

WYROK

z dnia 23 sierpnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Daniel Konicz
Członkowie:	Piotr Kozłowski
	Izabela Kuciak
Protokolant:	Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 sierpnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 sierpnia 2016 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Trecom Enterprise Solutions sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Trecom sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – ENERGA-OPERATOR S.A. z siedzibą w Gdańsku, przy udziale wykonawcy SEVENET S.A. z siedzibą w Gdańsku, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddała odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.750,00 zł (słownie: trzy tysiące siedemset pięćdziesiąt złotych 00/100) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego

doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

ENERGA-OPERATOR S.A. z siedzibą w Gdańsku (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Modernizacja infrastruktury sieciowej CISCO” (znak sprawy P//AZL/00059/15), zwane dalej: „Postępowaniem”).

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 stycznia 2016 r. pod nr 2016/S 002-002104.

W dniu 29 lipca 2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wykluczeniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Trecom Enterprise Solutions sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Trecom sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie (dalej „Konsorcjum T”) na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz o unieważnieniu Postępowania w oparciu o przepis art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

W dniu 5 sierpnia 2016 r. do Prezesa Izby wpłynęło odwołanie Konsorcjum T (dalej również „Odwołujący”), w którym zaskarżono:

1. wykluczenie Odwołującego z Postępowania, co narusza art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przy uwzględnieniu proeuropejskiej wykładni tego przepisu z właściwymi, wskazanymi w treści uzasadnienia, przepisami Dyrektyw 2004/17/WE i 2004/18/WE, z uwagi na fakt, iż nie zaszły okoliczności objęte dyspozycją tego przepisu,
2. zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia, co narusza art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 7 ust. 1 Pzp,
3. unieważnienie Postępowania z uwagi na fakt, iż wykluczenie Odwołującego było pobawione podstaw prawnych, co narusza art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania,
2. ponowienia czynności badania i oceny ofert,
3. uznania oferty złożonej przez Odwołującego za najkorzystniejszą.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, a będące przedmiotem odwołania czynności Zamawiającego wprost skutkują powstaniem po jego stronie szkody uwagi na fakt, iż niezgodne z Pzp wykluczenie oraz unieważnienie Postępowania wprost pozbawiają Odwołującego uzyskania zamówienia.

Zarzut dotyczący usługi wykonanej na rzecz PSE S.A.

Odwołujący przytoczył przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz art. 45 ust. 2 lit g) Dyrektywy 2004/18/WE i stwierdził, że dokonując proeuropejskiej wykładni pierwszego z nich należy dojść do wniosku, że nie każde podanie nieprawdy (lub zatajenie prawdy) winno skutkować wykluczeniem wykonawcy, ale takie podanie nieprawdy, które wprowadza zamawiającego w błąd. *A contrario*, podanie nieprawdy które może być w łatwy sposób zweryfikowane przez zamawiającego, w szczególności przez inne dokumenty złożone przez wykonawcę w ofercie/wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub/i dokumenty ogólnodostępne, np. treść SIWZ, nie mogą wywoływać skutku wykluczenia z postępowania. Odwołujący podkreślił, że przywoływane w nowszym orzecznictwie KIO orzeczenie TSUE z dnia 26 września 2014 r. w sprawach połączonych T-91/12 i T-280/12 oparte jest o przepis art. 94 lit b. rozporządzenia finansowego. O ile zatem treść tego przepisu jest zbieżna z brzmieniem art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, to jest jednak inna niż treść art. 45 ust. 2 lit g) Dyrektywy 2004/18/WE, który posługuje się terminem wprowadzenia zamawiającego w błąd. Tym samym wniosków z przywołanego powyżej wyroku nie można w drodze prostej analogii zastosować, a przynajmniej nie we wszystkich przypadkach.

Odwołujący zasygnalizował, że Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, jako odpowiednik art. 45 ust. 2 lit. g), wprowadza art. 57 ust. 4 pkt h) utrzymujący dotychczasową nomenklaturę. Z kolei nowelizacja Pzp z dnia 22 czerwca 2016 r. wprowadza art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17), które również posługują się pojęciem: „wprowadzenia w błąd”, a nie tylko „podania nieprawdy”. Tym samym, biorąc pod uwagę brak dokonania zmian w treści kolejnych dyrektyw, polski ustawodawca dokonuje bardziej precyzyjnego wdrożenia dyrektywy, dając jednocześnie wskazówkę interpretacyjną lub/i potwierdzenie rozumienia (interpretacji) art. 24 ust. 3 pkt 3 Pzp dla postępowań opartych o dyrektywę 2004/18/WE.

