

WYROK

z dnia 19 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata
Członkowie: Marek Koleśnikow
Piotr Kozłowski
Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 czerwca 2017 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 maja 2017 r. przez **Qumak S.A., al. Jerozolimskie 134; 02-305 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Komenda Główna Policji, ul. Puławska 148/150; 02-624 Warszawa**,

przy udziale:

- 1) **Polcom Sp. z o.o., ul. Krakowska 43; 32-050 Skawina**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie odwołującego,
- 2) **Comparex Poland Sp. z o.o., ul. Jutrzenki 183; 02-542 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących naruszenia przepisów art. 8 ust. 1, 2, 3 oraz art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.) w zw. z art. 8 ust. 2 oraz 3 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z § 1 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. 2013 r., poz. 231).**

2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności oceny ofert dla zadania nr 2 i wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenie z postępowania wykonawcy **Comparex Poland sp. z o.o., ul. Jutrzenki 183; 02-231 Warszawa**, ponowne badanie o ocenę ofert dla zadania nr 2.

2. Kosztami postępowania obciąża **Comparex Poland sp. z o.o., ul. Jutrzenki 183; 02-231 Warszawa** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez: **Qumak S.A., al. Jerozolimskie 134; 02-305 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Comparex Poland sp. z o.o., ul. Jutrzenki 183; 02-231 Warszawa** na rzecz **Qumak S.A., al. Jerozolimskie 134; 02-305 Warszawa** kwotę 18 600 zł 00 groszy (osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa prawnego.

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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Zamawiający - Komenda Główna Policji prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Zakup usługi serwisu pogwarancyjnego sprzętu dla centralnych systemów informatycznych CPD*”.

W dniu 21 lutego 2017 r., w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu – pod numerem 2017/S 036-065254.

Dnia 18 maja 2017 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania – w zakresie zadania nr 1 i 2.

Dnia 29 maja 2017 roku, wykonawca Qumak S.A. (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej – w zakresie zadania nr 2.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie: art. 8 ust. 1, 2, 3 Pzp oraz art. 96 ust. 3 Pzp, art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. 2003 r. Nr 153, poz. 1503. z późn. zm.) w zw. z art. 8 ust. 2 oraz 3 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp i art. 90 ust. 3 Pzp, art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, art. 26 ust. 3 Pzp, art. 26 ust. 4 Pzp w zw. z § 1 ust. 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. 2016 r., poz. 1126).

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności oceny ofert dla zadania nr 2 i wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) uznania za bezskuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i udostępnieniu odwołującemu wykazu osób i wyjaśnień RNC,
- 3) dokonania ponownej oceny ofert,
- 4) odrzucenia oferty Comparex, jako zawierającej rażąco niską cenę,
- 5) wykluczenie Comparex z postępowania,
- 6) ewentualnie, wezwanie Comparex do przedłożenia dokumentów potwierdzających prawidłowe wykonanie usług wskazanych w punkcie 1, 2 wykazu usług,
- 7) ewentualnie, wezwanie Comparex do złożenia w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, wyjaśnień w zakresie dokumentów potwierdzających spełnianie warunku dysponowania odpowiednim doświadczeniem,
- 8) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, iż oferta odwołującego jest druga w rankingu ofert. Odwołanie kwestionuje czynności oceny oferty wykonawcy będącego w rankingu ofert na pierwszej pozycji. W ocenie odwołującego, oferta Comparex powinna podlegać odrzuceniu z uwagi na

rażąco niską cenę. Ponadto istnieją przesłanki do wykluczenia tego wykonawcy. W takiej sytuacji oferta odwołującego byłaby najkorzystniejsza. Także naruszenie zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym prawa do wglądu do wyjaśnień RNC złożonych przez Comparex stanowi uszczerbek w uprawnieniu odwołującego do uzyskania dostępu do dokumentacji postępowania. Odwołujący nie jest bowiem w stanie dogłębnie zbadać i poddać pełnej weryfikacji oferty złożonej przez Comparex. Weryfikacja taka pozwoliłaby na rzeczywistą ocenę złożonych wyjaśnień pod kątem realności zaoferowanej ceny oraz wykazu osób pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu. W świetle powyższego, odwołujący jest w praktyce pozbawiony możliwości korzystania ze środka ochrony prawnej. Niewątpliwie taka sytuacja grozi poniesieniem przez odwołującego szkody. Reasumując, odwołujący ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, a niezgodna z prawem decyzja zamawiającego pozbawia go tego.

