

Sygn. akt: KIO 1763/15

WYROK

z dnia 31 sierpnia 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 sierpnia 2015 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 sierpnia 2015 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Rotomat Sp. z o.o. (Lider), Budrim Sp. z o. o. (Partner) z siedzibą dla Lidera we Wrocławiu** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta we Wrocławiu**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz uznania oferty Odwołującego za odrzuconą oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w tym z uwzględnieniem uzupełnionych w wyniku wezwania Zamawiającego dokumentów**

potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta we Wrocławiu i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Rotomat Sp. z o.o. (Lider), Budrim Sp. z o. o. (Partner) z siedzibą dla Lidera we Wrocławiu** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od Zamawiającego **Zarządu Dróg i Utrzymania Miasta we Wrocławiu** na rzecz Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Rotomat Sp. z o.o. (Lider), Budrim Sp. z o. o. (Partner) z siedzibą dla Lidera we Wrocławiu** kwotę **13 075 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy siedemdziesiąt pięć złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony 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. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego we Wrocławiu**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

17 sierpnia 2015 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z art. 179 ust 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z dnia 9 sierpnia 2013 roku, poz. 907 ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”, odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, konsorcjum w składzie: Rotomat Sp. z o. o. (Lider) oraz Budrim Sp. z o. o. (Partner) z siedzibą dla Lidera we Wrocławiu, dalej jako „Odwołujący”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonym na „Budowę ścieżki rowerowej pod mostem Szczytnickim we Wrocławiu wraz z aktualizacją dokumentacji w zakresie uzyskania decyzji o pozwoleniu wodnoprawnym” prowadzi Zamawiający: Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta we Wrocławiu. Numer ogłoszenia o zamówieniu 2015/612, pozycja 86373 z dnia 12 czerwca 2015 roku.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców, poprzez nieprawidłowe wykluczenie Odwołującego, w wyniku czego nie uzyskał zamówienia publicznego, mimo złożenia oferty zgodnej z SIWZ i najkorzystniejszej w świetle kryteriów oceny ofert;
- 2) art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad dotyczących wykluczania wykonawcy,
- 3) art. 24 ust 4 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, iż oferta Odwołującego podlega odrzuceniu;
- 4) art. 26 ust 3 ustawy Pzp poprzez faktyczne nie zastosowanie go, mimo iż w wyniku wezwania Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, Odwołujący żądane dokumenty dostarczył, to Zamawiający pominął je przy ocenie oferty Odwołującego,
- 5) art. 46 ust 5 ustawy Pzp poprzez wadliwe zatrzymanie wadium wniesionego przez Odwołującego,
- 6) art. 91 ust 1 ustawy Pzp poprzez nie zastosowanie go, mimo iż oferta Odwołującego spełnia wymogi zawarte w SIWZ a Odwołujący nie podlega wykluczeniu,
- 7) art. 93 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez błędne uznania, iż postępowanie winno zostać unieważnione.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia decyzji o wykluczeniu Odwołującego
- 2) unieważnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego
- 3) unieważnienia decyzji o unieważnieniu postępowania
- 4) unieważnienia decyzji o zatrzymaniu wadium Odwołującego,

5) dokonania powtórnej oceny ofert i wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący oświadczył, iż ma interes w złożeniu odwołania, ponieważ w razie uwzględnienia odwołania jego oferta będzie ofertą najkorzystniejszą, mieszczącą się w budżecie Zamawiającego. Odwołanie jest zgodne z treścią art. 180 ust 1 oraz ust 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp oraz zostało złożone z zachowaniem terminu określonego w art. 182 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu wskazano, że Odwołujący pismem z dnia 12 sierpnia 2015 roku został poinformowany, iż Zamawiający wykluczył go z postępowania na podstawie art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp, jego oferta została odrzucona na podstawie art. 24 ust 4 ustawy Pzp a całe postępowanie zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Jak wynika z uzasadnienia decyzji Zamawiającego, podstawą faktyczną wykluczenia Odwołującego była okoliczność rzekomego złożenia przez Odwołującego nieprawdziwych informacji na temat uprawnień zawodowych wskazowego w ofercie Odwołującego kierownika budowy, pana R. J. Zamiast wymaganych uprawnień budowlanych do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno - budowlanej, wskazana osoba posiadała uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności mostowej.