Odwołujący podkreślił, że nie tylko od wykonawców wymagana jest należyta staranność. W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego od zamawiającego wymagana powinna być nie tylko znajomość przepisów zarówno Pzp, rozporządzeń wykonawczych, przepisów Dyrektyw, orzecznictwa KIO, czy sądów, ale także rzetelności, zapobiegliwości, zdolności przewidywania przy podejmowaniu konkretnych

czynności w postępowaniu, a w szczególności w tym wypadku do prowadzenia postępowania w celu jego udzielenia (art. 2 pkt 7a Pzp) a nie w celu jego unieważnienia. Należy dodać, iż w zakresie udzielania zamówień publicznych zamawiający przeprowadzają postępowania w sposób zawodowy a więc taki miernik staranności powinien być tutaj stosowany.

Odwołujący podał, że w treści wykazu wykonanych dostaw jako przedmiot dostawy w każdym z punktów dotyczących poszczególnych wykazywanych dostaw „mechanicznie przepisano” w części warunków udziału w Postępowaniu. W punktach tych brakuje zindywidualizowanego opisu przedmiotu dostawy (tak jak zostało to wskazane w treści oferty wykonawcy SEVENET). Wskazać jednak należy, że w treści załączonych referencji znajdowały się informacje pozwalające doprecyzować przedmiot dostaw lub przynajmniej wskazać na występującą sprzeczność. I tak:

1. w treści referencji wystawionej przez RWE wskazano, że podmiot ten „potwierdza iż Trecom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. należycie wykonała dostawę i wdrożenie/instalację infrastruktury/urządzeń w tym między innymi (...)”,
2. w treści referencji wystawionych przez McDonald's wskazano: „w ramach dostawy, firma Trecom przeprowadziło również instalację, konfigurację i uruchomienie całego systemu oraz świadczy usługi gwarancyjne oraz wsparcia technicznego pełniąc stały monitoring i zarządzanie zbudowaną przez siebie infrastrukturą. Dostawy i instalacje odbyły się do dnia 28.04.2011 roku.”.

Tymczasem w treści referencji wystawionych przez Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. wskazano: „Członek Konsorcjum w terminie od 16 września 2014 roku do 20 listopada 2014 roku zrealizowało projekt, polegający na Dostawie urządzeń na potrzeby budowy technologicznych sieci transmisyjnych danych w obiektach elektroenergetycznych PSE S.A.”. Widać zatem wyraźnie iż w odniesieniu do pozostałych referencji Trecom, ale także referencji złożonych przez wykonawcę SEVENET nie ma żadnych informacji o wdrożeniu lub modernizacji. Winno to budzić co najmniej uzasadnione wątpliwości Zamawiającego co do zakresu wskazanej dostawy, a w konsekwencji o braku możliwości uznania spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Odwołującego.

Odwołujący przyznał, że listy referencyjne składane są przede wszystkim w celu potwierdzenia należytego wykonania danego zamówienia i nie muszą pokrywać się z treści wykazu, tym niemniej zamawiający nie może bagatelizować informacji zawartych w ich treści. Co więcej wskazać należy, iż zamówienie wskazane w treści wykazu realizowane na rzecz Polskich Sieci Elektroenergetycznych S.A. było poprzedzone postępowaniem o udzielenie

zamówienia publicznego, a nazwa projektu w treści referencji pokrywała się z nazwą zamówienia. Dotarcie do informacji o zakresie tego projektu wynosi mniej niż 1 minutę, wystarczy wpisać w wyszukiwarkę nazwę projektu. Zwrócić należy uwagę iż w informacji o unieważnieniu Postępowania Zamawiający dokładnie wskazał link pod którym znajdują się informacje o tym projekcie, w tym o jego zakresie. Nawet jeśli w treści referencji nie było bezpośrednio wskazania iż dotyczy on zamówienia publicznego to zauważyć należy iż z uwagi na wartość tego zamówienia, podmiot (działający *nota bene* w branży pokrewnej do stosowania Pzp), jak również zakres zamówienia można było dojść do wniosku iż projekt ten objęty był systemem zamówień publicznych. \

W konsekwencji wskazany projekt nie spełniał od początku warunku udziału w Postępowaniu, co Zamawiający mógł w bardzo prosty sposób ocenić. W takim wypadku Zamawiający winien był wezwać Konsorcjum T do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełniających warunek udziału w Postępowaniu. Tym samym nie można twierdzić o wprowadzeniu w błąd Zamawiającego (a raczej o chęci Zamawiającego wprowadzenia się w błąd), ani o fakcie iż podana przez Odwołującego informacja miała czy mogła mieć wpływ na wynik Postępowania. Podkreślić należy, iż kryteria oceny dotyczące wprowadzenia w błąd mają charakter obiektywny uwzględniający konieczność doświadczenia i zawodowego charakteru prowadzenia postępowań o udzielanie zamówienia publicznego, właściwego rozumowania i wyciągania wniosków z podanych przez wykonawców informacji, zapobiegliwości i rzetelności przy podejmowaniu konkretnych czynności w postępowaniu z uwzględnieniem celu jakim jest udzielenie zamówienia publicznego a nie unieważnienie postępowania.

Konsorcjum T zwróciło również uwagę na kontekst podejmowanych czynności. W jego ocenie Zamawiający dąży od pewnego czasu do unieważnienia Postępowania. Świadczy o tym próba unieważnienia go na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp przez opisanie okoliczności, których Zamawiający nie potrafił udowodnić oraz czynności dokonywane po zapadnięciu wyroku w sprawie odwołania na tą czynność. Zamawiający nie zwrócił się bowiem do Odwołującego o wyjaśnienie zaistniałych rozbieżności pomiędzy treścią wykazu a treścią referencji, ale skorzystał z dyspozycji § 1 ust. 5 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz.U.2013.231), zwanego dalej „Rozporządzeniem”, a wystąpił do wszystkich wystawców referencji, nie wskazując zakresu swoich wątpliwości, a szukając jedynie ewentualnych rozbieżności pod kątem możliwości wykluczenia Odwołującego z Postępowania. W ocenie Odwołującego przywołany przepis stanowi wyjątek od reguły zgodnie z którą ocena spełniania warunków udziału w danym postępowaniu dokonywana jest za pomocą składanego przez wykonawcę wykazu

wykonywanych usług lub dostaw oraz dowodów (np. referencje) czy usługi te lub dostawy zostały wykonane (§ 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia). Tym samym Zamawiający musi:

1. posiadać dowody lub uzasadnione wątpliwości iż treść wykazu lub dowodów nie jest zgodna z oświadczeniem, np. z informacji Zamawiającego wynika iż inny podmiot wykonywał to zamówienie, zakres zamówienia był inny niż podany w treści wykazu etc. i nie jest w stanie uzyskać tych informacji w inny sposób, np. z informacji powszechnie dostępnych lub przez odpowiedź wykonawcy skierowaną na zapytanie Zamawiającego (lub gdy odpowiedź wykonawcy budzi wątpliwości),
2. opisać swoje wątpliwości w treści pisma do podmiotu trzeciego oraz ewentualnie wskazać dowody świadczące o niezgodności referencji lub/i wykazu,
3. precyzyjnie zadać pytania odnoszące się do opisanych wątpliwości.

Tymczasem Zamawiający przez treść swoich pytań, po pierwsze, próbował scedować na podmiot trzeci odpowiedzialność za ocenę spełniania warunku udziału w Postępowaniu, po drugie – szukał rozbieżności pod kątem możliwości wykluczenia Odwołującego i unieważnienia Postępowania. Należy zwrócić uwagę, iż uzyskana od PSE odpowiedź nie dostarcza żadnych nowych, względem informacji dostępnych publicznie, informacji.

Odwołujący oświadczył, że nie miał żadnego interesu w uzyskaniu zamówienia za pomocą dokumentów i informacji nieprawdziwych. Omyłka która wkradła się w treść wykazu wynikała wyłącznie z faktu, że zdecydowana większość realizacji dokonywanych przez członków Konsorcjum T składa się zarówno z dostawy jak i wdrożenia. Warunki udziału w Postępowaniu nie były dla Odwołującego trudne do spełnienia, na dowód czego Odwołujący załączył do odwołania wykaz kilku własnych realizacji wraz z referencjami potwierdzającymi spełnienie warunków udziału w Postępowaniu.

Zarzut dotyczący referencji wystawionych na podmiot nie będący członkiem Konsorcjum T

Treść referencji wystawionych przez McDonald's Polska zawiera oczywisty błąd w oznaczeniu podmiotu. Rzeczywistym wykonawcą był „TRECUM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością” S.K.A. Podkreślić należy, iż Odwołujący nie ma wpływu na treść wystawionych referencji. Konsorcjum T oświadczyło, że spółka „TRECUM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością” sp. k. jest następcą prawnym spółki „TRECUM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością” S.K.A., co nie jest sporne między stronami. Ww. podmioty nigdy nie funkcjonowały jednocześnie.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie wskazując na następujące powody.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp

Zamawiający podkreślił, że z ww. przepisu wynikają następujące przesłanki umożliwiające jego zastosowanie:

1. złożenie nieprawdziwej informacji przez wykonawcę,
2. informacja ta ma wpływ lub może mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Podał, że w każdym wypadku wykonawcy mają obowiązek podawania informacji prawdziwych, pod rygorem wykluczenia z procedury przetargowej. Wyjaśnił również, że pojęcie prawdy na gruncie prawa rozumieć trzeba tak jak w języku potocznym, a więc jako zgodność myśli (wypowiedzi) z rzeczywistością, tj. z „faktami” i „danymi”. W konsekwencji za nieprawdziwą informację należy uznać taką, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości. Ustawodawca nie wskazując w przedmiotowym przepisie na umyślność działania wykonawcy uznaje tym samym, że złożenie nieprawdziwej informacji może być również spowodowane błędem.