Na posiedzeniu przed otwarciem rozprawy odwołujący złożył dwa dowody. Pierwszy - pismo z ZUS wraz z kopią umowy zawartej pomiędzy ZUS a Comparex Poland na okoliczność, że spółka Comparex nie świadczyła usługi referencyjnej przedstawionej w dokumentach przetargowych służącej wykazaniu spełnienia wnuku udziału w postępowaniu, a tym samym złożenia przez tę spółkę nieprawdziwych informacji w zakresie świadczonej usługi oraz wartości świadczonej usługi. Drugi dowód na okoliczność, że usługa referencyjna wykazana przez Comaprex dotycząca usługi świadczonej dla banku PKO BP nie obejmowała swoim zakresem przedmiotu, który opisał zamawiający w warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający, na posiedzeniu przed otwarciem rozprawy oświadczył, że:

- 1) nie uwzględnia zarzutu dot. naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust 1 pkt 4 i art. 90 ust 3 Pzp tj. w zakresie rażąco niskiej ceny,
- 2) nie uwzględnia zarzutu dot. naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 96 ust 3 Pzp tj. w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczącej wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oraz wykazu osób,
- 3) w pozostałym zakresie uwzględnia zarzuty odwołania, tj. art. 24 ust 1 pkt 16 i 17, art. 26 ust. 3 i 4 Pzp w związku z § 1 ust 5 rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów.

Wobec stanowiska zamawiającego, odwołujący oświadczył, iż cofa wszystkie zarzuty, które nie zostały uwzględnione przez zamawiającego i *de facto* w tym zakresie cofa odwołanie.

Przystępujący – wykonawca Comparex, oświadczył, iż zgłasza sprzeciw co do uwzględnienia przez zamawiającego zarzutu dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp. W pozostałym zakresie sprzeciwu nie zgłasza.

Krajowa Izba Odwoławcza mając na względzie przepis art. 186 ust. 4 ustawy Pzp, który stanowi, że jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wnieśli sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów odwołania, Izba rozpoznaje odwołanie, postanowiła o skierowaniu do merytorycznego rozpoznania na rozprawę zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, albowiem tylko w tym zakresie przystępujący zgłosił sprzeciw. W pozostałym zakresie Izba stwierdziła, wobec oświadczenia zamawiającego i odwołującego, iż zachodzą przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 186 ust. 3a ustawy Pzp, w którym ustawodawca wskazał, że w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie, w jakim Izba skierowała odwołanie do merytorycznego rozpoznania na rozprawie, odwołujący wskazał, iż przystępujący Comparex wprowadził zamawiającego w błąd, co do spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z treścią części VI pkt 1 ppkt 2 s.i.w.z. - o udzielenie zamówienia na część drugą, mogli ubiegać się wykonawcy, który posiadali doświadczenie w zakresie wykonania w okresie trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie: co najmniej 2 (dwóch) usług polegających na serwisie pogwarancyjnym: serwerów i macierzy dyskowych, bibliotek taśmowych, switchy FC, obejmujące produkty producenta: HP w reżimie 24/7/365, trwających nie krócej niż 12 miesięcy każda, których wartość była nie mniejsza niż 1.000.000,00 zł (jeden milion złotych) brutto każda. Zamawiający nie wymagał przy tym, aby wartość 1.000.000,00 zł brutto dotyczyła wsparcia wyłącznie produktów ww. producenta.

