odpowiedzi na skargę** Konsorcjum (...) wniosło:

- oddalenie Skargi w całości, jako niezasadnej;

- pominięcie przez Sąd na zasadzie art. 381 k.p.c. twierdzeń Skarżącego, że p. S. pełnił na inwestycji Budowa o. M. funkcję K. R. (...), mając na uwadze, że na tę okoliczność Skarżący nie wskazywał w toku rozprawy przed Izbą,

. oddalenie na zasadzie art. 381 k.p.c. przedstawionych przez Skarżącego jako dowód w sprawie: 1) zgłoszenia p. S. na stanowisko K. R. (...) oraz 2) korespondencji ze spółką (...), jako nowych dowodów, które Skarżący mógł i winien był powołać w postępowaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą, a których potrzeba powołania nie powstała po wydaniu wyroku przez Izbę - Skarżący mógł i winien był powoływać się na okoliczności wskazane w dowodzie przed Izbą.

W uzasadnieniu odpowiedzi na skargę wskazano między innymi na okoliczność, że Z. S. na inwestycji dotyczącej M. Ł. funkcję K. B., a nie K. R. (...). Na inwestycji tej w ogóle nie powołano K. R. (...). Z. S. nie posiada zatem w ogóle wymaganego w IDW doświadczenia i skarżący nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu. Nie było przy tym istotne, czy po stronie Zamawiającego powstało mylne wyobrażenie o faktach, na skutek informacji pochodzących od Skarżącego, a wystarczającym jest, iż takie wyobrażenie mogło powstać. Decydujący w tym względzie jest przy tym moment składania ofert.

Dodano też, między innymi, że inicjatywa w zakresie samooczyszczenia należy do podmiotu podlegającego wykluczeniu, a nie zamawiającego i nie jest możliwa w sytuacji, w której wykonawca nie przyznaje, że podlega wykluczeniu. Wykonawca winny wprowadzenia w błąd okoliczność tą musi przy tym przyznać, zanim fakt ten uświadomi sobie zamawiający.

W dalszym toku postępowania Skarżący złożył pismo procesowe, w którym wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z:

1. pisma skierowanego do Urzędu Miasta S. w dniu 5 sierpnia 2019 r. oraz odpowiedzi z dnia 7 sierpnia 2019 r., znak OR. (...)123.2019 na okoliczność posiadania przez Z. S. w dniu składania ofert doświadczenia w kierowaniu robotami m. na inwestycji „Przebudowa istniejącej s. (...) - M. Ł. w ul. (...) w ciągu d. wojewódzkiej nr 705”;



2. Raportu z samooczystczenia przedłożonego Zamawiającemu w dniu 4 września 2019 r. na okoliczność braku podstaw do wykluczenia Skarżącego z udziału w postępowaniu z uwagi na skorzystanie z instytucji przewidzianej w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp.

Na rozprawie w dniu 9 września 2019 roku strony podtrzymały swoje stanowiska. Pełnomocnik Zamawiającego oświadczył, że nie sprzeciwia się uwzględnieniu skargi, wniósł o zasądzenie kosztów postępowania i dodał, że zdaniem Zamawiającego Z. S. posiadał doświadczenie wymagane przez SIWZ.

### **Sąd Okręgowy zważył, co następuje:**

Skarga zasługiwała na uwzględnienie.

I

W pełni należało podzielić stanowisko I., która bez rozpoznania pozostawiła zarzut dotyczący udziału Z. S. (1) w inwestycji M. Ł., jako że nie został on podniesiony w odwołaniu. Na przedmiotową inwestycję Odwołujący wskazał w odwołaniu jedynie w kontekście braku możliwości wezwania Konsorcjum (...) na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów. Zarzutu niewykazania spełniania przez Konsorcjum (...) warunku udziału w postępowaniu przez wskazanie funkcji Pana S. na inwestycji M. Ł. nie można było natomiast wywodzić jedynie z podstawy prawnej, jaka została wskazana przez Odwołującego. Dla skutecznego podniesienia zarzutu Odwołujący zobowiązany był przywołać w odwołaniu także określone okoliczności, z których wywodził naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Takich okoliczności w zakresie inwestycji M. Ł. Odwołujący w odwołaniu jednak nie wskazał. Izba zaś na mocy art. 192 ust. 7 ustawy Pzp nie mogła rozpoznawać zarzutów nie podniesionych w odwołaniu. Zarzut ten nie mógł być w następstwie skutecznie podnoszony przed Sądem Okręgowym.

