

Sygn. akt: KIO 264/12

**WYROK**  
**z dnia 21 lutego 2012 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:      Agnieszka Bartczak - Żuraw**

**Protokolant:            Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 lutego 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lutego 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Elżbieta Olczak-Majewska prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Biuro Obsługi Inwestycji Elżbieta Olczak-Majewska, Anna G prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Geo-Radar Anna G, ul. Sempołowskiej 29, 51-660 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Klucze, ul. Partyzantów 1, 32-310 Klucze,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Łukasz Porzuczek prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PROTON-ARCHEO Łukasz Porzuczek, Kazimierz Kocjan prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ZHU KONTUR Kazimierz Kocjan, ul. Szarych Szeregów 7/43, 31-065 Krzeszowice** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Elżbieta Olczak-Majewska prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Biuro Obsługi Inwestycji Elżbieta Olczak-Majewska, Anna G prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Geo-Radar Anna G, ul.**

**Sempołowskiej 29, 51-660 Wrocław i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Elżbieta Olczak-Majewska prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Biuro Obsługi Inwestycji Elżbieta Olczak-Majewska, Anna G prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Geo-Radar Anna G, ul. Sempołowskiej 29, 51-660 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Elżbieta Olczak-Majewska prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Biuro Obsługi Inwestycji Elżbieta Olczak-Majewska, Anna G prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Geo-Radar Anna G, ul. Sempołowskiej 29, 51-660 Wrocław** na rzecz **Gminy Klucze, ul. Partyzantów 1, 32-310 Klucze** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 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 **Krakowie**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Gmina Klucze, ul. Partyzantów 1, 32-310 Klucze, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) na „Przygotowanie terenu do wprowadzenia zabiegów ochrony czynnej - wykrywanie występowania niewypałów i niewybuchów oraz interwencyjne oczyszczenie terenu" w ramach projektu LIFE09 NAT/PL/000259". Wartość przedmiotowego zamówienia na usługi oszacowano na kwotę przekraczającą wyrażoną w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 10 grudnia 2011 r. pod numerem: 2011/S 238-384903.

W dniu 6 lutego 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: konsorcjum, w skład którego wchodzi - Elżbieta Olczak-Majewska prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Biuro Obsługi Inwestycji Elżbieta Olczak-Majewska, ul. Sempołowskiej 29, 51 - 660 Wrocław (lider), Anna G prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Geo-Radar Anna G, ul. Borowa 28a, 51 - 361 Wrocław (dalej „Odwołujący”) od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego w zakresie:

1. zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum Pustynia, w skład którego wchodzi Łukasz Porzuczek prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Proton-Archeo Łukasz Porzuczek (dalej „Proton-Archeo Łukasz Porzuczek”), Kazimierz Kocjan prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Handlowo-Usługowy KONTUR Kazimierz Kocjan (dalej „Konsorcjum Pustynia”), jako wykonawców, którzy złożyli w toku postępowania nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania i wskutek tego nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania doświadczeniem w zakresie wykonania w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, co najmniej jednej usługi, polegającej na przebadaniu terenu metodą georadarową co najmniej 100 hektarów terenu;
2. wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, tj. oferty złożonej przez Konsorcjum

## Pustynia.

Zaskarżonym czynnościami i zaniechaniem Zamawiającego Odwołujący zarzucał naruszenie przepisów ustawy Pzp, a w szczególności:

1. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia Konsorcjum Pustynia, jako wykonawcy, który złożył w toku postępowania nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania - poprzez złożenie zaświadczenia z dnia 27 czerwca 2011 roku, w którym niezgodnie ze stanem faktycznym wskazano, iż lider Konsorcjum Pustynia Proton-Archeo Łukasz Porzuczek posiada doświadczenie w zakresie wykonania usługi polegającej na przebadaniu w okresie od 7 kwietnia 2009 roku do 6 kwietnia 2010 roku metodą georadarową na trasie budowy autostrady A4 co najmniej 100 hektarów terenu na rzecz spółki Instytut Archeologii i Etnologii PAN, Muzeum Archeologiczne w Krakowie i Uniwersytet Jagielloński - Krakowski Zespół do Badań Autostrad sp.j., podczas gdy z otrzymanego przez Odwołującego od powyższego podmiotu pisma z dnia 4 lutego 2012 roku w sposób jednoznaczny wynika, iż wykonawca przy zastosowaniu metody georadarowej wykonał jedynie od 3% do 5% na badanym obszarze 130 hektarów - mimo iż Zamawiający był do dokonania powyższej czynności obowiązany na mocy przepisów ustawy Pzp, co stanowi również naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, albowiem Zamawiający zaniechał wykluczenia Konsorcjum Pustynia z postępowania pomimo niewykazania przez Konsorcjum Pustynia w powyższym zakresie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu,
2. naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, polegające na zaniechaniu przez Zamawiającego wykluczenia z postępowania Konsorcjum Pustynia, jako wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, a wskutek tego nie wykazał w powyższym zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu,
3. naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp - poprzez wybór oferty złożonej przez Konsorcjum Pustynia, jako najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo iż oferta Odwołującego jest najkorzystniejszą w rozumieniu przepisu art. 2 pkt 5 ustawy Pzp,
4. naruszenie art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp poprzez naruszenie obowiązku udzielenia zamówienia publicznego wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp, polegające na dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty z pominięciem ustawowego obowiązku wykluczenia wykonawcy przystępującego, który

złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik tego postępowania i wskutek tego nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący podnosił, iż w związku z faktem, iż powyższe naruszenia mają istotny wpływ na wynik postępowania został naruszony interes prawny Odwołującego w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na to, iż dokonanie przez Zamawiającego czynności wykluczenia Konsorcjum Pustynia spowodowałoby uznanie oferty Odwołującego za najkorzystniejszą i uzyskanie zysku z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia. Stosownie do treści art. 180 ust. 1 w zw. z art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp wnosił o:

1. merytoryczne rozpoznanie przez Krajową Izbą Odwoławczą odwołania i jego uwzględnienie w całości,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego z dnia 26 stycznia 2012 roku, polegającej na wyborze oferty Konsorcjum Pustynia jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu,
4. nakazanie Zamawiającemu wykluczenia z postępowania Konsorcjum Pustynia jako Wykonawców którzy w toku postępowania złożyli nieprawdziwe informacje w zakresie wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia wykonawcy w zakresie wykonania co najmniej jednej usługi, polegającej na przebadaniu terenu metodą georadarową co najmniej 100 hektarów terenu, które miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania,
5. nakazanie Zamawiającemu uznania oferty złożonej przez Konsorcjum Pustynia za odrzuconą jako oferty złożonej przez wykonawcę wykluczonego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Ponadto, wnosił o:

1. przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w treści odwołania (znajdujących się w aktach postępowania) oraz przedłożonych przez Odwołującego,
2. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zgodnie ze spisem kosztów przedstawionym na rozprawie oraz kosztami wynagrodzenia pełnomocników w wysokości 3.600 zł.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazywał, iż Zamawiający, opisując warunki udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania przez Wykonawców doświadczeniem (Minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów), zażądał od Wykonawców wykazania doświadczenia w zakresie wykonania usług polegających na przebadaniu co najmniej 100 hektarów terenu przy użyciu każdej z trzech wymaganych przez niego metod badawczych, w

tym wykazania doświadczenia w zakresie przebadania co najmniej 100 hektarów terenu przy użyciu metody georadarowej. Na wykazanie żądanego wymogu doświadczenia, każdy z Wykonawców zobowiązany był, w załączniku nr 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), szczegółowo określić dla każdej z wykonanych usług jej położenie, ilość hektarów przebadanego terenu, metodę badania ze wskazaniem użytego sprzętu, terminy wykonania usług, wskazania ich odbiorców oraz załączyć dokumenty potwierdzające, że usługi te zostały wykonane należycie. Odwołujący podnosił, iż, przedstawiając wymagane przez Zamawiającego doświadczenie, Konsorcjum Pustynia w załączniku nr 3 do SIWZ wskazało, iż wykonało każdą z trzech wymaganych przez Zamawiającego metod badawczych (tj. metodą magnometryczną, metodą georadarową oraz metodą elektrooporową) w okresie od 7 kwietnia 2009 roku do 6 kwietnia 2010 roku na rzecz spółki Instytut Archeologii i Etnologii PAN, Muzeum Archeologiczne w Krakowie i Uniwersytet Jagielloński - Krakowski Zespół do Badań Autostrad sp.j. po 100 hektarów badań na trasie budowy autostrady A4. Na potwierdzenie ww. prac badawczych Konsorcjum Pustynia przedstawiło wystawione przez odbiorcę zaświadczenie z dnia 27 czerwca 2011 roku, z którego miało rzekomo wynikać, iż Łukasz Porzuczek prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Proton-Archeo Łukasz Porzuczek wykonał na rzecz spółki Instytut Archeologii i Etnologii PAN, Muzeum Archeologiczne w Krakowie i Uniwersytet Jagielloński - Krakowski Zespół do Badań Autostrad sp.j. badania magnetyczne, georadarowe oraz elektrooporowe na łącznej powierzchni 130 hektarów. Przy czym, co zdaniem Odwołującego wydaje się istotne dla rozstrzygnięcia niniejszego odwołania, przedmiotowe zaświadczenie nie precyzowało szczegółowego zakresu wykonywanych prac, tj. czy zostały one przeprowadzone na łącznej powierzchni 130 hektarów, czy też Wykonawca przebadał każdą z żądanych przez Zamawiającego metod 130 hektarów (dowód: dokumentacja przetargowa Zamawiającego). W związku z powstałą wątpliwością oraz biorąc pod uwagę uzyskane przez Odwołującego informacje, iż na terenie budowy autostrady A4 wykonywane były jedynie szczątkowo badania terenowe przy użyciu metody georadarowej tj. przy użyciu pojedynczych profili georadarowych, Odwołujący zwrócił się do spółki Instytut Archeologii i Etnologii PAN, Muzeum Archeologiczne w Krakowie i Uniwersytet Jagielloński - Krakowski Zespół do Badań Autostrad sp.j. z pisemną prośbą o przedstawienie dokumentacji w zakresie poświadczonego przez ww. podmiot doświadczenia Konsorcjum Pustynia w zakresie przeprowadzonych przez nie badań metodą georadarową na powierzchni 130 hektarów (dowód: pismo Odwołującego z dnia 26 stycznia 2012 roku). W odpowiedzi na powyższe zapytanie, odbiorca prac wykonywanych przez Konsorcjum Pustynia spółki Instytut Archeologii i Etnologii PAN, Muzeum Archeologiczne w Krakowie i Uniwersytet Jagielloński - Krakowski Zespół do Badań Autostrad sp.j., w piśmie z dnia 4 lutego 2012 roku wskazał wprost, iż użyte przez odbiorcę prac w wydanym na rzecz Konsorcjum Pustynia zaświadczeniu z dnia 27 czerwca 2011 roku

sformułowania co do wielkości przebadanego przez Proton-Archeo Łukasz Porzuczek terenu trzema metodami magnometryczną, georadarową oraz elektrooporową na powierzchni 130 hektarów odpowiadało jedynie brzmieniu prośby Łukasza Porzuczka o wydanie zaświadczenia, nie odpowiadało ono jednak rzeczywistemu zakresowi badań, w szczególności badań przy użyciu metody georadarowej. W dalszej części przedmiotowego pisma przedstawiciel odbiorcy spółki Instytut Archeologii i Etnologii PAN, Muzeum Archeologiczne w Krakowie i Uniwersytet Jagielloński - Krakowski Zespół do Badań Autostrad sp.j. dodatkowo wskazał wprost, iż gdyby intencją odbiorcy było wskazanie, że każdą metodą przebadano dokładnie 130 hektarów, to w wydanym zaświadczeniu zastosowane zostałyby sformułowanie typu firma x przebadła każdą z trzech metod (tj. metodą magnetyczną, metodą elektrooporową oraz metodą georadarową) obszar po 130 hektarów. Dodatkowo Odwołujący podnosił, iż w podsumowaniu odbierający usługi od Proton-Archeo Łukasz Porzuczek wprost wskazał, iż biorąc pod uwagę parametry wykonanych i poświadczonych prac, przez spółki Instytut Archeologii i Etnologii PAN, Muzeum Archeologiczne w Krakowie i Uniwersytet Jagielloński - Krakowski Zespół do Badań Autostrad sp.j., szczegółowy ich rozmiar na terenie objętym pomiarami w zakresie wykonanych przez Proton-Archeo Łukasz Porzuczek badań przy użyciu metody georadarowej wynosi 3-5% badanego terenu (tj. 3-5% z 130 hektarów czyli ok. 6,5 hektara). Innymi słowy Proton-Archeo Łukasz Porzuczek wykonał na rzecz spółki Instytut Archeologii i Etnologii PAN, Muzeum Archeologiczne w Krakowie i Uniwersytet Jagielloński - Krakowski Zespół do Badań Autostrad sp.j., jedynie pojedynczy profil zygzakujący lub dwa profile proste przebiegające przez cały badany obszar (a nie na całym badanym obszarze) o pasie o przeciętnej szerokości 3 metrów (dowód: pismo Instytutu Archeologii i Etnologii PAN, Muzeum Archeologicznego w Krakowie i Uniwersytetu Jagiellońskiego Krakowski Zespół do Badań Autostrad spółka jawna z dnia 4 lutego 2012 roku wraz z załączonymi mapami wykonanych prac, dowód: przesłuchanie Zamawiającego, Łukasza Porzuczka, Odwołującego (członka Konsorcjum - Jarosław M).

Biorąc pod uwagę powyższe wskazać należy, iż w niniejszym postępowaniu Konsorcjum Pustynia, nie spełniło wymaganego przez Zamawiającego warunku poprzez udokumentowanie posiadanego doświadczenia, gdyż jak wynika z pisma z dnia 4 lutego 2012 r. nie wykonano prac metodą georadarową na obszarze co najmniej 100 ha. Odwołujący przywoływał orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 czerwca 2010 r. KIO/UZP 1027/10, mogące być, jego zdaniem, w drodze analogii, odniesione do okoliczności niniejszego postępowania. W powołanym orzeczeniu KIO wskazało, iż *„Nie wystarczy powoływać się na doświadczenie nabyte w wyniku realizacji umowy, której łączna wartość opiewa na kwotę wskazaną w SIWZ, jeżeli została zrealizowana w niewielkim*

stopniu. Konieczne jest wykazanie, że jej realizacja nastąpiła w zakresie wymaganym przez Zamawiającego. Nie można uznać, że skoro Zamawiający dokonał opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w ten sposób, że wskazał wartość zamówienia, wystarczające jest de facto wykazanie się zawarciem umowy, a nie jej zaawansowaniem na poziomie wymaganym przez Zamawiającego". Z powyższym stanowiskiem koresponduje również pogląd zawarty w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 maja 2010 r. KIO/UZP 519/10, która uznała, iż oczywistym jest fakt, że „referencje”, co do zasady, nie muszą potwierdzać zakresu wykonanej usługi, a są składane w celu wykazania należytego wykonania zamówienia. Jednakże zauważyć należy, iż w przypadku, gdy w świetle uzyskanych przez zamawiającego informacji z innych źródeł wynika, że zakres danej usługi budzi wątpliwości, to na wykonawcy ciąży obowiązek jednoznacznego wyjaśnienia zakresu tej usługi, w tym również poprzez np. przedstawienie stosownych dokumentów potwierdzających niezbitcie wymagany w treści warunku zakres zrealizowanego świadczenia.

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wskazywał, iż zgodnie z poglądem, z którego wynika, iż dowód zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy 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 ustawy Pzp), Odwołujący stwierdzał, iż przedstawił twierdzenia oraz materiał dowodowy na ich poparcie, z którego wynika, iż w toku niniejszego postępowania wykonawca- Proton- Archeo Łukasz Porzuczek złożył nieprawdziwe informacje, mające wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Jak wskazano wyżej, zdaniem Odwołującego, w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Aby została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy 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 ustawy Pzp;
- złożenie nieprawdziwych informacji musi nastąpić w toku postępowania o udzielenie zamówienia w rozumieniu art. 2 pkt 7a ustawy Pzp;
- złożenie nieprawdziwych informacji musi mieć wpływ lub może mieć wpływ na wynik tego postępowania.

Zdaniem Odwołującego, jak wynika z opisanego wyżej stanu faktycznego w okolicznościach niniejszego postępowania, wszystkie wskazane wyżej przesłanki zaistniały, bowiem, treść pisma z dnia 4 lutego 2012 roku dowodzi, iż zaświadczenie złożone przez



spółkę Instytut Archeologii i Etnologii PAN, Muzeum Archeologiczne w Krakowie i Uniwersytet Jagielloński - Krakowski Zespół do Badań Autostrad sp.j., wydane na rzecz firmy Proton- Archeo Łukasz Porzuczek w swej treści nie precyzowało zakresu prac wykonanych przez tę firmę każdą wymaganą przez Zamawiającego metodą geofizyczną. Przeciwnie, jak wynika z załączonego do niniejszego odwołania dowodu w postaci pisma z dnia 4 lutego 2012 roku, wskazana spółka, uszczegóławiając treść swojego poprzedniego zaświadczenia, wskazuje, iż „w przypadku badań georadarowych (...) pomiar dokonywany był w pasie o przeciętnej szerokości do 3 m, tj. na powierzchni 3-5 % badanego terenu”. Wbrew więc stanowi rzeczywistemu, na podstawie zaświadczenia przedłożonego przez firmę Proton- Archeo Łukasz Porzuczek, Zamawiający w niniejszym postępowaniu przyjął, iż firma ta, spełniła wymogi wskazane w SIWZ, legitymując się doświadczeniem w przeprowadzeniu badań terenu o powierzchni 100 ha każdą z trzech metod geofizycznych. W zakresie pozostałych trzech przesłanek zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Odwołujący wskazywał, iż jak wynika również z dokumentacji zebranej przez Zamawiającego, nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania złożył wykonawca Proton- Archeo Łukasz Porzuczek, w załączniku do przedstawionej oferty, w toku postępowania wszczynanego w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu, a więc postępowania zdefiniowanego w art. 2 pkt 7a ustawy Pzp. Uznanie przez Zamawiającego za prawdziwe informacji zawartych w przedłożonym przez firmę Proton- Archeo Łukasz Porzuczek zaświadczeniu w sposób bezspreczny miało wpływ na wynik postępowania, gdyż decydowało o spełnieniu przez tego wykonawcę warunków kwalifikacji technicznych określonych przez Zamawiającego w SIWZ. Jak wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 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, iż 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 ustawy 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 ustawy Pzp. Jak wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wydanego na tle interpretacji art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, biorąc pod uwagę wypełnienie hipotezy normy prawnej uregulowanej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy 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, iż szczególnie podatne na niezgodność z faktami przy jednoczesnym wpływie na wynik tego postępowania są informacje przedkładane 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, iż Zamawiający zazwyczaj swoje decyzje opiera na oświadczeniach własnych wykonawców lub dokumentach wystawionych przez podmioty trzecie".

Odwołujący wskazywał, iż zgodnie z jednolitą linią orzecniczą, wykładnia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, iż nie określa on powodów złożenia nieprawdziwej informacji. 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., sygn. akt KIO 1550/10, w którym Izba wskazała, iż *„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”*. Uwzględniając orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie należy wskazać, że wykluczając wykonawcę z postępowania na podstawie tego przepisu, należy bezspornie łącznie wykazać, że przedkładane dokumenty i oświadczenia zawierają nieprawdziwe informacje, a ich przedłożenie jest wynikiem zamiaru bezpośredniego (wykonawca wiedząc, że informacje są nieprawdziwe - chciał je przedłożyć) lub na zamiaru ewentualnego (wykonawca wprawdzie nie chciał przedłożyć nieprawdziwych informacji, ale przewidywał realną możliwość, że są one nieprawdziwe i na to się godził), bądź też wykonawca uświadamiał sobie możliwość przedłożenia informacji nieprawdziwych, przy jednoczesnym przypuszczeniu, że nie zostanie to ujawnione, albo wreszcie, wykonawca nie przewidywał możliwości przedłożenia nieprawdziwych informacji, chociaż powinien i mógł tę możliwość przewidzieć. Mając na uwadze stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie braku istotności wykazania przesłanki zawinienia w działaniu wykonawcy podającego nieprawdziwe informacje, Odwołujący wskazuje jednak, iż w okolicznościach niniejszego postępowania z materiału dowodowego wynika, iż przedstawiciele firmy Proton-

Archeo Łukasz Porzuczek mogli mieć pełną świadomość odnośnie faktu przekazywania nieprawdziwych informacji. Jak wynika bowiem z pisma z dnia 4 lutego 2012 roku spółki wystawiającej powyższej firmie referencje „użyte przez nas w wydanym zaświadczeniu sformułowanie odpowiada brzmieniu prośby ww. Ł. Porzuczka o wydanie zaświadczenia „Zaświadcza się, iż firma Proton- Archeo wykonała dla Krakowskiego Zespołu Badań Autostrad badania magnetyczne, georadarowe oraz elektrooporowe na powierzchni 130 hektarów”. Odwołujący przypuszczał, iż przygotowana przez firmę Proton- Archeo Łukasz Porzuczek propozycja treści zaświadczenia celowo została sformułowana w sposób niejednoznaczny i mogący wprowadzić w błąd Zamawiającego oraz pozostałych oferentów. Wskazane powyżej okoliczności wykluczają możliwość przyjęcia stanowiska, iż wykonawca-firma Proton- Archeo Łukasz Porzuczek działała w dobrej wierze, przyjmując za prawidłowe informacje zawarte w zaświadczeniu.

Jak wynika z utrwalonej linii orzeczniczej dla zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, nie ma również znaczenia czy nieprawdziwe informacje zostały zawarte w oświadczeniach złożonych samodzielnie przez wykonawcę czy też uzyskanych od osób trzecich. Wskazuje się, iż wykonawca składając określonej treści oświadczenia woli, czy wiedzy w postępowaniu, a także posługując się określonymi dokumentami w tym postępowaniu na potwierdzenie spełniania warunków udziału, ponosi odpowiedzialność za zakres tych informacji zawartych w swoje ofercie. W wyroku z dnia 6 kwietnia 2010 r. KIO 372/10 wskazano, iż podanie nieprawdziwych informacji (niezgodnych z rzeczywistością) odnośnie warunków udziału w postępowaniu zawsze jest działaniem zawinionym i to niezależnie od tego, czy dotyczy to oświadczenia woli samego wykonawcy, czy też przedłożenia przez niego w ofercie dokumentów, czy informacji uzyskanych od osób trzecich. Podkreśla się, iż jest to niewątpliwie związane z tym, że zamawiający kwalifikują wykonawców i ich oferty w oparciu o oświadczenia i dokumenty przez tych wykonawców składane, a zatem muszą działać w zaufaniu do tych dokumentów, a celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest prowadzenie śledztwa dla zbadania intencji poszczególnych wykonawców. Z tego też powodu wykonawca składając zamawiającemu oświadczenia i dokumenty, zwłaszcza te o szczególnym znaczeniu dla postępowania jak oferta lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zobowiązany jest, zgodnie m.in. z dyspozycją art. 355 § 1 i 2 kodeksu cywilnego, dołożyć należytej staranności z uwzględnieniem zawodowego charakteru tej działalności, a więc przy zachowaniu podwyższonego miernika jej oceny wymaganego od profesjonalnego uczestnika. Jeżeli zaś w tym celu opiera się na innych osobach lub podmiotach (podwykonawcach), robi to na własne ryzyko.

Mając na względzie dotychczasowe wypowiedzi Krajowej Izby Odwoławczej oraz

orzecznictwo Sądów Okręgowych, Odwołujący wskazywał, iż jego zdaniem, zaistnienie przesłanek wykluczenia wynikających z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zostało przez niego udowodnione w sposób nie budzący wątpliwości. Odwołujący podkreślał, iż z załączonego do niniejszego odwołania pisma z dnia 4 lutego 2012 roku wynika, iż we wszystkich umowach te trzy metody zostały zastosowane, jednak prace poszczególnymi metodami wykonane były z różną częstotliwością i z zastosowaniem zróżnicowanych parametrów. Przeprowadzone przez wykonawcę Proton- Archeo Łukasz Porzuczek na rzecz Instytutu Archeologii i Etnologii PAN, Muzeum Archeologicznego w Krakowie i Uniwersytetu Jagiellońskiego Krakowski Zespół do Badań Autostrad spółka jawna badania terenu metodą georadarową wynosiły jedynie 3- 5 % powierzchni terenu (tj. około 6, 5 ha) i w związku z tym nie stanowią wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia. Podkreślenia wymaga fakt, iż spółka wystawiające zaświadczenie wprost wskazała, iż *„gdyby naszą intencją było wskazanie, że każdą metodą przebadano dokładnie 130 ha, to zastosowane byłoby sformułowanie typu „firma x przebadła każdą z trzech metod obszar po 130 ha”*. Obowiązkiem Zamawiającego jest przeprowadzenie wszechstronnego badania złożonych ofert, tak aby wyjaśnić wszystkie wątpliwości i równo traktując wszystkich wykonawców egzekwować od nich dokładnie takie same obowiązki. Zamawiający w sytuacji wątpliwości co do spełnienia przez danego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, jak również stwierdzenia nieścisłości w treści złożonych dokumentów może wezwać wykonawcę do złożenia nowych dokumentów, bądź też wyjaśnienia dokumentów już złożonych. Zdaniem Odwołującego, takie wątpliwości, w odniesieniu do przedstawionego przez firmę Proton- Archeo Łukasz Porzuczek zaświadczenia odnośnie spełnienia kwalifikacji technicznych, powinny po stronie Zamawiającego powstać i powinny skutkować skorzystaniem przez niego z uprawnień wskazanych powyżej. Brak szczegółowej analizy zaświadczenia przedstawionego przez wykonawcę- firmę Proton- Archeo Łukasz Porzuczek, spowodowało, iż Zamawiający uznał, niezgodnie ze stanem rzeczywistym, iż firma ta posiada odpowiednie kwalifikacje, wskutek nabytego doświadczenia i zaniechał czynności wykluczenia wykonawcy w związku z przedstawianiem przez niego informacji nieprawdziwych mających wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący wskazywał, iż w związku z przedstawieniem dowodów wskazujących na nieprawdziwość informacji przekazanych Zamawiającemu przez firmę Proton- Archeo Łukasz Porzuczek, Zamawiający na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy 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 ustawy Pzp, podlega zaktualizowaniu na każdym etapie

postępowania, gdy zamawiający poweźmie sprawdzoną lub przyznaną wiadomość o okolicznościach złożenia nieprawdziwej informacji (wyrok KIO z dnia 12 października 2009 r. KIO/UZP 1223/09). Wskazywał również na inną wypowiedź Krajowej Izby Odwoławczej, z której wynika, iż *„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).

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu dnia 6 lutego 2012 roku.

W dniu 7 lutego 2012 roku Zamawiający wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym i przekazał kopię odwołania.

W dniu 10 lutego 2012 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Konsorcjum Pustynia, w którym wnoszono o oddalenie odwołania w całości jako całkowicie bezpodstawnego oraz obciążenie Odwołującego kosztami postępowania poniesionymi przez uczestnika z uwzględnieniem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości według spisu kosztów przedstawionego na rozprawie. Zgłaszający przystąpienie wskazywał na interes Konsorcjum Pustynia w udziale w charakterze uczestnika w niniejszym postępowaniu polegający na tym, że oddalenie odwołania spowoduje, że oferta złożona przez uczestnika będzie najkorzystniejsza i zamówienie zostanie udzielone Konsorcjum Pustynia. Zgodnie z czynnością Zamawiającego oferta Konsorcjum Pustynia została uznana za najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu. Ponadto wskazać należy, że zarzuty Odwołującego wskazują na konieczność wykluczenia Konsorcjum Pustynia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z tego względu członkowie Konsorcjum Pustynia posiadają interes prawny w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego.

Zgłaszający przystąpienie wskazywał, iż w SIWZ w części III pkt 2 znalazł się wymóg, aby wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia wykonał w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej jedną usługę, polegającą na przebadaniu terenu metodą georadarową, co najmniej 100 ha terenu. Żaden z Wykonawców nie złożył w tym zakresie pytań do SIWZ, żaden też nie złożył odwołania od tak sformułowanego warunku SIWZ. Przystępujący wskazywał, iż odwołanie nie ma uzasadnionych podstaw, twierdzenia i zarzuty w nim wyrażone są chybione i winno ono zostać oddalone. Charakter bezzasadnych zarzutów Odwołującego godzi w dobre imię lidera Konsorcjum Pustynia, pomawia go o świadome wprowadzanie w błąd Zamawiającego i uczestnik uważał za konieczne

ustosunkowanie się do treści odwołania. Przystępujący podnosił, iż lider Konsorcjum Pustynia Proton-Archeo Łukasz Porzuczek wykonał w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej jedną usługę polegającą na przebadaniu terenu metodą georadarową co najmniej 100 ha terenu i spełnia warunek udziału w postępowaniu. Badanie obszaru 130 ha zostało dokonane w okresie od 7 kwietnia 2009 roku do 6 kwietnia 2010 roku na trasie budowy autostrady A4, na rzecz Instytutu Archeologii i Etnologii PAN, Muzeum Archeologicznego w Krakowie i Uniwersytetu Jagiellońskiego -Krakowskiego Zespołu do Badań Autostrad spółka jawna. Badania zostały wykonane profesjonalnie, a Zamawiający był z nich zadowolony. Potwierdzeniem tego faktu są wystawione referencje, treść zawartej umowy z wystawiającym referencje oraz protokół odbioru (dowód: -umowa z dnia 17 kwietnia 2009 roku, referencje wystawione przez Instytut Archeologii i Etnologii PAN, Muzeum Archeologiczne w Krakowie i Uniwersytet Jagielloński - Krakowski Zespół do Badań Autostrad sp. j., protokół odbioru z dnia 17 kwietnia 2010 roku). Przystępujący wskazywał, iż referencje z samej swojej istoty są dokumentem wydawanym na prośbę wykonawcy i potwierdzają wykonanie określonej usługi w sposób zgodny z wymaganiami zamawiającego. Tymczasem Odwołujący insynuuje, że referencje będące spornymi w niniejszym postępowaniu wydane zostały w treści wynikającej wprost z żądania uczestnika. Wynikać z tego miałyby, że referencje te są tym samym nieprawdziwe, a podmiot je wystawiający dopuścił się poświadczenia nieprawdy. Tymczasem to, czy referencje stwierdzają prawdę jest okolicznością obiektywną i nie ma znaczenia czy zostały wydane na czyjąś prośbę i w jaki sposób prośba ta została sformułowana.

Odwołujący, cytując wybiórczo fragmenty pisma z dnia 4 lutego 2012 roku podmiotu wystawiającego referencję insynuuje, że uczestnik przedłożył referencje zawierające nieprawdziwe informacje. Tymczasem takie wnioskowanie nie znajduje potwierdzenia w treści samego pisma. Okoliczność, że treść zaświadczenia wynika z prośby Łukasza Porzuczka nie powoduje bowiem jego nieprawdziwości. To reprezentant spółki podpisał referencje - oświadczenie o określonej treści - a z treści pisma z 4 lutego 2012 roku nie wynika, aby uchylał się od złożonego oświadczenia.

Zarzut dotyczący celowego sformułowania treści zaświadczenia w sposób niejednoznaczny i mogący wprowadzić w błąd Zamawiającego jest całkowicie bezpodstawny i krzywdzący. Fakt złożenia prośby o wydanie zaświadczenia nie skutkuje jego wydaniem w określonej treści. To wydający referencje ocenia, czy może złożyć określone oświadczenie, decyduje o jego ostatecznej treści, a w końcu je składa. Ponadto zdaniem Konsorcjum Pustynia Odwołujący usiłuje przekonać, że w treści pisma z 4 lutego 2012 roku zostało wskazane, że Proton-Archeo Łukasz Porzuczek faktycznie nie wykonał badań metodą georadarową na powierzchni 130 ha. Odwołujący wskazuje na to twierdząc: „użyte przez

*odbiorcę prac w wydany na rzecz przystępującego Konsorcjum Pustynia zaświadczeniu z dnia 27 czerwca 2011 roku sformułowania co do wielkości przebadanego przez Proton-Archeo Łukasz Porzyczek terenu trzema metodami magnometrycznymi, georadarową oraz elektrooporową na powierzchni 130 ha odpowiadało jedynie brzmieniu prośby Łukasza Porzuczka o wydanie zaświadczenia, nie odpowiadało ono jednak rzeczywistemu zakresowi badań przy użyciu metody radarowej".* Takie zdanie jednak nie pada w tekście pisma. Jest to nadinterpretacja Odwołującego wynikająca z niezrozumienia metodologii badań georadarowych.

Natomiast z treści pisma z 4 lutego 2012 roku, czego nie zauważa Odwołujący, wynika wprost że *„we wszystkich bowiem umowach te trzy metody miały zostać (i zostały) zastosowane we wszystkich obszarach objętych badaniami (...) a ich łączna powierzchnia przekraczała nawet wpisane w zaświadczeniu 130 ha"*. Ponadto, zdaniem Konsorcjum Pustynia, Odwołujący zmienia sens twierdzenia znajdującego się w piśmie, pomijając w cytacie istotny fragment tekstu. W zdaniu *„w przypadku badań georadarowych (...) pomiar dokonywany był w pasie o przeciętnej szerokości do 3 m, tj. na powierzchni 3-5% badanego terenu"* (wers 5-7 str. 7 pisma z 4 lutego 2012 roku), stosując skrót (...) pominięto następujący fragment *„siatka pomiarowa, to pojedynczy profil zygzakujący lub 2 profile proste, przebiegający przez cały badany obszar"*. Pominięty fragment wskazuje, że przebadany został cały obszar przy zastosowaniu określonej metodologii. Przystępujący wskazywał, iż załączone do przystąpienia mapy wskazują wyraźnie obszar, na którym zostały wykonane badania. Na załączonych mapach kolorem żółtym i czerwonym zaznaczono obszar, który został poddany badaniu. Łączna powierzchnia badanego terenu to 130 ha. Na każdym z zaznaczonych na czerwono bądź żółto obszarów zostało przeprowadzone badanie metodą georadarową. Mapy te były załącznikiem do skierowanego do Odwołującego pisma z dnia 4 lutego 2012 roku. Pomimo to Odwołujący pomija tę okoliczność twierdząc, że badanie nie zostało wykonane na całym obszarze (dowód: załącznik graficzny - mapa badanego terenu). Zdaniem Konsorcjum Pustynia, Odwołujący myli przeprowadzenie badania z fizycznym zetknięciem urządzenia z gruntem. Nie uwzględnia celu poszukiwań. Kluczowa jest tu również kwestia interpretacji wyników oraz zestawienie ich z badaniami wykonanych innymi metodami. W opinii Konsorcjum Pustynia absolutnie uzasadnione i prawdziwe jest twierdzenie o przebadaniu przez Łukasza Porzuczka metodą radarową obszaru co najmniej 100 ha gruntu.

Odnosząc się do pojęcia metod georadarowych, Konsorcjum Pustynia wskazywało, iż georadar to przenośna, bezinwazyjna metoda geofizyczna przedstawiająca w sposób graficzny ciągłą strukturę badanego ośrodka. Zestaw do badań składa się z dwóch anten nadawczej i odbiorczej, centralnej jednostki sterującej sygnałem i rejestratora w postaci

komputera typu laptop. W trakcie pomiaru wykorzystuje się generowanie i wysyłanie impulsu fali elektromagnetycznej o odpowiedniej częstotliwości. W badanym ośrodku sygnał georadarowy ulega tłumieniu, załamaniu oraz odbiciu. Odbite echo jest zapisywane w formie cyfrowej przez rejestrator do dalszego przetwarzania i interpretacji. Prześwietlenie georadarem jest wykonywane zestawem pomiarowym prowadzonym bezpośrednio po badanej powierzchni. W zależności od celów badania stosuje się zróżnicowane metody - tworzy się siatkę profili w określonych odstępach lub też przeprowadza badania za pomocą jednego lub dwóch profili prostych lub profilu zygzakującego. W niektórych przypadkach odległość może być mniejsza lub większa, w zależności od celu badania. Przetwarzanie zarejestrowanych danych georadarowych odbywa się przez doświadczonych geofizyków z wykorzystaniem specjalnego oprogramowania, które pozwala na uzyskanie rzeczywistych danych takich jak np.: warstwowanie gruntów i skał, zlokalizowane obiektów, znaleziska archeologiczne i wiele innych. Z kolei odnosząc się do metodologii badań georadarem, Konsorcjum Pustynia wskazywało, iż jedyną metodą gwarantującą absolutną pewność co do okoliczności, że na danym terenie nie znajdują się objęte poszukiwaniem przedmioty daje przekopanie 100 ha gruntu i przesianie całego obszaru. Zastosowanie badania nieinwazyjnego, jakim jest metoda georadarowa, zakłada dostosowanie metodologii przeprowadzonych badań do celu poszukiwań i charakteru przeszukiwanego terenu. Badanie terenu georadarem nie polega na mechanicznym przeskanowaniu każdego pojedynczego centymetra ziemi, lecz na wykonaniu tego badania zgodnie z zasadami sztuki fachowej oraz doświadczenia przeprowadzającego badanie. Integralną częścią takiego badania jest nie tylko dokonanie skanowania terenu i przedstawienie surowego materiału wynikowego, lecz również analiza tego materiału i przedstawienie odpowiednich wniosków. Z uwagi na posiadane przez wykonawcę Proton-Archeo Łukasz Porzuczek doświadczenie i wiedzę fachową przyjęta metodologia dała oczekiwany rezultat, na co między innymi wskazuje treść wystawionych referencji. W poprzednim postępowaniu, do którego odwołują się sporne referencje, wystarczające okazało się przyjęcie tej określonej metodologii badania. Fakt zetknięcia z gruntem urządzenia na powierzchni stanowiącej około 5 % badanego terenu nie może prowadzić do wniosku, że badanie zostało wykonane na 5 ha powierzchni. Urządzenie ma bowiem określony promień badania, a doświadczony interpretator stosując odpowiednią częstotliwości siatki jest w stanie stwierdzić, czy uzyskane profile są reprezentatywne dla całego badanego obszaru. Kwestia doboru metodologii badania ma charakter sporu czysto akademickiego. Jeden wykonawca w konkretnych warunkach za wystarczające uzna zastosowanie jednej metody, inny będzie uważał, że konieczna jest inna. W niektórych sytuacjach wystarczające okazuje się zastosowanie profilu zygzakującego, który będzie reprezentatywny dla większego obszaru. Przy określonych typach poszukiwań niecelowe jest z kolei zbytnie zagęszczanie obszaru poszukiwań.



Przystępujący wskazywał, iż intencją Zamawiającego wydaje się być znalezienie wykonawcy, który ma doświadczenie w wykonywaniu tego typu usług, tj. badań metodami nieinterwencyjnymi. Chodzi o to, aby przypadkowa osoba bez doświadczenia, bez znajomości odpowiedniej metodologii badania oraz zdolności interpretacji wyników nie nabyła urządzenia i próbowała realizować zamówienie. Zwracał uwagę, że Zamawiający w zakresie wymaganego wcześniej doświadczenia nie wymagał określenia metodologii badania, chodziło o doświadczenie w prowadzeniu badań na dość dużym terenie. I takim doświadczeniem wykazało się Konsorcjum Pustynia. Przystępujący podkreślał, że lider Konsorcjum Pustynia zrealizował wiele projektów badań georadarowych o różnych gęstościach pomiarowych, nie powoływał się jednak na nie z uwagi na fakt, że przedstawione referencje i związana z nimi usługa były wystarczające dla spełnienia wymogów SIWZ.

Odnosząc się do kwestii referencji, Konsorcjum Pustynia wskazywało, iż zwrócić należy uwagę, że konkurent przedstawił dokument, z którego wynika, że dokonał badania metodą georadarową na obszarze 100 ha. Nie oznacza to, że prześwietlanie georadarem było wykonywane zestawem pomiarowym prowadzonym bezpośrednio po powierzchni 100 ha. Powierzchnia ta była z pewnością mniejsza. Idąc całkowicie błędnym tokiem rozumowania Odwołującego, również on nie byłby w stanie spełnić w ten sposób rozumianego wymogu doświadczenia.

Kopia przystąpienia została przesłana Zamawiającemu i Odwołującemu (nadanie listem poleconym 9 lutego 2012 roku).

**Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Uczestnika złożone na piśmie oraz ustnie do protokołu, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

***Izba ustaliła następujący stan faktyczny.***

Przedmiotem zamówienia jest przygotowanie terenu do wprowadzenia zabiegów ochrony czynnej – wykrywanie występowania niewypałów i niewybuchów oraz interwencyjne oczyszczenie terenu. Przygotowanie terenu ma na celu zapewnienie bezpiecznych warunków do przeprowadzenia przedsięwzięć ochrony czynnej Pustyni Błędowskiej. Teren planowanych prac obejmuje 400 ha na terenie istniejącego użytku ekologicznego „Pustynia Błędowska” o powierzchni 683,91 ha i jest w całości położony w obszarze Natura 2000 „Pustynia Błędowska” będącą własnością Skarbu Państwa.

Zgodnie z sekcją III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu „Kwalifikacje techniczne”:

*„Informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełniania wymogów:*

*Wykonawca powinien złożyć wraz z ofertą następujące dokumenty:*

*1) wykaz usług, o których mowa poniżej ("Minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów") wykonanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, z podaniem dla każdej usługi następujących informacji: położenie, ilość ha przebadanego terenu, metody badania ze wskazaniem użytego sprzętu, dat wykonania, wskazania odbiorcy (nazwa i adres) oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że usługi zostały wykonane należycie, (wzór wykazu znajduje się na stronie internetowej Zamawiającego), (...)*

*Ocena spełniania przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu będzie dokonana na podstawie złożonych przez Wykonawcę dokumentów, o których mowa wyżej.*

*Minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów:*

*O udzielenie zamówienia może się ubiegać wykonawca, który:*

*1) wykonał w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej jedną usługę, polegającą na przebadaniu z użyciem magnetometru co najmniej 100 hektarów terenu,*

*2) wykonał w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej jedną usługę, polegającą na przebadaniu terenu metodą georadarową co najmniej 100 hektarów terenu,*

*3) wykonał w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej jedną usługę, polegającą na przebadaniu terenu metodą elektrooporową co najmniej 100 hektarów terenu (...).”*

CZĘŚĆ III SIWZ „WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ OPIS SPOSOBU DOKONYWANIA OCENY SPEŁNIANIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU” pkt

1-3 przewidywały, iż o udzielenie zamówienia może się ubiegać wykonawca, który:

1) wykonał w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej jedną usługę, polegającą na przebadaniu z użyciem magnetometru co najmniej 100 hektarów terenu,

2) wykonał w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej jedną usługę, polegającą na przebadaniu terenu metodą georadarową co najmniej 100 hektarów terenu,

3) wykonał w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej jedną usługę, polegającą na przebadaniu terenu metodą elektrooporową co najmniej 100 hektarów terenu.

CZĘŚĆ IV SIWZ „WYKAZ OŚWIADCZEŃ I DOKUMENTÓW, JAKIE MA DOSTARCZYĆ WYKONAWCA W CELU POTWIERDZENIA SPEŁNIANIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU” w pkt 8 zawierała wymaganie:

*„ 8) wykaz usług wykonanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, o których mowa w części III pkt 1, 2 i 3 SIWZ (wg wzoru określonego w Załączniku 3 do SIWZ) z podaniem dla każdej usługi następujących informacji: położenie, ilość ha przebadanego terenu, metody badania ze wskazaniem użytego sprzętu, dat wykonania, wskazania odbiorcy (nazwa i adres) oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że usługi zostały wykonane należycie”.*

W ofercie Konsorcjum Pustynia na potwierdzenie ww warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia wskazano usługę wykonaną na rzecz spółki Instytut Archeologii i Etnologii PAN, Muzeum Archeologiczne w Krakowie i Uniwersytet Jagielloński - Krakowski Zespół do Badań Autostrad sp.j. Do oferty załączono zaświadczenie z dnia 27 czerwca 2011 roku, w których wystawca m.in. stwierdził: *„Zaświadcza się, iż firma PROTON- ARCHEO Łukasz Porzuczek (...) wykonała dla spółki jawnej „Instytut Archeologii i Etnologii PAN, Muzeum Archeologiczne w Krakowie i Uniwersytet Jagielloński - Krakowski Zespół do Badań Autostrad” badania magnetyczne, georadarowe oraz elektrooporowe na powierzchni 130 hektarów (...)*”.

Zamawiający pismem z dnia 17 stycznia 2012 r. przekazał wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, które w odniesieniu do wykazu usług wskazywało na brak w przedłożonym wraz z ofertą wykazie dookreślenia terenu, na którym prowadzone były badania, wyznaczając termin do dnia 24 stycznia 2012 roku do godz. 15.00. W dniu 23 stycznia 2012 roku Konsorcjum Pustynia przedłożyło uzupełniony wykaz.

W dniu 26 stycznia 2012 roku Zamawiający dokonał wyboru oferty Konsorcjum Pustynia jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

***W oparciu o powyżej ustalony stan faktyczny, Izba zważyła co następuje.***

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba oddaliła wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp z uwagi na nieprzekazanie pełnej kopii odwołania Zamawiającemu w terminie wskazanym w art. 180 ust. 5 ustawy Pzp. Odwołanie wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej liczyło 32 strony (1 strona – dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu), obejmując 10 stron zasadniczej treści odwołania oraz załączniki, w tym wskazane w treści odwołania jako dowody w sprawie: wniosek o udostępnienie informacji publicznej z dnia 26 stycznia

2012 roku, pismo z dnia 4 lutego 2012 roku spółki Instytut Archeologii i Etnologii PAN, Muzeum Archeologiczne w Krakowie i Uniwersytet Jagielloński - Krakowski Zespół do Badań Autostrad sp.j. stanowiące odpowiedź na wniosek o udostępnienie informacji publicznej, mapy przesłane wraz z pismem z dnia 4 lutego 2012 roku. Zamawiający podnosił, iż otrzymał jedynie 15 stron odwołania, które nie obejmowały pełnej treści załączników, w tym istotnej dla merytorycznej oceny zarzutów Odwołującego pełnej treści pisma z dnia 4 lutego 2012 roku. Odwołujący podnosił natomiast, iż załączył do odwołania dowód przekazania faksem 31 stron odwołania, gdzie jako rezultat transmisji wskazano „OK” (tj. pozytywny). Izba stwierdziła, iż zgodnie z art. 180 ust. 5 zdanie drugie ustawy Pzp domniemywa się, iż zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przesłanie jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia za pomocą jednego ze sposobów określonych w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp (drogą faksową lub elektroniczną). Z załączonego do odwołania dowodu przekazania jego kopii Zamawiającemu wynika, iż dokonano skutecznej transmisji faksowej 31 stron (raport transmisji „OK”). W ocenie Izby Zamawiający, okazując jedynie dokument faksowy kopii odwołania liczący 15 stron oraz wyciąg z książki pism przychodzących z dnia 6 lutego 2012 roku, gdzie pod pozycją 1415/2012 wskazano na 15 stron faksu zawierającego odwołanie, nie zdołał obalić powyższego domniemania. Nie można bowiem wykluczyć, czego nie kwestionował także sam Zamawiający, iż powyższy brak mógł zostać spowodowany przyczynami leżącymi po stronie Zamawiającego. Izba pominęła sprzeczne ze sobą oświadczenia Zamawiającego i Odwołującego co do treści rozmowy telefonicznej dotyczącej kompletności przekazanej kopii odwołania, uznając iż nie mogą one stanowić wiarygodnego dowodu na powyższą okoliczność.

W ocenie Izby Odwołujący spełnia również przesłanki wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu, uznaną za ważną, która została sklasyfikowana na drugiej pozycji (złożono tylko 2 oferty). Ma zatem potencjalną możliwość uzyskania zamówienia w sytuacji potwierdzenia się zarzutów podniesionych w odwołaniu, której to możliwości na skutek kwestionowanych czynności i zaniechań Zamawiającego został pozbawiony. Zdaniem Izby wniosku przeciwnego nie uzasadnia okoliczność, iż kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, którą podał bezpośrednio przed otwarciem ofert zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy Pzp, jest znacząco niższa niż cena oferty Odwołującego, co stanowić może podstawę do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Izba, oceniając powyższą okoliczność, wzięła pod uwagę, że przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie obliguje Zamawiającego do unieważnienia postępowania w każdym przypadku, gdy cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną

przewyższa kwotę, która zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zgodnie z literalnym brzmieniem ww. przepisu, zamawiający w takim przypadku ma bowiem możliwość przeanalizowania swego budżetu w celu stwierdzenia, czy istnieje możliwość zwiększenia kwoty finansowania do wartości umożliwiającej zawarcie umowy z wybranym wykonawcą. Tak więc w przypadku wykluczenia z udziału w postępowaniu Konsorcjum Pustynia oferta Odwołującego jako druga w kolejności może zostać wybrana jako najkorzystniejsza, albowiem oferta ta nie została odrzucona. Konieczność unieważnienia postępowania będzie następstwem ewentualnego ustalenia przez Zamawiającego, że w danych okolicznościach nie będzie on już miał możliwości zwiększenia kwoty finansowania do wartości oferty Odwołującego. Jest to okoliczność przyszła, która może, lecz nie musi nastąpić. Nie jest zatem uzasadnione, aby w oparciu o zdarzenie przyszłe i niepewne oceniać uprawnienie Odwołującego do wniesienia przedmiotowego odwołania. Dodatkowo przedmiotowa kwestia, jako że odnosi się do ewentualnej czynności przyszłej Zamawiającego, która jeszcze nie miała miejsca, mogłaby być przedmiotem odrębnego odwołania.

Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Konsorcjum Pustynia z uwagi na spełnienie przewidzianych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp warunków przystąpienia.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania, w tym protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, SIWZ, wyjaśnienia do SIWZ, ofertę Konsorcjum Pustynia, wezwanie do uzupełnienia z dnia 17 stycznia 2012 roku, uzupełnienie z dnia 23 stycznia 2012 roku, odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wraz z załącznikami, kopię odwołania otrzymaną przez Zamawiającego, wyciąg z książki pism przychodzących z dnia 6 lutego 2012 roku, kopię pełnomocnictwa dla lidera Odwołującego zawartego w ofercie, kopię MSiG dotyczącą zasad reprezentacji spółki Instytut Archeologii i Etnologii PAN, Muzeum Archeologiczne w Krakowie i Uniwersytet Jagielloński - Krakowski Zespół do Badań Autostrad sp.j., pełnomocnictwo z dnia 9 lutego 2012 roku dotyczące zgłoszenia przystąpienia. Przedłożoną przez Konsorcjum Pustynia opinię wydaną przez dr inż. Jerzego Z, adiunkta, pracownika Katedry Geofizyki Akademii Górniczo-Hutniczej w Krakowie z dnia 16 lutego 2012 r. dotyczącą badań geofizycznych wykonanych przez Proton-Archeo Łukasz Porzuczek dla spółki Instytut Archeologii i Etnologii PAN, Muzeum Archeologiczne w Krakowie i Uniwersytet Jagielloński - Krakowski Zespół do Badań Autostrad sp.j. Izba uznała za stanowisko uczestnika, który dla jego uwiarygodnienia odwołuje się do autorytetu specjalisty. Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z zeznań świadka Pani Anny G. Izba uznała, iż jako członek odwołującego się konsorcjum jest w niniejszym postępowaniu stroną i jedynie w takim charakterze mogłaby

zostać przesłuchana, jednak konieczność przeprowadzenia takiego dowodu nie zachodzi. Zgodnie bowiem ze sprecyzowanym przez Odwołującego wnioskiem przedmiotowy dowód dotyczyć miał rzeczowego zakresu badań metodą georadarową, prac wykonanych przez Proton-Archeo Łukasz Porzuczek, sposobu powzięcia informacji w zakresie wykonanych prac, formy powzięcia tych informacji oraz metodologii przeprowadzania badań przy użyciu georadaru. Izba przeprowadzenie powyższego dowodu uznała za zbędne dla rozstrzygnięcia sprawy, skutkujące jedynie zwłoką w przeprowadzeniu postępowania. W ocenie Izby okoliczności dotyczące sposobu czy formy powzięcia informacji o niewykonaniu przez Proton-Archeo Łukasz Porzuczek zamówienia, na które powołano się w ofercie Konsorcjum Pustynia w sposób w jaki zostało tam opisane, pozostają irrelevantne dla rozstrzygnięcia odwołania. Okoliczności istotne dla argumentacji Odwołującego wskazane zostały w szczególności w przedłożonym wraz z odwołaniem piśmie z dnia 4 lutego 2012 roku. Ponadto Pani Anna G nie uczestniczyła w wykonywaniu kwestionowanego przez Odwołującego zamówienia, nie posiada zatem informacji o sposobie i zakresie jego realizacji. Z kolei informacje dotyczące rzeczowego zakresu i metodologii badań georadarowych mają walor wiedzy eksperckiej, co wykracza poza charakter powyższego dowodu jako dotyczącego faktów istotnych dla oceny sporu. Izba oddaliła także wniosek dowodowy o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z dziedziny geofizyki na okoliczność sposobu prawidłowego przeprowadzenia badań metodą georadarową na obszarze 130 ha, tj. czy metodą przyjętą przez wykonawcę Proton-Archeo Łukasz Porzuczek można przebadać cały wymagany obszar, uznając, iż dowód powyższy nie jest niezbędny dla rozstrzygnięcia sprawy, skutkujący jedynie zwłoką w przeprowadzeniu postępowania. Izba przyznała rację Zamawiającemu, iż w istocie przedmiotem dowodu byłaby prawidłowość metodologii przyjętej przez wykonawcę, a nie fakt przebadania przez niego wymaganego obszaru. Ponadto zadaniem biegłego byłaby de facto wykładnia warunku udziału w postępowaniu co do sposobu rozumienia pojęcia przebadania terenu metodą georadarową, co z kolei stanowi zagadnienie prawne, nie objęte zakresem dla którego powołuje się biegłego posiadającego wiadomości specjalne.

Izba uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Izby, działającej w granicach art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, nie potwierdziły się zarzuty wskazane w odwołaniu.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia Konsorcjum Pustynia jako wykonawcy, który złożył w toku postępowania nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania poprzez złożenie zaświadczenia z dnia 27 czerwca 2011 roku, w którym niezgodnie ze stanem faktycznym wskazano, iż lider Konsorcjum Pustynia Proton-Archeo Łukasz Porzuczek posiada

doświadczenie w zakresie wykonania usługi polegającej na przebadaniu w okresie od 7 kwietnia 2009 roku do 6 kwietnia 2010 roku metodą georadarową na trasie budowy autostrady A4 co najmniej 100 hektarów terenu na rzecz spółki Instytut Archeologii i Etnologii PAN, Muzeum Archeologiczne w Krakowie i Uniwersytet Jagielloński - Krakowski Zespół do Badań Autostrad sp.j. Podstawą dla powyższego wniosku Odwołującego było otrzymane przez Odwołującego od powyższego podmiotu pismo z dnia 4 lutego 2012 roku, z którego w sposób jednoznaczny, zdaniem Odwołującego, wynika, iż wykonawca przy zastosowaniu metody georadarowej nie dokonał badania 130 hektarów terenu, jak wykazywał, lecz jedynie 3%-5%. Zdaniem Izby zarzut powyższy nie jest zasadny.

Przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Norma prawna wyrażona w powołanym wyżej przepisie jest normą iuris cogentis. Oznacza to, że Zamawiający jest zobowiązany wykluczyć z udziału w postępowaniu wykonawcę, w stosunku do którego potwierdzi się zarzut podania nieprawdziwych informacji. Przy czym za nieprawdziwą informację należy uznać taką, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości. Dowód zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy 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 ustawy Pzp). Zaistnienie przesłanek wykluczenia wynikających z tego przepisu powinno być udowodnione w sposób nie budzący wątpliwości, w przeciwnym razie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wynikające z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, nie zostaną zachowane. Zauważyć należy, wbrew stanowisku Odwołującego wyrażonym w odwołaniu, iż orzecznictwo w tym zakresie nie prezentuje jednolitej linii. Z jednej strony wskazuje się, iż przyczyny przedstawienia nieprawdziwej informacji pozostają bez znaczenia dla wywołania skutku wykluczenia wykonawcy z postępowania określonego w ww. przepisie. Stanowisko takie Krajowa Izba Odwoławcza zajęła m.in. w wyroku z dnia 10 czerwca 2009 r. o sygn. akt KIO/UZP 666/09, 667/09, 668/09, 669/09, w którym wskazała, że *„dla oceny podstaw wykluczenia istotne znaczenie ma tylko okoliczność, że informacja mająca rzeczywisty, realny wpływ na wynik postępowania jest niezgodna z rzeczywistością w sposób nie budzący żadnych wątpliwości. Gdyby w tej mierze istniały jakiegokolwiek wątpliwości, informacje byłyby niepełne, nie potwierdzałyby warunku udziału w postępowaniu, bądź zawierały nieścisłości zamawiający mógłby je wyjaśnić w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp”*. Zważyć należy, że art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie określa powodów złożenia nieprawdziwej informacji. Nie wskazuje, że podanie nieprawdziwych informacji musi być zawinione przez wykonawcę, ani nawet, że musi wynikać „z przyczyn

leżących po stronie wykonawcy”. W orzeczeniach podkreśla się, iż 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. Wreszcie wskazać należy, iż w świetle przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp chronione jest dobro jakim jest zaufanie zamawiającego do składanych przez wykonawców dokumentów. Przywołać można stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 grudnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1778/09) iż: *„Jest to związane z tym, że zamawiający kwalifikują wykonawców i ich oferty w oparciu o oświadczenia i dokumenty przez tych wykonawców składane, muszą więc działać w zaufaniu do tych dokumentów, a celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest prowadzenie śledztwa dla zbadania intencji poszczególnych wykonawców”*. Inne orzeczenia z kolei podkreślają, iż wykluczając wykonawcę z postępowania na podstawie tego przepisu, należy bezspornie łącznie wykazać, że przedkładane dokumenty i oświadczenia zawierają nieprawdziwe informacje, a ich przedłożenie jest wynikiem zamiaru bezpośredniego (wykonawca wiedząc, że informacje są nieprawdziwe – chciał je przedłożyć) lub zamiaru ewentualnego (wykonawca wprawdzie nie chciał przedłożyć nieprawdziwych informacji, ale przewidywał realną możliwość, że są one nieprawdziwe i na to się godził), bądź też wykonawca uświadamiał sobie możliwość przedłożenia informacji nieprawdziwych, przy jednoczesnym przypuszczeniu, że nie zostanie to ujawnione, albo wreszcie, wykonawca nie przewidywał możliwości przedłożenia nieprawdziwych informacji, chociaż powinien i mógł tę możliwość przewidzieć. Zamawiający zatem, powołując się na podstawę prawną wykluczenia, o której mowa powyżej, powinien w pierwszej kolejności wykluczyć, iż przedłożone oświadczenia i dokumenty nie są skutkiem błędnej interpretacji np. ogłoszenia czy SIWZ zarówno przez wykonawcę jak i zamawiającego, czy też omyłki oraz jaki ma to skutek na wynik prowadzonego postępowania, albowiem tylko takie ustalenie pozwoliłoby postawić tezę, że przedłożone informacje są nieprawdziwe, a ich przedłożenie miało, w konsekwencji, na celu niezgodne z ustawą Pzp uzyskanie zamówienia przez wykonawcę, a zatem miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Ponadto orzecznictwo podkreśla, że dokonując wykluczenia na podstawie powyższej przesłanki nie można pomijać zasady prawnej *in dubio pro reo* interpretowanej na gruncie prawa zamówień publicznych w ten sposób, iż wątpliwości nie dających się rozstrzygnąć nie można tłumaczyć na niekorzyść wykonawcy (wyrok KIO z dnia 2 lipca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 766/09). Niezależnie jednak od przyjętej linii orzeczniczej podstawowe znaczenie ma okoliczność, aby podana przez wykonawcę informacja była obiektywnie i niewątpliwie nieprawdziwa, tj. aby przedstawiała stan niezgodny z rzeczywistością.



Odwołujący twierdził, iż takie nieprawdziwe, a zatem niezgodne ze stanem faktycznym, informacje zawarte są w zaświadczeniu z dnia 27 czerwca 2011 r. o treści „*Zaświadcza się, iż firma Proton- Archeo Łukasz Porzuczek (...) wykonała dla spółki jawnej „Instytut Archeologii i Etnologii PAN, Muzeum Archeologiczne w Krakowie i Uniwersytet Jagielloński - Krakowski Zespół do Badań Autostrad” badania magnetyczne, georadarowe oraz elektrooporowe na powierzchni 130 hektarów (...)*”. Wskazywał, iż w rzeczywistości wykonawca nie wykonał badań metodą georadarową na określonym terenie, a przedłożenie zaświadczenia o treści ustalonej przez Proton- Archeo Łukasz Porzuczek, która nie była jasna i mogła wprowadzić w błąd Zamawiającego i innych oferentów pozwala na przypuszczenie, iż wykonawca uczynił to w sposób celowy. Odnosząc się do powyższego zarzutu, stwierdzić należy, iż, zdaniem Izby, przedłożone zaświadczenie nie zawiera informacji, która w sposób oczywisty i jednoznaczny nie jest zgodna z rzeczywistością. W ocenie Izby potwierdzenia takiego stanowiska nie zawiera także pismo z dnia 4 lutego 2012 roku. Okoliczność, że zaświadczenie zostało wydane o treści zgodnej z wnioskiem wykonawcy Proton- Archeo Łukasz Porzuczek, nie stanowi *per se* potwierdzenia o jego niezgodności z prawdą, jak również dowodu na niezgodne z przepisami działanie wykonawcy. Zaświadczenie o należyтым wykonaniu umowy czy referencje stanowią oświadczenie podmiotu trzeciego i to on ostatecznie decyduje, czy może złożyć oświadczenie o treści zgodnej z wnioskiem. W przedmiotowej sprawie wystawca zaświadczenia potwierdził, iż istotnie wystawił dokument o przedmiotowej treści, a zatem ocenił, iż odpowiada ona zakresowi wykonanej umowy. Należy wskazać, iż także okoliczność, że wykonawca zwraca się o wystawienie dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie umowy o określonej przez siebie treści, nie powinno być kwalifikowane jako okoliczność obciążająca, która pozwala na wniosek co do naruszających przepisy intencji wnioskodawcy. Nierzadko bowiem dokumenty takie uzyskiwane są na potrzeby określonego postępowania, z uwzględnieniem postawionych przez zamawiającego wymogów i choć referencje co do zasady służą jedynie potwierdzeniu należytego wykonania zamówienia, a nie jego zakresu (ten objęty jest oświadczeniem wykonawcy), to w praktyce mogą zawierać szereg elementów dodatkowych, wykraczających poza niezbędne minimum. Ponadto stwierdzić należy, iż zaświadczenie zawiera jedynie stwierdzenie o wykonaniu badań magnetycznych, georadarowych oraz elektrooporowych na powierzchni 130 ha. W ocenie Izby także przy uwzględnieniu pisma z dnia 4 lutego 2012 r. nie sposób uznać, aby zawierało informacje obiektywnie nieprawdziwe. Istotą zarzutu Odwołującego jest natomiast to, że lider Konsorcjum Pustynia sformułował wnioskowaną treść zaświadczenia w sposób niejasny, a następnie przedłożył powyższy dokument na potwierdzenie doświadczenia, którego w istocie w wymaganym przez Zamawiającego zakresie nie posiada. W ocenie Odwołującego pismo z dnia 4 lutego 2012 roku stanowi w tej mierze wystarczający i przesądający dowód. Zdaniem

Izby stanowisko to nie jest zasadne i opiera się na wybiórczej interpretacji przedmiotowego pisma z dnia 4 lutego 2012 roku, jak również na własnej wykładni postawionego przez Zamawiającego warunku wykonania co najmniej jednej usługi polegającej na „przebadaniu terenu metodą georadarową co najmniej 100 hektarów terenu”. Odwołujący pominął bowiem wyraźne i jednoznaczne stwierdzenia wystawcy zaświadczenia, iż takie ujęcie zakresu wykonanych dla wystawcy dokumentu prac było zgodne z charakterem zapisów w zawartych z wykonawcą umowach (jedynie ilość ha wynikała z treści prośby wnioskodawcy, a rzeczywisty obszar objęty badaniami był większy). Wystawca zaświadczenia stwierdzał: „Z otrzymanego pisma i rozmów telefonicznych wynika, że przedmiotem dociekań (i ewentualnych sporów w ramach postępowania przetargowego) jest kwestia, co należy rozumieć pod określeniem „wykonano badania georadarowe, elektrooporowe i magnetyczne na obszarze 130 ha” użytym w wystawionym przez nas zaświadczeniu - czy oznacza to obszar częściowo przebadany każdą z tych metod a dopiero ich suma daje 130 ha, czy też każdą metodą przebadano 130 ha, a ściślej czy przy użyciu każdej z metod siatka pomiarowa pokrywała dokładnie powierzchnię 130 ha.

Użyte przez nas w wydanym zaświadczeniu sformułowanie odpowiada brzmieniu prośby ww. Ł. Porzuczka o wydanie zaświadczenia („Zaświadcza się, iż firma PROTON-ARCHEO wykonała dla Krakowskiego Zespołu do Badań Autostrad badania magnetyczne, georadarowe oraz elektrooporowe na powierzchni 130 hektarów.”). Takie ujęcie zakresu wykonanych dla nas prac było zgodne z charakterem zapisów w ww. umowach (jedynie ilość ha wynika z treści prośby Ł. Porzuczka; rzeczywisty obszar objęty tego typu badaniami był większy - por. dane powyżej). We wszystkich bowiem umowach te trzy metody miały zostać (i zostały) zastosowane na wszystkich obszarach objętych badaniami (w ramach poszczególnych umów prace prowadzono w szeregu stref, a nie w jednym bloku), a ich łączna powierzchnia przekraczała nawet wpisane w zaświadczeniu 130 ha. Oczywiście, w praktyce prace poszczególnymi metodami wykonywane były z różną częstotliwością i z zastosowaniem zróżnicowanych parametrów, co wynikało z przyjętej przez nas koncepcji badawczej (modyfikowanej zresztą w trakcie prowadzonych prac). Nie znając szczegółowych warunków przetargu, tj. wymogów odnośnie parametrów wykonanych wcześniej prac, nie jesteśmy w stanie ocenić, czy prace wykonane na naszą rzecz w pełni spełniają wymagania zamawiającego. Dlatego też przedstawiamy poniżej dodatkowe informacje w odniesieniu do, budzącego największe Państwa wątpliwości, badanego ponad 100-hektarowego obszaru (umowa z 17.04. 2009 r.) z uwzględnieniem także prac prowadzonych na odcinku Bochnia - Tarnów autostrady A4 w ramach umowy z 25.04. 2008 r. Wskazane tam parametry prac można także odnosić do pozostałych umów, gdyż badania w ramach każdej z nich wykonywane były wg identycznego schematu. Każdorazowo podstawę stanowiły badania geomagnetyczne. Elektrooporowe i georadarowe (tych ostatnich nie wykonywano tylko w

najwcześniej umowie) miały charakter pomocniczy. Ich parametry były w poszczególnych realizowanych umowach identyczne. Wszystkie pomiary miały charakter liniowy (nie stosowano „krzyżowania się” profili pomiarowych)”.  
Opisując z kolei zakres badań georadarowych stwierdzono:

„3. *Badania georadarowe*

- *na całym badanym obszarze w postaci 1 profilu zygzakującego lub 2 profili prostych (wykonywane w trybie na „cztery złożenia”), tj. przebiegającego wzdłuż całej badanego obszaru pasa pomiarowego, dla którego można przyjąć przeciętną szerokość do ok. 3m. (...)*

*Tak więc, nawiązując do przedstawionych powyżej parametrów wykonanych i poświadczonych przez nas prac, szczegółowy ich zakres odnośnie powierzchni objętej pomiarami, przedstawia się następująco:*

- *w przypadku badań geomagnetycznych siatka pomiarowa pokrywała całą powierzchnię objętą badaniami, z zastrzeżeniem, że dla większości tego terenu (90%) zastosowano najmniejszą możliwą do przyjęcia gęstość profili pomiarowych;*

- *w przypadku badań elektrooporowych siatka pomiarowa pokrywała całą powierzchnię objętą badaniami, z analogicznym jak wyżej zastrzeżeniem, że dla większości badanego terenu (ok. 95%) zastosowano najmniejszą merytorycznie dopuszczalną gęstość profili pomiarowych (co 10 lub najczęściej co 20 m);*

- *w przypadku badań georadarowych siatka pomiarowa, to pojedynczy profil zygzakujący lub 2 profile proste, przebiegający przez cały badany obszar; oznacza to, że pomiar dokonywany był w pasie o przeciętnej szerokości do 3 m, tj. na powierzchni 3-5% badanego obszaru”.*

Tym samym, jak wynika z powyższego pisma, wystawca zaświadczenia opisał jedynie zakres wykonanych na jego rzecz prac polegających na przebadaniu terenu m.in. metodą georadarową, jednak zastrzegając, iż z uwagi na brak informacji na temat szczegółowych warunków przedmiotowego przetargu, tj. wymogów odnośnie parametrów wykonanych wcześniej prac, nie jest w stanie ocenić, czy prace wykonane na jego rzecz w pełni spełniają wymagania Zamawiającego.

W ocenie Izby zarówno z treści przedmiotowego pisma, jak i z ustaleń na rozprawie wynika, iż spór między stronami sprowadza się do zdefiniowania pojęcia wykonania badań metodą georadarową na wymaganym obszarze 100 ha. Odwołujący nie wykazał, aby istniała jedna ustalona metoda prowadzenia badań metodą georadarową, by wyniki tych badań uznać za miarodajne. Nie udowodnił także, by dla zapewnienia reprezentatywności badań koniecznym było objęcie pomiarami określonego minimalnego obszaru, niezależnie od charakteru terenu, używanego sprzętu i celu badań. Zdaniem Izby Odwołujący nie zdołał dowieść, aby zasadnym

było utożsamianie terenu objętego badaniem z terenem objętym pomiarem, co więcej w toku rozprawy wycofał się ze stanowiska, iż aby uznać dany obszar za przebadany w 100% koniecznym jest objęcie pomiarem także 100% terenu. Wskazał na konieczność dokonania pomiaru na 80% terenu, jednak nie wykazał, z jakich względów akurat taki procent należy uznać za reprezentatywny w każdym przypadku. Należy podkreślić, że Zamawiający, stawiając powyższy warunek udziału w postępowaniu, nie ustalił żadnych dodatkowych wymagań odnośnie parametrów wykonanych wcześniej prac, w szczególności nie wskazał, że dla skutecznego wykazania spełnienia warunku pomiarami ma zostać objęty cały obszar, względnie jego określony procent, nie ustalił szczegółowości pomiarów ani metodologii, wedle której badanie miało być wykonywane. Nie jest zatem dopuszczalna na etapie badania ofert weryfikacja spełnienia warunku udziału w postępowaniu w oparciu o cechy zamówienia, które nie były wykonawcom znane. Odwołujący nie zdołał natomiast dowieść, że przedstawiona przez Konsorcjum Pustynia metodologia przeprowadzenia badania - siatka pomiarowa to pojedynczy profil zygzakujący lub dwa profile proste, przebiegający przez cały badany obszar, co oznacza pomiar dokonywany w pasie o przeciętnej szerokości do 3 m, tj. na powierzchni 3-5% badanego obszaru - w żadnym przypadku nie pozwala na uznanie, iż przebadano cały wymagany obszar. Dowodem przeciwnym jest natomiast fakt, iż zamawiający w ramach powyższego zamówienia (Instytut Archeologii i Etnologii PAN, Muzeum Archeologiczne w Krakowie i Uniwersytet Jagielloński - Krakowski Zespół do Badań Autostrad sp.j.), który wymagał zastosowania wszystkich trzech metod, uznał sposób wykonania badania za prawidłowy i satysfakcjonujący oraz dokonał odbioru usługi.

W ocenie Izby także sformułowanie, na które jako kluczowe dla potwierdzenia nieprawdziwości informacji powoływał się Odwołujący, a które brzmi:

*„Wyjaśniając wątpliwości, co do znaczenia złożonego przez nas zaświadczenie dla firmy Proton-Archeo Łukasz Porzuczek, stwierdzamy, że zgodnie z zastosowanym tam brzmieniem, jest to poświadczenie faktu wykonania badań ww. trzema metodami geofizycznymi na obszarze 130 ha, ale bez precyzowania szczegółowego zakresu prac wykonywanych daną metodą. Pragniemy przy tym zaznaczyć, że użyte przez nas w zaświadczeniu sformułowanie nie jest może pod względem semantycznym w pełni jednoznaczne, jednak gdyby naszą intencją było wskazanie, że każdą metodą przebadano dokładnie 130 ha, to zastosowane zostałyby sformułowanie typu „firma x przebadala każdą z trzech metod obszar po 130 ha...”*,”

stwierdzić należy, iż nie może ono podlegać interpretacji w oderwaniu od pozostałej treści pisma, jak czyni to Odwołujący. Zdaniem Izby wskazanie, iż w ten sposób wystawca zaświadczenia z dnia 27 czerwca 2011 r. potwierdził, iż wykonawca nie przebadał metodą georadarową wymaganego obszaru jest nadinterpretacją. Stwierdzenie powyższe należy bowiem odnieść do definicji przebadania terenu metodą georadarową, co jak wynika z treści pisma z dnia 4 lutego

2012 roku (str. 2 – „(...) czy też każdą metodą przebadano 130 ha, a ściślej czy przy użyciu każdej z metod siatka pomiarowa pokrywała dokładnie powierzchnię 130 ha”), Odwołujący utożsamiał z koniecznością objęcia siatką pomiarową całego terenu. Nie jest zatem wykluczone, iż właśnie do takiej interpretacji odnosiło się zastrzeżenie poczynione przez wystawcę. Jak było to stwierdzone powyżej, Odwołujący nie dowiódł, iż jedynie w taki sposób można dokonać badania całego wymaganego obszaru metodą georadarową, a metodologia przyjęta przez lidera Konsorcjum Pustynia i zaakceptowana ostatecznie przez zleceniodawcę nie stanowi o przebadaniu całego terenu i nie daje reprezentatywnych wyników.

Tym samym w ocenie Izby nie sposób uznać, aby przystępujący Konsorcjum Pustynia, przedkładając zaświadczenie z dnia 27 czerwca 2011 roku, złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Posługując się logiką przyjętą w odwołaniu, gdzie stwierdzono, iż fakt złożenia nieprawdziwych informacji skutkuje także uznaniem, iż wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, należałoby *a contrario* uznać, iż skoro zarzut w tym zakresie się nie potwierdził, to również nie dowiedziono podstaw do wykluczenia z postępowania przystępującego Konsorcjum Pustynia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Odwołujący nie formułował bowiem jako zarzutu ewentualnego naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, podnoszonego na wypadek nieuwzględnienia zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i od niego niezależnego. Na powyższe wskazuje także zakres żądań zawartych w odwołaniu. Izba uznaje, iż wbrew takiemu rozumowaniu, oczywistym jest, że nawet gdy zarzut złożenia nieprawdziwych informacji nie jest zasadny, nadal może istnieć sytuacja, gdy zachodzi podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp), co równocześnie obliguje wykonawcę, w świetle regulacji zawartej w art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, do zamieszczenia stosownego zarzutu w odwołaniu. Jednak w przedmiotowym postępowaniu, zdaniem Izby pozostaje to o tyle bez istotnego znaczenia, że w ocenie składu orzekającego, w świetle poczynionych powyżej ustaleń, Odwołujący nie zdołał dowieść, aby wykazane przez Konsorcjum Pustynia zamówienie, którego należyte wykonanie potwierdzono zaświadczeniem z dnia 27 czerwca 2011 r., nie było wystarczające dla spełnienia wymagań Zamawiającego.

W związku z powyższym Izba nie stwierdziła także naruszenia pozostałych przywoływanych w odwołaniu przepisów, tj. art. 7 ust. 1 w zw. art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp, art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp.

Z uwagi na powyższe Izba uznała, iż nie zachodzą podstawy do uwzględnienia odwołania zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, toteż orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku,

na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 3 pkt 1 i 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), uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w maksymalnej kwocie 3 600,00 zł na podstawie przedłożonej do akt sprawy faktury.

**Przewodniczący:** .....