Odwołujący wskazał, że realizowane na rzecz podmiotów wskazanych w wykazie złożonym przez przystępującego usługi, w ogóle nie obejmowały urządzeń producenta HP, o czym przystępujący doskonale wiedział i był tego świadomy, podając te informacje. Co więcej, usługa realizowana na rzecz ZUS była o wartości mniejszej niż wymagane 1.000.000,00 złotych brutto, o czym również wykonawca ten doskonale wiedział.

W ocenie odwołującego działanie takie stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy na podstawie art 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, albowiem nawet błąd nieświadomy, wywołany z przyczyn niezależnych od wykonawcy stanowi podstawę do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, pod warunkiem, że błąd ten może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Złożenie nieprawidłowego wykazu usług z całą pewnością było działaniem lekkomyślnym lub niedbałym. Oceny, czy zachowanie to miało znamiona; lekkomyślności/niedbalstwa, należy dokonywać w odniesieniu do dyspozycji art. 355 § 2 kc., tj. zawodowej staranności *Comparex*. Uważa się, że profesjonalizm dłużnika powinien przejawiać się w dwóch podstawowych cechach jego zachowania: postępowaniu zgodnym z regułami fachowej wiedzy oraz sumiennosci. Wzorzec należytej staranności musi uwzględnić zwiększone oczekiwania co do zawodowych kwalifikacji dłużnika- specjalisty, co do jego wiedzy jak i praktycznych umiejętności skorzystania z niej (por. wyrok SN: z dnia 22.09.2005 r., IV CK 100/05, LEX nr 187120). *Należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej przez niego działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwania co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej* (wyrok SA w Poznaniu z dnia 08.03.2006 r., sygn. akt I ACa 1018/05). *Wzorzec należytej staranności ujęty w art. 355 § 2 kc, oznacza, że staranność wymagana w stosunkach danego rodzaju będzie musiała być uwzględniana w odniesieniu do wiedzy, doświadczenia i umiejętności praktycznych, jakie wymagane są od przedsiębiorcy podejmującego się określonej działalności. Wysoki stopień staranności wymaganej od dłużnika wynika bezpośrednio z faktu, że oczekiwania osoby zawierającej z nim umowę*

zazwyczaj są wyższe niż w stosunku do osoby, która nie prowadzi danej działalności zawodowo. Ustawodawca zakłada więc, że osoba ta nie tylko ma większą wiedzę i doświadczenie niż osoba nieprowadząca takiej działalności, ale jest od niej rzetelniejsza i ma większą zdolność przewidywania (wyrok SA w Łodzi z dnia 06.10.2016 r., sygn. akt I ACa 246/16).

Złożenie nieprawidłowego (nieprawdziwego) wykazu z całą pewnością było też działaniem mogącym mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Wskutek złożenia wykazu w zaprezentowany przez przystępującego sposób, wykonawca ten został „zakwalifikowany” do udziału w postępowaniu, a w konsekwencji, jego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Tym samym, złożenie wykazu miało bezpośredni wpływ na wynik postępowania.

Mając na uwadze przywołane wyżej orzeczenia, uznać należy, że zamawiający winien był wykluczyć przystępującego z postępowania, z uwagi na działanie niedbałe/lekkomyślne, które mogło wprowadzić zamawiającego w błąd i wpłynąć na wynik postępowania.

W ocenie Izby, świadome posłużenie się wykazem usług, w którym wskazane usługi referencyjne, nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, miało charakter celowy, a przystępujący świadomie dążył do wprowadzenia zamawiającego w błąd. Nie ma też wątpliwości, że działanie takie miało wpływ na wynik postępowania. Brak dysponowania odpowiednim doświadczeniem spowodowałoby, iż przystępujący nie spełniałby warunków udziału w postępowaniu.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, przystępujący nie może zasłaniać się faktem, że nie miał świadomości, co do nie spełniania przez wskazane przez niego zadania wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, albowiem zadania te przystępujący realizował osobiście. Przystępujący Comparex załączył też referencje z realizacji tych inwestycji, tym samym miał pełną świadomość, że inwestycje te różniły się w sposób znaczący od wymagań zamawiającego, a pomimo tego w taki sposób opisał inwestycje, by zamawiający miał wrażenie, że inwestycje te odpowiadają jego wymaganiom.

