

**Sygn. akt: KIO 138/13**

**WYROK**  
**z dnia 5 lutego 2013r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

<b>Przewodniczący</b>	<b>Emil Kawa</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Dagmara Gałczewska – Romek</b> <b>Marek Koleśnikow</b>
<b>Protokolant:</b>	<b>Paulina Nowicka</b>

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 lutego 2013r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 stycznia 2013r. przez wykonawcę Kancelaria Radców Prawnych Ć..... i Partnerzy Sp. p., Al. Szucha 8, 00-582 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Stołeczne Warszawa - Warszawski Ośrodek Sportu i Rekreacji Samorządowy Zakład Budżetowy, ul. Rozbrat 26, 00-429 Warszawa,

przy udziale wykonawcy Kancelaria Radcy Prawnego S..... Z....., ul. Topolowa 14, 05-807 Podkowa Leśna zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz ponowne badanie i ocenę ofert.

2. kosztami postępowania obciąża Miasto Stołeczne Warszawa - Warszawski Ośrodek Sportu i Rekreacji Samorządowy Zakład Budżetowy, ul. Rozbrat 26, 00-429 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Kancelarię Radców Prawnych Ć..... i Partnerzy Sp. p., Al. Szucha 8, 00-582 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Miasta Stołecznego Warszawa - Warszawski Ośrodek Sportu i Rekreacji Samorządowy Zakład Budżetowy, ul. Rozbrat 26, 00-429 Warszawa na rzecz Kancelarii Radców Prawnych Ć..... i Partnerzy Sp. p., Al. Szucha 8, 00-582 Warszawa kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 Warszawie.

**Przewodniczący:** .....  
.....  
.....

**UZASADNIENIE**

Miasto Stołeczne Warszawa-Warszawski Ośrodek Sportu i Rekreacji - Samorządowy Zakład Budżetowy, (zwany dalej „zamawiającym”) ul. Rozbrat 26, 00-429 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Świadczenie bieżącej obsługi prawnej dla Warszawskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji” (postępowanie nr DZ/ZP/15/12).

W dniu 18 stycznia 2013 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, w tym również o wykluczeniu z postępowania wykonawcy Kancelarii Radców Prawnych Ć..... i Partnerzy sp.p. Al. Szucha 8 z Warszawy (zwany dalej „Odwołującym”). Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta złożona przez Kancelarię Radcy Prawnego S..... Z....., ul. Topolowa 14, 05-807 Podkowa Leśna, który to wykonawca skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

O takiej czynności Zamawiającego, wykluczony z postępowania wykonawca złożył w dniu 23 stycznia 2013 roku odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 24 ust. 2 pkt. 3) w zw. z przepisem art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z Postępowania z uwagi na niczym nieuzasadnione przyjęcie, iż Odwołujący złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego Postępowania, co skutkowało odrzuceniem oferty Odwołującego;
2. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, przez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób niezgodny z postanowieniami siwz.

Wobec powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. dokonania ponownego badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów wskazał, że rzekome podanie nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik Postępowania sprowadzało się do udostępnienia wiedzy i doświadczenia - w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu z przepisu art. 22 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp - bezpośrednio przez pracownika (radca prawny D..... Ć.....). W przedmiotowej sytuacji - w ocenie Zamawiającego - to Zakład Ubezpieczeń Społecznych- jako pracodawca r.p. D..... Ć..... powinien udostępnić Odwołującemu swoją wiedzę i doświadczenie, a nie sam pracownik

bezpośrednio swojej kancelarii, gdyż wiedza i doświadczenie pracownika stanowi co do zasady wiedzę i doświadczenie pracodawcy. Ponadto, w ocenie Zamawiającego, nieprawdziwe informacje zostały złożone w zakresie wartości usług wskazanych w załączniku nr 4 – wykaz doświadczenia wykonawcy - oraz ich odbiorców. Zamawiający uznał bowiem za niewiarygodne wyjaśnienia, iż świadczenie usług na rzecz Funduszu Rezerwy Demograficznej (FRD; błędnie określane przez Zamawiającego Funduszem Rezerw Demograficznych) można zaliczyć na rzecz jednej umowy łączącej radcę prawnego D..... Ć..... z Zakładem Ubezpieczeń Społecznych, co z kolei prowadziło do nieuzasadnionego - według Zamawiającego - wliczenia wartości usług świadczonych na rzecz FRD do wartości umowy o pracę z Zakładem Ubezpieczeń Społecznych. Nieprawdziwą informację stanowi także, zdaniem Zamawiającego, stwierdzenie, że radca prawny D..... Ć..... świadczy usługi na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych od dnia 13 grudnia 2001r., podczas gdy na listę radców prawnych został wpisany w 2004r.

Podniósł iż Zamawiający dodatkowo, jakoby z ostrożności procesowej wskazał, że gdyby wykonawca nie został wykluczony z postępowania, to zostałby wezwany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia uzupełnienia oferty. Jednakże wykluczenie Odwołującego spowodowało brak możliwości wezwania do uzupełnienia treści oferty.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podał iż w całości podtrzymuje swoje stanowisko w zakresie zasadności wykluczenia wykonawcy z powodu podania nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania. Tym samym wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący po stronie Zamawiającego wykonawca, którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą w postępowaniu poparł w złożonym piśmie procesowym stanowisko Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i uczestnika, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

### **Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej

w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż uwzględnienie odwołania może umożliwić dokonanie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Również Przystępujący w sposób prawidłowy wykazał interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony do której zgłosił przystąpienie, gdyż jego oferta została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i uwzględnienie odwołania może doprowadzić do zmiany tej sytuacji.

Wskazać należy również, że przedmiotowe postępowanie dotyczy zamówienia o wartości poniżej tzw. progów unijnych i tym samym odwołanie może zawierać zarzuty i być rozpatrywane przez Izbę, tylko w zakresie wyznaczonym treścią przepisu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Osią sporu w przedmiotowej sprawie jest kwestia, czy ze złożonych przez odwołującego oświadczeń i dokumentów w ofercie można wywieść wniosek, że odwołujący składając je dopuścił się naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Ponadto Izba stwierdziła, że przedstawiona w odwołaniu kwestia do rozstrzygnięcia, zawiera w sobie oprócz spraw związanych z oceną zasadności traktowania złożonych w ofercie dokumentów i oświadczeń jako nieprawdziwych informacji, również kwestie dotyczące wykazania przez odwołującego spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Biorąc to pod uwagę, Izba uznaje iż rozstrzygnięciu na tym etapie postępowania podlega tylko zarzut wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu złożenia nieprawdziwych informacji, gdyż z tego powodu odwołujący został pozbawiony możliwości dalszego uczestnictwa w postępowaniu - został wykluczony z postępowania. Natomiast rozstrzyganie o spełnianiu lub nie, warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia Izba uznaje w tym stanie faktycznym za przedwczesne, gdyż w tym zakresie, jak twierdzi również zamawiający, odwołujący podlegałyby wezwaniu w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp., a uzupełnione dokumenty podlegałyby nowej ocenie.

Izba rozpatruje tylko te czynności Zamawiającego które legły u podstawy zastosowania przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3, ponadto tylko wobec tych czynności został postawiony zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Dla dokonania oceny tego zrzutu zasadne jest, po pierwsze, odniesienie się do kwestii możliwości wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu złożenia nieprawdziwych informacji uzasadniających zastosowanie sankcji z przepisu art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Na wstępie stwierdzić należy, że wykonawca, składając w postępowaniu oświadczenia woli czy wiedzy, a także posługując się określonymi dokumentami na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, ponosi odpowiedzialność za zakres i treść tych informacji zawartych w swojej ofercie.

Podkreślenia przy tym wymaga, że informacje podawane w postępowaniu o zamówienie są oświadczeniami wiedzy składanymi w sposób celowy dla uzyskania

zamówienia , w odpowiedzi na warunki określone przez zamawiającego.

Stosownie do treści art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający wyklucza wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego może nastąpić jedynie w przypadku kumulatywnego spełnienia przesłanek:

- musi dojść do złożenia nieprawdziwych informacji;
- informacje te winny zostać złożone przez wykonawcę - w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp;
- złożenie nieprawdziwych informacji ma nastąpić w toku postępowania o udzielenie zamówienia w rozumieniu art. 2 pkt 7a ustawy Pzp;
- złożenie nieprawdziwych informacji ma wpływ lub może mieć wpływ na wynik tego postępowania.

Tym samym, do wykluczenia wykonawcy na podstawie ww. przepisu nie jest wystarczające wykazanie nieprawdziwości przekazanych informacji, albowiem dla zaistnienia przesłanki wykluczenia wynikającej z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp niezbędne jest dodatkowo udowodnienie, że w danych okolicznościach złożenie nieprawdziwych informacji miało lub mogło mieć wpływ na wynik tego postępowania.

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.

Obowiązuje tutaj również zasada, że powstałe wątpliwości, niedające się usunąć w drodze czynności dowodowych należy rozstrzygać na korzyść zainteresowanego, czyli w tym wypadku – wykonawcy. W tym zakresie należy również nawiązać do wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19.07.2012r. sygn.akt IVCa 63/12 w którym stwierdzono jednoznacznie iż *przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp 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 do uzyskania zamówienia publicznego. Jednocześnie zamawiający powinien uzyskać pewność, że złożenie nieprawdziwych informacji nie było skutkiem omyłki.*

Dlatego też za niezasadne należy uznać wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z powodu braku po jego stronie

należytej staranności przy przygotowaniu oferty, albo błędnego zinterpretowania przepisów prawa, co skutkowało podaniem przez niego nieprawdziwych informacji, które miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odnosząc powyższe do przedmiotowego postępowania stwierdzić należy, że nawet złożenie nieprawdziwych informacji dotyczących kwalifikacji podmiotowych wykonawcy nie zawsze ma wpływ/może mieć wpływ, na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz winno zawsze skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania.

Zamawiający w uzasadnieniu stanowiska o wykluczeniu Odwołującego z postępowania stwierdził, że *„wykonawca przedstawił wykaz doświadczenie wykonawcy oraz pisemne zobowiązanie z 6 grudnia 2012 roku w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w ust. 9.1 pkt 2 SIWZ i 10.3 pkt 1 SIWZ wprowadzając w błąd Zamawiającego”*.

Niezależnie od dokonanych ustaleń zamawiającego w tym zakresie, należy stwierdzić, że każdy wykonawca składa w ofercie cały szereg dokumentów i oświadczeń celem uzyskania zamówienia, gdyż taki jest cel wykonawcy w postępowaniu. Jednakże stwierdzenie zamawiającego iż wykonawca deklarując spełnienie warunku – nie spełnia go, nie może być automatycznie utożsamiane z podaniem nieprawdziwych informacji. W tej materii zasadne jest wskazanie na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 r. (sygn. akt: XXIII Ga 416/11) gdzie sąd wskazał, iż sankcję wynikającą z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp można zastosować jedynie w określonych przypadkach, tj. w razie podania nieprawdziwych informacji mogących lub mających wpływ na wynik postępowania. Ponadto w uzasadnieniu tego wyroku sądu czytamy dalej, że zakładanie iż każda nieprawdziwa informacja podana w toku postępowania, niezależnie od jej wagi, ma wpływ na wynik postępowania jest bezpodstawne, gdyż *„w świetle art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp przyjęcie domniemania faktycznego, iż wszelkie informacje składane są przez wykonawcę w celu uzyskania zamówienia są informacjami, które mogą mieć wpływ na wynik postępowania, jest w ogóle niedopuszczalne”*.

Podnoszenie przez Zamawiającego faktu iż Odwołujący wskazując jako doświadczenie Kancelarii w zakresie obsługi prawnej, powołał się na udzielone rzecz Kancelarii zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia przez r.p. D..... Ć....., świadczącego usługi prawne na rzecz ZUS jako pracownik ZUS, należy wskazać, że kwestia ta dotyczy wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu. W przepisach ustawy Pzp brak jest bezprawności takiego udostępnienia zasobów, natomiast w świetle treści postanowień SIWZ w wątpliwość należy poddać możliwość skutecznego przeniesienia w tym wypadku wiedzy i doświadczenia.

W sprawie niewątpliwie jest, w ocenie Izby, że w rozpatrywanym stanie faktycznym, w sytuacji zatrudnienia osoby fizycznej na umowę o pracę, może dojść do przekazania

(udostępnienia) wiedzy i doświadczenia wyłącznie w zakresie doświadczenia zdobytego samodzielnie przez tę osobę jako pracownika. Niewątpliwie zakres uzyskanej wiedzy i doświadczenia pracownika jest zakresem węższym niż możliwość pozyskania w tym zakresie wiedzy i doświadczenia wykonując te same czynności jako przedsiębiorca, czy inny podmiot zorganizowany. Pracownik np. nie pozyskuje wiedzy dotyczącej chociażby organizacji czasu pracy, zastępstw urlopowych czy chorobowych, rozliczania kosztu pracy, wystawiania i rozliczania faktur za usługę itp.. Nie następuje także w takim wypadku uzyskanie ogólnych wiadomości/wartości o charakterze zarządczym i organizacyjnym, jakie wiążą się z wykonywaniem zadania przez podmiot zorganizowany. Te wartości nie odnoszą się do osób, ale do całego podmiotu, co wiąże się ze sferą jego organizacji jako pewne rozwiązania o charakterze zarządczym i organizacyjnym, które warunkują takie a nie inne wykonywanie konkretnego zadania lub całego zamówienia.

Tym samym pracownik zgodnie z zasadą iż *nikt nie może przenieść na drugą osobę więcej praw(wiedzy), aniżeli sam posiada*, nie może przekazać na rzecz podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą niezbędnej mu wiedzy i doświadczenia, którego sam wykonując obsługę prawną w oparciu o umowę o pracę, nie nabył.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdza, że składane przez odwołującego dokumenty na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, nawet w przypadku uznania ich za niepotwierdzające tych warunków, nie mogą być uznane za informacje mające na celu wprowadzenie w błąd zamawiającego, celem udzielenia takiemu wykonawcy zamówienia. Ustalony stan faktyczny sprawy na to nie wskazuje.

Jako kolejną podstawę do uznania złożenia przez Odwołującego nieprawdziwych informacji, Zamawiający wskazał podanie danych dotyczących wartości pracy świadczonej na rzecz ZUS. W tym zakresie zarzucił Odwołującemu iż wykazanie wielkości otrzymanego wynagrodzenia z ZUS, w połączeniu z wynagrodzeniem za obsługę Funduszu Rezerwy Demograficznej jest działaniem celowym zmierzającym do wykazania wymaganej przez SIWZ, wartości wykonanej usługi. Zamawiający dodał, że „*Fundusz Rezerwy Demograficznej posiada osobowość prawną, co oznacza, że jest odrębnym od ZUS odbiorcą usługi albo pracodawcą, (...) gdyby r.pr. D..... Ć..... jako wykonawca świadczył obsługę prawną na rzecz X. sp. z o.o. sp. k. i jednocześnie obsługę prawną X sp. z o.o. - komplementariusza to nie uprawniałoby go to do łącznej oceny kontraktów. Zamawiający uznaje za niewiarygodne wyjaśnienia, iż świadczenie usług na rzecz odrębnego podmiotu prawa - Funduszu Rezerwy Demograficznej można zaliczyć na poczet jednej umowy łączącej Pana D..... Ć..... z ZUS. Nie sposób uznać, że profesjonalny Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia w zakresie świadczenia obsługi prawnej nie rozumie problematyki osobowości prawnej i utożsamia Fundusz Rezerwy Demograficznej z Zakładem Ubezpieczeń Społecznych*”.



Tym samym Zamawiający nie uznał wyjaśnień odwołującego, iż według statutu FRD, „organem FRD jest ZUS, który co do zasady dysponuje jego środkami oraz reprezentuje FRD w sposób określony dla reprezentacji ZUS w statucie. Ponadto, zgodnie z brzmieniem § 4 Statutu FRD Prezes ZUS, Zarząd ZUS oraz Rada Nadzorcza ZUS realizują zadania wynikające z ww. ustawy związane z FRD, stosując odpowiednio tryb określony w przepisach dotyczących Zakładu”.

Odnosząc się do powyższego należy stwierdzić, że Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, że stanowisko Odwołującego jest błędne, a to na nim jako dokonującym wykluczenia wykonawcy i uznającego złożoną ofertę za odrzuconą, spoczywa ciężar udowodnienia faktów z których wywodzi określone skutki prawne.

Ponadto bez potrzeby szczególnego wykazywania niezasadności stanowiska zamawiającego w tej sytuacji, wskazać należy, że jest powszechną praktyką, iż wszelkiego rodzaju grupy kapitałowe czy holdingowe, dokonują zarządzania zgrupowanymi w nich spółkami za pomocą jednego podmiotu wyodrębnionego lub dominującego. Taki podmiot świadczy zwyczajowo na rzecz wszystkich zgrupowanych podmiotów usługi: obsługi prawnej, księgowość, logistyczne, itp. zatrudniając w ramach jednej umowy o pracę czy zlecenia: prawników, księgowych, itd.

Wskazywanie powyższej sytuacji, jako uzasadniającej wykluczenie Odwołującego z ww. powodu, bez jakiegokolwiek udowodnienia prawdziwości stawianej tezy jest, zdaniem Izby, całkowicie bezpodstawne i bezzasadne.

Jako kolejny zarzut postawiony pod adresem Odwołującego, mający uzasadniać jego wykluczenie z postępowania, Zamawiający wskazał iż nieprawdziwe informacje zawierają także wyjaśnienia Odwołującego z 21.12 2012 roku, gdzie wykonawca w odpowiedzi na pytanie nr 1 Zamawiającego wskazał, że „Radca prawny D..... Ć..... świadczy usługi od dnia 13 grudnia 2001 roku”, podczas gdy został on wpisany na listę radców prawnych w OIRP w Poznaniu dopiero w 2004 roku. Odnosząc się do tego stanowiska, zasadnym jest postawienie pytania, jakie znaczenie dla tego postępowania ma ten fakt w sytuacji, kiedy według wymogów SIWZ pkt 9.1 ppkt 3a) i b) wymagane było wykazanie się 5 letnim doświadczeniem w świadczeniu pomocy prawnej jako radca prawny lub adwokat. Tak więc biorąc pod uwagę fakt, że r.p. D..... Ć..... jest radcą prawnym nieprzerwanie od 2004 roku, to przedmiotem oceny ze strony Zamawiającego może być najwcześniej rok 2007, a nie 2001 czy też 2004. Tutaj również Izba nie zauważyła złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, gdyż niezależnie od ustaleń co do okresu 2001 – 2004 roku, Odwołujący spełnia postawiony warunek.

Podsumowując powyższe stwierdzić należy, że w oparciu o ustalenia Zamawiającego brak jest możliwości przypisania celowego i zawinionego składania przez Odwołującego

nieprawdziwych informacji które miały na celu uzyskanie zamówienia. Ponadto odnosząc się do sformułowań warunków udziału w postępowaniu zamieszczonych w SIWZ czy ogłoszeniu zasadne jest wskazanie, że niektóre z postanowień mogą budzić wątpliwości co do ich treści, a tym samym mogły wpływać na treść składanych dokumentów przez wykonawców. Wskazać należy chociażby np. na postanowienie z ogłoszenia o zamówieniu gdzie Zamawiający w sekcji III.3.1, jako wykonawcę wskazuje tylko osobę fizyczną - gdyż za wykonawcę wg. ww. postanowienia może być uznany tylko ten, *kto posiada uprawnienia do wykonywania zawodu rady prawnego lub adwokata*. Natomiast zgodnie z postanowieniem III.3.2 pkt 1 w postępowaniu mogą wziąć udział tylko wykonawcy którzy (...) *wykonali co najmniej dwie usługi*, a więc odnosi się do podmiotów gospodarczych. Gdyby w pkt III.3.1 jako wykonawcę wskazano np. podmiot dysponujący osobami posiadającymi stosowne uprawnienia, nie byłoby wątpliwości czy określony jako wykonawca – osoba fizyczna, nie może udostępnić zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia, zaś przy takiej treści postanowienia wątpliwości występują.

Odnosząc się do oceny możliwości wykluczenia wykonawcy w trybie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w odniesieniu do ww. okoliczności, zasadne jest przywołanie w tym miejscu tezy z wyroku SO w Toruniu z 6 grudnia 2012 roku sygn akt IV Ga 134/12 gdzie sąd stwierdził iż *„dokonując oceny dokumentów i oświadczeń zawartych w ofercie zamawiający powinien w pierwszej kolejności wykluczyć zaistnienie błędnej interpretacji istotnych warunków zamówienia lub omyłki wykonawcy i ocenić, czy omyłka ta wpływa /może wpływać/ na wynik postępowania”*.

W przypadku błędnego odczytania wymagań SIWZ brak jest podstaw do uznania spełnienia przesłanki złożenia nieprawdziwych informacji i wykluczenia wykonawcy, gdyż jak stwierdził sąd w ww. wyroku *„niewskazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu / art. 24 ust. 2 pkt. 4 p.z.p./ stanowi przeciw odrębną podstawę wykluczenia”*, co zaistniało w przedmiotowym postępowaniu.

W nawiązaniu do powyższego stanowiska sądu wskazać należy za zasadne w tym zakresie stanowisko Przystępującego, który na rozprawie stwierdził, iż podstawy wykluczenia Odwołującego z postępowania należy upatrywać nie tyle w treści postanowień SIWZ lecz w interpretacji przepisu art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tzn. czy osoba zatrudniona na podstawie umowy o pracę, może nabyć i w następstwie przekazać doświadczenie, podmiotowi wykonującemu zamówienie publiczne, poprzez udostępnienie zdobytej jako pracownik wiedzy i doświadczenia, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp.

Jak wynika z powyższego, podstawą wykluczenia Odwołującego był spór co do interpretacji przepisów ustawy Pzp oraz treści postanowień SIWZ, a nie tylko złożenie dokumentów i oświadczeń o określonej treści.

W tym zakresie za wyrokiem KIO o sygn. akt 1329/10 należy stwierdzić, że nieprawdziwość informacji, z jaką ustawa wiąże skutek negatywny w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania musi dotyczyć stanu faktycznego sprawy, a nie stanu prawnego.

Wskazać należy ponadto, że interpretacji przepisu dotyczącego tej podstawy wykluczenia należy dokonywać przy uwzględnieniu treści art. 45 ust. 2 „g,” dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi/ DZ.U. U.E. nr 134, poz. 114 z późn. zm./, zgodnie z którym z udziału w postępowaniu można wykluczyć każdego z wykonawców, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji wymaganych dyrektywą. Wprowadzenie w błąd musi mieć przy tym charakter umyślnego działania ze strony wykonawcy.

Tym samym nawet wprowadzenie w błąd zamawiającego przez wykonawcę, jeśli nie ma charakteru *poważnego*, co należy odczytywać jako zasadniczego dla wyboru oferty tego wykonawcy, nie daje podstaw do wykluczenia wykonawcy z tego powodu z postępowania.

Dlatego też przepis art. 24 ust. 2 pkt. 3 pzp znajdzie zastosowanie wyłącznie w sytuacji, gdy Zamawiający będzie w stanie w sposób jednoznaczny dowieść, że złożona przez wykonawcę w konkretnych okolicznościach informacja jest nieprawdziwa i jako taka została świadomie złożona przez ubiegającego się o zamówienie /art. 6 kc w zw. z art. 14 pzp/, Czego w tym postępowaniu Zamawiający nie wykazał.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdza, że odmienna interpretacja przepisów prawa, a także i po części treści postanowień SIWZ spowodowały sytuację, że złożone przez Odwołującego dokumenty i oświadczenia być może nie potwierdzają spełnienia przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, jednakże nie mogą być podstawą do uznania, że Odwołujący tym samym wypełnił przesłanki do zastosowania wobec niego sankcji z przepisu art. 24 ust.2 pkt.3 ustawy Pzp.

Izba z wymienionych na wstępie przesłanek nie dokonuje szczegółowej oceny zagadnienia, czy osoba wykonująca określone czynności na podstawie umowy o pracę może zdobytą w tym zakresie wiedzę i doświadczenie przekazać podmiotowi gospodarczemu mającemu wykonywać zamówienie w trybie art. 26 ust 2b, gdyż w wyniku uwzględnienia odwołania Zamawiający jest zobowiązany do ponownej oceny treści złożonej oferty wraz z wezwaniem Odwołującego do złożenia wymaganych oświadczeń i dokumentów. Dotychczas Zamawiający nie wzywał Odwołującego w tym trybie i zakresie, dlatego też przesądzenie o spełnianiu przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu jest w tej sytuacji przedwczesne. Ponadto brak było podniesionego zarzutu w tym zakresie.

Wskazać należy również, że Zamawiający rozpatrując zarzut dot. wykluczenia Odwołującego z postępowania (wskazując, iż czyni to z ostrożności procesowej) zarzucił również Odwołującemu podanie nieprawdziwych informacji, co do faktu nie spełnienia

wymogu SIWZ w zakresie wartości każdej wykazanej usługi na kwotę min. 250 tys. zł. Zamawiający wykluczył możliwość sumowania tych umów nawet w sytuacji, kiedy dotyczyły one tego samego przedmiotu zamówienia, a ponadto nie było przerw pomiędzy kolejnymi następującymi po sobie umowami.

Izba odnosząc się w tym zakresie do stanowiska Zamawiającego stwierdza, że brak jest podstaw do nieuwzględnienia powtarzających się świadczeń na rzecz tego samego podmiotu, dotyczącego tego samego przedmiotu zamówienia, na podstawie następujących po sobie kolejnych umów, jako ciągłości jednego świadczenia. W tym zakresie Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku (XII Ga 311/09), rozpatrując skargę na wyrok KIO stwierdził, iż *„trafne jest stanowisko KIO, że spełnione są wymagania SIWZ (a zatem wymagania stawiane przez zamawiającego) jeżeli przystępujący do procedury zamówienia publicznych wykaze, że świadczył usługę w sposób ciągły, stanowiącą funkcjonalną całość, nawet jeżeli formalnie była podzielona na kilka umów”*. Ponadto sąd stwierdził iż dla oceny tej sytuacji, *„decydujące znaczenie ma specyfika konkretnej sytuacji, postrzeganie świadczonej usługi jako funkcjonalnej całości”*.

Tym samym Izba wskazuje, że stanowisko Zamawiającego w tym zakresie nie zasługuje na akceptację. Ponadto zdaniem Izby kwestia, czy określona wartość usługi została osiągnięta przy wykonywaniu tego samego przedmiotu na podstawie jednej czy kilku bezpośrednio następujących po sobie umów nie ma jakiegokolwiek wpływu na zdolność podmiotu do wykonania przedmiotowego zamówienia. A takie odniesienie jest niezbędnym i koniecznym, przy dokonywaniu wykładni treści przepisów ustawy i SIWZ, dla wykazania racjonalnego gospodarowania środkami publicznymi i tym samym wyborze oferty danego wykonawcy.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów, miało miejsce w niniejszym postępowaniu.

Izba postanowiła jak w sentencji, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust. 2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt. 1a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

Przewodniczący .....

Członkowie .....

.....