

Sygn. akt: KIO 1682/13

WYROK
z dnia 24 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 lipca 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 lipca 2013 r. przez **Kancelarię Radców Prawnych Ć..... i Partnerzy Sp. p. z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Agencję Rozwoju Mazowsza S.A. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy – **R..... Z....., prowadzącego działalność pod firmą Kancelaria Prawna R..... Z.....**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie;**
2. Kosztami postępowania obciąża **Kancelarię Radców Prawnych Ć..... i Partnerzy Sp. p. i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Kancelarii Radców Prawnych Ć..... i Partnerzy Sp. p.** na rzecz **Agencji Rozwoju Mazowsza S.A.** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Agencja Rozwoju Mazowska S.A. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Doradztwo prawne na rzecz Agencji Rozwoju Mazowska S.A.*

W dniu 9 lipca 2013 r. wykonawca - Kancelaria Radców Prawnych *Ć.....* i Partnerzy Sp. p. - wniósł odwołanie wobec czynności wykluczenia tego wykonawcy z postępowania. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 26 ust. 3 i ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że został wykluczony z udziału w postępowaniu o udzielenie niniejszego zamówienia na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, co - zgodnie z brzmieniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp - skutkowało odrzuceniem oferty Odwołującego.

Według Odwołującego stan faktyczny sprawy przedstawia się następująco:

W toku postępowania Zamawiający wezwał jednokrotnie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień w określonym przedmiotowo zakresie. W związku z tym, że Odwołujący załączył do oferty dowody potwierdzające należyte wykonanie usług wymienionych w *Wykazie wykonanych usług* wystawione wcześniej niż na trzy miesiące przed upływem terminu składania ofert (tj. przed dniem 3 czerwca 2013 r.), Zamawiający, pismem z dnia 11 czerwca 2013r., wezwał Odwołującego - na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, zgodnie z SIWZ, należyte wykonanie usług wskazanych w załączonym do oferty *Wykazie wykonanych usług*, z następującą informacją: *W przypadku braku możliwości uzupełnienia któregokolwiek z ww. dokumentów należy złożyć nowy „Wykaz wykonanych usług”, który będzie potwierdzał spełnianie warunków udziału w postępowaniu.* W piśmie z dnia 11 czerwca 2013 r. Zamawiający, działając na podstawie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, wezwał także Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie dyżurów, co miało na celu potwierdzenie, czy Odwołujący spełnia warunek określony w sekcji 5 pkt 1 ppkt b tiret 1 SIWZ. Zamawiający wyznaczył termin na uzupełnienie dokumentów i złożenie wyjaśnień do dnia 13 czerwca 2013 r., do godz. 09.00. W odpowiedzi na powyższe wezwanie wyjaśnienia w zakresie wymaganym przez Zamawiającego oraz załączył dokumenty, których Zamawiający żądał w wezwaniu. Ze względu na brak możliwości dostarczenia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi na rzecz MPWiK wskazanej pierwotnie

w *Wykazie wykonanych usług*, Odwołujący załączył do ww. pisma nowy wykaz usług, uzupełniony o pozycję potwierdzającą spełnianie warunku dotyczącego posiadania doświadczenia w reprezentacji pracodawcy przed sądem powszechnym w sporze z pracownikiem lub byłym pracownikiem, o którym mowa w sekcji 5 pkt 1 ppkt b tiret 5 SIWZ. Do nowego wykazu załączył dokument potwierdzający należyte wykonanie ww. usługi.