Jednocześnie Zamawiający w kolejnym piśmie z dnia 12 sierpnia 2015 roku poinformował Odwołującego, iż na podstawie art. 46 ust 5 ustawy Pzp zatrzymuje wniesione wadium, gdyż zdaniem Zamawiającego zawarcie umowy o zamówienie publiczne stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.

Odwołujący podniósł, iż czynności podjęte przez Zamawiającego wobec Odwołującego są wadliwe i rażąco naruszają przepisy Pzp.

Zarzuty dotyczące nieprawidłowego wykluczenia Odwołującego oraz odrzucenia jego oferty

Stosowanie do postanowienia art. 24 ust 3 pkt 3 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający wyklucza wykonawcę, który złożył nieprawdziwe informacje oraz informacje te mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Zaistnienie przesłanek wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp musi być udowodnione w sposób niebudzący wątpliwości. W wyroku z dnia 19 lipca 2012 r., sygn. IV Ca 683/12 Sąd Okręgowy w Warszawie uznał, że nie każda informacja nieprawdziwa musi być przyczyną wykluczenia wykonawcy, dlatego konieczne jest badanie przez zamawiających, czy podanie niezgodnych z rzeczywistością informacji było świadomym działaniem wykonawcy czy stanowiło np. zwykłą pomyłkę pracownika wykonawcy.

W niniejszej sprawie Zamawiający zaniechał takiego badania. Nie skorzystał z uprawnienia z art. 26 ust 4 ustawy Pzp ani z uprawnienia z art. 87 ust 1 ustawy Pzp. Tym samym nie podjął nawet próby wyjaśnienia skąd błąd w ofercie Odwołującego się wziął. Przy

podejmowaniu decyzji o wykluczeniu poprzestał na subiektywnych interpretacjach, a nie na obiektywnie stwierdzonych okolicznościach.

Tymczasem w wyroku z dnia 19 lipca 2012 r. (sygn. akt: IV Ca 683/12), Sąd Okręgowy dla Warszawy - Pragi uwzględnił skargę Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 marca 2012 r. (sygn. akt KIO 478/12). Zarzuty skargi wniesionej przez Prezesa UZP dotyczyły naruszenia przez skład orzekający dyspozycji art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez błędną jego wykładnię polegającą na przyjęciu, że wykluczenie wykonawców z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp winno nastąpić bez względu na przyczyny, z powodu których miało miejsce podanie nieprawdziwych informacji oraz, że złożenie nieprawdziwych informacji zawsze ma wpływ lub może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Sąd podzielił także zarzut Prezesa UZP, iż błędne jest założenie, iż bez względu na przyczynę podania przez wykonawców nieprawdziwych informacji, zamawiający nie jest uprawniony do wezwania wykonawców do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (w: Informator Urzędu Zamówień Publicznych Nr 8 z 2012 r.).

Również Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z 7 stycznia 2009 r., sygn. akt XII Ga 433/08 stwierdził, że „dla zastosowania sankcji wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu złożenia nieprawdziwych informacji, nie jest więc wystarczające jedynie „uprawdopodobnienie” przez zamawiającego złożenia nieprawdziwych informacji. Tym samym, zamawiający wykluczając z tego powodu wykonawcę, musi mieć pewność co tego, że nastąpiło złożenie nieprawdziwych informacji, a ich złożenie było wynikiem celowego i zamierzonego działania wykonawcy i ponadto te informacje mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. (zob. także KIO 138/13).

