

Sygn. akt: KIO 1268/12

WYROK
z dnia 29 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 czerwca 2012 r.** w Warszawie odwołania z dnia **18 czerwca 2012 r.** wniesionego przez wykonawcę **Biuro Obsługi Inwestycji Elżbieta Olczak-Majewska, ul. Sempołowskiej 29, 51-660 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Regionalna Dyrekcja Lasów Państwowych w Białymstoku, ul. Lipowa 51, 15-424 Białystok**

przy udziale wykonawcy **P.P.H. TELKAZ Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Ksawerów 24/3, 02-656 Warszawa** – zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Biuro Obsługi Inwestycji Elżbieta Olczak-Majewska, ul. Sempołowskiej 29, 51-660 Wrocław**

i nakazuje:

zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: **piętnaście** tysięcy złotych **zero** groszy) uiszczone przez wykonawcę wykonawcę **Biuro Obsługi Inwestycji Elżbieta Olczak-Majewska, ul. Sempołowskiej 29, 51-660 Wrocław**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (**Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429**) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Białymstoku**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Drygały, w imieniu którego działa, Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Regionalna Dyrekcja Lasów Państwowych w Białymstoku z siedzibą przy ul. Lipowej 51, 15-424 Białystok wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Wykonanie rozpoznania i oczyszczenia saperskiego w Nadleśnictwie Drygały«.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429.) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 12.04.2012 r. pod nrem 2012/S 71-118212.

Zamawiający zawiadomił 08.06.2012 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy P.P.H. TELKAZ sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Ksawerów 24/3, 02-656 Warszawa.

Wykonawca Elżbieta Olczak-Majewska prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „Biuro Obsługi Inwestycji Elżbieta Olczak-Majewska”, ul. Sempołowskiej 29, 51-660 Wrocław, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniosła 18.06.2012 r. do Prezesa KIO odwołanie na:

- 1) zaniechania przez zamawiającego wykluczenia z postępowania wykonawcy TELKAZ z siedzibą w Warszawie, który złożył w toku postępowania nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności, w tym pozwolenia na nabywanie, przechowywanie lub używanie materiałów wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego, wskazanego w art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 21 czerwca 2002 r. o materiałach wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego;
- 2) zaniechania przez zamawiającego wykluczenia z postępowania wykonawcy P.P.H. TELKAZ, pomimo niewykazania przez wykonawcę spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania

zamówienia, które zgodnie z postanowieniami rozdz. IX ust. 1 pkt 1.2 ppkt 1.2.1 specyfikacji powinny mieć co najmniej dwuletnie doświadczenie w zakresie nadzoru nad prowadzeniem prac z zakresu oczyszczania terenów z materiałów wybuchowych, w tym ich niszczenia przy użyciu materiałów wybuchowych przeznaczanych do użytku cywilnego;

- 3) wezwania zamawiającego do złożenia wyjaśnień przez wykonawcę P.P.H. TELAZ w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, pomimo, że wykonawca ten, w celu uzyskania zamówienia, w załączniku nr 7 do oferty poświadczył nieprawdę;
- 4) wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, tj. oferty złożonej przez wykonawcę P.P.H. TELKAZ.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy P.P.H. TELKAZ, który złożył w toku postępowania nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania – przez złożenie oświadczenia o posiadaniu uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, w sytuacji, gdy wykonawca ten nie posiada pozwolenia na nabywanie, przechowywanie lub używanie materiałów wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego, wskazanego w art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 21 czerwca 2002 r. o materiałach wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy TELKAZ w sytuacji, gdy wykonawca ten nie spełnił wymogów udziału w postępowaniu w zakresie wymaganym przez zamawiającego (określonego w rozdz. IX ust. 1 pkt 1.2 ppkt 1.2.1 specyfikacji) tj. posiadania przez dwie osoby pełniące funkcję kierownika prac saperskich, co najmniej dwuletniego doświadczenia w zakresie nadzoru nad prowadzeniem prac z zakresu oczyszczania terenów z materiałów wybuchowych, w tym ich niszczenia przy użyciu materiałów wybuchowych przeznaczanych do użytku cywilnego;
- 3) art. 26 ust. 4 Pzp przez wezwanie przez zamawiającego wykonawcy P.P.H. TELKAZ sp. z o. o. do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, w sytuacji, gdy wykonawca ten w załączniku nr 7 do oferty poświadczył nieprawdę w celu uzyskania zamówienia;
- 4) naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, polegające na zaniechaniu przez zamawiającego wykluczenia z postępowania przystępującego, jako wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć

wpływ na wynik prowadzonego postępowania, oraz nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu;

- 5) naruszenie art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp przez naruszenie obowiązku udzielenia zamówienia publicznego wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, polegające na dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty z pominięciem ustawowego obowiązku wykluczenia wykonawcy przystępującego, który złożył nieprawdźwie informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik tego postępowania oraz nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o merytoryczne rozpoznanie przez Krajową Izbą Odwoławczą odwołania i jego uwzględnienie w całości przez:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności zamawiającego z 8 czerwca 2012 roku, polegającej na wyborze oferty P.P.H. TELAKZ sp. z o.o. jako najkorzystniejszej;
- 2) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 3) nakazanie zamawiającemu wykluczenia z postępowania P.P.H. TELKAZ, jako wykonawcy, który w toku postępowania złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik tego postępowania w zakresie posiadanych uprawnień do wykonywania określonej działalności, w sytuacji gdy przepisy art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 21 czerwca 2002 r. o materiałach wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego, takiego uprawnienia wymagają oraz nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganym przez zamawiającego (określonego w rozdz. IX ust. 1 pkt 1.2 ppkt 1.2.1 SIWZ) tj. posiadania przez dwie osoby pełniące funkcję kierownika prac saperskich, co najmniej dwuletniego doświadczenia w zakresie nadzoru nad prowadzeniem prac z zakresu oczyszczania terenów z materiałów wybuchowych, w tym ich niszczenia przy użyciu materiałów wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego;
- 4) nakazanie zamawiającemu uznania oferty złożonej przez TELKAZ za odrzuconą jako oferty złożonej przez wykonawcę wykluczonego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;

ponadto odwołujący wnosi o:

- 5) przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w treści odwołania (znajdujących się w aktach postępowania) oraz złożonych przez odwołującego;
- 6) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zgodnie ze spisem kosztów przedstawionym na rozprawie oraz kosztami wynagrodzenia pełnomocników w wysokości 3.600 zł.