Izba w wyroku z dnia 27 października 2014 r., sygn. akt KIO 2106/14 wskazała, iż *„istotą przesłanki wykluczenia wskazanej w art. 24 ust 2 pkt 3 pzp (obecnie - art. 24 ust. 1 pkt 16 pzp) jest zapewnienie należytego wykonania zamówienia w przyszłości oraz ochrona uczciwej konkurencji. Wykonawcy, którzy nie spełniają wymagań zamawiającego są winni wprowadzenia go w błąd, co do posiadania oczekiwanej zdolności podmiotowej lub przedmiotu oferty, są eliminowani z postępowania o udzielenie zamówienia z pominięciem trybu art. 26 ust 3 pzp”*.

Zdaniem odwołującego, niezależnie od wykluczenia przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, zachodzą też w niniejszej sprawie przesłanki, do wykluczenia tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, albowiem

zgodnie z jego dyspozycją 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.

Do wykluczenia wykonawcy konieczne jest więc w tym przypadku kumulatywne spełnienie następujących przesłanek:

- wykonawca działał w sposób zamierzony lub w warunkach rażącego niedbalstwa,
- wskutek tego zachowania zamawiający został wprowadzony w błąd,
- błąd dotyczy informacji, co do istnienia podstaw wykluczenia wykonawcy, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.

Wykaz usług załączony przez przystępującego został wypełniony w taki sposób, by sprawić wrażenie, że spełnia on wymogi podmiotowe w postępowaniu.

Tym samym można przyjąć, że zostały spełnione opisane wyżej przesłanki, gdyż zamawiający został wprowadzony w błąd, bowiem wbrew stanowi faktycznemu przyjął, że przystępujący Comparex nie polega wykluczeniu.

Odwołujący podniósł, iż w nauce prawa cywilnego przyjmuje się, w ślad za konstrukcją prawa karnego, że w wypadku winy umyślnej (zamierzonego działania) sprawca chce wyrządzić drugiemu szkodę lub naruszyć, ciążący na nim obowiązek albo przewidując możliwość takiego zachowania, co najmniej świadomie godzi się na powstanie takiego skutku. Rażące niedbalstwo to z kolei postać winy nieumyślnej, z którą mamy do czynienia w sytuacji, gdy dojdzie do znacznego odchylenia od wzorca należytej staranności, a w konsekwencji stopień naganności postępowania dłużnika będzie szczególnie wysoki, gdyż drastycznie i poważnie odbiega od modelu należytego zachowania się dłużnika (zob. Z. Radwański „Zobowiązania”, s. 268).

Sąd Najwyższy, w wyroku z dnia 10.03.2004 r., sygn. IV CK 151/03 wskazał, iż *„Przez rażące niedbalstwo rozumie się natomiast niezachowanie minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji. O przypisaniu pewnej osobie winy w tej postaci decyduje więc zachowanie się przez nią w określonej sytuacji w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej, (...). Za miernik należytej staranności uznaje się więc miernik obiektywny, odnoszący się do każdego, kto znajdzie się w określonej sytuacji, formułowany zatem np. dla profesjonalnego wykonawcy inwestycji budowlanych, lekarza określonej specjalności, nauczyciela wychowania fizycznego, kierowcy samochodowego, na podstawie takich dotyczących ich reguł, jak; zasady współżycia społecznego, szczegółowe normy prawne, pragmatyki zawodowe, zwyczaje itp.”.*

Przypisanie określonej osobie niedbalstwa uznaje się za uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Przez rażące niedbalstwo rozumie się natomiast niezachowanie minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji. O przypisaniu pewnej osobie winy w tej postaci decyduje więc zachowanie się przez nią w określonej sytuacji w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10.03.2004 r., sygn. akt IV CK 151/03).