Zamawiający oświadczył, że przeprowadził w toku Postępowania ocenę ofert, w trakcie której dokonał m.in. weryfikacji przedstawionych przez Odwołującego wraz z ofertą oświadczeń i referencji dotyczących spełniania przez niego warunku udziału w Postępowaniu. Odwołujący oświadczył, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert wykonał następujące dostawy, których przedmiot obejmował przedmiot obejmował rozbudowę lub modernizację (dostawa wraz z wdrożeniem) infrastruktury sieciowej Cisco o urządzenia w oferowanej przez wykonawcę technologii, przy czym przed dokonaniem rozbudowy stanowiła ona jednolita infrastrukturę, złożona z co najmniej 100 routerów Cisco. W trzech pozycjach tabeli, wskazujących na wykonane trzech różnych zamówień dla trzech różnych podmiotów: RWE Group Business Services Polska sp. z o.o., Polskie Sieci Telekomunikacyjne, S.A. oraz Mc Donald's Polska sp. z o.o., w polu „Przedmiot dostawy”, Odwołujący złożył takie samo oświadczenie dotyczące przedmiotu tych zamówień, tj. „Przedmiot dostawy obejmował modernizację (dostawa wraz z wdrożeniem), infrastruktury sieciowej opartej o urządzenia i technologie firmy Cisco.”. Należyte wykonanie zamówienia dla każdej z wymienionych pozycji zostało potwierdzone kopią listu referencyjnego, potwierdzonego przez wykonawcę za zgodność z oryginałem.

W tych okolicznościach Zamawiający stwierdził, że zestawienie tabeli nie było spójne z treścią listów referencyjnych. Dlatego zwrócił się do wystawców referencji (RWE Group Business Services Polska sp. z o.o., Polskie Sieci Telekomunikacyjne, S.A.), na podstawie § 1 ust. 5 Rozporządzenia, m.in. o wyjaśnienie złożonych przez nich referencji i udzielenie odpowiedzi na konkretne pytania.

Treść pisma otrzymanego od Polskich Sieci Elektroenergetycznych S.A., jak również dokumentacja przetargowa tego zamawiającego, jednoznacznie wskazywała, że przywołany w wykazie Odwołującego przedmiot zamówienia obejmował wyłącznie dostawę urządzeń, tj. nie obejmował swoim zakresem rozbudowy lub modernizacji (dostawa wraz z wdrożeniem) infrastruktury sieciowej Cisco, czego Zamawiający wymagał w Postępowaniu. Wynika z tego, że Zamawiający, po dołożeniu należytej staranności w celu zweryfikowania oświadczenia Odwołującego, uzyskał jednoznaczne stwierdzenie nieprawdziwości oświadczeń (dokumentów) złożonych przez tego ostatniego.

Na marginesie Zamawiający zauważył, że również sam Odwołujący niejako potwierdził, że złożone przez niego oświadczenie jest nieprawdziwe (str. 6-7 odwołania).

Zamawiający wyjaśnił następnie, że w przedmiotowej sprawie zachodziła również druga z przesłanek wynikających z przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, tj. okoliczność, że złożona nieprawdziwa informacja ma lub może mieć wpływ na wynik Postępowania. Dla uprawdopodobnienia zaistnienia przedmiotowej przesłanki nie jest niezbędne wykazanie wpływu nieprawdziwej informacji na wynik postępowania, wystarczające jest natomiast udowodnienie prawdopodobieństwa lub potencjalnego wpływu.

Skoro w Postępowaniu nieprawdziwe informacje dotyczyły oświadczeń odnoszących się do spełniania warunków udziału w Postępowaniu, których brak obligowałby do wykluczenia Odwołującego, to bezsporne jest, że zachodził oczywisty związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy ich złożeniem przez Odwołującego, a ich wpływem na wynik Postępowania lub prawdopodobieństwem zaistnienia wpływu na jego wynik.

W kwestii proeuropejskiej wykładni art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp Zamawiający stwierdził, że jest świadom treści przywołanych w uzasadnieniu odwołania dyrektyw.

Zdaniem Zamawiającego należy wspomnieć o samej funkcji jaką pełni Dyrektywa w europejskim porządku prawnym. W tym celu odwołał się do Ogłoszenia Prezesa Rady Ministrów z 11 maja 2004 r. w sprawie stosowania prawa UE, w którym znaleźć można ogólną informację dotyczącą cech dyrektywy – są one skierowane do państw członkowskich, określają cel, który powinien zostać osiągnięty w wyznaczonym terminie; wybór metody i sposobu realizacji celu leży w gestii państw członkowskich; warunkiem związania podmiotów przepisami dyrektywy jest wdrożenie przepisów dyrektywy do krajowego porządku prawnego.

Zdaniem Zamawiającego, jeżeli występują rozbieżności pomiędzy treścią dyrektywy, a przepisami krajowymi dokonującymi jej transpozycji, prymat powinno nadawać się przepisom krajowym, względnie tym, które bardziej szczegółowo regulują daną instytucję.

W przedmiotowej sprawie wszystkie postanowienia dyrektyw przywoływanych w odwołaniu wskazywały, że: „Instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy znajdującego się w którejkolwiek (...) sytuacji”. Zamawiający stwierdził, że polski ustawodawca był w tym zakresie uprawniony do swobodnej transpozycji tych zapisów Dyrektywy. Skoro zdecydował się na brzmienie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp nie uwzględniającego stopnia winy złożenia nieprawdziwych dokumentów, to nie należy stosować zapisów polskiej ustawy w tym zakresie rozszerzać.

Zdaniem Zamawiającego Konsorcjum T próbuje narzucić własną, korzystną dla niego, ale – zdaniem Zamawiającego – błędną, wykładnię omawianego przepisu, która opiera się na wnioskowaniu z przeciwieństwa i twierdzeniu, że nie powinno wywoływać skutku wykluczenia z postępowania „podanie nieprawdy, które może być w łatwy sposób zweryfikowane przez zamawiającego, w szczególności poprzez inne dokumenty złożone przez Wykonawcę w ofercie/wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub/i dokumenty ogólnodostępne np. treść SIWZ udostępnioną w Internecie”. Takie podejście jest jednak nie tylko sprzeczne z powyższą argumentacją, ale nawet z aktualnym orzecznictwem Izby, w którym wskazuje się by poza wcześniej omówionymi dwoma warunkami, istniał również trzeci, tj. by wykonawca działał z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd lub nastąpiło to w wyniku jego niedbalstwa. Wobec tego, że w praktyce wykazanie winy umyślnej wykonawcy jest niezwykle trudne (wymagałoby dostępu do wewnętrznych dokumentów wykonawcy, ewentualnie uzyskania zeznań świadków), a wykonawca z łatwością mógłby się uwolnić od odpowiedzialności oświadczając, że nie miał zamiaru wprowadzenia zamawiającego w błąd, a podanie nieprawdziwej informacji było wynikiem omyłki lub też niesprawdzenia informacji uzyskanej od kogoś innego to do wykonawców należy przykładać miernik należytej staranności (art. 355 § 1 K.c. w zw. z art. 14 Pzp).

Przekładając powyższe na sytuację Odwołującego Zamawiający zasygnalizował, że jest on podmiotem profesjonalnie zajmującym się działalnością w zakresie dostarczania rozwiązań z branży telekomunikacyjnej i informatycznej, posiadającym również odpowiednie służby prawne, a więc zasadne było oczekiwanie od niego podwyższonych standardów jakości również przy przygotowywaniu oferty. Skoro Odwołujący złożył nieprawdziwe oświadczenia o dotychczas wykonanych zamówieniach, a ponadto posługiwał się referencjami wystawionymi na podmiot, który nie jest członkiem odwołującego się konsorcjum, to można mu przypisać niedbalstwo przy sporządzaniu oferty i składaniu oświadczeń, co z kolei potwierdzało wystąpienie również i trzeciego, wyżej opisanego, warunku wykluczenia.

Zarzut brak zastosowania art. 26 ust. 3 i 4 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp

Zdaniem Zamawiającego zarzut jest bezzasadny, a stanowisko o konieczności wzywania do uzupełnienia dokumentów w zaistniałych okolicznościach – błędne. Zauważył, że art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp statuuje odrębne i niezależne od siebie podstawy wykluczenia z postępowania. Wykluczenie za złożenie nieprawdziwych informacji w dokumentach mających potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie musi się wiązać z wykluczeniem za niewykazanie spełniania tych warunków, są to bowiem dwie odrębne od siebie podstawy. Logicznym jest, że odmienne stanowisko oznaczałoby, że w ramach przesłanki wpływu na wynik postępowania z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp mieściłoby się badanie, czy wykonawca składający nieprawdziwą informację był już wzywany do uzupełnienia dokumentów. W konsekwencji prowadziłoby to do takiej interpretacji art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, zgodnie z którą nie podlega wykluczeniu wykonawca, który złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, jeżeli uczynił to po raz pierwszy, tzn. nie był wzywany do zastąpienia nieprawdziwej informacji potwierdzającej spełnianie warunku udziału prawdziwą informacją potwierdzającą spełnianie tego warunku.

Konkluzją powyższego wyводу jest, że skoro Odwołujący w złożonej ofercie podał nieprawdziwe informacje i okoliczność ta została w sposób niebudzący wątpliwości stwierdzona przez Zamawiającego, to nie może ona być następnie sanowana przez zastosowanie art. 26 ust. 3 Pzp.

Na marginesie Zamawiający wskazał, że w swoich zapytaniach do wystawców referencji jasno sformułował pytania i przytoczył ich treść. Tym samym Zamawiający, przy korzystaniu z procedury z Rozporządzenia, zastosował się „zaleceń” z odwołania (str. 8). Chybione są zatem również zarzuty, jakoby Zamawiający „próbował scedować na podmiot trzeci odpowiedzialność za ocenę spełniania warunku udziału w postępowaniu”, czy też, że „szukał rozbieżności pod kątem możliwości wykluczenia Wykonawcy i unieważnienia przedmiotowego postępowania”.

Odnosząc powyższe do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp Zamawiający podkreślił, że po zweryfikowaniu referencji od Polskich Sieci Elektroenergetycznych S.A., jednoznacznych referencji od McDonald's oraz ich zestawieniu z oświadczeniami złożonymi przez Odwołującego w wykazie dotychczas wykonanych zamówień, Zamawiający nie miał żadnych wątpliwości, co do nieprawdziwości złożonych informacji, które Odwołujący miałby wyjaśniać w omawianym trybie. Dlatego brak takiego wezwania – w ocenie Zamawiającego – nie stanowił naruszenia tego przepisu. Zdaniem Zamawiającego nie wpłynął on również na Postępowanie – gdyby nawet uznać, że zastosowanie takiej procedury powinno było nastąpić, to uzasadnienie odwołania, niezawierające rzetelnych wyjaśnień w tym zakresie,

w którym Odwołujący właściwie potwierdza, że popełnił błędy składając ofertę, wskazuje, że nawet następcze zastosowanie tego wezwania będzie zbędne.

Naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp

Mając na uwadze argumentację przywołaną powyżej, wykluczenie Odwołującego było w pełni zasadne, dlatego Zamawiający nie naruszył art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosił wykonawca SEVENET S.A. z siedzibą w Gdańsku (dalej: „Wykonawca S”), wnosząc o oddalenie odwołania.

Na rozprawie strony i uczestnik podtrzymali dotychczasowe stanowiska w sprawie.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści:

1. zestawienia postępowań o udzielanie zamówień publicznych, w których brał udział Odwołujący,
2. oświadczenia McDonalds Polska sp. z o.o. z dnia 8 sierpnia 2016 r.,

na okoliczność omyłkowego podania w ofercie nieprawdziwych informacji.

Zamawiający wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści wyciągu z SIWZ w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez PGE Dystrybucja S.A. pn.: „Integracja sieci teleinformatycznych PGE Dystrybucja S.A. Dostawa ,montaż i konfiguracja routerów MPLS” oraz korespondencji elektronicznej pomiędzy pracownikami Zamawiającego, a pracownikami PGE Dystrybucja S.A. – na okoliczność, że zamówienie wskazane w poz. 1 wykazu wykonanych dostaw załączonego do odwołania nie wpisuje się w treść warunku udziału w Postępowaniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i Wykonawcy S zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba postanowiła dopuścić Wykonawcę S (dalej również „Przystępujący”) w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego stwierdzając, że spełnione zostały przesłanki, o których mowa w przepisie art. 185 ust. 2 Pzp.

Skład orzekający nie podzielił tym samym argumentacji Odwołującego na uzasadnienie zgłoszonej opozycji, jakoby Wykonawcy S nie przysługiwał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego. Z treści zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego wynika bowiem, że Przystępujący upatruje tego interesu

w możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia w kolejnym postępowaniu. Należy mieć przy tym na względzie, że interesu z art. 185 ust. 2 Pzp nie należy utożsamiać – jak to uczynił Odwołujący – z interesem w uzyskaniu zamówienia, ponieważ jest on pojęciem węższym.

Izba uznała, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ, oferty Odwołującego, korespondencji pomiędzy Zamawiającym, a wystawcami referencji dotyczących zamówień ujętych w wykazie wykonanych dostaw załączonym do oferty Odwołującego, dokumentów załączonych do odwołania (wykazu wykonanych dostaw wraz z protokołami ich odbioru i fakturami), a także złożonych przez strony postępowania odwoławczego do akt sprawy w trakcie rozprawy. Na ich podstawie ustalono, że przedstawiony w odwołaniu stan faktyczny nie był sporny pomiędzy stronami. Rozstrzygnięcia wymagała natomiast kwestia prawidłowości zastosowania przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w okolicznościach przedmiotowego stanu faktycznego.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie ze wskazanych poniżej przyczyn.

Przede wszystkim nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, jakoby możliwość zastosowania względem wykonawcy sankcji wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z powodu złożenia nieprawdziwych informacji, uzależniona miała być od oceny, czy w konkretnym stanie faktycznym zachodziła w ogóle możliwość wprowadzenia zamawiającego takimi informacjami w błąd. Irrelevantna jest również związana z tym okoliczność sposobności łatwego zidentyfikowania przez zamawiającego informacji nieprawdziwych. Argumentację Odwołującego należało ocenić jako próbę wprowadzenia dodatkowych, nieujętych w treści przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, przesłanek uprawniających do skorzystania z omawianej podstawy wykluczenia wykonawcy. Skład orzekający podkreśla, że zasadniczo każda informacja niezgodna z rzeczywistością (tak w ogólności pojęcie „nieprawdziwych informacji” definiowane jest bowiem w doktrynie i judykaturze) wprowadza jej adresata w błąd, właśnie z uwagi na fakt, że powoduje powstanie u niego mylnego wyobrażenia o faktycznym stanie rzeczy. Nie ma przy tym znaczenia ocena, czy wykonawca posługując się nieprawdziwymi informacjami był zdolny do wprowadzenia nimi zamawiającego w błąd, ponieważ nieprawdziwość informacji ma charakter obiektywny. W ten sam sposób należy ocenić również kwestię braku trudności we wskazaniu, które z informacji jakimi posługuje się wykonawca są nieprawdziwe, ponieważ sankcji z przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp podlega każdy przypadek złożenia

nieprawdziwych informacji (o ile mają lub mogły one mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o czym w dalszej części uzasadnienia), nie uzależniając możliwości jej zastosowania od trudności w ustaleniu wspomnianej okoliczności.

Ergo, z omówionych powyżej przyczyn przedstawiona w uzasadnieniu odwołania prounijna (uwzględniająca brzmienie przepisu art. 45 ust. 2 lit. g) Dyrektywy 2004/18/WE) wykładnia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp nie mogła się ostać. Ubocznie można wskazać w tym miejscu, że wynikającą z przywołanego przepisu dyrektywy przesłankę poważnego wprowadzenia zamawiającego w błąd należałoby odnieść do kwestii wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie zaś – jak chciał tego Odwołujący – do oceny możliwości wywołania u zamawiającego błędnego postrzegania rzeczywistości.

Nie sposób nie zauważyć przy tym, że forsowana przez Odwołującego koncepcja powodowałaby praktyczne trudności w ustaleniu wspomnianych wcześniej nowych przesłanek wykluczenia wykonawcy za złożenie nieprawdziwych informacji. Ich ocena sprowadzać musiałaby się bowiem do odpowiedzi na pytania, po pierwsze, czy stopień wiedzy i świadomości danego zamawiającego umożliwiał w określonych okolicznościach wprowadzenie go w błąd, a po drugie – czy podjęte w celu ustalenia nieprawdziwości informacji działania zamawiającego znamionowała łatwość.

Następnie wskazać należy, że okoliczności przedmiotowego stanu faktycznego dały, zdaniem składu orzekającego, podstawy do przyjęcia, że nieprawdziwe informacje złożone zostały przez Odwołującego w wyniku niedbalstwa, co uprawniało Zamawiającego do wykluczenia tego wykonawcy z Postępowania. Zauważyć należy w tym miejscu, że odwołujący się wykonawca jest profesjonalnym uczestnikiem obrotu gospodarczego, od którego wymagana jest – w świetle przepisu art. 355 § 2 K.c. w zw. z art. 14 Pzp – staranność w postaci kwalifikowanej, wyższej niż przeciętna.

Przenosząc powyższe wskazanie na realia stanu faktycznego i odnosząc je do zamówienia wykonanego na rzecz PSE S.A. Izba stwierdziła, że niedbalstwa Odwołującego należało upatrywać w złożeniu oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w Postępowaniu i załączeniu do oferty, na potwierdzenie tej okoliczności, wykazu wykonanych dostaw zawierającego informację, zgodnie z którą przedmiotowe zamówienie obejmowało modernizację (dostawę i wdrożenie) infrastruktury sieciowej opartej o urządzenia i technologie firmy Cisco, podczas gdy ustalone zostało przez Zamawiającego, a nadto przyznane przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania i w trakcie rozprawy, że nie wpisuje się ono w treść warunku udziału w Postępowaniu. Jest to niezrozumiałe w kontekście twierdzeń Odwołującego o zrealizowaniu szeregu innych zamówień

odpowiadających warunkowi odnoszącemu się do wiedzy i doświadczenia wykonawców i załączonych do odwołania dowodów mających potwierdzać tę okoliczność, co świadczy jedynie o braku po jego stronie należytej staranności, która towarzyszyć powinna sporządzaniu oferty. Co więcej, nawet w warunkach postępowania odwoławczego Odwołujący taką starannością się nie wykazał, ponieważ nie był w stanie sporządzić wykazu wykonanych dostaw w sposób jednoznacznie potwierdzający spełnianie wzmiankowanego warunku udziału w Postępowaniu. Jak bowiem przyznał na rozprawie, w odniesieniu do pierwszego ze wskazanych w nim zamówień zachodziłaby konieczność wezwania go do wyjaśnienia dokumentów w celu ustalenia podmiotu, który był zamawiającym.

Przejawem niedbalstwa było również posługiwanie się referencjami McDonald's Polska sp. z o.o. wystawionymi w latach 2011-2013 na nieistniejący wówczas podmiot, której to okoliczności Odwołujący również nie kwestionował. Należy mieć na względzie, że to na adresacie tego typu dokumentów, jako podmiocie, który wykorzystuje je w celu ubiegania się o udzielanie zamówień publicznych, spoczywa obowiązek dbałości o poprawność informacji w nich ujętych. Bez znaczenia jest przy *nota bene* nieudowodniona przez Odwołującego okoliczność, że posługiwał się tymi dokumentami w innych procedurach zamówieniowych i nie budziły one dotąd żadnych wątpliwości. Istotny jest natomiast fakt, że Odwołujący przez okres 3-5 lat (w zależności od daty konkretnej referencji) posługiwał się dokumentami zawierającymi nieprawdziwe informacje i przez ten czas okoliczności tej nie zweryfikował, a uczynił to dopiero Zamawiający.

Reasumując, wynikająca z przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przesłanka złożenia nieprawdziwych informacji potwierdziła się.

Odnosząc się do drugiego z warunków zastosowania sankcji wykluczenia wykonawcy z powodu nieprawdziwych informacji, tj. wpływu na wynik Postępowania skład orzekający wziął pod uwagę, że złożenie nieprawdziwych informacji umożliwić miało Odwołującemu wykazanie spełniania jednego z warunków udziału w Postępowaniu, a w konsekwencji – uzyskanie zamówienia. Przyjąć należało zatem, że przesłanka ta *ad casum* została spełniona.

Suma powyższych okoliczności uprawnia wniosek, że Zamawiający prawidłowo zastosował przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, wobec czego zarzut jego naruszenia podlegał oddaleniu.

Przesądzając kwestię zasadności wykluczenia Odwołującego z Postępowania Izba stwierdziła, że dowody przedstawione przez niego na rozprawie nie mogły potwierdzać braku podstaw do podjęcia zaskarżonej czynności. Skład orzekający uznał, że dowód w postaci zestawienia przetargów nie miał w ogóle związku ze sprawą, a sformułowana przez

pełnomocnika teza dowodowa, na potwierdzenie której dowód ów został zgłoszony (okoliczność, że w sytuacji gdy nazwa postępowania wskazuje wyłącznie dostawy, to opis przedmiotu zamówienia obejmuje tylko dostawy urządzeń, a nie dostawy i wdrożenie), nie wymaga w ogóle dowodzenia. Z kolei dowód w postaci oświadczenia McDonald's Polska potwierdza jedynie brak należytej staranności po stronie Odwołującego, który dopiero po kilku latach od wystawienia referencji (3-5, w zależności od konkretnego dokumentu) i nie z własnej inicjatywy doprowadził do skorygowania ich treści. Co zaś dotyczy załączonych do odwołania dokumentów (wykaz wykonanych dostaw wraz z protokołami ich odbioru i fakturami) skład orzekający uznał, że poza okolicznością braku staranności w ich sporządzeniu (o czym wyżej), dowód ten nie stanowił potwierdzenia braku zasadności wykluczenia Odwołującego z powodu złożenia nieprawdziwych informacji.

Podobnie nie potwierdzał zasadności stanowiska Zamawiającego złożony na rozprawie dowód odnoszący się do zamówienia zrealizowanego przez Odwołującego na rzecz PGE Dystrybucja S.A. Izba wzięła go pod uwagę wyłącznie w kontekście braku staranności Odwołującego przy sporządzaniu załączonego do odwołania wykazu wykonanych dostaw.

Chybione było również stanowisko Odwołującego w kwestii zarzucanego Zamawiającemu naruszenia przepisów art. 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp. Nie może bowiem ulegać wątpliwości, że procedury wynikające z przywołanych przepisów Pzp nie dotyczą nieprawdziwych informacji i nie mogą służyć uchylaniu się od negatywnych skutków ich złożenia.

Skład orzekający nie znalazł również podstaw do rozstrzygnięcia kwestii pierwszeństwa procedur wynikających z art. 26 ust. 3 i 4 Pzp i § 1 ust. 5 Rozporządzenia. Za niecelowe uznano w szczególności przesądzenie o pierwszeństwie zastosowania procedury wezwania do uzupełnienia/wyjaśnienia dokumentów nad możliwością zwrócenia się przez zamawiającego bezpośrednio do wystawców referencji o informacje dotyczące realizacji na ich rzecz wskazanych w wykazie zamówień. Izba wyraża zapatrywanie, że w przypadku powzięcia przez zamawiającego wątpliwości odnośnie informacji zawartych w wykazach, bądź wynikających z treści poświadczeń, nie można odmawiać mu uprawnienia do skorzystania z możliwości, jaką stwarza przepis § 1 ust. 5 Rozporządzenia.

W konsekwencji przedstawionych poglądów nie mógł zostać uwzględniony zarzut naruszenia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, ponieważ skoro z Postępowania wyeliminowani zostali wszyscy uczestniczący w nim wykonawcy, to podlegało ono unieważnieniu w oparciu o ww. przepis Pzp.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w pkt 1 sentencji orzeczenia,

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 2 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. a i 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.2010.41.238).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....