

Sygn. akt KIO/UZP 1747/09

**WYROK**  
**z dnia 2 lutego 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek**

**Członkowie: Barbara Bettman**  
**Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 stycznia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **ComArch S.A., al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Centralny Ośrodek Informatyki Statystycznej, al. Niepodległości 208, 00-925 Warszawa** protestu z dnia 12 listopada 2009 r.

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty oraz nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert.**

**2. kosztami postępowania obciąża Centralny Ośrodek Informatyki Statystycznej, al. Niepodległości 208, 00-925 Warszawa i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **ComArch S.A., al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 044 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Centralny Ośrodek Informatyki Statystycznej, al. Niepodległości 208, 00-925 Warszawa** na rzecz **ComArch S.A., al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kwoty zaliczonej w poczet kosztów postępowania z wpisu uiszczanego przez odwołującego oraz wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **3 056 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ComArch S.A., al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków.**

### **U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający - Centralny Ośrodek Informatyki Statystycznej prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest rozbudowa oprogramowania Portalu Sprawozdawczego GUS w zakresie funkcjonalnym oraz wsparcie zamawiającego podczas instalacji i wdrożenia wykonanej rozbudowy. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 28.09.2009 roku pod nr 335676 – 2009.

W związku z informacją z dnia 5 listopada 2009 roku o wykluczeniu odwołującego - ComArch S.A. z udziału w postępowaniu i odrzuceniu jego oferty, odwołujący wniósł protest a następnie odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp - przez wykluczenie odwołującego z postępowania, pomimo iż odwołujący nie złożył nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania w zakresie posiadanego doświadczenia zawodowego;

2. art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego, w sytuacji, gdy jego oferta nie podlega odrzuceniu;
3. art. 91 ust 1 ustawy Pzp przez zaniechanie dokonania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w sytuacji, gdy oferta odwołującego jest ofertą niepodlegającą odrzuceniu, a odwołujący nie podlega wykluczeniu;
4. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

Do odwołania odwołujący załączył uzasadnienie naruszenia wskazanych powyżej przepisów ustawy, stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Załącznik nr 1) z wnioskiem o nieujawnianie treści Załącznika Nr 1 na podstawie przepisu art. 8 ust. 3 ustawy jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że zamawiający, na którym spoczywa ciężar udowodnienia zgodnie z art. 6 kc, nie przedstawił żadnych wiarygodnych dowodów na poparcie twierdzeń, że odwołujący złożył nieprawdziwe informacje. Za dowody takie nie można uznać informacji pochodzących i opublikowanych na stronach internetowych różnych podmiotów gospodarczych, z uwagi na to, że ich wiarygodność jest trudna do zweryfikowania oraz ze względu na brak możliwości ustalenia czy są one aktualne i zawierają wszystkie dane. Wskazał, że Zamawiający podczas oceny i badania ofert powinien opierać się wyłącznie na dokumentach złożonych przez wykonawców i udzielonych przez nich wyjaśnieniach.

Wyjaśnił, że na wezwanie zamawiającego uzupełnił wykaz, zawierający inne, niż pierwotnie, wskazane usługi, bowiem popełnił pomyłkę, dołączając w ofercie dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usług (wskazanych przez zamawiającego w piśmie z dnia 28 października 2009 roku), nie odnoszące się do usług wskazanych w wykazie. Odwołujący nie mógł uzupełnić dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług wskazanych w wykazie, bowiem takie dokumenty nie zostały przez odbiorców systemów wystawione, a czas jaki zamawiający wyznaczył na dokonanie uzupełnienia lub złożenia wyjaśnień - 3 dni robocze - nie pozwalał na uzyskanie takich dokumentów.

Złożenie nowego, innego, niż pierwotnie zawarty w ofercie dokumentu na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie może implikować domniemania, iż wykonawca złożył nieprawdziwe informacje w wykazie złożonym wraz z ofertą. Wykonawcy, przedkładając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nowe dokumenty - działają w zaufaniu do zamawiającego, który o takie uzupełnienie występował, jak i - w zaufaniu do przepisów prawa.

Zamawiający w dniu 16 listopada 2009 roku protest oddalił, wskazując, że w dniu 28.10.2009 r. wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów tj. wykazu wykonanych zamówień, w sposób potwierdzający spełnienie wymagań SIWZ, lub na podstawie art. 87 ust. 1, wyjaśnienie wymienionych w wezwaniu zastrzeżeń, z jednoczesnym wskazaniem dostrzeżonej niezgodności terminu wykonania zamówienia wymienionego w pkt 1 wykazu, o której wiedzę powziął z komunikatu biura prasowego firmy ComArch S.A. Składając dokumenty na wezwanie zamawiającego, w tym zupełnie nowy wykaz zrealizowanych zamówień, odwołujący nie odniósł się do kwestii niezgodności danych dotyczących punktu 1 złożonego wraz z ofertą wykazu, czym potwierdził, że podanie w wykazie innych dat, przesuwających wykonanie zamówienia z lat 2003-2004 do roku 2007 było świadome i miało na celu wprowadzenie zamawiającego w błąd przez podanie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. W ten sposób wyczerpała się przesłanka art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, obligująca do wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu.

**Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia, w tym specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty odwołującego, uzupełnienia oferty z dnia 2 listopada 2009 roku, a także biorąc pod uwagę stanowiska pełnomocników stron zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła co następuje:**

W pkt 5.5 siwz zamawiający wymagał wykazania, że wykonawca posiada niezbędne doświadczenie do wykonania zamówienia tj. że w okresie ostatnich 3 lat tj. od dnia 1 września 2006 roku do dnia 31 sierpnia 2009 roku, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał minimum 2 zamówienia odpowiadające swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia określonego w siwz o wartości brutto nie mniejszej niż 400 000 zł. W pkt 5.5.4 siwz zamawiający wskazał, że przez zamówienia odpowiadające swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia stanowiącemu przedmiot określony w siwz rozumie polegające na budowie lub rozbudowie systemu dostępnego poprzez Internet, służącego do dwukierunkowej komunikacji tj. udostępniania informacji oraz aplikacji on line a także do zbierania danych poprzez Internet, posiadającego cechy systemu o wysokiej dostępności i obsługującego w powyższy sposób ponad 50 tys. podmiotów dziennie.

Na potwierdzenie spełniania wyżej wskazanego warunku udziału w postępowaniu odwołujący załączył do oferty wykaz wykonanych zamówień, gdzie ujął trzy realizacje na rzecz:

1. ING Investment Management i ING Towarzystwo Funduszy Inwestycyjnych S.A. - w okresie 5.01.2007 do 17.05.2007 roku.
2. Raiffeisen Bank - w okresie 7.05.2007 do 15.10.2007 roku.
3. Fortis Bank Polska - w okresie 3.06.2007 do 3.12.2007 roku.

Pismem z dnia 28 października 2009 roku (WAG-01-2900-18/2009/0175-SISP) zamawiający wezwał odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia brakującego oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, stanowiącego załącznik nr 1 do formularza oferty.

W tym samym piśmie zamawiający wskazał, odnośnie realizacji ujętych w wykazie zamówień, że:

1. zamówienie na rzecz ING Investment Management i ING Towarzystwo Funduszy Inwestycyjnych S.A., zgodnie z informacjami biura prasowego ComArch S.A. dostępnymi na stronach internetowych zostało zrealizowane od stycznia 2003 do lipca 2004 roku czyli poza okresem wymaganym w siwz.
2. zamówienie na rzecz Raiffeisen Bank – nie spełnia wymagania rzeczywistego obsługiwania ponad 50 tys. użytkowników dziennie, ponadto system ten nie odpowiada swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, w szczególności nie jest przeznaczony do użytkownika masowego.
3. zamówienie na rzecz Fortis Bank Polska - nie spełnia wymagania rzeczywistego obsługiwania ponad 50 tys. użytkowników dziennie, co wynika z raportu Krajowego Depozytu Papierów Wartościowych z lipca 2009 roku, dostępnego na stronie internetowej.

Jednocześnie zamawiający wezwał do odniesienia się do kwestii zastrzeżenia w ofercie odwołującego jako tajemnicy przedsiębiorstwa załącznika nr 3 do formularza oferty – wykaz osób, które będą realizowały zamówienie.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego odwołujący w dniu 2 listopada 2009 roku, tj. w terminie zakreślonym przez zamawiającego uzupełnił następujące dokumenty:

1. oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu,
2. nowy wykaz wykonanych zamówień spełniający wymagania siwz,
3. nowe referencje na potwierdzenie należytego wykonania usług.

W nowym, załączonym do pisma z dnia 2 listopada 2009 roku wykazie wykonanych zamówień, odwołujący ujął trzy realizacje na rzecz:

1. Alior Bank S.A. - w okresie 01.2008 do 01.2009 roku,
2. Banku Pekao S.A. - w okresie 09.2005 do 11.2007 roku,
3. Banku BPH S.A. - w okresie 09.2004 do 08.2007 roku.

Pismem z dnia 5 listopada 2009 roku zamawiający poinformował odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp i odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przeszkody formalno – prawne do merytorycznego rozpoznania odwołania, a odwołujący legitymuje się interesem prawnym, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Oferta odwołującego jest ofertą proponującą cenę niższą od ceny oferty wybranej, zatem uwzględnienie zarzutów odwołującego stwarza mu szansę uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Podstawą wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu, zgodnie z uzasadnieniem podanym przez zamawiającego w piśmie z dnia 5 listopada 2009 roku było podanie nieprawdziwych informacji w treści oferty, mających wpływ na wynik postępowania. W uzasadnieniu faktycznym swojej decyzji zamawiający wskazał, że w odpowiedzi na wezwanie z dnia 28 października 2009 roku, odwołujący złożył nowy wykaz wykonanych zamówień i „z tego faktu wynika jednoznaczny wniosek, że dotychczasowy wykaz, złożony wraz z ofertą, zawierał nieprawdziwe informacje co jest przesłanką wyczerpującą zastosowanie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.”

W orzecznictwie ukształtował się pogląd, że za nieprawdziwą informację należy przyjąć taką, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości. Niewątpliwie w sytuacji stwierdzenia podania nieprawdziwych informacji, które mają wpływ na wynik postępowania zamawiający ma obowiązek wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu. Na gruncie ustawy Pzp istnieje domniemanie prawdziwości informacji składanych przez wykonawców, w związku z czym dowód na twierdzenie przeciwne spoczywa, zgodnie z ogólnymi zasadami dowodowymi, w całości na zamawiającym, który wywodzi skutek prawny w postaci wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, co wynika z art. 188 ust.3 ustawy Pzp oraz art. 6 kc w związku z art. 14 ustawy Pzp.

Podanie nieprawdziwych informacji należy zatem rozpatrywać w konkretnych okolicznościach faktycznych sporu, oceniając materiał dowodowy zgromadzony w danym postępowaniu i biorąc pod uwagę okoliczność czy podanie nieprawdziwych informacji ma wpływ na wynik rozpatrywanego postępowania. Izba zważyła, że w zaistniałym sporze zamawiający, na którym spoczywał ciężar udowodnienia nie przedstawił żadnych dowodów,

które choćby uprawdopodobniły jego twierdzenia co do podania nieprawdziwych informacji w treści oferty. Stanowisko zamawiającego nie poparte żadnym dowodem pozostało zatem gołosłowne.

Izba zwraca uwagę na okoliczność, że dowodem na podanie nieprawdziwych informacji w ofercie wykonawcy nie może być fakt załączenia przez tego wykonawcę, w wyniku czynności wezwania do uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nowego wykazu zamówień, wcześniej nie ujętych w ofercie. Podkreślić należy z całą stanowczością, że działanie wykonawcy polegające na złożeniu nowych dokumentów czy oświadczeń w miejsce informacji załączonych wcześniej do oferty, wynika z dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i jako dopuszczalne tak przez przepisy prawa jak i samego zamawiającego, nie może stanowić samodzielnej podstawy do stwierdzenia, że uprzednio załączone do oferty informacje były nieprawdziwe. Ponadto dowodem na złożenie nieprawdziwych informacji, podważającym oświadczenia złożone przez wykonawcę w ofercie nie może być informacja pochodząca ze stron internetowych, nawet jeśli są to strony internetowe prowadzone przez odwołującego. Informacje zamieszczone na stronach internetowych po pierwsze mogą być nieaktualne a po drugie, jak słusznie podniósł odwołujący, dane na nich zamieszczone mają jedynie wartość marketingową i w żaden sposób nie mogą skutecznie podważyć oświadczeń złożonych w treści oferty przez uprawnione do tego osoby.

Niezasadnym jest również twierdzenie zamawiającego, że wobec braku wyjaśnienia czy sprostowania informacji zawartych w ofercie dotyczących terminów realizacji zamówienia, ujętego w wykazie wymaganego doświadczenia, odwołujący potwierdził, że „dotychczas złożony załącznik zawiera nieprawdziwe dane”. Izba wskazuje w pierwszej kolejności, że okoliczność złożenia nieprawdziwych informacji w treści oferty nie może być domniemywana przez zamawiającego jedynie na podstawie tego, że odwołujący nie wyjaśnił w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wątpliwości co do terminów realizacji zamówienia a skorzystał ze wskazanej przez samego zamawiającego możliwości uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków podmiotowych udziału w postępowaniu, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający przyznał w trakcie rozprawy, że wezwanie ujęte w piśmie z dnia 28 października 2009 roku miało charakter alternatywny, zamawiający wezwał do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp lub na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień wymienionych w piśmie zastrzeżeń, pozostawiając przy tym wybór dalszego sposobu działania po stronie wykonawcy. Stąd za nieuzasadnione należy uznać stanowisko zamawiającego wyrażone w trakcie rozprawy, że na skutek braku wyjaśnienia wątpliwości wskazanych w piśmie z dnia 28 października 2009 roku, zamawiający miał podstawy by sądzić, że złożone w ofercie informacje są nieprawdziwe.

W ocenie Izby, wobec braku przedstawienia przez zamawiającego jakichkolwiek dowodów, które mogłyby podważyć oświadczenia złożone przez odwołującego w treści oferty, Izba uznała, że czynność wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu jest czynnością naruszającą przepisy art. 24 ust. 2 pkt 2 i art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 7 ust. 1 oraz art. art. 91 ust 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że wyżej wskazane naruszenia przepisów ustawy miały wpływ na wynik postępowania, tj. wybór oferty najkorzystniejszej, bowiem, jak wynika z protokołu postępowania oferta odwołującego jest ofertą proponującą niższą cenę w jedynym kryterium oceny ofert jakim jest cena.

Uwzględniając powyższe Izba, działając na podstawie art. 191 ust. 1 oraz ust. 1a ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.), uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3 600 zł. zgodnie ze złożoną do akt sprawy fakturą.



Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....