W dniu 4 lipca 2013 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu zawiadomienie o wyniku postępowania, informujące, że Odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale 5.1.b tiret 2 SIWZ oraz że złożył w wykazie usług nieprawdziwą informację, która mogłaby mieć wpływ na wynik postępowania. Odwołujący na potwierdzenie spełniania ww. warunku wskazał dwa postępowania prowadzone przez Wojewódzkie Ośrodki Ruchu Drogowego, które reprezentuje Wojewódzki Ośrodek Ruchu Drogowego w Ciechanowie. W piśmie z dnia 11 czerwca 2013 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi świadczonej na rzecz WORD. Odwołujący dostarczył wymagany dokument w wyznaczonym terminie. Z treści złożonego dokumentu wynikało, że jedno ze wskazanych przez Odwołującego postępowań nadal trwa (Zamawiający wymagał wskazania usług zakończonych), na co wskazano w liście referencyjnym z dnia 29 maja 2013 r. Ponadto, Zamawiający dostrzegł rozbieżność między datą realizacji usługi w wykazie a datą realizacji tej usługi wskazaną w liście referencyjnym (z listu referencyjnego wynika, że usługa nadal trwa, natomiast w wykazie usług jest informacja, że usługa była świadczona w okresie od 10.2012 do 04.2013r.). W ocenie Zamawiającego powyższe wskazuje, że wystąpiła przesłanka z art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, skutkująca wykluczeniem Odwołującego z postępowania.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia go z postępowania, a zachowanie Zamawiającego wzbudza zastrzeżenia co do poszanowania zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji. Odwołujący podniósł, że już od wszczęcia postępowania towarzyszą mu okoliczności, które mogą budzić przypuszczenia, że Zamawiającemu zależy, aby to konkretny wykonawca - dotychczas obsługujący Zamawiającego - realizował przedmiotowe zamówienie. Zastrzeżenia Odwołującego budzi moment opublikowania informacji o wszczęciu postępowania i rychły termin składania ofert (opublikowanie informacji o postępowaniu nastąpiło 29 maja 2013 r. (środa), natomiast termin składania ofert wyznaczono na dzień 3 czerwca 2013r. (poniedziałek) na godz. 8.30. Czas na przygotowanie oferty obejmował aż 4 dni niepracujące (30 maja wypadał bowiem dzień świąteczny), co niektórym wykonawcom uniemożliwiło złożenie oferty lub co najmniej w znacznym stopniu utrudniło prawidłowe przygotowanie oferty. Dodatkowym utrudnieniem, być może w celu wyeliminowania z udziału w postępowaniu „niechcianej konkurencji”, było wymagane w tym przetargu wadium

w wysokości 5.000, 00 zł, tj. trudność w zaksięgowaniu ww. kwoty na rachunku bankowym ARM S.A. przed upływem terminu składania ofert (czas na dokonanie wpłaty wadium był upływał w środę 29 maja 2013 r. lub ewentualnie w piątek 31 maja 2013 r.- pozostałe dni były wolne od pracy). Z uwagi na ww. utrudnienia ofertę udało się złożyć tylko dwóm wykonawcom tj. Odwołującemu oraz wykonawcy dotychczas realizujące obsługę prawną Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego, powyższe potwierdzają także czynności, jakie podejmował Zamawiający w toku postępowania, ale też czynności, których zaniechał. Odwołujący podniósł, że jeśli Zamawiający w złożonych w odpowiedzi na wezwanie dokumentach dostrzegł nieścisłości pomiędzy dostarczonym dokumentem (w tym przypadku referencją z Wojewódzkiego Ośrodka Ruchu Drogowego w Ciechanowie z dnia 29 maja 2013r.), a treścią wykazu usług, to powinien wezwać wykonawcę - na podstawie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp - do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Odwołujący zaznaczył, iż Zamawiający nie jest uprawniony do arbitralnego rozstrzygnięcia, z którego z mechanizmów (uzupełnienie czy wyjaśnienie) skorzysta. Powołał się na orzeczenie KIO/UZP 2544/10, w którym Izba stwierdziła, że czynność wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów jest czynnością następczą w odniesieniu do czynności wyjaśnienia treści dokumentów na podstawie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy i jeżeli wynikające z treści dokumentów wątpliwości mogą zostać usunięte w drodze wyjaśnień, to zastosowanie w pierwszej kolejności ma instytucja uregulowana a wart. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że przepis art. 26 nie narzuca Zamawiającemu dokonywania czynności zgodnie z chronologią ustępów przedmiotowego artykułu. W niniejszej sprawie Zamawiający, mając wątpliwości po otrzymaniu wyjaśnień i uzupełnień, powinien wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień, w następstwie czego nie można także wykluczyć ewentualnego wezwania do uzupełnień. Co prawda Odwołujący został w toku badania i oceny ofert wezwany do uzupełnień, ale w zupełnie innym zakresie. Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania, bazując na dotychczas zebranych informacjach i dokumentach, wskazując, że przesłanki do wykluczenia powziął z przedłożonego przez wykonawcę i uzupełnionego na skutek wezwania Zamawiającego wykazu usług. Jednak wezwanie do uzupełnienia wykazu dotyczyło innego zakresu, stąd według Odwołującego i zgodnie z orzecznictwem, Zamawiający powinien dążyć do wyjaśnienia nieścisłości, jakie uwidoczniły się po złożeniu wymaganych przez Zamawiającego dokumentów, a nie automatycznie wykluczyć Odwołującego z postępowania.