Argumentacja odwołującego

I

Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania.

Z art. 26 ust. 1 Pzp wynika, że zamawiający ma obowiązek żądać dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wartość zamówienia jest równa kwocie progów unijnych lub ją przekracza. W postępowaniach o wartości równej lub przekraczającej kwotę progów unijnych, do których należy przedmiotowe postępowanie, w ofercie powinno znajdować się oświadczenie o spełnianiu warunków oraz dokumenty potwierdzające spełnianie tych warunków.

Żądając dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, zamawiający powinien dokładnie określić, o jakie dokumenty mu chodzi. W przypadkach, w których jest to możliwe, powinien po prostu nazwać dokumenty, jakich oczekuje. Ten obowiązek zamawiającego wynika z przepisu art. 36 ust. 1 pkt 6 Pzp, który nakazuje zamawiającemu podać w specyfikacji wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Dokumenty te powinien egzekwować od wszystkich wykonawców na równych zasadach. Ich wyliczenie w siwz powinno być kompletne, z podaniem nazw dokumentów, okresu, z jakiego mogą pochodzić, oraz ze wskazaniem, w jakiej formie mają zostać złożone (oryginał, kopia potwierdzona). Swoje żądania zamawiający powinien ograniczyć do dokumentów określonych w rozporządzeniu, wydanym na podstawie upoważnienia zawartego w przepisie art. 25 ust. 2 Pzp. Weryfikacja warunku z art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp, tj. „posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania” następuje przez odesłanie do odrębnych przepisów prawa, a wykazanie jego spełnienia następuje przez przedłożenie – zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty, mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) – odpowiedniego dokumentu „koncesji, zezwolenia lub licencji” (wyrok KIO z 18 marca 2011 r. KIO 467/11). Zamawiający ma obowiązek ustalenia, czy do wykonywania określonej działalności są wymagane konkretne uprawnienia. Jeżeli ustawa nakłada obowiązek posiadania określonych uprawnień, to zamawiający jest zobowiązany do weryfikacji ofert wykonawców pod kątem posiadania przez nich wymaganych uprawnień (wyrok KIO z 19 czerwca 2009 r. KIO 731/09).

Podsumowując, przepis art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek zbadania, czy do wykonania zamówienia publicznego ustawy wymagają posiadania uprawnień, a następnie zweryfikowania, czy wykonawcy posiadają wymagane uprawnienia. Innymi słowy, zamawiający jest obowiązany wiedzieć, czy do wykonania zamówienia publicznego wymagane są uprawnienia, jakie są to uprawnienia oraz jakie dokumenty mogą je potwierdzić. Wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 26 ust. 1 Pzp w przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie zażądał od wykonawców dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie pkt 1 ust. 1 art. 22 Pzp uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, mimo, że przepisy obowiązujące takie uprawnienia przewidują, a ograniczył się jedynie do zażądania oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 22 ust. 1 Pzp. Mimo, że zamawiający naruszył treść art. 26 ust. 1 Pzp i nie zweryfikował posiadania uprawnień przez wykonawców, nie oznacza to, że do grona wykonawców mogących się ubiegać o realizację zamówienia mogą należeć podmioty, które nie posiadają uprawnień, w sytuacji gdy obowiązujące przepisy takich uprawnień wymagają.

Zgodnie z rozdz. IV ust. 1 specyfikacji przedmiotem zamówienia jest wykonanie rozpoznania i oczyszczenia saperskiego terenów dla Nadleśnictwa Drygały. W załączniku nr 2 do specyfikacji, stanowiącym opis przedmiotu zamówienia, zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie prac saperskich polegających na wykryciu, usunięciu i zniszczeniu: niewybuchów, niewypałów, amunicji, pozostałości po niewybuchach, niewypałach i amunicji, innych przedmiotów wybuchowych, pozostałości po nich, wszystkich przedmiotów metalowych ze wskazanych obszarów (pkt 1 załącznika nr 2 do SIWZ). Z postanowienia rozdz. IV ust. 3 SIWZ wynika, że przedmiot zamówienia powinien być realizowany zgodnie z przepisami prawa dotyczącymi zakresu zamówienia, w tym w szczególności: ustawą z dnia 21 czerwca 2002 r. o materiałach wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego (DZ. U. Nr 117, poz. 1007 ze zm.) (rozdz. IV ust. 3.1 SIWZ) oraz rozporządzeniem Ministra Gospodarki z dnia 18 lutego 2011 r. w sprawie sposobu prowadzenia prac z użyciem materiałów wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego oraz podczas oczyszczania terenów (DZ. U. z 2011 r., Nr 42, poz. 216).

Z art. 3 pkt 17 ustawy z dnia 21 czerwca 2002 r. o materiałach wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego wynika, że przez pojęcie „używanie” należy rozumieć prowadzenie przez przedsiębiorców i jednostki naukowe wszelkich prac związanych ze stosowaniem materiałów wybuchowych do celów cywilnych. W art. 3 pkt 18a wskazano zaś definicję legalną pojęcia „oczyszczania terenów”, przez które należy rozumieć poszukiwanie materiałów wybuchowych, wydobywanie, zabezpieczenie,

zniszczenie lub unieszkodliwienie znalezionych materiałów wybuchowych na lądzie, wodach śródlądowych i obszarach morskich. Z zestawienia tych dwóch definicji wynika jasno, że zakres pojęcia używanie, który dotyczy wszelkich prac związanych ze stosowaniem materiałów wybuchowych zawiera w sobie pojęcie oczyszczania terenów, który dotyczy kilku czynności przy zastosowaniu materiałów wybuchowych. W związku z tym, wskazać należy, że do prac dotyczących oczyszczenia terenów stosować należy art. 9 ust. 1 ustawy o materiałach wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego, z którego wynika, że nabywanie, przechowywanie lub używanie materiałów wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego, z zastrzeżeniem ust. 2 i 3, wymaga uzyskania pozwolenia na nabywanie, przechowywanie lub używanie materiałów wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego, zwanego dalej „pozwoleniem”. Dla potwierdzenia powyższego twierdzenia odwołujący wskazuje na treść pisma Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 24 sierpnia 2011 r., z którego wynika, że „działalność polegająca na oczyszczeniu terenów z materiałów wybuchowych prowadzona w tym zakresie wykonywana jest w oparciu o przepisy ustawy z dnia 21 czerwca 2002 r. o materiałach wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego i wymaga uzyskania pozwolenia na nabywanie, przechowywanie lub używanie materiałów wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego wydanego przez wojewodę właściwego ze względu na siedzibę przedsiębiorcy”.

Dowód: pismo Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 24 sierpnia 2011 r.

Konieczność posiadania pozwolenia przez wykonawcę realizującego przedmiot zamówienia, wynika również z postanowień pkt 3.2 załącznika nr 2 do SIWZ, w których wskazano, że wykonawca przed rozpoczęciem prac, w terminie 14 dni od podpisania umowy, zobowiązany jest do opracowania i przekazania zamawiającemu dokumentu pt.: „Metodyka prowadzenia działań rozpoznania i oczyszczenia saperskiego przez firmę ...(nazwa)... terenu w Nadleśnictwie ...(nazwa)...”. Opracowanie to powinno być zgodne z postanowieniami Rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 18 lutego 2011 r. w sprawie sposobu prowadzenia prac z użyciem materiałów wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego oraz podczas oczyszczania terenów oraz zgodne z Rozporządzeniem Ministra Gospodarki z dnia 16 sierpnia 2010 r. w sprawie przechowywania w tymczasowym magazynie materiałów wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego lub znalezionych w trakcie oczyszczania terenów. Jak wynika z § 3 ust. 2 pkt 7 pierwszego z rozporządzeń wskazanych w zdaniu poprzedzającym do dokumentacji techniczno-organizacyjnej należy dołączyć kopię pozwolenia, o którym mowa w art. 9 ust. 1 lub koncesji, o której mowa w art. 9 ust. 3 ww. ustawy.

Jak wyżej wykazano **wykonawca, który ubiega się o realizację przedmiotu zamówienia w postępowaniu, musi legitymować się posiadaniem pozwolenia na nabywanie, przechowywanie lub używanie materiałów wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego. Tylko w takim przypadku wykonawca będzie miał możliwość wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z przepisami ustaw, które zamawiający wskazał w ust. 3 rozdz. IV SIWZ. Jak wynika z pisma z 12 czerwca 2012 r. Mazowieckiego Urzędu Wojewódzkiego w Warszawie wykonawca TELKAZ nie figuruje w ewidencji pozwoleń wojewody mazowieckiego na nabywanie, przechowywanie lub używanie materiałów wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego.**

Dowód: pismo Mazowieckiego Urzędu Wojewódzkiego w Warszawie z dnia 12 czerwca 2012 r.

W związku z powyższym zachodzi również wątpliwość odnośnie spełnienia przez wykonawcę P.P.H. TELKAZ sp. z o. o. warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, który to warunek polegał na wykazaniu, że wykonawca w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, należycie wykonał co najmniej jedną usługę w zakresie jednorazowego oczyszczania terenu z przedmiotów wybuchowych o powierzchni oczyszczanej co najmniej 10 ha. Jak wskazano wyżej, wykonawca TELKAZ nie posiada pozwolenia koniecznego do wykonania tych prac. W związku z powyższym uznać należy, że wykonawca TELKAZ nie spełnił warunku należytego wykonania jednej usługi, w sytuacji gdy prace te wykonywała niezgodnie z prawem bez wymaganego pozwolenia.

Jak wynika z referencji z 30 kwietnia 2012 r., które wykonawca dołączył do swojej oferty, prace objęte wykazem stanowiącym załącznik nr 6 do oferty wykonywały dwie osoby (Jerzy Suszczewicz, Michał Przygodzki), które – jak wynika z dokumentacji zgromadzonej podczas postępowania – nie posiadały odpowiednich kwalifikacji potwierdzonych przygotowaniem zawodowym do wykonywania prac związanych z dostępem do materiałów wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego na samodzielnych stanowiskach, w tym prowadzenia prac z zakresu oczyszczania terenów z materiałów wybuchowych, w tym ich niszczenia przy użyciu materiałów wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego.

Odwołujący wskazuje, że zgodnie z poglądem, z którego wynika, że dowód zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia wywodzi skutek prawny w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania (art. 6 KC w zw. z art. 14 Pzp), Odwołujący powyżej przedstawił twierdzenia oraz materiał dowodowy na ich poparcie, z którego wynika, że w toku niniejszego postępowania wykonawca TELKAZ złożyła nieprawdziwe informacje, mające wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Jak wskazano wyżej, zdaniem Odwołującego w niniejszym postępowaniu o udzieleniu zamówienia publicznego, zamawiający dopuścił się naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Aby została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp muszą zostać spełnione łącznie następujące przesłanki:

musi dojść do złożenia nieprawdziwych informacji;

informacje te winny zostać złożone przez wykonawcę w rozumieniu art. 2 pkt 11 Pzp;

złożenie nieprawdziwych informacji musi nastąpić w toku postępowania o udzielenie zamówienia w rozumieniu art. 2 pkt 7a Pzp;

złożenie nieprawdziwych informacji musi mieć wpływ lub może mieć wpływ na wynik tego postępowania.

Jak wynika z opisanego wyżej stanu faktycznego w okolicznościach niniejszego postępowania, wszystkie wskazane wyżej przesłanki zaistniały, bowiem, treść pism z 12 czerwca 2012 r. Mazowieckiego Urzędu Wojewódzkiego w Warszawie dowodzi, że wykonawca TELKAZ nie posiada uprawnień koniecznych do wykonania przedmiotu zamówienia, a które są wymagane na podstawie bezwzględnie obowiązujących przepisów art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 21 czerwca 2002 r. o materiałach wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego.

Wbrew stanowi rzeczywistości, na podstawie oświadczenia złożonego przez wykonawcę TELKAZ, zamawiający w rozpoznawanym postępowaniu przyjął, że wykonawca ten, spełnił wymogi wskazane w specyfikacji legitymując się uprawnieniami do wykonywania określonej działalności.

W zakresie pozostałych trzech przesłanek zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, odwołujący wskazuje, że jak wynika również z dokumentacji zebranej przez zamawiającego, nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania złożył przystępujący -firma TELKAZ, w załączniku do przedstawionej oferty, w toku postępowania wszczynanego w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu, a więc postępowania zdefiniowanego w art. 2 pkt 7a Pzp. Uznanie przez zamawiającego za prawdziwe informacji zawartych w przedłożonym przez firmę TELKAZ, oświadczeniu w sposób bezsprzeczny miało wpływ na wynik postępowania, gdyż decydowało o spełnieniu przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 22 ust. 1 Pzp. Jak wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 17 sierpnia 2010 r., KIO 1684/10, zdaniem Izby wszelkiego rodzaju informacje (zawarte w oświadczeniach własnych wykonawcy lub w innych dokumentach przedstawionych w ramach postępowania) mające na celu potwierdzenie przez wykonawcę, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu, mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania.

Konsekwencją związaną ze stwierdzeniem wypełnienia przez wykonawcę hipotezy art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp jest konieczność bezwzględnego zastosowania jego dyspozycji i

eliminacji takiego wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia bez możliwości dokonania uzupełnienia dokumentów przewidzianego w art. 26 ust. 3 Pzp.

Jak wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wydanego na tle interpretacji art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, biorąc pod uwagę wypełnienie hipotezy normy prawnej uregulowanej w art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, tj. instytucji wykluczenia wykonawcy z postępowania ma miejsce jeżeli złożone w toku prowadzonego postępowania, przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia, informacje są niezgodne z faktami i ich złożenie ma lub może mieć wpływ na wynik postępowania. Należy w tym miejscu wskazać, że szczególnie podatne na niezgodność z faktami przy jednoczesnym wpływie na wynik tego postępowania są informacje składane przez wykonawców na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia. Są to bowiem informacje decydujące o możliwości udziału wykonawcy w postępowaniu i zazwyczaj odnoszą się do okoliczności (faktów) niezwiązanych z prowadzonym postępowaniem. W tym miejscu należy również wskazać, że zamawiający zazwyczaj swoje decyzje opiera na oświadczeniach własnych wykonawców lub dokumentach wystawionych przez podmioty trzecie.

Odwołujący wskazuje, że z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp wynika, że przepis ten nie określa powodów złożenia nieprawdziwej informacji. Przepis nie wskazuje, że podanie nieprawdziwych informacji musi być zawinione przez wykonawcę, ani nawet, że musi wynikać „z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”. Ponadto w orzeczeniach Krajowej Izby **Odwoławczej podnosi się, że fakt podania nieprawdziwych informacji nie jest zależny od intencji wykonawcy, błędu, bądź omyłki popełnionej przez niego samego lub wprowadzenia w błąd przez osobę trzecią. Nie będzie również miał znaczenia zamiar wykonawcy, stan jego świadomości lub stopień zawinienia.** Tytułem przykładu wskazać należy na wyrok KIO z dnia 6 sierpnia 2010 r., 1550/10, w którym Izba wskazała, że „Nie mają znaczenia przyczyny z powodu, których doszło do podania nieprawdziwych informacji. Nie rozróżnia się bowiem skutków podania nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik postępowania ze względu na postać winy wykonawcy (wina umyślna czy niedbalstwo). Istotne jest, że informacja jest obiektywnie niezgodna z rzeczywistością”. Stanowisko podobne zajęła także KIO m.in. w wyroku z dnia 10 czerwca 2009 r. KIO/UZP 666/09, w którym wskazała, że „dla oceny podstaw wykluczenia istotne znacznie ma tylko okoliczność, że informacja mająca rzeczywisty, realny wpływ na wynik postępowania jest niezgodna z rzeczywistością w sposób nie budzący wątpliwości”.

Mając na uwadze stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie braku istotności wykazania przesłanki zawinienia w działaniu wykonawcy podającego nieprawdziwe informacje, Odwołujący wskazuje jednak, że w okolicznościach niniejszego postępowania wykonawca TELKAZ jako profesjonalny podmiot świadczący usługi oczyszczania terenu musiała mieć wiedzę odnośnie wymogu uzyskania pozwolenia, jakie przewiduje ustawa z

dnia 21 czerwca 2002 r. Nawet, przy przyjęciu, że przed przystąpieniem do przetargu wykonawca jednak takiej świadomości nie miał, to podkreślić należy, że w postanowieniach specyfikacji zamawiający wskazał, że przedmiot zamówienia musi zostać wykonany zgodnie z przepisami tej ustawy. Dopełniając należnych aktów staranności i zapoznając się z przepisami, wykonawca powinien uzyskać wiedzę odnośnie konieczności posiadania pozwolenia przy realizacji zamówienia, o które się stara.

Mając na względzie dotychczasowe wypowiedzi Krajowej Izby Odwoławczej oraz orzecznictwa Sądów Okręgowych, odwołujący wskazuje, że jego zdaniem, zaistnienie przesłanek wykluczenia wynikających z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp zostało udowodnione w sposób nie budzący wątpliwości. Brak posiadania odpowiedniego pozwolenia uprawnia do stwierdzenia, że złożone przez wykonawcę TELKAZ oświadczenie w zakresie posiadania odpowiednich uprawnień wymaganych stosownymi ustawami jest obiektywnie nieprawdziwe, czyli przedstawia stan niezgodny z rzeczywistością. Odwołujący wskazuje, że w związku z przedstawieniem dowodów wskazujących na nieprawdziwość informacji przekazanych zamawiającemu przez wykonawcę TELKAZ, zamawiający, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, który zawiera normę prawną o charakterze *iuris cogentis*, powinien dokonać czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jak wynika ze stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej, obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania, z przyczyn określonych w art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, podlega zaktualizowaniu na każdym etapie postępowania, gdy zamawiający uzyska sprawdzoną lub przyznaną wiadomość o okolicznościach złożenia nieprawdziwej informacji (wyrok KIO z dnia 12 października 2009 r. KIO/UZP 1223/09). W tym miejscu wskazać również należy na inną wypowiedź Krajowej Izby Odwoławczej, z której wynika, że „Informacje podane przy ofercie mogą być weryfikowane i konfrontowane w toku całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Informacja taka nie może być uznana za prawdziwą jedynie w dacie złożenia oferty, z powodu braku wiedzy o niej składającego ofertę i pozostać taką wskutek zmiany okoliczności lub też istnienia takich okoliczności, które nie są zamawiającemu znane, a ich nieprawdziwość ujawnia się dopiero w trakcie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego bądź postępowania odwoławczego” (wyrok KIO z dnia 28 października 2010 r., KIO 2250/10).

II.

W zakresie drugiego zarzutu polegającego na naruszeniu przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, w pierwszej kolejności odwołujący wskazał, że z postanowień rozdz. IX SIWZ wynika, że wykonawcy, którzy mogą się ubiegać o udzielenie zamówienia w postępowaniu muszą wykazać się dysponowaniem dwoma osobami zdolnymi do wykonania

zamówienia, które będą pełnił funkcję kierownika prac saperskich i które posiadać będą co najmniej dwuletnie doświadczenie w zakresie nadzoru nad prowadzeniem prac z zakresu oczyszczania terenów z materiałów wybuchowych, w tym ich niszczenia przy użyciu materiałów wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego. Celem wykazania spełnienia tego warunku wykonawca TELKAZ dołączył do oferty załącznik nr 7 wraz z dokumentacją i oświadczeniami. W związku z faktem, że zamawiający uznał, że we wskazanym wykazie przystępujący nie wykazał kwalifikacji osób wskazanych do nadzoru jako wymaganych przez zamawiającego oraz nie potwierdził spełnienia warunku posiadania przez kierowników prac saperskich, wymaganego w specyfikacji doświadczenia, pismem z dnia 28 maja 2012 r., wykonawca TELKAZ wezwany został do złożenia wyjaśnień dotyczących wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych i doświadczenia. W odpowiedzi na to wezwanie wykonawca TELKAZ wskazał, jako osoby mające pełnić funkcję kierownika zupełnie inne osoby niż wymieniane w wykazie stanowiącym załącznik do oferty. Wykonawca oświadczył również, że osoby te posiadają co najmniej dwuletnie doświadczenie w zakresie nadzoru nad prowadzeniem prac z zakresu oczyszczania terenów z materiałów wybuchowych, w tym ich niszczenia przy użyciu materiałów wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego. Do pisma wykonawca TELKAZ dołączył również dwa zaświadczenia potwierdzające kwalifikacje zawodowe osób wskazanych jako mające pełnić funkcję kierownika prac saperskich.

Odwołujący w związku z podaniem nieprawdziwych informacji w wykazie stanowiącym załącznik nr 7 do oferty, celem weryfikacji, złożył do Ministerstwa Gospodarki wniosek o udzielenie informacji publicznej. Z odpowiedzi na ten wniosek, otrzymanej w dniu 14 czerwca 2012 r. wynika jednoznacznie, że jedna z osób – Zbigniew Biały, wskazana przez wykonawcę TELKAZ jako mająca wykonywać funkcję kierownika prac saperskich, przed uzyskaniem w dniu 19 listopada 2011 r. zaświadczenia potwierdzającego przygotowanie zawodowe do pracy z materiałami wybuchowymi przeznaczonymi do użytku cywilnego w zakresie oczyszczania terenów, nie posiadała zaświadczenia potwierdzającego przygotowanie zawodowe do prac przy użyciu materiałów wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego na samodzielnych stanowiskach w tym stanowiskach nadzoru. Zdaniem odwołującego z powyższego jasno wynika, że biorąc pod uwagę okoliczność stwierdzoną w odpowiedzi na wniosek, jedna z osób wskazana przez wykonawcę TELKAZ nie ma wymaganego minimalnego dwuletniego doświadczenia w zakresie nadzoru nad prowadzeniem prac z zakresu oczyszczania terenów z materiałów wybuchowych, gdyż takiego doświadczenia nie mogła nabyć wcześniej niż uzyskała uprawnienia.

Dowód: odpowiedź na wniosek o udzielenie informacji publicznej z dnia 11 czerwca 2012 r.

Z art. 19 ustawy z dnia 21 czerwca 2002 r. o materiałach wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego, której przepisy należy, jak wskazano w specyfikacji, przestrzegać przy wykonaniu przedmiotu zamówienia, wynika, że przedsiębiorca, kierownik jednostki naukowej umożliwiając dostęp do materiałów wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego osobie, która:

- 1) ukończyła 21 lat;
- 2) zdała egzamin, o którym mowa w art. 20
- 3) nie wykazuje zaburzeń psychicznych, o których mowa w ustawie z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego,
- 4) nie była skazana prawomocnym wyrokiem za przestępstwo umyślne przeciwko bezpieczeństwu państwa, porządkowi publicznemu, życiu lub zdrowiu ludzi albo mieniu,
- 5) posiada nienaganną opinię wydaną przez komendanta powiatowego (miejskiego) Policji właściwego dla miejsca zamieszkania.

Z art. 20 ww. ustawy wynika również, że osoba, o której mowa w art. 19, jest obowiązana odbyć szkolenie i zdać egzamin przed komisją kwalifikacyjną. Osoba, która zdała egzamin, otrzymuje zaświadczenie potwierdzające jej przygotowanie zawodowe. Wykładnia literalna przepisów ustawy prowadzi do wniosku, że w zakresie prowadzenia prac i używania materiałów wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego, nie ma możliwości nabywania doświadczenia przed zdaniem egzaminu i zdobyciem odpowiedniego zaświadczenia, gdyż bez spełnienia tych warunków, jak wynika wprost z ustawy, nie można nikomu umożliwić dostępu do materiałów wybuchowych. Tak restrykcyjne brzmienie przepisu wyklucza zdobywanie doświadczenia przez prowadzenie lub asystowanie w pracach z użyciem materiałów wybuchowych, jeszcze przed nabyciem uprawnień. Reasumując brak uprawnień w rozumieniu powołanego przepisu prawa, nie upoważnia do prowadzenia prac z użyciem materiałów wybuchowych, w tym prac z zakresu nadzoru nad oczyszczaniem terenu, a tym samym nie umożliwia zdobycia doświadczenia zawodowego w tym zakresie.

Podkreślenia wymaga również fakt, że zamawiający w warunkach wskazanych w specyfikacji oczekiwał od wykonawców dwuletniego doświadczenia w zakresie nadzoru nad prowadzeniem prac z zakresu oczyszczania terenów. Jak wynika z rozporządzenia Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 4 lipca 2005 r. w sprawie szkolenia i egzaminowania osób mających dostęp do materiałów wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego, wydanego na podstawie przywołanego wyżej art. 20 ustawy z dnia 21 czerwca 2011 r., ustawodawca przewiduje dwa rodzaje zaświadczeń wydawanych po odbyciu szkolenia i zdaniu egzaminu. Zaświadczenie, które w postępowaniu wymagał zamawiający potwierdza przygotowanie zawodowe do wykonywania prac związanych z dostępem do materiałów

wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego na samodzielnych stanowiskach, w tym stanowiskach nadzoru. Wskazanie na samodzielność tego stanowiska w sposób oczywisty wyklucza zgromadzenie doświadczenia zawodowego w zakresie nadzoru nad prowadzeniem prac z zakresu oczyszczania terenów w momencie nieposiadania stosownych uprawnień.

Dodatkowo zamawiający w postanowieniach specyfikacji wyraźnie wymagał minimalnego dwuletniego doświadczenia w zakresie nadzoru nad prowadzeniem prac z zakresu oczyszczania terenów z materiałów wybuchowych. Z powyższego należy wywieść, że celem określenia warunku dotyczącego doświadczenia osób, które mają brać udział w realizacji zamówienia jest zapewnienie, że mają one na tyle duże doświadczenie, że należycie zrealizują prace polegające na nadzorze nad pracami oczyszczania terenu. Istotne jest zatem, jak długo osoby te faktycznie pełniły określone funkcje. Odwołujący zwraca uwagę, że wykazanie odpowiedniego doświadczenia przez osoby pełniące funkcje kierownika prac saperskich ma szczególne znaczenie w przedmiotowym postępowaniu, z uwagi na fakt, iż, od jakości wykonanych prac zależeć będzie bezpieczeństwo osób użytkujących w przyszłości teren prac podlegających oczyszczeniu. Stąd uznać należy, że zamawiający powinien wyjątkowo starannie zweryfikować kompetencje osób pełniących nadzór nad pracami, objętymi niniejszym przetargiem, w tym zbadać przesłankę nabytego doświadczenia. Posiadanie przez osoby, mające pełnić funkcje kierownika prac saperskich i sprawujące nadzór nad prowadzonymi pracami, minimalnie dwuletniego doświadczenia zawodowego pozwala przyjąć, że dzięki umiejętnościom tych osób prace zostaną wykonane bezpiecznie i nie zostanie narażone zdrowie i życie osób trzecich. W związku z charakterem prac objętych niniejszym przetargiem, stopniem skomplikowania i odpowiedzialnością za bezpieczeństwo osób trzecich, Odwołujący zwraca również uwagę, że doświadczenia zawodowe, wskazanej przez wykonawcę TELKAZ, osoby, wynoszące zaledwie nieco ponad pół roku, jest stanowczo za małe. Oczywistym jest, że chęć uzyskania zamówienia przez wykonawców, nie powinna wyprzedzać zasadniczego priorytetu, jakim jest wykonanie prac w sposób rzetelny i bezpieczny dla wykonawcy oraz osób trzecich.

Jak wynika, z orzecznictwa KIO doświadczenie w każdym przypadku oznacza sprawdzenie w praktyce umiejętności teoretycznych, nabycie wprawy w wykonywaniu określonych robót, czynności, a w przypadku nadzorowania robót budowlanych czy koordynowania ich przebiegu – sprawdzenie zgodności z dokumentacją i reagowanie na nieprawidłowości, kolizje w celu zapewnienia, że rezultat prac będzie wykonywany zgodnie ze sztuką budowlaną, ukończony poprawnie czy terminowo. Z oczywistych względów w odniesieniu do osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia musi zostać wykazane jej doświadczenie przy pełnieniu określonych funkcji – bądź w kosztach, bądź przy realizacji oznaczonego obiektu (wyrok KIO UZP z 6 sierpnia 2010 r., KIO/UZP 1601/10). W wyroku KIO z dnia 23 sierpnia 2010 r. KIO 1675/10, KIO 1676/10, który w drodze analogii można

odnieść do okoliczności rozpoznawanej sprawy, Krajowa Izba Odwoławcza „podzieliła stanowisko odwołującego, że podane w wykazie roboty realizowane przed dniem wydania uprawnień nie mogą być zaliczone do okresu doświadczenia. Zamawiający wymagał bowiem wykazania doświadczenia na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót, a funkcje te – zgodnie z przepisem art. 12 ust. 2 ustawy Prawo budowlane – mogą być pełnione wyłącznie przez osoby posiadające uprawnienia”.

Z uzasadnienia kolejnego orzeczenia KIO z dnia 25 czerwca 2010 r. KIO/UZP 1178/10 można wywieść wniosek, że w sytuacji gdy zamawiający oczekuje aby osoba, którą wskazuje wykonawca przy pełnieniu konkretnych funkcji (w przedmiotowym postępowaniu samodzielne stanowisko w zakresie nadzoru) to do zaliczenia okresu doświadczenia nie wystarczy wykonywanie przez tą osobę czynności danego rodzaju, czy też posiadanie ogólnie „doświadczenia zawodowego”.

Przesłanka wykluczenia z udziału w postępowaniu określona w art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp aktualizuje się w sytuacji, gdy wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, co miało miejsce w postępowaniu w związku z wystąpieniem okoliczności wskazanych przez odwołującego powyżej.

III

Odwołujący w twierdzeniach przytoczonych wyżej wykazał, że z dokumentacji zgromadzonej w przedmiotowym postępowaniu, wynika, że załączniku nr 7 do oferty – wykazie osób uczestniczących w wykonaniu zamówienia wraz z informacjami o kwalifikacjach i doświadczeniu niezbędnym do wykonania zamówienia, wykonawca TELKAZ poświadczyl nieprawdę. Z wykazu tego wynika, że upoważnieni przedstawiciele wykonawcy w jego imieniu złożyli oświadczenie, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia posiadają wymagane uprawnienia do pełnienia wskazanych funkcji tj. w przypadku osób pełniących funkcję kierownika prac saperskich, posiadają odpowiednie kwalifikacje potwierdzone przygotowaniem zawodowym do wykonywania prac związanych z dostępem do materiałów wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego na samodzielnych stanowiskach, w tym stanowiskach nadzoru w zakresie prowadzenia prac z zakresu oczyszczania terenów z materiałów wybuchowych, w tym ich niszczenia przy użyciu materiałów wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego wynikające z rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 5 maja 2009 r. zmieniające rozporządzenia w sprawie szkolenia i egzaminowania osób mających dostęp do materiałów wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego. Jak wynika z powołanego wyżej jako dowód pisma stanowiącego odpowiedź na wniosek o udzielenie informacji publicznej, osoby wskazane w załączniku nr 7 do oferty wykonawcy P.P.H. TELAKZ sp. z o.o. – Jerzy Suszczewicz, Witold Przygodzki oraz Jerzy Kalinowski nie posiadają ważnych zaświadczeń potwierdzających przygotowanie

zawodowe do pracy z materiałami wybuchowymi przeznaczonymi do użytku cywilnego dla osób zatrudnionych na samodzielnych stanowiskach (w tym stanowiskach nadzoru) w zakresie:

- prowadzenia prac z zakresu oczyszczania terenów z materiałów wybuchowych, w tym w ich niszczeniu przy użyciu materiałów wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego;
- prowadzenia prac przy użyciu materiałów wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego poza górnictwem.

Z powyższego wynika jednoznacznie, że w załączniku nr 7 przystępujący złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący przychyła się do wyrażonego w wyroku KIO z dnia 5 lutego 2009 r. KIO/UZP 99/09 stanowiska, zgodnie z którym „Wprowadzenie do ustawy normy art. 24 ust. 2 pkt 2 jest wyrazem troski ustawodawcy nie tylko o słuszny interes zamawiających, a w szerszym aspekcie również interes publiczny, ale wskazuje też na potrzebę uczciwości w obrocie gospodarczym. *Ratio legis* art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp jest eliminacja z postępowania wykonawców, którzy poświadczyli nieprawdę w celu uzyskania zamówienia. Wybór oferty najkorzystniejszej winien nastąpić wyłącznie spośród wykonawców, którzy dają rzeczywistą gwarancję realizacji zamówienia z należytą starannością oraz spośród ofert odpowiadających wyrażonym w specyfikacji oczekiwaniom zamawiającego.

Przyjęcie poglądu, że stwierdzenie informacji nieprawdziwych mających wpływ na wynik postępowania skutkować powinno zastosowaniem trybu wskazanego w art. 26 ust. 3 Pzp, prowadziłoby do wniosku, że wykluczenie wykonawców na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp nastąpić może wyłącznie w sytuacji, gdy informacje złożone w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego również są nieprawdziwe, zatem dopiero po dwukrotnym złożeniu nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. Pogląd taki nie znajduje oparcia w treści art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp i stoi w sprzeczności z wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Z literalnej wykładni art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp wynika, że podanie nieprawdy w dokumentach nie może być uważane za błąd lub brak złożenia dokumentów. Podobnie wypowiedział się inny skład KIO w orzeczeniu z dnia 25 czerwca 2010 r. KIO/UZP 1178/10, wskazując, że „Biorąc zaś pod uwagę fakt, że informacje przedstawiane przez wykonawców w postępowaniu są dla zamawiających ustawowym i najczęściej jedynym źródłem informacji o wykonawcach i podstawą do wyboru kontrahenta, znaczenie zaufania co do prawdziwości tych dokumentów i zawartych w nich informacji jest ogromne – zarówno ze względu na wydatkowanie środków publicznych, jak i na promowanie uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Tym samym wykonawcy zobowiązani są do przygotowania tych dokumentów z należytą, a wręcz szczególną starannością, a podanie informacji nieprawdziwych i wprowadzających

zamawiającego w błąd powinno być traktowane rygorystycznie. Izba nie zgadza się też z przedstawionym przez zamawiającego stanowiskiem, że nie może on badać złożonych oświadczeń – chociaż oczywiście nie wymaga się od niego prowadzenia czynności śledczych w stosunku do ofert i złożonych dokumentów i oświadczeń, powinien jednak reagować na otrzymane w tym zakresie sygnały. Izba podziela też pogląd, że złożenie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji powoduje ten skutek, że zamawiający nie jest zobowiązany do wzywania wykonawcy do uzupełnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Co prawda często trudne jest zakwalifikowanie danej informacji jednoznacznie jako „błąd” w dokumencie czy też „informacji nieprawdziwej”, lecz w rozpoznawanej sprawie Izba nie ma wątpliwości, że wskazania „kierownik robót” przy robotach, w których osoba ta kierownikiem robót nie była, nie można uznać za „błąd”, lecz jest to informacja nieprawdziwa. Informacja ta ma też niewątpliwie znaczenie dla wyniku postępowania – wyboru oferty najkorzystniejszej”. Również w najnowszym orzecznictwie KIO dostrzega, że „złożenie nieprawdziwych informacji nie jest przez ustawodawcę uzależnione od winy wykonawcy, zatem do złożenia nieprawdziwej informacji może dojść przez omyłkę, działanie pod wpływem błędu co do rzeczywistego stanu rzeczy wywołanego własnym, ale także cudzym działaniem. Ocena wpływu na wynik ma umożliwić eliminację z postępowania tylko tych wykonawców, którzy nie dają rękąmi należytego wykonania zamówienia. Takiej rękąmi nie daje wykonawca, który składa nieprawdziwą informację w celu wywołania u zamawiającego przekonania, że spełnia warunki udziału w postępowaniu” (wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2012 r. KIO 40/12).

Zdaniem Odwołującego, w ramach postępowania, w związku z faktem, że wykonawca TELKAZ poświadczył nieprawdę w zakresie posiadania przez osoby wskazane w załączniku nr 7 wymienionych tam uprawnień, zamawiający nie powinien wzywać do złożenia wyjaśnień wykonawcy TELKAZ w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, gdyż wykonawca ten, bezsprzecznie nie dopuścił się „błąd” przy składaniu wykazu, lecz złożył informację nieprawdziwą. Wniosek taki zamawiający wywieść mógł z porównania wykazu osób stanowiącego załącznik nr 7 do oferty wykonawcy z dokumentacją złożoną przez niego oraz oświadczeń złożonych w załączniku nr 7. Fakt złożenia takich nieprawdziwych informacji powinien skutkować automatycznym zastosowaniem art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp i wykluczeniem wykonawcy TELKAZ z postępowania o udzielnie zamówienia.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **18.06.2012 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **19.06.2012 r.** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

Wykonawca P.P.H. TELKAZ sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Ksawerów 24/3, 02-656 Warszawa złożył: 1) Prezesowi KIO i przesłał 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania .2012 r. (art. 185 ust. 2 Pzp).

Przystępujący wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy **28.06.2012 r.** (art. 186 ust. 1 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego przez odwołującego:

1) pismo z 14 czerwca 2012 r. Ministerstwa Gospodarki, z którego zamawiający wywodzi konieczność posiadania przez wykonawcę prowadzącego działalność oczyszczania terenu pozwolenia na nabywanie, przechowywanie lub używanie materiałów wybuchowych zgodnie z ustawą z dnia 21 czerwca 2002 r. o materiałach wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego (Dz. U. Nr 117, poz. 1007 ze zm.) oraz konieczność zatrudnienia osób zgodnie z art. 19, 19a oraz 20 ustawy z dnia 21 czerwca 2002 r. o materiałach wybuchowych; oraz dowodu złożonego przez przystępującego:

2) oświadczenia osób fizycznych na okoliczność polegania przez przystępującego na wiedzy i doświadczeniu osób, które w sposób obiektywny zapewniają wykonanie zamówienia (osoby te wcześniej nie były przedstawione w ofercie)

– Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem oraz pismo Ministerstwa Gospodarki i oświadczenia osób fizycznych złożone przez przystępującego.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest sporny.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp – przez zaniechanie wykluczenia z postępowania przystępującego, który złożył w toku postępowania nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania – przez złożenie oświadczenia o posiadaniu uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, w sytuacji, gdy wykonawca ten nie posiada, wskazanego w art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 21 czerwca 2002 r. o materiałach wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego, pozwolenia na nabywanie, przechowywanie lub używanie materiałów wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego – nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że zamawiający nie dokonał weryfikacji ofert pod kątem konieczności posiadania przez wykonawców zamierzających wykonywać przedmiot zamówienia (oraz aby wykazać spełnienie warunku posiadania doświadczenia) pozwolenia na nabywanie, przechowywanie lub używanie materiałów wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego bądź odpowiedniej koncesji. Zdaniem odwołującego obowiązek posiadania pozwolenia wynika z art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 21 czerwca 2002 r. o materiałach wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego. Przepis ten brzmi: **»Nabywanie, przechowywanie lub używanie materiałów wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego, z zastrzeżeniem ust. 2 i 3, wymaga uzyskania pozwolenia na nabywanie, przechowywanie lub używanie materiałów wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego, zwanego dalej „pozwoleniem”«**. Ponadto odwołujący uwzględnił zastrzeżenie określone w ust. 3 ww. ustawy [zastrzeżenie w ust. 2 kompletnie nie dotyczy rozpoznawanego stanu faktycznego]. Przepis art. 9 ust. 3 ustawy z dnia 21 czerwca 2002 r. o materiałach wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego brzmi: **»Przedsiębiorca może nabywać i przechowywać materiały wybuchowe przeznaczone do użytku cywilnego bez uzyskania pozwolenia lub ich używać, jeżeli: 1) posiada koncesję na wytwarzanie materiałów wybuchowych lub obrót tymi materiałami, 2) rodzaj nabywanych, przechowywanych lub używanych materiałów wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego odpowiada rodzajowi materiałów wybuchowych określonych w koncesji, 3) posiada pomieszczenia magazynowe spełniające wymagania określone w przepisach wydanych na podstawie art. 24 ust. 2 i art. 33 ust. 2 ustawy z dnia 22 czerwca 2001 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, 4) zatrudnia**

osoby spełniające wymagania, o których mowa w art. 19, w zakresie dostępu do materiałów wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego”.

Odwołujący odczytał zastrzeżenie zawarte w art. 9 ust. 3 ww. ustawy jako koniunkcję czterech wymienionych tym przepisie przesłanek. Podobnie odwołujący odczytał pismo Departamentu Bezpieczeństwa Gospodarczego Ministerstwa Gospodarki z 14 czerwca 2012 r. (znak BDG-I-0782-6/12 BDG/1570/2012), mimo że w samej treści ustawy z dnia 21 czerwca 2002 r. o materiałach wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego, a także w przytoczonym piśmie, brak jest stwierdzenia o odczytywaniu wyliczenia zawartego w art. 9 ust. 3 z dnia 21 czerwca 2002 r. o materiałach wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego jako koniunkcji, zgodnie z którą muszą jednocześnie wystąpić wszystkie przesłanki, aby można było uznać przedmiotowe wyłączenie z posiadania pozwolenia za uprawnione.

Zastosowanie wyrazu „jeżeli” bez jakiegokolwiek dookreślenia we wprowadzeniu do wyliczenia i następnie wyliczenie przesłanek do zakwalifikowania stanu faktycznego do stanu określonego w przepisie jest jednym z często stosowanych zabiegów legislacyjnych. Podobny schemat legislacyjny został uregulowany np. w art. 89 ust. 1 Pzp, gdzie zostały wyliczone poszczególne przesłanki do odrzucenia oferty. Jednak nie można z wyliczenia czynników koniecznych do odrzucenia oferty stwierdzić, że muszą one wystąpić kumulatywnie, czyli że jest to koniunkcja, a wystarczy, że zaistnieje jeden z elementów wyliczenia, aby stwierdzić konieczność odrzucenia oferty. Jest to alternatywa nierozłączna mimo, że w treści przepisu nie został użyty funktor alternatywy nierozłącznej za jaki powszechnie się uważa spójnik „lub”.

Ponadto z treści samych punktów wyliczenia art. 9 ust. 3 ustawy z dnia 21 czerwca 2002 r. o materiałach wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego można wywnioskować, że ustawodawca zamierzał w tym przepisie zastosować alternatywę nierozłączną, czyli że wystarczy, aby jedna z przesłanek została spełniona, aby móc zastosować wyłączenie z art. 9 ust. 3 ww. ustawy. Przykładem jest porównanie art. 9 ust. 3 pkt 1 do pkt 2 tej ustawy. Ustawodawca daje uprawnienie do wskazanych działań bez uzyskania pozwolenia podmiotom posiadającym daną koncesję lub jeżeli rodzaj materiałów odpowiada rodzajowi materiałów określonych w koncesji. W związku z tym, że w koncesji musi być ściśle określony rodzaj materiałów, to jeszcze zawężanie do posługiwania się przez koncesjonariusza tylko takimi materiałami nie miałyby żadnego uzasadnienia logicznego.

Odwołujący nie wykazał, że w rozpoznawanym przypadku nie zaszła żadna z czterech możliwości wyłączenia konieczności posiadania koncesji lub pozwolenia na nabywanie, przechowywanie lub używanie materiałów wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego, dlatego skład orzekający Izby nie może uznać zarzutu za zasadny.

Ze względu na brak wykazania zasadności zarzutu pierwszego, pozostałe zarzuty opierające się o założenie, że przystępujący niemający koncesji ani wyżej wymienionego pozwolenia nie mógł wykazać się doświadczeniem w wykonywaniu podobnych zamówień publicznych nie mogą zostać uwzględnione przez skład orzekający Izby.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę dowód złożony przez odwołującego, a dowód złożony przez przystępującego nie miał znaczenia, gdyż zamawiający i przystępujący nie musieli dowodzić spełnienia warunków w postępowaniu innymi dowodami niż przedstawionymi w ofercie i wyjaśnieniach oświadczeń zawartych w ofercie.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....