

WYROK
z dnia 2 sierpnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan
Członkowie: Ewa Sikorska
Marek Szafraniec

Protokolant: Krzysztof Wasilewski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 sierpnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lipca 2016 r. przez wykonawcę **Luxury Medical Care Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Ursynów, Urząd Miasta Stołecznego Warszawy, Warszawa** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Świadczenie usług transportowych dla uczniów niepełnosprawnych zamieszkałych w Dzielnicy Ursynów m.st. Warszawy w terminie od 1 września 2016 r. do 30 czerwca 2017 r.”, (nr referencyjny postępowania: KZP-XII-WZP.271.22.2016)

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, jak również czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów w zakresie warunku wiedzy i doświadczenia oraz nakazuje powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. W pozostałym zakresie zaś oddala zarzuty zawarte w odwołaniu.

2. kosztami postępowania w wysokości **9 300 zł 20 gr** (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych i dwadzieścia groszy) obciąża Zamawiającego - **Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Ursynów, Urząd Miasta Stołecznego Warszawy**, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Luxury Medical Care Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego - **Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Ursynów, Urząd Miasta Stołecznego Warszawy**, na rzecz odwołującego - **Luxury Medical Care Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie** kwotę w wysokości **9 300 zł 20 gr** (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych i dwadzieścia groszy) tytułem zwrotu wpisu od odwołania oraz kosztów zastępstwa przed Izłą.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 22 grudnia 2015 r., poz. 2164 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:

.....

Członkowie:

.....

.....

U z a s a d n i e

do wyroku z dnia 2 sierpnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1319/16

Zamawiający – Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Ursynów, Urząd Miasta Stołecznego Warszawy, al. Komisji Edukacji Narodowej 61, 02-777 Warszawa prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Świadczenie usług transportowych dla uczniów niepełnosprawnych zamieszkałych w Dzielnicy Ursynów m.st. Warszawy w terminie od 1 września 2016 r. do 30 czerwca 2017 r.”, (nr referencyjny postępowania: KZP-XII-WZP.271.22.2016).

Izba ustaliła, iż postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 22.04.2016 r. Zamawiający opublikował ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 45619.

W dniu **13.07.2016 r.** Zamawiający przekazał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, w tym informację o wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

Na powyższą czynność odwołanie wniósł wykonawca Luxury Medical Care Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4) Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z Postępowania ze względu na fakt, iż Odwołujący (wykonawca) nie wykazał spełniania warunków udziału w Postępowaniu, podczas gdy LMC spełnił (i spełnia) wszystkie warunki udziału w Postępowaniu i brak było przesłanek do podjęcia decyzji o wykluczeniu Odwołującego;
2. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3) Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z Postępowania ze względu na fakt, iż Odwołujący (wykonawca) złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego Postępowania, podczas gdy informacji złożonych przez LMC nie można uznać za nieprawdziwe mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego Postępowania, a zatem brak było przesłanek do dokonania takiej czynności;

3. naruszenie art. 24 ust. 4 Pzp poprzez uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą w sytuacji, gdy decyzja o wykluczeniu Odwołującego została podjęta z rażącym naruszeniem przepisów Ustawy, w szczególności brak było podstaw do zastosowania dyspozycji art. 24 ust. 2 pkt 3 lub art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy;
4. naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;
5. naruszenie art. 26 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie ponownego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w sytuacji, w której kwestia prawdziwości wykazu usług oraz udostępnienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia przez podmiot trzeci budziła wątpliwości Zamawiającego;
6. naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania prawidłowego Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie przez LMC warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy w przedmiotowym stanie prawnym i faktycznym Zamawiający był do tego zobowiązany;
7. naruszenie art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie rzetelnej oceny i badania oferty LMC, poprzez nieskorzystanie z uprawnienia do wyjaśnienia treści oferty oraz załączonych dokumentów (w związku z posiadanymi wątpliwościami) mimo posiadania ku temu możliwości i instrumentów prawnych;
8. naruszenie art. 57 ust. 4 pkt h) Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (dawniej art. 45 ust. 2 lit. g) Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi 2004/18/WE) poprzez uznanie przez Zamawiającego, że Odwołujący jest winny i celowo wprowadził Zamawiającego w błąd, podczas gdy Odwołujący na żadnym etapie Postępowania w sposób zamierzony (zawiniony) nie wprowadził w błąd Zamawiającego i nie przekazał mu celowo (w sposób zawiniony) nieprawdziwych informacji, a tym bardziej informacji, które można za nieprawdziwe uznać.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości;
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 3) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i wykluczenia go z Postępowania;
- 4) nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownej oceny ofert i dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;

5) przyznanie na rzecz Odwołującego kosztów według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa. Interes we wniesieniu odwołania

Odwołujący wskazał, iż posiada interes, w szczególności interes prawny we wniesieniu odwołania gdyż jego oferta w przypadku gdyby nie została odrzucona zostałaby uznana jako najkorzystniejsza, gdyż cena przedstawiona przez Odwołującego była najniższa (a oferta była najkorzystniejsza, co przyznał sam Zamawiający w piśmie z dnia 13 lipca 2016 r.). Naruszenie przez Zamawiającego przepisów Ustawy może spowodować poniesienie przez LMC szkody, w postaci niezyskania zamówienia oraz utraty zysku, który Odwołujący mógłby osiągnąć w wypadku wyboru jego oferty (uznania oferty za najkorzystniejszą i zawarcia umowy o realizację zamówienia publicznego).