Niezależnie od kwestii proceduralnych, jak się wydaje, Krajowa Izba Odwoławcza udzieliła odpowiedzi twierdzącej na pytanie, czy Z. S. (1) posiadał doświadczenie wymagane przez Zamawiającego. Nie podzieliła bowiem zarzutu dotyczącego braku wykluczenia Konsorcjum (...) z postępowania z uwagi na brak wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp) i nie podzieliła zarzutu celowego lub z rażącego niedbalstwa wprowadzenia przez to Konsorcjum (...) w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp). Interpretacja stanowiska I. na etapie rozpatrywania skargi była sporna. Skarżące Konsorcjum podnosiło, iż Izba przesądziła o posiadaniu przez Z. S. (1) wymaganego w postępowaniu doświadczenia, natomiast przeciwnik skargi, Konsorcjum (...), cały czas stał na stanowisku, że Izba tej kwestii nie przesądziła i w dalszym toku postępowania kwestionowała tą okoliczność. Pełnomocnik Zamawiającego na rozprawie przed Sądem Okręgowym w dniu 9 września 2019 roku podtrzymał stanowisko, zgodnie z którym A. S. spełniał wymagania zastrzeżone w dokumentach przetargowych dla K. R. (...).

Zdaniem Sądu, brak zaskarżenia wyroku w tej części, w jakiej odwołanie zostało oddalone, uniemożliwił badanie zarzutu braku spełnienia wymagań zdefiniowanych przez zamawiającego na etapie rozpoznawania Skargi. Nie wyłączało to jednak możliwości czynienia ustaleń faktycznych, a to w związku z badaniem zarzutu naruszenia zasady proporcjonalności, dla zbadania którego to zarzutu konieczne było ustalenie znaczenia wskazania nieprawdziwej informacji. W tym kontekście stwierdzić należy, że Z. S. (1) spełniał wymagania określone w (...), to jest posiadał doświadczenie przy realizacji 1 zadania obejmującego budowę lub przebudowę obiektów m. od rozpoczęcia robót do wykonania zadania na stanowisku: K. R. (...). Badając omawianą kwestię należało mieć na względzie, że w praktyce mają miejsce takie stany faktyczne, w których SIWZ lub inne dokumenty pochodzące od zamawiającego posługują się pojęciami, w tym nazwami zawodów lub stanowisk pracy, które nie są pojęciami zdefiniowanymi prawnie, jak i takie sytuacje, jak sporna, w których dokumenty pochodzące od zamawiającego posługują się pojęciami prawnymi. W tym drugim przypadku nie można pomijać treści tych aktów prawnych, w których prawodawca posłużył się konkretnym pojęciem, a przede wszystkim tych aktów prawnych, które pozwalają zdefiniować konkretne pojęcie lub też zawierają ich legalną wykładnię. Przekładając tą uwagę na realia rozpoznawanej sprawy należało zauważyć, że treść art.42 ust. 4 ustawy Prawo Budowlane (Dz.U. 1994 Nr 89, poz. 414 t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1186) stanowi, że przy prowadzeniu

robót budowlanych, do kierowania którymi jest wymagane przygotowanie zawodowe w specjalności (...) innej niż posiadak. b., i. jest obowiązany zapewnić ustanowienie k. (...) w danej specjalności. K. r. m. ustanawia się zatem w tych sytuacjach, w których roboty budowlane mają dotyczyć obiektów m., a ustanawiany na konkretnej budowie k. b. nie ma odpowiedniego przygotowania zawodowego do kierowania tego rodzaju robotami. W sytuacji, w której k. b. posiada kwalifikacje do pełnienia funkcji k. (...) m., nie zachodzi potrzeba ustanawiania odrębnego k. (...) m.. Trudno jednakże w takich sytuacjach twierdzić, że k. b. nadzorujący wszystkie roboty, w tym roboty m., nie pełni obowiązków właściwych dla k. (...) m. i nie nabywa odpowiedniego doświadczenia na stanowisku k. (...) m.. Nie można, zdaniem Sądu Okręgowego, odczytywać poszczególnych postanowień SIWZ w taki sposób, aby utracić z pola widzenia naczelny cel postępowania prowadzonego w oparciu o treść ustawy Pzp, jakim jest umożliwienie zamawiającemu wyboru najlepszej oferty. Nie można zatem dokonywać takiej wykładni postanowień SIWZ odwołujących się pojęć prawnych, skutkiem której warunków udziału w postępowaniu nie spełniałyby oferty odwołujące się do kwalifikacji i doświadczenia zawodowego takich osób, których kwalifikacje lub doświadczenie jest większe niż wprost wynika to z zastosowanych w SIWZ pojęć. W omawianym przypadku należało wymagania określone przez Zamawiającego tak tłumaczyć, że wymagane kwalifikacje i wymagane doświadczenie na stanowisku K. R. (...) spełniały także osoby pełniące funkcje k. b., gdy ich kompetencje pozwalały na niepowoływanie w ramach realizacji konkretnych inwestycji odrębnej funkcji k. (...) m.. Z pisma Urzędu Miejskiego w S. z dnia 7 sierpnia 2019 roku (karta 309 akt) wyraźnie natomiast wynika, że Z. S. (1) był jedyną osobą pełniącą samodzielną funkcję techniczną w ramach inwestycji, której przedmiotem była budowa m. na rzece Ł., a posiadany przez niego zakres uprawnień pozwalał na to, by nie ustanawiać k. (...) w specjalności m.. Był on jedyną osobą dokonującą wszelkich wpisów w Dzienniku Budowy, w tym tych, które w wypadku odrębnego ustanowienia dokonywałby k. r. m.. Pełnił on tym samym, jako k. b., funkcje przewidziane dla k. (...) m.. Wobec braku dowodów przeciwnych, Sąd nie miał podstaw do kwestionowania twierdzeń zawartych w tym piśmie. Nadto treść tego pisma wzajemnie uzupełniała się z dokumentacją dotyczącą zamówienia dotyczącego inwestycji dotyczącej przebudowy istniejącej (...) – M. Ł. w ul. 1 maja w S. (akta odwoławcze, tom IV, karty 354 – 359 akt). Należało zatem przyjąć, że Z. S. (1) spełniał wymagania oczekiwane przez Zamawiającego, a tym samym Konsorcjum (...), spełniało w spornym zakresie wymagania zdefiniowane w SIWZ.

W konsekwencji stwierdzić należy, co będzie jeszcze podkreślane, że złożenie Wykazu Osób w jego pierwotnym brzmieniu zawierało w swej wartości semantycznej prawdziwą informację o tym, iż oferta Konsorcjum (...) spełnia wymagania SIWZ i nieprawdziwą informację mającą stanowić potwierdzenie prawdziwej informacji. Gdyby nie doszło do zauważenia tej nieprawdziwości, nie było ryzyka wyboru oferty nie spełniającej warunków udziału w postępowaniu.

## II

Zgodnie z treścią art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp 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. Zgodnie natomiast z treścią art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp z postępowania 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. Wzajemna relacja tych przepisów jest bardzo trudna do zdefiniowania w zakresie, w jakim dochodzi w postępowaniu do przekazania nieprawdziwej informacji. Wszyscy uczestnicy postępowania, a w konsekwencji strony postępowania wywołanego skargą, są profesjonalistami, reprezentowanymi przez profesjonalnych pełnomocników. Nie zachodzi zatem potrzeba prezentowania wyników kwerendy wyrażonych w tym przedmiocie poglądów doktryny, wypowiedzi (...) oraz Sądów Okręgowych. Są one stronom i ich pełnomocnikom znane. W szczególności nie zachodzi potrzeba przywoływania tych wypowiedzi, które wskazują na to, że norma zawarta w pkt 17 w zasadzie konsumuje normę zawartą w pkt 16, a co za tym idzie normę z pkt 16 w zasadzie można pominąć, zgodnie z zasadą *lex consumens derogat legi consumptae*. Sąd Okręgowy w składzie rozpoznającym sprawę stoi na stanowisku, że nie można dokonywać takiej wykładni tych przepisów, skutkiem której pkt 16 w zasadzie zostałby pozbawiony jakiegokolwiek mocy normatywnej i stanowiłby szczególnego rodzaju *superfluum*. Jeśli norma

prawna zawarta w treści pkt 16 w swej dyspozycji odwołuje się do winy umyślnej lub rażącego niedbalstwa, a norma prawna zawarta w pkt 17 odwołuje się do winy nieumyślnej, w tym niedbalstwa, któremu nie można przypisać rażącego natężenia, to wydaje się być logicznym, że podanie nieprawdziwej informacji w wyniku niedbalstwa lub lekkomyślności nie może być oceniane surowiej, niż podanie takiej informacji w warunkach umyślności lub rażącego niedbalstwa. Normę zawartą w pkt 17 należy zatem odczytywać w taki sposób, że podobnie jak w pkt 16 konieczne jest, by nieprawdziwa informacja wprowadziła w błąd Zamawiającego, a nie tylko była informacją, która hipotetycznie mogła go w błąd wprowadzić, a nadto możliwy istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia musi dotyczyć tego, czy konkretny zamawiający podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane „kryteriami selekcji”. Takie odczytanie normy zawartej w pkt 17 nakazuje ustalić, czy doszło w realiach konkretnej sprawy do wprowadzenia w błąd, a jeśli tak, to czy był to błąd istotny. Każda z tych kwestii wymagała odrębnego ustosunkowania.

W orzecznictwie (...), który to dorobek docenia Sąd Okręgowy w składzie rozpoznającym sprawę, wyrażono dwa pozornie sprzeczne poglądy. Zgodnie z pierwszym z nich (między innymi w sprawie o sygnaturze akt KIO (...), a także w sprawie o sygnaturze akt KIO (...)), nie można mówić o przedstawieniu przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), jeśli informacje te dotyczą okoliczności znanych zamawiającemu. W takiej bowiem sytuacji trudno uznać, że są to informacje mające lub mogące mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Zgodnie natomiast z drugim (dla przykładu: sprawa o sygnaturze akt KIO (...)), można wprowadzić w błąd zamawiającego w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 17 Prawa zamówień publicznych również w sytuacji, gdy dysponentem informacji, jest sam zamawiający (np. jeden z jego oddziałów). Zdaniem Sądu Okręgowego, sprzeczność ta jest pozorna i jest wynikiem tego, że nie można ignorować okoliczności faktycznych konkretnej sprawy. Jak już była o tym mowa, treści art. 24 ust. 1 pkt 17 nie można odczytywać w oderwaniu od treści pkt 16 tego przepisu, a w konsekwencji należy badać, czy wykonawca wprowadził w błąd zamawiającego. Sam fakt, że zamawiający posiada określone dane nie oznacza, że za każdym razem jego wewnętrzne procedury zostaną zastosowane w taki sposób, że nieprawdziwość informacji zostanie uchwycona. Możliwe jest zatem wprowadzenie faktyczne zamawiającego w błąd, które może być zauważone przez inne osoby, w tym działające w imieniu i na rzecz innych wykonawców, a nie przez służby zamawiającego. Możliwe są też takie sytuacje, jak w realiach rozpoznawanej sprawy, w których nieprawdziwość informacji zostaje zauważona na skutek rutynowych działań zamawiającego, mających na celu weryfikację informacji odwołujących się do danych znajdujących się w jego zasobach. Wówczas nie dochodzi do wprowadzenia zamawiającego w błąd. Stan faktyczny rozpoznawanej sprawy należało ocenić w ten właśnie sposób, że Zamawiający nie został wprowadzony w błąd. Stąd też treść art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp nie powinna być znaleźć zastosowania w rozpoznawanej sprawie i Konsorcjum (...) nie powinno być wykluczone. Już tylko z tego powodu zaskarżony wyrok nie był prawidłowy i powinien być podlegał zmianie.

Mając na względzie dorobek orzeczniczy (...) i Sądów Okręgowych, należało przychylić się do stanowiska, zgodnie z którym (tak między innymi w sprawie o sygnaturze akt KIO(...)), by można było mówić o istotnym wpływie informacji wprowadzających w błąd na decyzje zamawiającego w postępowaniu, konieczne jest wykazanie, że zamawiający podjąłby na podstawie informacji niewprowadzających w błąd inną decyzję niż na podstawie informacji wprowadzających w błąd. Jak o tym już była o tym mowa, Z. S. (1) spełniał wymagania stawiane osobie dedykowanej dla stanowiska K. R. (...). Informacja w swej istocie w tym zakresie była prawdziwa. Nie była prawdziwa w zakresie, w jakim przywołano argument na potwierdzenie informacji prawdziwej. Rozważając hipotetycznie, trudno przyjąć, aby w J. (...) Konsorcjum (...) pozostawiło niewypełnione pole. Gdyby jednak tak było, Konsorcjum zostałoby wezwane do usunięcia braku zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Uzupełnienie o informację prawdziwą dotyczącą robót realizowanych na rzece Ł. nie zmieniłoby nic w zakresie tego, czy oferta tego Konsorcjum mogłaby być zaakceptowana jako spełniająca wymagania Zamawiającego. W stanie faktycznym rozpoznawanej sprawy Konsorcjum (...) wskazało, jak się okazało, informację nieprawdziwą. Na podstawie wskazanej później informacji prawdziwej Zamawiający nie podjąłby innej decyzji niż ta, którą podjąłby, gdyby nie zauważył nieprawdziwości pierwotnie podanej informacji dotyczącej roli Z. S. (1) w inwestycji dotyczącej budowy o. M.. Podanie nieprawdziwej informacji w realiach rozpoznawanej sprawy nie miało zatem wpływu na decyzję Zamawiającego. Należało mieć zatem na względzie to, że

ustawa Pzp w jej obecnym brzmieniu stanowi implementację do polskiego porządku prawnego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE. Zgodnie z treścią art. 57 tej dyrektywy Instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy, który 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. Zatem interpretacja przepisów krajowych powinna uwzględniać fakt, że podstawą wykluczenia powinno być tylko „poważne wprowadzenie w błąd”. Interpretację tej klauzuli generalnej powinno dokonywać się z uwzględnieniem 101 uwagi wprowadzającej do dyrektywy, zgodnie z którą to uwagą, stosując fakultatywne podstawy wykluczenia instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności, a drobne nieprawidłowości powinny jedynie w wyjątkowych okolicznościach prowadzić do wykluczenia wykonawcy. Wykluczenie Konsorcjum (...) w realiach rozpoznawanej sprawy należałoby uznać za nieproporcjonalne w stosunku do zaistniałego uchybienia. Ta przesłanka stanowi odrębną przyczynę, dla której treść art. 24 ust. 1 pkt 17 nie powinna być zastosowana.

Konieczność stosowania zasady proporcjonalności nakazywała nadto stanąć na stanowisku, że treści poszczególnych przepisów dyrektywy i przepisów ustawy Pzp nie należy odczytywać w oderwaniu od pozostałych przepisów tej dyrektywy lub tej ustawy. Rodzi to bowiem ryzyko dokonania wykładni oderwanej od celów, którym służyć miało wprowadzenie obu regulacji jak i ryzyko sprzeczności w dokonywaniu ocen podobnych instytucji przewidzianych w tych aktach. Choć jest to daleka analogia, z czego Sąd Okręgowy zdaje sobie sprawę, nie należało w konsekwencji tracić z pola widzenia treści art. 22 a ustawy Pzp, stanowiącego implementację art. 63 dyrektywy. Ustęp 1 pierwszego z przepisów przewiduje, że wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. Zgodnie z treścią ust. 6 pkt 1 i pkt 2 tego przepisu, jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu, o którym mowa w ust. 1, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną. Jeśli wykonawca opiera się na zdolnościach zawodowych innego podmiotu, a informacje o tych zdolnościach pochodzące od tego innego podmiotu nie okażą się prawdziwe, ustawodawca przewidział możliwość konwalidacji oferty, w tym poprzez wskazanie innego podmiotu, nie zaś wykluczenie wykonawcy z postępowania. Jeszcze raz należy podkreślić, że analogia jest daleka, ale nie powinna być pomijana przy dokonywaniu wykładni poszczególnych przepisów, tak aby konkretne przepisy nie były wykładane w oderwaniu od zasad ogólnych właściwych dla całego aktu lub w oderwaniu od innych przepisów. W realiach rozpoznawanej sprawy podmioty tworzące Konsorcjum (...) opierały się na zapewnieniach Z. S. (1), który pozostawał wobec nich osobą trzecią, nawet jeśli był członkiem zarządu jednego z K.. K. nie mogli zweryfikować pochodzących od niego zapewnień w oparciu o posiadane przez siebie dane, gdyż to nie oni realizowali inwestycję dotyczącą o. M.. Obdarzyli zapewnienia Z. S. (1) zaufaniem i zgodnie z zasadą proporcjonalności nie powinni być potraktowani rażąco inaczej, niż gdyby miało to miejsce w sytuacji, w której do kwalifikacji i doświadczenia Z. S. (1) odwoływaliby się nie w oparciu o bezpośredni, ale pośredni stosunek prawny pozwalający na korzystanie z jego kwalifikacji i doświadczenia.

Izba w zaskarżonym wyroku stwierdziła naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp. Zgodnie z treścią tego drugiego przepisu zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Postępowanie Zamawiającego należało, zdaniem Sądu, uznać za przeprowadzone zgodnie z tymi zasadami. Zasada proporcjonalności przemawiała przeciwko wykluczeniu Konsorcjum (...) z Postępowania.

### III

Izba w zaskarżonym wyroku stwierdziła jednakże nie tylko naruszenie treści art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp ale także art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp. Naruszenie treści art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp nie zostało szerzej omówione w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, stąd też nie jest jasne, czy zdaniem I. wadliwe było samo sięgnięcie do treści art. 26 ust. 3, czy też wadliwe było postępowanie Zamawiającego już po tym, gdy otrzymał odpowiedzi i wyjaśnienia w wykonaniu wezwania opartego o treść art. 26 ust. 3 ustawy. Kwestia ta wymaga omówienia.

Niesporne jest, że w dniu 17 grudnia 2018 roku Komisja Przetargowa stwierdziła, że najkorzystniej przedstawia się oferta Konsorcjum (...) i postanowiła wezwać to Konsorcjum na podstawie art. 26 ust. 1 do złożenia oświadczeń/dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy i o których mowa odpowiednio w ogłoszeniu o zamówieniu oraz (...) – w celu zbadania czy Konsorcjum to nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu (protokół z prac Komisji, akta odwoławcze tom III, karty 44 i 45). Tego samego dnia wystosowano do Konsorcjum pismo, w którym wezwano do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, między innymi do złożenia Wykazu Osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego (akta odwoławcze tom III, karty 466 – 467). Konsorcjum (...) odpowiedziało na to wezwanie w dniu 2 stycznia 2019 roku, w tym składając Wykaz Osób (akta odwoławcze tom III, karty 302 – 465 akt). W dniu 14 stycznia 2019 roku Zastępca Dyrektora Oddziału (...) w S. poinformował Zamawiającego w odpowiedzi na pismo dotyczące weryfikacji Z. S. (1), że Z. S. (1) na zadaniu „Budowa o. M. ...” pełnił od dnia rozpoczęcia zadania do jego zakończenia funkcję d. k. (akta odwoławcze (...)). W konsekwencji, pismem z dnia 18 stycznia 2019 roku (akta odwoławcze tom III, karta 295), wskazując jako podstawę działania art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, wezwano Konsorcjum (...) do złożenia stosownych wyjaśnień. W odpowiedzi na to wezwanie, pismem z dnia 23 stycznia 2019 roku (akta odwoławcze tom III, karta 295) Konsorcjum oświadczyło, że przekazało informacje uzyskane od A. S. i jednocześnie podkreśliło, że posiada on doświadczenie przekraczające wymagania zamawiającego. Przywołano jego udział w inwestycjach realizowanych na rzece Ł. oraz w granicach administracyjnych miejscowości S. w gminie T.. W dniu 30 stycznia 2019 roku Konsorcjum zostało wezwane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (akta odwoławcze tom III, karta 181 do złożenia Wykazu Osób w odniesieniu do osoby wskazanej na stanowisko K. R. (...) wraz z informacjami na temat jej kwalifikacji zawodowych i zakresu wykonywanych czynności. Zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Powszechnie przyjmuje się, że przepis ust. 3 i nakłada na zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia oświadczeń, dokumentów lub pełnomocnictw. Jest to zaleta tego przepisu, gdyż eliminuje uznaniowość i dowolność, co zapobiega naruszaniu zasady równego traktowania. Zamawiający nie może wykluczyć wykonawcy z postępowania jeżeli nie zastosował wcześniej w tym zakresie art. 26 ust. 3. Obligatoryjność wezwania na podstawie tego przepisu wyłącza jedynie taka sytuacja, w której oferta podlega odrzuceniu, a nie sytuacja, w której wykonawca podlega wykluczeniu. Wezwanie dokonane w tym trybie było jak najbardziej prawidłowe. W kontekście okoliczności istotnych dla rozpoznawanej sprawy, to jest w kontekście podania nieprawdziwej informacji, istotne jest to, że treść art. 26 ust. 3 posługuje się między innymi pojęciem „oświadczeń i dokumentów niekompletnych lub zawierających błędy”. Treść art. 24 ust. 1 pkt 17 posługuje się natomiast pojęciem „informacji wprowadzającej w błąd”. Ustawa w swej treści nie zawiera *expressis verbis* wypowiedzi normatywnej, która pozwalałaby rozróżnić „oświadczenie błędne” od „informacji wprowadzającej w błąd”. Przy założeniu jednak, że ustawodawca postępował konsekwentnie i nie zmierzał do tego, by pojęciu błędu przypisywać różne znaczenia w tym samym akcie prawnym należy przyjąć, że w wypadku stwierdzenia lub powzięcia uzasadnionych podejrzeń, że konkretna informacja jest nieprawdziwa obiektywnie, wykonawca zobowiązany jest do zastosowania treści art. 26 ust. 3 ustawy. Dopiero po zajęciu stanowiska przez wykonawcę lub po upływie terminu na zajęcie tego stanowiska zamawiający powinien podjąć stosowną decyzję, w tym wykluczyć wykonawcę, o ile stwierdzi zaistnienie przesłanek opisanych w dyspozycjach norm

prawnych zawartych w treści art. 24 ust. 1 pkt 16 lub pkt 17 Pzp. Dokonując wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Zamawiający nie naruszył zatem prawa, wykonał natomiast ciążący na nim ustawowy obowiązek.

#### IV

Zupełnie inną kwestią jest to, czy po wykonaniu przez Konsorcjum (...) wezwania z dnia 30 stycznia 2019 roku należało wykluczyć to Konsorcjum z postępowania. Izba uznała w zaskarżonym wyroku, odwołując się do utrwalonego orzecznictwa, że tak, albowiem nieprawdziwej informacji mającej lub mogącej mieć wpływ na wynik postępowania, nie można zastępować informacją prawdziwą. Stanowiska zaprezentowanego przez Sąd w składzie rozpoznającym sprawę nie można odczytywać jako zakwestionowanie utrwalonej w tym względzie linii orzeczniczej. Zdaniem Sądu, o czym już była mowa powyżej, przyczyny, dla których Konsorcjum (...) nie podlegało wykluczeniu były inne, a mianowicie: Zamawiający nie został wprowadzony w błąd, a nawet, gdyby przyjąć inaczej, to biorąc pod uwagę okoliczności konkretnego rozpoznawanego wypadku należałoby uznać, że błąd nie był poważny w rozumieniu art. 57 dyrektywy, a wykluczeniu sprzeciwiała się zasada proporcjonalności. Zadecydowały zatem okoliczności faktyczne konkretnej rozpoznawanej sprawy.

Niezależnie od powyższego stwierdzić należy, że nawet wówczas, gdyby przeciwko wykluczeniu Konsorcjum (...) nie przemawiały wyżej przywołane racje, to należałoby uznać, że do dnia zamknięcia rozprawy przed Sądem Okręgowym Konsorcjum to skutecznie przeprowadziło procedurę samooczyszczenia (self – cleaning). Otóż, zgodnie z treścią art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16-20 lub ust. 5, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się, jeżeli wobec wykonawcy, będącego podmiotem zbiorowym, orzeczono prawomocnym wyrokiem sądu zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz nie upłynął określony w tym wyroku okres obowiązywania tego zakazu. Jak łatwo zauważyć, norma prawna zawarta w tym przepisie w swej hipotezie obejmuje bardzo różne sytuacje. Z jednej strony są to takie stany faktyczne, w których doszło do wyrządzenia konkretnej szkody, a w których to konkretnego wykonawcę obciążają okoliczności związane z popełnieniem przestępstw przez osoby fizyczne, za które ponosił odpowiedzialność lub też on sam, będąc osobą fizyczną, popełnił konkretne przestępstwa, czy też doszło do innego nagannego, a zarazem umyślnego działania wykonawcy lub osób, za których działania ponosi on odpowiedzialność. Z drugiej natomiast strony są to też takie sytuacje, które wyczerpują dyspozycję art. 24 ust. 1 pkt 17, a zatem w których mamy do czynienia z nieumyślnym przedstawieniem informacji wprowadzających w błąd, w tym nawet przy znikomym stopniu winy. Nadto mamy takie sytuacje, z jednej strony, w których przyczyna wykluczenia zaistniała w związku ze zdarzeniami pozostającymi poza konkretnym przetargiem, zwykle przed złożeniem oferty przez konkretnego wykonawcę w konkretnym przetargu, w którym podlegałby on wykluczeniu. W takich sytuacjach wykonawca podlegający wykluczeniu zna przyczyny, dla których podlega wykluczeniu i w związku z tym może on w stosownym czasie podjąć konkretne działania, w tym opisane w treści art. 24 ust. 8 ustawy Pzp. Z drugiej natomiast strony, w praktyce zachodzą też takie sytuacje, które wyczerpują dyspozycję art. 24 ust. 1 pkt 17, a zatem w których możemy mieć do czynienia z brakiem świadomości po stronie wykonawcy co do tego, że po jego stronie zachodzą przyczyny wykluczenia z konkretnego postępowania. Wykonawca może nie wiedzieć, że w dobrej wierze przekazał otrzymaną informację, która jest obiektywnie nieprawdziwa. Przepis nie różnicuje tych wszystkich stanów faktycznych, a nadto nie przewiduje terminu końcowego do przeprowadzenia opisanej w nim procedury. W konsekwencji nie powinien być odczytywany w taki sposób, aby wykonawcy, których obciąża działanie zawinione, w tym o charakterze przestępczym, mieli większą możliwości skorzystania z procedury samooczyszczenia, niż ci, którym można przypisać jedynie działania nieumyślne i nieprzestępcze, a którzy nie mają wiedzy o zaistnieniu przesłanek ich wykluczenia. O zaistnieniu przyczyny wykluczenia mogą oni bowiem dowiadywać się dopiero z decyzji o wykluczeniu. Gdyby prawo do samooczyszczenia mogło być w takiej sytuacji realizowane jedynie do momentu wykluczenia lub wyboru oferty, byłoby prawem

pozornym w stosunku do tych wykonawców, po stronie których uchybienia są uchybieniami najmniejszej wagi, zaistniałymi przy najmniejszym stopniu winy.

Przenosząc powyższą uwagę natury ogólnej na realia rozpoznawanej sprawy należy zgodzić się z Izbą, że brak było podstaw do ustalenia, że Konsorcjum (...) w sposób celowy przedstawiło informacje nieprawdziwe. Nadto należy zgodzić się z Izbą, że brak było także podstaw do przyjęcia, że Konsorcjum powzięło wiedzę o nieprawdziwości informacji dotyczącej roli Z. S. (1) w budowie o. M. przed doręczeniem mu przez Zamawiającego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Wiedzę tą (lub przynajmniej wątpliwości co do prawdziwości przedstawionej informacji), Konsorcjum powzięło najwcześniej w chwili otrzymania tego wezwania. Treść wezwania i okoliczności sprawy nakazują przyjąć, że Konsorcjum to mogło poprzestawać w usprawiedliwionym przekonaniu, że wystarczające jest wykonanie wezwania, bez odwoływania się do procedury opisanej w treści art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, albowiem Zamawiający nie uważa się za wprowadzonego w błąd, albo błąd ten uznaje za nieistotny. Wybór oferty Konsorcjum (...) potwierdzał to przekonanie. Nie można zatem zgodzić się poglądem zaprezentowanym w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, zgodnie z którym skorzystanie z procedury samooczyszczenia powinno było nastąpić już na etapie udzielania Zamawiającemu odpowiedzi na wezwanie z dnia 18 stycznia 2019 roku. Sprzeciwia się temu zarówno cel przepisu, jak i przede wszystkim jego treść, nie zawierająca terminu końcowego, do którego samooczyszczenie jest możliwe. W konsekwencji należało uznać, że Konsorcjum (...) mogło przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, aż do czasu zamknięcia rozprawy przed Sądem Okręgowym. Złożony już po wniesieniu skargi „Raport zS. (...)” (karty (...) akt), między innymi wskazujący na zwolnienie pracownika, który przez swoją niedbałość doprowadził do przedstawienia nieprawdziwych informacji, pozwalała na ustalenie rzetelności członków Konsorcjum i sformułowanie uzasadnionych przypuszczeń, że w przyszłości nie będą Wykonawcy przedstawiane nieprawdziwe informacje.

Mając na uwadze powyższe, zaskarżony wyrok należało zmienić zgodnie z treścią art. 386 § 1 k.p.c. w zw. z art. 198 a ust. 2 ustawy Pzp w pkt 1 w ten sposób, że odwołanie oddalić.

Konsekwencją zmiany zaskarżonego wyroku co do istoty sprawy, była zmiana rozstrzygnięcia w przedmiocie kosztów postępowania przed Izbą, a to zgodnie z treścią art. 386 § 1 k.p.c. w zw. 397 § 2 k.p.c. i w zw. z art. 198 a ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 192 ust. 10 ustawy Pzp i § 3 ust 2 litera b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania była zmiana rozstrzygnięcia o kosztach procesu (Dz.U. 2010 Nr 41, poz. 238, t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

O kosztach postępowania wywołanego skargą orzeczono po myśli art. 98 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. Kwotę zasądzoną z tego tytułu od Odwołującego na rzecz Skarżącego stanowi równowartość sumy wysokości opłaty od skargi i wysokości wynagrodzenia pełnomocnika wyliczoną zgodnie z treścią § 2 pkt 9 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności radców prawnych z dnia 22 października 2015 roku (Dz.U. z 2015 r. poz. 1804, t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 265).

D. C. P. S. M. G.