

Sygn. akt: KIO 1343/14

WYROK
z dnia 15 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący : Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **15 lipca 2014 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **30 czerwca 2014 r.** przez **J. a W. a prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Ogólnobudowlany - J. W. , Koniusza 136, 33-326 Mogilno** w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Wojewódzką Policji w Krakowie, ul. Mogilska 109, 31-571 Kraków**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Budowlane „ELBUD” J. S. Sp. Jawna, ul. Towarowe 7 E, 28-200 Staszów** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty, a w konsekwencji jako skutek powyższego unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego;**
- 2. kosztami postępowania obciąża Komendę Wojewódzką Policji w Krakowie, ul. Mogilska 109, 31-571 Kraków i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez J. a W. a prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Ogólnobudowlany - J. W. , Koniusza 136, 33-326 Mogilno tytułem wpisu od odwołania;**

- 2.2. zasądza zapłatę kwoty w wysokości **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Komendę Wojewódzką Policji w Krakowie, ul. Mogilska 109, 31-571 Kraków** na rzecz **J. a W. a prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Ogólnobudowlany - J. W. , Koniusza 136, 33-326 Mogilno** która to kwota stanowi koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu wliczonego w poczet kosztów postępowania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. 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:

.....

Sygn. akt: KIO 1343/14

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „*KPP Limanowa - remont etap II, termomodernizacja*”, numer postępowania: ZP-75/2014, zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 111671 - 2014, data zamieszczenia 23.05.2014 r., przez Komendę Wojewódzką Policji w Krakowie, ul. Mogilska 109, 31-571 Kraków zwaną dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 25.06.2014 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej Przedsiębiorstwo Budowlane „ELBUD” J. S. Sp. Jawna, ul. Towarowe 7 E, 28-200 Staszów zwany dalej: „*Przedsiębiorstwo Budowlane „ELBUD” J. S. Sp. Jawna*” albo „*Przystępującym*” oraz wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: „*Pzp*” J. a W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Ogólnobudowlany - J. W. , Koniusza 136, 33-326 Mogilno zwanego dalej: „*Zakład Ogólnobudowlany - J. W.* ” albo „*Odwolującym*”, a oferta została uznana za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp oraz odrzucona na podstawie art. 89 ust.1 pkt 5 Pzp. Zamawiający wskazał: „*Wykonawcy zostali wykluczeni na podstawie art. 24 ust. 2 ust. 3) ustawy Pzp stanowiącego: „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Wykonawcy w swoich ofertach w wykazie wykonanych robót budowlanych - doświadczenie wykonawcy (zał. Nr 7 do SIWZ) musieli wykazać co najmniej 1 robotę polegającą na termomodernizacji budynku (wykonaniu ocieplenia oraz wymiany stolarki) na kwotę brutto większa lub równą 1 200 000,00 zł, wykonaną maksymalnie w ciągu 6 miesięcy oraz złożyć dowody dotyczące robót, określające, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujące, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. W związku z wątpliwościami co do wartości i zakresu realizacji Zamawiający zwrócił się bezpośrednio do podmiotów na rzecz których roboty budowlane, wykazane przez wykonawców, zostały wykonane. Żaden z podmiotów nie potwierdził informacji przedstawionych przez wymienionych Wykonawców (wartości robót związanych z ociepleniem i wymianą stolarki na kwotę 1 200 000 zł). Zamawiający nie wezwał Wykonawców do uzupełnienia nowego dokumentu pn. wykaz robót, gdyż niemożliwe jest*

zastosowanie art. 26 ust. 3 w razie stwierdzenia przez zamawiającego, że wykonawca złożył w swojej ofercie nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Zgodnie z art. 26 ust. 3 uzupełnieniu podlega dokument niezłożony lub wadliwy. Stanowisko takie potwierdza wyrok KIO z dnia 24 października 2008 r., KIO/UZP 1098/08, w którym Izba orzekła, że złożenie "nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania stanowi wyjątek od generalnego obowiązku wzywania do uzupełnienia wynikającego z art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż nie można zastąpić nieprawdziwej informacji prawdziwą. W odniesieniu do dokumentu zawierającego informację nieprawdziwą nie można uznać, iż ma się do czynienia z błędem, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który można sanować". Podobny pogląd Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła w wyroku z dnia 5 lutego 2009 r., KIO/UZP 99/09."

W dniu 30.06.2014 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zakład Ogólnobudowlany - J. W. wniósł odwołanie na w/w czynności. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 30.06.2014 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego, mimo iż nie złożył w przedmiotowym postępowaniu nieprawdziwych informacji, a w konsekwencji naruszenie: art. 26 ust. 3 i 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania do udzielenia wyjaśnień lub ewentualnego uzupełnienia dokumentu wykazu robót, mimo iż zaszły przesłanki do zastosowania przez Zamawiającego procedur opisanych w powołanym przepisie;
2. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania;
3. dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert;
4. wezwania Odwołującego do wyjaśnienia i ewentualnego uzupełnienia wykazu robót;
5. wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zamawiający prowadzi postępowanie, którego przedmiotem są roboty budowlane związane z termomodernizacją KPP Limanowa. Zgodnie z Rozdz. V pkt 2.a) SIWZ za spełniającego warunek wiedzy i doświadczenia zostanie uznany wykonawca, który „wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył w ciosu ostatnich 5 lat (...) co najmniej jedną robotę budowlaną w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia. Za robotę budowlaną (...) Zamawiający uzna robotę:

- wykonaną w ciągu maksymalnie 6 miesięcy,

- polegającą na termomodernizacji budynku (wykonaniu ocieplenia oraz wymiany stolarki) na kwotę brutto większą lub równą 1 200 000,00 zł. Uwaga: w przypadku, gdy wykonawca wykonał robotę budowlaną o większe; wartości i dłuższym terminie realizacji, Zamawiający dokona proporcjonalnego przeliczenia danej roboty w celu uznania sprawdzenia spełniania warunku. ". Odwołujący do oferty załączył, zgodnie z Zał. nr 7 do SIWZ, wykaz robót wraz z dowodami potwierdzającymi ich wykonanie zgodnie z zasadami sztuki budowlanej oraz prawidłowe ukończenie. W treści wykazu, Odwołujący błędnie wypełnił wykaz, podając wartości nie odnoszące się tylko do części robót związanych z termomodernizacją, ale obejmujące całość robót. W dniu 25.06.2014 r. Zamawiający przesłał zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, w którym zawarto informację, że Zamawiający na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp wykluczył Odwołującego z przedmiotowego postępowania. W uzasadnieniu decyzji wskazano, że w związku z wątpliwościami, co do wartości i zakresu realizacji, Zamawiający zwrócił się do podmiotów, na rzecz których roboty były wykonywane. Żaden z tych podmiotów nie potwierdził informacji przedstawionych przez Odwołującego - tj. wartości robót dotyczących wykonania ocieplenia i wymiany stolarki na kwotę 1 200 000 zł. W ocenie Zamawiającego, Odwołujący złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. W związku z tym, Zamawiający uznał, że nie zachodzi podstawa do wzywania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentu. Czynność Zamawiającego polegająca na wykluczeniu Odwołującego z postępowania za złożenie nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania jest bezpodstawną. Brak było jakichkolwiek przesłanek do zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w niniejszej sprawie, ponieważ Odwołujący nie złożył nieprawdziwych informacji. Zamawiający w sposób arbitralny i błędny utożsamiał brak wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu z podaniem informacji niezgodnych ze stanem rzeczywistym. Żadna z informacji podanych w wykazie robót nie jest informacją nieprawdziwą.

Złożenie nieprawdziwych informacji. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Stosownie do wyroku z 12.06.2013 r., sygn. akt: KIO 1247/13: *„Dla wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wymagane jest kumulatywne zaistnienie opisanych w następujący sposób okoliczności: 1) wykonawca ma złożyć nieprawdziwe informacje, 2) podanie takich informacji miało lub może mieć wpływ na wynik postępowania. Przepis wymaga więc materialnego ustalenia czy podane przez wykonawcę informacje rzeczywiście i obiektywnie nie są prawdziwe. Zdefiniowanie pojęcia nieprawdziwych informacji, przy wykorzystaniu klasycznej definicji prawdy, nie nastręcza trudności. Nieprawdziwymi informacjami będą więc jakiegokolwiek opisowe zdania (a więc zdania*

orzekające o faktach), które są niezgodne z rzeczywistością. W kwestii ustalenia nieprawdziwości rzeczonych informacji wskazać należy, iż dowód zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia w tym przedmiocie wywodzi skutek prawny, domagając się wykluczenia wykonawcy z postępowania.". W wyroku z dnia 20.12.2010 r., sygn. akt: KIO 2649/10 KIO stwierdziła, że: „przesłanka nieprawdziwości informacji, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp zachodzi wówczas, gdy złożone przez wykonawcę informacje nie znajdują potwierdzenia w rzeczywistym (obiektywnym) stanie faktycznym ustalonym w sposób pewny, tj. niebudzący żadnych wątpliwości.". Odwołujący w wykazie robót wskazał trzy roboty budowlane:

a. Budowa budynku Zespołu Placówek Opiekuńczo - Wychowawczych w Nowym Sączu - o wartości 3 643 185,10zł;

b. Budowa Sali gimnastycznej przy Zespole Szkolno - Przedszkolnym w Bulowicach - o wartości 4 943 190,50 zł;

c. Budowa Zespołu Szkolno - Przedszkolnego wraz z salą gimnastyczną w Binarowej - o wartości 3 841 194,60 zł. Do wykazu zostały załączone dowody wykonania ww. robót zgodnie z zasadami sztuki budowlanej oraz prawidłowego ukończenia. Z każdego z dowodów wynikają wartości prac, które są identyczne z wartościami wskazanymi w wykazie. Zamawiający w treści warunku udziału w postępowaniu wymagał, aby wykonawca zrealizował co najmniej jedną robotę polegającą na termomodernizacji budynku (wykonaniu ocieplenia oraz wymiany stolarki) na kwotę brutto większą niż 1 200 000 zł.

a. Odwołujący w sposób nieprecyzyjny wypełnił wykaz robót, wskazując na roboty budowlane powyżej 1 200 000 zł brutto, a nie na ich część związaną wyłącznie z termomodernizacją. Niezależnie jednak od tego, kwoty podane w wykazie są zgodne ze stanem rzeczywistym, tj. przedstawią faktyczne wartości prac związanych z realizacją umów.

b. Wątpliwości Zamawiającego odnośnie prawdziwości informacji zawartych w wykazie byłyby uzasadnione w sytuacji, gdy np. Odwołujący wprost wpisał do treści dokumentu, iż wartość termomodernizacji wynosiła 1 200 000 zł. W przedmiotowej sprawie wystąpiła natomiast sytuacja całkowicie odmienna - wykonawca w żadnym miejscu wykazu nie wskazał, że prowadzone roboty były związane jedynie z termomodernizacją, a przeciwnie - wpisał do wykazu cały zakres prac składających się na realizację inwestycji, podając pod nim kwoty odnoszące się do ich całkowitej wartości.

c. Zamawiający twierdzi, że wystąpił do podmiotów, na rzecz których roboty były wykonywane, a żaden z nich „nie potwierdził” informacji przedstawionych przez Odwołującego, iż roboty związane z termomodernizacją w rozumieniu Rozdz. V pkt 2 lit. a SIWZ wynosiły co najmniej 1 200 000 zł. Jednakże, Odwołujący w żadnym miejscu wykazu nie podał, że termomodernizacją wynosiła co najmniej 1 200 000 zł. Nie może zatem

budzić wątpliwości, iż Zamawiający oparł swoją decyzję o wykluczeniu na błędnych założeniach co do stanu faktycznego.

d. Zakładając nawet, że podmioty, na rzecz których Odwołujący wykonywał przedmiotowe roboty budowlane poinformowały, że zakres prac związanych z termomodernizacją nie wynosił 1 200 000 zł brutto, to okoliczność ta świadczy jedynie o konieczności wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów z uwagi na fakt, że wykonawca nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a nie o tym, że złożył nieprawdziwe informacje.

e. Na marginesie wskazał trzeba, że Odwołujący bardzo dokładnie opisał zakres prac podanych w wykazie - który został również potwierdzony w treści dowodów załączonych do wykazu. Gdyby intencją Odwołującego było podanie nieprawdziwych informacji, z pewnością wykaz robót nie zawierałby tak dokładnego opisu przeprowadzonych prac.

Błąd Odwołującego dotyczył jedynie mylnej interpretacji warunku udziału w postępowaniu, a nie złożenia informacji niezgodnych ze stanem rzeczywistym. W konsekwencji, Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. W sytuacji, gdy załączony do oferty wykaz nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający ma obowiązek wezwać Odwołującego do wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów. Zgodnie z orzecznictwem KIO: „Art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jest jednoznaczny - w sytuacji gdy wykonawca złoży nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, podlega on wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Należy bowiem odróżnić dwie sytuacje - pierwszą, gdy wykonawca złoży nieprawdziwe informacje, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania - wówczas podlega on wykluczeniu z postępowania, jak i drugą - gdy przedłoży prawdziwe informacje, które jednak nie potwierdzają spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu - w takiej sytuacji zamawiający ma obowiązek wezwać taką osobę w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.” (wyrok KIO z dnia 21.05.2013 r., sygn. akt: KIO 1007/13); „Przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) wymaga uzyskania ponad wszelką wątpliwość pewności, że wykonawca podał nieprawdziwe informacje. Jest to szczególna przesłanka, wymagająca każdorazowo jednoznacznego przesądzenia nieprawdziwości zawartych w ofercie wykonawcy twierdzeń o rzeczywistości. Ustalenie, czy też potwierdzenie nieprawdziwości informacji musi mieć zatem charakter definitywnego i kategorycznego, nie pozostawiającego żadnych wątpliwości stwierdzenia. (...) Okoliczność, że usługa wskazana w wykazie nie spełnia warunku wiedzy i doświadczenia nie przesądza ze swej istoty o uznaniu, iż złożono nieprawdziwą informację mającą lub mogącą mieć wpływ na wynik postępowania stanowiącą podstawę do wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa

zamówień publicznych. Nawet, jeżeli informacje umieszczone w wykazie usług w ofercie przystępującego nie potwierdzają spełniania warunków udziału w zakresie, jaki wymagany był przez zamawiającego postanowieniami SIWZ, to powyższe nie oznacza, że wykonawca złożył nieprawdziwe informacje.” (wyrok KIO z dnia 22.07.2013 r., sygn. akt: KIO 1649/13); „Wskazanie w wymaganym wykazie usług, które nie spełniają warunku wiedzy i doświadczenia zgodnie z wymaganiami ogłoszenia lub SIWZ nie oznacza jeszcze podania nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania. Zamawiający wykluczając wykonawcę z postępowania na podstawie tego przepisu, musi bezspornie łącznie wykazać, że przedkładane dokumenty i oświadczenia zawierają nieprawdziwe informacje, a ich przedłożenie jest wynikiem zamiaru bezpośredniego lub na zamiaru ewentualnego, bądź też wykonawca uświadamiał sobie możliwość przedłożenia informacji nieprawdziwych, przy jednoczesnym przypuszczeniu, że nie zostanie to ujawnione, albo wreszcie, wykonawco nie przewidywał możliwości przedłożenia nieprawdziwych informacji, chociaż powinien i mógł tę możliwość przewidzieć” (za wyrokiem KIO z dnia 18.04.2011 r., sygn. akt KIO 637/11). „Okoliczność, że usługa wskazana w wykazie nie spełnia warunku wiedzy i doświadczenia nie przesądza ze swej istoty o uznaniu, iż złożono nieprawdziwą informację mającą lub mogącą mieć wpływ na wynik postępowania stanowiącą podstawę do wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.” (wyrok KIO z dnia 8.01.2013 r., sygn. akt: KIO 2817/12).

Zgodnie z Rozdz. V pkt 3 SIWZ Zamawiający dokonuje oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w oparciu o informacje zawarte w dokumentach i oświadczeniach wyszczególnionych w rozdz. VI SIWZ. Zważywszy, że w ofercie Odwołującego, nie było informacji niezgodnych ze stanem faktycznym, a Odwołujący popełnił błąd przy interpretacji warunku udziału w postępowaniu i w wypełnianiu wykazu robót (przez co nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia), zaszły przestanki do zastosowania przez Zamawiającego procedury określonej w art. 26 ust. 3 i 4 Pzp. Zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów z jednej strony, a arbitralne wykluczenie z postępowania z drugiej, stanowi rażące naruszenie przez Zamawiającego wskazanych przepisów Pzp

Zamawiający w dniu 01.07.2014 r. wezwał (faxem, e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 03.07.2014 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Przedsiębiorstwo Budowlane „ELBUD” J. S. Sp. Jawna zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Interpretacja art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, pozwala sformułować dwie przesłanki, których łączne wystąpienie powoduje

konieczność wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, którego one dotyczą. Po pierwsze, wykluczeniu z postępowania podlega wykonawca, który złożył w toku postępowania nieprawdziwe informacje. Ustawodawca nie wskazując w przedmiotowym przepisie na umyślność działania wykonawcy, uznaje tym samym, że złożenie nieprawdziwej informacji może być również spowodowane błędem. Po drugie, musi zaistnieć związek przyczynowo - skutkowy pomiędzy złożeniem przez wykonawcę biorącego udział postępowaniu informacji nieprawdziwych a ich wpływem na wynik postępowania lub prawdopodobieństwem zaistnienia wpływu na wynik postępowania. Oznacza to, iż dla uprawdopodobnienia zaistnienia przedmiotowej przesłanki nie jest niezbędne wykazanie wpływu nieprawdziwej informacji na wynik postępowania, wystarczające jest natomiast udowodnienie prawdopodobieństwa takiego wpływu. Powyższą interpretację potwierdza wyrok KIO z 6.06.2011 r., sygn. akt KIO/UZP 1078/11, w którym Izba wskazała, iż *„Zamawiający jest zobowiązany wykluczyć z udziału w postępowaniu wykonawcę, w stosunku do którego potwierdzi się zarzut podania nieprawdziwych informacji. Za nieprawdziwą informację należy uznać taką, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości.”* W dalszej części wyroku KIO podkreśliło, iż: *„przyczyny przedstawienia nieprawdziwej informacji pozostają bez znaczenia dla wywołania skutku wykluczenia wykonawcy z postępowania, określonego w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy. Prawo zamówień publicznych nie określa powodów złożenia nieprawdziwej informacji. Nie wskazuje, że podanie nieprawdziwej informacji musi być zawinione przez wykonawcę ani nawet, że musi wynikać „z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”. W tym miejscu należy wskazać, iż przesłanki wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp nie można interpretować w oderwaniu od art. 45 ust. 2 lit g) dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U U.E. seria z 2004 r. Nr 134 poz. 114 ze zm., zwanej „dyrektywą klasyczną”). Zgodnie z treścią art. 45 ust. 2 lit g) dyrektywy klasycznej z udziału w postępowaniu można wykluczyć każdego z wykonawców, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji wymaganych przez Zamawiającego. Nie wskazuje, więc że podanie nieprawdziwych informacji musi być zawinione przez wykonawcę, ani nawet, że musi wynikać „z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”.* Powyższe oznacza zatem, iż Zamawiający jest zobowiązany do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w sytuacji, gdy wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. Zatem, kiedy w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający poweźmie informacje, iż zaistniało prawdopodobieństwo złożenia przez jednego z wykonawców nieprawdziwego oświadczenia, zobowiązany jest on do

zweryfikowania takiej informacji. Musi on stwierdzić w sposób me budzący żadnych wątpliwości, iż dany wykonawca złożył nieprawdziwe informacje oraz potwierdzić, że ich złożenie miało wpływ na wynik postępowania, w przeciwnym wypadku, mogłoby dojść do sytuacji w której, zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wynikające z art. 7 ust 1 Pzp, nie zostaną zachowane. W ocenie Przystępującego, działania podjęte przez Zamawiającego pozostają w zgodności z przedstawioną powyżej interpretacją art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Informacje podane przez Odwołującego, zostały przez Zamawiającego zweryfikowane bezpośrednio u podmiotów na rzecz, których Odwołujący je realizował. Okoliczności podane przez Odwołującego nie zostały potwierdzone. W tym miejscu należy podkreślić, iż Odwołujący decydując się na udział w danym postępowaniu przetargowym, złożył wraz z ofertą informacje będące oświadczeniami wiedzy w sposób celowy. Podanie takiej, czy innej informacji powinno być rozpatrywane w kategorii starannego działania profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego. Odwołujący winien wykazać wysoką staranność przejawiającą się zawodowym charakterem jego działalności, co przemawia za wymaganiem od niego dokładnego zapoznania się z dokumentami postępowania, ewentualnego zadawania zapytań wobec niejednoznacznego brzmienia postanowień specyfikacji. Tym samym Zamawiający miał prawo a nawet obowiązek wykluczyć Odwołującego z postępowania przetargowego. Podkreślił również fakt, iż zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą, informacje nieprawdziwe składane w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie podlegają uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż jest to wyjątek od obowiązku Zamawiającego, polegającego na wzywaniu do uzupełnienie dokumentu niezłożonego lub wadliwie złożonego, ponieważ nie można zastąpić nieprawdziwej informacji prawdziwą. W praktyce oznacza to, że wykonawca, który dopuścił się złożenia oświadczenia lub dokumentu zawierającego nieprawdziwe informacje, nie może zostać wezwany przez zamawiającego do jego uzupełnienia. Stanowisko takie potwierdza wyrok KIO z dnia 28.04.2011 r., sygn. akt KIO/UZP 801/11, w którym Izba orzekła, iż *„Artykuł 24 ust. 2 pkt 3 ustawy (...) stanowi samoistną przesłankę wykluczenia wykonawcy. Tryb uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów stosowany być może jedynie w celu umożliwienia wykonawcom spełniającym warunki udziału w postępowaniu usunięcia uchybień uniemożliwiających wykazanie, że stan ten istniał w dniu składania ofert lub wniosków. W żadnym razie art. 26 ust. 3 ustawy nie stosuje się dla zastąpienia informacji nieprawdziwych mających wpływ na wynik postępowania oświadczeniami lub dokumentami prawdziwymi.”* Podobne stanowisko wyraziła KIO w wyroku z dnia 06.06.2011 r., sygn. akt KIO/UZP 1078/11, wskazując, iż *„Złożenie dokumentu zawierającego nieprawdziwe informacje nie podlega uzupełnieniu przez umożliwienie wykonawcy przedstawienia w jego miejsce innego dokumentu, który*

potwierdziłby spełnienie wymagań udziału w postępowaniu, określonych w ogłoszeniu o zamówieniu."

W dniu 14.07.2014 r. (faxem) Przedsiębiorstwo Budowlane „ELBUD” J. S. Sp. Jawna przesłał pismo, w którym poinformował, że nie stawi się na rozprawie, ale popiera w całości stanowisko Zamawiającego.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO nie wniosło na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego został wykluczony z udziału w postępowaniu, a jego oferta odrzucona i nie podlegała klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert, tj. Cena - 100%, w przypadku potwierdzenia się podnoszonego zarzutu, ma szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, zważywszy że złożył ofertę najkorzystniejszą cenowo.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, treści postanowień SIWZ, oferty Odwołującego, tj. formularza ofertowego, wykazu usług wraz z poświadczeniem oraz referencjami, wezwań wystosowanych przez Zamawiającego na podstawie § 1 ust. 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231), uzyskanych odpowiedzi od wystawców poświadczenia i referencji, informacji z dnia 25.06.2014 r., odwołania, zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia przestępstwa z dnia 02.07.2014 r., przystąpienia, pisma Przystępującego z dnia 14.07.2014 r. oraz odpowiedzi na odwołanie wraz z załącznikami.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron (Przystępujący nieobecny mimo prawidłowego wezwania) złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

Zamawiający określił w pkt V SIWZ, że: „V. Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków

1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące:

- 1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania;
- 2) posiadania wiedzy i doświadczenia;
- 3) dysponowania odpowiednim potencjałem wykonawczym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
- 4) sytuacji ekonomicznej i finansowej.

2. Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków określonych w pkt 1. Zamawiający odstępuje od opisanego warunków w zakresie pkt 1.1) i 1.4). Zamawiający dokona oceny spełnienia warunków wymienionych w pkt 1.1) i 1.4) na podstawie oświadczeń Wykonawcy. Za spełniającego Warunki w zakresie pkt 1.2) i 1.3) zostanie uznany Wykonawca:

a) który wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył w ciągu ostatnich pięciu lat przed terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jedną robotę budowlaną w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia.

Za robotę budowlaną **w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia** Zamawiający uzna robotę:

- wykonaną maksymalnie w ciągu 6 miesięcy.
- polegającą na termomodernizacji budynku (wykonaniu ocieplenia oraz wymiany stolarki) na kwotę brutto większa lub równa 1 200 000,00 zł;

UWAGA: W przypadku, gdy Wykonawca wykonał robotę budowlaną o większej wartości i dłuższym terminie realizacji Zamawiający dokona proporcjonalnego przeliczenia danej roboty w celu uznania sprawdzenia spełnienia warunku. (...)”.

Z kolei w pkt VI określił: „Informacja o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu

1. W celu wykazania spełnienia przez Wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp oraz w Rozdziale V ust. 1 Wykonawca musi przedstawić następujące dokumenty i oświadczenia: (...)

2) wykaz robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz z załączeniem dowodów dotyczących najważniejszych robót, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone; wzór wykazu stanowi załącznik nr 7 do SIWZ (...)

Odwołujący w ramach formularza ofertowego oświadczył zgodnie z wzorem: „Świadomi faktu odpowiedzialności karnej na podstawie art. 297 § 11 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 roku – Kodeks karny, oświadczamy, że: (...) 12. Wykonaliśmy zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończyliśmy w ciągu ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jedną robotę budowlaną w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, tj. robotę:

- polegającą na termomodernizacji budynku (wykonaniu ocieplenia oraz wymiany stolarki) na kwotę brutto większą lub równą 1 2000 000,00 zł;

- wykonaną maksymalnie w ciągu 6 miesięcy.” Następnie przedłożył wykaz robót (str. od 7 do 9 oferty) ze stwierdzeniem: „Za robotę budowlaną **w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy**

i doświadczenia Zamawiający uzna robotę:

- wykonaną maksymalnie w ciągu 6 miesięcy.

- polegającą na termomodernizacji budynku (wykonaniu ocieplenia oraz wymiany stolarki) na kwotę brutto większa lub równa 1 200 000,00 zł;” wraz wykazanymi trzema zadaniami.

1- Budowa budynku Zespołu Placówki Opiekuńczo – Wychowawczych w Nowym Sączu przy ul. Nowowejskiej - Łącznik w ramach zadania inwestycyjnego pn. Zespół Placówek Opiekuńczo – Wychowawczych w Nowym Sączu przy ul. Lwowskiej 59 – budowa Nowej siedziby. Nowy Sącz ul. Nowowiejska – Łącznik (w jej zakresie zadanie zawierało m.in. stolarkę i ślusarkę, elewacje budynku i docieplenie ścian – łączna wartość całego zadania: 3.643.185, 10 PLN), termin realizacji zamówienia: 07.01.2009 r. – 24.05.2010 r. Poświadczenie z dnia 01.10.2013 r. wystawione przez Urząd Miasta Nowego Sącza (str. 10-11 oferty).

2 – Budowa Sali gimnastycznej przy Zespole Szkolno – Przedszkolnym w Bułowicach, Bułowice ul. Bielska 59 (w jej zakresie zadanie zawierało m. in. stolarkę i ślusarkę z PCV, aluminium i drewniana, elewacje – łączna wartość całego zadania 4.943.190, 50 PLN), termin realizacji zamówienia: 07.05.2009r. – 30.09.2010 r. Referencja wystawiona przez Gminę Kęty z dnia 08.11.2010 r. (str.12-13 oferty).

3 – Budowa Zespołu Szkolno – Przedszkolnego wraz z salą gimnastyczną w Binarowej,

Binarowa (w jej zakresie zadanie zawierało m.in. elewacja – docieplenie ścian zewnętrznych płytami styropianowymi klejonymi do podłoża z wykonaniem wyprawy elewacyjnej, stolarka okienna i drzwiowa – łączna wartość całego zadania 3.841.194, 63 PLN), termin realizacji zamówienia: 05.05.2010 r. – 02.12.2010 r. Referencja wystawiona przez Gminę (str.14-15 oferty).

Zamawiający na podstawie § 1 ust. 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231) wezwał wystawców załączonego poświadczenia i referencji o podanie łącznej wartości brutto oraz okresu realizacji robót ww. zakresie stosownie do przytoczonego powyżej zakresu.

W rezultacie otrzymano informacje, że w pierwszym wypadku (pismo z dnia 12.06.2014 r.) – jest to wartość brutto: 360.327, 21 (stolarka i ślusarka), 64.084,44 (elewacje budynku), 132.521,29 (docieplenie ścian) – okres realizacji całej inwestycji (07.01.2009 r. – 24.05.2010 r.). W drugim wypadku (pismo z dnia 12.06.2014 r.) - stolarkę i ślusarkę z PCV, aluminium i drewniana (491.132,31 PLN), elewacje (174.807,08 PLN) – wg. kosztorysu ofertowego. Okres realizacji zamówienia: 07.05.2009r. – 30.09.2010 r. W trzecim wypadku (pismo z dnia 17.06.2014 r.) - elewacja – docieplenie ścian zewnętrznych płytami styropianowymi klejonymi do podłoża z wykonaniem wyprawy elewacyjnej, stolarka okienna i drzwiowa – łącznie brutto: 288.984,12 PLN, okres realizacji powyższego zakresu: 09.08.2010 r. do 03.09.2010 r. Powyższe informacje zostały powtórzone w ramach zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia przestępstwa z dnia 02.07.2014 r. W ramach odpowiedzi na odwołanie złożonej po otwarciu posiedzenia Zamawiający stwierdził: *„Podmioty, na rzecz których Wykonawca wykonywał roboty, wykazały, iż wartość robót w zakresie termomodernizacji i wymiany stolarki wynosiła:*

- *budowa budynku Zespołu placówek Opiekuńczo-Wychowawczych w Nowym Sączu przy ul. Nawojowskiej-Łącznik w ramach zadania inwestycyjnego pn. Zespół Placówek Opiekuńczo-wychowawczej w Nowym Sączu przy ul. Lwowskiej 59 - budowa nowej siedziby - 556 932,94 zł brutto;*
- *budowa Sali gimnastycznej przy Zespole Szkolno-Przedszkolnym w Bulowicach - 665 939,39 zł brutto;*
- *budowa Zespołu Szkolno-przedszkolnego wraz z salą gimnastyczną w Binarowej - 288 984,12 zł brutto. (...)*

Zamawiający nie wezwał Wykonawcy do uzupełnienia nowego dokumentu pn. wykaz robót, gdyż niemożliwe jest zastosowanie art. 26 ust. 3 w razie stwierdzenia przez zamawiającego, że wykonawca złożył w swojej ofercie nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Zgodnie z art. 26 ust. 3 uzupełnieniu podlega dokument niezłożony lub wadliwy. Wykonawca dokument złożył, nie mamy więc do czynienia z

pierwszą sytuacją. Dokumentów złożonych przez Wykonawcę nie można również uznać za wadliwe. Zamawiający jasno określił warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia cyt. „Za robotę budowlaną w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia Zamawiający uzna robotę:

- wykonaną maksymalnie w ciągu 6 miesięcy.
- polegającą na termomodernizacji budynku (wykonaniu ocieplenia oraz wymiany stolarki) na kwotę brutto większa lub równą 1 200 000,00 zł. Dowód: kserokopia 2 strony SIWZ (oryginał do wglądu na rozprawie).

Wykonawca zdawał sobie sprawę, jaką wiedzą i doświadczeniem musi się legitymować, żeby spełniać ten warunek. Co więcej, zarówno w formularzu „oferta” jak i w załączniku nr 7 do SIWZ nazwanego wykaz wykonanych robót budowlanych - doświadczenie wykonawcy, zamawiający powielił powyższy warunek - było to więc ułatwienie dla wykonawców w przygotowaniu oferty. Wykonawcy składając ofertę mieli jasno sprecyzowane zapisy - wystarczyło tylko odpowiednio wypełnić dokumenty. Zamawiający dodatkowo informuje, iż Wykonawca oświadczył (w formularzu oferta), a w wykazie wykonanych robót potwierdził, iż wykonał roboty zgodne z wymaganiami Zamawiającego. Przy tak precyzyjnym skonstruowaniu warunku udziału w postępowaniu oraz przygotowaniu dokumentów dla Wykonawców w szczegółowy sposób, nie można uznać, iż Wykonawca nieprecyzyjnie wypełnił dokumenty ani, że w żadnym miejscu wykazu nie podał, że termomodernizacja wynosiła co najmniej 1200 000,00 zł. Wykonawca doskonale sobie zdawał sprawę, iż wykazane przez niego roboty nie spełniają wymogów zamawiającego, dlatego celowo w wykazie robót wymienił cały zakres robót o wartości znacznie przekraczającej wymagania Zamawiającego. Powyższe argumenty odwołującego są więc chybione. Odwołujący w swoim odwołaniu „zapomniał” wspomnieć, że w przypadku budowy Sali gimnastycznej przy Zespole Szkolno-Przedszkolnym w Bulowicach osobiście przygotowywał dokument pod nazwą Kosztorys ofertowy kwoty ryczałtowej - Tabela elementów rozliczeniowych, z którego wynika kwota 665 939,39 zł brutto za wykonanie elewacji oraz stolarkę i ślusarkę.(...) W związku z powyższym nie można się zgodzić z kolejnym argumentem Odwołującego, iż w przypadku, gdy inne podmioty poinformowały, iż wykonawca nie zrealizował wymaganego zakresu robót, to fakt ten stanowił przesłankę do wezwania do wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów. KIO niejednokrotnie orzekała, iż złożenie „nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania stanowi wyjątek od generalnego obowiązku wzywania do uzupełnienia wynikającego z art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż nie można zastąpić nieprawdziwej informacji prawdziwą. W odniesieniu do dokumentu zawierającego informację nieprawdziwą nie można uznać, iż ma się do czynienia z błędem, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który można sanować”. Złożenie przez Wykonawcę nieprawdziwych informacji jest stanem faktycznym i polega na rozbieżności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez

wykonawcę a rzeczywistym stanem rzeczy. Dla uznania, że informacja jest nieprawdziwa, nie ma znaczenia, czy pochodzi ona od wykonawcy, czy od innego podmiotu, oraz w jakim celu została złożona w postępowaniu i czy złożenie nieprawdziwej informacji zostało dokonane celowo, czy nieświadomie oraz czy było to przez wykonawcę zawinione, czy też nie. Elementem ocennym jest wpływ nieprawdziwej informacji na wynik postępowania. Wykluczenie, o którym mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3, związane ze złożeniem nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, ma miejsce w sytuacji, gdy wykonawca przedstawił nieprawdziwe informacje oraz informacje te mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania (wyrok KIO: z dnia 5 lutego 2013 r., KIO 138/13; z dnia 12 lutego 2013 r., KIO 208/13.) Nieprawdziwe informacje to takie, które nie są zgodne ze stanem rzeczywistym (KIO 1257/12; KIO 1262/12). Informacje mają wpływ lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, jeżeli ich złożenie przesądza o wykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, ocenie ofert lub możliwości uznania oferty za najkorzystniejszą (KIO 1736/11, KIO 1735/11; KIO 1424/11). Przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 wymaga materialnego ustalenia, czy podane przez wykonawcę informacje rzeczywiście i obiektywnie nie są prawdziwe. Nieprawdziwe informacje nie polegają na błędnej interpretacji czy kwalifikacji faktów, które są ujawniane lub znane zamawiającemu. Złożona informacja uznana za nieprawdziwą musi mieć rzeczywisty, realny wpływ na wynik postępowania i być niezgodna z rzeczywistością w sposób niebudzący żadnych wątpliwości (KIO 350/11; KIO/UZP 59/10). W tym przypadku sytuacja taka ma miejsce, oferta Odwołującego jest najtańsza, można więc uznać, że podanie przez Odwołującego nieprawdziwych informacji ma wpływ na przebieg postępowania. Biorąc powyższe pod uwagę Zamawiający odstąpił od wezwania do wyjaśnień i uzupełnień treści oferty Odwołującego. Stanowisko takie potwierdza wyrok KIO z dnia 24 października 2008 r., KIO/UZP 1098/08, w którym Izba orzekła, że złożenie "nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania stanowi wyjątek od generalnego obowiązku wzywania do uzupełnienia wynikającego z art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż nie można zastąpić nieprawdziwej informacji prawdziwą. W odniesieniu do dokumentu zawierającego informację nieprawdziwą nie można uznać, iż ma się do czynienia z błędem, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który można sanować". Podobny pogląd Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła w wyroku z dnia 5 lutego 2009 r., KIO/UZP 99/09. Nawiązując do powyższego Zamawiający w dniu 02.07.2014 r. złożył w Prokuraturze Rejonowej Kraków Śródmieście Wschód zawiadomienie o podejrzeniu popełnienia przestępstwa z art. 297 § 1 KK, gdyż dokumenty złożone w toku przedmiotowego postępowania miały istotne znaczenie w celu uzyskania zamówienia publicznego. (...)"

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutów dotyczących naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu oraz odrzuceniu jego oferty, Izba uznał przywołane zarzuty za zasadne i podlegające uwzględnieniu.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje za orzecznictwem sądów powszechnych na istotną kwestię winy w ustaleniu złożenia nieprawdziwej informacji, czego nie dostrzegł ani Zamawiający, ani Przystępujący, tj. za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie Warszawa-Praga z dnia 19.07.2012 r., sygn. akt: o sygn. akt. IV Ca 683/12 który stwierdza, że wykluczenie w związku ze złożeniem nieprawdziwych informacji ma: „(...) zastosowanie w warunkach celowego, zawinionego i -zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia Zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego. Przy ocenie przesłanki wykluczenia na podstawie tego przepisu Zamawiający powinien uzyskać pewność, że złożenie nieprawdziwych informacji było działaniem wykonawcy skierowanym na wprowadzenie Zamawiającego w błąd w zamiarze uzyskania zamówienia, a nie skutkiem omyłki. Zdaniem Sądu złożenie nieprawdziwej informacji, o której mowa w powołanym przepisie, ze skutkiem w postaci wykluczenia z postępowania, to czynność dokonana z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu czy niedbalstwa. Jeżeli ze stanu faktycznego wynika, że wykonawca w dniu składania ofert działał w dobrej wierze, to nie sposób uznać, iż jego celem było wprowadzenie Zamawiającego w błąd. (...)”. Nadto: „(...) przy ocenie przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, nie można pomijać istnienia w obrocie prawnym Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE L z dnia 30 kwietnia 2004 r.). Nie ulega wątpliwości, że przepisy prawa krajowego Państwa Członkowskiego muszą uwzględniać przepisy prawa wspólnotowego. Przepis art. 45 ust. 2 lit. g) w/w Dyrektywy, który stanowi wskazówkę interpretacyjną dla omawianej podstawy wykluczenia, wskazuje jednoznacznie na element zawinienia wykonawcy. Stanowi on bowiem, że z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania wymaganych informacji”. Ocena, czy błąd ma charakter poważny, czy też nie, będzie zależała od Zamawiającego, który powinien jej dokonać na podstawie obiektywnych czynników. Wprowadzenie w błąd musi mieć charakter umyślnego działania ze strony wykonawcy; nie będzie podstawą wykluczenia nieświadome wprowadzenie

w błąd(..)". „(...) celem regulacji zawartej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest wyeliminowanie z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego takich wykonawców, którzy świadomie świadcząc nieprawdę wprowadzają w błąd Zamawiającego co do informacji mających znaczenie dla wyniku prowadzonego postępowania, nie jest natomiast takim celem eliminowanie z postępowania wykonawców, którzy omyłkowo czy nieświadomie podali informacje niezgodne z rzeczywistością - i których zamiarem nie było wprowadzenie w błąd Zamawiającego. Nie można zrównywać pozycji wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje wskutek błędu lub popełnił omyłkę w złożonej ofercie (jak wykonawcy w sprawie niniejszej) z pozycją wykonawcy, który świadomie zawarł w ofercie informacje nieprawdziwe z zamiarem wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Z całą pewnością nie było celem ustawodawcy wprowadzenie obowiązku automatycznego wykluczenia z postępowania każdego wykonawcy, który podał nieprawdziwe informacje - bez względu na przyczyny. (...)". Nadto, wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 15 stycznia 2010 r. (sygn. akt XII Ga 420/09) podnosi, że: „(...) wykluczenie wykonawcy na podstawie omawianego przepisu (aktualnie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp) wymaga ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, iż wykonawca złożył nieprawdziwe informacje oraz wykazania, że ich złożenie miało wpływ (aktualnie – także mogło mieć wpływ) na wynik postępowania.”. Powyższe wynika także z wcześniejszego orzecznictwa sądów powszechnych (wyroki: Sądu Okręgowego wrocławiu z dnia 30 października 2008 r., sygn. akt X Ga 296/08, Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 15 stycznia 2010 r., sygn. akt XII Ga 420/09 i z dnia 25 sierpnia 2011 r., sygn. akt XII Ga 232/11, czy Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 r., sygn. akt XXIII Ga 416/11) i jest konsekwentnie prezentowana w późniejszych orzeczeniach (zob. wyroki: Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 24 września 2012 r., sygn. akt X Ga 128/12, Sądu Okręgowego w Toruniu z dnia 6 grudnia 2012 r., sygn. akt VI Ga 134/12, czy wreszcie Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 25 stycznia 2013 r., sygn. akt II Ca 1285/12) (za wyrokiem KIO z dnia 14.05.2014 r., sygn. akt: KIO 859/14). Nadto za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 r., sygn. akt XXIII Ga 416/11 stwierdzić należy, 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 P.z.p. 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».(...)”.

W przedmiotowym stanie faktycznym, w ocenie Izby, przywołane podczas rozprawy zastrzeżenie, po słowie (UWAGA:), jest niejednoznaczne w swej treści, gdyż niewątpliwie nie odnosi się do roboty budowlanej w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku

wiedzy o doświadczenia, ale ogólnie do roboty budowlanej o większej wartości i dłuższym terminie realizacji. W konsekwencji brak powtórzenia w zastrzeżeniu powyższego precyzyjnego odniesienia, mogło dać podstawę Odwołującemu do uznania, że nie mamy do czynienia z tą samą robotą budowlaną, a tego typu działanie Zamawiającego nie miało charakteru przypadkowego. W konsekwencji trudno nie przyznać racji Odwołującemu, co do kwestii tego rodzaju, że z literalnego brzmienia postanowień SIWZ (tzn. zastrzeżenia), który ma prymat w odczytywaniu postanowień SIWZ, nie wynika, że proporcjonalne przeliczenie dotyczy tylko i wyłącznie robót termomodernizacyjnych pow. 6 miesięcy i większej wartości niż 1 200 000,00 PLN. Nie wynika z powyższego zastrzeżenia zakaz proporcjonalnego przeliczenia wartości robót termomodernizacyjnych przez cały okres realizacji roboty w pełnym zakresie, czyli przez cały okres realizacji całego zadania. Na rozprawie Zamawiający sam przyznał, że można było wykazać się zadaniami zawierającymi nie tylko roboty termomodernizacyjne.

W rezultacie nie można uznać, że oświadczenie z pkt 12 formularza ofertowego oraz z wykazu załączonego do oferty, za złożenie nieprawdziwych informacji, co najwyżej, że nie potwierdzają one spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Izba za orzecznictwem wskazuje, czego nie dostrzegł Zamawiający, że wszelkie niejasności w postanowieniach SIWZ działają każdorazowo na korzyść Wykonawców. W konsekwencji, Izba nie może przejść do porządku dziennego nad zaistniałą sytuacją. Podobnie, Izba wskazał w wyroku z dnia 05.05.2011r., sygn. akt: KIO 809/11: „(...) *Należy w tym miejscu zauważyć, że Zamawiający nie zdefiniował co rozumie przez „realizację”, w konsekwencji, biorąc pod uwagę ukształtowaną przez orzecznictwo zasadę, że niejasne postanowienia SIWZ nie mogą być interpretowane na niekorzyść Wykonawców (...)*”. Identyfikacja należy odnieść się do kwestii złożenia nieprawdziwej informacji wobec nieprecyzyjności postanowień SIWZ będących ewentualną podstawą stwierdzenia takiej nieprawdziwości. W tym zakresie Izby wskazuje na wyrok z dnia 14.04.2011 r., sygn. akt: KIO 706.11: „*Art. 24 ust. 2 pkt 3 stanowi, że zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Czynność wykluczenia na podstawie przywołanego przepisu może być dokonana w razie kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek: złożenia nieprawdziwych informacji oraz wpływu informacji na wynik postępowania. Wpływ może mieć charakter bezpośredni (verba legis „mające wpływ”), gdy wprost rzutuje na wynik postępowania - wybór najkorzystniejszej oferty lub pośredni (verba legis „mogące mieć wpływ”), gdy na danym etapie postępowania wybór oferty jeszcze nie nastąpił, lecz informacje mają znaczenie dla możliwości uzyskania zamówienia przez danego wykonawcę. Informacja są nieprawdziwe kiedy prezentują stan inny, niż w rzeczywistości.*

Niezgodność powinna mieć charakter obiektywny w danych okolicznościach faktycznych i prawnych. Nie można mówić o nieprawdziwości informacji, w sytuacji, gdy postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub ogłoszenia mogą być rozbieżnie interpretowane, a wykonawca działający z należytą starannością rozumie je inaczej, niż zamawiający.". Podobnie Izba stwierdziła w wyroku KIO z dnia 28.11.2012 r., sygn. akt: KIO 2548/12, czy też w wyroku KIO z dnia 03.09.2013 r., sygn. akt: KIO 2005/13.

Nadto, Izba podkreśla, że zgadza się ze stanowiskiem sądów powszechnych, że złożenie nieprawdziwej informacji musi być zawinione, a nie wynikiem błędu, lub też przeświadczenia, że Wykonawca działał w dobre wierze, gdyż uważał, iż złożył oświadczenie zgodne z rzeczywistością, bo rozumiał w określony sposób, odmiennie niż Zamawiający postanowienia SIWZ z pkt V ust. 2 lit. a.

Odnosnie zarzutów dotyczących naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust.3 i 4 Pzp. Izba podkreśla, że niewątpliwie Zamawiający naruszył art. 26 ust.4 Pzp, gdyż jego stanowisko w żadnym wypadku nie wynika, ani nigdy nie wynikało z orzecznictwa. Jeżeli bowiem prawdą jest, że przy nieprawdziwej informacji nie ma zastosowania art. 26 ust.3 Pzp, to z całą pewnością Zamawiający zobowiązany jest do wzywania do wyjaśnień w trybie art. 26 ust.4 Pzp samego Wykonawcę. Wynika to z samej treści przepisu („wzywa”), jak również z orzecznictwa tak Zespołu Arbitrów, KIO oraz sądów powszechnych. Możliwość zastosowania § 1 ust. 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231) nie zwalnia Zamawiającego z wezwania samego zainteresowanego Wykonawcy. Przed wprowadzeniem przywołanego przepisu kompetencyjnego, Zamawiający także zwracali się o wyjaśnienia do wystawców referencji. Należy także podkreślić, że jeśli trzeba, w odróżnieniu od art. 26 ust. 3 Pzp, wzywanie do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp może mieć miejsce więcej niż jeden raz, także w kontekście nieprawdziwej informacji. Powyższe wynika także z kontekstu orzeczenia Sądu Okręgowego w Toruniu z dnia 6 grudnia 2012 r., sygn. akt: VI Ga 134/12.

Wobec uwzględnienia wskazanych wyżej zarzutów, Izba uznała także za potwierdzony zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust.1 i 3 Pzp.

Na marginesie Izba ponownie przypomina, że Zamawiający nie mógł zastosować w przedmiotowym stanie faktycznym art. 89 ust.1 pkt 5 Pzp, albowiem przepis ten dotyczy postępowań z prekwalfikacją (np. przetarg ograniczony), nie dotyczy natomiast procedury - jak przedmiotowe postępowanie - jednoetapowej. Z tych względów Zamawiający dokonał jego błędnego zastosowania.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uwzględniła odwołanie, jednakże nie nakazując szczegółowo określonych działań Zamawiającemu, w ramach powtórzonej czynności badania i oceny ofert, pozostawiając w tym zakresie „decyzje” w gestii Zamawiającego, z uwzględnieniem istoty sporu wynikającego z odwołania, rozprawy i uzasadnienia wyroku.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. w maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....