Uzasadnienie zachowania terminu do wniesienia odwołania oraz dokonanie odpowiedniej opłaty.

Czynność Zamawiającego polegająca na unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej została dokonana w dniu 13 lipca 2016 r. W związku z powyższym niniejsze odwołanie jest złożone z zachowaniem ustawowego 5-dniowego terminu określonego w art. 182 ust. 1 pkt 2) Pzp.

W ramach uzasadnienia Odwołujący podniósł, iż naruszenie przepisów Ustawy przez Zamawiającego ma charakter wielorodzajowy. Zamawiający jednocześnie podejmował czynności, do których nie był uprawniony, zaniechał dokonania innych czynności, które w danym stanie faktycznym i prawnym powinien podjąć oraz dokonał błędnej wykładni przepisów Ustawy oraz Kodeksu cywilnego. W konsekwencji Zamawiający dopuścił się bezprawnego wykluczenia Odwołującego z Postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą.

1. W pierwszej kolejności Odwołujący przedstawił stan faktyczny sprawy. Opis przebiegu postępowania w zakresie niezbędnym do wskazania naruszeń prawa przez Zamawiającego.

(i) W dniu 22 kwietnia 2016 r. Zamawiający ogłosił i opublikował specyfikację istotnych warunków zamówienia w Postępowaniu („siwz”). Wśród warunków udziału w postępowaniu znalazł się warunek dot. posiadanej wiedzy i doświadczenia w następującej treści:

„7.2.2 W zakresie warunku odnoszącego się do wiedzy i doświadczenia:

Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) wykonał (tj. zakończył) lub wykonuje co najmniej jedną usługę polegającą na przewozie co najmniej 40 osób niepełnosprawnych.

UWAGA!

Za wykonaną usługę Zamawiający uzna taką usługę, którą Wykonawca wykonał w ramach jednej umowy i której przedmiot został odebrany przez Zamawiającego jako wykonany należycie (...)"

(ii) Otwarcie ofert nastąpiło dnia 6 czerwca 2016 r. Oferta Odwołującego była najkorzystniejsza w kryterium cenowym, a także w pozostałych kryteriach (co przyznał sam Zamawiający w piśmie z 13 lipca 2016 r.).

(iii) W dniu 20 maja 2016 r. Zamawiający wezwał Zamawiającego do złożenia wyjaśnień (a z treści wynikało, że także do uzupełnienia braków w dokumentacji) wskazując, iż ze złożonego wykazu usług oraz referencji według Zamawiającego nie wynika, że wskazana usługa wykonywana na rzecz m.st. Warszawy - Dzielnica Mokotów jest wykonywana w ramach jednej umowy.

(iv) Wykonawca w dniu 23 maja 2016 r. złożył wyjaśnienie oraz nowy wykaz usług, w którym wymienił 5 dodatkowych usług, z których każda spełniała warunek określony przez Zamawiającego w siwz (zgodnie z interpretacją przedstawioną w piśmie z dnia 20 maja 2016 r.), tj. każda z nich polegała na przewozie co najmniej 40 osób niepełnosprawnych w ramach jednej usługi i jednej umowy w rozumieniu Zamawiającego (w znaczeniu jedna umowa - jeden dokument).

(v) W dniu 13 lipca 2016 r. Zamawiający przekazał Wykonawcy informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, w której poinformował, iż Wykonawca został wykluczony na podstawie art. 24 ust. 3 i ust. 4 Pzp, a jego oferta uznana za odrzuconą. Zamawiający stwierdził, iż informacja złożona przez Wykonawcę, tj. wskazanie usługi w ofercie były wiadomościami nieprawdziwymi, a zatem Zamawiający nie wzywał Odwołującego do uzupełnienia braków i nie uznał dokumentów złożonych w tym zakresie przez Odwołującego w dniu 23 maja 2016 r.

Odwołujący wskazał na brak podstaw prawnych do wykluczenia go z postępowania.

Zamawiający doprowadził do bezpodstawnego wykluczenia z Postępowania Odwołującego. Wykluczenie (oraz uznanie oferty za odrzuconą) zostało oparte na dwóch odrębnych podstawach prawnych - art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Uzasadnienie niesłuszności zastosowania tych przepisów z logicznego punktu widzenia nakazuje połączyć argumentację (w przedmiotowym stanie faktycznym rzekome naruszenie jednego z ww. przepisów prowadziło do naruszenia drugiego), jednak w celu osiągnięcia większej przejrzystości argumentacji Odwołującego uzasadnienie zarzutów odnośnie naruszenia poszczególnych przepisów zostało rozdzielone.

Odwołujący wskazuje, iż żadna z przesłanek wykluczenia zawartych w ww. przepisach nie została spełniona, a więc Zamawiający nie był uprawniony do dokonania takich czynności. Odwołujący podnosi, iż w tym zakresie naruszenie przepisów Pzp składa się z kilku elementów, a opis tych naruszeń znajduje się w kolejnych akapitach poniżej. Zamawiający nie dość, że w sposób nieuprawniony potraktował przekazane dokumenty (wiadomości) za nieprawdziwe i nie wezwał Wykonawcy do złożenia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, to dodatkowo nie dokonał rzetelnej analizy przedłożonych wyjaśnień oraz dokumentów załączonych do oferty i, w konsekwencji, dokonał swoich czynności bez podstawy prawnej, a dodatkowo zastosował przepisy w zakresie wykluczenia z postępowania pomimo braku zaistnienia wskazanych w nich przesłanek.

Naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3) Pzp poprzez jego zastosowanie w sytuacji, gdy nie zaistniały ku temu podstawy prawne ani faktyczne.

(i) Informacja nieprawdziwa w rozumieniu Ustawy i systemu prawa zamówień publicznych

Zgodnie z Ustawą, Dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi 2004/18/WE (obecnie i w dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu art. 57 ust. 4 pkt h) Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE), orzecnictwem oraz poglądami doktryny prawa zamówień publicznych, przesłankami wykluczenia z Postępowania wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3) Pzp są:

- a) złożenie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji;
- b) złożone nieprawdziwe informacje powinny być uznane za posiadające lub mogące posiadać wpływ na przebieg postępowania;
- c) nieprawdziwe informacje powinny być złożone przez wykonawcę celowo (w sposób zawiniony).

W przypadku zaistnienia wątpliwości co do prawdziwości złożonych informacji Zamawiający ma obowiązek dogłębnie przeanalizować sprawę i rozstrzygnąć (nie pozostawiając wątpliwości), o fakcie spełnienia się ww. przesłanek.

Powyższe twierdzenie Odwołującego (dotyczące trzech przesłanek oraz obowiązku wnikliwego zbadania wątpliwości) znajduje oparcie w orzecnictwie Krajowej Izby Odwoławczej, m.in. wyroku z dnia 10 czerwca 2014 r., sygn. akt: KIO: 1053/14, w którym stwierdzono: „Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Dla wypełnienia wskazanej przesłanki do wykluczenia wykonawcy konieczne zatem jest wykazanie przez podmiot, który z twierdzenia o podaniu nieprawdziwych informacji wywodzi określone skutki prawne, że po

pierwsze faktycznie podano nieprawdziwe informacje, a po drugie, iż mają one lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania. W pierwszej kolejności zatem należy każdorazowo ustalić, czy określona informacja ma charakter informacji nieprawdziwej. W tym zakresie może mieć znaczenie wielokrotnie przywoływany w orzecznictwie wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2002 r. sygn. akt II CKN 1095/99, w którym Sąd Najwyższy wyraził pogląd, że wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak jak jest w rzeczywistości, co a contrario oznacza, że nieprawdziwa informacja to taka, która prezentuje określoną wypowiedź w sposób odbiegający od stanu istniejącego w rzeczywistości. Z kolei dla wykazania, iż określone informacje złożone przez konkretnego wykonawcę w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w świetle regulacji art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi 2004/18/WE wymaga się wykazania, że wykonawca jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania określonych informacji." (podobnie KIO w wyrokach o sygn. akt: KIO 1071/14, KIO 395/14, KIO 391/14).

Zdaniem Odwołującego wymaga zatem zaznaczenia, iż to na Zamawiającym spoczywa ciężar wykazania spełnienia się trzech przesłanek świadczących o tym, że określona informacja może być zakwalifikowana jako „nieprawdziwa”.

(ii) Informacja złożona w Postępowaniu przez Odwołującego.

W przedmiotowym Postępowaniu Zamawiający uznał, iż informacją nieprawdziwą w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3) Pzp jest wymienienie przez Odwołującego w wykazie usług realizowanego zadania, które w ocenie Zamawiającego jest niezgodne z wymogiem zawartym w siwz.

Odwołujący w wykazie usług przedstawił usługę, którą wykonywał na rzecz m.st. Warszawy - Dzielnica Mokotów na podstawie identycznych czterech umów częściowych (pakietowych) zawartych w wyniku zakończonego jednego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przedmiotowe zamówienie zostało podzielone na pakiety obejmujące poszczególne rejony Dzielnicy Mokotów. Zatem - w ocenie Odwołującego - powyższe zadanie (w którym m.in. stroną stosunku prawnego są te same podmioty, umowy dokumenty są zasadniczo identyczne w treści, oraz posiadają identyczny czas realizacji) należy uznać za jedną usługę (jedną umowę) realizowaną na podstawie umów częściowych (które łącznie budują jeden stosunek prawny - generalną umowę o wykonywanie transportu na terenie czterech rejonów Dzielnicy Mokotów).

Odwołujący zaznaczył, iż inne rozumienie cytowanego wymogu siwz mogłoby doprowadzić (zależnie od życzenia i wygody interpretacyjnej Zamawiającego) do sprzecznego z doświadczeniem życiowym i logiką wniosku, zgodnie z którym usługą

kwalifikującą w Postępowaniu (prowadzącą do uznania, iż warunki udziału w postępowaniu zostały spełnione) byłaby np. realizacja jednorazowego przewiezienia autokarem 40 osób niepełnosprawnych na podstawie jednej umowy zlecenia (!).

W tym miejscu Odwołujący wskazuje, iż Zamawiający nie może interpretować siwz w sposób niekorzystny dla wykonawców - wedle swojego uznania. Na podobnym stanowisku stoi utrwalone orzecznictwo KIO: „Wszelkie niejasności w postanowienia siwz działają każdorazowo na korzyść wykonawców. Identycznie należy odnieść się do kwestii złożenia nieprawdziwej informacji wobec nieprecyzyjności postanowień siwz będących ewentualną podstawą stwierdzenia takiej nieprawdziwości” (Wyrok KIO z dnia 15 lipca 2014 r.). W podobnym tonie KIO wypowiedziała się w wyroku z dnia 11 marca 2013 (KIO 268/13 oraz KIO 270/13): „Obiektywnej nieprawdziwości informacji nie można przyjąć, gdy stanowi ona np. wynik odmiennej interpretacji wymagań STWZ czy zastosowania przez wykonawcę innych założeń przy wyborze elementów wykonanego zamówienia, które w jego opinii potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu, która to opinia nie musi być jednak podzielona przez zamawiającego”. Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy należy podkreślić, iż nie można obiektywnie stwierdzić nieprawdziwości informacji przekazanej przez Odwołującego.

Uznać zatem należy, iż Odwołujący przedstawił do oceny w dobrej wierze usługę, która według Zamawiającego jest niezgodna z siwz. W sytuacji, w której Odwołujący powziął wiadomość, iż Zamawiający inaczej przedmiotowe postanowienie siwz interpretuje (przewóz ciągle osób w ramach jednej umowy), przedstawił drugi („nowy”) wykaz wykonanych usług, który zawierał wymienione usługi transportu osób niepełnosprawnych (5) spełniających wymagania siwz wraz z dowodami potwierdzającymi ich prawidłowe wykonanie. Z powyższego jednoznacznie wynika, iż nazywana przez Zamawiającego informacja przedstawiona przez Odwołującego nie była informacją nieprawdziwą w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3) Pzp (brak spełnienia pierwszej przesłanki wymienionej powyżej w lit. a)).

Zachowanie i działanie Odwołującego jednoznacznie wskazuje na następującą logikę działania:

- a) złożenie oferty w oparciu o siwz wraz z wykazem usług według własnej interpretacji siwz;
- b) złożenie „nowego” wykazu usług w celu dostosowania oferty do interpretacji siwz przez Zamawiającego;

W tym miejscu Odwołujący podnosi, iż treść pisma z 20 maja 2016 r. ewidentnie opisywała elementy wykazu, które Zamawiający kwestionuje. Zatem Odwołujący potraktował pismo zatytułowane jako wezwanie do złożenia wyjaśnień również jako wezwanie do uzupełnienia dokumentów zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp (mimo to należy wskazać, iż Zamawiający zaniechał wprost wezwania do uzupełnienia dokumentów wraz z podaniem

podstawy prawnej i taki charakter pisma Odwołujący musiał domniemywać na podstawie brzmienia pisma z 20 maja 2016 r.).

W odniesieniu do powyższego należy podnieść, iż podanie (lub nie podanie) podstawy prawnej przez Zamawiającego nie przesądza o charakterze przedstawianego wezwania. Twierdzenie to stoi w zgodzie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, która m.in. w wyroku z dnia 27 października 2014 r. (KIO 2106/14) w analogicznej sprawie „- poddała analizie treść wezwania zamawiającego i skonstatowała, że mimo podania przez zamawiającego jako podstawy prawnej wyłącznie art. 26 ust. 4 P.z.p. stanowiącego o wezwaniu do złożenia wyjaśnień, to z treści pisma można wysnuć wniosek wynika, że obejmuje ono również wezwanie do uzupełniania dokumentów, o którym mowa w art. 26 ust. 3 P.z.p. Sama podstawa prawna nie stanowi o kwalifikacji oświadczenia zamawiającego, gdyż o tym decyduje treść oświadczenia. Pismo zamawiającego z 24 września 2014 r. dnia zawiera wyraźną ocenę, że umowa wykonana na rzecz Zarządu Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy nie spełnia wymagań ustalonych w SIWZ. Przystępujący [tu: Odwołujący - przyp. pełń.] miał zatem podstawy do uznania, że właściwa reakcja na wezwanie powinno być złożenie nowego wykazu. Izba uznała za nietrafny pogląd odwołującego [tu - Zamawiającego - przyp. pełń.], że przystępujący złożył nowy wykaz wyłącznie z własnej inicjatywy, zatem dokument ten nie może mieć znaczenia dla oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu."

Odwołujący wskazuje również na brak spełnienia drugiej przesłanki (lit. b) powyżej), tj. brak wpływu złożonej informacji na wynik Postępowania. Odwołujący niezwłocznie po otrzymaniu pisma, z którego wynikała inna interpretacja postanowienia siwz przez Zamawiającego (niezależnie od faktu czy interpretacja Zamawiającego jest prawidłowa) złożył nowy wykaz usług zawierający zarówno usługę uwzględnioną wcześniej jak i nowe pięć usług. Nie ulega zatem wątpliwości, że jedynym powodem, dla którego Odwołujący nie „wykorzystał” doświadczenia i referencji uzyskanych podczas innych zadań zrealizowanych przez siebie, jest przekonanie o prawidłowości i zgodności z siwz usługi przedstawionej do oceny w ofercie. Uwypuklenia wymaga, iż „nowy” wykaz w odpowiedzi na wezwanie jednoznacznie dowodzi, iż usługa przedstawiona pierwotnie nie miała wpływu na przebieg postępowania, gdyż Odwołujący spełniał warunek udziału w Postępowaniu w dniu, w którym upływał termin składania ofert.

Z powyższego jasno wynika, iż intencją Odwołującego nie było zatem ani przekazywanie informacji nieprawdziwych, ani tym bardziej wprowadzanie w Zamawiającego w błąd i próba wpływu na wynik Postępowania (co zdaje się sugerować Zamawiający w swoim piśmie z 13 lipca 2016 r.).

Jedynie na marginesie Odwołujący wskazuje, iż uzupełnienie (samodzielne) dokumentów przez Odwołującego nawet bez wezwania przez Zamawiającego (jeżeliby hipotetycznie przyjąć, że wezwanie Zamawiającego nie było również wezwaniem do uzupełnienia braków w rozumieniu art. 26 ust. 3 Pzp) jest zgodne z prawem i orzecznictwem: „Uzupełnienie dokumentów bez wezwania zamawiającego, obciąża ryzykiem wykonawcę, który nie będzie mógł być ponownie wezwany do uzupełnienia w tym zakresie dokumentów, co naruszałoby zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców” (wyrok z dnia IGO 13 września 2011 o sygn. akt: KIO 1837/11; KIO 1841/11; KIO 1853/11; KIO 1854/11; KIO 1855/11).

Przyglądając się tej sprawie i postępowaniu Zamawiającego nie sposób nie zauważyć, iż gdyby przyjąć jego optykę, to w zasadzie należałoby dojść o wniosek, iż każde złożenie wykazu usług sprzecznego siwz powinno być uznane za złożenie informacji nieprawdziwej. a taka interpretacja ustawy w ocenie Odwołującego jest postępowaniem naruszającym uczciwą konkurencję. Powyższe znajduje oparcie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, m.in. w wyroku z dnia 14 maja 2014 r.: (KIO 859/14): „Wypracowana w orzecznictwie zasada niewzywania do uzupełnienia dokumentów obejmujących swą treścią informacje nieprawdziwe ogranicza się do przypadków złożenia takich informacji umyślnie, nie zaś do posłużenia się nimi bez względu na przyczynę. Przyjęcie przeciwnego zapatrywania byłoby w efekcie szkodliwe dla konkurencji na rynku zamówień publicznych, powodując konieczność odrzucania ze względów stricte formalnych ofert niejednokrotnie tańszych.”

Jak wskazał Odwołujący w efekcie braku spełnienia dwóch powyższych przesłanek nie sposób mówić także o spełnieniu się trzeciej przesłanki, tj. przesłanki winy lub celowości w przekazaniu (rzekomo) nieprawdziwych informacji. Nie powracając na tym etapie do tego, iż przedmiotowe informacje nie były „nieprawdziwe”, należy stwierdzić, iż powyższe wątpliwości interpretacyjne oraz charakter informacji oraz reakcja Odwołującego wskazują, iż na pewno te rzekomo nieprawdziwe informacje nie były składane celowo. Jednak hipotetycznie, gdyby nawet przyjąć interpretację siwz Zamawiającego, można by mówić jedynie o informacjach błędnych i niezgodnych z siwz, natomiast w żadnym wypadku nie były by to celowo składane informacje nieprawdziwe. Powyższe potwierdza też m.in. fakt ciągu czynności Odwołującego, w tym natychmiastowe złożenie „nowego” wykazu, w którym ujęte zostały także inne usługi, które dowodzą spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego podkreślenia wymaga, iż celowość przy składaniu nieprawdziwych informacji powinna zostać wykazana przez Zamawiającego i nie podlegać żadnym wątpliwościom. Jednakże w przedmiotowym Postępowaniu Zamawiający postąpił inaczej, a w efekcie sprzecznie z przepisami oraz utrwaloną linią orzecniczą KIO (m.in.

wyrok KIO z dnia 8 września 2010 r. (KIO/UZP1820/20): „Przy ocenie przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 2 pkt 3) p.z.p. zamawiający powinien uzyskać pewność, że złożenie nieprawdziwych informacji było działaniem wykonawcy skierowanym na wprowadzenie zamawiającego w błąd w zamiarze uzyskania zamówienia, a nie skutkiem omyłki, czy też błędnych informacji posiadanych przez samego wykonawcę.”. Podobnie KIO w wyroku z dnia 14 maja 2014 r. (KIO 859/14): „Dla prawidłowego stosowania przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 p.z.p. konieczna jest jego prounijna wykładnia, zgodnie z którą tylko wykazanie przez zamawiającego umyślności w złożeniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji daje podstawę do wyeliminowania go z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”.

Jak zostało podniesione w dalszej części odwołania w związku z powyższym, reasumując kwestię rzekomo nieprawdziwych informacji złożonych przez Odwołującego, wskazać należy, iż informacja przedstawiona przez Odwołującego nie była informacją nieprawdziwą w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3) Pzp gdyż (w odniesieniu do przesłanek):

- a) była wynikiem odmiennej interpretacji siwz (ewentualnie mogła być zakwalifikowana jako przypadkowy i niecelowy błąd co do odczytania lub rozumienia siwz);
- b) nie miała wpływu na przebieg postępowania, gdyż Odwołujący spełniał warunek udziału w Postępowaniu i fakt wykorzystania innych (posiadanych) referencji wykazał, iż Odwołujący dążył do uzyskania zamówienia na każdym jego stadium.
- c) rzekoma nieprawdziwość złożonej informacji nie była celowa - Odwołujący natychmiast jak tylko stwierdził, że Zamawiający kwestionuje wykazaną usługę, przedstawił nowy wykaz zawierający usługi spełniające wymogi siwz.

Jak wskazał Odwołujący w konsekwencji należy przyjąć, iż Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 3) Pzp poprzez jego zastosowanie mimo braku podstaw ku temu, tj. w syt. gdy Odwołujący nie złożył nieprawdziwych informacji.

Naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4) Pzp poprzez jego zastosowanie w sytuacji, gdy nie zaistniały ku temu podstawy prawne ani faktyczne.

W konsekwencji powyższych naruszeń przepisów prowadzących do naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3) Zamawiający stwierdził, iż Odwołujący nie spełnił warunku udziału w Postępowaniu, podczas gdy ze złożonego „nowego” wykazu usług wraz z wyjaśnieniami z dnia 23 maja 2016 r. jednoznacznie wynikało, iż Odwołujący spełnił warunki udziału w postępowaniu, wykazując 5 usług odpowiadających interpretacji siwz przez Zamawiającego. Zamawiający naruszając art. 26 ust. 3 Pzp oraz 24 ust. 2 pkt 3) doprowadził do bezpodstawnego nie uwzględnienia złożonego „nowego wykazu” i w ogóle go nie przeanalizował.

Rekapitulacja stanowiska Odwołującego.

W ocenie Odwołującego w trakcie niniejszego postępowania Zamawiający naruszył szereg przepisów Pzp, które w konsekwencji doprowadziły do wykluczenia Odwołującego z niniejszego Postępowania, a następnie uznania jego oferty za odrzuconą. Naruszając przepisy Pzp poprzez działanie lub zaniechanie Odwołujący w rażący sposób naruszył zasady uczciwej konkurencji. Odwołujący podkreśla, iż nie sposób uznać przedstawionego w dobrej wierze wykazu usług, który nie spełnia oczekiwań interpretacyjnych Zamawiającego jako informacji nieprawdziwej. Nie dość, że co najwyżej można taką informację zakwalifikować jako „omyłkę” lub „błąd”, to dodatkowo (wobec faktu uzupełnienia oferty poprzez „nowy” wykaz usług), owa informacja zawarta w „pierwotnym” wykazie nie miała wpływu na wynik Postępowania. Tym samym wobec opisanej różnicy w interpretacji siwz, nie sposób stwierdzić, że Odwołujący celowo dopuścił się przekazania przedmiotowej informacji uznanej za nieprawdziwą. Wobec powyższego nie ulega wątpliwości, iż nie została spełniona żadna z przesłanek uznania informacji za nieprawdziwą zgodnie z Pzp (tym samym nie zostały spełnione przesłanki uprawniające do wykluczenia Odwołującego z Postępowania). W konsekwencji przedmiotowego naruszenia, Zamawiający nie uwzględnił złożonego „nowego” wykazu usług, z którego jednoznacznie wynika, iż Odwołujący (wbrew temu co stwierdził Zamawiający) spełnia warunki udziału w Postępowaniu, a zatem jego oferta nie dość, że powinna podlegać ocenie, to dodatkowo powinna zostać uznana za najkorzystniejszą, z tego powodu, iż była najwyżej punktowana.

Jedynie dopełniając argumentację przedstawioną powyżej, w ocenie Odwołującego, podkreślenia wymaga, iż opisane powyżej podejście Zamawiającego do uprawnień zawartych w Ustawie prowadziłyby do wypaczenia zasad udzielania zamówień publicznych i naruszenia zasad uczciwej konkurencji. Nie można bowiem założyć, iż każda informacja, która wg Zamawiającego jest niezgodna z siwz lub odmiennie przez niego rozumiana, prowadzi do tego, że dany wykonawca jest wykluczany z postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą złożoną w postępowaniu przez Odwołującego oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu

się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie złożył w przedmiotowym postępowaniu najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę. W przypadku zaś uwzględnienia odwołania, w ramach którego kwestionuje wykluczenie z postępowania, ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego, jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego. Izba dopuściła również dowód z czterech kopii umów z dnia 27.08.2016 r. zawartych pomiędzy Odwołującym a Burmistrzem Dzielnicy Mokotów Miasta Stołecznego Warszawy obejmujących dowóz dzieci niepełnosprawnych na trasie dom – placówka oświatowa – dom.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości poniżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, iż w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w treści SIWZ wśród warunków udziału w postępowaniu znalazł się warunek dot. posiadanej wiedzy i doświadczenia w następującej treści:

„7.2.2 W zakresie warunku odnoszącego się do wiedzy i doświadczenia:

Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) wykonał (tj. zakończył) lub wykonuje co najmniej jedną usługę polegającą na przewozie co najmniej 40 osób niepełnosprawnych.

UWAGA!

Za wykonaną usługę Zamawiający uzna taką usługę, którą Wykonawca wykonał w ramach jednej umowy i której przedmiot został odebrany przez Zamawiającego jako wykonany należycie.

W przypadku, gdy wykonawca wykaże się usługą, która jest w toku realizacji, tzn. jest wykonywana w ramach jednej umowy, Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że na dzień składania ofert wykonuje co najmniej jedną usługę polegającą na przewozie co najmniej 40 osób niepełnosprawnych.

Ocena spełniania warunku udziału w postępowaniu dokona zostanie systemem „1” lub „0”, zgodnie z formułą „spełnia-nie spełnia” w oparciu o informacje zawarte w oświadczeniu oraz dokumentach wyszczególnionych w pkt III.4.1) ogłoszenia. Z treści załączonego oświadczenia oraz dokumentów musi wynikać jednoznacznie, iż w/w warunek wykonawca spełnił.

Otwarcie ofert nastąpiło dnia 6 czerwca 2016 r. o godzinie 13.00. Do terminu składania ofert wpłynęło łącznie 8 ofert. Odwołujący złożył najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę z ceną 601.459,00 złotych brutto i czasem reakcji do 30 minut od wystąpienia zdarzenia.

Odwołujący w złożonej ofercie na str. 6 załączył „Wykaz wykonanych lub wykonywanych usług”, w którym wskazał usługę dowozu dzieci niepełnosprawnych zamieszkałych na terenie Dzielnicy Mokotów na trasie dom – szkoła – dom w ilości 61 dzieci realizowaną w terminie od 01.09.2015 r. do 24.06.2016 r. Dodatkowo na str. 7 oferty Odwołującego została złożona kopia listu referencyjnego z dnia 25.04.2016 r., z którego wynika, że: „Wydział Oświaty i Wychowania dla Dzielnicy Mokotów m. st. Warszawy zaświadcza, że Luxury Medical Care Spółka z o.o. Spółka komandytowa (...) świadczy obecnie usługę dowozu 61 dzieci niepełnosprawnych, zamieszkałych na terenie Dzielnicy Mokotów na trasie dom – szkoła – dom. W okresie od 1 września 2015 r. do 31 marca 2016

r. wartość zrealizowanej usługi wynikająca z zapłaconych faktur wyniosła 412 893,25 zł. Współpraca z ww. firmą układa się poprawnie. Usługi realizowane są zgodnie z harmonogramem i trasami przewozu.

Izba ustaliła ponadto w oparciu o dokumentację postępowania, że Zamawiający pismem z dnia 03.06.2016 r. zwrócił się do Burmistrza Dzielnicy Mokotów z zapytaniem, czy usługa realizowana przez Luxury Medical Care Spółka z o.o. Spółka komandytowa dotycząca usług dowozu 61 dzieci niepełnosprawnych, zamieszkałych na terenie Dzielnicy Mokotów na trasie dom – szkoła – dom była jest świadczona na podstawie jednej umowy czy kilku umów, a jeżeli w ramach kilku umów, to czy liczba przewożonych dzieci niepełnosprawnych w ramach co najmniej jednej z nich wynosi co najmniej 40 oraz jak jest liczba dzieci niepełnosprawnych przewożonych w ramach każdej z umów.

W odpowiedzi na powyższe pismo Burmistrz Dzielnicy Mokotów pismem z dnia 07.06.2016 r. wskazał, że wykonawca Luxury Medical Care Spółka z o.o. Spółka komandytowa w ramach prowadzonego postępowania obejmującego dowóz 100 dzieci złożył ofertę najkorzystniejszą w 4 częściach w ramach jednego postępowania. Wobec powyższego doszło do zawarcia czterech odrębnych umów dla każdej z części (obszar IV, V, VI oraz VII), gdzie liczba przewożonych dzieci wynosiła odpowiednio 17, 15, 15 oraz 17.

Pismem z dnia 20 maja 2016 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień wskazując, iż ze złożonego wykazu usług oraz referencji według Zamawiającego nie wynika, że wskazana usługa wykonywana na rzecz m.st. Warszawy - Dzielnica Mokotów jest wykonywana w ramach jednej umowy. Powyższe wezwanie wskazywało na treść warunku ujętego w pkt 7.2.2. SIWZ oraz odnosiło się do wskazanej w wykazie złożonym w ofercie Odwołującego usługi dowozu 61 dzieci niepełnosprawnych zamieszkałych na terenie Dzielnicy Mokotów z terminem realizacji 01/09/2015 r. – 24.06.2016 r..

Wykonawca w dniu 23 maja 2016 r. złożył wyjaśnienie, że wykonywał lub wykonuje co najmniej jedną usługę polegającą na przewozie co najmniej 40 osób niepełnosprawnych oraz przedłożył nowy wykaz usług, w którym wymienił 5 dodatkowych usług wraz z referencjami na potwierdzenie spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia. W uzupełnionym wykazie w poz. 1 wskazał usługę pierwotnie wskazaną w wykazie zawartym w ofercie oraz w poz. 2 – 6 usługi transporty sanitarnego świadczone na rzecz szpitali, Oddziału Mazowieckiego NFZ oraz NZOZ Magodent.

W odniesieniu do pozostałych uzupełnionych w wykazie usług wskazał, że usługi tam wskazane i obejmujące transport sanitarny również spełniają wskazany w treści zapytania warunek – na co przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

W dniu 13 lipca 2016 r. Zamawiający przekazał Wykonawcy informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, w której poinformował, iż Wykonawca został wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, a jego oferta uznana za odrzuconą. Zamawiający stwierdził, iż informacja złożona przez Wykonawcę, tj. wskazanie usługi w ofercie były wiadomościami nieprawdziwymi, a zatem Zamawiający nie wzywał Odwołującego do uzupełnienia braków i nie uznał dokumentów złożonych w tym zakresie przez Odwołującego w dniu 23 maja 2016 r.

Jak wynika z akt postępowania Zamawiający wykluczając Odwołującego z postępowania odniósł się do informacji uzyskanej od Burmistrza Dzielnicy Mokotów, z której wynika, że Odwołujący usługę świadczoną na rzecz Dzielnicy Mokotów i obejmującą przewóz dzieci niepełnosprawnych świadczy na podstawie 4 odrębnych umów, które zawarł w wyniku udzielenia zamówienia publicznego podzielonego w sumie na 7 odrębnych części.

Na powyższą czynność Odwołujący w dniu 18.07.2016 r. wniósł odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują w części oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że istotna dla oceny zawartych w treści odwołania zarzutów, jest treść warunku sformułowanego przez Zamawiającego w zakresie wiedzy i doświadczenia. Wskazać bowiem należy, na co zwrócił również uwagę w treści odwołania Odwołujący, że warunek ten jest bardzo pojemny i pozwala na przyjęcie, że realizacji nawet pojedynczej jednorazowej usługi tylko w oparciu o jedną umowę umożliwi jego spełnienie. Izba wskazuje, że Zamawiający w sformułowanym warunku nie wskazał bowiem żadnego czasookresu, w ramach którego ma dojść do realizacji przewozu zakładanych 40 osób, jak również nie wskazał, że czynność przewozu zakładanej ilości osób ma być czynnością jednoczesną. Wszakże, jak wynika z ustaleń poczynionych przez Zamawiającego w odniesieniu do usługi wskazanej w treści oferty Odwołującego, ten ostatni realizuje szereg usług przewozu dzieci niepełnosprawnych, w ramach których dzieci te są każdego dnia dowożone i odwożone ze szkół, w tym usługi te realizowane są nieprzerwanie

w okresie kilku miesięcy – na co wskazują dowody w postaci przedłożonych przez Odwołującego na rozprawie czterech umów zawartych dla obszaru Dzielnicy Mokotów. **Powyższe jednak nie koresponduje z treścią warunku określonego przez Zamawiającego, który jak wskazał ten ostatni nie był na etapie ogłoszenia oraz SIWZ przedmiotem zapytań, czy też zaskarżenia, i z którego jednoznacznie wynika, że przedstawiona usługa przewozu co najmniej 40 osób niepełnosprawnych ma być realizowana w ramach jednej umowy.**

Tym samym wskazać należy, że warunek sformułowany w ramach niniejszego postępowania w zakresie wiedzy i doświadczenia jest nieprecyzyjny - zatem Odwołujący, jak również inni wykonawcy, mogli mieć uzasadnione wątpliwości, co do jego spełnienia. Biorąc pod uwagę powyższe wskazać należy, iż przy takim sformułowaniu wymagań w zakresie wiedzy i doświadczenia brak było podstaw do uznania, że wypełniona została hipoteza normy prawnej ujętej w treści art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Co do zasady odróżnić bowiem należy sytuację, gdy wykonawca potwierdza spełnianie warunków udziału w postępowaniu na skutek przedłożenia nieprawdziwych informacji, co jednocześnie prowadzi do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, od sytuacji, gdy na skutek mylnego odczytania treści warunku i tym samym błędnego założenia, że warunek został spełniony, nie dochodzi do wykazania spełnienia warunków, co skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. W przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający dokonał wykluczenia Odwołującego z postępowania ze względu na nieprawdziwe informacje, przy czym nie wezwał go uzupełnienia dokumentów na zasadzie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp uznając, iż wykluczenie na powyższej podstawie stoi na przeszkodzie badaniu jego oferty i jednocześnie wykluczył Odwołującego z postępowania w oparciu o treść art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp uznając, iż wykonawca nie spełnia warunków w zakresie wiedzy i doświadczenia. W ocenie Izby wystąpienie ww. czynności nie może nastąpić kumulatywnie, gdyż w zakresie tej samej podstawy faktycznej nie może dojść do łącznego ziszczenia się podstaw do wykluczenia na zasadzie art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz 4 ustawy Pzp. Na przeszkodzie temu stoi sposób sformułowania hipotez norm prawnych ujętych w powyższych przepisach. Jeżeli bowiem doszło w ramach postępowania do złożenia nieprawdziwych informacji na ich podstawie winno dojść do dokonania czynności mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania – w tym w szczególności do wyboru oferty najkorzystniejszej. Analogicznie jeżeli Zamawiający uznaje, że wykonawca nie spełnia warunków udziału i wyklucza go na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp nie może dojść do ziszczenia się przesłanek umożliwiających wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Ta ostatnia przesłanka zawiera w sobie kilka elementów, na co wskazywał również Odwołujący w treści odwołania, w tym element zakładanego skutku związanego z przedstawieniem nieprawdziwych informacji, obejmujący wpływ takiego działania na wynik postępowania,

przez który rozumieć należy, bądź wybór oferty najkorzystniejszej, bądź unieważnienie postępowania.

Mając na uwadze powyższe wskazać należy, że Zamawiający w tak ustalonych okolicznościach faktycznych w sposób bezpodstawny wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Jednocześnie, co stanowiło konsekwencję powyższej czynności, zaniechał w stosunku do oferty Odwołującego dalszego jej badania, w tym obligatoryjnego wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, co jednocześnie doprowadziło do przedwczesnego wykluczenia Odwołującego na zasadzie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

W zakresie pozostałych zarzutów uznać należy, iż nie zasługiwały one na uwzględnienie. Jak wynika bowiem z akt prowadzonego postępowania Zamawiającemu są znane przesłanki niespełnienia przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu – zatem brak jest podstaw do zastosowania instytucji uregulowanej w treści art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Nie zasługiwał również na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż z jego zastosowaniem mamy do czynienia wówczas, gdy niejasności dotyczą treści złożonej oferty, a więc tych jej elementów, które odnoszą się do przedmiotu świadczenia, nie zaś do warunków udziału w postępowaniu, co do których dedykowane jest instytucja wyjaśniania wątpliwości ujęta w treści art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Izba nie stwierdziła również naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp ze względu na fakt, iż Odwołujący nie wykazał, iż doszło do zróżnicowania jego sytuacji w odniesieniu do innych wykonawców biorących udział w postępowaniu, którzy znajdowali się w identycznej sytuacji prawnej i faktycznej.

Co do wskazanych w treści odwołania naruszeń przepisów dyrektywy 2014/24/UE Izba wskazuje, iż ze względu na wartość przedmiotowego zamówienia nie mają one zastosowania w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenia części zarzutów wskazanych w odwołaniu, skutkujące koniecznością unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono, stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