Odwołujący podniósł, że dodatkową trudnością w prawidłowym uzupełnieniu dokumentów był krótki czas wyznaczony przez Zamawiającego na ich złożenie. Wezwanie do uzupełnień i wyjaśnień zostało przesłane do Odwołującemu mailem w dniu 11 czerwca

2013 r. o godzinie 15.46, natomiast termin na złożenie odpowiedzi na ww. pismo wyznaczono już na 13.06.2013r. na godz. 9.00. Zatem wykonawca miał tylko jeden dzień na przygotowanie wymaganych dokumentów i złożenie wyjaśnień.

Zdaniem Odwołującego, w konsekwencji zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień bądź uzupełnienia dokumentów, Zamawiający przyjął, że Odwołujący posłużył się w wykazie nieprawdziwą informacją w celu uzyskania zamówienia. Zamawiający nie podjął nawet próby uzyskania jakichkolwiek wyjaśnień zaistniałego stanu rzeczy.

Odwołujący wyjaśnił, że nieścisłość, jaka pojawiła się przy wskazywaniu daty realizacji usługi świadczonej na rzecz WORD, wyniknęła z pomyłki Odwołującego. Odwołujący ma świadomość, że przy składaniu każdej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oświadcza, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Tak też było w tym przypadku. Błąd, jaki wkradł się do wykazu usług złożonego z tą ofertą nie może stanowić przyczyny, na podstawie której Zamawiający wyklucza z postępowania Odwołującego. Jeśli przyjąć tok rozumowania Zamawiającego, jaki zastosował w tej sytuacji, to każda omyłka w wykazie powinna skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania w związku z oświadczeniem nieprawdy. Interpretacja taka przeczyłaby zasadności istnienia przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że wykluczając wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 należy bezspornie wykazać, że przedkładane dokumenty i oświadczenia zawierają nieprawdziwe informacje, a zatem podjęcie przedmiotowego rozstrzygnięcia wymaga przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego, przy czym wątpliwości nie można tłumaczyć na niekorzyść wykonawcy. Tylko stwierdzenie w sposób niebudzący wątpliwości, iż przedłożono nieprawdziwe informacje, które miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania, może skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania. W tym przypadku główny zarzut kierowany pod adresem Zamawiającego to brak przeprowadzenia jakichkolwiek czynności wyjaśniających.

Odwołujący podniósł, iż - niezależnie od tego, że w przedmiotowej sprawie w ogóle nie doszło do przekazania nieprawdziwych informacji - nie każde podanie nieodzwierciedlających faktycznego stanu informacji wiąże się z wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Jeżeli podanie wiadomości nieprzystających do rzeczywistości jest wynikiem błędu czy też omyłki, wówczas nie może skutkować skorzystaniem z dyspozycji przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Za powyższym przemawia brzmienie przepisu art. 45 ust. 2 lit. g) Dyrektywy 2004/18/WE, stanowiącego wskazówkę interpretacyjną na gruncie prawa krajowego. Zgodnie z rzezonym przepisem wykluczeniu z postępowania podlega wykonawca, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub

nieprzekazania wymaganych informacji. Zatem wykluczeniem z postępowania skutkuje tylko poważne wprowadzenie w błąd, a zatem posiadające walor istotności, przy czym konieczny jest element zawinienia. Odwołujący powołał się również na art. 84 ust. 2 Kodeksu cywilnego, stanowiący, iż w zakresie wad oświadczenia woli można powoływać się nie na jakikolwiek błąd, ale jedynie na błąd istotny. Powyższe wyłącza zatem zastosowanie sankcji wykluczenia w przypadku podania nieprawdziwych informacji nieświadomie, w wyniku omyłki czy też błędu. Nie jest bowiem zasadnym zrównanie pozycji wykonawcy, który celowo i świadomie przekazał Zamawiającemu informacje niezgodne z rzeczywistością z pozycją wykonawcy, który omyłkowo czy też nieświadomie podał nieprawdziwe informacje. Błąd czy też niedbalstwo wykonawcy w przedmiotowym zakresie nie może skutkować wykluczeniem z postępowania, skoro wykonawcy nie można przypisać winy umyślnej. Wykluczeniu podlega tylko wykonawca, który celowo, działając w zamiarze bezpośrednim, przekazuje nieprawdziwe informacje, czego niewątpliwie nie można przypisać Odwołującemu.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie wykazał, że Odwołujący działał w warunkach celowego, zamierzonego i w pełni zawinionego przekazania nieprawdziwych informacji. Do ujęcia w wykazie usług „niewłaściwego” postępowania doszło przez pomyłkę, do której z pewnością przyczynił się bardzo krótki czas na sporządzenie oferty. W niniejszej sprawie nie można zatem mówić o złożeniu przez Odwołującego nieprawdziwych informacji, mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania. Zamawiający był natomiast zobowiązany do wezwania Odwołującego do wyjaśnień, względnie uzupełnień, a wskutek braku uprzedniego wezwania do wyjaśnień/uzupełnień nie można także mówić o niespełnieniu przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonania ponownego badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z Rozdziałem 5 SIWZ (*Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków*) pkt 1 lit. b tiret 2, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert wykonali należycie *co najmniej dwie usługi (poza umową na stałą obsługę prawną) polegające na zapewnieniu wsparcia prawnego zamawiającemu w zakresie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych według ustawy prawo zamówień publicznych, które dotyczyły*

zamówienia publicznego o szacunkowej wartości równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, polegającego co najmniej na opracowaniu formalnym i opiniowaniu Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), zapewnieniu wsparcia w zakresie udzielania wyjaśnień dotyczących treści SIWZ oraz na etapie badania i oceny ofert w tym poprzez przygotowanie projektów pism, wezwań, rozstrzygnięć itp., z czego przynajmniej jedna dotyczyła zamówienia, którego przedmiotem był sprzęt komputerowy wraz z oprogramowaniem.

Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku Odwołujący złożył wraz z ofertą wykaz wykonanych usług, w którym w poz. 3 wskazał usługi wykonane na rzecz Wojewódzkiego Ośrodka Ruchu Drogowego w Ciechanowie, polegające na przeprowadzeniu w imieniu zamawiającego, w trybie art. 15 ust. 2b ustawy następujących postępowań o udzielenie zamówienia publicznego:

1. Zakup sprzętu komputerowego, urządzeń sieciowych i zasilających oraz licencji i oprogramowania - usługa wykonana w okresie listopad 2012-luty 2013;
2. Zintegrowany system teleinformatyczny dla potrzeb przeprowadzania egzaminów państwowych na prawo jazdy - usługa wykonana w okresie październik 2012-kwiecień 2013.

Na potwierdzenie, że ww. usługi zostały wykonane należycie, Odwołujący przedłożył list referencyjny wystawiony przez Wojewódzki Ośrodek Ruchu Drogowego w Warszawie, zawierający informację, że do dnia 25 lutego 2013 r. Odwołujący przeprowadził na rzecz wystawcy referencji postępowania: na wdrożenie systemu teleinformatycznego, tj. oprogramowania do obsługi procesów egzaminowania kandydatów na kierowców w Wojewódzkich Ośrodkach Ruchu Drogowego oraz na zakup sprzętu komputerowego, urządzeń sieciowych i zasilających oraz licencji oprogramowania.

W dniu 11 czerwca 2013 r. Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia (do dnia 13 czerwca 2013 r. godz. 9.00) dowodów potwierdzających, że usługi wymienione w poz. 1, 2, 3, 7 i 8 wykazu wykonanych usług zostały wykonane lub są wykonywane należycie. W odniesieniu do usług wskazanych w poz. 3 wykazu Zamawiający poinformował, że nie złożono listy referencyjnego (list referencyjny z 25 lutego 2013 r. pochodzi z WORD w Warszawie, a nie z WORD w Ciechanowie). Zamawiający poinformował również, że w przypadku braku możliwości uzupełnienia któregośkolwiek z dokumentów, należy złożyć nowy wykaz wykonanych usług, który będzie potwierdzał spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący złożył nowy wykaz usług, w którym, w poz. 3 wskazał te same usługi wykonane na rzecz WORD w Ciechanowie. Odwołujący załączył list

referencyjny z dnia 29 maja 2013 r. wystawiony przez WORD w Ciechanowie, w którym stwierdza się m.in., że obecnie prowadzone jest postępowanie pn. *Zintegrowany system teleinformatyczny dla potrzeb przeprowadzenia egzaminów państwowych na prawo jazdy*.