W kontekście zamówień publicznych, elementem koniecznym do ustalenia czy działaniu wykonawcy można przypisać cechy rażącego niedbalstwa jest ustalenie standardu staranności jakim winien wykazać się wykonawca. Nie ulega wątpliwości, że w niniejszym postępowaniu, należyta staranność określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru działalności przystępującego Comparex (art. 355 § 2 kc.). Prowadzona przez przystępującego działalność profesjonalna uzasadnia zwiększone oczekiwania, co do jego umiejętności w zakresie prowadzonej działalności. Oczekiwania te są zwiększone tym bardziej, że podstawową działalnością przystępującego Comparex jest działalność w zakresie informatycznym, a zatem Comparex ma pełną świadomość tego, jakie prace można uznać za spełniające wymogi zamawiającego, a jakie prace wymogu tego nie spełniają.

Skoro odwołujący był w stanie w ciągu zaledwie kilku dni, które miał na złożenie odwołania zweryfikować fakt niespełniania wymogów ubiegania się o zamówienie przez przystępującego, to tym bardziej ustalenia takie mógł poczynić Comparex, o ile w ogóle własne doświadczenie wymaga jakiegokolwiek weryfikacji, ponieważ musi ono być temu podmiotowi znane i tak znaczące różnice pomiędzy składanymi oświadczeniami i stanem faktycznym tłumaczone mogą być wyłącznie zamierzonym działaniem bądź też rażącym niedbalstwem.

Odwołujący wskazała, że niezależnie od zmiany brzmienia przepisu regulującego konsekwencje złożenia nieprawdziwych informacji przez wykonawcę, aktualne pozostaje stanowisko, zgodnie z którym złożenie dokumentu o nieprawdziwej treści nie może być później konwalidowane przez uzupełnienie kwestionowanego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż takiemu uzupełnieniu podlega wyłącznie dokument niezłożony lub wadliwy, a dokument zawierający informację nieprawdziwą i nie może zostać uznany za dokument wadliwy, a więc zawierający określone błędy.

Krajowa Izba Odwoławcza podzielając stanowisko odwołującego wskazuje, co następuje.

Przystępujący do oferty załączył wykaz wykonanych usług, który w swojej treści podawał trzy usługi referencyjne, tj.:

- 1) Usługę wykonaną dla Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (w latach 1.10.2011 – 30.09.2014),

- 2) Usługę wykonaną dla Pekao Banku Polskiego (w latach 10.2014 – 10.2017),
- 3) Usługę wykonaną dla Vienna Insurance Group (w latach 01-2008 – 12.2014).

Dla ww. usług przystępujący podał, iż dotyczyły one serwisu pogwarancyjnego sprzętu: serwerów i macierzy dyskowych, bibliotek taśmowych switchy FC; producentów Dell i HP (dla poz. 1), IBM, Cisco i HP (dla poz. 2), IBM, Dell, Oracle, HDS i HP (dla poz. 3), gdzie HP w reżimie 24/7/365, oraz że przekraczały swoją wartością 1 000 000 zł brutto każda.

W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, poza wskazanym wyżej wykazem, przystępujący do oferty załączył dowody określające czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa były, w tym postępowaniu referencje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący i zamawiający prawidłowo przyjęli, że przystępujący składając dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu, a działania te zostały wywołane w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, albowiem przystępujący przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, i to informacje mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Podnieść bowiem należy, że przystępujący był wykonawcą bezpośrednio zaangażowanym w realizację referencyjnych usług, dlatego też w pełni posiadał wiedzę zarówno co do zakresu świadczonych usług oraz wartości tych usług. Tym samym świadome podanie tych informacji zamawiającemu, wywołało mylne wyobrażenie zamawiającego, co do faktycznego doświadczenia przystępującego w realizacji usług, wg. kryteriów które opisał zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Potwierdzeniem okoliczności podania informacji przez przystępującego, które to informacje wprowadziły zamawiającego w błąd, są dowody zgłoszone przez odwołującego. I tak z dowodu nr 1 - pismo z ZUS wraz z kopią umowy zawartej pomiędzy ZUS, a Comparex Poland wynika, że przystępujący nie świadczył usługi referencyjnej przedstawionej w dokumentach przetargowych służącej wykazaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz wartościowo usługa ta nie odpowiada limitowi ustalonym przez zamawiającego. Z dowodu nr 2 - dotyczącego usługi świadczonej dla banku PKO BP, wynika, że usługa świadczona przez przystępującego, nie obejmowała swoim zakresem przedmiotu, który opisał zamawiający w warunku udziału w postępowaniu.

Powyższe dowody w sposób bezpośredni dowodzą, iż przystępujący w sposób celowy i zamierzony wprowadził zamawiającego w błąd, co było wynikiem lekkomyślności lub rażącego niedbalstwa, albowiem nie sposób przyjąć, iż wykonawca, który wykonując

określone usługi na rzecz swoich kontrahentów nie zna zakresu świadczenia tych usług, czy nie zna ich wartości. Przystępujący dowodów przeciwnych nie złożył.

Jak wskazał Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, w wyroku z dnia 4 maja 2017 roku, w sprawie C-387/14, odpowiadając na pytanie prejudycjalne skierowane przez Krajową Izbę Odwoławczą, „Czy art. 45 ust 2 lit. g) dyrektywy 2004/18, wskazujący, że z postępowania można wykluczyć wykonawcę winnego poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji, można interpretować w ten sposób, że z postępowania wyklucza się wykonawcę, który złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania, uznając, że winą we wprowadzeniu w błąd jest samo przekazanie instytucji zamawiającej informacji niezgodnych ze stanem faktycznym, a mających wpływ na decyzję instytucji zamawiającej w zakresie wykluczenia wykonawcy (i odrzucenia jego oferty) niezależnie od tego, czy wykonawca dokonał tego umyślnie i celowo, czy też z winy nieumyślnej, poprzez lekkomyślność, niedbalstwo lub niezachowanie należytej staranności? Czy za »winnego poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji« można uznać tylko wykonawcę, który przedstawił informacje nieprawdziwe (niezgodne ze stanem faktycznym), czy również wykonawcę, który co prawda przedstawił informacje prawdziwe, lecz przedstawił je w taki sposób, by instytucja zamawiająca powzięła przekonanie, że wykonawca spełnia postawione przez nią wymogi, pomimo że ich nie spełnia?” udzielił odpowiedzi, iż „artykuł 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy 2004/18, umożliwiający wykluczenie z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy „winnego poważnego” wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania żądanych przez instytucję zamawiającą informacji, należy interpretować w ten sposób, że przepis ten można zastosować, jeżeli dany wykonawca dopuścił się pewnego stopnia niedbalstwa, a mianowicie niedbalstwa mogącego mieć decydujący wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, wyboru lub udzielenia zamówienia publicznego, bez względu na to, czy stwierdzone zostanie umyślne naruszenie przepisów przez tego wykonawcę.”. Co prawda orzeczenie TS UE zostało wydane do stanu prawnego sprzed nowelizacji, jednakże w ocenie Izby znajduje zastosowanie w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym.

Skład orzekający podziela również stanowisko wypracowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów Okręgowych, iż złożenie przez wykonawcę dokumentów, które wprowadzają zamawiającego w błąd, tj. poprzez świadome ich podanie zamawiającemu – zamierzone działanie – powoduje skutek bezpośredni polegający na wykluczeniu takiego wykonawcy z postępowania. W powyższym zakresie wykluczona jest bowiem możliwość wzywania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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 ze zm.).

Przewodniczący:

.....

.....