Także regulacje unijne wymagają od Zamawiającego szczególnej ostrożności przed podjęciem decyzji o wykluczeniu wykonawcy z powodu podania nieprawdziwych informacji. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, tak samo jak jej poprzedniczka kładzie nacisk na aspekt zawinionego przedstawiania nieprawdziwych informacji. Zgodnie z art. 57 ust. 4 lit h) Dyrektywy wyklucza się wykonawcę jeżeli był on winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji, które wymagane były do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji, zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia.

Konieczność stosowania wykładni unijnej podkreśla orzecznictwo KIO (tak wyrok z dnia 14 maja 2014 r., sygn. akt KIO 859/14). Prawidłowe stosowanie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy wymaga zastosowania wykładni pro unijnej, według której tylko wykazanie przez

zamawiającego umyślności w złożeniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji daje podstawę do wykluczenia z postępowania.

Tak samo w wyroku z dnia 24 października 2013 r. (KIO 2403/13) Izba jednoznacznie stwierdza, że wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 p.z.p. ma zastosowanie tylko w warunkach celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego. Tym samym zamawiający jest zobowiązany bezspornie wykazać, iż przedłożenie nieprawdziwych informacji, jakie znalazły się w oświadczeniach lub dokumentach było celowym działaniem wykonawcy. To na zamawiającym spoczywa ciężar udowodnienia, że złożenie nieprawdziwej informacji to czynność dokonana przez wykonawcę z winy umyślnej, a nie w wyniku błędu czy niedbalstwa.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający nie wykazał, iż umyślnie w ofercie Odwołującego znalazł się błąd. Co więcej, w toku przeprowadzonego postępowania w trybie art. 26 ust 3, Zamawiający uzyskał pewność, iż Odwołujący dysponuje wymaganym potencjałem osobowym w zakresie ściśle odpowiadającym zapisom SIWZ. W tym stanie rzeczy Odwołujący poprzez swój błąd niczego nie zyskiwał. Bezsporne jest, iż Zamawiający w SIWZ wymagał od wykonawców złożenia oświadczenia, iż posiadają niezbędne zasoby ludzkie do realizacji zamówienia. Warunek określony w części II pkt 2 SIWZ brzmiał:

„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki:

2) Dysponują osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj.: kierownikiem budowy posiadającym uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, który w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie pełnił funkcję kierownika budowy na co najmniej jednym zadaniu obejmującym budowę lub remont umocnień brzegowych i konstrukcji oporowych i przynależy do Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa.”

W ofercie Odwołujący wskazał, iż funkcję kierownika pełnił będzie pan R. J., który kierował dwoma pracami, w zakresie zgodnym z wymaganiami SIWZ. Zamawiający zakwestionował uprawnienia pana J., wskazując, iż nie posiada on uprawnień budowlanych do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej. W dniu 29 lipca 2015 roku wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie przez Odwołującego warunków określonych w części II pkt 2 SIWZ, poprzez poświadczenie, iż pan R. J. posiada uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno- budowlanej lub poprzez

wskazanie innej osoby, spełniającej w tym zakresie wymogi SIWZ. Zamawiający wyznaczył termin na uzupełnienie dokumentów na dzień 03.08.2015 r.

Odwołujący pismem z dnia 30.08.2015 r. uczynił zadość żądaniu Zamawiającego i wskazał pana P. O., jako kierownika robót. Dołączył do pisma wszystkie wymagane przez Zamawiającego dokumenty, w szczególności kserokopię uprawnień do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, potwierdzenie przynależności do Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa, wykaz wykonanych przez pana O. prac oraz oświadczenie o spełnianiu przez niego wymogów określonych w części II pkt 2 SIWZ. Pomimo tego, w dniu 12 sierpnia 2015 roku Odwołujący został poinformowany o wykluczeniu go z postępowania ze względu na rzekome złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący podnosił, iż złożył w toku postępowania zgodne z rzeczywistością oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Udowodnił iż dysponuje osobami posiadającymi żądane w SIWZ uprawnienia i doświadczenie. To, iż w wyniku błędu do oferty nie dołączył prawidłowego wykazu tych osób, jest czynnością podlegającą sanowaniu w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp i Zamawiający prawidłowo wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających dysponowanie odpowiednim personelem. Zamawiający otrzymanych dokumentów nie zakwestionował. W tej sytuacji kolejną czynnością Zamawiającego powinien być wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej a nie wykluczanie Odwołującego z postępowania pod błędnym zarzutem złożenia nieprawdziwych informacji.

Decyzja Zamawiającego z dnia 12 sierpnia 2015 roku stoi w sprzeczności z decyzją z dnia 29 lipca 2015 roku wzywającą Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp. Skoro Zamawiający uzyskał w wyniku wezwania żądane dokumenty - wszak dopuszczał zgodnie z ustawą doręczenia nowego wykazu osób - powziął pewność, iż wszystkie oświadczenia zawarte w ofercie Odwołującego są zgodne z prawdą. Tym samym nic zaszyły przesłanki - dopiero na tym etapie postępowania, po wcześniejszym zastosowaniu art. 26 ust 3 - do wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zarzuty dotyczące nieprawidłowego zatrzymania wadium

Zatrzymanie wadium Odwołującego stanowi rażące naruszenie art. 46 ust 5 pkt 3 ustawy PZP. Przepis ten ma zastosowanie w sytuacji, gdy

- a) doszło do wyboru najkorzystniejszej oferty,
- b) niewykluczonego z przetargu wykonawcy,
- c) zawarcie umowy po upływie terminów do wnoszenia środków ochrony prawnej stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Tylko łączne spełnienie tych trzech przesłanek uprawnia Zamawiającego do zatrzymania wadium. W przedmiotowej sprawie decyzja Zamawiającego o wyborze oferty Odwołującego

została przez samego Zamawiającego uchylona poprzez wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp. Tym samym w dniu 12 sierpnia 2015 r. oferta Odwołującego już nie była ofertą najkorzystniejszą. Odwołujący nie mógł podjąć żadnych działań zmierzających do uchylecia się od zawarcia umowy, jako że został przez Zamawiającego wykluczony z przedmiotowego postępowania.

W tym stanie faktycznym brak jest podstaw do zatrzymania wadium Odwołującego, jako że żadna z przesłanek określonych w art. 46 ust 5 w całości a w pkt 3 w szczególności nie zaszła.

Zamawiający w swoich działaniach jest niekonsekwentny i zdaje się nie zauważać, iż wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp skutkuje tym, iż nie może mieć zastosowania art. 46 ust 5 ustawy Pzp, jako że oba wskazane przepisy regulują sytuację zupełnie innych wykonawców. Pierwszy przepis dotyczy wykonawcy, którego oferta nie jest merytorycznie oceniana, jako że wykonawca z przyczyn formalnych został uznany za nieuprawnionego do ubiegania się o zamówienie publiczne. Drugi ze wskazanych przepisów dotyczy zaś wykonawcy, który przeszedł pomyślnie weryfikację formalno - prawną i dodatkowo jego oferta została uznana za najkorzystniejszą spośród złożonych ofert. W odniesieniu do jednego wykonawcy obie te sytuacje faktyczne i prawne nie mogą w jednym postępowaniu zajść jednocześnie.

Zarzuty dotyczące nieprawidłowego unieważnienia postępowania

Unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp możliwe jest wówczas, gdy Zamawiający po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, stwierdzi, iż wartość oferty przekracza kwotę, którą może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, podaną przed otwarciem ofert.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w piśmie z dnia 12 sierpnia 2015 r. nie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty. Tym samym w istocie nie wie czy zaszły przesłanki do zastosowania art. 93 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp. Swoją decyzję Zamawiający oparł zapewne na tym, iż oferty Odwołującego mieszczą się w jego budżecie, nie ocenił gdyż zdecydował się Odwołującego wykluczyć, zaś cena zaproponowane przez drugiego wykonawcę przekroczyła jego budżet. Tyle, że Zamawiający nie ocenił czy ta druga oferta jest prawidłowa i może być uznana za najkorzystniejszą.

Mając na uwadze powyższe zdaniem Odwołującego odwołanie jest zasadne, konieczne, wniesione w ustawowym terminie, w zakresie podlegającym rozpatrzeniu przez Izbę w odniesieniu do przetargów podprogowych. Z tego względu Odwołujący wnosil i wywodził jak wyżej.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, stanowisk i oświadczeń Stron postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny, w tym wykluczenie Odwołującego i odrzucenie jego oferty, w konsekwencji zaś unieważnienie postępowania i zatrzymanie wadium wniesionego przez Odwołującego, a także potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

20 lipca 2015 roku Zamawiający na podstawie art. 92 ust. 1 ustawy Pzp zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznana została oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, obecnego Odwołującego. Jednocześnie w zawiadomieniu Zamawiający wskazał, że przed zawarciem umowy wykonawca zobowiązany jest do złożenia dokumentów wymienionych w Instrukcji dla wykonawców, część IX pkt 3, czyli kompletu dokumentów potwierdzających ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej, umowy regulującej współpracę konsorcjum, kserokopii wymaganych uprawnień oraz dokumentów potwierdzających przynależność do Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa dla osób wskazanych w Wykazie osób, a także dokumentu potwierdzające wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy i kosztorysy ofertowe i zestawienie kosztów (gdy Zamawiający poprawiał omyłki w ofercie). Odwołujący przedstawił dokumenty, z których wynikało, że osoba wymieniona w Wykazie osób posiada uprawnienia budowlane w specjalności mostowej, nie zaś jak wymagał tego Zamawiający w specjalności konstrukcyjno-budowlanej.

W wyniku weryfikacji dostarczonych dokumentów Zamawiający w dniu 30 lipca 2015 roku na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał wybrane konsorcjum do złożenia

dokumentów potwierdzających spełnianie warunków uczestnictwa w postępowaniu, ponieważ w ocenie Zamawiającego dostarczone przez konsorcjum dokumenty dotyczące posiadanych przez pana R. J. uprawnień nie potwierdzają warunku, ponieważ osoba ta posiada uprawnienia w specjalności mostowej, podczas gdy wymagane były uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej. W związku z powyższym, stosowanie do treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający wezwał do dostarczenia posiadania dokumentów potwierdzających posiadanie przez wymienioną osobę stosowanych uprawnień lub wskazanie innej osoby spełniającej warunek.

W odpowiedzi na wezwanie, w dniu 3 sierpnia 2015 roku, wykonawca przedłożył nowy Wykaz osób, Wykaz zamówień zrealizowanych przez kierownika budowy, oświadczenie o posiadaniu wymaganych uprawnień i kserokopię tych uprawnień, a także dokumenty potwierdzające przynależność do OIIB dla pana P. O.

13 sierpnia 2015 roku Zamawiający poinformował konsorcjum o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp, ponieważ złożyło ono nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Oferta została także uznana za odrzuconą. Zamawiający w uzasadnieniu decyzji podał, że kierował się złożonym przez wykonawców w ofercie oświadczeniem o posiadaniu stosownych uprawnień. Podanie, że wskazana osoba posiada uprawnienia w specjalności konstrukcyjno- budowlanej, podczas gdy w rzeczywistości posiada ona uprawnienia w specjalności mostowej, Zamawiający uznał za nieprawdziwe informacje mogące mieć wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający zaznaczył, że nie wybrał oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert, ponieważ zachodziła przesłanka do unieważnienia postępowania z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, t.j. cena kolejnej oferty niepodlegającej odrzuceniu przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Poinformowano także konsorcjum o zatrzymaniu wadium wraz z odsetkami, ponieważ zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Z akt postępowania wynika, że wartość zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp dla robót budowlanych i wynosi 3 165 622,68 zł netto, co stanowi równowartość 749 277,54 euro.

W dniu 28 sierpnia 2015 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, z której wynika że uznaje on odwołanie w zakresie punktu 5 odwołania (co do naruszenia art. 46 ust. 5 ustawy Pzp) i przychyła się do żądania Odwołującego o unieważnieniu decyzji o zatrzymaniu wadium, które ma zostać niezwłocznie zwrócone Odwołującemu. W toku rozprawy w pozostałym zakresie Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wynika zatem, że wykluczenie na tej podstawie wykonawcy z postępowania możliwe jest w razie łącznego zaistnienia dwóch przesłanek: po pierwsze – wykonawca ten złożył nieprawdziwe, czyli nieodpowiadające rzeczywistości informacje, po drugie – informacje te mają lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, czyli na wybór oferty najkorzystniejszej.

Wykładnia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp powinna być dokonywana przy uwzględnieniu treści art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE L z 30 kwietnia 2004 r.; dalej: „dyrektywa 2004/18/WE” lub „dyrektywa klasyczna”). Zgodnie z tym przepisem z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji.

Hipoteza przepisu dyrektywy obejmuje zarówno złożenie, jak i niezłożenie informacji wymaganych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, przy czym w obu przypadkach ma to prowadzić do wprowadzenia w błąd. Z kolei wpływ nieprawdziwych informacji na wynik postępowania z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp można uznać za przesłankę odpowiadającą poważnemu wprowadzeniu w błąd zamawiającego, o którym mowa w przepisie dyrektywy. W zakresie tych przesłanek, pomimo różnic sformułowań, interpretacja art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zgodzie z przepisem dyrektywy nie budziła dotychczas większych wątpliwości.

Jednakże art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE, w odróżnieniu od literalnego brzmienia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, wprost odwołuje się do winy wykonawcy, który przez złożenie lub niezłożenie informacji poważnie wprowadził w błąd zamawiającego, działanie to było zamierzone i celowe. Konieczność uwzględnienia tej przesłanki przy stosowaniu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp potwierdza aktualne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych.

W orzecznictwie sądów okręgowych na tle interpretacji art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z uwzględnieniem art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE zajęto również stanowisko, że wykluczenie może dotyczyć wyłącznie wykonawcy działającego z winy umyślnej. W szczególności Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 19 lipca 2012 r. (sygn. akt IV Ca 683/12) wskazał, że przepis ten ma zastosowanie w warunkach celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego. Zdaniem Sądu złożenie nieprawdziwej informacji, ze skutkiem w postaci wykluczenia z postępowania, to czynność dokonana z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu czy niedbalstwa. Jeżeli ze stanu

faktycznego wyniku, że wykonawca w dniu składania ofert działał w dobrej wierze, nie sposób uznać, że jego celem było wprowadzenie zamawiającego w błąd. Z powyższego Sąd wywiódł, że nie będzie podstawą wykluczenia nieświadome wprowadzenie w błąd (podobnie wyrok z dnia 23 stycznia 2013 roku Sądu Okręgowego w Szczecinie, sygn. akt II Ca 1285/12 oraz wyrok z dnia 6 grudnia 2012 roku Sądu Okręgowego w Toruniu, sygn. akt VI Ga 134/12).

Dostrzeżenia wymaga, że najnowsze orzecznictwo Sądu Unii Europejskiej nie zawęży postaci winy wykonawcy wyłącznie do winy umyślnej. Tak orzeczono w wyroku z 26 września 2014 r. w połączonych sprawach T-91/12 i T-280/12 (Flying Holding NV z siedzibą w Wilrijk, Flying Group Lux SA z siedzibą w Luksemburgu, Flying Service NV z siedzibą w Deurne przeciwko Komisji Europejskiej, gdzie Komisja Europejska w prowadzonym na postawie rozporządzenia Rady (WE, Euratom) nr 1605/2002 z dnia 25 czerwca 2002 r. w sprawie rozporządzenia finansowego mającego zastosowanie do budżetu ogólnego Wspólnot Europejskich (Dz. U. L 248, s. 1; z późn. zm) wykluczyła wykonawców na podstawie 94 lit. b tego rozporządzenia. Przepis ten stanowi, że nie udziela się zamówienia kandydatom, którzy w związku z procedurą udzielania zamówień są winni złożenia nieprawdziwych oświadczeń przy dostarczaniu informacji wymaganych przez instytucję zamawiającą w celu dopuszczenia do udziału w procedurze udzielania zamówień lub nie dostarczyli tych informacji. Sąd stwierdził, że w przypadku gdy, wykryte zostaje przekazanie nieprawdziwych danych, Komisja nie ma innego wyboru niż zastosowanie powyższego przepisu, gdyż *pojęcie „nieprawdziwe oświadczenia” odnosi się zarówno do oświadczeń umyślnie wprowadzających w błąd jak i tych, które są błędne w wyniku niedbalstwa i po ustaleniu nieprawdziwego charakteru oświadczeń nie ma potrzeby przeprowadzania analizy uzasadnienia tej nieprawdziwości. (...) Wobec złożenia nieprawdziwych oświadczeń, niezależnie od tego, czy doszło do tego w sposób umyślny czy też wskutek niedbalstwa skarżących, Komisja nie miała innego wyboru niż zastosowanie art. 94 lit. b) rozporządzenia finansowego...* (por. pkt 75 i 119 wyroku).

Biorąc jednak pod uwagę ustalony przez Izbę w postępowaniu stan faktyczny oraz działania samego Zamawiającego, który na rozprawie wyraźnie twierdził, że wnikliwie badał i analizował celowość i zamierzony charakter zachowania wykonawcy, Izba uznała, że Zamawiający nie sprostął obciążającemu go ciężarowi dowodowemu i nie wykazał, aby Odwołujący działał celowo, z zamiarem wprowadzenia Zamawiającego w błąd, a więc przy przyjęciu, że wykluczenie wykonawcy możliwe jest tylko przy wykazaniu działania lub zaniechania w umyślności. Zamawiający na taki stan nie przedstawił żadnych materialnych dowodów, a argumentacja zaprezentowana na rozprawie nie była wystarczająca do przyjęcia tej tezy jako prawidłowej. Zamawiający ograniczył się do analizy konstrukcji oferty

Odwołującego, która w ocenie Izby sama w sobie nie dawała podstaw do przyjęcia, że wykonawca działał w sposób zamierzony w celu wprowadzenia Zamawiającego w błąd, co pozwoliłoby mu na uzyskanie zamówienia. Już choćby biorąc pod uwagę okoliczność, że wykonawca zwycięski, po wyłonieniu oferty najkorzystniejszej, zobowiązany był do dostarczenia odpowiednich dokumentów, w tym kopii uprawnień, Zamawiający zawsze mógłby odmówić podpisania umowy z wykonawcą, który przedstawiłby dokumenty o treści odmiennej niż wynikająca z oferty. Zatem, przyjmując, że wykonawca działałby z zamiarem wprowadzenia w błąd, takie zachowanie wykonawcy nie byłoby racjonalne i zawsze prowadziło do utraty przez niego zamówienia. Trudno w takiej sytuacji dopatrywać się umyślności w działaniu wykonawcy. Zamawiający celowości działania i zamierzonego skutku wykonawcy nie wykazał. Przypomnienia wymaga, iż zgodnie z art. 190 ust. 7 ustawy Pzp Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie zebranego materiału. Ciężar dowodu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, zaś postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasad kontradiktoryjności, zatem to strony (a w tym przypadku Zamawiający) obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08).

W przedmiotowym postępowaniu Izba doszła do wniosku, że właściwszym wydaje się zastosowanie interpretacji art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wynikającej z orzecznictwa sądów okręgowych, związanej z koniecznością badania stopnia, czy też poziomu zawinienia wykonawcy. Odwołujący nie przeczył, że stan w postępowaniu może być wynikiem jego zaniedbania, niedbalstwa w postaci niedochowania należytej staranności przy sprawdzeniu, czy osoba, która pełnić miała na zadaniu funkcję kierownika robót posiada odpowiednie uprawnienia, ale działanie to nie miało charakteru umyślnego. Zamawiający wskazywał, że podmiot ubiegający się o przedmiotowe zamówienie jest profesjonalistą, z bogatym doświadczeniem na gruncie ustawy Pzp. Co do zasady zgodzić należy się z twierdzeniem, że za takiego profesjonalistę należy uznać wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu lub w imieniu podmiotu trzeciego, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Tym niemniej takiego samego lub nawet większego poziomu profesjonalizmu należy wymagać od podmiotu prowadzącego dane postępowanie, a więc samego Zamawiającego. Jeżeli zaś podmiot prowadzący postępowanie wystosowuje do wykonawcy wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wskazując w nim, że wykonawca może złożyć dokumenty

potwierdzające spełnianie warunku przez osobę wymienioną w wykazie osób lub też wskazać na dane stanowisko nową osobę, jednocześnie podejrzewając możliwość złożenia nieprawdziwych informacji, a następnie (de facto po zastosowaniu się wykonawcy do treści wezwania o uzupełnienie) podmiot Zamawiający dokonuje wykluczenia wykonawcy na podstawie złożenia nieprawdziwych informacji, to działania takiego nie można uznać za profesjonalne, a w ocenie składu orzekającego Izby rozstrzygającego przedmiotowe postępowanie odwoławcze wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji działań i zaniechań Zamawiającego. Zamawiający na rozprawie przyznał, że zastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nastąpiło w sposób nieprawidłowy. Izba podziela opinię, że właściwsze wydawało się zastosowanie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp i uzyskanie od wykonawcy informacji w zakresie rozbieżności pomiędzy dokumentami i oświadczeniami wynikającymi z oferty a dokumentami dostarczonymi przed podpisaniem umowy. Taka konstrukcja niewątpliwie pozwoliłaby Zamawiającemu skutecznie zastosować art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i wykazać rzeczywisty zamiar działań wykonawcy. Zamawiający jednak, z bliżej nie wyjaśnionej przyczyny doprowadził w postępowaniu do sytuacji, gdzie podejrzewając złożenie nieprawdziwych informacji, które mogły mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pozwolił na sanowanie błędów wykonawcy umożliwiając uzupełnienie oferty o nowe dokumenty. Tak więc Zamawiający, będąc konsekwentnym w działaniu, powinien ocenić złożone nowe dokumenty i zbadać, czy dany wykonawca wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu i czy jego oferta może być ponownie uznana za najkorzystniejszą.

Dodatkowo, Izba wskazuje iż nie badała zarzutu dotyczącego naruszenia art. 46 ust. 4a oraz art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż prowadzone przez Zamawiającego postępowanie jest podprogowym, zatem odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności wykluczenia oraz odrzucenia oferty Odwołującego (art. 180 ust. 2 ustawy Pzp), jednak wobec tego, że Zamawiający przyznał, że nieprawidłowo zatrzymał wadium, a postępowanie w wyniku uwzględnienia odwołania i unieważnienia decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego i o uznaniu jego oferty za odrzuconą, a także po nakazaniu Zamawiającemu powtórzenia procesu badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, co jest konsekwencją uznania zasadności zarzutów naruszenia art.24 ust. 2 pkt 3 ustawy oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp może być kontynuowane.

Konsekwencją uwzględnienia powyższych zarzutów było również uwzględnienie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i § 5 ust. 4 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. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: