

WYROK
z dnia 14 maja 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz
Marek Koleśnikow
Piotr Kozłowski

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 maja 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 kwietnia 2014 r. przez Odwołującego – Specjalistyczne Usługi Górnicze sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach (44-100), przy ul. Okrężnej 8, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. z siedzibą w Jastrzębiu-Zdrój (44-330), przy Al. Jana Pawła II 4, przy udziale wykonawcy – PERFEKT sp. z o.o. z siedzibą w Rydułtowach (44-280), przy ul. Traugutta 295, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

- 1.1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez wykonawcę PERFEKT sp. z o.o. z siedzibą w Rydułtowach (44-280), przy ul. Traugutta 295,
- 1.2. dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego – Specjalistycznych Usług Górniczych sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach (44-100), przy ul. Okrężnej 8;

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. z siedzibą w Jastrzębiu-Zdrój (44-330), przy Al. Jana Pawła II 4, i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego –

Specjalistyczne Usługi Górnicze sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach (44-100), przy ul. Okrężnej 8, tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Zamawiającego – Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. z siedzibą w Jastrzębiu-Zdrój (44-330), przy Al. Jana Pawła II 4 na rzecz Odwołującego – Specjalistyczne Usługi Górnicze sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach (44-100), przy ul. Okrężnej 8 kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00/100), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 Gliwicach.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju (44-330), przy Al. Jana Pawła II 4 prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego na roboty górnicze związane z drażeniem Rozcinki rozruchowej ściany B-9 w pokł. 401 w JSW S.A. KWK „Budryk” (znak sprawy: 1/ZZ/14), zwane dalej „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.759 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Ustawą PZP”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 lutego 2014 r. pod numerem 2014/S 029-047377.

W dniu 23 kwietnia 2014 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej (oferta złożona przez wykonawcę PERFEKT sp. z o.o. z siedzibą w Rydułtowach (44-280), przy ul. Traugutta 295) oraz o wykluczeniu z udziału w Postępowaniu wykonawcy Specjalistyczne Usługi Górnicze sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach (44-100), przy ul. Okrężnej 8 i odrzuceniu złożonej przez niego oferty. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że podstawą jego decyzji było podanie przez ww. wykonawcę nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik Postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy PZP) i w konsekwencji nie wykazanie spełniania przez niego warunków udziału w Postępowaniu (art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy PZP).

Opisana powyżej czynność została zaskarżona przez wykluczonego z Postępowania wykonawcę (dalej: „Odwołujący”), który w odwołaniu wniesionym do Prezesa Izby w dniu 30 kwietnia 2014 r., zarzucił Zamawiającemu naruszenie niżej wskazanych przepisów Ustawy PZP:

1. art. 7 ust. 1 Ustawy PZP poprzez niezachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców w związku z naruszeniem przepisów art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 24 ust. 4 Ustawy PZP, polegającym na ich wadliwym zastosowaniu skutkującym bezpodstawnym wykluczeniem Odwołującego z udziału w Postępowaniu i uznaniem jego oferty za odrzuconą mimo braku winy Odwołującego we wskazaniu w załączniku nr 10 do oferty osoby Jarosława D., niebędącego pracownikiem Odwołującego, ani podmiotu z którego zasobów korzysta, oraz braku realnego, czy potencjalnego wpływu tej nieprawdziwej informacji – polegającej na ujęciu w wykazie osób potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu osoby nie zatrudnionej przez podmiot,

z którego zasobów Odwołujący korzystał, tj. przez Gliwickie Przedsiębiorstwo Usług Górniczych spółka z o.o. z siedzibą w Zabrze (dalej: „GPUG”) – na wynik prowadzonego Postępowania, a w konsekwencji na nieprawidłowym wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę PERFEKT sp. z o.o. z siedzibą w Rydułtowach (44-280), przy ul. Traugutta 295;

2. art. 7 ust. 1 Ustawy PZP poprzez niezachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców w związku z naruszeniem przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 26 ust. 3 i art. 25 ust. 1 pkt 1 Ustawy PZP, polegającym na ich wadliwym zastosowaniu i wykluczeniu Odwołującego bez względu na przyczynę podania nieprawdziwej informacji, bez wezwania Odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w Postępowaniu, w szczególności do uzupełnienia wykazu pracowników zawartego w załączniku nr 10 do oferty, w sytuacji gdy jedna z osób w nim wskazanych nie mogła być uznana za osobę, którą Odwołujący dysponuje, jednakże na skutek niezawinionej przez Odwołującego pomyłki, a nie umyślnego złożenia tej nieprawdziwej informacji przez Odwołującego, a zamiast zastosowania takiego trybu postępowania uznania, że załącznik nr 10 poprawiony, czy uzupełniony być nie może, a Odwołujący – pomimo że złożył poprawiony załącznik nr 10, w którym wpisano w miejsce Jarosława D. innego pracownika – zostaje wykluczony z Postępowania.

Wobec tak sformułowanych zarzutów Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. dokonanie czynności ponownej oceny i analizy ofert;
3. dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert ważnych.

Odwołujący wskazał, że spełnia przesłanki, od których uzależniona jest możliwość wniesienia odwołania (art. 179 ust. 1 Ustawy PZP), jako że to jego oferta zawierała najniższą cenę spośród wszystkich ofert złożonych w Postępowaniu, ta zaś była jedynym kryterium oceny ofert. Gdyby zatem nie został on wykluczony z Postępowania, a jego oferta – uznana za odrzuconą, to zostałaby ona wybrana jako najkorzystniejsza.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, że w toku Postępowania Zamawiający – pismem z dnia 8 kwietnia 2014 r. – wezwał Odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu. Zgodnie bowiem z pkt IX.B.2b i 2c) specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) Odwołujący winien przedstawić w ofercie wykaz osób potwierdzających spełnianie warunku posiadania m.in. uprawnień górnika. Tymczasem Odwołujący wprawdzie załączył taki wykaz (załącznik nr 10

do oferty), tym niemniej zawarł w nim informację (poz. 22, str. 70 oferty), że dysponuje górnikiem w osobie Jarosława D. Ponieważ Zamawiający ustalił, że osoba ta, na dzień składania ofert, nie była pracownikiem Odwołującego, ani GPUG, z którego zasobów Odwołujący korzystał w Postępowaniu, zażądał od Odwołującego przesłania umowy o pracę zawartej z Jarosławem D., aktualnej na dzień składania ofert.

Dalej Odwołujący wskazał, że po zwróceniu się do GPUG i sprawdzeniu faktów dotyczących okresu zatrudnienia Jarosława D. okazało się, że był on uprzednio zatrudniony w tym podmiocie, ale na dzień upływu terminu składania ofert nie był już pracownikiem GPUG. Odwołujący – pismem z dnia 9 kwietnia 2014 r. – przyznał się do pomyłki, w sposób wyczerpujący opisał sposób i przyczyny jej popełnienia i ostatecznie dołączył nieobowiązującą już w dniu składania oferty umowę o pracę zawartą z tym pracownikiem. Odwołujący wskazał, że pomyłka w treści oferty była wynikiem podania błędnych danych osobowych przez GPUG, u którego zatrudniony jest inny pracownik o tym samym nazwisku (Marek D.), wobec czego przez pomyłkę wpisano w przekazanym Odwołującemu wykazie pracowników osobę Jarosława D. Pomyłka ta została przez Odwołującego poprawiona, gdyż wraz z ww. pismem, stanowiącym odpowiedź na wezwanie Zamawiającego, złożył on prawidłowy wykaz osób – załącznik nr 10 do oferty, w którym w miejsce Jarosława D. wpisano Marka W.

Następnie Odwołujący uzupełnił swoje stanowisko pismem z dnia 14 kwietnia 2014 r., w którym wskazał na obowiązującą aktualnie linię orzeczniczą Izby i SO, dotyczącą możliwości wykluczenia wykonawcy składającego nieprawdziwe informacje jedynie w przypadku umyślnego wprowadzenia w błąd zamawiającego. Podniósł również, że nie miałby żadnego celu we wprowadzeniu w błąd Zamawiającego, skoro do jego dyspozycji pozostaje więcej pracowników posiadających uprawnienia górnika, zatem wpisanie w wykazie osoby już nie zatrudnionej w GPUG nie było konieczne, aby zamówienie publiczne uzyskać. Zamawiający nie ustosunkował się jednak do argumentacji Odwołującego, nie zażądał też dalszych wyjaśnień i w dniu 23 kwietnia 2014 r. wykluczył Odwołującego z Postępowania, a jego ofertę uznał za odrzuconą i jednocześnie wybrał jako najkorzystniejszą ofertę innego wykonawcy. Uzasadniając wykluczenie Odwołującego Zamawiający powołał się na wyroki KIO z lat 2009-2010 i uznał, że nie istnieje możliwość poprawienia nieprawdziwej informacji zawartej w ofercie, nie analizując jednakże przyczyn popełnienia pomyłki przez Odwołującego, jej wagi, ani tego, jaki był stopień winy Odwołującego.

Odwołujący stwierdził, że wskazywane przez Zamawiającego w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty orzecznictwo Izby nie jest już w pełni aktualne, a nadto powstało przed ukształtowaniem się linii orzeczniczej sądów powszechnych wskazującej na

konieczność stosowania przepisów art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 26 ust. 3 w związku z art. 25 ust. 1 Ustawy PZP w odmienny sposób, niż przyjął to Zamawiający dokonując czynności wykluczenia Odwołującego. Powołując się na orzecznictwo SO i KIO z lat 2012-2014 wywiódł, że wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy PZP spowodować może jedynie jego działanie z w warunkach umyślności, prowadzące do złożenia nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, a nie w każdej sytuacji podania nieprawdziwych informacji, w szczególności wskutek niedbalstwa, czy niezawinionego błędu. Stąd nie jest – w ocenie Odwołującego – dopuszczalne wykluczenie wykonawcy bez zbadania okoliczności popełnienia błędu, jego wagi oraz winy Odwołującego w złożeniu nieprawdziwej informacji. Odwołujący zwrócił uwagę, że powyższa wykładnia przepisów regulujących obowiązek wykluczenia wykonawców podających nieprawdziwe informacje w ofercie powstała w oparciu o obowiązującą także w Polsce tzw. Dyrektywę klasyczną (tj. Dyrektywę 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, Dz. Urz. UE. L Nr 134, str. 114), której art. 45 ust. 2 lit. g wskazuje, że z udziału w postępowaniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nie przekazania wymaganych informacji. Stwierdził również, że sankcja wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ma zastosowanie w warunkach celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem złożenia nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego, czyli zachowania podjętego umyślnie. Cytując wyrok SO Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 19 lipca 2012 r., sygn. akt IV Ca 683/12, Odwołujący wskazał również, że zaprezentowany powyżej sposób wykładni potwierdza przepis art. 26 ust. 3 oraz art. 87 ust. 2 Ustawy PZP. Ich analiza, zdaniem Odwołującego, dowodzi, że ustawodawca dopuszcza poprawienie złożonych dokumentów i oświadczeń wiedzy i woli, w tym w zakresie treści oferty, pomimo że mogły one przekazywać informacje niezgodne z rzeczywistością.

Odnosząc powyższe do Postępowania Odwołujący stwierdził, że bezsporne jest wskazanie nieprawdziwej informacji na stronie 70 jego oferty, polegające na wpisaniu jako pozostającego do dyspozycji Odwołującego pracownika w osobie Jarosława D., jednakże przekazanie Zamawiającemu takiej informacji nie było działaniem zawinionym. Zgodnie z regulacją art. 26 ust. 2b Ustawy PZP Odwołujący przedstawił oświadczenie GPUG stanowiące, załącznik nr 8 do złożonej oferty, zawierające zobowiązanie GPUG do udostępnienia Odwołującemu potencjału osobowego przy wykonywaniu zamówienia publicznego nr 1/ZZ/14. Zobowiązanie to nie zawiera wskazania konkretnych osób

udostępnionych Odwołującemu. Celem umożliwienia wypełniania przez Odwołującego wykazu stanowiącego załącznik nr 10 do oferty GPUG przekazał ponadto sporządzony w dniu 23 marca 2014r. wykaz pracowników, których odda do dyspozycji Odwołującemu.

Odwołujący oświadczył, że działając w zaufaniu do swojego kontrahenta posłużył się uzyskanym wykazem i przepisał zawarte w nim nazwiska w odpowiednie wiersze załącznika nr 10 do oferty. Zwrócił przy tym uwagę, że zgodnie z przepisem art. 26 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych, administrator danych osobowych winien dolożyć należytej staranności w celu ochrony interesów osób których dane przetwarza, a nadto, że zgodnie z art. 37 tej ustawy, dane pracownicze przetwarzają wyłącznie osoby posiadające upoważnienie administratora danych, czyli pracownicy działu kadr danego pracodawcy, co powoduje, że GPUG jako pracodawca osób przez siebie zatrudnionych nie mógł – nawet gdyby Odwołujący wyraził takie życzenie – przekazać Odwołującemu do wglądu pełnych akt osobowych oddawanych do dyspozycji pracowników, ale zobowiązany był samodzielnie sporządzić wykaz osób, które mogą zostać zatrudnione przy wykonaniu zamówienia przez Odwołującego. W tej sytuacji Odwołujący musiał uznać za rzetelny i zgodny z rzeczywistością wykaz osób które udostępnić jest w stanie GPUG, a jakiegokolwiek nieprawidłowości w jego treści nie są zawinione przez Odwołującego, który i tak w sposób zgodny z prawem nie jest w stanie zweryfikować informacji uzyskanych od podmiotu, który udostępnił mu swoje zasoby. Nieprawdziwa informacja złożona została wyłącznie na skutek niestaranności GPUG, a nie na skutek jakichkolwiek zaniedbań Odwołującego. Podkreślenia wymaga fakt, iż także GPUG nie działał z zamiarem wprowadzenia w błąd Zamawiającego, czy Odwołującego, a więc nie można przypisać mu umyślności w podaniu nieaktualnej informacji. Odwołujący ponownie podkreślił, że błąd powstał na skutek braku należytej staranności pracownika kadr GPUG, który – ustalając osoby z uprawnieniami górnika mogące zostać udostępnione Odwołującemu do wykonania zamówienia – z powodu zbieżności nazwisk wskazał pracownika, o którym wiedział, że osoba o takim nazwisku pracuje w GPUG i posiada wymagane uprawnienia górnicze. W rzeczywistości podana w pierwotnym wykazie z imienia i nazwiska osoba (Jarosław D.) nie była w dacie składania ofert zatrudniona w GPUG, zatem nie mogła być udostępniona Odwołującemu w charakterze niezbędnego mu zasobu, tym niemniej w GPUG w dacie składania ofert w zatrudnieniu pozostawała inna osoba o tożsamym nazwisku, lecz innym imieniu (Marek D.).

W tym stanie rzeczy, w ocenie Odwołującego, nie została spełniona przesłanka wykluczenia go z Postępowania w postaci zaistnienia umyślnego działania Odwołującego skierowanego na uzyskanie zamówienia tym bardziej, że GPUG udostępniła Odwołującemu większą liczbę górników z wymaganymi uprawnieniami, niż wymagana postanowieniami

SIWZ. W konsekwencji, skoro Odwołujący miał do dyspozycji innych pracowników, którzy przy wykonywaniu zamówienia byłiby przez niego zatrudnieni i których z powodzeniem można było wpisać do wykazu stanowiącego załącznik nr 10 do oferty, to nie miał on żadnego celu ani interesu we wprowadzaniu Zamawiającego w błąd, a nadto spełniał warunki udziału w Postępowaniu, gdyż zamierzał zatrudnić liczbę górników z uprawnieniami przekraczającą minimum określone w pkt IX.B.2b i 2c SIWZ. Odwołujący zasygnalizował przy tym, że gdyby podał mniejszą liczbę osób z wymaganymi uprawnieniami, to zostałby wezwany przez Zamawiającego do uzupełnienia wspomnianego załącznika do oferty, która to okoliczność nie jest bez znaczenia dla rozstrzygnięcia o zasadności Odwołania.

W ocenie Odwołującego powyższe przemawia za przyjęciem dopuszczalności wezwania go do uzupełniania oferty o informacje zgodne z rzeczywistością, w sytuacji gdy wprawdzie stwierdzono nieprawdziwe informacje o pozostawaniu w dyspozycji Odwołującego pracownika Jarosława Dąbrowskiego, jednak nie było to efektem umyślnego działania Odwołującego, który powielił jedynie błąd popełniony przez GPUG bez świadomości jego istnienia. Zamawiający winien był zastosować art. 26 ust. 3 Ustawy PZP i wezwać Odwołującego do uzupełnienia wykazu pracowników, bądź zaakceptować poprawiony wykaz już złożony przed takim wezwaniem. Podkreślił, że wykluczenie go z Postępowania i towarzyszące tej czynności odrzucenie jego oferty było, *ad casum*, przedwczesne.

Do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przystąpienie zgłosił wykonawca PERFEKT sp. z o.o. z siedzibą w Rydułtowach (44-280), przy ul. Traugutta 295. Zgłoszenie przystąpienia nastąpiło z zachowaniem wymogów, o których mowa w przepisie art. 185 ust. 2 Ustawy PZP. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania podkreślając prawidłowość postępowania Zamawiającego.

W toku rozprawy odwołujący podtrzymał stanowisko zajęte w odwołaniu, akcentując przede wszystkim brak umyślności w złożeniu nieprawdziwej informacji oraz brak konieczności posłużenia się taką informacją w celu uzyskania zamówienia publicznego.

Zamawiający, który nie wniósł pisemnej odpowiedzi na odwołanie, w toku rozprawy wniósł o jego oddalenie argumentując przede wszystkim, że stan faktyczny nie daje podstaw do przyjęcia, że mamy w nim do czynienia z pomyłką Odwołującego. Taki charakter miałyby bowiem, przykładowo, podanie niewłaściwego nr PESEL, czy też przeinaczenie personaliów wskazanego przez Odwołującego pracownika GPUG.

Zamawiający zakwestionował również twierdzenie o braku możliwości zweryfikowania przez Odwołującego poprawności danych przekazanych mu przez GPUG z uwagi na ograniczenia płynące z przepisów ustawy o ochronie danych osobowych.

Wskazał w szczególności na przepis art. 23 ust. 1 pkt 5 powołanego aktu normatywnego, który stanowi, iż przetwarzanie danych osobowych jest dopuszczalne m.in. gdy jest to niezbędne dla wypełnienia prawnie usprawiedliwionych celów przez administratorów lub odbiorców tych danych. Podkreślił również, że sam fakt korzystania z zasobów innego podmiotu nie wyłącza istniejącego po stronie Odwołującego obowiązku sprawdzenia prawdziwości informacji pochodzących od takiego podmiotu, które następnie zamieszczane są w treści oferty, bowiem – po pierwsze – w orzecznictwie KIO podkreśla się, że dla ustalenia zaistnienia przesłanki wykluczenia wykonawcy w oparciu o przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy PZP nie ma znaczenia od kogo nieprawdziwe informacje pochodzą, a po drugie – korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego odbywa się na ryzyko wykonawcy, który samodzielnie warunków udziału w postępowaniu nie spełnia.

Zamawiający krytycznie odniósł się również do zaprezentowanego przez Odwołującego orzeczenia sądu okręgowego, zgodnie z którym do wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego konieczne jest udowodnienie mu działania w warunkach umyślności. Podkreślił, że ani przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy PZP, ani art. 45 ust. 2 lit. g Dyrektywy klasycznej nie odnoszą się do pojęcia umyślności, zatem właściwy jest pogląd o konieczności wykluczenia wykonawcy powołującego się na nieprawdziwe informacje bez względu na przyczynę ich złożenia, który prezentowany był *nota bene* w orzecznictwie Izby. Zamawiający podkreślił również, że umyślność działania, na której brak powołuje się Odwołujący, jest znamieniem strony podmiotowej przestępstwa z art. 297 K.k., nie zaś podstawy wykluczenia z postępowania przetargowego i ma znaczenie dla pociągnięcia wykonawcy do odpowiedzialności karnej, nie zaś dla możliwości wyeliminowania go z udziału w takim postępowaniu. Podkreślił przy tym, że stanowisko sądu okręgowego jest błędne także z tej przyczyny, że wyszło ono z założenia, iż wykonawca w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego korzysta z domniemania niewinności, które to jest domeną prawa karnego. Dodał również, że działanie Odwołującego powinno być również oceniane w kontekście przepisu art. 89 ust. 2 pkt 3 Ustawy PZP, zgodnie z którym oferta podlega odrzuceniu jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający stwierdził bowiem, że świadome (umyślne) posłużenie się nieprawdziwą informacją taki czyn stanowi. Stwierdził wreszcie, że Odwołujący nie przedstawił dowodów na brak umyślności w złożeniu nieprawdziwej informacji.

Przystępujący, zarówno w złożonym piśmie procesowym, jak i w toku rozprawy wywodził, że Odwołujący uchybił ciążącemu na nim obowiązkowi dowodzenia faktów, z których wywodzi on skutki prawne. Wskazywał, podobnie jak Zamawiający, że twierdzenia o braku umyślności w podaniu nieprawdziwej informacji są gołosłowne.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika zawarte w odwołaniu i piśmie procesowym Przystępującego, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy PZP. Oferta złożona przez Odwołującego była bowiem – biorąc pod uwagę jedyne kryterium oceny ofert (cena – 100%) – najkorzystniejsza. Gdyby zatem Odwołujący nie został wykluczony z udziału w Postępowaniu, to mógłby uzyskać zamówienie publiczne.

Przechodząc do merytorycznej oceny zarzutów odwołania Izba stwierdziła, że Zamawiający dokonał wykluczenia Odwołującego z naruszeniem przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy PZP, skutkiem czego odwołanie zasługuje na uwzględnienie z przyczyn omówionych szczegółowo poniżej.

Na wstępie warto zauważyć, że fakt złożenia przez Odwołującego nieprawdziwej informacji dotyczącej dysponowania określoną osobą dla potrzeb realizacji zamówienia nie był sporny między stronami. Odwołujący – w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego (*vide* pismo Zamawiającego z dnia 8 kwietnia 2014 r.) – przyznał, że ujęta w wykazie załączonym do oferty osoba (Jarosław D.) rzeczywiście nie był już w dacie składania ofert pracownikiem GPUG, z którego zasobów Odwołujący będzie korzystał przy wykonaniu zamówienia (pismo Odwołującego z dnia 9 kwietnia 2014 r.). Osią sporu stała się natomiast prawidłowa wykładania przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy PZP, przewidującego wykluczenie z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik tego postępowania.

Wobec tak postawionego zagadnienia Izba stwierdziła, że stanowisko Zamawiającego, opierające się w istocie na literalnej interpretacji ww. regulacji, nie zasługuje na aprobatę. Skład orzekający wyraża zapatrywanie, że dla prawidłowego stosowania przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy PZP konieczna jest jego pronijna wykładnia, zgodnie z którą tylko wykazanie przez zamawiającego umyślności w złożeniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji daje podstawę do wyeliminowania go z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Na organach orzekających państw członkowskich Unii Europejskiej spoczywa bowiem ciężar interpretacji przepisów prawa krajowego nie tylko literalnie, ale także z uwzględnieniem brzmienia i celu przepisów

unijnych, stanowiących podstawę wprowadzania do ustawodawstw państw członkowskich określonych regulacji prawnych (*ad casum* – z uwzględnieniem brzmienia i celu art. 45 ust. 2 lit. g Dyrektywy klasycznej, stanowiącego podstawę wprowadzenia w Ustawie PZP przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3). Lektura wspomnianego przepisu Dyrektywy klasycznej (podobnie zresztą, jak i odnośnej regulacji Ustawy PZP) nie pozwala na stwierdzenie, że celem ustawodawcy unijnego i krajowego była możliwość wykluczania wykonawców *a limine*, w każdym przypadku stwierdzenia w ich ofertach informacji nieprawdziwych. Możliwą konsekwencją takiego zapatrywania byłoby bowiem, na gruncie przepisów krajowych, ograniczenie zastosowania przepisu art. 26 ust. 3 Ustawy PZP do przypadków niezłożenia dokumentu, który w myśl przepisów tej ustawy podlega uzupełnieniu, bądź złożenia go w formie niekompletnej, tj. niezawierającej wszystkich wymaganych informacji. To zaś prowadziłoby do nierównego traktowania pewnej kategorii wykonawców (tych, którzy złożyli niekompletną ofertę lub niekompletne w swej treści dokumenty stanowiące załączniki do oferty), względem tych oferentów, których oferty nie zawierają wprawdzie wspomnianych braków, ale w których znalazły się informacje nieprawdziwe, bez względu na przyczynę takiego stanu rzeczy. Należy jednak zauważyć, że art. 26 ust. 3 Ustawy PZP referuje do pojęcia błędu, które to – w ocenie Izby – obejmuje również przypadki, w których określona informacja (twierdzenie) nie znajduje oparcia w rzeczywistości. Nie można przy tym – jak czyni to Zamawiający – sprowadzać omawianej problematyki do stwierdzenia, że każda nieprawdziwa informacja nie podlega uzupełnieniu w trybie ww. przepisu, bowiem pojęcia błędu i nieprawdziwej informacji mogą być, jak wskazano, w pewnej mierze utożsamiane. Izba zaznacza przy tym, że wypracowana w orzecznictwie zasada niewzywania do uzupełnienia dokumentów obejmujących swą treścią informacje nieprawdziwe ogranicza się do przypadków złożenia takich informacji umyślnie, nie zaś do posłużenia się nimi bez względu na przyczynę.

Nie sposób nie zauważyć, że przyjęcie przeciwnego zapatrywania byłoby w efekcie szkodliwe dla konkurencji na rynku zamówień publicznych, powodując konieczność odrzucania ze względów *stricte* formalnych ofert niejednokrotnie tańszych, jak to miało miejsce w przedmiotowej sprawie. Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest jednak *per se* jego celem, o czym należy pamiętać w szczególności stosując te przepisy Ustawy PZP, które mają sankcyjny charakter. Rację ma wprawdzie Zamawiający i Przystępujący wskazując, że Postępowanie toczyło się z udziałem profesjonalnych uczestników obrotu gospodarczego, od których należy oczekiwać podwyższonej staranności, jednak zasady tej nie można, zdaniem Izby, absolutyzować. Prowadziłoby to – po pierwsze – do przyjęcia konstrukcji odpowiedzialności absolutnej oferenta za informacje zawarte w jego ofercie, która w prawie polskim ma ściśle wyjątkowy

charakter, po drugie zaś – godziłoby w *ratio legis* przepisu art. 26 ust. 3 Ustawy PZP, którego upatrywać należy także w umożliwieniu szerokiemu kręgowi wykonawców skutecznego ubiegania się o uzyskanie zamówienia publicznego.

Argumentem przemawiającym za koniecznością badania umyślności w działaniu wykonawcy jest również przeciwdziałanie uznaniowości w poczynaniach zamawiającego, który mógłby arbitralnie rozstrzygać o eliminowaniu niektórych wykonawców z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przy zachowaniu w tym postępowaniu innych wykonawców, których wezwanie do uzupełnienia dokumentów zamawiający uznałby za celowe. Nawiązując w ten sposób do rozkładu ciężaru dowodu w zakresie podstaw wykluczenia Odwołującego należy zauważyć, że to na Zamawiającym spoczywa obowiązek wykazania w postępowaniu przetargowym zasadności swojej decyzji, co zresztą pośrednio wynika z przepisu art. 92 ust. 1 pkt 3 Ustawy PZP. To zaś, w świetle dokonanej powyżej interpretacji przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy PZP, nakładało na Zamawiającego obowiązek wykazania, że złożenie przez Odwołującego nieprawdziwych informacji nastąpiło w warunkach umyślności. Tymczasem – jak to wynika z dokumentacji Postępowania (pismo odwołującego z dnia 9 kwietnia 2014 r., zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty – pismo z dnia 23 kwietnia 2014 r.) Zamawiający oparł się wyłącznie na przyznaniu się Odwołującego do popełnienia pomyłki, czego – w ocenie Izby – nie można uznać za wystarczającą podstawę do wykluczenia go z Postępowania. Znamienne jest również dostrzegalny brak konsekwencji w stanowisku Zamawiającego, który – z jednej strony – wskazuje na brak związku między podaniem nieprawdziwych informacji, a sposobem działania Odwołującego (umyślnością lub nieumyślnością), z drugiej jednak – zarzuca mu nieudowodnienie braku umyślności w działaniu. Prowadzi to do przekonania, że Zamawiający oczekiwał od Odwołującego wykazania okoliczności, z którymi w ogóle nie wiązał podstaw wykluczenia go z Postępowania i których udowodnienie nie wpłynęłoby w żaden sposób na jego ocenę zasadności przesłanek podjęcia zaskarżonej czynności. Izba zwróciła także uwagę na rozdzwięk w prawnej ocenie przesłanki wykluczenia Odwołującego, jaki w toku rozprawy ujawnił się pomiędzy Zamawiającym a Przystępującym, który wskazywał na nieudowodnienie braku umyślności w działaniu Odwołującego, której to Zamawiający nie przypisywał żadnego znaczenia.

Warto w tym miejscu wskazać, że Zamawiający nie tylko nie udowodnił istnienia podstawy do wykluczenia Odwołującego, ale – tak on, jak i Przystępujący – pominął okoliczność, że Odwołujący – poza powoływaniem się na genezę pomyłki (zbieżność nazwisk pracownika GPUG i osoby, która nie jest tam już zatrudniona) przedstawił dowód na okoliczność omyłkowego charakteru zawartej w jego ofercie nieprawdziwej informacji. Jest nim dokument zawierający listę pracowników GPUG datowany

na dzień 23 marca 2014 r. Jego analiza prowadzi do wniosku, że Odwołujący przepisał pierwszych szesnaście imion i nazwisk osób wskazanych jako pracowników GPUG przeznaczonych do realizacji zamówienia publicznego, o którego udzielenie się ubiegał, do wykazu osób załączonego do oferty złożonej Zamawiającemu. Świadczy to o omyłkowym charakterze złożenia Zamawiającemu nieprawdziwej informacji, który wyklucza działanie umyślne. Zarówno Zamawiający, jak i Przystępujący nie odnieśli się w żaden sposób do tego dowodu, nie podważyli również jego wiarygodności i mocy dowodowej, wobec czego ich argumenty o nieudowodnieniu przez Odwołującego braku podstaw do wykluczenia w oparciu o przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy PZP z uwagi na brak umyślności, są chybione. W sprawie nie występowały zatem *de facto* niedające się rozstrzygnąć wątpliwości, które należałoby tłumaczyć na korzyść Odwołującego (nie przesądzając o negowanej przez Zamawiającego możliwości stosowania w prawie zamówień publicznych właściwej prawu karnemu zasady *in dubio pro reo*). Wystąpił natomiast faktyczny brak inicjatywy dowodowej po stronie samego Zamawiającego, który rozstrzygając o wykluczeniu Odwołującego, oparł się wyłącznie na przyznaniu przezeń faktu popełnienia omyłki (co – jak podkreślono – nie jest wystarczające), natomiast w postępowaniu odwoławczym – na zaprzeczaniu okoliczności powoływanych przez Odwołującego, bez odniesienia się chociażby do przedstawionego przez niego dowodu.

Izba nie podziela zapatrywania Zamawiającego o konieczności interpretowania przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy PZP z uwzględnieniem przepisu art. 297 K.k., czy art. 89 ust. 1 pkt 3 Ustawy PZP. Należy bowiem zauważyć, że umyślność, jako znamię strony podmiotowej przestępstwa z art. 297 K.k., nie wyklucza przyjętej przez Izbę interpretacji przesłanki wykluczenia wykonawcy z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji. Przeciwnie – nawiązanie przez ustawodawcę, w treści przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy PZP, do złożenia (podkreślenie Izby) nieprawdziwych informacji, które – odwołując się do terminologii prawa karnego – charakteryzuje czynność sprawczą wykonawcy świadczy, jak trafnie wskazał Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie w wyroku z dnia 19 lipca 2012 r., sygn. akt VI Ca 683/12, o tym, że jest to czynność „dokonana z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu, czy niedbalstwa[...]”. Nie jest zatem tak, jak wywodził Zamawiający, że przepis art. 297 K.k. stanowi kwalifikowaną postać czynu z art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy PZP, czyli swoiste *lex specialis*. Co zaś dotyczy powoływania się na etapie postępowania odwoławczego na przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 Ustawy PZP, poprzez próbę utożsamiania podania nieprawdziwych informacji z czynem nieuczciwej konkurencji Izba stwierdziła, że zmierzało to w istocie o uzupełnienie wskazanych w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty podstaw wyeliminowania Odwołującego z udziału w Postępowaniu o kolejny element. Takie działanie należy jednak uznać za spóźnione,

a w konsekwencji – także za niedopuszczalne.

Suma powyższych okoliczności doprowadziła Izbę do wniosku, że wykluczenie Odwołującego z udziału w Postępowaniu było nieuzasadnione z uwagi na brak po jego stronie umyślności w posłużeniu się nieprawdziwymi informacjami, co jednocześnie pozostawia na marginesie rozważań drugi z warunków wykluczenia w oparciu o przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy PZP (rzeczywisty lub potencjalny wpływ na wyniki Postępowania). Warto wskazać Zamawiającemu, że taka interpretacja przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy PZP wynika nie tylko z kwestionowanego przezeń wyroku Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 19 lipca 2012 r., ale także z wcześniejszego orzecznictwa sądów powszechnych (por. wyroki: Sądu Okręgowego Wrocławiu z dnia 30 października 2008 r., sygn. akt X Ga 296/08, Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 15 stycznia 2010 r., sygn. akt XII Ga 420/09 i z dnia 25 sierpnia 2011 r., sygn. akt XII Ga 232/11, czy Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 r., sygn. akt XXIII Ga 416/11) i jest w dalszym ciągu konsekwentnie prezentowana w późniejszych, aniżeli powołane przez Odwołującego, orzeczeniach (zob. wyroki: Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 24 września 2012 r., sygn. akt X Ga 128/12, Sądu Okręgowego w Toruniu z dnia 6 grudnia 2012 r., sygn. akt VI Ga 134/12, czy wreszcie Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 25 stycznia 2013 r., sygn. akt II Ca 1285/12). Nie jest zatem tak, jak zdawał się twierdzić Zamawiający, że wspomniany wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie stanowi wyłom w generalnej zasadzie, zgodnie z którą zamawiający – w celu wykluczenia wykonawcy w oparciu o ww. przepis Ustawy PZP – nie ma obowiązku udowodnienia wykonawcy umyślności w złożeniu nieprawdziwych informacji.

Wobec powyższego Izba nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty Przystępującego i dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, który – wobec potwierdzenia się zarzutu naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy PZP – został „przywrócony” do Postępowania. Jednocześnie – mając na względzie okoliczność, że Odwołujący złożył uprzednio Zamawiającemu (za pismem z dnia 9 kwietnia 2014 r.) poprawiony wykaz osób – Izba uznała za niecelowe nakazywanie Zamawiającemu wzywania Odwołującego do uzupełnienia wykazu, który pierwotnie zawierał błęd. Powyższe powinno mieć miejsce w sytuacji, w której Odwołujący nie uzupełniłby tego wykazu samodzielnie, co nie jest wprawdzie przewidziane przepisem art. 26 ust. 3 Ustawy PZP, tym niemniej jest usprawiedliwione okolicznościami sprawy i względami dynamiki postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 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). Uwzględniono koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....

.....