Zawiadomieniem z 3 lipca 2013 r. (przekazanym wykonawcom 4 lipca 2013 r.) Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania, w tym o wykluczeniu Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, że zgodnie z Rozdziałem 5.1.b tiret 2 warunkiem udziału w postępowaniu było wykonanie usług obejmujących co najmniej wsparcie prawne na etapie badania i oceny ofert w tym poprzez przygotowanie projektów pism, wezwań, rozstrzygnięć. Z załączonej referencji dotyczącej postępowania pn. *Zintegrowany system teleinformatyczny dla potrzeb przeprowadzenia egzaminów państwowych* wynika, że na dzień składania ofert postępowanie to nie zostało zakończone, tym samym wykonawca nie spełnił warunku stawianego przez Zamawiającego. Ponadto Zamawiający podał, że zamieszczona w wykazie informacja na temat okresu realizowania ww. usługi jest informacją nieprawdziwą, mającą wpływ na wynik postępowania.

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na niezyskaniu zamówienia.

Izba nie rozpatrzyła merytorycznie zarzutów dotyczących sposobu prowadzenia postępowania przez Zamawiającego, w tym wyznaczonego terminu składania ofert i wpłaty wadium czy terminu wyznaczonego na uzupełnienie dokumentów, uznając, że czynności te nie zostały przez Odwołującego zaskarżone w terminie przewidzianym na wniesienie odwołania.

W związku z powyższym ocenie Izby podlegała wyłącznie czynność polegająca na wykluczeniu Odwołującego z postępowania. W tym zakresie Izba ustaliła, że czynność ta była uzasadniona ze względu na niewykazanie przez Odwołującego spełniania warunku udziału w postępowaniu, określonego w Rozdziale 5.1.b tiret 2 SIWZ.

Bezsporna między stronami była okoliczność, że dokumenty złożone przez Odwołującego zarówno z ofertą, jak i następnie na skutek uzupełnienia, nie potwierdzały spełniania spornego warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący ani w odwołaniu, ani na rozprawie nie wywodził, że usługa wsparcia prawnego w postępowaniu pn. *Zintegrowany system teleinformatyczny dla potrzeb przeprowadzenia egzaminów państwowych* spełniała wymagania Zamawiającego. Stanowisko Odwołującego opierało się na tezie, że mimo

niezłożenia właściwych dokumentów brak było podstaw do wykluczenia go z postępowania. Zdaniem Odwołującego Zamawiający miał obowiązek wyjaśnić zaistniałą rozbieżność w zakresie dat wykonania usługi i wezwać do złożenia prawidłowych dokumentów.

Izba nie podzieliła powyższego poglądu Odwołującego, uznając, że brak było podstaw do ponownego wezwania, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby, zasadą jest jednorazowe stosowanie przez Zamawiającego procedury określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Przepis ten nie daje podstawy do ponownego wezwania do uzupełnienia dokumentów dotyczących spełniania tego samego warunku udziału w postępowaniu. Przeciwnie, wielokrotne korzystanie z tej procedury, według uznania Zamawiającego, mogłoby stać w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców.

Odstępstwo od zasady jednorazowego wzywania do uzupełnienia dokumentów w tym samym zakresie dopuszczane jest w orzecznictwie wyłącznie w sytuacji wadliwości pierwszego wezwania. Jeśli więc wezwanie było nieprecyzyjne, niezrozumiałe, niedające wykonawcy możliwości prawidłowego ustosunkowania się do niego, powinno zostać ponowione w sposób prawidłowy.

W przedmiotowej sprawie Odwołujący został wezwany w dniu 11 czerwca 2013 r. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Wezwanie dotyczyło m.in. warunku, o którym mowa w Rozdziale 5.1.b tiret 2 SIWZ, którego spełniania Odwołujący nie wykazał dokumentami załączonymi do oferty. Wezwanie było precyzyjne oraz zawierało pouczenie, że w przypadku niemożliwości przedłożenia wskazanego przez Zamawiającego dokumentu, należy przedstawić nowy wykaz i udokumentować wykonanie innej usługi, spełniającej wymagania określone w SIWZ. W tych okolicznościach, procedurę określoną w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp należy uznać za zastosowaną prawidłowo. Wykonawca, mimo błędu w pierwotnie złożonych dokumentach, miał możliwość jego naprawienia, składając dokumenty, które potwierdzą spełnianie spornego warunku. Konieczność złożenia - w odpowiedzi na wezwanie - bądź dokumentu potwierdzającego dane zawarte w wykazie, bądź wykazu zawierającego inne usługi, które wykonawca jest w stanie należycie udokumentować, musiała być dla Odwołującego oczywista, zwłaszcza biorąc pod uwagę profesjonalny charakter działalności Odwołującego w dziedzinie postępowań o udzielenie zamówień publicznych.

Przyjęcie poglądu Odwołującego prowadziłoby do nałożenia na Zamawiającego obowiązku umożliwienia wykonawcom niczym nieograniczonej możliwości „poprawiania” złożonych dokumentów. Taki pogląd, zdaniem Izby, nie ma oparcia ani w *ratio legis* art. 26

ust. 3 ustawy Pzp, ani w pozostałych przepisach prawa (w tym w zasadach określających sposób prowadzenia postępowań) i jest nie do zaakceptowania.

Nie zasługuje także na uwzględnienie teza Odwołującego o konieczności zastosowania procedury wyjaśniającej określonej w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. W sytuacji prawidłowego wezwania do uzupełnienia dokumentów i przedłożenia dokumentów, które spełniania warunku nie potwierdzają (co nie jest kwestionowane przez Odwołującego), trudno znaleźć uzasadnienie dla nałożenia na Zamawiającego obowiązku prowadzenia dalszej procedury wyjaśniającej. Skład orzekający podzielił w tym zakresie pogląd wyrażony przez Izbę w wyroku KIO 416/12, w którym Izba stwierdziła, że *obowiązek złożenia dokumentów, które potwierdzają określone okoliczności, spoczywa na wykonawcy i to on musi dołożyć należytej staranności, aby temu obowiązkowi zadośćuczynić, a przez to nie narazić się na negatywne konsekwencje, czy to w postaci wykluczenia z postępowania, czy też odrzucenia ofert. Zaniechanie w tym zakresie obciąża wykonawcę, a nie zamawiającego. Nie może być bowiem tak, iż wykonawca, który nie złożył określonych dokumentów wraz z ofertą, na wezwanie zamawiającego dokonuje ich uzupełnienia i oczekuje, że jednoznaczne potwierdzenie spełnianych wymagań nastąpi w trybie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Takie działanie wykonawcy nie korzysta z ochrony i nie jest objęte dobrodziejstwem normy prawnej zawartej w przepisie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.*

Wobec powyższego, w związku faktem, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania należy uznać za zasadną.

Izba nie podzieliła natomiast zasadności drugiej z podstaw wykluczenia, wskazanej przez Zamawiającego, tj. złożenia przez Odwołującego nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. W zakresie tej przesłanki wykluczenia wykonawcy orzecznictwo sądowe (wyroki: Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19 lipca 2012 r. sygn. akt IV Ca 683/12, Sądu Okręgowego w Toruniu z dnia 6 grudnia 2012 r. sygn. akt VI Ga 134/12 i Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 25 stycznia 2013 r. sygn. akt II Ca 1285/12) stoi na stanowisku, że wykluczając wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, należy bezspornie wykazać, że przedkładane dokumenty i oświadczenia zawierają nieprawdziwe informacje, a ich przedłożenie jest wynikiem zamierzonego, zawinionego działania wykonawcy, nie zaś wynikiem niezrozumienia wymagań, czy - jak to podnosił Odwołujący w niniejszym postępowaniu - wynikiem omyłki.

W ocenie Izby brak jest wystarczających podstaw do przyjęcia, że Odwołujący działał z zamiarem złożenia nieprawdziwych informacji, w celu wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do posiadania wymaganego doświadczenia. Jakkolwiek pewne okoliczności

sprawy mogą świadczyć o intencjonalnym działaniu Odwołującego, to nie można również wykluczyć wystąpienia w przedłożonych dokumentach błędu spowodowanego omyłką. Rozstrzygając wątpliwości w tym zakresie na korzyść Odwołującego Izba uznała więc, że podstawy faktyczne do wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie zostały dostatecznie wykazane. Ze względu jednak na potwierdzenie się zaistnienia przesłanki wykluczenia określonej w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu. Wskazanie bowiem przez Zamawiającego dodatkowej, nieprawidłowo zastosowanej podstawy wykluczenia, nie jest naruszeniem przepisów mogących mieć wpływ na wynik postępowania, zatem - stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp - nie mogło stanowić podstawy uwzględnienia odwołania.

W związku z powyższym orzeczono jak sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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).

Przewodniczący: